



REVISTA
AEQUITAS

Estudios sobre Historia, Derecho
e Instituciones

Nº 23 - 2024



ASOCIACIÓN
VERITAS

**REVISTA AEQUITAS
ESTUDIOS SOBRE HISTORIA, DERECHO E
INSTITUCIONES**

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Director: Manuela Fernández (Universidad Rey Juan Carlos).

Secretaria: Leandro Martínez Peñas (Universidad Rey Juan Carlos).

Vicesecretarios: Francesca de Rosa (Univ. Degli Studi Federico II de Nápoles) ; Stefano Vinci (Univ. Aldo Moro, de Bari).

Vocales: Rocío Velasco de Castro (Universidad de Extremadura) ; Sara Arrazola Ruiz (Universidad Rey Juan Carlos).

COMITÉ CIENTÍFICO

Dolores Álamo Martell (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria);

Ileana del Bagno (Universidad de Salerno, Italia);

Dario Luongo (Universidad de Napoli Parthenope, Italia);

Aniceto Masferrer (Universidad de Valencia);

Francesco Mastroberti (Universidad de Bari Aldo Moro, Italia);

Isabelle Poutrin (Universidad de París-Est Créteil, Francia);

Nicole Reinhardt (Universidad de Durham, Reino Unido);

Dolores Mar Sánchez González (Universidad Nacional de Educación a Distancia);

Fernando Ciaramitaro (Universidad Autónoma de la Ciudad de México)

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

PANEL DE REVISORES

Beatriz Badorrey (UNED)
Judit Beke Martos (Ruhr University of Bochum, Alemania)
Elena Díaz Galán (Universidad Rey Juan Carlos)
Juan Carlos Domínguez (Universidad San Pablo-CEU)
Alicia Duñaiturria Laguardia (CUNEF)
Clara Furriols Espona (Universidad Rovira i Vigil)
Federico Gallegos Vázquez (Universidad Rey Juan Carlos)
Sara Granda (Universidad de Castilla-La Mancha)
Francesco Eriberto d'Ippolito (Università degli studi della
Campania Luigi Vanvitelli, Italia)
Consuelo Juanto (UNED)
Manuel Martínez Neyra (Universidad Carlos III)
Alicia Panepinto (Queen's University, Belfast, Reino Unido)
Manuel Antonio Pacheco Barrio (Universidad de Valladolid)
Carlos Pérez Fernández-Turégano (Universidad San Pablo-
CEU)
Elena Peribañez (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid)
Miguel Pino Abad (Universidad de Córdoba)
Guilherme Pratti dos Santos Magioli (Sant'Anna Scuola
Universitaria Superiore Pisa)
Isabel Ramos Vázquez (Universidad de Jaén)
Rafael Ramís Barceló (Universitat Illes Balears)
Guillermo Rivilla (Instituto Miguel Ferrari, Valladolid)
José Ignacio Recio Rodríguez (Universidad de Salamanca)
Belinda Rodríguez Arrocha (Universidad Autónoma de
México, México)
Carolina San Martín (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid)
Sixto Sánchez Lauro (Universidad de Extremadura)
Prof. Doc. Frank L. Schäfer (Friburgo University, Alemania)
Lorenzo Sinisi (Università degli studi Magna Graecia di
Catanzaro, Italia)

Dirección administrativa de la revista
para remisión de artículos y otras cuestiones:
manuela.fernandez@urjc.es

Asociación Veritas para el Estudio
de la Historia, el Derecho y las Instituciones
Valladolid, 2024

Revista Aequitas, número 23, 2024
ISSN 2174-9493

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Los autores interesados en colaborar en la revista, que se publicará con una periodicidad anual, deberán enviar sus artículos a la directora de la misma, a la dirección de correo electrónico **manuela.fernandez@urjc.es**, haciendo constar como asunto del mensaje *Artículo Revista Aequitas*.

Los artículos académicos deberán ser originales y serán evaluados por expertos ajenos al Consejo de Redacción, cuyo listado puede consultarse en el Panel de Revisores. El procedimiento a seguir para la evaluación será el denominado por pares mediante doble ciego.

El mismo procedimiento se seguirá para la recepción de recensiones y textos académicos similares, pero la evaluación será llevada a cabo por dos miembros del Consejo de Dirección.

Formalmente, los textos remitidos deberán seguir los siguientes criterios:

- Texto en letra Times New Roman, tamaño 11, con interlineado simple. Las notas a pie de página deberán ser escritas en letra Times New Roman, tamaño 10, con interlineado simple.
- Deberán incluir, en castellano y en inglés, un breve resumen y una selección de palabras clave
- Las obras bibliográficas, en su primera cita, deberán presentar el siguiente formato: apellidos del autor, en letras mayúsculas; nombre o inicial del nombre del autor; título de la obra, en cursiva; lugar de publicación; año de publicación; volumen, en el caso de tener la obra más de uno, al que corresponde la referencia; página a la que corresponde la referencia. Por ejemplo: MARTÍNEZ PEÑAS, L., *El confesor del rey en el Antiguo Régimen*. Madrid, 2007, p. 87.

- Los capítulos de libros y los artículos de revistas, en su primera cita, deberán presentar el siguiente formato: apellidos del autor, en letras mayúsculas; nombre o inicial del nombre del autor; título del capítulo o artículo, entre comillas; título del libro o nombre de la revista en que está contenido; lugar de publicación; año de publicación; volumen, en el caso de tener la obra más de uno, al que corresponde la referencia; página a la que corresponde la referencia. Por ejemplo: MARTÍNEZ PEÑAS, L. “La ley Benot”, en *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, n° 1, 2011, p. 34.

- En el caso de no tratarse de la primera cita de la obra, la referencia deberá presentar el siguiente formato: apellidos del autor, en letras mayúsculas; título de la obra, en cursiva, abreviado si fuera posible; volumen, en el caso de tener la obra más de uno, al que corresponde la referencia; página a la que corresponde la referencia. Por ejemplo: MARTÍNEZ PEÑAS, *El confesor del rey en el Antiguo Régimen*, p. 23.

No cumplir los mencionados criterios formales podrá ser considerado motivo de no admisión del artículo.

**REVISTA EDITADA POR LA ASOCIACIÓN VERITAS
PARA EL ESTUDIO DE LA HISTORIA, EL
DERECHO Y LAS INSTITUCIONES**

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

ix

SUMARIO

El Compromiso de Nobleza y la Moderación de 1566: el pulso de poder sobre el orden jurídico en los Países Bajos hispánicos **p. 1**

Erika Prado Rubio

Universidad Rey Juan Carlos

International standards for social protection of critical infrastructure workers: challenges and opportunities for the national system **p. 33**

Maryna A. Barsuk

Northern Commercial Court of Appeal

Volodymyr O. Havrylyuk

Prosecutor of the Zakarpattia region

Dmytro V. Lubinets

Verkhovna Rada of Ukraine

Vladyslav V. Kostenko

Kovpakiv District Court of Sumy

Olha A. Dyachenko

Taras Shevchenko National University of Kyiv

La paridad en los consejos de administración de las empresas cotizadas: directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022 y su transposición al derecho español **p. 63**

Carmen Romero García-Aranda
Universidad Rey Juan Carlos

Alfonso Escámez y el comercio con la Unión Soviética **p. 115**

Felipe Debasa Navalpotro
Universidad Rey Juan Carlos

Violencia Obstétrica en la Seguridad Social, un estudio del caso ecuatoriano. **p. 151**

Juan Pablo Santamaría Velasco
Universidad Indoamérica

Emily Solange Velasteguí Meléndez
Universidad Indoamérica

La aplicación de la eximente de la legítima defensa completa ante una intromisión ilegítima **p. 179**

Melania Palop Belloch
Universidad Internacional de Valencia

Análisis de los efectos de la ley sobre dinamización de la actividad comercial de 2012 de la Comunidad de Madrid sobre el empleo y la renta disponible **p. 225**
Álvaro Ballarín Valcárcel
Universidad Rey Juan Carlos

Multiculturalidad y Derecho Civil en España **p. 253**
Adolfo Lucas Esteve
Universitat Abat Oliba CEU

L'aborto per causa d'onore nei Codici preunitari. 'Prodromiche' forme di riconoscimento della 'autodeterminazione femminile'. **p. 317**
Marianna Pignata
Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Historiografía jurídica de la atención a los menores de edad trasgresores de la ley en la Cuba colonial **p. 343**
Reinaldo Ramírez Temprana
Universidad de Granada

Assess the relationship between military operations and the conduct of strategy between 1914 and 1918 **p. 381**
Victoriano González
London King's College

La tradición teológica-política del ius ad bellum **p. 413**
Marina Rojo Gallego-Burín
Universidad de Málaga

El control interno en la gestión directiva en un gobierno regional, 2022 p. 457

José Ramón Panduro Ríos,
Colegio de Contadores Públicos de Lima

Pedro Padilla Pinedo,
Colegio de Contadores Públicos de Lima

La organización del Ministerio de Marina al final de reinado de Fernando VII: La Instrucción de la Secretaría de Estado y del Despacho de Marina de 16 de agosto de 1828 p. 481

Dionisio A. Perona
Universidad de Castilla-La Mancha

Nuevas obligaciones de la empresa sobre diligencia debida y reporte en Derechos Humanos (en la Unión Europea) p. 571

Elena Peribáñez Blasco
Centro de Estudios Universitarios CEDEU

Miscelánea

Recensión sobre vida y memorias del licenciado Gregorio López de Tovar p. 643

Macarena Pérez Sánchez
Universidad Católica San Antonio (Murcia)

Recensione a C. Martello le due vite di pietro abelardo. Appunti per una biografia intellettuale. Volume i peripateticus palatinus. Officina degli Studi Medievali, Palermo, 2022

Eva Di Rosa

Università degli Studi di Catania

p. 647

Notas sobre Delitos y orden público en el estado constitucional: fenomenología, instituciones y normas, de Manuela Fernández Rodríguez

Erika Prado Rubio

Universidad Rey Juan Carlos

p. 653

**EL COMPROMISO DE NOBLEZA Y LA
MODERACIÓN DE 1566: EL PULSO DE PODER
SOBRE EL ORDEN JURÍDICO EN LOS PAÍSES
BAJOS HISPÁNICOS¹**

- THE COMMITMENT OF NOBILITY AND THE
MODERATION OF 1566: THE PULSE OF POWER OVER
THE LEGAL ORDER IN THE HISPANIC NETHERLANDS -

Fecha de Recepción: 28 de junio de 2023.
Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2023.

Erika Prado Rubio
Universidad Rey Juan Carlos

¹ La elaboración de este artículo es una acción financiada por la Comunidad de Madrid en el marco del Convenio Plurianual con la Universidad Rey Juan Carlos, a través del Proyecto “*Perspectiva histórico-jurídica, ludificación y redes: análisis de enfoque combinado para la construcción del ODS “sociedades justas, pacíficas e inclusivas”*”.

Resumen: A finales del año 1565 y comienzos del año 1566, un grupo de nobles de los Países Bajos redactó un texto reclamando la moderación de la persecución de la herejía en la región. El documento, al que se conoce como Compromiso de Nobleza o Compromiso de Breda, tendría consecuencias jurídicas, institucionales y políticas clave en el devenir de la conflictividad en la zona.

Abstract: At the end of 1565 and the beginning of 1566, a group of nobles from the Netherlands wrote a text demanding the moderation of the persecution of heresy in the region. The document, which is known as the Nobility Commitment or the Breda Commitment, would have key legal, institutional and political consequences in the future of conflict in the area.

Palabras Clave: Flandes, Compromiso de Breda, Moderación de 1566, Margarita de Parma, *placards*.

Key words: Flanders, Breda Commitment, Moderation of 1566, Margaret of Parma, *placards*.

1.- El Compromiso

El año 1566 fue el de la eclosión de las tensiones acumuladas en los Países Bajos a lo largo de los años -e incluso décadas- precedentes². La expansión del calvinismo eclosionó en lo que algunos contemporáneos denominarían *Wonderjaar*³, el *annus mirabilis* de

² JAANSEN, “Un noble ambitieux entre guerre et paix pendant la Révolte des Pays-Bas”, p. 158.

³ JANSSENS, “Los privilegios: justificación para la oposición leal y para los rebeldes en sus acciones contra la política de Felipe II en Flandes (1559-1581)”, p. 49.

1566⁴, cuando la fuerza de la confesión reformada parecía capaz de imponerse a cualquier resistencia que quisieran oponerle las autoridades de Bruselas o España.

Llevados por el descontento suscitado por la Carta del Bosque de Segovia⁵, a lo largo de los últimos días del otoño de 1565 y los primeros días del invierno de 1565 a 1566 un grupo de nobles redactó en secreto para elaborar un documento político con la intención de que fuera firmado por la mayor parte de la nobleza de los Países Bajos y presentado a la gobernadora⁶. Es posible que la primera de las reuniones tuviera lugar en Bruselas el día 2 de noviembre de 1565 con el conde Culembourgh como anfitrión y la asistencia de unos veinte nobles calvinistas, y que la idea de formar una liga de nobles para oponerse a las medidas contenidas en las Cartas del Bosque de Segovia surgiera ya en esa reunión⁷.

Alistair Duke atribuye la iniciativa de firmar un compromiso a Philippe Marnix, señor de Santa Aldegonda, uno de los consejeros calvinistas más próximos de Henrik de Brederode y Luis de Nassau⁸. Lo mismo creía Bentivogliu:

⁴ POLLMANN, “Countering the Reformation in France and the Netherlands”, p. 84. Otros autores hablan de que este año comprende, en realidad, de la primavera de 1566, con la Moderación, a la primavera de 1567, cuando fueron aplastados los últimos focos de la Furia Iconoclasta (MARNEF, G., “The dynamics of reformed religious militancy: The Netherlands, 1566-1585”, en BENEDICT. P., MARNEF, G., VAN NIEROP, H., VENARD, M., (ed.), *Reformation, revolt and civil war in France and the Netherlands. 1555-1585*. Amsterdam, 1997, p. 51).

⁵ DE WOLF, “Burocracia y tiempo como actores en el proceso de decisión”, p. 100.

⁶ DUKE, “Dissident propaganda and political organization at the outbreak of the revolt of the Netherlands”, p. 120; KAMEN, *Felipe de España*, p. 166.

⁷ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p.113.

⁸ JACOBS, R., “Bruxelles, capitale de la contestation (1566) et de la répression (1568)”, en *Cahiers Bruxellois – Brusselse Cahiers*, n° 1, 2018, p. 68. Marnix

“Fue tenido comúnmente por autor Felipe Marnix, señor de Santa Aldegonda, hombre de mucho espíritu, que ya entendía mal de las cosas de la Religión Católica y siempre muy obstinado en seguir la facción de los herejes”⁹.

Beemon, por su parte, cree más bien que la idea pudo provenir de Jean de Marnix, hermano de Philippe, y de Nicholas de Fames¹⁰. En todo caso, parece que uno u otro hermano Marnix jugaron un papel clave. Su familia había llegado a los Países Bajos acompañando a Margarita de Austria, cuando esta fue nombrada gobernadora de la región en 1507. El abuelo de Philippe y Jean fue secretario y tesorero de Margarita, mientras que su padre sirvió también en varios oficios de la Corte de Bruselas, pero Marnix se había convertido al calvinismo en los años previos al Compromiso, siendo -junto a su hermano Jean- el primer converso al calvinismo de relevancia entre la nobleza neerlandesa¹¹, lo cual le otorgaba una posición de respeto entre sus correligionarios.

Otros nobles que desempeñaron parte destacada en la puesta en pie del Compromiso fueron Luis de Nassau -hermano de Guillermo de Orange-, Backerzeele -secretario de Egmont-¹² y Henrik de Brederode, siempre uno de los aristócratas disidentes más activos¹³. Desde el punto de vista jurídico, los firmantes se creían respaldados por las Joyeuses Entrees de la región, que Felipe había jurado respetar siendo príncipe, y

había destacado en los años previos por defender la integración de los Países Bajos en el Sacro Imperio, en vez de en la monarquía hispánica (CRUZ, “Turning Dutch: Historical Myths in Early Modern Netherlands”, p. 11).

⁹ BENTIVOGLIU, *Guerra de Flandes*, p. 26.

¹⁰ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 113.

¹¹ BEEMON, *The Ideology of Rebellion: Philippe de Marnix, Sieur de Sainte Aldegonde, and the Dutch Revolt*, p. 56.

¹² GEEVERS, “How to save a life? Alonso de Laloo, secretary to the count of Horn, on a mission to the Spanish Court (1566-1567)”, p. 75.

¹³ DARBY, “Narrative of events”, p. 17.

que obligaban al monarca a atender las peticiones que le fueran elevadas por escrito por sus súbditos neerlandeses¹⁴.

El borrador del documento a firmar y jurar fue elaborado por los hermanos Marnix, seguramente escrito de puño y letra del menor, Jean¹⁵. Las primeras firmas del Compromiso de Nobleza, como dieron en llamar al texto sus creadores, fueron recabadas en Bruselas antes de la Navidad de 1665¹⁶, en una reunión que tuvo lugar en la casa de Jean de Marnix, el hermano de Philippe de Marnix¹⁷. Para primavera ya se habían logrado reunir más de cuatrocientas firmas¹⁸, una cantidad que puede parecer apabullante en una primera lectura, pero que solo representaba al 10% de los 4.000 nobles que en ese momento existían en los Países Bajos.

Los firmantes pertenecían en su mayor parte a la baja nobleza de los territorios septentrionales; ni siquiera aristócratas destacados entre los firmantes, como Luis de Nassau o Henrik de Bredorede, tenían la consideración de ser parte de la alta nobleza, pese a su linaje y sus amplios dominios¹⁹. Por ello, como señala Van Nierop, es acertado también recalcar que nueve de cada diez nobles se negaron a firmar el documento²⁰, pese a que la intención de sus creadores era que reunir las firmas de la totalidad de la aristocracia flamenca y neerlandesa²¹. Entre aquellos que no firmaron se encontraban algunos de los nobles más

¹⁴ JANSSENS, “Los privilegios: justificación para la oposición leal y para los rebeldes en sus acciones contra la política de Felipe II en Flandes (1559-1581)”, p. 49.

¹⁵ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 113.

¹⁶ DUKE, “Dissident propaganda and political organization at the outbreak of the revolt of the Netherlands”, p. 120.

¹⁷ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 113.

¹⁸ GEYL, *The revolt of the Netherlands*, p. 87.

¹⁹ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 113.

²⁰ VAN NIEROP, “The nobility and the revolt of the Netherlands”, p. 89.

²¹ STRADA, *Décadas de las guerras de Flandes*, vol. I, p. 355.

destacados de los Países Bajos, como el conde Egmont²², Guillermo de Orange o el conde de Horn²³, quienes temían comprometerse en un proceso que implicaba desobedecer abiertamente las órdenes de Felipe II²⁴.

A la ausencia de nobles destacados entre los firmantes, como el ya citado Egmont, se le añadía la circunstancia de que estos utilizaron sus redes de contactos y familiares a la hora difundir el manifiesto y atraer a su causa a otros potenciales juramentados, lo que explica la desigual procedencia geográfica de los nobles comprometidos, de tal manera que en algunos territorios firmó la mayor parte de la nobleza, mientras que en otros apenas se encontraron gentileshombres dispuestos a rubricar el Compromiso²⁵.

Aún así, sería un error considerar que el Compromiso de Nobleza fue un movimiento que aglutinó esencialmente a la aristocracia calvinista. Lo cierto es que de los más de cuatrocientos firmantes aproximadamente la mitad eran nobles católicos, cuya oposición al establecimiento de una inquisición era, en esencia política. Igualmente, una parte importante de los reformados que firmaron el documento tampoco eran calvinistas, sino que seguían otras corrientes del protestantismo, principalmente el luteranismo de influencia germánica²⁶. En líneas generales, puede considerarse que el Compromiso era la cristalización de dos líneas diferentes de descontento que llevaban fraguándose en los Países Bajos desde 1559:

²² JACOBS, R., “Bruxelles, capitale de la contestation (1566) et de la répression (1568)”, en *Cahiers Bruxellois – Brusselse Cahiers*, nº 1, 2018.

²³ MALTBY, *El Gran Duque de Alba*, p. 160.

²⁴ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 113. Sobre si un acto de esta naturaleza encajaría en lo que la doctrina actual denomina guerra jurídica, puede verse MARTÍNEZ PEÑAS, L., “El derecho como arma: lo iusjurídico en tiempos de guerra híbrida”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., y PRADO RUBIO, E., (coord.), *El escudo del Estado*, Madrid, 2022.

²⁵ VAN NIEROP, “The nobles and the revolt”, p. 52.

²⁶ VAN NIEROP, “The nobles and the revolt”, p. 56.

los disidentes religiosos, por una parte, y los descontentos por la deriva política de Flandes, por otro, quienes encontraron en el rechazo a la Inquisición el punto de unión, puesto que perjudicaba a ambos grupos²⁷.

En lo que hace referencia a su contenido, el texto afirmaba tener como propósito evitar la destrucción de los Países Bajos, a la que los consejeros extranjeros del monarca, guiados por la codicia, estaban conduciendo a Felipe II, induciéndole a incumplir sus juramentos con los naturales de la región. Esta era una acusación que estuvo presente a lo largo del siglo XVI en múltiples movimientos de poderes locales contra sus respectivas Coronas: presente en los Países Bajos a mediados de siglo, también lo estuvo en la revuelta comunera contra Carlos V en Castilla o los movimientos que se enfrentaron a la monarquía Tudor en Inglaterra²⁸. De la misma forma, los firmantes del Compromiso también reafirmaban su lealtad para con el monarca, a quien presentaban como víctima de un error inducido por consejeros codiciosos que inducían un uso abusivo del poder. Así pues, no se planteaba una rebelión contra el soberano, sino, bien al contrario, salvaguardar la paz y el orden en sus dominios. Para ello ponían como ejemplo las alteraciones que el intento de introducir la Inquisición en el reino de Nápoles había causado.

El elemento esencial del texto era ese rechazo a la introducción de los tribunales inquisitoriales:

“El Compromiso se fraguó contra la Inquisición, que era vista por los nobles como una intromisión extranjera en sus derechos, más que como una llamada al derecho de libertad religiosa”²⁹.

²⁷ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 120.

²⁸ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 115; sobre las comunidades, puede verse MARTÍNEZ PEÑAS, L., *Las cartas de Adriano*, Madrid, 2009; sobre la Inglaterra de los monarcas Tudor, SMITH, L. B., *Treason in Tudor England: Politics and Paranoia*, Princeton, 1986, en especial pp. 134-138.

²⁹ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 119.

Copias del compromiso fueron impresas y pegadas de inmediato en las paredes y calles de varias ciudades de los Países Bajos, tal y como recogía en su diario Godevaert van Haecht, un mercader de obras de arte³⁰.

A partir del texto del Compromiso de Nobleza, conocido como Compromiso de Breda en la historiografía hispánica, Jean de Marnix elaboró una petición oficial para presentarla ante la gobernadora y se entrevistó con Guillermo de Orange en Breda, para que este la refrendara. Por consejo del hermano de este, Luis de Nassau, se recortó parte del texto, y fue esta versión recortada la que Marnix presentó a los condes de Egmont y Mega en Hoogstraten, días después³¹. Pese a los esfuerzos por incorporar a la alta nobleza a la petición, ni Orange, ni Egmont ni Mega firmaron el Compromiso³², y este último llegó a encararse vivamente con Orange y “habló vivamente contra la temeridad de los confederados”³³.

Pese a haber fracasado en obtener el respaldo de los grandes aristócratas del Consejo de Estado, los miembros de la Confederación fueron congregándose en Bruselas, siendo Brederode, acompañado por cuarenta signatarios³⁴, el primero en llegar:

“Venía como cabeza de los Confederados que hasta entonces habían firmado, Enrico de Brederode, Señor de Viana, tierra situada en Holanda; en la cual Provincia era muy

³⁰ WEDUWEN, *State communication and public politics in the Dutch Golden Age*, p. 50.

³¹ Egmont no había podido acudir a Breda al tiempo que los demás nobles, que se habían reunido allí so pretexto de visitar al cuñado de Guillermo de Orange, que se encontraba en vísperas de partir para tierras germanas (BENTIVOGLIU, *Guerra de Flandes*, p. 26).

³² BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 121.

³³ BENTIVOGLIU, *Guerra de Flandes*, p. 26.

³⁴ CORNEJO, *Sumario de las guerras civiles y causas de la rebelión de Flandes*, p. 25.

estimado por la nobleza de su sangre, que le hacía respetable en toda otra parte de aquellos Países. Era hereje sin ninguna disimulación; de ingenio turbio, y mucho más de lengua; deseoso de novedades y más al presente llevado del aura que le daba el ser puesto en primer lugar de tantos nobles. Entró él con numeroso acompañamiento en Bruselas, al principio de abril de 1566”³⁵.

2.- La petición a la gobernadora

Ya en Bruselas, los firmantes del compromiso solicitaron a la gobernadora que les concediera una audiencia, lo que Margarita de Parma aceptó tras consultar con el Consejo de Estado, donde las opiniones se mostraron divididas³⁶, si bien finalmente Margarita accedió a recibirlos. El 5 de abril de 1565, alrededor de trescientos peticionarios³⁷ marcharon en procesión por las calles de Bruselas en

³⁵ BENTIVOGLIU, *Guerra de Flandes*, p. 27.

³⁶ BENTIVOGLIU, *Guerra de Flandes*, p. 26. El destacado papel de varias mujeres como gobernadoras de los Países Bajos es sobradamente conocido por la historiografía. Sobre cómo evolucionó la posición jurídica de la mujer cuando el Antiguo Régimen fue sustituido por el constitucionalismo puede verse ÁLAMO MARTELL, M^a D., “Estudio jurídico de la mujer en el Estado liberal”, en PÉREZ MARTELL, R., (dir.), *Compromiso con los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Barcelona, 2021.

³⁷ VAN GELDEREN, *The political thought of the Dutch revolt (1555-1590)*, p. 38. Van Nierop reduce el número de los presentes a doscientos (VAN NIEROP, “The nobility and the revolt of the Netherlands”, p. 93). Idéntica cifra da BLOM, H. W., “Two models of resistance: Beggars and liberators in the Dutch revolt”, en VON FRIEDEBURG, R., *Widerstandrecht in der frühen Neuzeit*. Berlín, 2001, p. 61. Más interesante aún es el matiz que aporta Beemon sobre el número: no se trataba de trescientos nobles, sino de “trescientos hombres armados de las fuerzas de la baja nobleza”, es decir, que la cifra no representa solo a los nobles presentes, sino que incluye a sus escoltas y séquitos armados (BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 121).

columna de dos en fondo y tocados “con rabos de raposa por penacho en los sombreros”³⁸, desde la mansión del conde de Coulembourgh hasta el palacio de Coudenberg, sede de la gobernación. Cerraban la marcha, lugar tradicional de honor, Brederode y Luis de Nassau. El primero tomó la palabra, primero para rechazar las insinuaciones de deslealtad que, según él, se habían vertido sobre sus personas en los oídos del rey, tras lo cual leyó un manifiesto:

“Que había sido sumamente loable el zelo que movió primero al emperador y después al rey a proveer a los peligros que podía correr la religión católica en Flandes. Más que el tiempo, incorrupto consejero, había hecho conocer claramente que los remedios aplicados habían agravado más el mal. Que viéndose continuar el rey, más que nunca, en los mismos sentimientos y amenazar siempre mayores desórdenes no había podido contenerse más la nobleza de no presentar el peligro, siendo principalmente suyas las obligaciones por la prerrogativa del lugar y por los estrechos empeños de fidelidad. Forzándola también a esto el propio interés, pues habitando los nobles en campiña, y gozando allí sus bienes, ellos serían los primeros en sentir los daños y probar las injurias cuando se siguiesen las alteraciones que se podían temer en las provincias. Que era necesario quitar las ocasiones que estaban para producir inevitablemente tan malos efectos. Que la Inquisición y edictos habían conmovido todo el país y convertido la paciencia en desesperación. Y por tanto suplican humildemente a Madama quisiese y entre tanto suspendiese el vigor de aquella y se moderase el rigor de estos, pudiéndose conocer mejor lo tocante a la religión por medio de los Estados Generales y procurar el remedio de consentimiento uniforme. Que si después se viere que no tienen fuerza alguna estos humildes y devotos ruegos nuestros, llamamos a Dios por testigo, al rey y a vos misma, Madama, y a estos señores presentes, de haber hecho aquello que convenía en tal ocasión

³⁸ CORNEJO, *Sumario de las guerras civiles y causas de la rebelión de Flandes*, p. 26.

a buenos y fieles súbditos y no ser nuestra culpa los males que por ventura sucederán”³⁹.

Según algunas fuentes, tras efectuar esta lectura Brederode hizo que su caballo ejecutara la caracola⁴⁰, una maniobra de carácter marcadamente militar, ya que se utilizaba para acercarse al enemigo y descargar sobre él la pistola del jinete. Al ver la provocadora acción del joven, Charles de Berlaymont se dirigió a Margarita, pronunciando unas despectivas palabras que habrían de pasar a la Historia: “*N`ayez pas peur, Madame, ce ne sont que des guex*”, es decir, “no tengáis miedo, señora, no son más que mendigos”⁴¹. No obstante, otros autores no mencionan la agresiva maniobra ecuestre, y narran la escena de una forma diferente, como Pedro Cornejo, que escribía solo once años después de los hechos del 5 de abril:

“Se entraron en palacio de la Gobernadora a presentarle una petición; y al entrar se halló a la puerta un caballero devoto del servicio del Rey y bien ignorante de aquellos trajes, el cual preguntó en lengua francesa a los circunstantes qué canalla fuese aquella, y esta palabra tomaron por apellido, que en la dicha lengua se dice *gueux*, y en la nuestra suena pícaro o ganapán”⁴².

Otro cronista -si bien escribió varias décadas más tarde que Cornejo-, Bentivoglio, sí menciona la anécdota de Berlaymont, pero sin referencia alguna con la realización de la caracola⁴³. En todo caso, y surgiera como surgiera el apelativo, lo cierto es que los disidentes con

³⁹ BENTIVOGLIU, *Guerra de Flandes*, p. 30.

⁴⁰ ARNADE, *Beggars, iconoclasts and civic patriots*, p. 79.

⁴¹ Citado en NOTARIO LÓPEZ, *El laberinto de Flandes*, p. 44.

⁴² CORNEJO, *Sumario de las guerras civiles y causas de la rebelión de Flandes*, p. 26.

⁴³ BENTIVOGLIU, *Guerra de Flandes*, p. 30.

el gobierno hispánico, a iniciativa de Brederode⁴⁴, adoptaron orgullosos el título de “mendigos”, utilizando para ello la palabra neerlandesa *geuzen*⁴⁵.

El Compromiso de Breda pedía de forma enfática a Margarita de Parma que suprimiera los tribunales que perseguían a los herejes, por ser contrarios a la libertad de culto y los privilegios de la región⁴⁶, pero en ningún momento manifestaba dudas o rechazo sobre la soberanía de Felipe II en los Países Bajos⁴⁷, estando enfocado de forma casi unívoca a garantizar que no se establecía en aquellos territorios una inquisición a imagen y semejanza de la hispánica:

“Con gravísimo juramento afirmaban que por ningún caso permitirían la Inquisición de Flandes, y que cargase sobre ellos la ira de Dios y de los hombres si faltaban a la Liga o a los compañeros que por ella padeciesen. Finalmente, ponían por testigo a todo el cielo de que en esta unión no pretendían si no la gloria de Dios, el servicio del Rey y la tranquilidad de la Patria”⁴⁸.

⁴⁴ DUKE, “Dissident propaganda and political organization at the outbreak of the revolt of the Netherlands”, p. 121.

⁴⁵ Otros apelativos que los opositores adoptaron fueron los de “franciscanos” y “turcos”, llegando incluso a dejarse crecer mostachos de estilo supuestamente otomano (BLOM, “Two models of resistance: Beggars and liberators in the Dutch revolt”, p. 62).

⁴⁶ Estos privilegios tenían en su mayor parte un origen medieval, hundiendo sus raíces en el periodo borgoñón. Sobre las circunstancias y dinámicas que llevaron a la desaparición del ducado de Borgoña y otros Estados medievales, puede verse MARTÍNEZ PEÑAS, L., *El invierno. Visión jurídico-institucional de las relaciones internacionales en la Edad Media*, Madrid, 2019; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *La guerra y el nacimiento del Estado Moderno*, Valladolid, 2014.

⁴⁷ VAN GELDEREN, *The political thought of the Dutch revolt (1555-1590)*, p. 111.

⁴⁸ STRADA, *Décadas de las guerras de Flandes*, vol. I, p. 355.

De hecho, que los nobles neerlandeses y flamencos se atrevieran a manifestar su voluntad de desobedecer ciertas disposiciones regias evidenciaba una falta de sintonía conceptual en la forma que el monarca y los aristócratas de los Países Bajos conceptualaban sus mutuas relaciones. Para Felipe II, los habitantes de sus dominios eran sus súbditos, y por tanto tenían el deber ineludible de obedecer sus dictámenes, acertados o no; sin embargo, la nobleza local se veía a sí mismos como vasallos, una diferencia de matiz, pero relevante, ya que la obediencia del vasallo a su señor tiene ciertos límites y, como señala Van Nierop, “no es incondicional”⁴⁹. El Compromiso de la Nobleza evidenció con fuerza esta concepción dicotómica de la relación entre el soberano y los habitantes de sus dominios.

Un aspecto interesante de la petición presentada a Margarita es el hecho de que el texto insiste en que los firmantes son conscientes de que Felipe II no ha hecho sino continuar las políticas de represión de la herejía iniciadas por su padre, Carlos V, lo que supone el reconocimiento de que los *placards* filipinos no habían supuesto una ruptura con respecto a la práctica normativa previa⁵⁰. Lo que se planteaba era, precisamente, la necesidad de un cambio: en palabras del propio Marnix, “diferentes tiempos requieren diferentes políticas”⁵¹. Esta consideración, hecha por los propios firmantes, permite plantear la cuestión de si el Compromiso no pudo ser más fruto del deseo de una parte de la baja nobleza neerlandesa de alterar el *status quo* vigente desde décadas atrás, más que una respuesta a una alteración de dicho estado por las decisiones de Felipe II.

⁴⁹ VAN NIEROP, “The nobles and the revolt”, p. 53.

⁵⁰ Sobre la construcción de la noción jurídica de herejía puede verse MARTÍNEZ PEÑAS, L., “La convergencia entre brujería y herejía y su influencia en la actuación de la inquisición medieval”, en *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, nº 23, 2019.

⁵¹ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 127.

3.- La Moderación

El 6 de abril Margarita se reunió con algunos de los integrantes del Consejo de Estado. se mostraron poco proclives a efectuar concesiones a la vista del texto, e incluso se valoró la posibilidad de utilizar la fuerza contra los firmantes⁵². Egmont, consultado por la gobernadora, respondió de forma clara y tajante, indicando que no tomaría las armas contra sus compatriotas en defensa de los inquisidores o de las normas contra los herejes⁵³. Esto hizo que se descartara reprimir a los conjurados mediante a la fuerza, con más razón cuando la mayoría de integrantes del Consejo de Estado de Margarita se adhirieron al parecer de que el fin de los decretos de persecución de la herejía era lograr la tranquilidad de los Países Bajos, tanto en lo religioso como en lo social, pero, por el contrario, su aplicación rigurosa estaba produciendo resultando contraproducente:

“Que con los Edictos del Emperador no parecía se miraba bastante, ni por la religión, cuyo culto iba descendiendo poco a poco, ni por la seguridad de las ciudades, las cuales por esta misma causa se veían turbadas. Siendo así, que las leyes se hicieron a favor de la religión y la tranquilidad común: ni uno ni otro se conseguía con tales edictos”⁵⁴.

⁵² Según Secretan, Granvela era contrario a ceder, considerando que el Compromiso había sido elaborado a imagen y semejanza de los textos similares creados por los hugonotes franceses, que habían sumido al país galo en las guerras civiles (SECRETAN, C., *La révolte des Pays-Bas: aux sources de la pensée politique moderne (1566-1619)*. Paris, 1990, p. 27). Sin embargo, parece poco probable que el cardenal estuviera presente: cabe recordar que fue invitado a retirarse al Franco-Condado en 1564.

⁵³ STRADA, *Décadas de las guerras de Flandes*, vol. I, p. 377.

⁵⁴ STRADA, *Décadas de las guerras de Flandes*, vol. I, p. 372. Sobre el Edicto de Ausburgo, uno de los más duros publicados por Carlos V, puede verse un análisis completo en MARTÍNEZ PEÑAS, L., “El Edicto Perpetuo de Ausburgo”, en SAN MIGUEL PÉREZ, E., (coord.), *Derechos humanos*,

Este argumento pareció convencer a Margarita, dando lugar a una minoración en el rigor de la aplicación de la normativa, a la que se dio en llamar la Moderación, rechazando, en cambio, las peticiones más radicales de los firmantes, como revocar los edictos en vigor y sustituirlos por una nueva normativa que sería elaborada por los Estados Generales. Margarita sí garantizó a los firmantes que se pondría fin a la actividad de los inquisidores que actuaban contra los herejes en el marco de la estructura episcopal. Sin embargo, consciente de los límites de su poder, la gobernadora dejó claro que estas concesiones solo se llevarían a la práctica tras ser consultadas con el monarca y haber obtenido su beneplácito. Cuando la noticia llegó a los peticionarios, el 8 de abril, estos pasaron la noche celebrándolo en el palacio del conde de Coulenbourgh⁵⁵. Parece ser que fue en esa fiesta donde Brederode propuso, por vez primera, adoptar con orgullo la denominación de “mendigos”. No tardó en llevar a la práctica él mismo su sugerencia, y el 11 de abril entró en Amberes públicamente vestido de mendigo⁵⁶, por lo que no es de extrañar que comenzara a ser apodado “el Gran Mendigo”⁵⁷.

integración y crisis migratorias: perspectivas jurídicas, históricas y políticas, Valencia, 2021.

⁵⁵ La residencia se encontraba cercad del palacio de Coudenberg, sede de la gobernadora, ya que durante el periodo borgoñón muchos nobles se hicieron con mansiones en las inmediaciones del palacio, a fin de estar todo lo cerca posible de la corte ducal (BLOCKMANS, “Court and city, a tense relation in the Burgundian Netherlands”, p. 73). El palacio del noble fue derribado durante la gobernación de Alba, en represalia tanto por la actitud del propio conde como, más específicamente, por haber sido lugar de reunión de los conspiradores contra la monarquía (BENTIVOGLIU, *Guerra de Flandes*, p. 27).

⁵⁶ ARNADE, *Beggars, iconoclasts and civic patriots*, p. 84.

⁵⁷ JACOBS, R., “Bruxelles, capitale de la contestation (1566) et de la répression (1568)”, en *Cahiers Bruxellois–Brusselse Cahiers*, nº 1, 2018, p. 66; CLARAMUNT SOTO, *Es necesario castigo*, p. 27.

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

La Moderación fue firmada formalmente por la gobernadora el 9 de abril. El documento dejaba claro que no era una carta blanca a las confesiones reformadas, puesto que se seguía manteniendo la prohibición de que estas efectuaran actos o ceremonias de carácter público, de tal manera que el catolicismo romano seguía siendo la única religión tolerada en la esfera pública⁵⁸. Esto suponía que, desde un punto de vista político, la facción que resultaba más favorecida era la de los católicos moderados -hombres como Viglio, Aaerscot y el conde de Mansfeld-, contrarios a las persecuciones de herejes, pero defensores del catolicismo⁵⁹. Por el contrario, los nobles calvinistas más activos, como Philippe de Marnix, la rechazaron como insuficiente, por no incluir algunas de sus peticiones, como la demanda de que se convocara a los Estados Generales⁶⁰.

Un problema mayor para la gobernabilidad de los Países Bajos vino del descontento de los grandes nobles. Todo lo que había rodeado al Compromiso de Nobleza y la Moderación había minado la credibilidad de Guillermo de Orange en la Corte española, por donde ya circulaban con asiduidad rumores que acusaban a su familiar de haberse convertido al protestantismo. El 9 de abril, el mismo día que Margarita firmaba la Moderación, Orange le manifestó su deseo de retirarse a sus tierras familiares en Alemania y abandonar el servicio de Felipe II. Egmont y Horn secundaron a Orange. La gobernadora se encontró entonces entre la espada y la pared, habida cuenta de que necesitaba el poder de los grandes aristócratas y caballeros del Toisón de Oro para contrapesar a la díscola baja nobleza neerlandesa. Margarita consiguió salvar la situación al ganarse la voluntad de los tres nobles prometiéndoles otorgar nuevas tierras a sus casas y dar un mayor

⁵⁸ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 133.

⁵⁹ Sobre la movilización política en aras de la conciencia religiosa puede verse MARTÍNEZ PEÑAS, L., “Efectos jurídicos de la resistencia social a la legislación de asilo y refugio: el movimiento Sanctuary y la Enmienda Boland”, en *Araucaria*, nº 48, 2021.

⁶⁰ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 134.

peso político al Consejo de Estado, del que Orange, Egmont y Horn eran parte fundamental⁶¹.

Margarita dio traslado de la situación y de sus concesiones. Desde Madrid, Felipe II dio el visto bueno a ambas decisiones el 31 de julio⁶², tanto a la moderar el rigor con el que se hacía cumplir la legislación contra los herejes como a que se dieran instrucciones para suspender la acción de los inquisidores de los obispados, pero con la condición de que se permitiera a los obispos de las diócesis creadas por la reforma de 1559 tomar posesión de sus sedes, algo que muchos aún no habían podido llevar a cabo siete años más tarde, obstaculizados por las autoridades locales. Yendo más allá, el rey autorizaba a que el Consejo de Estado de los Países Bajos revisara los *placards* ya publicados, abriendo la posibilidad de que se modificara la normativa para moderar su rigor. Por último, Felipe II otorgaba su perdón a todos los firmantes del Compromiso de Breda, dejando sin sanción cualquier ofensa a su persona o a la de la gobernadora en la que pudieran haber incurrido a raíz de la redacción y firma del texto⁶³.

Seguramente, detrás de esta aparente marcha atrás del rey respecto a su decisión previa en las Cartas del Bosque de Segovia, pueda encontrarse nuevamente la situación global de la Monarquía. La llegada de las cartas de Margarita coincidió con una nueva ofensiva turca en el Mediterráneo, en esta ocasión contra la isla veneciana de Quíos. Tomada esta isla, las galeras otomanas siguieron navegando hacia el oeste, extendiendo el temor a un ataque directo contra alguna posesión española, o incluso contra la península misma. Aunque finalmente el ataque no se verificó, dado que la escuadra turca se

⁶¹ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 137.

⁶² GOSSART, *Espagnols et flamands au XVIe siècle: l'établissement du régime espagnol dans les pays bas e l'insurrection*, p. 30.

⁶³ STRADA, *Décadas de las guerras de Flandes*, vol. I, p. 428.

adentró en el Adriático, donde venecianos y españoles consiguieron contenerla hasta que regresó a sus puertos en septiembre de 1566⁶⁴.

4.- Efectos de la Moderación

La Moderación de la primavera de 1566 y la relajación del acoso al que las autoridades habían sometido a los protestantes se tradujo en un aumento acelerado de las actividades de los predicadores calvinistas en los Países Bajos, irradiando desde sus núcleos en el condado de Flandes, y muy especialmente desde Amberes, donde un sermón calvinista oficiado en junio reunió a casi veinte mil personas, ejemplificando la manera en que los calvinistas habían dejado atrás los *prêche*, sermones clandestinos impartidos al aire libre⁶⁵, y ya no se ocultaban ni temían mostrarse ante las autoridades⁶⁶. Alrededor de cincuenta predicadores procedentes de Francia, Inglaterra, Ginebra y Emden entraron en Holanda al amparo de las nuevas circunstancias⁶⁷. La llegada de predicadores franceses no hizo sino fortalecer el convencimiento de la gobernadora de que quienes estaban alimentando la discordia en los Países Bajos no eran otros que los aristócratas franceses que se habían convertido al calvinismo, principalmente los líderes hugonotes Coligny y Condé⁶⁸. Su labor no era ignorada por las autoridades hispánicas:

⁶⁴ GOSSART, *Espagnols et flamands au XVIIe siècle: l'établissement du régime espagnol dans les pays bas e l'insurrection*, p. 30.

⁶⁵ POLLMANN, "Countering the Reformation in France and the Netherlands", p. 84.

⁶⁶ VAN GELDEREN, *The political thought of the dutch revolt*, p. 82.

⁶⁷ Sobre el papel vital de Emden en la difusión del ideario protestante a través de sus imprentas, ver PETTEGREE, *Emden and the Dutch revolt*, pp. 87-108.

⁶⁸ CREW, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands*, pp. 1 y 87.

“Grandísimo daño han hecho los predicadores herejes y franceses y herejes que se sus reinos con ocasión de negocio han venido a la villa de Amberes, trayendo libros y predicando y amotinando los ciudadanos”⁶⁹.

Los panfletos contrarios a la persecución religiosa inundaron las ciudades de los Países Bajos, tal y como anotaba en su diario Godevaert van Haecht, quien refería como el 25 de mayo de 1566 las cuatro principales ciudades de Brabante amanecieron con sus paredes repletas de soflama contra la actividad de los inquisidores neerlandeses. A medida que se acercaba el final de aquel año 1566, el número de panfletos aumentaba, así como el de canciones y coplillas, y su temática se ampliaba, criticando no solo la persecución religiosa, sino también cualquier otro cambio introducido en la gobernación de los territorios por la Monarquía hispánica⁷⁰.

El impacto de este aumento de la visibilidad y de las prédicas de los movimientos reformados a raíz de la Moderación fue tal que no sin razón se ha dicho que las concesiones de Margarita de Parma, respaldadas por Felipe II, tuvieron el efecto de un "impulso eléctrico", catalizando las actividades protestantes en los Países Bajos⁷¹. El 30 de junio de 1566, 30.000 calvinistas se reunieron públicamente en las afueras de Amberes, marchando en orden de batalla y la mayor parte de ellos armados, punto culminante de una política intencionada, arrancada en mayo tras la Moderación, de hacer públicamente visible su confesión y su intención de defenderla por los medios que fueran necesarios frente a cualquier amenaza, incluso -o especialmente- proveniente de la autoridades⁷².

⁶⁹ AGS, Estado, leg. 536, Doc. 55, fol. 3.

⁷⁰ WEDUWEN, *State communication and public politics in the Dutch Golden Age*, p. 35.

⁷¹ PETTEGREE, *Emden and the Dutch revolt*, p. 112.

⁷² BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 140.

El creciente atrevimiento de los reformados no se limitaba a las calles, sino que llegó incluso a la Corte de Bruselas. En julio de 1566, Jacob van Wesenbeke, oficial de la ciudad de Amberes, acudió a presencia de Margarita para solicitar una relajación aún mayor de la normativa de represión de la herejía. Cuando la gobernadora se negó a ello, van Wesebeke le dijo directamente a la cara que “sus *placards*” no se aplicarían en Amberes⁷³.

El 9 de julio, Margarita reunió al Consejo de Estado para abordar la cuestión relativa al hecho de que los calvinistas parecían estarse armando. Se acordó que Egmont y Orange tratarían de mediar con el sector más activo de los firmantes del Compromiso de Nobleza. Alrededor de doscientos de estos se encontraban reunidos en esos días junto a destacados predicadores calvinistas en la ciudad de Saint Trond, donde los nobles se comprometieron a reunir fondos para defender el calvinismo si era necesario, a cambio de que los predicadores se comprometieran a respetar el orden público y no efectuar actos hostiles contra los oficiales de la Corona ni contra los magistrados locales⁷⁴. Una

⁷³ WEDUWEN, *State communication and public politics in the Dutch Golden Age*, p. 48. El oficial ya se había negado en 1564 a ejecutar a un calvinista de Amberes condenado como hereje.

⁷⁴ Beemon señala que más tarde este dinero fue utilizado para financiar, en parte, el levantamiento en Alemania del ejército mercenario con el que Orange invadió los Países Bajos en 1568. Sin embargo, lo que no ha sido posible precisar es si esa fue desde el principio la intención de los reunidos en Saint Trond, o si los fondos solo fueron utilizados para ello en una decisión tomada ante las circunstancias sobrevenidas (BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 141). Sobre el orden público en España, ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *Delitos y orden público en el Estado consitucional: fenomenología, instituciones y normas*, Madrid, 2023. Otro enfoque, desde la perspectiva del uso de la fuerza militar, puede vese en MARTÍNEZ PEÑAS, L., “La militarización de la seguridad y los derechos ciudadanos: trayecto histórico-jurídico de la legislación de posse comitatus”, en SAN MIGUEL PÉREZ, E., (coord.), *Las exigencias del Estado de Derecho contemporáneo: ciudadanía, derechos humanos y migraciones*, Zizur Mayor, 2022.

delegación de doce miembros partió de Saint Trond y se reunió con Egmont y Orange el 18 de julio, en Duffel, donde los primeros hicieron entrega de un documento, la llamada Segunda Moderación, en la que insistían en reclamar a Margarita que se legalizaran la manifestación en público de cualquier confesión y que convocara a los Estados Generales.

Los catorce asistentes a la reunión de Duffel, incluidos Orange y Egmont, fueron recibidos por la gobernadora en Bruselas el 30 de julio, entregándosele la petición de los juramentados. Margarita trató de ganar tiempo pidiendo un lapso de espera de veinticuatro días, en espera de que llegara la respuesta de Felipe II a la Moderación y se pudiera conocer la voluntad del monarca⁷⁵.

5.- La misión de Montigny en Madrid

Mientras esto tenía lugar en los Países Bajos, los nobles neerlandeses habían enviado al barón de Montigny -hermano menor del conde de Horn- y al marqués de Berghes a Madrid para obtener la ratificación regia de la Moderación⁷⁶, ya que la gobernadora había supeditado la perdurabilidad de la medida a obtener, aunque fuera de forma sobrevenida, el respaldo explícito de Felipe II a los cambios por ella implementados⁷⁷. Aunque Montigny pertenecía a una de las

⁷⁵ BEEMON, *The Ideology of Rebellion*, p. 142.

⁷⁶ CORNEJO, *Sumario de las guerras civiles y causas de la rebelión de Flandes*, p. 30; GEEVERS, “How to save a life? Alonso de Laloo, secretary to the count of Horn, on a mission to the Spanish Court (1566-1567)”, p. 73.

⁷⁷ Originariamente, estaba previsto que le acompañara el duque de Berghes, pero pocos días antes de su partida, mientras paseaba por la plaza del palacio de Bruselas, recibió el impacto de una bola de madera procedente de una partida que se celebraba a pocos metros. El golpe le causó serios daños en la pierna e impidió que Berghes acompañara a Montigny a Madrid, viajando

familias de mayor raigambre de los Países Bajos, es posibles que no fuera la elección más acertada, dados el convencimiento existente en la Corte española de que el duque estaba íntimamente relacionado con sus parientes franceses, los Chatillon, a quienes se consideraba enemigos acérrimos de los intereses de la Monarquía Hispánica⁷⁸.

Cuando Montigny llegó a presencia del rey, en julio de 1566, este se encontraba en la sierra segoviana, en Valsaín, cuyo clima era menos riguroso que el del estío madrileño o vallisoletano. La situación en la Corte era complicada, y Montigny tardó largo tiempo en conseguir ser recibido personalmente por Felipe II⁷⁹, ya que en la Corte, “no fueron tan bien recibidos como pensaban”⁸⁰, debido a toda una serie de acontecimientos que habían modificado la situación en el entorno del monarca.

En los meses previos al viaje de los neerlandeses se había producido un reajuste de poder entre las facciones cortesanas, generado por el fallecimiento el 12 de abril de Gonzalo Pérez, quien había sido la mano derecha administrativa del monarca durante los dieciocho años anteriores. A consecuencia de la muerte de Pérez, sus papeles se repartieron entre su sobrino, Antonio Pérez, y Gabriel de Zayas. Además, creció en importancia la figura de Diego de Espinosa, quien incorporó al aparato burocrático de la Corte a su propio secretario, Mateo Vázquez⁸¹, y que sería uno de los grandes impulsores de la confesionalización de las políticas de la Monarquía⁸².

tiempo después, al recuperarse de la herida (STRADA, *Décadas de las guerras de Flandes*, vol. I, p. 403).

⁷⁸ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *El Duque de Hierro*, p. 313.

⁷⁹ BENTIVOGLIU, *Guerra de Flandes*, p. 32.

⁸⁰ CORNEJO, *Sumario de las guerras civiles y causas de la rebelión de Flandes*, p. 30.

⁸¹ KAMEN, *Felipe de España*, p. 118.

⁸² VERSELE, “Las razones de la elección de Don Luis de Requesens como Gobernador General de los Países Bajos tras la retirada del Duque de Alba (1573)”, p. 271; HORTAL MUÑOZ, *Los asuntos de Flandes*, p. 63.

La llegada de Montigny también coincidió con la de una serie de cartas que trasladaban a la Corte una serie de alarmantes noticias. En una misiva fechada el 4 de julio, el contador Alonso del Canto informaba de que Brederode y otros de los autoproclamados “mendigos” estaban reuniendo en secreto fuerzas para desencadenar una insurrección militar, aprovechando el estado de ánimo que habían generado los múltiples predicadores ginebrinos y hugonotes que circulaban por los Países Bajos con cierta libertad, merced a la Moderación⁸³. Estas noticias fueron confirmadas por otras cartas, remitidas por Margarita, y fechadas el 21 de julio. Ante la situación existente, en ellas la gobernadora aconsejaba al monarca que o bien accediera a las peticiones que se le trasladaban o bien respondiera con firmeza, puesto que la posición intermedia parecía haberse vuelto insostenible⁸⁴.

Felipe II convocó al Consejo de Estado, a fin de analizar con sus integrantes la conveniencia de ratificar la Moderación, concedida por la gobernadora en abril. En las deliberaciones que siguieron, ausente el rey, estuvieron presentes el duque de Alba, el príncipe de Éboli, el duque de Feria⁸⁵, don Antonio de Toledo, don Juan Manrique, don Luis Quijada, así como los tres consejeros de Flandes de Felipe II: Hopperus, Tisnacq y Courteville⁸⁶. En todo caso, en una de sus conversaciones con el noble flamenco, Felipe II le indicó con meridiana claridad que nunca había pretendido ni ambicionado que la Inquisición española extendiera sus actuaciones al territorio de los Países Bajos⁸⁷, uno de los rumores

⁸³ AGS, Estado, leg. 529, fols. 61-62.

⁸⁴ KAMEN, *Felipe de España*, p. 118.

⁸⁵ Según Bentivoglio, con Alba, Éboli y Feria. “y con monseñor Granvela, obispo de Arrás, borgoñón, comunicaba [Felipe II] todas las cosas más graves y las que miraban a los propios intereses de Flandes” (BENTIVOGLIU, *Guerra de Flandes*, p. 4).

⁸⁶ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *El Duque de Hierro*, p. 313.

⁸⁷ KAMEN, *Felipe de España*, p. 96. Sobre la forma de procesar de la Inquisición española, ver MARTÍNEZ PEÑAS, L., *El proceso inquisitorial*, Madrid, 2022.

más insistentes y que despertaban mayor temor en las provincias septentrionales.

El Consejo informó al monarca del resultado de sus deliberaciones el 26 de julio y, ante el parecer favorable del sínodo, el rey aceptó buena parte de los términos acordados por Margarita, tales como la atenuación en el rigor con que se aplicaban los decretos sobre religión en los Países Bajos y deteniendo la acción de los inquisidores diocesanos en los episcopados de los Países Bajos. No menos importante fue la aceptación por Felipe II de indultar a todos los implicados en los hechos que condujeron al Compromiso de Breda por cualquier delito que se desprendiera de sus acciones al respecto⁸⁸.

Sin embargo, a ojos de Montigny lo concedido por Felipe II no era suficiente y así se lo hizo saber⁸⁹. Las palabras de Montigny obraron el efecto contrario al pretendido y, estimulado por algunos de los personajes más intransigentes presentes en su Corte -como el obispo de Arcole, legado pontificio que desde la llegada del duque trató por todos los medios de impedir que lograra sus objetivos⁹⁰-, Felipe hizo traer a su presencia a uno de sus notarios, don Pedro de Hoyos. Ante el jurista, el duque de Alba y un grupo muy reducido de asistentes, el 9 de agosto de 1566 Felipe II procedió a dejar constancia que había efectuado las concesiones previas con la voluntad de evitar males mayores, lo cual suponía declarar que habían sido obtenidas forzando la voluntad regia y no como una vuestra del verdadero deseo del monarca. Ello implicaba

⁸⁸ “Los príncipes de Flandes usan igualmente el ‘perdón general’. No completamente sin razón se le pone en duda como medio de gracia. En mi opinión el perdón general se puede ver como una combinación de la prerrogativa de gracia y la de legislación. Los soberanos ya se servían en la edad media de la posibilidad de permitir desvíos del *ius commune* en forma de privilegios, *ex certa scientia, motu proprio, no obstante tali lege*.” (DE SCHEPPER, “Pena o gracia en Flandes bajo Carlos V y Felipe II, 1521-1598”, p. 798).

⁸⁹ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *El Duque de Hierro*, p. 314.

⁹⁰ STRADA, *Décadas de las guerras de Flandes*, vol. I, p. 406.

la nulidad jurídica de lo concedido, puesto que la libre voluntad del disponente es imprescindible para dar validez a un acto de carácter legal⁹¹. Quedaba así anulado el indulto a los participantes en el Compromiso, la moderación en el rigor de los *placards* y la suspensión de la actividad de los inquisidores eclesiásticos en las diócesis de los Países Bajos⁹². No sería esta la última vez en que Felipe II rechazaría la posibilidad de estabilizar la situación en Flandes a costa de sacrificar los intereses del catolicismo: lo mismo ocurriría en 1575, 1577 y 1589, cuando la tolerancia religiosa fue el escollo contra el que naufragaron otros tantos posibles acuerdos con los rebeldes⁹³.

Tanto el compás de espera que la gobernadora había logrado arrancar en Bruselas a la nobleza neerlandesa como la decisión de Felipe II de revocar la Moderación se vieron superadas por los acontecimientos: el 3 de septiembre llegó a Madrid un nuevo conjunto de cartas remitidas por Margarita desde los Países Bajos, en los que la gobernadora daba cuenta de acontecimientos aún más perturbadores que los referidos previamente: había estallado la Furia Iconoclasta⁹⁴.

⁹¹ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *El Duque de Hierro*, p. 313-314.

⁹² De Schepper indica que la causa de que Felipe II diera marcha atrás en sus concesiones fueron las noticias de que en Flandes se estaban produciendo los incidentes de la Furia Iconoclasta (DE SCHEPPER, H., "Pena o gracia en Flandes bajo Carlos V y Felipe II, 1521-1598", en MARTÍNEZ MILLÁN, J. A., (ed.), *Felipe II (1598-1998), Europa dividida, la monarquía católica de Felipe II* (Martínez Millán, J., ed.), Madrid, 1998, p. 804). Sin embargo, siguiendo lo expuesto, parece que la decisión ya estaba tomada cuando las noticias de la Furia, iniciada en agosto de 1566, llegaron hasta el monarca.

⁹³ PARKER, *El ejército español y el camino de Flandes*, p. 136.

⁹⁴ Dichas cartas se conservan en AGS, Estado, leg. 530.

Bibliografía

- ÁLAMO MARTELL, M^a D., “Estudio jurídico de la mujer en el Estado liberal”, en PÉREZ MARTELL, R., (dir.), *Compromiso con los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Barcelona, 2021.

- ARNADE, P., *Beggars, iconoclasts and civic patriots. The political culture of the Dutch Revolt*. Nueva York, 2008.

- BEEMON, F. E., *The Ideology of Rebellion: Philippe de Marnix, Sieur de Sainte Aldegonde, and the Dutch Revolt*, Knoxville, 1988.

- BENEDICT, P., MARNEF, G., VAN NIEROP, H., VENARD, M., (ed.), *Reformation, revolt and civil war in Franche and the Netherlands. 1555-1585*. Ámsterdam, 1997.

- BENTIVOGLIU, G., *Guerra de Flandes*. Madrid, 1643.

- BLOCKMANS, W., “Court and city, a tense relation in the Burgundian Netherlands”, en HIRSCHBIEGEL, J., PARAVICINI, W., y WETTLAUFER, J., (eds.), *Städtisches Bürgertum und Hofgesellschaft. Kulturen integrativer und konkurrierender Beziehungen in Residenz- und Hauptstädten vom 14. bis ins 19. Jahrhundert*. Ostfildern, 1996.

- BLOM, H. W., “Two models of resistance: Beggars and liberators in the Dutch revolt”, en VON FRIEDEBURG, R., *Widerstandrecht in der frühen Neuzeit*. Berlín, 2001

- CLARAMUNT SOTO, A., *Es necesario castigo. El duque de Alba y la revuelta de Flandes*, Madrid, 2023.

- CORNEJO, P., *Sumario de las guerras civiles y causas de la rebelión de Flandes*. Madrid, 1577.

- CREW, P. M., *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*. Cambridge, 1978.

- CRUZ, L., “Turning Dutch: Historical Myths in Early Modern Netherlands”, en *The Sixteenth Century Journal*, nº 39, 2008.

- DARBY, G., “Narrative of events” en DARBY, G., *The origins and development of the Dutch revolt*. Nueva York, 2001.

- DE SCHEPPER, H., “Justicia, gracia y policía en Flandes bajo el Duque de Alba (1567-1573)” en DEL SER QUIJANO, G., *Congreso V Centenario del Nacimiento del III Duque de Alba, Fernando Álvarez de Toledo*. Salamanca, 2008.

- DE SCHEPPER, H., “Pena o gracia en Flandes bajo Carlos V y Felipe II, 1521-1598”, en MARTÍNEZ MILLÁN, J. A., (ed.), *Felipe II (1598-1998), Europa dividida, la monarquía católica de Felipe II* (Martínez Millán, J., ed.), Madrid, 1998.

- DE WOLF, J. G. C., “Burocracia y tiempo como actores en el proceso de decisión. La sucesión del gran duque de Alba en el gobierno de los Países Bajos” en *Cuadernos de Historia Moderna*, nº 28, 2003.

- DEL SER QUIJANO, G., *Congreso V Centenario del Nacimiento del III Duque de Alba, Fernando Álvarez de Toledo*. Salamanca, 2008.

- DUKE, A., “Dissident propaganda and political organization at the outbreak of the revolt of the Netherlands”, en BENEDICT. P., MARNEF, G., VAN NIEROP, H., VENARD, M., (ed.), *Reformation, revolt and civil war in Frande and the Netherlands. 1555-1585*, Ámsterdam, 1997.

- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M., *El Duque de Hierro. Fernando Álvarez de Toledo, III duque de Alba*. Madrid, 2007.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *Delitos y orden público en el Estado consitucional: fenomenología, instituciones y normas*, Madrid, 2023.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., y MARTÍNEZ PEÑAS, L., *La guerra y el nacimiento del Estado Moderno*, Valladolid, 2014.

- GEEVERS, L., “How to save a life? Alonso de Laloo, secretary to the count of Horn, on a mission to the Spanish Court (1566-1567)”, en VERMEIR, R., EBBEN, M., FAGEL, R., (eds.), *Agentes e identidades en movimiento España y los Países Bajos siglos XVI-XVIII*. Madrid, 2011.

- GEYL, P., *The revolt of the Netherlands*. Londres, 1932.

- GOSSART, E., *Espagnols et flamands au XVIe siecle: l'établissement du régime espagnol dans les pays bas e l'insurrection*. Bruselas, 1905.

- HADLEY, E. J., *Privilege and Reciprocity in Early Modern Belgium: Provincial Elites, State Power and the Franco-Belgian Frontier, 1667—1794*, Buffalo, 2006.

- HIRSCHBIEGEL, J., PARAVICINI, W., y WETTLAUFER, J., (eds.), *Städtisches Bürgertum und Hofgesellschaft. Kulturen integrativer und konkurrierender Beziehungen in Residenz- und Hauptstädten vom 14. bis ins 19. Jahrhundert*. Ostfildern, 1996.

- HORTAL MUÑOZ, J. E., *Los asuntos de Flandes. Las relaciones entre las cortes de la Monarquía Hispánica y de los Países Bajos durante el siglo XVI*. Madrid, 2011.

- JACOBS, R., “Bruxelles, capitale de la contestation (1566) et de la répression (1568)”, en *Cahiers Bruxellois – Brusselse Cahiers*, nº 1, 2018.

- JANSSENS, G., “Los privilegios: justificación para la oposición leal y para los rebeldes en sus acciones contra la política de Felipe II en Flandes (1559-1581)” en *Philostrato. Revista de Historia y Arte*, nº extraordinario, 2018.

- JANNSEN, G., “Un noble ambitieux entre guerre et paix pendant la Révolte des Pays-Bas. L’opposition loyale de Philippe III de Croÿ, duc d’Aarschot et comte de Beaumont (1565–1577)”, en JUNOT, Y., y SOEN, V., (ed.), *Noblesses transrégionales : les Croÿ et les frontières pendant les guerres de religion (France, Lorraine et Pays-Bas, xvie-xviii siècle)*, Turnhout, 2020.

- JUNOT, Y., y SOEN, V., (ed.), *Noblesses transrégionales : les Croÿ et les frontières pendant les guerres de religion (France, Lorraine et Pays-Bas, xvie-xviii siècle)*, Turnhout, 2020.

- KAMEN, H., *Felipe de España*. Madrid, 1997.

- MARNEF, G., “The dynamics of reformed religious militancy: The Netherlands, 1566-1585”, en BENEDICT. P., MARNEF, G., VAN NIEROP, H., VENARD, M., (ed.), *Reformation, revolt and civil war in Frande and the Netherlands. 1555-1585*. Ámsterdam, 1997.

- MARNEF, G., “The dynamics of reformed religious militancy: The Netherlands, 1566-1585”, en BENEDICT. P., MARNEF, G., VAN NIEROP, H., VENARD, M., (ed.), *Reformation, revolt and civil war in Frande and the Netherlands. 1555-1585*. Ámsterdam, 1997.

- MARTÍNEZ MILLÁN, J. A., (ed.), *Felipe II (1598-1998), Europa dividida, la monarquía católica de Felipe II* (Martínez Millán, J., ed.), Madrid, 1998.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., “Efectos jurídicos de la resistencia social a la legislación de asilo y refugio: el movimiento Sanctuary y la Enmienda Boland”, en *Araucaria*, nº 48, 2021.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., “El derecho como arma: lo iusjurídico en tiempos de guerra híbrida”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., y PRADO RUBIO, E., (coord.), *El escudo del Estado*, Madrid, 2022.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., “El Edicto Perpetuo de Ausburgo”, en SAN MIGUEL PÉREZ, E., (coord.), *Derechos humanos, integración y crisis migratorias: perspectivas jurídicas, históricas y políticas*, Valencia, 2021.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., “La convergencia entre brujería y herejía y su influencia en la actuación de la inquisición medieval”, en *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, nº 23, 2019.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., “La militarización de la seguridad y los derechos ciudadanos: trayecto histórico-jurídico de la legislación de posse comitatus”, en SAN MIGUEL PÉREZ, E., (coord.), *Las exigencias del Estado de Derecho contemporáneo: ciudadanía, derechos humanos y migraciones*, Zizur Mayor, 2022.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., *El invierno. Visión jurídico-institucional de las relaciones internacionales en la Edad Media*, Madrid, 2019.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., *El proceso inquisitorial*, Madrid, 2022.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., *Las cartas de Adriano*, Madrid, 2009.

- MOTLEY, *The rise of the Dutch republic*. Londres, 1884.

- NOTARIO LÓPEZ, I. J., *El laberinto de Flandes. La guerra de los 80 años, vol. 1*, Zaragoza, 2022.

- PARKER, G., *El ejército de Flandes y el Camino español (1567-1659). La logística de la victoria y derrota de España en las guerras de los Países Bajos*. Madrid, 2000.

- PÉREZ MARTELL, R., (dir.), *Compromiso con los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Barcelona, 2021.

- PETTEGREE, A., *Emden and the dutch revolt*. Oxford, 1992, p. 126.

- POLLMAN, J., “Countering the reformation in France and the Netherlands: Clerical leadership and catholic violence 1560-1585”, en *Past and Present*, nº 190, 2006.

- PRADO RUBIO, E., *Voorspel, el Preludio: génesis jurídico institucional del conflicto de los Países Bajos*, Valladolid, 2024.

- SAN MIGUEL PÉREZ, E., (coord.), *Derechos humanos, integración y crisis migratorias: perspectivas jurídicas, históricas y políticas*, Valencia, 2021.

- SAN MIGUEL PÉREZ, E., (coord.), *Las exigencias del Estado de Derecho contemporáneo: ciudadanía, derechos humanos y migraciones*, Zizur Mayor, 2022.

- SECRETAN, C., *La révolte des Pays-Bas: aux sources de la pensée politique moderne (1566-1619)*. Paris, 1990.

- SMITH, L. B., *Treason in Tudor England: Politics and Paranoia*, Princeton, 1986

- STRADA, F., *Décadas de las guerras de Flandes*. Amberes, 1748.

- VAN GELDEREN, M., *The political thought of the Dutch revolt (1555-1590)*. Cambridge, 1992.

- VERMEIR, R., EBBEN, M., FAGEL, R., (eds.), *Agentes e identidades en movimiento España y los Países Bajos siglos XVI-XVIII*. Madrid, 2011.

- VERSELE, J., “Las razones de la elección de Don Luis de Requesens como Gobernador General de los Países Bajos tras la retirada del Duque de Alba (1573)”, en *Studia Historica: Historia Moderna*, nº 28, 2006.

- WEDUWEN, A. den, *State communication and public politics in the Dutch Golden Age*, Oxford, 2023.

INTERNATIONAL STANDARDS FOR SOCIAL PROTECTION OF CRITICAL INFRASTRUCTURE WORKERS: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR THE NATIONAL SYSTEM

Maryna A. Barsuk¹
Northern Commercial Court of Appeal

Volodymyr O. Havrylyuk²
Prosecutor of the Zakarpattia region

Dmytro V. Lubinets³
Verkhovna Rada of Ukraine

Vladyslav V. Kostenko⁴
Kovpakiv District Court of Sumy

Olha A. Dyachenko⁵
Taras Shevchenko National University of Kyiv

¹ maryna_barsuk@sci-univ.com

² havrylyuk8260-2@sci-univ.com

³ dmytro_lubinets@edu-knu.com

⁴ vladyslav.kostenko@edu-knu.com

⁵ olha_dyachenko@edu.cn.ua

Abstract: Social standards in Ukrainian legislation and international regulations are important for creating decent living conditions. Ukraine strives to meet international standards of social protection and become a member of the European Community. The social security system is national but needs to take into account international standards. The safety and social protection of critical infrastructure workers are important for their well-being. International cooperation through the International Labour Organization and other organizations plays a key role. The implementation of international standards at the national level, including policies and legislation, improves working conditions and attracts investment. Protecting workers' rights contributes to their productivity and the development of critical infrastructure. The study is relevant and important for understanding, developing, and implementing effective social protection strategies for workers in critical infrastructure. Various methods were used to analyze international standards for the social protection of workers in critical infrastructure. These included a literature review, induction and deduction methods, comparative legal analysis, analysis and synthesis, logical analysis, systems analysis, and sociological methods. The use of these methods allowed for a deeper understanding of social protection standards and their potential benefits for critical infrastructure workers. The findings contribute to the formulation of recommendations for the effective implementation of these standards in national social protection systems.

Keywords: social security, European social standards, social policy, international standards, international cooperation, social protection, critical infrastructure.

1. Introduction

Social standards in the national legislation of Ukraine and international legal acts do not lose their relevance, since the declaration of a state as a social one implies the creation of healthy and decent living

conditions for every person. The main issue of domestic policy in developed countries is the solution to social problems and the improvement of the population's welfare. The right to social security, as one of the fundamental rights recognized by the international community and enshrined in basic international legal acts, is implemented through national efforts and international cooperation. Ukraine's aspirations to become a full member of the European Community require a high-quality social protection mechanism that meets international standards and ensures a decent standard of living and quality of life. At the same time, the social security system created to implement this right, taking into account the state of the economy, demographic, socio-political, and other features, is national, and therefore the problem of finding and consolidating regulatory standards that would adequately reflect the peculiarities of the national economy and the achieved level of international legal regulation of social protection of its citizens remains extremely relevant.

International standards of social protection of critical infrastructure workers play an important role in ensuring the safety and well-being of these workers. Critical infrastructure includes such sectors as energy, transport, telecommunications, finance, and others that are indispensable for the functioning of society and the national economy. International cooperation in the field of social protection of critical infrastructure workers is organized through the International Labour Organization (ILO) and other international organizations. One of the main challenges faced by national systems is how to implement and comply with international standards for the social protection of critical infrastructure workers at the national level. This may include the development and implementation of national legislation, policies, and procedures that ensure the protection of workers' rights, safety, and social well-being.

One of the key aspects of international standards is ensuring the safety and health of workers. This may include protection from hazardous working conditions, provision of necessary equipment and

safety measures, as well as training and instruction. International standards also recommend providing social protection, including social security systems, medical care, and other types of employee support. Another challenge is the effective management of risks and crises that may occur in critical infrastructure. Emergency procedures, evacuation plans, and warning systems should be developed and implemented by international standards. In addition, cooperation and coordination between different sectors of critical infrastructure, as well as with emergency management and law enforcement agencies, should be ensured. However, adherence to international standards for the social protection of critical infrastructure workers can also create opportunities for national systems. It can help improve working conditions and stimulate infrastructure development, investment, and cooperation with other countries. Protecting workers' rights can also have a positive impact on their productivity and job satisfaction, which contributes to the stability and development of critical infrastructure.

Thus, the implementation of international standards for the social protection of critical infrastructure workers is an important task for national systems. This requires not only the adoption of relevant legislation but also the development of effective mechanisms for their implementation and monitoring. At the same time, it opens up opportunities for the development and improvement of both the safety and well-being of workers and the sustainable development of critical infrastructure in general. Many scientific works, including such scholars as V. O. Zhuravel (2021), M. A. Burdonosova (2021), S. O. Opishnyak (2020), T. Semigina (2020), B. Umayev (2022) are devoted to this topic. The purpose of the study is to analyze and assess the impact of international social protection standards on critical infrastructure workers, as well as to identify the challenges and opportunities arising from their implementation in the national social protection system. The relevance of the study is manifested in the growing importance of critical infrastructure in the modern world and the need to ensure adequate social protection for workers in this sector. The following factors emphasize the relevance of this study.

The growing importance of critical infrastructure. Critical infrastructure, such as energy, transport, communications, and other sectors, is the backbone of society and the economy. Increasing globalization, dependence on technology, and the constant threat of terrorism and cyber-attacks have drawn attention to the need to ensure the security and efficient functioning of these sectors. Employees of critical infrastructure, including operators of power plants, transport networks, and telecommunications, are at high risk of incidents, including natural disasters, technical failures, and deliberate attacks. Ensuring their social protection, including health, safety, insurance, and other social services, is critical to their well-being and motivation.

Several international organizations, such as the International Labour Organization (ILO), the World Health Organization (WHO), and the European Environment Agency (EEA), have developed standards and guidelines for the social protection of critical infrastructure workers. Research in this area can help national governments and organizations implement these standards and recommendations to improve working conditions and social protection. Research on international social protection standards for critical infrastructure workers can identify challenges faced by national social protection systems, as well as opportunities for improving these systems. Given the importance of critical infrastructure to society, the development of an effective and sustainable social protection system is essential to ensure the safety and well-being of workers in these sectors.

2.- Materials and methods

The following methods were used in the study to review and analyze international standards for the social protection of critical infrastructure workers. The following approaches and methods were used to achieve this goal. Literature analysis - the study of scientific sources, publications, studies, and documents related to international standards of social protection and critical infrastructure workers. This

method provides information on the theoretical foundations, problems, recommendations, and best practices in the field.

Induction method - the use of a method based on comparing individual observations and facts to formulate generalizations and general patterns. This method can be used to study specific situations of social protection of critical infrastructure workers to draw general conclusions. Deduction method - the use of a method based on the application of general principles and laws to specific situations to draw conclusions and predictions. This method is used to formulate hypotheses supported by international social protection standards and their potential implications for national systems.

The comparative legal method is a comparison of legislation and regulations of different countries on the social protection of critical infrastructure workers. This method helps to identify similarities, differences, and prospects for implementing international standards in the national system. Analysis method - analysis, dismemberment, and detailed consideration of the constituent elements of international standards for the social protection of critical infrastructure workers to establish links, patterns, and problems. Synthesis method - combining individual elements, provisions, and principles of international social protection standards to develop a holistic approach and recommendations for implementation in the national system.

The logical method is the use of logical principles to formulate and structure arguments, conclusions, and evidence on the effectiveness and feasibility of international standards of social protection of critical infrastructure workers. Systemic method - considering the social protection of critical infrastructure workers as a component of the system, studying the relationships, impact, and interaction of the constituent elements to understand the integrity and functioning of the social protection system. Sociological method - the use of sociological approaches and methods to study the impact of international social

protection standards on critical infrastructure workers and socio-economic dynamics in this area.

These various research methods provided an in-depth understanding of international social protection standards for critical infrastructure workers, their potential benefits, and their challenges. The application of these methods allowed for the comparison, synthesis, and analysis of information that contributes to the formulation of recommendations for the effective implementation of international standards in national social protection systems for critical infrastructure workers.

3.- Results

International social protection standards for critical infrastructure workers play an important role in ensuring the safety and well-being of these workers. Critical infrastructure includes sectors such as energy, transport, telecommunications, finance, and others that are indispensable for the functioning of society and the national economy.

Among the international acts that are of universal importance for all states in the protection of social human rights is the Universal Declaration of Human Rights (UN General Assembly, 1948), adopted on 10 December 1948 by the United Nations General Assembly (UN), which for the first time in the world formulated certain social benchmarks - social standards in the field of human rights - and determined that everyone, as a member of society, has the right to social security and to the exercise of the rights in economic and social life necessary for the maintenance of his or her dignity and for the free development of his or her personality. On 16 December 1966, the XXI session of the UN General Assembly adopted the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (UN General Assembly, 1966), Article 9 of which states that the States Parties to the present Covenant shall recognize the right of everyone to social

security, including social insurance. The United Nations Millennium Declaration, adopted by the UN General Assembly on 8 September 2000, enshrines such principles as solidarity and shared responsibility for managing global economic and social development, eradicating poverty, and protecting vulnerable groups among the principles to be observed by UN members.

European international standards in the field of social protection of citizens include The European Social Charter, signed by the member states of the Council of Europe on 18 October 1961, revised on 3 May 1996, which not only specifies the category of “right to social protection” but also distinguishes between the concepts of “social security” and “social assistance”; the European Convention on Social and Medical Care and its Protocol of 11 December 1953, by which the States Parties undertake to provide social and medical assistance to nationals of other States Parties to the Convention who is lawfully staying on their territory and do not have sufficient means; the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which, among other human rights, provides for the human right to social security and health care (Mora et. al., 2020).

Unfortunately, despite Ukraine’s active aspirations to join the European Union, the country is still rather slow in ratifying international regulations relating to social protection, which negatively affects the approximation of Ukrainian national law to European law and the implementation of European international standards in the field of social security in Ukrainian legal practice. One of the effective systems of international control over compliance with international social security law is the International Labour Organization (ILO). The ILO adopts conventions, recommendations, and declarations, in particular, in the field of social security, thereby establishing social standards and promoting the internationalization of social security legislation and prospects for its development. The Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (International Labour Organisation, 1952) sets minimum standards for the level of social

security benefits and the conditions under which they are provided. It covers nine main areas of social security, namely medical care, sickness, unemployment, old age, occupational injury, family, maternity, disability, and survivors' benefits.

To ensure that it can be applied in all national circumstances, the Convention establishes the obligation of a Member State for which the Convention is in force to specify in its instrument of ratification at least three of Sections II to X in respect of which it assumes obligations under the Convention. However, a Member State that has ratified the Convention may subsequently notify the Director-General of the International Labour Office that it is accepting obligations under the Convention in respect of one or more of Sections II to X not previously specified in its instrument of ratification. The level of minimum benefits can be determined by reference to the level of wages in the country concerned. Temporary exemptions may also be provided for countries whose economies and medical facilities are not sufficiently developed to allow them to limit the scope of the Convention and the coverage of the benefits provided. The Social Policy (Fundamental Aims and Standards) Convention, No. 117 of 1962 is the result of the revision of the Social Policy (Non-Metropolitan Areas) Convention, 1947, to make it possible for independent states to apply and ratify it. This Convention enshrines the thesis that "economic development should serve as the basis for social progress".

In this regard, it is worth noting the direct link between economic growth and the social security system. Many European countries introduced social security programs at an early stage of their development before they became rich societies. European history also shows that efficient economies and effective social security systems can go hand in hand and that the latter is not a hindrance to the former. All countries should develop their social security systems according to their own socio-economic needs and circumstances. However, based on the European experience, the message for developing countries is clear: effective social security systems are key to long-term social and

economic development. In 2012, the ILO outlined its strategy to address the challenge of extending social security coverage and further developing and sustaining comprehensive social security systems in the Resolution and Conclusions adopted by the International Labour Conference at its 100th session in June 2011. At its 101st session in June 2012, the Conference adopted a new international social security standard, Recommendation No. 202 concerning Social Protection Floors, which is the final component of the ILO's social security strategy (Boeri et. al., 2020).

The main ideas of the Recommendation are as follows. Social security is a human right and all people, regardless of where they live, should be guaranteed at least a minimum level of basic social protection. Social security is a social and economic necessity in the fight against poverty and social exclusion and the promotion of development, equality, and equal opportunity. A social protection floor is economically affordable and can be implemented, provided, or maintained anywhere, according to national circumstances. A social protection floor consists of at least four basic social security guarantees: basic health care and basic income security during childhood, adulthood, and old age for all residents and all children. All societies should also develop strategies to increase their social security levels, guided by ILO social security standards, taking into account the maturity of their economies and the expansion of fiscal space.

According to Guy Ryder, Director-General of the International Labour Office, "this Recommendation is a significant contribution of the International Labour Organization to the Millennium Development Goals (MDGs) and the debate on the post-MDGs agenda. As is well known, the Sustainable Development Goals mentioned above replaced the Millennium Development Goals, which were set for the period 2000-2015. The two-pronged strategy for the extension of social protection, as defined in the 2011 Resolution and Conclusions and reinforced by Recommendation No. 202, includes the following elements: establishing and maintaining social protection floors as a

fundamental element of national social security systems (horizontal dimension); implementing strategies for the extension of social protection that gradually increase the coverage of all persons with disabilities; and this two-dimensional social security extension strategy should aim to build comprehensive social security systems according to national priorities, resources, and circumstances.

European standards for social security are enshrined in various documents of the European Union and the Council of Europe. The 1989 Community Charter on Fundamental Social Rights of Workers establishes “by the provisions applicable in each country” the right of every worker in the European Community “to adequate social protection and, irrespective of the status and size of the enterprise in which he or she is employed, to enjoy an adequate level of social security assistance». In 1964, the member states of the Council of Europe signed the European Social Security Code, taking into account that one of the objectives of the Council of Europe’s social program is to encourage all its members to develop their social security systems, recognizing the expediency of harmonizing social security contributions in the member states and being convinced that it is advisable to raise the European Social Security Code to a higher level than the minimum standards set out in the Social Security (Minimum Standards) Convention.

Another social security organization is the International Social Security Association (ISSA). It is the leading international organization for social security institutions, government departments, and agencies. ISSA promotes excellence in social security administration by providing professional guidance, expertise, services, and support to help its members develop dynamic social security systems and policies around the world. ISSA was founded in 1927 under the auspices of the International Labour Organization and today has more than 320 member institutions from more than 160 countries. As a global community, ISSA is strengthening its presence and capacity to promote social security. In pursuit of this goal, ISSA acts both globally and

locally. Locally, it does so by tailoring knowledge and services to the needs of its member institutions. Globally, it does so through the unique added value that the organization brings to the identification and dissemination of practical knowledge on how to achieve excellence in social security administration. ISSA collects, analyses, and disseminates country experiences in addressing social security issues. ISSA is committed to further expanding social protection in line with the UN Sustainable Development Goals (Cheema et. al., 2020).

One of the main challenges facing national systems is how to implement and comply with international standards for the social protection of critical infrastructure workers at the country level. This may include the development and implementation of national legislation, policies, and procedures that ensure the protection of workers' rights, safety, and social well-being. One of the key aspects of international standards is ensuring the safety and health of workers. This may include protection from hazardous working conditions, provision of necessary equipment and safety measures, as well as training and instruction. International standards also recommend providing social protection, including social security systems, medical care, and other types of employee support. Another challenge is the effective management of risks and crises that may occur in critical infrastructure. Emergency procedures, evacuation plans, and warning systems should be developed and implemented following international standards. In addition, cooperation and coordination between different sectors of critical infrastructure, as well as with emergency management and law enforcement agencies, should be ensured.

However, adherence to international standards for the social protection of critical infrastructure workers can also create opportunities for national systems. It can help improve working conditions and stimulate infrastructure development, investment, and cooperation with other countries. Protecting workers' rights can also have a positive impact on their productivity and job satisfaction, which contributes to the stability and development of critical infrastructure.

Implementing international standards for the social protection of critical infrastructure workers is an important task for national systems. This requires not only the adoption of relevant legislation but also the development of effective mechanisms for their implementation and monitoring. At the same time, national governments should provide adequate resources and funding for the implementation of these standards.

One way to ensure social protection for critical infrastructure workers is to establish a social insurance system. This can include insurance against accidents, illness, disability, and other risks associated with working in critical sectors. Social insurance provides financial support to employees in the event of loss of earnings or ill health, allowing them to overcome difficulties and maintain their livelihoods (San Martin, 2019; Vinsalek Stipic, 2020). In addition, international standards for the social protection of critical infrastructure workers recommend providing healthcare for employees. This may include access to quality medical care, preventive check-ups, and vaccinations. Medical care is an important aspect of ensuring the safety and well-being of workers, as it helps to detect and treat illnesses, reduces the risk of injury, and ensures quick medical assistance in case of emergencies.

Another aspect of international standards for the social protection of critical infrastructure workers concerns the development of a pension system. Workers in critical sectors should be able to secure a decent standard of living after their working career. Therefore, national systems should develop and implement pension programs that guarantee stable financial security for workers in their later years. The implementation of international standards for the social protection of critical infrastructure workers can also create opportunities for the development of more efficient resource and personnel management systems. This could include the introduction of innovative technologies, automation, and improved workflows. The use of modern technology can improve the efficiency and safety of workers, as well as reduce the

risks of unforeseen events (Burdonosova, 2021). National systems can also take advantage of opportunities to cooperate with other countries and international organizations. Sharing experiences and best practices can help address common challenges and improve the effectiveness of social protection for critical infrastructure workers. It is also important to promote the establishment of international mechanisms for cooperation and information exchange to respond to challenges related to the social protection of workers in critical sectors.

All things considered, international standards for the social protection of workers in critical infrastructure pose challenges and opportunities for national systems. Implementation of these standards helps to ensure the safety, well-being, and social protection of workers and contributes to the sustainable development of critical infrastructure. However, this requires active measures from national governments, including the development of national legislation, the establishment of social insurance and pension systems, risk management, and cooperation with international partners. Only by implementing and adhering to international standards can a safe and sustainable environment be created for critical infrastructure workers (Rolf et. al., 2022). One of the key challenges for national systems is to ensure the social protection of critical infrastructure workers in a changing world. Technological advances, globalization, and changes in society require the adaptation of existing systems to new realities. For example, in today's digital environment, where cybersecurity is becoming a growing problem, it is necessary to protect the personal data of critical infrastructure workers and eliminate the risks associated with hacking information systems.

Another challenge is the changing nature of work in critical sectors. For example, the introduction of automation and artificial intelligence may lead to changes in the requirements for employees, as well as to changes in working conditions. National systems need to adapt to these changes and provide retraining and support for workers who may be employed in new types of work. Ensuring gender equality

and non-discrimination in critical sectors is also important. Women make up a significant proportion of workers in these sectors, and their rights and needs should be duly addressed. National systems should ensure equal opportunities and access to social protection regardless of gender, and take into account the special needs of women, such as pregnant women, young mothers, and women who have to care for children or other relatives. Despite the challenges, there are also opportunities presented by international standards for the social protection of critical infrastructure workers. For example, it can be an occasion to review national laws and policies governing the social protection of workers and bring them in line with international standards. It can also stimulate cooperation between different sectors of society, government agencies, and employers to improve working conditions and social protection.

One possibility is to involve critical infrastructure workers in the decision-making process on social protection policies. This can ensure their active participation in shaping policies that directly affect their rights and well-being (Sverke et. al., 2019). Overall, international standards for the social protection of critical infrastructure workers present challenges and opportunities for national systems. Successful implementation of these standards requires political will, resources, and the cooperation of various stakeholders. The social protection of critical infrastructure workers is a prerequisite for ensuring the stability and security of these sectors, as well as supporting the economic and social development of the country. Effective implementation of international standards for the social protection of critical infrastructure workers requires coordination and cooperation between different sectors and levels of government. This means that an important component of the national system is an interagency approach that brings together different ministries, agencies, and organizations to jointly address the social protection of critical infrastructure workers.

Mechanisms for cooperation with employers and workers' representatives, such as trade unions, should be developed to identify and implement effective social protection policies. Including stakeholders in the decision-making process will ensure a broader range of perspectives and help avoid the negative consequences associated with unilateral decisions. Providing access to education, training, and professional development is an important aspect of social protection for critical infrastructure workers. National systems should develop programs that facilitate the acquisition of new skills and the improvement of existing ones so that workers can adapt to changing labor market demands. It is also important to ensure access to health care, including health insurance and preventive measures that promote the health and safety of workers. Additional opportunities may arise from the use of technology and innovation. For example, digital solutions can facilitate the collection and analysis of data on working conditions and social protection of workers. The introduction of electronic systems can facilitate the effective management of social protection and access to services for critical infrastructure workers.

However, it should be borne in mind that the effective implementation of international social protection standards for critical infrastructure workers requires financial and human resources. Governments should allocate sufficient funds to implement social programs and provide the necessary infrastructure to ensure social protection. In addition, mechanisms for monitoring and evaluating the effectiveness of social measures should be developed to ensure compliance with standards and timely correction. In general, international standards for the social protection of critical infrastructure workers provide a framework and guidance for national systems. These standards recognize the importance of social protection for workers in these sectors and contribute to the stability, security, and resilience of critical infrastructure. Implementation of these standards requires the commitment and cooperation of governments, employers, workers' representatives, and other stakeholders. Only through this joint effort can proper working conditions and social protection be created for

workers in critical infrastructure (Kostyshyna, 2021). An important aspect of implementing international social protection standards for workers in critical infrastructure is to ensure appropriate control and oversight mechanisms. Governmental authorities and regulatory organizations should develop effective monitoring systems to ensure that established social protection standards are being met. This may include audits, inspections, and assessments, as well as the involvement of independent experts and civil society representatives in the monitoring process.

One of the opportunities for the national system is to actively participate in international forums and exchange experiences with other countries. This allows for mutual learning and understanding of best practices in the area of social protection of critical infrastructure workers. Such exchanges can provide the national system with new ideas and solutions, as well as strengthen cooperation and partnership between countries. These challenges and opportunities apply not only to governments but also to employers and employee representatives. Employers should pay attention to the social protection of their employees and develop policies that take into account their needs and rights. They should also provide adequate infrastructure and resources to ensure social protection. Worker representatives, such as trade unions and associations, play an important role in protecting the interests of critical infrastructure workers. They can act as the voice of workers in decision-making on social protection policies and engage in negotiations with employers and the government. In addition, they can monitor compliance with social protection standards and identify violations of workers' rights.

All of these challenges and opportunities require a systematic approach and an understanding of the importance of social protection of critical infrastructure workers for the sustainable development of society. Implementation of international social protection standards can be an important step in ensuring fair and safe working conditions for critical infrastructure workers, increasing the stability and resilience of

these sectors, contributing to social progress, and improving the quality of life of workers (Khoruzhiy & Gbur, 2021). As the priority is to ensure the social protection of critical infrastructure workers, attention should be paid to developing effective mechanisms for implementing and enforcing these standards. This can be done by improving the legal framework and control mechanisms. One way to expand social protection for critical infrastructure workers is to develop and implement additional social programs and services. For example, this could include the establishment of social protection funds to assist in the event of unforeseen situations, such as crises or accidents. Such funds can provide financial support to workers and their families in the event of wage loss, temporary disability, or other cases where workers need additional assistance.

An additional opportunity for the national system is to engage partners in reporting and research on the social protection of critical infrastructure workers. These could include independent research organizations, universities, international organizations, and specialists. Their research and recommendations can become the basis for improving the national social protection system, introducing new approaches, and solving current problems (Zhuravel, 2021). It is also important to maintain an open dialogue and cooperation between government agencies, employers, employee representatives, and other stakeholders. Ensuring the social protection of critical infrastructure workers is a shared responsibility of all stakeholders, and only through cooperation and collaboration can significant progress be achieved. International standards for the social protection of critical infrastructure workers are an important tool for creating appropriate working conditions and ensuring social well-being. These standards pose challenges but also provide opportunities for national systems. Implementation of these standards requires joint efforts by government authorities, employers, workers' representatives, and other stakeholders, but it is an important step in ensuring fair and safe working conditions for critical infrastructure workers and improving the quality of life for the whole society (Umayev, 2022).

It is also important for the national social protection system for critical infrastructure workers to develop mechanisms for crisis prevention and management. Critical infrastructure can be exposed to various threats, such as natural disasters, terrorist attacks, cyber-attacks, etc. In such cases, critical infrastructure workers are at increased risk, and their social protection becomes particularly important. Crisis prevention and response systems should be designed and implemented with the needs of critical infrastructure workers in mind. This may include developing evacuation plans, providing medical care in case of injuries or illnesses during crises, providing psychological support and rehabilitation of employees after events, etc. In addition, it is necessary to ensure access to information and training for employees on security and crisis response. One of the challenges for the national system is the financing of social protection for critical infrastructure workers. Securing sufficient resources to provide social protection can be challenging, especially in the context of limited budgetary allocations. Governments should consider a variety of funding sources, including the state budget, social insurance contributions, public-private partnerships, and other mechanisms.

In addition, the national social protection system should be flexible and adaptive to changes in society and working conditions. Technological advances and changes in work organizations may have an impact on the role and needs of critical infrastructure workers. These changes need to be monitored and social protection standards adapted to meet the current realities and needs of workers (Semigina, 2020). Overall, international social protection standards for critical infrastructure workers pose challenges to the national system but also provide opportunities for improving working conditions and social well-being. The path to achieving these standards requires cooperation and efforts of government authorities, employers, workers' representatives, and other stakeholders. The priority should be to ensure fair, safe, and decent working conditions for all critical infrastructure workers.

Another important aspect of developing a national social protection system for critical infrastructure workers is ensuring equality and non-discrimination. The principles of equal access to social protection, regardless of status, gender, nationality, or other characteristics, must be enshrined in law and observed in practice. It is important to ensure that all critical infrastructure workers have equal opportunities to receive social protection and use social services. When implementing international standards for the social protection of critical infrastructure workers, it is important to take into account the specifics of each country. Each national system has its own specific working conditions, needs, and resources. Therefore, it is important to analyze and assess the needs and capabilities of the national system to adapt international standards to specific conditions and ensure their effectiveness. An additional opportunity for the national system is to promote cooperation and exchange of experience with other countries. International organizations and forums can provide a platform for sharing best practices, conducting training, and developing international standards. Mutual learning and a “learn from each other” approach can help countries improve their social protection systems and ensure better working conditions for critical infrastructure workers (Semigina & Pozhidayeva, 2020).

The importance of monitoring and evaluating the effectiveness of international social protection standards should also be kept in mind. Regular analysis and evaluation will help to identify problematic issues, successes, and shortcomings of the national system and make the necessary changes to improve its functioning. Monitoring will also help to determine how effectively international obligations are being fulfilled and how well social protection of critical infrastructure workers is being ensured. In summary, international standards for the social protection of critical infrastructure workers set out challenges and opportunities for the national system. Implementation of these standards requires the cooperation and efforts of governmental authorities, employers, workers’ representatives, and other stakeholders. This is an important step in ensuring fair, safe, and decent

working conditions for critical infrastructure workers and contributes to the quality of life of the whole society. The development of the national social protection system should be coherent, flexible, and aimed at meeting the needs of critical infrastructure workers in all aspects of their life and work.

One of the key challenges for the national social protection system for critical infrastructure workers is to ensure the effective implementation of international standards. This requires the approval of relevant legislation and the political will to implement it. Government authorities should pay due attention to this issue, taking into account the recommendations of international organizations and experts. In addition, it is important to ensure effective coordination between the various agencies and bodies responsible for the social protection of critical infrastructure workers. This may include the ministries of labor, social protection, healthcare, and internal affairs, as well as specialized agencies and committees. Working together and sharing information will help ensure that standards are implemented and enforced properly. Another important aspect is the involvement of critical infrastructure workers themselves in the process of developing and implementing social protection. They are the main stakeholders and their voice and opinion should be taken into account. Involving trade union representatives, working groups, and consultations with employees will help ensure that social protection meets their needs and expectations (Kostyuchenko, 2019).

It is also important to take into account international trends and innovations in the field of social protection for critical infrastructure workers. New technologies, changes in the organization of work, and growing challenges related to climate change and cybersecurity require social protection to adapt to new realities. The national system must be ready to innovate and implement new approaches that will ensure effective social protection for critical infrastructure workers. Finally, effective financing is essential for the successful implementation of international social protection standards. National governments should

ensure adequate financial resources for the implementation of social policy and social protection. This can be achieved by reviewing and revising budgetary allocations, managing resources effectively, and introducing additional financing mechanisms such as public-private partnerships or special funds.

A national social protection system for critical infrastructure workers should also take into account the needs of different categories of workers. For example, women, young people, people with disabilities, and migrants working in this sector may require special attention and support. Providing social protection to these categories of workers will help reduce social inequality and ensure equitable access to social services (Stepanova & Tuzhilkina, 2021). Moreover, the national social protection system should be designed to be flexible and adaptable to changes in society and the labor market. Changing working patterns, including flexible working hours and the use of remote work technologies, require new approaches to social protection. The national system should be ready to respond quickly to such changes and ensure that workers are protected in the new working environment. Furthermore, it is important to involve experts from different fields, including academic researchers, social workers, human rights experts, and civil society representatives, in the process of designing and implementing social protection. A wide range of actors will help to address the diversity of needs and beliefs and ensure broad support and legitimacy for the implementation of social protection standards.

Overall, the implementation of international social protection standards for critical infrastructure workers is challenging, but it also offers new opportunities to improve the working and living conditions of these workers. The national system should be flexible, adaptive, and aimed at achieving social justice and ensuring the safety and well-being of critical infrastructure workers. Interaction between different stakeholders, including government authorities, employers, trade unions, and workers' representatives, is a key element in the successful

implementation and effectiveness of international social protection standards.

4.- Discussion

Employees working in critical infrastructure sectors, such as energy, transport, communications, and others, are often at increased risk and require special social protection. In Ukraine, this is particularly relevant, as the development of these sectors is important for the country's economic development. However, several problematic issues need to be addressed and resolved to ensure proper social protection of critical infrastructure workers in Ukraine. Let's look at some of these issues and possible solutions. Insufficient occupational safety – critical infrastructure workers often face various risks and hazards in the course of their duties. It is important to develop and implement effective safety measures that minimize risks to workers. This may include safety training, setting safety standards in the workplace, using the necessary protective equipment, and continuously monitoring compliance with safety requirements.

Inadequate social support – working in critical sectors often involves a high level of responsibility and stress. Problems that arise in this regard can include psychological overload, exhaustion, and job dissatisfaction. To support employees, psychological support programs should be developed and implemented, with access to all critical infrastructure workers. Such programs could include counseling, stress management training, and psychological support groups. Low remuneration – many critical infrastructure workers receive insufficient remuneration for their work, which does not reflect their contribution and the high demands of the profession. To address this problem, it is necessary to establish fair wage rates that take into account the complexity and importance of critical infrastructure workers' work. In addition, incentive programs could be introduced that provide bonuses for high achievement and exceptional performance. Inadequate social

and health insurance – many critical infrastructure workers do not have adequate insurance coverage in the event of illness, injury, or other unforeseen circumstances. A social and health insurance system should be developed and implemented that provides adequate protection to workers in case of need. In addition, it is important to ensure the availability of quality medical services for critical infrastructure workers (Opishnyak, 2020).

All these issues require a comprehensive approach and cooperation between the government, employers, trade unions, and other stakeholders. To achieve adequate social protection for critical infrastructure workers in Ukraine, the following solutions can be implemented: Improving the legal framework – appropriate laws and regulations should be developed and adopted to set standards for the social protection of critical infrastructure workers. This includes setting minimum standards for safety, remuneration, and insurance coverage. Facilitate dialogue between the parties – mechanisms should be established for constructive dialogue between the government, employers, and trade unions to discuss social protection issues and find common solutions. Such a dialogue will help ensure that the needs and interests of critical infrastructure workers are taken into account. Financial support - the government should allocate sufficient financial resources to implement social protection programs for critical infrastructure workers. This could include funding for training programs, psychological services, infrastructure improvements, and social and health insurance (Synchuk & Yastrubetsky, 2022).

Monitoring and evaluation – a system for monitoring and evaluating the effectiveness of social protection measures should be established to ensure that they are achieving their goals and meeting the needs of workers. This will help to identify problems in time and adjust the strategy. The challenges of social protection of critical infrastructure workers in Ukraine require a comprehensive approach and joint efforts of the government, employers, trade unions, and other stakeholders. Ways to address these issues include improving legislation, facilitating

dialogue, financial support, and a monitoring system. Only through joint efforts can we ensure adequate social protection for critical infrastructure workers and improve their working conditions.

5.- Conclusions

Implementing and complying with international social protection standards for critical infrastructure workers is an important task for national systems. This requires the development and implementation of national legislation, policies, and procedures that ensure the protection of workers' rights, safety, and social well-being. However, implementation of these standards can also create opportunities for national systems, contributing to improved working conditions, infrastructure development, and increased cooperation with other countries. International standards for the social protection of critical infrastructure workers necessarily include ensuring the safety and health of workers, effective risk and crisis management, and the development of social insurance, healthcare, and pension systems. These standards also emphasize the importance of cooperation, exchange of experience, and the establishment of international mechanisms to respond to challenges related to the social protection of workers in critical sectors.

The implementation of international standards requires not only the adoption of relevant legislation but also the development of effective mechanisms for their implementation and monitoring. National governments should provide the necessary resources and funding for the implementation of these standards, as well as promote the introduction of innovative technologies and improve professional training for critical infrastructure workers. Programs should be established that provide workers with the necessary knowledge and skills to work effectively in critical infrastructure environments and to deal with contingencies. Training should also take into account modern technologies and innovations that help improve efficiency and safety.

Moreover, it is important to establish mechanisms for monitoring and evaluating the implementation of international standards for the social protection of critical infrastructure workers. This will help identify potential problems, take measures to address them, and ensure continuous improvement of the social protection system. It is also important to maintain open communication with stakeholders, including workers, trade unions, employers, and civil society organizations, to take into account their needs and opinions in the process of implementing and improving the standards.

Overall, the implementation of international standards for the social protection of workers in critical infrastructure is an important step in ensuring the safety and well-being of workers. This will help to create resilient and reliable systems that can function effectively in unforeseen circumstances. Proper implementation and compliance with international standards of social protection for critical infrastructure workers require joint efforts from governments, employers, trade unions, and other stakeholders. It is important to take into account the specifics of each country and sector, ensuring that the standards are flexible and adaptable to specific conditions. Ensuring social protection for critical infrastructure workers is not only a moral and ethical obligation but also a strategic decision to ensure sustainable development and recovery from crises. Investments in the social protection of workers will help to strengthen the resilience and sustainability of critical infrastructure, reduce risks and increase productivity. Thus, the implementation of international standards for the social protection of critical infrastructure workers is crucial for creating a safe and stable working environment. This will not only help to ensure the protection of workers' rights but also improve the safety and efficiency of critical infrastructure in general.

Governments, employers, trade unions, and other stakeholders should work together to ensure that critical infrastructure workers are adequately socially protected. Problems such as insufficient workplace safety, insufficient social support, low wages, and insufficient social

and health insurance require a comprehensive approach to address them. Legislative changes, dialogue between the parties, financial support, and a monitoring system play an important role in improving working conditions and ensuring social protection for workers. Only through joint efforts can we create a safe and stable working environment for critical infrastructure workers.

6.- References

Boeri, T., Giupponi, G., Krueger, A. B. & Machin, S. (2020). Solo self-employment and alternative work arrangements: A cross-country perspective on the changing composition of jobs. *Journal of Economic Perspectives*, 34(1), 170-195.

Burdonosova, M. A. (2021). Formation of international standards of gender equality in acts of the international labor organization. *Dictum Factum*, 1(9), 7-7.

Cheema, S., Afsar, B. & Javed, F. (2020). Employees' corporate social responsibility perceptions and organizational citizenship behaviors for the environment: The mediating roles of organizational identification and environmental orientation fit. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 27(1), 9-21.

International Labor Organization (1952). *Convention on Minimum Standards of Social Security*. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_011#Text

Khoruzhiy, M. E. & Gbur, Z. V. (2021). Social protection of civil servants. *Investments: Practice and Experience*, (13-14), 103-109.

Kostyshyna, T. (2021). Social protection in the context of the development of the digital economy. *Economic Analysis*, 31(1), 279-288.

Kostyuchenko, O. E. (2019). The right to fair remuneration for work: international standards and Ukrainian realities. *International Legal Bulletin: Current Problems of Modernity (Theory and Practice)*, 15, 93-100.

Mora, Z., Suharyanto, A. & Yahya, M. (2020). Effect of work safety and work healthy towards employee's productivity in PT. *Sisirau Aceh Tamiang. Burns*, 2(1), 753-760.

Opishnyak, S. O. (2020). International social standards: a comparative legal analysis. *Law and society*, 2, 58-63.

Rolf, S., O'Reilly, J. & Meryon, M. (2022). Towards privatized social and employment protections in the platform economy? Evidence from the UK courier sector. *Research Policy*, 51(5), 104492.

San Martin, A. J. (2019). The side effects of the collaborative economy model in Europe: the self-employed workers. *Cadernos de Dereito Actual*, 12, 40-56.

Semigina, T. & Pozhidayeva, O. (2020). Formation of competences of social workers: international and local practice. *Publishing house "European Scientific Platform"*, 3, 47-63.

Semigina, T. (2020). Global standards for the training of social workers as an idealistic vision of the development of social work education. *Publishing house "European Scientific Platform"*, 1, 75-84.

Stepanova, L. V. & Tuzhilkina, O. V. (2021). The main trends of changes in social and labor relations in Ukraine in modern socio-economic conditions. *Scientific Bulletin of PUET. Series "Economic Sciences"*, 2(98), 22-34.

Sverke, M., Lastad, L., Hellgren, J., Richter, A. & Naswall, K. (2019). A meta-analysis of job insecurity and employee performance: Testing temporal aspects, rating source, welfare regime, and union density as moderators. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 16(14), 25-36.

Synchuk, S. M. & Yastrubetsky, V. V. (2022). Social protection of employees as an object of social dialogue. *Scientific notes of Lviv University of Business and Law*, 4(35), 88-95.

Umayev, B. (2022). Features of social protection of servicemen and employees of the Security Service of Ukraine. *Scientific Bulletin of the Uzhhorod National University. Series: Law*, 70, 248-252.

UN General Assembly (1948). *Universal Declaration of Human Rights*. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text

UN General Assembly (1966). *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text

Vinsalek Stipic, V. (2020). Social responsibility towards employees as a factor of company profitability. *Journal of Accounting and Management*, 10(2), 115-126.

Zhuravel, V. O. (2021). Analysis of the mechanism of international legal regulation of social protection of employees of the judicial system and its constituent elements. *Center for Problems of Implementation of European Social Law*, 59, 110-119.

**LA PARIDAD EN LOS CONSEJOS DE
ADMINISTRACIÓN DE LAS EMPRESAS
COTIZADAS: DIRECTIVA (UE) 2022/2381 DEL
PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO,
DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2022 Y SU
TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL**

- PARITY IN THE BOARDS OF DIRECTORS OF
LISTED COMPANIES: DIRECTIVE (EU) 2022/2381
OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE
COUNCIL, OF NOVEMBER 23, 2022 AND ITS
TRANSPOSITION INTO SPANISH LAW-

Fecha de Recepción: 13 de abril de 2023
Fecha de Aceptación: 23 de junio de 2023

Carmen Romero García-Aranda¹
Universidad Rey Juan Carlos

¹ carmen.romero.garcia@urjc.es

Resumen: Uno de los objetivos de la Unión Europea es conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. Con el transcurso del tiempo, la legislación, la jurisprudencia, y las modificaciones de los Tratados han ayudado a fortalecer este principio, así como su aplicación en el territorio de la Unión Europea. El Parlamento Europeo siempre ha sido un ferviente defensor del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Aun así, persisten las disparidades entre hombres y mujeres. Además, las mujeres siguen siendo mayoritarias en sectores laborales peor retribuidos y están infrarrepresentadas en los puestos de responsabilidad. La igualdad de trato, reconocida como principio básico y valor esencial, debe aplicarse a todas las personas, sin distinción alguna, evitando cualquier tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta. La prohibición de discriminación por razón de sexo conlleva, en numerosas ocasiones, la adopción de acciones positivas. Analizaremos en este trabajo dos normas recientes, la primera en el ámbito del Derecho de la Unión y, la segunda, en nuestro Derecho interno. En ambos casos, el objetivo se centra en conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, buscando el equilibrio de género en la ocupación de puestos de alta dirección y de toma de decisiones, tanto en el ámbito privado como en el público.

Abstract: One of the European Union main goals is to achieve equality between women and men. Over time, legislation, jurisprudence, and amendments to the Treaties have been boosting this foundation, as well as their application all across the entire European Union. The European Parliament has always been a heartfelt defender of the principle of equality between men and women. Even so, disparities among them continue to exist. Moreover, women are still the vast majority in lower economic sectors and are underrepresented in responsibility positions. Equal treatment recognized as a basic assumption and essential value, must be applied to all persons, without and distinction, avoiding and type of discrimination, whether direct or indirect. The prohibition of discrimination based on gender diversity often entails, the adoption of positive actions. In this paper we will analyse two recent regulations, the first one is contained in the UE law

and the second in our internal law. In both cases, the objective is focused on achieving effective equality between women and men, seeking gender balance in the occupation of senior management and decision-making positions, both in the private and public sphere.

Palabras clave: Paridad, igualdad de trato, principio fundamental, prohibición de discriminación, acción positiva, igualdad real y efectiva, relaciones laborales, transparencia.

Key words: Parity, equal treatment, fundamental principle, prohibition of discrimination, positive action, real and effective equality, labor relations, transparency.

1.- LA DIRECTIVA 2022/2381/UE, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2022, RELATIVA A UN MEJOR EQUILIBRIO DE GÉNERO ENTRE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS Y MEDIDAS ANEXAS

1. Consideraciones generales

Llevar a la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la esfera de las relaciones laborales viene siendo uno de los objetivos de la Unión; en este sentido, el art. 157.4, del TFUE “autoriza acciones positivas permitiendo a los Estados miembros mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Por su parte, el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, establece que “la igualdad entre mujeres y hombres ha de garantizarse en todos los ámbitos y que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”. En 2017, el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, integra <<la igualdad de trato y de oportunidades>>, en todo lo relativo al “mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo

y a la carrera profesional”² (Considerando 4). Conseguir la igualdad de género en el trabajo, necesita de un <<enfoque integral>> que fomente y equilibre la toma de decisiones “desde el punto de vista del género en las sociedades a todos los niveles, así como la brecha salarial entre mujeres y hombres”, (Considerando 5).

En la misma línea de actuación, el 12 de octubre de 1982, el Consejo adoptó una Resolución relativa a la promoción de la igualdad de oportunidades para las mujeres³, en la que se aprobaron los objetivos generales del programa (1982-1985), donde se contempla el “refuerzo de acciones tendentes a garantizar el respeto al principio de igualdad de trato y la promoción de la igualdad de oportunidades en la práctica por medio de acciones positivas”. Así mismo, a través de la Recomendación del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, se confía a los Estados miembros la adopción de una política de acción positiva, “destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en su vida profesional, así como promover la participación de ambos sexos en el empleo, que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales, y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales al objeto de: a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan para

² Para MARTÍNEZ MORENO, C.: “En los últimos tiempos en la UE se apunta una suerte de vocación de universalización de la protección que se ha de dispensar a quienes realizan una actividad por cuenta ajena, con independencia de la intensidad de la conexión con el mercado de trabajo, de la singularidad de la relación de prestación de servicios o de la calificación que el vínculo mantenido merezca conforme al derecho nacional”. En “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la UE: a propósito de la <<laboralización>> de los administradores y consejeros”. Revista de Estudios Jurídico- Laborales y de Seguridad Social. Noviembre 2022-abril 2023. UMA editorial. ISSN-e-2660 – 437X. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/issue/download/1000/505>

³ (DO n°. C 186 de 21.7.1982, p. 3). Véase, Considerando (4), de la Resolución del Consejo de 13 de diciembre de 1984. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HRML/?uri=CELEX:31984H0635&from=EN>

las mujeres que trabajan o buscan empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres en la sociedad; b) estimular la participación de las mujeres en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos”⁴. Además, el 2 de diciembre de 1996, considerando que “la participación en los procesos de toma de decisiones estriba en la representación en los órganos decisorios a todos los niveles de la vida política, económica, social y cultural que requiere, en particular una presencia en los cargos de responsabilidad”, el Consejo recomienda a los Estados miembros, “adoptar una estrategia integrada de conjunto, destinada a promover la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones y a desarrollar o crear a tal efecto las medidas adecuadas, tales como, en su caso, medidas legislativas, reglamentarias y/o de incentivación”⁵.

⁴ Además, se pide a los Estados miembros que: “actúen de tal forma que las acciones positivas incluyan: información y sensibilización, tanto del gran público como del mundo del trabajo, sobre la necesidad de promover la igualdad de oportunidades para las mujeres, en la vida profesional; respeto de la dignidad de la mujer en el lugar del trabajo; estudios y análisis cualitativos y cuantitativos relativos a la situación de las mujeres en el mercado del empleo; diversificación de las opciones profesionales y mejor adecuación de las cualificaciones profesionales, especialmente a través de una formación profesional apropiada, incluida la aplicación de medidas de acompañamiento y de medios pedagógicos adaptados, (...)” Véanse las Recomendaciones (1 y 4), de: 84/635/CEE: Recomendación del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer”. Diario Oficial n° L 331 de 19/12/1984, p. 0034-0035. Edición especial en español: Cap. 05, Tomo 4, p. 0124. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HRML/?uri=CELEX:31984H0635&from=EN>

⁵ Véanse, el Considerando (7), y las recomendaciones (1 y siguientes) de: 96/694/CE: Recomendación del Consejo de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de

En consonancia con estas normas, la Directiva 2022/2381/UE, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y medidas conexas⁶, tiene por objeto garantizar la aplicación de este principio y “lograr una representación de género equilibrada en los puestos de alta dirección, mediante el establecimiento de una serie de requisitos de procedimiento relativos a la selección de candidatos a efectos de nombramiento o elección para los puestos de administrador, sobre la base de criterios de transparencia y méritos” (Considerando 7). Sin embargo, se reconoce en el (Considerando 15), que “el nombramiento de mujeres como administradoras topa con varios obstáculos específicos que pueden superarse no solo por medio de normas vinculantes, sino también a través de medidas educativas y estímulos que fomenten las buenas prácticas”, entendiéndose, (Considerando 16), que “la infrarrepresentación de las mujeres en los consejos de administración es una oportunidad perdida para las economías de los Estados miembros, en general, así como para el desarrollo y el crecimiento”, por el contrario, “la presencia de las mujeres en los consejos de administración mejora la gobernanza empresarial, ya que incrementa el rendimiento del equipo y la calidad de la toma de decisiones gracias a una mentalidad más variada y colectiva que incorpora una gama de perspectivas más amplia”. Contemplando la posibilidad (Considerando 17), de que “una mayor proporción de mujeres en los consejos de administración contribuya de forma positiva a reducir la brecha de género en el empleo y la brecha salarial entre hombres y mujeres”.

Es importante, continúa el (Considerando 18), que “la composición de la sociedad quede fielmente reflejada en el proceso de toma de decisiones de las sociedades y que se aproveche el potencial de

toma de decisión. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=univerv%3A0J.L_,1996.319.01.0011.01SPA&toc=OJ%3AL%3A1996%3A319%3ATOC

⁶ Véase, en relación con la protección y garantía de la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato, el Considerando (3), de la citada Directiva. <https://www.boe.es/doc.php?id=DOUE-L-2022-81801>

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

toda la población de la Unión”⁷. Como factor principal, para conseguir los objetivos de esta Directiva se incluye, (Considerando 22), “la utilización efectiva de criterios para la selección de administradores, que deben establecerse de antemano y con total transparencia, y en los que las cualificaciones, conocimientos y aptitudes de los candidatos se tengan en cuenta imparcialmente, con independencia de su género”.

El propósito de la Unión, (Considerando 25), es “aumentar la presencia de mujeres en los consejos de administración en todos los Estados miembros a fin de impulsar el crecimiento económico, fomentar la movilidad en el mercado laboral, reforzar la competitividad de las sociedades cotizadas y lograr la igualdad de género efectiva en el mercado laboral”⁸, siendo de vital importancia la colaboración de todas

⁷ Según el Instituto Europeo de la Igualdad de género, continúa e Considerando (18): “en 2021 las mujeres representadas en promedio el 30’6% de los miembros de los consejos de administración de las mayores sociedades cotizadas y solo el 8’5% de los presidentes. Estos valores indican una infrarrepresentación injusta y discriminación de las mujeres, lo que socava claramente los principios de la Unión de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en los ámbitos del empleo y la ocupación. Por tanto, es preciso adoptar medidas encaminadas a fomentar la progresión de la carrera profesional de las mujeres en todos los niveles de dirección y reforzar las ya existentes, también debe prestarse especial atención a que se aplique este tipo de medidas en las sociedades cotizadas, debido a la gran responsabilidad económica y social que recae en estas sociedades. Además, es importante que los órganos y organismos de la Unión den ejemplo a la hora de corregir los desequilibrios de género existentes en la composición de sus propios consejos de administración”. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022L2381>

⁸ “Dicho objetivo debe perseguirse a través del establecimiento de requisitos mínimos con respecto a la acción positiva en forma de medidas vinculantes. Dichas medidas vinculantes deben procurar alcanzar un objetivo cuantitativo en cuanto a la composición por género de los consejos de administración, habida cuenta de que los Estados miembros y terceros países que han elegido dicho método u otros similares han obtenido los mejores resultados a la hora

y cada una de las sociedades cotizadas para lograr los objetivos marcados por la Directiva, que no será de aplicación a las microempresas ni a las PYMES.

El 30 de junio de 2026 se establece como fecha límite para que, en los consejos de administración, como mínimo el 40% de los administradores no ejecutivos o el 33% del total de puestos de administrador sean del sexo menos representado, (Considerando 34 y 35)⁹.

Por su parte, la jurisprudencia del TJUE, reitera en distintas sentencias, la compatibilidad existente entre el principio de no discriminación por razón de sexo y la acción positiva, aceptando que, en algunos casos, “se pueda conceder preferencia al sexo menos representado en la selección para el acceso al empleo o a la promoción, siempre que el candidato del sexo menos representado presente igual capacidad que su competidor del otro sexo desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, que la preferencia no se conceda de modo automático e incondicional, sino que pueda ignorarse cuando concurren en la persona de un candidato del otro sexo motivos que hagan que la balanza se incline en su favor, y que la candidatura de cada uno de los candidatos haya sido objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta expresamente todos los

de reducir la mejor representación de las mujeres en los puestos de decisión económica”. Véase Considerando (25), de la Directiva 2022/2381/UE. (citada)⁹ “La determinación del número de puestos de administrador necesario para alcanzar los objetivos establecidos en la presente Directiva requiere mayor precisión ya que, desde el tamaño de la mayoría de los consejos de administración, no se puede lograr matemáticamente la proporción exacta del 40% o, en su caso, del 33%. Por consiguiente, el número de puestos de administrador necesario para lograr los objetivos establecidos en la presente Directiva debe ser el más cercano al 40% o, en su caso, al 33%, y no debe, en ambos casos exceder del 49%”. Véase el Considerando (37), de la Directiva 2022/2381/UE. (citada)

criterios de selección relativos a cada persona”¹⁰. Aunque, “descartar la aplicación de la acción positiva debe ser excepcional, basarse en una evaluación individualizada y estar debidamente justificado por criterios objetivos que, en cualquier caso, no deban discriminar al sexo menos representado” (Considerando 40).

En relación con los métodos de selección y nombramiento de candidatos para los puestos de administrador, la Directiva solo establece normas mínimas que permiten aplicar “las condiciones establecidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con el fin de permitir la igualdad de género y alcanzar el objetivo de una representación más equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de sociedades cotizadas”, (Considerando 42).

En consonancia con los mandatos de esta Directiva en lo relativo al equilibrio de género, las sociedades cotizadas tienen la obligación de informar, previa petición de los candidatos, “sobre los criterios de capacitación en los que se ha basado la selección, sobre la apreciación comparativa objetiva de los candidatos a la luz de esos criterios y, en su caso, sobre las condiciones específicas que hicieron que la balanza se inclinase excepcionalmente en favor de un candidato que no sea del sexo menos representado”¹¹. En el supuesto en que un candidato del

¹⁰ Véase el Considerando (38) de la citada Directiva y las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia: 17 de octubre de 1995, Kalanke, (C-450/93), ECLI:EU:C:1995:322; 11 de noviembre de 1997, Marschall, (C-409/95), ECLI:EU:C:1997:533; 28 de marzo de 2000, Badeck y otros, (C-158/97), ECLI:EU:C:2000:163. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022L2381>

¹¹ “La obligación de información podría suponer una limitación del derecho al respeto de la vida privada y del derecho a la protección de datos de carácter personal, que están reconocidos, respectivamente, en los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, tales limitaciones son necesarias y, de conformidad con el principio de proporcionalidad, responden efectivamente a objetivos de interés general reconocidos. Por lo tanto, se ajustan a los requisitos aplicables a tales

sexo menos representado “alegue hechos ante un tribunal u otro órgano competente que permitan presumir que tenía igual capacitación que el candidato elegido del otro sexo, la sociedad cotizada debe estar obligada a demostrar la corrección de la elección”, (Considerando 44).

Para alcanzar el equilibrio de género entre los administradores, se hace necesario que los Estados miembros exijan a las sociedades cotizadas que, “faciliten anualmente a las autoridades competentes información sobre la composición por género de sus consejos de administración y, sobre las medidas adoptadas para cumplir los objetivos establecidos en la presente Directiva”, (Considerando 47).

Por otro lado, se reconoce a los Estados miembros y a las sociedades cotizadas la posibilidad de “adoptar o mantener medidas más rigurosas para garantizar una representación más equilibrada de mujeres y hombres”, (Considerando 49). Para garantizar la paridad en los consejos de administración, “cada Estado miembro debe designar organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo del equilibrio de género”, (Considerando 50). Las medidas de acción positiva, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, deben estar limitadas en el tiempo y “deben permanecer en vigor únicamente hasta que se logre un progreso duradero en la composición por género de los consejos de administración”, (Considerando 54).

limitaciones establecidas en el art. 52, apartado 1, de la citada Carta y en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dichas limitaciones deben aplicarse en cumplimiento del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DO L 119 de 4.5.2016. p.1”. Véase, Considerando (43), de la Directiva 2022/2381.

2. Disposiciones de la Directiva

Los destinatarios de la Directiva 2022/2381 son los Estados miembros, entrando en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y expirando el 31 de diciembre de 2038. Consta de 15 artículos con el siguiente contenido: conseguir una representación más equilibrada de mujeres y hombres entre los administradores de las sociedades cotizadas, es la finalidad de esta Directiva, (art. 1); aplicándose exclusivamente a las sociedades cotizadas, no ampliando su ámbito de aplicación a las microempresas ni a las pymes, (art. 2); en su art. 3 se definen los siguientes conceptos:

- <<sociedad cotizada>>: una sociedad con domicilio social en un Estado miembro cuyas acciones se admitan a negociación en un mercado regulado, tal como se define en el art. 4.1, apartado 21, de la Directiva 2014/65/UE.

- <<consejo de administración>>: un órgano de administración, de dirección o de control de una sociedad cotizada.

- <<administrador>>: un miembro de un consejo de administración, incluidos los miembros que son representantes de los trabajadores.

- <<administrador ejecutivo>>: un miembro de un consejo de administración de estructura monista que intervenga en la gestión corriente de una sociedad cotizada o, en el caso de un sistema de administración dual, un miembro del consejo de administración que ejerce funciones de gestión de una sociedad cotizada.

- <<administrador no ejecutivo>>: un miembro de un consejo de administración de estructura monista que no sea administrador ejecutivo o, en el caso de un sistema de

administración dual, un miembro del consejo de administración que ejerce funciones de gestión y de control de una sociedad cotizada.

- <<sistema de administración de estructura monista>>: un sistema en el que un consejo único ejerce conjuntamente las funciones de gestión y de control de una sociedad cotizada.

- <<sistema de administración dual>>: un sistema en el que las funciones de gestión y de control de una sociedad cotizada se ejercen en consejos de administración separados.

- <<microempresa y pequeña y mediana empresa>>: una empresa que emplee a menos de 250 personas y tenga un volumen de negocio anual no superior a 50 millones de euros o un balance anual total no superior a 43 millones de euros, o si se trata de pymes con domicilio social en los Estados miembros cuya moneda no sea el euro, los importes equivalentes en la moneda de ese Estado miembro.

El art. 4 determina la ley aplicable para regular las cuestiones contenidas en esta Directiva, que será la del Estado miembro correspondiente; por su parte, el art. 5, contiene los objetivos en materia de equilibrio de género en los consejos de administración; los medios, a través de los cuales, los Estados miembros alcanzarán los objetivos de la Directiva, se enumeran en el artículo 6; el art. 7, se refiere a las medidas de transparencia, a través de la presentación de informes sobre la representación de género en los consejos de administración por parte de las sociedades cotizadas; el art. 8, bajo la rúbrica <<sanciones y medidas adicionales>>, hace mención al régimen sancionador aplicable por los Estados miembros, a las infracciones cometidas por las sociedades cotizadas. Las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. La responsabilidad por acción u omisión se determinará de acuerdo con el Derecho nacional, debiendo los

Estados miembros garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos y las concesiones, las sociedades cotizadas cumplan las obligaciones aplicables en materia de Derecho social y laboral, de acuerdo con el Derecho de la Unión vigente. Bajo el título <<requisitos mínimos>>, el art. 9, reconoce a los Estados miembros la competencia para adoptar medidas más favorables que las de la contenidas en la Directiva, para garantizar una representación más equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas constituidas en su territorio; el art. 10, contiene la competencia de los Estados miembros para la designación de Organismos responsables de la promoción, el seguimiento y el apoyo del equilibrio de género en los consejos de administración en las sociedades cotizadas; el art. 11, establece como fecha límite, el 28 de diciembre de 2024, para que los Estados miembros adopten y publiquen las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para el cumplimiento del contenido de la Directiva, debiendo informar a la Comisión; el art. 12 se dedica a establecer las reglas de suspensión de la aplicación del art. 6; por otro lado, el art. 13 determina, entre otras cuestiones, que, a más tardar el 29 de diciembre de 2025, y posteriormente cada dos años, los Estados miembros remitirán a la Comisión un informe completo sobre la aplicación de la Directiva. Por su parte, la Comisión, a más tardar el 29 de diciembre de 2026, y posteriormente cada dos años, elaborará un informe específico que determine, entre otras cuestiones, si se cumplen las condiciones establecidas en el art. 12. A fecha 31 de diciembre de 2030, y posteriormente cada dos años, la Comisión deberá revisar el contenido de esta Directiva informando al Parlamento Europeo y al Consejo, además, evaluará si se han alcanzado los objetivos planteados en la misma; los artículos 14 y 15, se dedican, respectivamente, a la entrada en vigor y expiración de la Directiva, así como a fijar los destinatarios de la misma.

3º. Declaración de intenciones

La Directiva objeto de estudio hace una declaración de intenciones¹², afirmando que, en ella se respetan los Derechos fundamentales y que, su contenido es fiel a los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Su pretensión, no es otra que contribuir al cumplimiento del principio de igualdad entre mujeres y hombres¹³, a la libertad profesional y al derecho a trabajar¹⁴. Entre sus objetivos está “garantizar la tutela

¹² Véase, en este sentido, el Considerando (51) de la Directiva 2022/2381/UE

¹³ En relación con este principio, el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, (Título III – igualdad –), dice lo siguiente: “la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”. Los antecedentes del párrafo primero de este artículo están basados, en el art. 2 y en el art. 3.2 del Tratado CE, que han sido sustituidos por el art. 3 del TUE, que impone como objetivos de la Unión Europea promover la igualdad entre el hombre y la mujer en el territorio de la Unión, así como en el art. 157.1 del TFUE. “Se inspira en el art. 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Se basa, asimismo en el art. 157.3 del TFUE y en el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE del consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. El párrafo segundo recoge, de forma más escueta, el apartado 4 del art. 157 del TFUE, conforme al cual, el principio de igualdad de trato no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a prevenir o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. En, “Explicaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”. Diario Oficial de la UE C 303/17 – 14.12.2007. <https://fra.euroa.eu/es/eu-charter/article/23-igualdad-entre-mujeres-y-hombres>

¹⁴ Art. 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, “libertad profesional y derecho a trabajar”: “(1). Toda persona tiene derecho a trabajar

judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial"¹⁵; asegurando, por otro lado, que “las limitaciones del ejercicio de la libertad de empresa¹⁶ y del derecho a la propiedad¹⁷ respetan la esencia de esa libertad y ese derecho y son necesarias y proporcionadas”, además, se entiende, que

y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. (2). Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro”. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/tex_es.pdf

¹⁵ Art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tienen derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas por el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”. “El Tribunal de Justicia consagró este derecho en su sentencia 15 de mayo de 1986, como un principio general del Derecho de la Unión (Johnston, asunto 222/84 Rec. 1986, p.1651). Diario Oficial de la Unión Europea C303/17 – 17.12.2007. <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/47/-derecho-la-tutela-judicial-efectiva-y-un-juez-imparcial>

¹⁶ Art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, “Libertad de empresa”: “Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho Comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2000/C 364/12, 18.12.2000). https://www.europarl.eu/charter/pdf/text_es.pdf

¹⁷ Art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, “Derecho a la propiedad”: “(1). Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. (2). Se protege la propiedad intelectual. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, (2000/C 364/12, 18.12.2000). https://www.europarl.eu/charter/pdf/text_es.pdf

“estas limitaciones son legítimas si responden efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

2.- ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REPRESENTACIÓN PARITARIA DE MUJERES Y HOMBRES EN ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN

1º. Consideraciones generales

En la exposición de motivos¹⁸ de este Anteproyecto de Ley presentado por el Gobierno de España, se afirma que la calidad democrática se mide por el grado de igualdad entre mujeres y hombres que existe en la sociedad, citándose, para corroborarlo, los arts. 14 y 9.2 de nuestro Texto constitucional. El art. 14 proclama la <<igualdad de todos ante la ley>>, y la prohibición de cualquier discriminación, incluida la discriminación por razón de sexo¹⁹. Por su parte, el art. 9.2,

¹⁸ Véase, la “Exposición de Motivos” del Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión. <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Document/Anteproyecto%20de%20Ley%20Orgánica%20de%20representación%20paritaria%20de%20mujeres%...>

¹⁹ Según las Sentencia del Tribunal Constitucional 180/1991, de 23 de septiembre y, 19/1989, de 31 de enero: “La virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social han situado a amplios sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales”. Véase, BURGOS GARCÍA, O.: “Paridad y acción positiva”. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/39465/Pages%20from%20Investiga>

proclama la <<igualdad en la aplicación de la ley>>, correspondiendo a los poderes públicos promover las condiciones y remover los obstáculos para conseguir que la igualdad sea real y efectiva.

Por otro lado, se reconoce que “entre las distintas dimensiones de la igualdad, una de vital importancia para el desarrollo económico y social de una sociedad, es la igualdad de género”, “convirtiéndose en un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos”²⁰; sin olvidar, en esta

cion_Genero_11-3.pdf?sequence=1&isAllowed=y . En sentido similar, OSBORNE, R.: “Para contrarrestar las desigualdades entre miembros de grupos con diferente poder social se han utilizado, en primer lugar, las acciones positivas, cuyo objetivo es el de desmasculinizar los sistemas de cooptación existentes”. En, “Desigualdad y relaciones de género en las organizaciones: diferencias numéricas, acción positiva y paridad”. *Revistas Científicas Complutenses. Política y Sociedad*. 2023. Universidad Complutense de Madrid. E-ISSN 1988-3129.

<https://revistas.ucm.es/index.php/POSO0505230163A>

²⁰ En referencia al Derecho Internacional, la Exposición de motivos, cita, entre otras <<La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)>>, de 1979 y ratificada por España en 1984, donde se garantiza a las mujeres “en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales” (art. 7, b), así como “las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en el empleo” y el “derecho al ascenso” (art. 11, b). Además, en el mismo sentido, se hace referencia a la <<Declaración de Beijing>>, reforzada por la <<Agenda 2030>>, en aras de un desarrollo sostenible, donde las mujeres y las niñas “tengan las mismas oportunidades que los hombres y los niños en el empleo, el liderazgo y la adopción de decisiones a todos los niveles”. También se citan organismos y organizaciones como el Consejo de Europa, o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), que han puesto de manifiesto, “que la búsqueda la igualdad formal y material entre hombres y mujeres constituye la piedra angular del Derecho internacional de los Derechos Humanos”. <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Document/Anteproyecto%20>

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

Exposición de Motivos, el acervo de la Unión Europea, donde se reconoce el principio de <<igualdad de trato entre hombres y mujeres>> como uno de los valores en los que se fundamenta la Unión, así como un derecho fundamental que goza de un máximo nivel de protección²¹. En relación con la <<acción positiva>>, el art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de Unión Europea (TFUE), con objeto de garantizar, en la práctica, la plena igualdad entre hombres y mujeres, en relación con el trabajo, establece que: “el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas de sus carreras profesionales”. Como no puede ser de otra manera, todo esto queda reflejado en el Derecho derivado de la Unión²². En España, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, para la

de%20Ley%20Orgánica%20de%20representación%20paritaria%20de%20mujeres%...

²¹ Véanse, en este sentido, el arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea. Art. 2: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres”. Art. 3.3, segundo párrafo: “La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección social, la igualdad entre hombres y mujeres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”. <https://lexparency.es>

²² Véanse en este sentido la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, (refundición). [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L2006:204:0023:0036:es:PDF.Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y suministros.](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L2006:204:0023:0036:es:PDF.Directiva%202004/113/CE%20del%20Consejo%20de%2013%20de%20diciembre%20de%202004) <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/principle-of-equal-treatment-of-men-and-women-outside->

igualdad efectiva de mujeres y hombres²³, transpone la normativa de la UE en esta materia, incluyendo en su art. 3, el principio de igualdad de trato y la prohibición de cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo; además de contener un marco general para la adopción de las acciones positivas, con el fin de alcanzar la igualdad efectiva.

3º. Disposiciones de la Ley

A través de las disposiciones de esta Ley, el Gobierno de España, pretende impulsar la representación paritaria de mujeres y hombres en la política, la administración y las empresas, “la igualdad deberá cumplirse en las listas electorales, el sector público estatal, sociedades cotizadas, grandes empresas y colegios profesionales”²⁴.

the-employment-market.html . Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/EU del Consejo. <https://eur-lex.europa.eu>

²³ En la <<Exposición de Motivos>> de esta Ley, se reconoce la necesidad de: “Una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento de empleo”.

<https://www.boe.es/act.php?id=BOE-A-2007-6115#:text=Artículo%203.,familiares%20y%20el%20estado%20civil>

²⁴ En palabras de la ministra de Política Territorial y portavoz del Gobierno, Isabel Rodríguez: “la denominada ley de paridad implica que la representación de la sociedad ha de estar en todos los lugares y, en especial, en aquellos donde se toman decisiones económicas y políticas”. Véase, “El Gobierno impulsa la representación paritaria de mujeres y hombres en la política, la Administración y las empresas”. Consejo de ministros 7.3.2023.

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

La estructura de la Ley consta de una Exposición de Motivos y de una parte dispositiva dividida en cinco capítulos, que contienen seis artículos, una disposición adicional única, y cuatro disposiciones finales. Centraremos nuestro estudio en el Capítulo IV, dedicado a la Transposición de la Directiva 2022/2381, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y medidas conexas. La transposición de la Directiva se lleva a cabo, en primer lugar, mediante la modificación del Título XIV de la Ley de Sociedades y Capital (LSC), en todo lo que se refiere a los consejos de administración e información societaria, porque, como hemos visto, el ámbito de la aplicación de la Directiva se ciñe a las sociedades cotizadas; a través de un nuevo artículo (529 ter) se exige que los consejos de administración de estas sociedades tengan, como mínimo, una presencia del 40 por ciento del sexo menos representado; en relación con los puestos de alta dirección, también se establece el principio de igualdad de género, con el objetivo de alcanzar el 40 por ciento del sexo menos representado. El 1 de julio de 2024, se fija como límite para la consecución de dichos objetivos; estableciéndose, por otro lado, unas sanciones proporcionadas en caso de incumplimiento. Es por ello, por lo que se modifica el art. 292 de la Ley XXX de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (LMVSI), imponiéndose sanciones a cualquier sociedad cotizada que incumpla sus obligaciones en materia de igualdad de género en los consejos de administración. Estas obligaciones porcentuales se amplían a las empresas de interés público²⁵, en estos casos, la disposición transitoria

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2023/070323-rp-cministros.aspx>

²⁵ “Así, se incluye la obligación de que las sociedades de capital, que no sean cotizadas pero que a efectos de la legislación de auditoría de cuentas sean consideradas entidades de interés público, deban cumplir el principio de presencia equilibrada en los consejos de administración, a partir del ejercicio siguiente al que concurren ciertos requisitos, esto es, que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250 y que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 50 millones de euros o el total de

única fija como límite el día 30 de junio de 2026 para alcanzar estos objetivos. En busca de la transparencia, como instrumento para conseguir la igualdad en las relaciones laborales, se introduce un nuevo art. 542 en la LSC, en virtud del cual, el consejo de administración de las sociedades cotizadas deberá elaborar y publicar un informe sobre la representación paritaria en dicho consejo; este informe deberá remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que, anualmente, publicará un listado de las citadas sociedades que hayan alcanzado los dichos objetivos. En la misma línea se “prevé una inversión de la carga de la prueba en los procesos judiciales, que obligaría a las sociedades a acreditar que actuaron correctamente al no seleccionar al candidato a consejero del sexo infra representado”²⁶.

3. Declaración de intenciones

Según su <<Exposición de Motivos>>, esta Ley “responde a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficacia. Se considera que es “el instrumento óptimo para poder garantizar la representación paritaria en órganos de gobierno y de decisión, tanto en el sector público como en el privado y, así, lograr una aplicación efectiva del principio de igualdad, adaptando el ordenamiento jurídico mediante la modificación de diversas normas del mismo rango”. Se considera, además, la herramienta adecuada para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2022/2381/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, desarrollada en el epígrafe anterior. En lo relativo a la seguridad jurídica, se afirma que este principio queda reforzado en todas las modificaciones operadas, “al aclarar el porcentaje de personas del sexo menos representado que se exigirán,

las partidas de activo sea superior a 43 millones de euros. Al igual que en las empresas cotizadas, las obligaciones se extienden a los puestos de alta dirección”. En “Exposición de Motivos”. (citado)

²⁶ Véase, “Anteproyecto de la Ley de Paridad: aspectos clave para el sector privado”. <https://cuatrecasas.com/es/spain/gobierno-corporativo-compliance/art/anteproyecto-ley-paridad-aspectos-clave-sector-privado>

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

tanto en las listas electorales, con la formulación de una alternancia estricta de personas de ambos sexos en ellas, como en la designación de los titulares de las Vicepresidencias, Ministerios y otro órganos superiores y directivos en la Administración General del Estado y personal de alta dirección del sector público institucional estatal. Igualmente queda claramente fijado el porcentaje exigido en los consejos de administración y en los puestos de alta dirección, previendo además la Ley, en este caso, las posibles consecuencias y sanciones que se pudieran derivar de su incumplimiento”²⁷.

Una vez analizadas estas normas, es fácil llegar a la conclusión del compromiso asumido por la Unión Europea, así como por los Estados miembros, en materia de igualdad entre hombres y mujeres, impulsado fundamentalmente a través de legislación novedosa sobre igualdad de trato, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la incorporación de la perspectiva de género en el conjunto de sus políticas y la creación de medidas de acción positiva concretas, para terminar con los desequilibrios existentes en los niveles superiores de responsabilidad tanto en el sector público como en el privado. “La <<Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025>> responde a un compromiso de la Comisión de conseguir una Unión de Igualdad, presentando actuaciones y objetivos políticos para avanzar de forma sustancial hacia una Europa con mayor igualdad de género de aquí a 2025”²⁸. Un buen ejemplo de estas políticas es la introducción de la

²⁷ Véase, la “Exposición de Motivos” del Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión. [https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Document/Anteproyecto%20de%20Ley%20Orgánica%20de%20representación%20paritaria%20de%20mujeres%](https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Document/Anteproyecto%20de%20Ley%20Orgánica%20de%20representación%20paritaria%20de%20mujeres%20)

²⁸ Véase, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. COM/2020/152final. <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152>

Directiva sobre equilibrio de género en los consejos de administración, así como su transposición al Derecho interno español; la adopción de esta estrategia responde a promover la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones y a desarrollar o crear las medidas adecuadas a tal fin.

Bibliografía

-BURGOS GARCÍA, O., “Paridad y acción positiva”, Logros y retos: Actas del III congreso universitario nacional "Investigación y género" / coord. por Isabel Vázquez Bermúdez, 2011, ISBN 978-84-936484-3-5, págs. 179-198

-MARTÍNEZ MORENO, C., “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la UE”, en *Revista de Estudios Jurídico- Laborales y de Seguridad Social*, noviembre 2022-abril 2023, UMA editorial. ISSN-e-2660 – 437X. Recuperado el 26 de marzo de 2023 de <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/issue/download/1000/505>

-OSBORNE, R., “Desigualdad y relaciones de género en las organizaciones: diferencias numéricas, acción positiva y paridad”. *Revistas Científicas Complutenses. Política y Sociedad*, 2023. Universidad Complutense de Madrid. E-ISSN 1988-3129. Recuperado el 29 de marzo de 2023 de <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO0505230163A>

-RODRIGUEZ, I., “El Gobierno impulsa la representación paritaria de mujeres y hombres en la política, la Administración y las empresas”. Consejo de ministros, 7.3.2023. Recuperado el 29 de marzo de 2023 de <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2023/070323-rp-cministros.aspx>

Documentos institucionales

-ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REPRESENTACIÓN PARITARIA DE MUJERES Y HOMBRES EN ÓRGANOS DE DECISIÓN (marzo 2023). Recuperado el 29 de marzo de 2023 de [https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Document/Anteproyecto%20de%20Ley%20Orgánica%20de%20representación%20paritaria%20de%20mujeres%](https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Document/Anteproyecto%20de%20Ley%20Orgánica%20de%20representación%20paritaria%20de%20mujeres%20).

-CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE, Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2000/C 364/12, 18.12.2000). Recuperado el 29 de marzo de 2023 de https://www.europarl.eu/charter/pdf/text_es.pdf

-COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. *Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género, 2020-2025*. COM/2020/152 final. Recuperado el 26 de marzo de 2023 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152>

-DIRECTIVA 2004/113/CE DEL CONSEJO, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y suministros. Recuperado el 29 de marzo de 2023 de <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/principle-of-equal-treatment-of-men-and-women-outside-the-employment-market.html> .

-DIRECTIVA 2006/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos

de empleo y ocupación, (refundición). Recuperado el 29 de marzo de 2023 de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L2006:204:0023:0036:es:PDF> .

-DIRECTIVA (UE) 2019/1158, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/EU del Consejo. Recuperado el 29 de marzo de 2023 de <https://eur-lex.europa.eu>

-DIRECTIVA 2022/2381/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

-EXPLICACIONES RELATIVAS A LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE. Diario Oficial de la UE C 303/17 – 14.12.2007. Recuperado el 29 de marzo de 2023 de <https://fra.euroa.eu/es/eu-charter/article/23-igualdad-entre-mujeres-y-hombres>

-RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO de 3 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (Diario Oficial nº. L 331 de 19/12/1984, p. 0034-0035.), Edición especial en español: Cap. 05, Tomo 4, p. 0124. Recuperado el 28 de marzo de 2023 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HRML/?uri=CELEX:31984H0635&from=EN>

-RECOMENDACIÓN 96/694/CE DEL CONSEJO, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión. Recuperado el 28 de marzo de <https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/ES/TXT/?uri=univerv%3AOJ.L_1996.319.01.0011.01SPA&oc=OJ%3AL%3A1996%3A319%3ATOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=univerv%3AOJ.L_1996.319.01.0011.01SPA&oc=OJ%3AL%3A1996%3A319%3ATOC)

-REGLAMENTO 2016/679/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DO L 119 de 4.5.2016. p.1)

-RESOLUCIÓN DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 1984 (DO nº. C 186 de 21.7.1982, p. 3) Recuperado el 28 de marzo de 2023 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HRML/?uri=CELEX:31984H0635&from=EN>

-TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. Recuperado el 29 de marzo de 2023 de <https://lexpency.es>

Jurisprudencia

-SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 15 DE MAYO DE 1986. Marguerite Johnston contra Chief Constable of the royal Ulster constabulary. Petición de decisión prejudicial: Industrial Tribunal, Belfast (Northern Ireland) - Reino Unido. Igualdad de trato entre hombres y mujeres - miembro armado de una policía auxiliar. ASUNTO 222/84, ECLI:EU:C:1986:206

-SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1995. Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen. - Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht - Alemania. - Igualdad de trato entre hombres y mujeres - Directiva 76/207/CEE - apartado 4 del artículo 2 - promoción - igual capacitación de candidatos de distinto sexo - preferencia por las candidatas femeninas. - ASUNTO C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322;

-SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997. Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen. - Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Gelsenkirchen - Alemania. - Igualdad de trato entre hombres y mujeres - igual capacitación de candidatos de distinto sexo - preferencia por las candidatas femeninas - cláusula de apertura. - ASUNTO C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533

-SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 28 DE MARZO DE 2000. Georg Badeck y otros, con intervención de: Hessische Ministerpräsident y Landesanwalt Beim Staatsgerichtshof Des Landes Hessen. Petición de decisión prejudicial: Staatsgerichtshof Des Landes Hessen - Alemania. Igualdad de trato entre hombres y mujeres - empleos en la administración - medidas que fomentan la promoción de la mujer. ASUNTO C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163.

- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 19/1989, DE 31 DE ENERO, (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1989) ECLI:ES:TC:1989:19

-SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 180/1991, DE 23 DE SEPTIEMBRE, (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1991) ECLI:ES:TC:1991:180

ALFONSO ESCÁMEZ Y EL COMERCIO CON LA UNIÓN SOVIÉTICA

- Alfonso Escámez and the trade with the USSR-

Felipe Debasa¹
Universidad Rey Juan Carlos

Fecha de recepción: 9 de marzo de 2023

Fecha de aceptación: 10 de abril de 2023

Resumen: Durante la Guerra Civil española los republicanos contaron con el apoyo militar de la Unión Soviética y ya instaurada la dictadura, Franco envió la División Azul para luchar contra la URSS. Tras la victoria aliada, España mantuvo una posición decididamente anticomunista, especialmente, frente a la Unión Soviética.

A finales de la época del milagro económico español se inician las relaciones comerciales entre la España franquista y la Rusia soviética trascendiendo tímidamente a las ideologías políticas. Este

¹ Felipe.debasa@urjc.es.

escenario marcará la fase previa al establecimiento de relaciones diplomáticas entre la España de la transición y la Unión Soviética.

El Banco Central, uno de los “siete grandes” bancos de los ochenta en España, fue el pionero en estas relaciones económicas con el bloque soviético gracias al impulso de la figura de Alfonso Escámez.

Abstract: During the Spanish Civil War, the Republicans had the military support of the Soviet Union and once the dictatorship was established, Franco sent the Blue Division to fight against the USSR. After the allied victory, Spain maintained a decidedly anti-communist position, especially against the Soviet Union.

At the end of the time of the Spanish economic miracle, commercial relations between Franco's Spain and Soviet Russia began, timidly transcending political ideologies. This scenario will mark the phase prior to the establishment of diplomatic relations between the Spain of the transition and the Soviet Union.

The Central Bank, one of the "big seven" banks of the eighties in Spain, was the pioneer in these economic relations with the Soviet bloc thanks to the impulse of the figure of Alfonso Escámez.

Palabras Clave: Escámez, Banco Central, España, Unión Soviética, comercio internacional.

Key Words: Escámez, Central Bank, Spain, Soviet Union, International trade.

1.- Introducción

Durante la Guerra Civil Española los republicanos tuvieron el apoyo militar de la Unión Soviética, en la Segunda Guerra Mundial Franco mantuvo a España sin entrar en el conflicto, aunque políticamente estuvo al lado de Alemania y envió a luchar contra la Unión Soviética a los voluntarios de la División Azul. Tras la derrota de Alemania España mantuvo su posición decididamente anticomunista y en contra de la Unión Soviética.

Pese al anticomunismo de Franco se produjeron durante la segunda mitad del siglo XX una serie de encuentros entre España y la Unión Soviética que permitieron construir unas relaciones comerciales que facilitarían posteriormente le establecimiento de relaciones diplomáticas.

Este camino no fue fácil, pues además de la confrontación política entre Franco y el Comunismo estaba la Guerra Fría entre Estados Unidos y la URSS, por lo que cuando las relaciones entre España y Rusia se acercaban, saltaban en la opinión pública episodios de espionaje y acusaciones cruzadas por trabajar para la CIA o el KGB.

Con este trabajo pretendemos demostrar la importancia de las relaciones económicas y comerciales como soporte previo a las relaciones diplomáticas entre países con culturas diferenciadas o con sistemas políticos confrontados. Para ello hemos utilizado artículos y libros académicos especializados, consultas en hemerotecas y en fondos digitales, y tres entrevistas semiestructuradas realizadas por el autor a personas protagonistas de aquel momento. Dos de ellas se realizaron en la primera década del siglo XXI, y la tercera en el año 2017. Todas son inéditas y es la primera vez que se utilizan para un trabajo académico.

2.- Aproximación histórica a las relaciones hispano-soviéticas

Las relaciones entre Rusia y España aparecen en el siglo XVI, cuando Carlos I de España, convertido en Carlos V, emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, envía una invitación al gran príncipe de Moscovia, Basilio III. Así encontramos las tres primeras embajadas rusas acreditadas en España en los años 1523, 1525 y 1527. No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque estas legaciones llegaron a España, realmente lo hicieron ante el emperador del Sacro Imperio Romano y no ante el rey de España².

La primera legación rusa³ acreditada ante el Reino de España sería técnicamente entonces la de Piotr Pitiomkin de 1667⁴ conmemorándose como fecha institucional del inicio de las relaciones hispanorrusas, el 4 de diciembre de 1667⁵.

Desde entonces, los vínculos diplomáticos han tenido una intensidad variable⁶ que se mantuvo en cualquier caso ininterrumpido hasta el final de la Guerra Civil española. En este periodo destacan

² LÓPEZ DE MENESES, Amada, “Las primeras embajadas rusas en España (1523, 1525 y 1527)”, *Bulletin Hispanique*, Madrid, 1946, vol. 48(3), pp. 210-226.

³ ПЕГРОВА, Ариадна Александровна у АИАТОЛИИ, Васильевич Смолин. "Российские дипломаты в испании (Diplomáticos rusos en España) 1667-2017", *Новая и новейшая история*, Moscú, 2016, vol. 3, pp. 193-196.

⁴ VÉDYUSHKIN, V., “The Embassy of Pyotr Potemkin to Spain, 1667–1668: Some Features of Mutual Perception and Dialogue of Two Diplomacies”. *Novaia i noveishaia istoriia*, 2021, vol. 5, pp. 105-116.

⁵ Téngase en cuenta si se consultan diferentes fuentes que esta fecha puede variar debido al ajuste de los calendarios ortodoxo y gregoriano.

⁶ ПЕГРОВА у АИАТОЛИИ *Российские дипломаты в Испании 1667-2017*, vol. 3, pp.105-116.

también misiones comerciales y mercantiles⁷ con algún episodio destacado como la compra de barcos a Rusia de 1817 luego de la pérdida de Trafalgar.

Una maniobra fraguada por Fernando VII y su secretario por aquel entonces Antonio de Ugarte y Larrazábal. Pergeñaron dicha operación junto al embajador ruso Dimitri Pavlovich Tastichev, para comprar una serie de barcos que permitieran el traslado de tropas españolas a América, dónde se estaban desarrollando las Guerras de independencia hispanoamericanas. Así, mediante el Tratado de Madrid de 1917 y el posterior protocolo de 1818, Rusia enviaría a España cinco navíos y tres fragatas. Éstos deberían haber llegado en perfecto orden de marcha, armados y arbolados, pero lo que llegó no cumplió ni con lo pactado ni con las expectativas. A este sentimiento había que sumar el enfado por que aquel dinero podría haberse empleado en astilleros españoles por la consiguiente carga de trabajo. Entre estas naves se encontraban los navíos de setenta y cuatro cañones: *Lübek*, *Nord-Adler* (Águila del Norte), *Dresden*, *Tres Obispos* y *Neptuno*; y las fragatas *Patricio*, *Mercurio* y *Astrolabio*. Fruto del envío se organizó una monumental escandalera por lo que se pidió a Rusia un gesto con el que acallar las críticas, y el zar envió las fragatas: *Ligera*, *Pronta* y *Viva*, entendiéndose como regaladas. Los astilleros de Cádiz intentaron arreglar algunas de las naves y las que sobrevivieron al desguace inmediato, apenas pudieron navegar unos pocos años⁸.

El episodio es narrado por Pérez Galdós en el segundo de los Episodios Nacionales, *Memorias de un cortesano de 1815*.

⁷ EGEA FERNÁNDEZ, M. A., *La primera embajada moscovita a la monarquía hispánica: conexiones mercantiles y redes de contacto hispano-moscovitas (1667-1668)*. Madrid, 2018.

⁸ ALEMPARTE GUERRERO, A., *La escuadra rusa vendida por Alejandro I a Fernando VII en 1818. Cuadernos monográficos del Instituto de Historia y Cultura Naval de la Armada*, Madrid, 2001.

“La América está toda sublevada y las juntas rebeldes funcionan en Buenos Aires, Caracas, Valparaíso y Montevideo. Méjico está libre de contagios, pero ya se están encargando los americanos de Washington de trastornar el país, igual que el Brasil trastorna el Uruguay e Inglaterra lo hace con Chile. La insurrección americana exige un gran y colosal esfuerzo. Se necesitan tres cosas, hombres, dinero y barcos”⁹.

Galdós pone de manifiesto en la obra la gran influencia que estaban adquiriendo los rusos por aquel entonces en la corte de Madrid, e igualmente describe la idea con la que se podía pagar la operación de compra de los barcos, la indemnización de Inglaterra por terminar con el comercio de Esclavos.

La intención manifestada en el Congreso de Viena de 1815 se materializa en el Tratado hispano-británico de 1817 en el que Inglaterra se compromete a pagar a España 400.000 libras esterlina por abolir parcialmente la esclavitud¹⁰. Aunque la maquinaria propagandística anglosajona presenta estas gestas como de acciones idílicas que buscaban un mundo mejor, lo que realmente perseguían los anglos era torpedear la industria azucarera desarrollada al albur de la Revolución Industrial, y de la que Cuba llegaría a ser el máximo referente mundial.

Pese a que los liberales exigirían el destierro de Ugarte y Larrazábal, éste llegaría a ser en 1824 secretario del Consejo de Estado y secretario del Consejo de ministros, para terminar más tarde ya sí desterrado, pero con un digno destino, como embajador en la

⁹ PÉREZ GALDÓS, Benito: *Memorias de un cortesano de 1815*, Madrid, 1875.

¹⁰ ZUBELDIA PÉREZ, G., *La abolición de la esclavitud en España. Una aproximación comparada a los casos británico y francés*. Santander, 2017.

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

Corte de Turín¹¹. Este planteamiento propone como trabajos futuros la incidencia del fracaso de la operación del Tratado de Madrid en el desarrollo de las Guerras de independencia hispanoamericanas, siguiendo las ideas galdosianas expuestas en los Episodios Nacionales.

Tras la muerte de Fernando VII el zar Nicolas I no quería reconocer el derecho al trono de Isabel II. En esta decisión pudieron influir dos acontecimientos, reconocer a una menor de edad como titular de un trono real, o aceptar la Pragmática Sanción de 1830 por la que Fernando VII eliminaba la Ley Sálica de 1713 regresando al sistema de sucesión establecido por las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio que permitía a las mujeres reinar en caso de no existir hermanos varones. Rusia no reconoció la legitimidad de Isabel II y cerró sus embajadas durante más de veinte años, entre 1833 y 1856.

El último acontecimiento que destacamos por su importancia anterior a la Guerra Civil española es el apoyo de Alfonso XIII a la familia real Romanov durante la Revolución rusa, intentando sin éxito que se exiliaran en España. Las relaciones con la URSS se rompen fruto de la Revolución rusa y se restablecen durante la dictadura de Primo de Rivera.

Retomando la cuestión de los Romanov, debido al exilio de los legitimistas actuales, la vinculación de la antigua casa real del zar continúa con Madrid. Tras el asesinato del zar Nicolas II y su familia por parte de los bolcheviques, Cirilo (Kiril) Vladímirovich se convertirá en Cirilo I de Rusia para los legitimistas en el exilio. Será sucedido por Vladimiro Kilílovich o Vladimiro I de Rusia quien sucedió a su padre en 1938. Vivió exilio en Francia y en España donde

¹¹ URQUIJO Y GOITIA, José Ramón. Ficha del diccionario biográfico de la Real Academia de la Historia. Disponible en: <https://dbe.rah.es/biografias/4242/antonio-ugarte-y-larrazabal>, consultado el 20 de diciembre de 2022.

nació su hija en Madrid, la pretendiente al trono María Vladímirovna Románova, de la casa real Románov – Holstein – Gottorp. Actualmente el hijo de María Vladímirovna, Jorge Mijáilovich Románov, nacido en Madrid en 1981, utiliza el título de zarevich o heredero al trono del Zar. Estas pretensiones, más propias del papel cuche de la denominada prensa rosa o del corazón que de la realidad, no están además exentas de polémicas, por las ramas legitimistas que surgen mediante cualquier acontecimiento fortuito. Este planteamiento ha sido llevado literaturizado en formato documental novelado en la serie *The Romanoffs*¹², ocho historias que acontecen en diferentes lugares protagonizados por personas que creen ser descendientes del último Zar Nicolas II.

Las relaciones entre la nacida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y España quedan suspendidas hasta que se retoman en 1933, ya en plena II República. De este periodo es significativa la Asociación de Amigos de la Unión Soviética¹³ creada por un grupo de intelectuales normalmente afines.

Durante la Guerra Civil la Unión Soviética apoyó activamente al bando de la república, siendo del todo conocido el suceso del “oro de Moscú”. Al terminar la Guerra Civil española se interrumpe la relación diplomática con la URSS.

¹² Weiner Matthhew en su serie “The Romanoffs” relata, ficcionando historias reales, las vidas de algunos de los que hoy se consideran los legítimos herederos del trono ruso.

¹³ GARRIDO CABALLERO, M., *Las relaciones entre España y la Unión Soviética a través de las Asociaciones de Amistad en el siglo XX*. Murcia, 2006.

3.- El Banco Central en el contexto de la banca en España

El siglo XIX es el siglo del liberalismo en España lo que explica que fuera el periodo en el que se contextualiza la aparición de numerosas casas de banca privadas, sobre todo en la segunda mitad de siglo. Aunque existen voces que afirman que el sistema bancario podría haber crecido más rápido¹⁴, en 1866 se contaban en España treinta seis sociedades de crédito¹⁵. A menudo estaban vinculadas a una persona o a una familia y por tanto el prestigio y el respaldo social formaba parte de la garantía del negocio. Máxime cuando además estaban ligadas a los territorios y eran tiempos en los que las noticias se transmitían velozmente en los ámbitos locales.

A comienzos del siglo XX se produce en España un nuevo periodo proclive a la fundación de bancos, ya que se contabiliza casi medio centenar de nuevas entidades que se sumarán a las sesenta y cinco Cajas de Ahorro que seguían considerándose instituciones de beneficencia. Esto acontece por diversos motivos no objeto de esta investigación. Surgen de manera circunstancial en la práctica totalidad de las provincias de España, y hay que destacar que algunas de estas nuevas sociedades anónimas bancarias surgen de la reconversión de casas de banca familiares. En este contexto nacen los que serían considerados durante la transición y la incipiente democracia, los siete grandes. Esta denominación acompañó en la década de los ochenta del siglo pasado a los Bancos Central, Banesto, Hispano, Bilbao, Vizcaya, Santander y Popular, debido a que custodiaban casi el 80 % de los depósitos de los españoles. Así en 1901 nacen el Banco Hispano Americano y el Banco de Vizcaya, en 1902 el Banco Español de Crédito (BANESTO), en 1918 el Banco Urquijo y en 1919, el Banco

¹⁴ VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, *La ley de sociedades anónimas de crédito de 1856: intento fallido de crear una banca de negocios en España*, Valladolid, 2020, pp.7-8

¹⁵ VV.AA. “La banca en España, 1782-2018”, *Historia bancaria de América Latina y España* (página web) Referenciado de: <https://hbancaria.org/es/espana-00/>, consultado en septiembre de 2022

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

Central. La crisis económica internacional de 1929 pondría fin a este escenario de creación de Bancos, siendo uno de los últimos, el Banco Exterior de España este mismo año. El Banco Central nace el 6 de diciembre de 1919. El nombre no debe confundirnos con el de los Bancos Centrales de otros países, encargados a menudo de la emisión de moneda o de la supervisión del sistema bancario. Este menester no se dio en España, pues el actual Banco de España germinó de instituciones anteriores como Banco de San Carlos, Banco de Isabel II o Banco Español de San Fernando; pero en ningún caso Banco Central. El Banco Central se constituye sobre la base de las casas de banca Aldama y Compañía; y Sucesores de A. Jiménez entre otros. Fue creciendo, absorbiendo o comprando otros bancos como el Banco Español del Río de la Plata, con el que adquirirá el famoso edificio que será sede central de la calle de Alcalá 49 en Madrid, conocido como Las Cariátides, sede hoy del Instituto Cervantes.

Tuvo un papel destacado como impulsor de la industrialización de España en la segunda mitad del siglo XX, y como difusor de las ideas europeístas entre la élite económica y empresarial de España durante la dictadura, debido entre otras cosas a la internacionalización del banco en territorio europeo fruto de las misiones comerciales y a la admiración por parte de Escámez de los planes de desarrollo económico franceses, de la figura de Jean Monnet y del por el entonces denominado Mercado Común Europeo.

Por ello tuvo siempre en mente planes de internacionalización del Banco Central, especialmente plazas como París y Bruselas, por ser esta última la capital de las Instituciones Europeas. Pero también Alemania, con cuyo ahorro pudo construirse en España la primera autopista¹⁶, ya que en el mercado nacional no se encontraron los recursos.

¹⁶ Entrevista realizada por el autor a Felipe Navalpotro. Febrero de 2006 en el despacho de la presidencia de honor de CEPSA en Madrid. Archivo FD.

4.- La España de Franco y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

Es sorprendente como el franquismo, que se había constituido diametralmente anticomunista, inicia una serie de tímidos contactos con la Unión Soviética que, entendidos en su conjunto, forman parte de una diplomacia secreta de mayor alcance. Acabada la Guerra Civil española, el primer contacto con la URSS lo encontramos a través de un comerciante Pujol Mas, al que la URSS llega mediante intermediarios por la necesidad de encontrar telas y calzados para los países europeos ocupados por los comunistas. En la década de los cuarenta encontramos contactos secretos e informales que son detectados por Estados Unidos en plena Guerra Fría y que acabarán con el desarrollismo económico en la década de los sesenta¹⁷.

Es significativo que, el encargado de negocios de la URSS en España durante el franquismo fuera designado por los soviéticos primer embajador ante el Reino de España en la época de la transición.

Hemos identificado acontecimientos relevantes que han originado un contacto entre soviéticos y españoles para construir una tabla cronológica. Para este epígrafe hemos utilizado el Archivo Hemerográfico del profesor Juan J. Linz¹⁸ sobre la transición española en prensa. Contiene unas 76.000 referencias seleccionadas entre los años 1976 y 1986 que permiten ser consultadas de manera telemática por fecha o tema de interés. Al profesor Linz le interesaban los temas relacionados con la URSS y eso nos ha permitido acceder a artículos de prensa de época categorizadas por temas o carpetas. En nuestro

¹⁷ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L., *Franco y la URSS: la diplomacia secreta (1946-1970)*. Madrid, 1987, pp. 57-59, 89-91

¹⁸ KNECHT, A., PEACH, M., y FERNÁNDEZ, P., “El Archivo hemerográfico del profesor Juan J. Linz: la transición española en la prensa”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, Madrid, 2006, vol. 114(1), pp. 37-65.

caso han sido de gran interés los artículos de la Unión Soviética, del Partido Comunista de la Unión Soviética y de los Asuntos Exteriores con países comunistas.

Tabla I:
Identificación de acontecimientos hispano-soviéticos relevantes durante el franquismo y la transición

Año	Acontecimiento	Descripción
1958	Encuentro diplomático en París ¹⁹	Encuentro de los embajadores, español y soviético, acreditados en Francia
1960	Importación de maquinaria soviética	Llega a Bilbao un cupo de 150 tractores soviéticos
1961	Encuentro diplomático en París	Encuentro de los embajadores, español y soviético, acreditados en Francia. Poco después llega el primer trato comercial
1964	Soviéticos llegan a Barcelona	Participan en la Feria de Muestras de Barcelona
1964	Eurocopa de futbol	España gana a la URSS en Madrid, por dos goles a uno. La prensa extranjera recoge que la URSS va a enviar petróleo a Franco

¹⁹ Archivo Linz puede consultarse en la página de la fundación Juan March. Referenciado de: <https://digital.march.es/fedora/objects/linz:R-11714/datastreams/OBJ/content>, consultado en enero de 2023

1966	Exportación española	España exporta arroz a la URSS. El ministerio de Comercio no autoriza la importación de maquinaria agrícola, tractores
1967	Acceso puertos españoles	Los buques soviéticos pueden recalar en puertos españoles. Llega a España petróleo soviético.
1968	Polonia en Madrid ²⁰	Representación polaca en la VII Feria del Campo de Madrid en el contexto de la industrialización de España.
1969	Turistas soviéticos ²¹	Un grupo de turistas de la URSS visita España para entrevistarse con dignatarios políticos del franquismo. Aprovechan también para mantener encuentros con miembros del Partido Comunista de España en la clandestinidad.

²⁰ Documental de RTVE, referenciado de: <https://www.rtve.es/play/videos/documentales-color/7-feria-del-campo-1968/2898560/>, consultado en enero de 2023. Aquí encontramos referencia al estado satélite de Polonia, pero no de Rusia, aunque pudiera haber también participado.

²¹ FILATOV, G., “La visita del grupo especial de “turistas soviéticos” a España en el año 1969, en el contexto de las relaciones URSS-España durante el tardofranquismo”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, Madrid, 2016, vol. 38, pp. 161-183.

1970	López Bravo en Moscú ²²	Escala técnica en un viaje a Manila. Entrevista en el aeropuerto con Kovalief, del ministerio de Asuntos Exteriores. Afirma a la prensa que en ese momento no puede tratar nada de “ <i>relaciones entre URSS y España</i> ”. Sin embargo, la prensa extranjera afirma que las “ <i>relaciones comerciales y diplomáticas están cerca, hecho impensable hace un año</i> ”.
1970	Delegación Marítima de la URSS en Madrid	Se trata de la instalación del verdadero antecedente de la legación diplomática, una oficina de representación de la Compañía de Transporte Marítimo del Mar Negro. La primera institución netamente soviética instalada en Madrid tras la Guerra Civil. Al frente de la oficina se encuentra Sergei

²² Archivo Linz, referenciado de:

<https://www.march.es/es/coleccion/archivo-linz-transicion-espanola/ficha/lopez-bravo-confirma-que-estuvo-moscu--linz%3AR-10808>, consultado: enero de 2023.

EFE, Agencia, “La visita de López Bravo a Moscú es menos sorprendente de lo que a primera vista parece” *Diario de Burgos*, Burgos, 1970, vol. 24319, pp.4-5.

		Bogomolov, de familia diplomática.
1971	José Luis Cerón viaja a la URSS	Frente a una delegación española, crea en Moscú la empresa mixta Sovhispan
1972	Línea de Telex Moscú-Madrid	Medio de comunicación independiente del teléfono
1972	Comienza la exportación de cítricos	El Banco Central presenta el papel relevante en las operaciones bancarias del comercio de cítricos con la URSS. Estas campañas se repiten. El Banco Central cuenta como activo humano con un joven director rusoparlante y experto en historia, cultura y poesía rusa.
1972	Acuerdo comercial entre España y la URSS ²³	Se firma en París un acuerdo comercial que debe considerarse el primer acuerdo firmado desde la II República. Permite crear oficinas comerciales en Madrid y Moscú.
1973	Vuelo charter directo con la URSS	Primer vuelo directo de tipo charter entre Las Palmas y Moscú. Utilizado para las

²³ HERRERO DE LA FUENTE, A., “El convenio comercial hispano-soviético de 15 de septiembre de 1792”, *Anuario español de derecho internacional*, Navarra, 1974, vol. 1, pp. 347-360.

		tripulaciones de los buques soviéticos
1976	Avance en la firma de acuerdos	Firma del acuerdo aéreo y establecimiento de relaciones entre Cámaras de Comercio. Una delegación soviética asiste a la Feria del Calzado de Elda.
1977	Relaciones diplomáticas	El 9 de febrero de 1977 se establece de nuevo una legación diplomática soviética en España tras las del tiempo de Primo de Rivera y la II República. Al tiempo se crea la Asociación de Relaciones Culturales Hispano Soviéticas.
1978	Acuerdo cultural	Las relaciones continúan afianzándose. La compañía aérea nacional soviética Aeroflot autorizada a sobrevolar España y firma de un protocolo de colaboración cultural.
1978	Espías	Cambio 16 acusa a Ramón Mendoza, empresario de las exportaciones de cítricos, de ser miembro del KGB. La contrarréplica se produce en Moscú, donde Literaturnaya Gazeta acusa a Cambio 16

		de ser un instrumento de la CIA.
--	--	----------------------------------

Fuente: Elaboración propia apoyada en el Archivo Hemerográfico del profesor Juan J. Linz

La identificación de estos acontecimientos nos permite vislumbrar una evolución lenta debido fundamentalmente al factor político y a la situación de propaganda en un momento en el que se primaba el producto nacional frente al extranjero y dónde el soviético, que venía del otro lado del telón de acero, gozaba de nulas simpatías. Estos cambios de mentalidad no se producen además de forma rápida, como hemos señalado en otros trabajos. La apertura política entre España y la URSS se debe a varios motivos²⁴, pero nosotros con este trabajo, señalamos que el más importante fue el comercial basado principalmente en tres menesteres: cítricos, pesca y petróleo.



Sergei Bogomolov presentando credenciales al rey Juan Carlos I en 1977.

²⁴ CENTERA ULECIA, J. *Relaciones hispano-soviéticas de 1976 a 1986*. Madrid, 2007.



Abajo, Bogomolov saluda en Madrid a Santiago Carrillo, del Partido Comunista de España.

5.- Escámez y la Unión Soviética

Eisenhower pensó que España sería un buen aliado en la Guerra Fría contra la Unión Soviética. A pesar de que España mantuvo su posición ante Unión Soviética y sus países satélites el comercio dio lugar poco a poco a un suavizamiento de las relaciones. Se establecieron inicialmente relaciones comerciales con los países satélites europeos²⁵, a los que técnicamente no se los pudo considerar

²⁵ El término de países satélites de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas fue acuñado por la prensa occidental para designar a los países comunistas de Europa que actuaban al dictado de Moscú. Una expresión en su origen peyorativa que terminó aceptándose de manera convencional.

tratados comerciales, pues no había relaciones diplomáticas, sino acuerdos de Clearing²⁶ para otorgarles éticamente una consideración financiera. Por parte española el acuerdo implicaba enviar a un representante de la banca española a uno de los países satélites europeos de la Unión Soviética, por lo que los bancos españoles tuvieron que iniciar acuerdos con la banca de estos países. A tal efecto el Banco Central por indicaciones de Alfonso Escámez²⁷, envió a Felipe Navalpotro, que además de contar con perfil bancario, poseía un perfil humanístico que le llevaba a conocer idioma, historia, cultura y poesía de cuantos países visitaba. Este acercamiento al interlocutor, gracias al conocimiento de su cultura, llevó a Navalpotro en pleno franquismo a trabajar en Berlín oriental en la RDA, Praga y a Varsovia en plena Guerra Fría. Escámez apostó desde el primer momento por la internacionalización y el comercio exterior como elemento indispensable para el crecimiento, en una época en la que esto no estaba tan claro. Se trató de una apuesta arriesgada pero decisiva, con la opinión pública y del gobierno, a veces no tan a su favor²⁸.

Con la Unión Soviética, directamente, las relaciones fueron prácticamente inexistentes hasta la llegada del acuerdo marítimo. En este punto cabe destacar el papel jugado por la Compañía Tabacos de Filipinas y está por dilucidar, en futuras investigaciones, si puede afirmarse que tuvo el papel principal. Con este acuerdo los barcos soviéticos podían recalar en puertos españoles y viceversa. Los barcos

²⁶ Los acuerdos de Clearing permitían la compraventa en el extranjero sin necesidad de recurrir al pago de divisas realizando una compensación de créditos y deudas. En la sociedad actual de la España del euro, no hay una percepción de la importancia de la divisa para poder desarrollar la sociedad, gracias a que se goza de la participación en una moneda global. Pero el asunto de las divisas era uno de los grandes quebraderos de cabeza de los industriales durante el franquismo.

²⁷ Entrevista realizada por el autor a Alfonso Escámez. Febrero de 2006 en el despacho de la presidencia de honor de CEPSA en Madrid. Archivo FD.

²⁸ VELARDE, Juan, *Alfonso Escámez, el banquero de la apertura exterior de la economía española*, Madrid, 2006.

pesqueros soviéticos tenían una intensa actividad en las aguas africanas y por ello era para ellos esencial tener acceso a los puertos canarios. En virtud de este acuerdo marítimo vino a España, para residir en Madrid con carácter permanente, una delegación marítima de la Unión Soviética. El jefe Viktor Dyrchenko natural de Riga, Letonia, era efectivamente un experto profesional en este campo. El segundo del equipo Sergei Bogomolov, fue considerado por siempre el comisario político y hombre de la KGB. Las relaciones con Bogomolov darían lugar a las rocambolescas historias de espías iniciadas por la revista Cambio 16. Estas dos eran las personas más importantes de la delegación marítima.

El Banco Central tenía especial interés en esta delegación marítima, por las estrechas relaciones del Banco Central con la compañía de Petróleos Cepsa, ya que la Unión Soviética envió crudo a España a mediados de la década de los setenta. La Compañía Española de Petróleos CEPSA formaba parte del complejo industrial del Banco Central que tan activo papel jugo en el desarrollo económico de España durante el periodo del milagro económico español. Señala Navalpotro que²⁹: *“Por mis conocimientos del idioma ruso tuve frecuentes contactos con los miembros de la delegación marítima Soviética, sobre todo con Sergei Bogomolov hasta el punto de que se produjo cierta relación de confianza dentro de la cautela que había que tener con los ciudadanos soviéticos en sus contactos con los extranjeros. Así, cuando Carrero Blanco fue asesinado en 1973, Bogomolov vino a verme a mi despacho muy preocupado pues al gobierno de Franco se le podría pasar por la cabeza culpar en cualquier caso a los comunistas”*. Bogomolov aseguró a Navalpotro que los comunistas no tenían nada que ver con este atentado y que estaban deseando de que se descubriese rápidamente a los culpables.

²⁹ Entrevista realizada por el autor a Felipe Navalpotro. Febrero de 2006 en el despacho de la presidencia de honor de CEPSA en Madrid. Archivo FD.

Pasaron la mañana juntos a la espera de noticias y los soviéticos quedaron profundamente aliviados cuando fue anunciado oficialmente que los autores del atentado eran miembros de la ETA. Una muestra de que la URSS no tenía intención de romper los acuerdos comerciales con España en previsión de la llegada de las relaciones diplomáticas.

Estos temores no estaban injustificados. Fernández Miranda, vicepresidente del Gobierno había hecho una declaración afirmando que los culpables serían severamente castigados y en la larga época franquista era costumbre hacer responsable a los comunistas de cualquier catástrofe. Es conocido el caso de la catástrofe ferroviaria acontecida en Cataluña la década de los cuarenta, cuya explicación oficial fue la de un atentado comunista, cuando en realidad era que las vías que presentaban un estado lamentable por la falta de dinero para renovar los materiales. Al respecto recuerda Navalpotro que: *“En los años 50 hubo comenzaron los intentos de huelgas en la banca española que achacaron a los elementos subversivos comunistas. Recuerdo que un compañero mío, pacífico y derechista decía: hay que ver que a pedir que nos mejoren el suelo para poder comer lo llaman ser comunista”*.

Es significativo por otra parte que la Cuba socialista de Fidel Castro no rompiera relaciones con la España franquista considerando este aspecto como una vía diplomática indirecta en las relaciones con la URSS³⁰. Este aspecto corroborado por el autor mediante las entrevistas, constata además la intencionalidad financiera de ayudar a Cuba en momentos concretos durante el franquismo, debido sobre todo a la simpatía y el cariño histórico que se situaba en un plano superior a la ideología política.

³⁰ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L., *Franco y la URSS: la diplomacia secreta (1946-1970)*. Madrid, 1987, pp.226-245

La historia del Banco Central inició un nuevo capítulo cuando Escámez³¹ fue nombrado director gerente de este. La banca española, en general, se caracterizaba por su carácter altamente conservador en todos los aspectos, actuando según los patrones con que se había regido desde principios del siglo XX. También los bancos de los otros países europeos eran altamente conservadores en su política de negocios e incluso eran reacios a la implementación de tecnología.

Escámez fue disruptivo frente al conservadurismo imperante y una muestra es que apostó por conocer de primera mano cómo podrían ayudar a la banca los computadores electrónicos. Esta tecnología distaba mucho de la europea. Escámez envió a Estados Unidos a Navalpotro y a Feliso Martínez Picazo para estudiar la utilización de los ordenadores en los bancos americanos. Así, el Banco Central estaba, gracias a Escámez, tendiendo puentes en plena Guerra Fría, con los dos actores del mapa.

Es sorprendente la columna que le dedica Alfonso Ussía en el ABC al embajador Bogomolov, al que califica de gran comilón. Empero nosotros pensamos, y así lo hemos planteado en esta investigación, que Bogomolov fue el muñidor del trabajo de campo en el establecimiento de relaciones diplomáticas entre el Reino de España y la URSS.

³¹ BENGURÍA, R., ZAVALA, J. M. y MORODO, J. J.: " El último Magnate. Alfonso Escámez, de botones a presidente", *Boletín de Estudios Económicos*, 1991, vol. 46, pp. 420.

Cosas que pasan

LAS ANGULAS

SERGIO Bogomolov fue el primer embajador de la URSS en España. Como todos los diplomáticos soviéticos, era además de espía, bastante gorrón. Bogomolov no presentaba un aspecto solemne, pero sabía comportarse en público siempre que no hubiera croquetas en la cercanía. Aunque era el embajador perdía la discreción y se abalanzaba sobre las bandejas de los camareros como las orcas sobre las focas. A su secretario de embajada, Igor Ivanov, que más tarde sería embajador de Rusia y hoy ostenta el cargo de viceministro de Asuntos Exteriores del Gobierno de Yeltsin, le avergonzaba la afición de su jefe a la croqueta, a la gamba rebozada y a la tortilla de patatas. En aquellos tiempos, mi inolvidable Juan Carrigues Walker presidía una empresa que exportaba productos a la URSS, y Bogomolov cobraba su colaboración en croquetas. Todo iba divinamente hasta que probó las angulas.

Ante la primera cazuela de angulas que tuvo en la mirada, Bogomolov puso expresión de asco. No entendía que los españoles tuviéramos en tan alta estima a ese repugnante conjunto de gusanos hirvientes. No obstante, por cortesía diplomática, se marcó el detalle de probarlas, con repulsión cercana a la náusea. Inmediatamente después de catarlas, Bogomolov renunció al revuelto de trigueros que había pedido, y solicitó con urgencia una ración de angulas. Se zampó tres, mientras sus ojos brillaban de regodeo voluptuoso. Todavía las angulas no eran demasiado caras, pero a Juan le costó la comida un riñón, por cuanto el chófer de Bogomolov se tragó cuatro raciones. El chófer, que era el de la KGB, demostraba su autoridad sobre el embajador comiendo más que éste. Hoy no habría dinero para recordar aquel gorroneo soviético.

Aquí, en mi paraíso de La Montaña, el mar se adentra en tierra por la ría de La Rábida, una de las más anguleras del norte de España. Apenas se han pescado este año. A su escasez hay que añadir el frenesí que por ellas sienten los grandes depredadores de la humanidad. Los japoneses. Ambas circunstancias han motivado que un

kilo de angulas frescas, a pie de orilla, sin llegar al mercado, valga más de sesenta mil pesetas. Que volverán las angulas a rendir su camino en las rías del norte es seguro. Cuestión de ciclos. Lo malo son los japoneses, que ya las han probado, y como Bogomolov, no van a renunciar a su delicia.

Contra los japoneses no hay medida posible. Llevo treinta y cinco años cumpliendo escrupulosamente mi cita anual con el Concierto de la Filarmónica en la Musikverein de Viena. Lo han dirigido Boskowsky, Bhóm, Maazel, Mehta, Von Karajan, Abbado y otros monstruos. El público, que es parte del concierto y de su alma, estaba compuesto hasta hace unos años, por entusiastas vieneses que jaleaban con sus palmas los acordes de la Marcha de Radetzky. Igual que con las angulas, los japoneses han tomado por asalto la sala dorada de la Musikverein, y pagan por las entradas lo que el lugareño no puede. Dentro de unos años habrá más nipones que austriacos en el Concierto de Año Nuevo. Y en dos decenios, no tendrán los vieneses ninguna oportunidad de oír a su Filarmónica en directo. Cuatro mil japoneses con los estómagos repletos de angulas españolas ocuparán la totalidad del aforo. España sin angulas y Austria sin los valeses y polkas de los Strauss.

Rindo homenaje al gran gorrón de Bogomolov en esta mi despedida oficial de las angulas, ya sean de Aguinaga, de La Rábida o de Unguera. Los nipones, para compensar el desastre, han inventado el sucedáneo. Las llaman gulas, y se fabrican como los churros. Incluso les pintan el lomo y los ojos para que parezcan angulas de verdad. Hemos sido despojados de una de nuestras mayores riquezas culinarias. De una costumbre hirviente y abrasadora que no admite comparación con ninguna otra.

Sirva mi último artículo del año para hacer pública mi antipatía por el Imperio del Sol Naciente. No es políticamente correcto. Es un sentimiento arragadísimo. Esta noche tampoco entrarán angulas por la ría. Y las que entren, a Tokio.

Alfonso USSÍA



ES: en
que
punto
ojuada
prende
equivoc
tas,
rólogo
que
bita pi
Unive
vigent
cuperá
lo que
mundo
del Pa
tenido
bre. N
chiste
Claro
much
ha pro
popula
Asia, s
eran l
berse
tenien
cial, p
econó
ropa, l
son m

Italia
su actu
propor
sumida
no poco
caos, q
mente d
Guerra
tente u
tica par
que res
el progr
mico y
De esta
para 19
tivos q
en pefo
túo, int
tura co
alterna
dismin

LA C

Alfonso Ussía en el Diario ABC, 30 de diciembre de 1998

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

6.- Escámez y la Perestroika de Gorbachov

Según hemos señalado a pesar de la intransigencia las relaciones con la Unión Soviética durante toda la época franquista se fueron suavizando en el comercio primero con los países satélites, con los que se establecieron acuerdos comerciales y financieros en forma de acuerdo de compensación, los clearing agreements³². La normalización de las formas fue lenta, empero al final de la década de los cincuenta los gobiernos español y ruso, a pesar de la tirantez de las relaciones políticas, estimaron conveniente para ambos países utilizar las posibilidades que ofrecían los mercados.

La Unión Soviética sufría de una enorme falta de fruta fresca, y España necesitaba determinados productos de la industria Soviética. Así pues, el Gobierno español autoriza la licencia de exportación de limones y la importación de pasta bisulfito para la industria papelera³³. Técnicamente la ejecución de esta operación se hizo cómo sigue. Los limones españoles se embarcaron con destino al puerto soviético de Odesa en el Mar Negro, y el valor de los limones se anotó en una cuenta corriente en los libros de un banco suizo. Por contraprestación, los soviéticos enviaron a España la citada pasta bisulfito y anotaron el valor en otra cuenta del mismo banco suizo. Al final ambos lados de las cuentas en el debe y haber quedaron nivelados³⁴. En esta operación existía el riesgo de que los soviéticos que habían recibido primero los limones no enviaran la pasta bisulfito. Empero hay que señalar, según fuentes consultadas, que pese a las tensiones políticas las empresas soviéticas, todas estatales como corresponde a un país comunista, gozaron siempre de la mejor reputación en cuanto al cumplimiento de sus compromisos comerciales.

³² VV.AA., “La ostpolitik española” *Instituto de Estudios Políticos, Temas Políticos*, Madrid, 1973, pp. 78-132.

³³ Entrevista realizada por el autor a Alfonso Escámez. Febrero de 2006 en el despacho de la presidencia de honor de CEPSA en Madrid. Archivo FD.

³⁴ Entrevista realizada por el autor a Felipe Navalpotro. Febrero de 2006 en el despacho de la presidencia de honor de CEPSA en Madrid. Archivo FD.

Por orden Escámez, Navalpotro envió el informe de esta operación a los bancos europeos de los países occidentales con los que trabajaban y que estaban en incipientes tratos con la Unión Soviética. La experiencia fue inmejorable, a lo que se suma que empresas francesas e inglesas nunca habían tenido problemas en las operaciones comerciales con empresas soviéticas. Estas actuaban con gran seriedad e integridad y no tenían por costumbre recurrir a trucos para ulteriores reclamaciones infundadas y así intentar evadir el cumplimiento de los contratos.

Escámez había impulsado vigorosamente las operaciones del Banco Central con el extranjero y estaba siempre dispuesto a explorar nuevos países.

Escámez tenía gran interés en que el Banco Central no perdiese la oportunidad de participar en un campo que era totalmente nuevo y desconocido, pese a la mala propaganda de la Unión Soviética, y así continuar explorando estas relaciones.

Además, Escámez quería apoyar la economía de su región natural Murcia, y los primeros limones partieron desde allí. Navalpotro señala una última anécdota al respecto: *“España no quería reconocer que estaba comerciando con la Unión Soviética y con Rusia, y por ello en los documentos oficiales no figura la Unión Soviética sino: país del Este número uno”*.

Durante la época de Breznev el comercio entre España y la Unión Soviética continuaba en aumento. La Compañía Española de Petróleos CEPSA compraba regularmente petróleo soviético y España vendía a la Unión Soviética principalmente bienes de consumo y frutas. Los bancos españoles tienen ya relaciones directas de corresponsabilidad con el Banco de Comercio Exterior de la Unión Soviética, que dentro del esquema bancario de la URSS llevaba las operaciones con bancos extranjeros.

Las relaciones diplomáticas entre España y la Unión Soviética se restablecen finalmente en el año 1978, el primer embajador español fue José Antonio Samaranch y el primer embajador soviético fue el ya referido Sergei Bogomolov.

En 1984 los Reyes de España Juan Carlos y Sofía visitan la Unión Soviética siendo recibidos cordialmente por Konstantin Chernenko. Sabemos que Chernenko viejo y enfermo estaba disfrutando enormemente de tener la oportunidad de acoger a los reyes como representantes de una nueva España. A la muerte de Chernenko, en 1985, fue elegido Mijail Gorbachov³⁵ secretario general del Partido Comunista de la Unión Soviética. Gorbachov nacido en 1931 era el miembro más joven del Politburó. Uno de los hechos por los que se caracterizó Gorbachov fue por acabar con la propaganda y no ocultar la realidad como ocurrió en la Unión Soviética y en todos los regímenes autoritarios y dictatoriales.

Las relaciones comerciales de España con la Unión Soviética eran cada vez más intensas, España exportaba Unión Soviética no sólo los típicos productos alimenticios sino también maquinaria. Escámez estimó que había llegado el momento en el que el Banco Central debía establecer una oficina de representación en Moscú, y así se lo hizo saber al embajador de la Unión Soviética en España Yuri Dubinin, con el que tenía unas excelentes relaciones personales. Dubinin ayudó a trasladar a las autoridades soviéticas la importancia que tenía el Banco Central en España, y las ventajas para Unión Soviética de contar con la presencia del Banco Central en Moscú.

Navalpotro se desplazó varias veces a Moscú para tratar con el Banco del Estado de la Unión Soviética, que habría de otorgar la autorización para establecer la oficina de representación. La

³⁵ GORBACHOV, M., “La reforma política en la URSS”. *Política Exterior*, Madrid, 1990 vol. 15, pp. 183-190.

autorización llega en la época de Gorbachov y la Perestroika³⁶, y Escámez se desplaza a Moscú acompañado de algunos miembros del Consejo de Administración del Banco Central y con Navalpotro como experto en operaciones en el extranjero e intérprete. Escámez fue recibido por el presidente del Banco del Estado de la Unión Soviética y por varios ministros. El ministro de Comercio le contó a Escámez una anécdota relacionada con la perestroika³⁷: *“Un alto funcionario soviético fue a la peluquería del Ministerio a cortarse el pelo y el peluquero le daba conversación. Le dijo que veía a los funcionarios muy preocupados por los problemas de la Perestroika y el ministro contesto que preocupaciones, ninguna. El peluquero volvió a preguntar por la Perestroika a lo que el alto funcionario contestó que era una carga de gran responsabilidad para todos los funcionarios. El peluquero seguía preguntando por la Perestroika y el alto funcionario contestó que por qué tanta insistencia. Finalmente, el peluquero confeso: -cada vez que usted escucha la palabra se le ponen los pelos de punta y para mí es más fácil cortarlo”*.

Para CEPESA era muy importante conseguir petróleo y el mercado soviético lo tenía abierto. Escámez envió una nueva misión para poder ayudar a la URSS en este sentido, misión que había sido solicitada por el embajador Dubinin en Madrid. Las instalaciones de extracción y refino de CEPESA eran de primer nivel y la Unión Soviética se enfrentaba a crecientes dificultades para la extracción del petróleo ya que sus yacimientos necesitaban una extensa y profunda modernización para cómo poder seguir funcionando. Cepsa llevo a cabo algunas obras de modernización en la refinería de Petróleos de Nazrán en el sur de Rusia hoy República de Ingusetia, aunque en

³⁶ GORBACHOV, M., “La internacionalización de la perestroika”. *Política Exterior*, Madrid, 1990, vol. 14, pp. 198-203.

³⁷ Esta anécdota le impresionó a Escámez sobremanera, pues la comentó con el autor en diversas ocasiones.

tiempos de la URSS formaba parte de la República Autónoma Socialista Soviética de Chechenia e Ingusetia³⁸.

La Unión Soviética de Gorbachov tenía ya unas enormes dificultades económicas y financieras, que contribuyeron a la actitud conciliadora de Gorbachov respecto de la reunificación alemana y los Tratados Dos más Cuatro. Aquellos acuerdos no se cumplieron, y son hoy exhibidos por Putin como una de las causas de la guerra entre Rusia y Ucrania.

El petróleo era entonces como sigue siendo en el siglo XXI el principal producto para la exportación y por tanto fuente de divisas de la Unión Soviética. Sacrificando el bienestar de la población y con el trabajo de presos políticos y purgados, Stalin había llevado a cabo una industrialización³⁹ que, indudablemente, había dado sus frutos y que influyó directamente en la capacidad de la Unión Soviética para ganar la guerra a Hitler, además del Programa Lend Lease⁴⁰ o Ley de Préstamo y Arriendo de los norteamericanos.

Pero la industria Soviética se había quedado atrasada tecnológicamente, no se producían bienes de consumo y el nivel de vida se hundía. Escámez tenía gran interés en tener buenas relaciones con la Unión Soviética, pero preveía la catástrofe económica que amenazaba la URSS y a menudo recordaba que una economía

³⁸ SHERMATOVA, S., “La cuestión del petróleo en el conflicto de Chechenia”. *Ecología política*, Madrid, 2002, vol. 23, pp. 67-74.

³⁹ Después de 1945 Stalin concretó sus esfuerzos en conseguir la bomba atómica para romper el monopolio de Estados Unidos de América y posteriormente Jrushchov logró enviar un hombre al espacio antes de lo que lo pudiese hacer Estados Unidos de América. Es menester decir que este acontecimiento fue tratado en la España franquista antisoviética, con gran relevancia y admiración calificándolo como una gesta trascendente para la humanidad.

⁴⁰ WEEKS, A. L., *Russia's Life-saver: Lend-lease Aid to the USSR in World War II*, Plymouth, 2004, pp. 32-41.

comunista planificada no modernizada no podría sobrevivir en un mundo en el que imperaba la liberalización política y la libertad económica, un mundo en el que progresaba a pasos agigantados la cooperación económica y financiera de los Estados.

Asimismo, Escámez considero altamente encomiables la Perestroika y la Glasnost de Gorbachov, aunque también decía que el objetivo que se ha fijado Gorbachov era una misión imposible. Renovar la Unión Soviética manteniendo los cánones y pautas del comunismo con el consiguiente atraso de la economía y aislamiento financiero, lo que le parecía un contrasentido. Sin duda fue uno de los primeros en anticipar el final del sistema comunista.

Como predijo Escámez llegó la inevitable suspensión de pagos de la Unión Soviética y el desabastecimiento de productos alimenticios. Situación agudizada desde el golpe de agosto de 1991 y el secuestro de Gorbachov cuando esté estaba con su familia de vacaciones en Crimea. Se recuerda la voz sin reservas y la actitud de Boris Yeltsin subido sobre un tanque y desafiando los golpistas.

Tras Gorbachov llegó Boris Yeltsin quien visitó Madrid en 1994⁴¹. En un discurso efectuado en el Hotel Ritz, alabó sin titubeos la Transición española citándola como modelo ante los cambios que debía hacer Rusia para desmontar el comunismo. El rey de España contestó⁴², poniendo en valor el espíritu de concordia y paz de todas las fuerzas políticas que hicieron posible aquella transición. Una imagen claramente diferente a la que se pretende construir en la actualidad.

⁴¹ BRESLAUER, G. W., *Gorbachev and Yeltsin as leaders*. Cambridge, 2002, pp. 59-154

⁴² “Palabras de su majestad el rey al presidente de Rusia Boris Yelsin y al pueblo ruso” discurso del 11/04/1994 en Madrid, consultado en la página de la casa real: www.casareal.es/, en diciembre de 2022.

Escámez fue uno de los muy pocos invitados a saludar en privado a Yeltsin después del discurso, que permanecía custodiado por una pléyade de guardianes en una sala contigua. Tal vez en un intento por parecerse al presidente norteamericano o por un temor real a sufrir un atentado y que la transición rusa se viera alterada.

Es significativa la ecuanimidad, objetividad y claridad que tuvo Escámez en sus juicios sobre los diversos periodos de la historia de España de los siglos XX y XXI. Sin ningún tipo de interés político destacaba que la dictadura de Miguel Primo de Rivera⁴³ había sido un intento de regenerar el país y librarlo de la corrupción del régimen anterior, pero que no fue capaz de tender puentes a todos los sectores políticos y se ganó una resuelta oposición. De la II República manifestó que llegó con gran entusiasmo para los intelectuales y las masas populares, pero pronto se manifestó el exclusivismo político y el extremismo, muchos de los intelectuales que habían contribuido decisivamente a traer la II República se desilusionaron.

Tras la restauración de la democracia en España en vísperas de las primeras elecciones libres había en España, en amplios sectores de la población había serios temores a los socialistas y comunistas. Felipe González se dedicó a comunicar a los principales banqueros, para tranquilizarlos, que nada tenían que temer en caso de que los socialistas ganaran las elecciones. Escámez se reunió con Felipe González⁴⁴ y otros dirigentes socialistas en un almuerzo que les ofreció en el Banco Central. En aquella comida se abordaron temas como las libertades democráticas, el colapso de la II República, o el objetivo político de traer un régimen similar al soviético a España. Escámez admiraba las sociedades con orden y armonía, pues su propia regla de trabajo era la disciplina como premisa de progreso. En uno

⁴³ TAMAMES, R., *Ni Mussolini ni Franco: la dictadura de Primo de Rivera y su tiempo*, Madrid, 2008

⁴⁴ Recuerdese que Largo Caballero declaró abiertamente que si perdían las elecciones no respetaría los resultados y sacarían a las masas a la calle.

de sus viajes a Brasil mostró admiración por el lema que aparece en la bandera: orden y progreso. Escámez decía que: “*sin orden no puede haber progreso*” y Navalpotro recordaba la cita de Goethe: “*La mayor de las injusticias, es el caos*”.

El trabajo y el esfuerzo son constantes en la vida de Escámez y por ello vislumbraba una transición basada en el pragmatismo, es decir sopesando las posibilidades existentes, los pros y los contras en todas las situaciones.

Restaurada la monarquía de Juan Carlos I tras la muerte de Franco, al rey se le otorgó durante la transición, la prerrogativa de proponer una serie de nombres para ser Senadores mediante designación real. Se trata de la legislatura constituyente 13/07/1977 – 02/01/1979. Estos tuvieron un importante papel en la redacción de la Constitución. En este grupo de cuarenta y una personas encontramos economistas, financieros, juristas e intelectuales con nombres como Belén Landáburu, Marcelino Oreja, Enrique Fuentes Quintana, Julian Marías, José Luis Sampedro, Camilo José Cela y el propio Alfonso Escámez. Escámez recibió una llamada del rey para comunicarle que había pensado en su nombre para nombrarlo senador, y la respuesta fue: “*si vuestra majestad lo considera conveniente*”. Los Senadores por designación real desaparecieron con la Constitución española.

Una frase usual de Escámez es que la política es: “*el arte de lo posible*”. Admitiendo que Juan Carlos I había tenido que someterse a las condiciones fijadas en el plan de sucesión y que en España era absolutamente necesaria una reforma política, siendo igualmente necesario proceder paso a paso y ajustándose a las etapas fijadas en el plan de sucesión, para no volver atrás. De otro modo no habría sido posible que las Cortes franquistas diesen su conformidad a la entronización de Juan Carlos I y que después los Diputados franquistas aprobaran la reforma política de Adolfo Suárez. Fue el famoso: “*De la ley a la ley*” que citaría Boris Yeltsin en Madrid. Por eso aceptó Escámez su designación como senador por el rey. Fue un

honor para él, pero además le permitía participar activamente en la elaboración de la primera constitución democrática de España. Escámez aportó su experiencia de haber vivido en los diversos periodos de la vida política de España en el siglo XX y su conocimiento directo de la realidad económica de España.

En la inauguración de la autopista de Aumar, Juan Carlos I dirá directamente a Navalpotro: *“tendremos reforma política, pero tengo que actuar con prudencia pues si te metes en la fogata te quemas”*.

El nombramiento de Adolfo Suárez suscitó dudas en su momento, pues se esperaba el nombramiento de Areilza. Muchos españoles mostraron disgusto y preocupación, pero el tiempo demostró que era el más adecuado para llevar a buen fin la reforma política.

Cuando expiró su mandato como senador por designación real, Escámez no volvió a formar parte del Senado ni a participar activamente en la política, aunque como es lógico las siguió muy de cerca.

Con Felipe González mantuvo siempre muy buenas relaciones personales. Quizá por razones de edad Felipe González sintió que podría aprender de los activos sociales del mundo financiero. González, siendo ya presidente, y Escámez coincidieron en una ocasión en el aeropuerto de Caracas, Venezuela, y saludó con el característico acento que marcó su impronta política con un: *“adiós don Alfonso buen viaje”*. El momento permitió intercambiar unas palabras y mostrar a las personas que acompañaban a ambos la buena relación que mantenían.



Alfonso Escámez en la URSS. Imagen del archivo del autor.

En una ocasión, a través del Banco Central, se consiguió que el presidente González recibiera con gran celeridad a Hans Wuttke, ex directivo del Dresden Bank y presidente de la International Finance Corporation, filial del Banco Mundial de Washington. Wuttke preguntó por la relación de Escámez con González y una de las respuestas que obtuvo fue que Felipe González respetaba la carrera profesional del banquero, forjada sin estudios y comenzando en el escalón más bajo, de botones, cuando era aún casi un niño. Escámez siempre se mostró orgulloso de sus orígenes humildes y a menudo contaba anécdotas de su vida sin aderezarlas o insuflarlas como sí hacían otros personajes. Al respecto recordaba que, uno de los episodios que más le habían molestado, fue durante una reunión en la

que el contrario había intentado jugar con su soberbia. Incluso llegó a pedir disculpas a Ignacio Vilallonga y le dijo reconociendo: “*disculpe, han jugado con mi soberbia y no he tenido las ideas claras*”.

6.- Conclusiones

Con este artículo hemos identificado los que consideramos los cuatro momentos más destacados en la historia de las relaciones hispano-rusas previas al establecimiento de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Tras la Guerra Civil y el régimen de Franco la apertura política entre España y la URSS se debe a varios motivos, pero nosotros con este trabajo, señalamos que el más importante fue el comercial, basado principalmente en tres menesteres: cítricos, pesca y petróleo. Las relaciones se inician con un acuerdo para facilitar que los barcos recalen en los puertos y en este aspecto cabe señalar que la compañía que lo impulsa es Tabacos de Filipinas.

En el caso de la figura analizada, la del banquero Alfonso Escámez, señalamos que el impulso comercial trasciende a la ideología política. El ánimo de fortalecer estas relaciones estaba únicamente en buscar una mejora económica e industrializar el país mediante el fundamento de la internacionalización.

Las buenas relaciones de la clase empresarial con la Unión Soviética trascienden a la ideología política y son un indicador del cansancio con un régimen que dificultaba el contacto con el extranjero. La internacionalización necesitaba apertura y unión con Europa a través del Mercado Común.

Afirmamos que, sin este camino trazado por las relaciones comerciales, las relaciones diplomáticas hubieran llegado igualmente, pero no con tanta facilidad y normalidad. El primer embajador

soviético acreditado en Madrid, Bogomolov, tenía ya un gran camino construido de relaciones y conocimiento.

**VIOLENCIA OBSTÉTRICA EN LA
SEGURIDAD SOCIAL, UN ESTUDIO DEL
CASO ECUATORIANO**

**OBSTETRIC VIOLENCE WITHIN SOCIAL SECURITY,
A CASE STUDY OF THE ECUADORIAN CONTEXT.**

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2023

Fecha de aceptación: 1 de diciembre de 2023

Juan Pablo Santamaría Velasco¹
Universidad Indoamérica

Emily Solange Velasteguí Meléndez²
Universidad Indoamérica

¹ juansantamaría@uti.edu.ec.

² emilyvelastegui@uti.edu.ec.

Resumen: La Violencia de género es un fenómeno social que ha sido visibilizado recientemente. Uno de los tipos de maltratos a la mujer es la denominada violencia obstétrica. La violencia obstétrica no ha sido entendida en toda su dimensión. Esta investigación tiene como objetivo analizar la violencia obstétrica a la luz del caso ecuatoriano, a través de un enfoque metodológico cualitativo y técnicas que parten de la revisión bibliográfica, casuística, normativa y doctrinaria.

El caso analizado³ llega a la Corte Constitucional del Ecuador a través de un mecanismo constitucional denominado revisión de sentencias. La Corte Constitucional del Ecuador dictamina jurisprudencia de carácter vinculante para el ordenamiento jurídico del país, sentado un precedente importante a nivel regional. La Corte dimensiona de manera adecuada este tipo de maltrato a la mujer, además establece una clara diferencia entre servicios de salud y derechos de salud. Las mujeres gestantes pertenecen a lo que para la Constitución ecuatoriana se denomina grupos de atención prioritaria. El trabajo aborda con detenimiento figuras jurídicas que no han sido completamente desarrolladas en el contexto ecuatoriano.

Palabras Clave: Violencia Obstétrica, Seguridad Social, Grupos de Atención Prioritaria, Violencia de Género, Derecho a la Salud.

Abstract: Gender violence is a recently made visible social phenomenon. One of the types of mistreatment of women is obstetric violence; phenomenon that has not been fully understood. This research aims to analyze obstetric violence in light of the Ecuadorian case, through a qualitative

³ ECUADOR. “Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica)”. Corte Constitucional del Ecuador. Caso 904-12-JP/19. 2019. p. 10-11

methodological approach and techniques that are based on bibliographic, casuistic, normative and doctrinal review. The case to be analyzed reaches the Constitutional Court of Ecuador through a constitutional mechanism called review of sentences. The Constitutional Court of Ecuador rules on binding jurisprudence for the legal system of Ecuador, setting an important precedent at the regional level. The Court appropriately measures this type of mistreatment of women, and also establishes a clear difference between health services and health rights. Pregnant women belong to what the Ecuadorian Constitution calls priority attention groups. The work carefully addresses legal figures that have not been fully developed in the Ecuadorian context.

Key Words: Obstetric Violence, Social Security, Priority Care Groups, Gender Violence, Right to Health.

1.- Introducción

¿La salud es un derecho o un servicio?, ¿Se entiende el significado de violencia obstétrica?, estas inquietudes guían el presente trabajo investigativo. El caso ecuatoriano es de mucho interés para comprender la dimensión de la situación planteada.

La Sentencia N.º 904-12-JP/19⁴ marca un precedente importante para el país y la región. Establece un alcance a dos dimensiones del derecho que tienen una función aparentemente diferente en tanto a rangos de atención en materia de salud de las mujeres en estado de gestación: Servicio de Salud y Derecho a la Salud.

⁴ ECUADOR. “Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica), p. 3.

La salud como un servicio de la Seguridad Social y un derecho de las personas genera un aparente conflicto de competencias. Existen muchos elementos tanto normativos como doctrinarios que establecen de una forma clara que, negar un derecho por el incumplimiento de requisitos de activación de un servicio, no solo que es inhumano, sino que contraviene la normativa ecuatoriana.

La negativa de atención es directamente un tipo de violencia. Impedir el uso de los servicios de salud pública constituye un tipo penal.

Un elemento que poco se menciona pero resulta totalmente relevante es que la persona que propone la acción constitucional es una sobreviviente de violencia obstétrica. El caso se centra en una mujer embarazada que en calidad de afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. La afiliada solicita atención de parto en el área de salud, lo cual es negado por quienes deben ingresarla a una atención de emergencia. Las razones por las que no se da atención a la madre es por no poseer las aportaciones completas para el servicio. Esta decisión por parte de los servidores públicos es el inicio de la configuración de la expresión más clara de violencia obstétrica.

La violencia contra la mujer, como lo establece Calvo & Camacho⁵ no se centra de manera específica en lo físico, en el golpe que afecta la integridad de la mujer; tiene varias dimensiones que influyen en la psiquis de la persona. A través del sexo, de aspectos sociales como el aislamiento o control, impidiendo el acceso a la información, limitando relaciones

⁵ CALVO GONZÁLEZ, G. & CAMACHO BEJARANO, R. “La violencia de género: evolución, impacto y claves para abordaje”. *Enfermería global*. 13, 1 (ene. 2014), p. 432.

sociales, familiares, intimidación, humillación privada o pública, son otras formas de maltrato hacia la mujer.

Al ser negada la atención, la labor de parto continuó sin que tenga cuidado por quienes formaban parte del Hospital del IESS. Los relatos que constan en la Sentencia N.º 904-12-JP/19⁶ narran que la enfermera de turno usaba su celular en la camilla mientras la madre tuvo a su hijo en el piso del hospital.

Para Pereira, et al.⁷ al hablar de violencia obstétrica, conviene recordar que surge, o más bien, es parte de la problemática macro de la violencia contra la mujer, lo que se agrava cuando la mujer está en período de gestación o labor de parto. Las situaciones presentadas dentro el caso, la negativa de atención, el no verificar condiciones de la madre, no brindar asistencia y servicio médico con calidad y calidez es un claro ejemplo como los agentes del estado o servidores públicos de la salud cometen este tipo de conductas antijurídicas.

Las autoras Pereira, et al.⁸ hacen importantes determinaciones en tanto a factores que además del caso expuesto generan violencia de tipo obstétrica, la situación socioeconómica, embarazos no deseados, consumo de alcohol u otro tipo de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, entre otros a considerar.

⁶ ECUADOR. “Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica), p. 4.

⁷ PEREIRA, C. DOMÍNGUEZ, A. & TORO, J. “Violencia obstétrica desde la perspectiva de la paciente”. *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, Vol. 75(2), 2015, p. 82.

⁸ PEREIRA, C. DOMÍNGUEZ, A. & TORO, J. “Violencia obstétrica desde la perspectiva de la paciente”. p. 88.

En la Sentencia N.º 904-12-JP/19⁹ la madre cuenta como los funcionarios de la salud del Hospital del IESS, no solo no auxiliaron la labor de parto, sino que cuando los servidores de salud notan un desgarro en el cuello uterino de la señora, quien sostenía con una mano a su bebé entran en atención emergente cociendo, descociendo y posterior sutura final de la herida intrauterina sin anestesia alguna.

No se brinda atención posterior a lo ocurrido. Los médicos sin el consentimiento de la madre ordenan sea trasladada juntamente con el recién nacido al Hospital Teófilo Dávila. El argumento a la no atención en la seguridad social y trasferencia a otra casa de salud fue por falta de *vigencia de derecho*.

Ningún derecho es absoluto. Los autores Santamaría, et al¹⁰ establecen a la reserva de ley como el eje de la seguridad jurídica. Los derechos deben tener límites para su ejecución, estos límites deben ser fijados en la ley, a través de un proceso de formación legislativa. La Constitución ecuatoriana en su visión garantista expresa que en el caso de que los derechos no hayan sido desarrollados por la ley, se debe aplicarlos de forma directa.

Quien niega la atención es la abogada del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. A criterio de la funcionaria, la madre no posee los aportes completos. La madre en su relato explica que se sentía en el límite de sus funciones vitales siendo

⁹ ECUADOR. “Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica), p. 10.

¹⁰ SANTAMARÍA, J. VELASTEGUÍ, E. & CABEZAS, L. “Normativa del Cantón Ambato dentro de la emergencia SARS-COV2, un análisis de la seguridad jurídica”. Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas, 4(2), 2015, p. 52

una experiencia como se señala en la Sentencia N.º 904-12-JP/19¹¹ “fue una experiencia dolorosa y traumática” (p. 3).

La no atención del Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social también se lo experimentó en el Hospital Teófilo Dávila. La obstetra de la casa de salud mencionada al final considera que la madre y niño fueron enviados a fallecer y librar la responsabilidad que posee el Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. La Sentencia cuenta que luego de varias súplicas de la madre es atendida en el Hospital Teófilo Dávila. La madre fue internada por tres días y luego de ello, dada el alta médica.

2.- Metodología

El presente trabajo cuenta con un enfoque metodológico cualitativo, producto del análisis de casos relevantes en la jurisprudencia ecuatoriana, la revisión de doctrina, bibliografía, artículos científicos con un alto impacto, normas y conflictos legales. Estos métodos investigativos permiten un análisis amplio de la violencia obstétrica.

3.- Seguridad social

Al hablar de seguridad social se debe comenzar por definirla y describir varias de sus dimensiones, esto con el objeto de que el lector comprenda la funcionalidad de este derecho laboral aplicado en la República del Ecuador.

¹¹ ECUADOR. “Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica), p. 3.

A través de la historia las diferentes luchas sociales lograron el reconocimiento de varios derechos laborales como, jornada laboral, pago de horas extras, utilidades, seguridad social. Esta última tiene como eje principal la salud de sus trabajadores y como prestaciones accesorias de servicios sociales, seguros de desempleo, cesantía, asistencia exequial entre otros.

La visión de los derechos labores cambia drásticamente con la conquista de nuevos derechos. El trabajador acorde a su esfuerzo recibe una compensación económica. Esta compensación no se trata únicamente de un pago debe cubrir las necesidades de su familia para vivir con dignidad. Los empleados deben gozar de la seguridad social, pagos de sobre salarios, entre otros, así lo describe Vera¹². El trabajo decente es el fin de todo ser humano.

Para García Maldonado¹³, la finalidad de la seguridad social es garantizar el derecho a la salud de los trabajadores, una manutención digna derivada de servicios complementarios de corte social.

La seguridad social en la República del Ecuador funciona a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como ente administrativo. La Ley Orgánica de Seguridad Social establece los principios rectores como Obligatoriedad, Solidaridad, entre otros.

¹² SÁNCHEZ-VERA, M. “La afiliación al seguro social ecuatoriano como una obligación de los empleadores: hacia un pleno derecho a la seguridad social”. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 6(1),2021, p. 290.

¹³ GARCÍA MALDONADO, O. “Teoría y práctica de la seguridad social. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara, 2003, p. 22.

Sánchez-Vera¹⁴ considera a la seguridad social en la categoría de derecho fundamental, proveniente del derecho a la salud, a la vida digna y que garantiza estos derechos cuando el trabajador enfrenta una falta de ingresos, derivado de la pérdida de salud, padece enfermedad, incapacidad, vejez, desempleo o la muerte.

Sánchez-Vera¹⁵, se aproxima mucho cuando desarrolla las características de la seguridad social: que no se pierde por el paso del tiempo, que los trabajadores no pueden renunciar o transarla, y que es un servicio que presta el estado a los trabajadores para afrontar eventualidades en su salud o su estado de fuerza laboral.

La ley de Seguridad Social¹⁶ refiere a su principio de universalidad, como la negativa absoluta de cualquier tipo de discriminación al momento de acceder a los servicios del Seguro Social. El servidor público se encuentra deberá atender en todo momento a las personas que requieran de la seguridad social. No podrá negar atención por motivos de sexo, género, religión, etnia, condición económica, entre otros factores que puedan generar discriminación.

¹⁴ SÁNCHEZ-VERA, M. “La afiliación al seguro social ecuatoriano como una obligación de los empleadores: hacia un pleno derecho a la seguridad social”. p. 297.

¹⁵ SÁNCHEZ-VERA, M. “La afiliación al seguro social ecuatoriano como una obligación de los empleadores: hacia un pleno derecho a la seguridad social”. p. 298.

¹⁶ ECUADOR. “Ley de Seguridad Social”. *Registro Oficial Suplemento*465. 2001, Art. 1.

La operatividad del seguro social funciona mediante un proceso de afiliación, en donde se determinan varios tipos de asegurados. La norma que regula la seguridad social¹⁷ determina los sujetos que por obligación deben gozar de una asistencia por parte del seguro social. Entre estos, trabajadores en general, autónomos, que son más que los comerciantes formales así no posean dependientes, además de patronos, profesionales, entre otros.

El aporte obligatorio de los empleados asciende a un porcentaje del nueve punto cuarenta y cinco por ciento del salario del trabajador, y el once punto quince por ciento del salario del trabajador que lo asumirá el patrono, lo cual suma un total de veinte punto sesenta por ciento que recibe el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de cada uno de los sujetos de protección en sector privado¹⁸.

En el sector público, tiene la obligación de, un aporte por parte del servidor público del once punto cuarenta y cinco por ciento y el estado en calidad de patrono de un nueve punto quince por ciento que suman el veinte punto sesenta por ciento que todo sujeto de protección aporta al estado¹⁹.

¹⁷ ECUADOR. “Ley de Seguridad Social”. *Registro Oficial Suplemento*465. 2001, Art. 2.

¹⁸ ECUADOR. “Resolución núm. C.D. 501”, *Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*, 2015, disp. primera.

¹⁹ ECUADOR. “Resolución núm. C.D. 501”, *Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*, 2015, disp. Primera.

4.- ¿Qué entiende el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por *vigencia de derecho*?

El caso en concreto se centra en la atención de la seguridad social hacia la maternidad. Se entiende como *vigencia de derecho* el que la madre al haber cumplido al menos seis aportaciones mensuales e ininterrumpidas será atendida durante el embarazo y al menos doce aportaciones mensuales e ininterrumpidas para ser atendida en parto²⁰.

La responsabilidad sobre la afiliación de sus trabajadores y cancelación de aportes dentro de los días que la ley determina es únicamente del patrono. En caso de que el patrono descunte el porcentaje a sus trabajadores y no cancele este al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, no puede ser imputable al trabajador, además, la ley ecuatoriana sanciona este tipo de conductas a través la norma penal.

Para Salazar²¹ el legislador ecuatoriano entiende la problemática de la retención de valores. El empleador toma del salario del trabajador un porcentaje. Estos valores deben ser retenidos por el empleador con la finalidad de hacerlos llegar a la caja fiscal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Al poder legislativo le preocupa lo que ocurre si el patrono no realiza el pago del aporte a pesar de haber retenido la parte del trabajador. La Asamblea ecuatoriana entiende como una vulneración directa a los derechos del obrero, por las múltiples

²⁰ ECUADOR. “Ley de Seguridad Social”. *Registro Oficial Suplemento*465. 2001, Art. 107.

²¹ SALAZAR ESQUIVEL, D. “Responsabilidad patronal de la retención de aportaciones a la Seguridad Social y su incidencia en los derechos constitucionales de los trabajadores” [*Tesis de maestría, Universidad Técnica Estatal de Quevedo*]. Repositorio Digital UTEQ. 2016, p. 32-33.

afectaciones con su atención en la seguridad social y la tipifica como delito en el Código Orgánico Integral Penal.

Los hechos del caso datan que el patrono habría estado aparentemente atrasado en el pago de algunas aportaciones lo que para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social corresponde falta de vigencia de derecho²².

5.- Derecho a la salud

La dimensión de este derecho social lo retrata Lema²³ no solo como el hecho de gozar atención médica, esta debe servir para garantizar los más altos estándares de salud de los ciudadanos dentro de un estado.

El derecho a la salud no se dimensiona únicamente en tener médicos y medicina, ni siquiera solamente a una infraestructura adecuada, la salud sin un acompañamiento adecuado como alimentación, hábitos saludables, servicios sanitarios adecuados, alcantarillado, servicios básicos eficientes y continuos²⁴.

La Seguridad Social entonces su principal dimensión es el derecho a la salud y el resguardo de este, una atención especializada, adecuada y bajo los medios salubres adecuados, cuestiones que en el caso desarrollado no ocurren, vulnerando este derecho.

²² Idem nota No. 20.

²³ LEMA AÑON, C. “Los determinantes sociales de la salud: más allá del derecho a la salud”. *Dykinson*. 2021. p. 98.

²⁴ LEMA AÑON, C. “Los determinantes sociales de la salud: más allá del derecho a la salud”, p. 99.

6.- La salud en la seguridad social, ¿es derecho o servicio?

La visión de un servicio público nace en la expresión adecuada de la segunda palabra, público. El estado como ente garantista del desarrollo de sus naciones brinda atención a sus ciudadanos a través de sus servicios públicos, un ejemplo de aquello la obtención de documentos de identificación personal, pasaportes, entre otros.

El sector público a nivel general es regido por la juridicidad, que no es más que el apego al estricto sentido de la ley de sus servidores públicos, mandatarios, gobernantes, entre otros que realizan gestión en el estado.

Para Rozas & Hantke²⁵ esta concepción es muy tradicional del sistema anglosajón, el estado o sus servidores se ven limitados en actuar fuera de las facultades que la norma le confiere, la sujeción de la autoridad a la ley es el elemento central de esta corriente.

Los derechos son facultades intrínsecas propias de los seres humanos, las que tienen categoría Constitucional y dogmática; el debatir por ejemplo, la existencia del derecho a la salud que tiene una u otra persona, quita la categoría de humano a quien lo piensa y del que se piensa negarle el acceso por cualquier tipo de condición, pobreza, etnia, estrato social diferente, persona privada de la libertad, etc.

²⁵ ROZAS BALBONTÍN, P., & HANTKE-DOMAS, M. “Gestión pública y servicios públicos: notas sobre el concepto tradicional de servicio público”. *Revista de la CEPAL*, Vol. 84(1), p. 13.

El conflicto entonces entre derechos y deberes fundamentales como lo nomina Peces-Barba²⁶, va enfocada a la juridicidad. La validez y la eficacia de la norma conforman la juridicidad. Entender validez como el proceso formal que tiene esta para ser insertada a la sociedad. Una ley debe pasar por la cámara legislativa, cumplir varios debates y una cantidad de votos para adquirir esta condición. La eficacia por su parte desarrolla al bien protegido por la norma, busca que este cuerpo legal cumpla su finalidad. Cuando la norma insertada en la sociedad con el propósito de proteger determinado derechos y lo hace, esta es válida y eficaz.

Las sociedades según Peces-Barba²⁷, se han enfocado únicamente en el lado *iuspositivista*, la validez, con que la norma haya cumplido sus parámetros de formalidad no interesa si fue una norma buena o deficiente, lo cual se determina con la eficacia.

El mirar a la norma en su fría expresión y no promover, garantizar y proteger los derechos en el ejercicio de los servicios menoscaba la dignidad de las personas y provoca vulneraciones a los derechos humanos.

El caso de estudio que se desarrolla en esta investigación es claramente la forma en como el estado a través de sus funcionarios vulneran derechos a la luz de normativa ambigua que no es entendida con la finalidad que fue creada, además que no es leída o interpretada de manera articula ni en su totalidad.

²⁶ PECES-BARBA, G. “Derechos fundamentales”. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Vol 2(1), 1987, p. 33.

²⁷ PECES-BARBA, G. “Derechos fundamentales”, p. 22.

7.- Grupos de atención prioritaria

La Constitución ecuatoriana del año 1998²⁸ estableció la figura de *grupos vulnerables* que hacía alusión a las personas, quienes por sus circunstancias tienden a ser propensas a que sus derechos sean violentados. Con una visión más preventiva antes que reparativa, el constituyente de 2008²⁹ renombra a estos grupos humanos y los denomina de atención prioritaria, mujeres embarazadas, personas privadas de la libertad, ancianos, personas con discapacidad, entre otros ocupan esta categoría.

La Jurista López³⁰ hace un análisis histórico de la carencia de equidad en las sociedades, estas situaciones generan factores de vulnerabilidad de derechos de grupos como las mujeres embarazadas que el estado se vio en la necesidad de declararlas como grupos vulnerables y posterior grupo de atención prioritaria.

López³¹ define a los grupos de atención prioritaria como un grupo humano con condiciones o características que merecen atención especializada y preferente por el estado que además dispone la réplica de estas acciones a la esfera privada.

Al hablar de igualdad la concepción humana entiende que posee los mismos derechos y deberes frente a otras personas indistintamente de su condición social, étnica, sexual, etc.

²⁸ ECUADOR. (1998). “Constitución política de la República del Ecuador”. *Registro Oficial Suplemento 1*. Art. 47

²⁹ ECUADOR. (2008). “Constitución de la República del Ecuador”. *Registro Oficial Suplemento 449*. Art. 35

³⁰ LÓPEZ MOYA, D. “La protección legal a las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritario”. *Sociedad & Tecnología*, Vol. 4(S2), 2021. p. 656–657.

³¹ LÓPEZ MOYA, D. “La protección legal a las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritario”, p. 659.

La acepción de igualdad formal implica que todos los seres humanos somos iguales ante la norma. La norma no hace distinción, no discrimina, no dista ni disgrega una persona de otra, ejemplo: para contraer matrimonio debe ser voluntario, consensuado, las personas deben ser solteras y poseer la mayoría de edad, no interesa si es hombre, mujer, de una etnia ancestral, o mestizo, a esto se lo conoce como igualdad formal.

Para Seco-Martínez³² es necesario separar la idea de igualdad en dos dimensiones; una, cuyas condiciones determina la ley, la idea de sujeción a esta sin importar el caso puntal a tratarse, sino que se respeten las condiciones pactadas en el cuerpo normativo.

El hecho que una norma no posea la capacidad de diferenciar o distinguir entre grupos humanos no insta que existan graves desigualdades; una persona con discapacidad visual es muy probable que no acceda a un trabajo como digitador de escrituras en una notaría, no porque no tenga la capacidad de hacer el trabajo, sino que frente a una persona con su capacidad visual completa a la luz del empleador resulta más beneficioso contratar al segundo.

Los términos inclusión y equidad fueron ejes claves para el trabajo del constituyente ecuatoriano del año 2008, el pasar de la figura de grupos vulnerables entendida como personas con fragilidad de derechos, a grupo de atención prioritaria entendida como la obligación del estado de brindar acciones que refuercen

³² SECO MARTÍNEZ, G. “De la igualdad formal a la igualdad material: Cuestiones previas y problemas a revisar”. *Derecho y libertades: Revista de filosofía del derecho y derechos humanos* (36), 2017, p. 62.

la protección de derechos de las personas que poseen una condición permanente o temporal de desigualdad frente a otras.

La siguiente dimensión y final para Seco-Martínez³³ es la de la igualdad sustantiva, conocida como igualdad material o equidad, nace fruto de las múltiples revueltas sociales, que buscaban la conciencia de humanidad y el reconocimiento de sus derechos.

La igualdad material es un resultado de un proceso histórico que permitió evidenciar diferentes tipos de realidades y desigualdades a ser atendidas.

Las acciones afirmativas se vuelven indispensables cuando la sociedad reconoce que existen diferencias y desigualdades. Se entiende por acciones afirmativas a políticas, incentivos, porcentajes de participación, entre otros mecanismos que establece el estado para disminuir las brechas de desigualdad entre individuos de una sociedad.

En el ejemplo de la persona con discapacidad visual y su acceso al trabajo, una acción afirmativa es la disposición normativa laboral ecuatoriana determina que a partir de veinte y cinco trabajadores al menos el cuatro por ciento deben ser personas con discapacidad, a esta medida se la entiende como acción afirmativa, discriminación positiva o la aplicación de la igualdad material.

³³ SECO MARTÍNEZ, G. “De la igualdad formal a la igualdad material: Cuestiones previas y problemas a revisar”. *Derecho y libertades: Revista de filosofía del derecho y derechos humanos* (36), 2017, p. 60.

8.- ¿La ley contempla acciones afirmativas para el caso de análisis?

Las mujeres embarazadas conforme lo determina la Constitución de la República del Ecuador³⁴ son un grupo de atención prioritaria. El estado asume como su responsabilidad la salud sexual y reproductiva de la población, en especial a las mujeres durante su embarazo y su parto, postparto.

En materia de salud las mujeres embarazadas por norma constitucional³⁵ deben gozar de una atención especializada, personal y prioritaria, que garantice un alumbramiento digno y adecuado del recién nacido y la madre.

En el caso en concreto la madre no recibió ni el acceso a la salud que establece el constituyente ecuatoriano, peor aún la atención preferente que requiere los grupos de atención prioritaria por parte de los servidores públicos. Los servidores públicos de la salud alegando falta de pago del empleador e insuficiencia de número de aportaciones negaron de forma expresa y tácita los derechos de la madre y el recién nacido, amparados en la falta de *vigencia de derecho*.

Los funcionarios no solo que inobservaron la Constitución, sino que también actuaron en contra de norma expresa. La Ley de Seguridad Social³⁶ expresa que la falta de pago por el patrono no es una limitante de atención médica.

³⁴ ECUADOR. (2008). “Constitución de la República del Ecuador”. *Registro Oficial Suplemento 449*. Art. 35.

³⁵ ECUADOR. (2008). “Constitución de la República del Ecuador”. *Registro Oficial Suplemento 449*. Art. 43.

³⁶ ECUADOR. “Ley de Seguridad Social”. *Registro Oficial Suplemento 465*. 2001, Art. 96.

La ley entonces toma a la maternidad como una situación de necesidad para la protección adicional de derechos o acción afirmativa, esto es que aún cuando el patrono no haya cancelado las aportaciones correspondientes, la maternidad debe ser atendida.

Imponer la *vigencia del derecho* a la madre se genera una ilegalidad al irrespetar el derecho a la salud y sus obligaciones de cumplir, respetar y proteger, así mismo, el posterior traslado que no es más que la continua vulneración por parte del estado a través de sus funcionarios.

9.- Justicia Constitucional

La concepción actual del estado rebasa las barreras del positivismo que las sociedades latinoamericanas han venido acostumbradas por su tradición legal desprendida del código civil francés que fue replicado en los ordenamientos jurídicos.

Esta concepción de justicia social ha sido difícil de superar, pues tanto los servidores públicos, privados, trabajadores, abogados y otros actores del estado ecuatoriano buscan siempre lo que se encuentra escrito para poder aplicarlo, si hay una norma insuficiente, se dejan derechos suspendidos hasta que una norma especifique su accionar.

Esto a pesar de que, en el año 2008, la República de Ecuador incursiona en el garantismo constitucional, o neoconstitucionalismo, que no es más que la aplicación directa de los derechos humanos, los principios del derecho y el desarrollo de estos en normas infraconstitucionales de orden legal.

Las teorías del derecho que estructuran el neoconstitucionalismo latinoamericano son de tres tipos para Marín-Vallejo³⁷: El límite del poder del estado en la garantía de los derechos humanos. La jurisprudencia como fuente primordial del derecho. La doctrina y los aportes de juristas sobre aplicabilidad de jurisprudencia. El conjunto de estas tres formas abordar el derecho constitucional contemporáneo permite el nacimiento del pensamiento garantista en la región.

El Ecuador comienza un proceso de cambio de pensamiento, del positivista, el que solo reconoce lo que está escrito en una ley y otra norma, al garantista, los derechos humanos son el eje de la gestión pública, la promoción y garantía de estos son el objeto del estado.

Para lograr esta visión, el constituyente genera varios mecanismos para el acceso directo al reclamo de sus derechos por parte de sus ciudadanos, a esto se le conoce como garantías jurisdiccionales. Las garantías constitucionales son mecanismos que tiene la justicia constitucional para la prevención o restauración de los derechos que han sido vulnerados por el estado o sus funcionarios, por particulares que presenten servicios públicos o para los derechos que no posean acciones judiciales de ejecutadas en la justicia común u ordinaria.

En el caso en concreto la víctima de violencia obstétrica acude a las unidades judiciales constitucionales con lo que se denomina Acción de Protección. Quintana³⁸ rescata la naturaleza de esta figura jurídica como una de nacimiento

³⁷ MARÍN VALLEJO, U. "¿Judicialización de la política o politización de la justicia?" *Revista De Derecho. Escuela De Postgrado*, (4), 2014, p. 179.

³⁸ QUINTANA GARZÓN, I. "La acción de protección (3a. ed.)". *Corporación de Estudios y Publicaciones*. 2020. p. 72.

directo desde la Constitución siendo una garantía que ampara, reconoce y repara los derechos constitucionales. Es la garantía de índole jurisdiccional más completa y ocupada en el campo jurídico ecuatoriano.

La sobreviviente de violencia obstétrica acude a las autoridades constitucionales ecuatorianas, con el fin de reparar los derechos, reclama ante los juzgados ecuatorianos por la violación de su derecho a la salud, a la seguridad social, derechos preferentes como mujer embarazada, responsabilidad estatal, entre los principales.

La jueza que recibió el caso declaró la vulneración de los derechos, a la salud, a la atención preferente de la maternidad, y derechos conexos, es decir, no demandados pero que tienen relación con otros derechos reclamados. El derecho de atención médica fue uno de los derechos conexos que han sido aceptados como violentados por parte del estado.

Reparación económica, disculpas públicas y garantía de no repetición, fueron las decisiones adoptadas por la justicia en el caso. Los funcionarios del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social apelaron el fallo.

En segunda instancia, el tribunal que conoce la apelación y ratifica la sentencia anterior parcialmente, las disculpas públicas fueron establecidas que sean en la Municipalidad del cantón Machala, institución pública que no tiene relación con el caso en desarrollo, por ello el tribunal elimina esta decisión.

10.- ¿Cómo esta sentencia de un cantón del Ecuador se convierte en jurisprudencia vinculante en el territorio ecuatoriano?

El legislador ecuatoriano fiel a la visión de la Constitución entiende que el control de constitucionalidad es el concentrado.

La Supremacía de la Constitución es el principio central en un estado constitucional moderno. Este principio mantiene que la Constitución de un país es la norma madre de otras, leyes, reglamentos, estatutos. Cualquier norma que contradiga a la Constitución debe ser modificada o derogada del ordenamiento jurídico.

Los estados tienen que definir quién va a realizar el control de las normas en el ejercicio del principio de Supremacía Constitucional. En Estados Unidos se define este conflicto y se entrega este tipo de control al sistema de justicia. Quedando entonces los jueces capacitados para la tutela de derechos y el control normativo.

En Ecuador la tutela de derechos queda para el sistema de justicia, pero el control normativo es el concentrado. Solo un órgano especializado es quien realiza el control constitucional normativo, la Corte Constitucional del Ecuador.

Quinche³⁹ plantea que el control de constitucionalidad no es solamente el ejercicio de la Supremacía Constitucional, sino que promueve los valores, principios, reglas que permitan al estado una convivencia armónica y democrática.

³⁹ QUINCHE RAMÍREZ, M. “El control de constitucionalidad”. *Editorial Universidad del Rosario*. Bogotá, Colombia, 2013. p. 22.

La Corte Constitucional del Ecuador en sus potestades otorgadas por la Constitución y la ley, tiene un sistema de selección de sentencias que permite a la entidad dictar jurisprudencia vinculante. Las decisiones de la Corte Constitucional dictaminadas como jurisprudencia vinculante son decisiones de aplicación inmediata y obligatoria para todo el sistema público y de justicia dentro del territorio de la República del Ecuador.

La Corte además de analizar la sentencia pide a los juzgados y partes una certificación del cumplimiento de la sentencia y procede a analizar el caso, estableciendo precedentes jurisprudenciales.

11.- Discusión

La Corte Constitucional Ecuatoriana dentro de la sentencia No. 904-12-JP/19⁴⁰ dictamina varias medidas de reparación. Esto dado que no solamente hace un análisis de la acción de protección y su apelación, sino que, determina vulneración de derechos posteriores a lo acontecido.

Además de ratificar la sentencia proveniente de la garantía jurisdiccional de la acción de protección, la Corte reconoce la vulneración de los derechos a la seguridad social, salud, atención preferente, fruto de la violencia obstétrica que sufrió la señora por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

⁴⁰ ECUADOR. “Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica), p. 18-19.

La Corte ordena en primer lugar una reparación económica por los gastos incurridos, derivados de la violencia que fue objeto la madre. Ordena reparar con cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, por objeto de daños inmateriales, fruto de la violencia obstétrica sufrida.

Las disculpas públicas por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se las dispone en calidad de medida de satisfacción por la violación de sus derechos. El Ministerio de Salud Pública, además del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, deberán publicar en su web el contenido de esta sentencia, de igual forma en calidad de medida de satisfacción.

El punto más relevante que aborda la sentencia es la garantía de no repetición. La Corte ordena la elaboración de una *guía integral de atención a las mujeres embarazadas y de prevención de la violencia obstétrica*, este trabajo debe ser en conjunto Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Ministerio de Salud Pública del Ecuador, el último tiene a su cargo la rectoría de la gestión en materia de salud del país.

El manual debe ser tratado desde la óptica de los derechos humanos y debe contener: el desarrollo al derecho a la salud de los grupos de atención prioritaria con énfasis en mujeres embarazadas, niñas y niños, la salud como un derecho en la seguridad social, atención emergente en complicaciones de parto, la negativa de atención por mora patronal, entre los puntos más relevantes.

La sentencia es dictaminada en el año dos mil diecinueve, esto implica que para el año dos mil veinte este manual debió ser entregado. El manual aún no ha sido elaborado.

Doce meses después de la emisión de la sentencia el Ministerio de Salud Pública del Ecuador deberá, como parte de la garantía de no repetición, realizar una revisión en todos los

centros médicos a nivel país cuenten con implementos para la atención de la mujer embarazada, antes, durante y después del parto.

No existen datos del cumplimiento de esta disposición.

Llamado de atención a los servidores públicos que actuaron en esta vulneración de derechos, aplicando las normas internas de la institución, según corresponda. Esta fue la última medida en garantía de no repetición adoptada por la Corte Constitucional del Ecuador.

El problema con el sistema jurídico positivista es que solamente lo contenido en la norma es lo que se debe aplicar, indistintamente de la situación de cada persona. Las realidades aisladas a los presupuestos que la ley determina son inexistentes, lo que se conoce como igualdad formal.

El sistema garantista pretende corregir la falencia del positivista. El garantismo se enfoca en la jurisprudencia como elemento esencial de actuación. Respeto la igualdad formal y el proceso formativo de la ley, como una estructura democrática necesaria para el estado. Garantiza derechos a través de acciones constitucionales que reparan de forma inmediata los derechos vulnerados.

El caso en concreto demuestra la manera en que las garantías constitucionales implementadas son herramientas necesarias en la ejecución y reparación de derechos humanos. La importancia de comprender a los derechos humanos y a los grupos humanos que requieren una atención preferente.

La investigación concluye que a pesar de que las garantías logran reparar derechos en una sentencia de obligatorio cumplimiento, al grado de jurisprudencia vinculante, también visualiza que, sin voluntad política de los entes rectores

estatales, en este caso Ministerio de Salud Pública, los derechos de la persona y la prevención de la vulneración de derechos de las demás a futuro corre riesgo.

El reto de los académicos es de configurar un sistema jurídico capaz de omitir la voluntad política de la ecuación del cumplimiento de los derechos humanos.

Bibliografía

Calvo González, G., & Camacho Bejarano, R. (2014). La violencia de género: evolución, impacto y claves para su abordaje. *Enfermería Global*, 13(1), 424-439. <https://doi.org/10.6018/eglobal.13.1.181941>

Ecuador. (1998). Constitución política de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 1.

Ecuador. (2001). Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento 465. <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-10/LEY%20DE%20SEGURIDAD%20SOCIAL.pdf>

Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 449.

Ecuador. (2015). Resolución núm. C.D. 501 del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de 13 de noviembre de 2015, que consolida las tablas de distribución de las tasas de aportación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) (Resolución). https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=106071

Ecuador. (2019). Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica). 904-12-JP/19.

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUnLCBldWlkOidkMWU4MTQyYy02MzU2LTQ5MTEtOTNkMi03NGE1ZGQwYTY2NmQucGRmJ30=

García Maldonado, O. (2003). Teoría y práctica de la seguridad social. Guadalajara, Mexico: Universidad de Guadalajara. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/utiec/74210?page=22>.

Lema Añon, C. (2021). Los determinantes sociales de la salud: más allá del derecho a la salud.. Dykinson. <https://elibro.net/es/ereader/utiec/207323?page=98>.

López Moya, D. F. (2021). La protección legal a las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritario. *Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 654–666. <https://doi.org/10.51247/st.v4iS2.176>

Marín Vallejo, U. (2014). ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?. *Revista De Derecho. Escuela De Postgrado*, (4), 179–182. <https://doi.org/10.5354/rdep.v0i4.35650>

Peces-Barba, G. (1987). Derechos fundamentales. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 2(1), 7-34. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/10462>

Pereira, C., Domínguez, A., & Toro, J. (2015). Violencia obstétrica desde la perspectiva de la paciente. *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, 75(2), 081-090.

Quintana Garzón, I. E. (2020). La acción de protección (3a. ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://elibro.net/es/ereader/utiec/130120?page=72>

Quinche Ramírez, M. F. (2013). El control de constitucionalidad. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/utiec/69628?page=22>.

Rozas Balbontín, P., & Hantke-Domas, M. (2004). Gestión pública y servicios públicos: notas sobre el concepto tradicional de servicio público. *Revista de la CEPAL*, 84(1), 7-24. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/6366-gestion-publica-servicios-publicos-notas-concepto-tradicional-servicio-publico>

Salazar Esquivel, D. A. (2016). Responsabilidad patronal de la retención de aportaciones a la Seguridad Social y su incidencia en los derechos constitucionales de los trabajadores [Tesis de maestría, Universidad Técnica Estatal de Quevedo]. Repositorio Digital UTEQ. <https://repositorio.uteq.edu.ec/handle/43000/1606>

Santamaría, J. P., Meléndez, E. S. V., & Landa, L. J. C. (2021). Normativa del Cantón Ambato dentro de la emergencia SARS-COV2, un análisis de la seguridad jurídica. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 4(2), 49-57.

Seco Martínez, G. (2017). De la igualdad formal a la igualdad material: Cuestiones previas y problemas a revisar. *Derecho y libertades: Revista de filosofía del derecho y derechos humanos* (36), 9-32. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26203/DyL-2017-36-seco.pdf?sequence=1>

Sánchez-Vera, M. (2021). La afiliación al seguro social ecuatoriano como una obligación de los empleadores: hacia un pleno derecho a la seguridad social. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 6(1), 289-309.

LA APLICACIÓN DE LA EXIMIENTE DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMPLETA ANTE UNA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

THE APPLICATION OF THE EXEMPTION OF THE COMPLETE LEGITIMATE DEFENSE BEFORE AN ILLEGITIMATE INTERFERENCE

Melania Palop Belloch¹
Universidad Internacional de Valencia

Fecha de recepción: 17 de mayo de 2023

Fecha de aceptación: 12 de junio de 2023

Resumen: El objetivo de este artículo es dar visibilidad a la problemática que le ocasiona al propietario víctima de una intromisión ilegítima al ser sometido a un procedimiento penal como acusado por culpa de la actuación ilícita de terceros.

¹ melaniapalop@hotmail.com

Por ello, se requiere modificar el artículo 20.4 del código penal para que sea aplicada de forma automática la legítima defensa como eximente completa y, por consiguiente, establecer la falta de necesidad de someter al morador de la vivienda a un procedimiento penal como acusado por un delito doloso.

A su vez, los resultados obtenidos establecen apropiado una modificación del artículo 20.4 del código penal mediante la aplicación automática de la eximente de la legítima defensa completa ante casos de intromisión ilegítima y a su vez un cambio legislativo de la LECrim respecto al procedimiento penal.

Palabras clave: procedimiento penal, artículo, LECrim, agresor y morador.

Abstract: The objective of this article is to give visibility to the problems caused by the owner who is the victim of an illegitimate intrusion into his home to being subjected to criminal proceedings as a defendant due to the illegal action of third parties.

For this reason, it is necessary to modify article 20.4 of the penal code so that legitimate defense is automatically applied as a complete defense and, consequently, establish the lack of need to subject the dweller of the dwelling to a criminal procedure as accused by a intentional crime.

In turn, the results obtained establish an appropriate modification of article 20.4 of the penal code through the automatic application of the defense of complete legitimate defense in cases of illegitimate interference and, in turn, a legislative change of the LECrim regarding criminal procedure.

Keywords: criminal procedure, article, LECrim, aggressor and inhabitant.

1. Introducción

Este artículo realiza un análisis sobre la situación en la que se encontraron determinadas personas que utilizaron el derecho de defensa de toda persona reconocida en el artículo 18 de la Constitución española² ante una intromisión ilegítima en su morada.

Este fue el caso de Casimiro Villegas, Jacinto Siverio y JLM cuya identidad es ocultada.

Casimiro Villegas es expolicía del ámbito local, trabajo que perdió tras la agresión sufrida en su vivienda debido a las lesiones sufridas. Él y su mujer fueron víctimas de un asalto en su casa. Entraron un grupo de cinco personas³.

Casimiro y su mujer estaban en el dormitorio cuando empezaron a oír ruidos. Entonces, él bajó y se encontró con cuatro personas con quienes empezó una pelea con golpes, mordiscos y gritos muy fuertes⁴.

Casimiro pensaba que iba a perder la vida y se defendió como pudo. Lleno de sangre subió a la habitación a por su arma reglamentaria. Su mujer quedó paralizada al verlo ensangrentado.

² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

³ Las claves de la condena al policía Casimiro Villegas La Audiencia dice que los disparos del policía local Casimiro Villegas fueron innecesarios (diariodesevilla.es)

⁴ Un policía se enfrenta a 20 años de cárcel por defender a su familia de un asalto a su vivienda en Sevilla (abc.es)

Cuando bajaba las escaleras, fue atacado por uno de ellos que subía las escaleras detrás de él pero Casimiro le dio un golpe con el arma y se deshizo del agresor⁵.

Al salir a la puerta pudo ver como el resto de los asaltadores estaban huyendo en una furgoneta. Entonces, Casimiro oyó como decían: “*dispara, mátalo*”. A continuación, uno de los agresores lo encañonó con su arma pero no disparó.

Sin embargo, según se alejaban con el vehículo empezaron a disparar a Casimiro. Entonces, este procedió a utilizar su arma reglamentaria, hiriendo a tres de ellos⁶.

Posteriormente a la agresión, Casimiro se desmayó al entrar en un shock ocasionado por el brutal esfuerzo físico al que fue sometido.

Ante la exposición de los hechos en el procedimiento penal y el análisis de los hechos probados, los jueces no creen que los asaltantes llevaran armas ni que Casimiro tuviera la intención de disparar a las ruedas del vehículo sino a la chapa del vehículo para herir a los asaltantes tal y como ocurrió⁷.

El resultado de las heridas fueron tres asaltantes heridos por arma blanca a causa de usar la pistola reglamentaria cuando estaban huyendo del domicilio y otro por un mordisco en la nariz que le arrancó una parte de ella.

⁵ Las claves de la condena al policía Casimiro Villegas La Audiencia dice que los disparos del policía local Casimiro Villegas fueron innecesarios (diariodesevilla.es)

⁶ Un policía se enfrenta a 20 años de cárcel por defender a su familia de un asalto a su vivienda en Sevilla (abc.es)

⁷ Un policía se enfrenta a 20 años de cárcel por defender a su familia de un asalto a su vivienda en Sevilla (abc.es)

Un tribunal médico diagnosticó a Casimiro una hernia discal a causa de los politraumatismos, trastorno por estrés postraumático, posible contagio de VIH y hepatitis a causa de la mordedura. Su mujer sufre trastorno por estrés postraumático y una enfermedad por glándula tiroidea causada por el estrés vivido⁸.

Casimiro dice *“que si en lugar de levantarse él, lo hubiera hecho su mujer, esta estaría muerta debido a la brutal agresión”*. Además, intentó quitarse la vida a causa del desgaste psicológico por los años de espera ante la celebración del juicio y del fallo judicial, ya que fueron siete largos años donde la fiscalía le solicitaba 20 años de cárcel. Pero gracias al seguro del arma y a su mujer que entró en ese momento en la habitación, no consumó su suicidio.

Esta pareja se arruinó económicamente puesto que la pensión de él fue embargada para que hiciera frente a la responsabilidad civil solicitada. Además, le costó dinero contratar a un abogado particular para que se hiciera cargo de su defensa judicial⁹.

Finalmente, el fallo judicial determinó que Casimiro fue culpable de las lesiones provocadas por los disparos (tres lesiones) realizados cuando los asaltantes salían de la vivienda en una furgoneta; ya que la Audiencia de Sevilla determinó ser innecesarios los disparos al estar los asaltantes huyendo, imponiéndole una pena de dos años y medio de cárcel¹⁰ por estimar eximente incompleta.

⁸ Las claves de la condena al policía Casimiro Villegas La Audiencia dice que los disparos del policía local Casimiro Villegas fueron innecesarios (diariodesevilla.es)

⁹ Un policía se enfrenta a 20 años de cárcel por defender a su familia de un asalto a su vivienda en Sevilla (abc.es)

¹⁰ Las claves de la condena al policía Casimiro Villegas La Audiencia dice que los disparos del policía local Casimiro Villegas fueron innecesarios (diariodesevilla.es)

Sin embargo, de la lesión provocada por la pelea ocurrida dentro del domicilio de la víctima donde le arrancó parcialmente la nariz a uno de los asaltantes, se le aplica eximente completa de legítima defensa puesto que fue necesaria la fuerza utilizada.

Los asaltantes fueron condenados entre dos y tres años por un robo con violencia y una falta de lesiones.

En cuanto al caso de JLM de 77 años de edad fue asaltado en su casa, finca Valdelobos, en Ciudad Real por un individuo de 35 años de edad que pretendía robar. Disparó varias veces su escopeta y lo mató cuando el asaltante intentaba entrar en la vivienda. JLM llamó a la policía para contar los hechos acontecidos.

Tras acudir la policía al lugar de los hechos, JLM fue detenido y pasó a disposición judicial de forma inmediata donde la titular del Juzgado de primera instancia e instrucción número 5 de Ciudad Real dictaminó para el anciano de 77 años prisión comunicada y sin fianza hasta la espera del juicio. Ahora se enfrenta a un delito de homicidio consumado con una pena de entre 10 y 15 años.¹¹ Todavía está a la espera del juicio y de la condena que se le pueda imputar por ser autor material de los hechos penales que se le acusa.

Respecto al caso de Jacinto SM de 80 años de edad que fue sorprendido en su casa por dos jóvenes, uno de ellos menor de edad, cuya intención era robar en su vivienda en el municipio tinerfeño de Arafo la noche del 1 de marzo de 2015 donde residían Jacinto y su esposa¹².

Los asaltantes entraron disfrazados con caretas a la vivienda armados con un “formón y una pistola simulada”. Según los hechos:

¹¹ Mató al ladrón que entró en su casa y puede ser condenado de 10 a 15 años: ¿qué dice la ley sobre 'legítima defensa'? (20minutos.es)

¹² Dos años y medio de cárcel para el anciano que mató a un ladrón que asaltó su casa | España (elmundo.es)

“los dos ladrones golpearon al acusado, le pusieron en la sien la pistola, pegaron a su esposa y le exigieron que les diera todo el dinero que tuviera en casa”¹³.

Entonces, Jacinto engañó a los asaltantes al dirigirse a un armario con el pretexto de darles el dinero cuando sacó un arma, efectuando un primer disparo al suelo y un segundo más arriba impactando en el cuello de Jonás CR que murió en el acto¹⁴.

La sección segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife lo condenó a dos años y medio de cárcel por considerar la eximente de legítima defensa incompleta. Fue un juicio con jurado y este consideró: *“haber otras alternativas posibles menos gravosas a la de matar a Jonás CR”¹⁵.*

Este fue el fundamento jurídico principal del juez para explicar el motivo de la extensión de la pena en su mínimo legal: *“el exceso de su reacción frente al ladrón que amenazaba a su familia fue mínimo”¹⁶.*

Todos estos casos tienen en común que se producen en la morada de los agredidos a causa de la entrada no consentida y por la fuerza de los asaltantes y que una vez ejercido su derecho a la defensa según establece el artículo 18 de la Constitución española, se convierten en personas enjuiciadas en un procedimiento penal como autoras materiales de un delito penal bien de lesiones o bien de

¹³ Dos años y medio de cárcel para el anciano que mató a un ladrón que asaltó su casa | España (elmundo.es)

¹⁴ Dos años y medio de cárcel para el anciano que mató a un ladrón que asaltó su casa | España (elmundo.es)

¹⁵ Dos años y medio de cárcel para el anciano que mató a un ladrón que asaltó su casa | España (elmundo.es)

¹⁶ Dos años y medio de cárcel para el anciano que mató a un ladrón que asaltó su casa | España (elmundo.es)

homicidio que provocan una situación de peligro inmediato, real y grave para la vida e integridad física de los moradores de la vivienda.

Así, pues, el término “morada” es acuñado por el derecho como el *“el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar”*. Además, el Tribunal Supremo añade que se comprende dentro de dicho recinto *“no sólo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores”*¹⁷.

Por lo tanto, este recinto es inviolable, ya que el derecho a la intimidad y a la privacidad del individuo constituye un derecho inalienable y personalísimo tal y como establece la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁸.

Sin embargo, una persona sita en su morada puede ser violentada de forma ilegítima por terceros y además declarado culpable por defender derechos fundamentales como la vida e integridad física.

De esta forma, la palabra “justicia” es muy subjetiva. Lo que a una parte de la doctrina le parecerá “justo” para otra no lo será pero lo que recoge la Constitución española¹⁹ en el artículo 18 es el derecho a “defenderse” de todo ciudadano²⁰ ante una agresión ilegítima y el código penal en su artículo 202 apartado primero²¹ establece como

¹⁷ La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sec. 1ª, de 6 de noviembre de 2020, nº 587/2020, rec. 10126/2020.

¹⁸ Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

¹⁹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

²⁰ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

²¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

conducta delictiva el “allanamiento de morada” que según su casuística ocurre cuando alguien entra en la vivienda de su morador sin consentimiento.

Por ello, tomando estas dos premisas la Ley da cierta cobertura al morador para poderse defender en su morada ante una agresión e intromisión ilegítima para preservar el derecho a la intimidad y privacidad así como otros derechos fundamentales como el derecho a la vida e integridad física según el contenido estipulado en el artículo 20.4 del código penal²² que se expone a continuación en el siguiente epígrafe.

2. Legítima defensa: completa

Algún autor califica a la legítima defensa como un “permiso dentro de la prohibición general de la conducta justificada. Es una autorización excepcional y especial para realizar un comportamiento típico. Por ello, muchas veces, la interpretación acerca del alcance de los requisitos de la legítima defensa no es una operación únicamente centrada en la determinación semántica de ciertos conceptos que emplea la Ley en el citado artículo del Código Penal, sino también una decisión política acerca de castigar o no ciertos actos que se intentan subsumir en esta causal de justificación.

Ello agrega una indudable carga política a la discusión que no la exime de estar en un permanente contacto con diversas realidades sociales, a las cuales se discute aplicar los efectos político- criminales de la aceptación de la autorización o no” .

El artículo 20.4 del código penal hace referencia a la legítima defensa que es una eximente de culpabilidad ante la realización de unos hechos calificados ilícitos y típicos al estar regulado en algún precepto del código penal como delito, antijurídica al ser una conducta contraria a

²² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

la Ley pero ya no sería culpable ni punible debido a la aplicación de esta eximente de culpabilidad al concurrir estos requisitos:

“4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes²³:

Primero: Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.”²⁴

Cuarto: La intención del asaltado sea defenderse”²⁵.

Por lo tanto, deben concurrir todos estos requisitos de forma conjunta para que pueda aplicarse la “legítima defensa” si solamente concurre alguno de ellos, puede dar como resultado la concreción de una pena al valorarse una “legítima defensa incompleta”.

²³ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes., *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 305-310.

²⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁵ Mató al ladrón que entró en su casa y puede ser condenado de 10 a 15 años: ¿qué dice la ley sobre 'legítima defensa'? (20minutos.es)

Partiendo que el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que *“toda persona tiene derecho a que se le respete su integridad física, psíquica y moral”*²⁶, por ello se analizan los siguientes requisitos:

El primero de los requisitos se refiere a que en la exigente de “legítima defensa” “debe concurrir una agresión ilegítima real, actual o inminente”²⁷ tal y como ocurre en los tres casos expuestos donde los tres moradores fueron agredidos en sus viviendas por tres asaltantes que entraron en la misma sin autorización de su morador con la intención de robar dentro de ella.

Además, según establece la sentencia 198/2020: *“que se encontraba en su domicilio, espacio vital donde lo menos que cualquiera puede esperar es la irrupción de una persona para agredir”*²⁸.

Por lo tanto, *“por agresión ilegítima debe entenderse toda creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo, pero también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato”*²⁹.

²⁶ Gómez Reyes, José Alfredo., “Los DDHH en la legítima defensa y el uso proporcional de la fuerza”, *Enfoques Jurídicos. Revista multidisciplinar del CEDEGS*, Número 03, 2021, pp. 26.

²⁷ Rojo Araneda, Mario Guillermo., “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, ADPCO, Vol. LXVI, 2013, p. 463.

²⁸ Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana 198/2020, Sala de lo civil y penal, de 19 de octubre del 2020. Rec. 11/2020.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 749/2014, Sala segunda de lo Penal, de 12 de noviembre de 2014. Rec. 10371/2014. En el mismo sentido sentencias 27-4-1998, 16-11-2000 y 18-12-03.

Por ello la “agresión ilegítima”³⁰ es una conducta adoptada por los asaltantes como típica y antijurídica, es decir, contraria a derecho y penada por el Código penal. Sin embargo, por el contrario, la eximente completa de la “legítima defensa” es una actuación ajustada a la Ley que a pesar de ser una conducta regulada en el código penal como una conducta dolosa al ser típica y antijurídica, contraria a la Ley, no es penada al no ser culpable el autor material de los hechos porque su actuación está amparada por el Código penal al haber ausencia de “reproche culpabilístico”, ya que es lo que se “debía hacer”.

Esto es confirmado por Wessels en su obra que señala: “para el juicio de culpabilidad el punto de referencia es la acción injusta, entendida como culpabilidad de acto aislado. Así, culpabilidad significa reprochabilidad del hecho”³¹.

De esta forma, en los tres casos se produce una irrupción en la vivienda de los moradores de forma violenta, creando un estado de peligro inminente, actual y real.

Respecto al segundo de los requisitos para que concurra la legítima defensa es la: “*necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler*”³² la agresión.

En la aplicación de este segundo requisito “la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia” hablan de que el medio utilizado para repeler la agresión fuera “racionalmente necesario” y no utilizan el término “proporcionalidad” entre la agresión y la defensa³³.

³⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³¹ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 287.

³² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³³ Rojo Araneda, Mario Guillermo., “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, op. cit., p. 465.

Sin embargo, hay autores que usan el término proporcionalidad tal y como lo hace Gómez Reyes que dice: “la proporcionalidad se entiende por el nivel de fuerza utilizado que debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido”³⁴.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que “*la necesidad del medio ha de llevarse a un plano referencial de proporcionalidad o correspondencia entre el ataque y la reacción defensiva*”³⁵.

Así, pues, la sentencia 749/2014 lo aclara, diciendo:

*“el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho”*³⁶.

³⁴ Gómez Reyes, José Alfredo., “Los DDHH en la legítima defensa y el uso proporcional de la fuerza”, *Enfoques Jurídicos. Revista multidisciplinar del CEDEGS*, op. cit, pp. 29.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 2229/1998, Sala Segunda de lo Penal, de 29 de enero de 1998. Rec. 826/1997.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 749/2014, Sala segunda de lo Penal, de 12 de noviembre de 2014. Rec. 10371/2014.

Y añade la sentencia referida³⁷: “Por eso esta Sala señala que ha de utilizarse aquél de los medios de que disponga que al tiempo que sea eficaz para repeler o impedir la agresión, sea el que menos daño puede causar al agresor (S^a 1053/02, de 5 de junio), y que hay que tener en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque (S^a 618/05 de 2 de mayo)”.

Pero cuando una persona se encuentra ante un peligro para su vida e integridad física es muy difícil valorar la idoneidad en su conducta para repeler el daño.

Por ello, no debería el Derecho exigir esta actitud y conducta a una persona sino apoyarla mediante una legítima defensa completa puesto que se ha encontrado en una situación de vulnerabilidad donde no ha tenido a los CFSE para protegerlo.

Asimismo, Vera constata la idea anterior: “en un momento de extrema tensión no se puede pedir al defensor que valore cabalmente las características del medio ofensivo y defensivo, o busque medios alternativos, ni que deba correr riesgo. Por ello, para parte de la doctrina es irrelevante la estricta proporcionalidad entre el mal causado con la defensa y el que amenazaba con la agresión, incluso admitiendo la posibilidad de una gran desproporción entre ellos³⁸”.

Sin embargo, la doctrina de la jurisprudencia no sigue esta línea y enjuicia el requisito del artículo 20.4 “necesidad racional del medio empleado”, imponiendo penas al aplicar una legítima defensa incompleta.

En el caso de Casimiro cuando fue atacado por tres asaltantes, teniendo que enfrentarse a ellos en solitario, el nivel de fuerza de los

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 749/2014, Sala segunda de lo Penal, de 12 de noviembre de 2014. Rec. 10371/2014.

³⁸ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 269.

tres asaltantes fue muy superior con respecto al nivel de fuerza mostrado por una persona. Por lo tanto, no hubo proporcionalidad sino resistencia por parte de Casimiro.

Sin embargo, cuando Casimiro coge su pistola reglamentaria y dispara a la chapa de la furgoneta para herir a los agresores porque estos le apuntan con un arma mientras huía, el juez estima que la actuación de Casimiro no es idónea porque su intención es lastimar a los asaltantes al disparar a la chapa y no a las ruedas del vehículo. Además, según el juez fue un acto de violencia innecesario al no ser considerado para repeler un acto violento³⁹.

Esto sería apropiado si tenemos en cuenta que los asaltantes no tenían ningún arma, pero según Casimiro sí tenían y este hecho nunca fue probado. El juez se basa en qué Casimiro no informó de esto a sus compañeros cuando los llamó por radio. Puede ocurrir que en esos momentos Casimiro se olvidara de esto puesto que había hecho un esfuerzo físico descomunal fruto del desvanecimiento físico que sufrió cuando pasó el peligro inminente y real al que fue sometido. Además, mantuvo una constante presión psicológica por el devenir de los acontecimientos.

En el caso de Jacinto hubo “un uso racional del medio utilizado” puesto que los agresores tenían un formón y una pistola que tras la investigación de las pruebas en el juicio, se comprobó que era simulada. Sin embargo, los agresores utilizaron ambas armas para intimidar y golpear a Jacinto así como a su mujer de edad avanzada.

Por lo tanto, los agresores estaban con un nivel de fuerza muy superior al de los moradores que no disponían a su alcance de ningún instrumento para utilizar como arma. Además, concurría su avanzada edad y debilidad corporal. Por ello, no se puede castigar penalmente

³⁹ Las claves de la condena al policía Casimiro Villegas La Audiencia dice que los disparos del policía local Casimiro Villegas fueron innecesarios (diariodesevilla.es).

la actuación de Jacinto de coger su revólver y disparar, matando con el segundo disparo a Jonás porque no tenía más alternativas.

La intención de Jacinto no era matar pero en esos momentos era su última oportunidad ante el peligro inminente, grave y real que estaban viviendo estos dos ancianos de 80 años al ser golpeados por los agresores.

No se puede juzgar un acto violento que sirvió para salvaguardar la vida e integridad física de ambos ancianos. Además, en esos momentos tampoco se puede pedir a una persona que milimétricamente sepa dónde debe de disparar para no hacer daño a los agresores o haga el menor daño posible a los mismos cuando tu mujer y tú estás siendo golpeado con instrumentos muy duros y afilados.

En el caso de JLM es evidente que el “uso del medio racional” puede ser encubierta por un miedo insuperable que provocó su actuación preventiva, ya que JLM es un anciano cuya fuerza física y la de su mujer era inferior al del agresor que pretendía entrar en la vivienda. Además, ellos desconocían si portaba armas así como su intencionalidad.

Considero que su actuación fue adecuada, ya que ninguna persona en su casa debe exponerse a un peligro para su vida e integridad física fruto de un injusto penal.

Este caso es similar al “Caso Tous” donde el cuñado, guarda de seguridad y socio de la empresa, fue avisado por trabajadores de la misma porque habían entrado unos intrusos en la vivienda del suegro. Ninguno de los moradores se encontraba en la vivienda.

Este acudió al lugar de los hechos y encontró un coche aparcado cerca de la salida de la vivienda. Se acercó al mismo y disparó, matando a uno de ellos. En la sentencia se constata que los

dos ocupantes del vehículo hicieron un movimiento brusco, lo que le alertó al pensar que iban a dispararle movido por un miedo insuperable: *“estimando que el miedo a sufrir algún mal sobre su persona fue el factor desencadenante de la conducta del acusado que le hizo creer, erróneamente, que era víctima de un ataque frente al cual no tenía más opción defensiva que disparar el arma que portaba”*⁴⁰.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la STS 675/2014, de 9- 10 *“viene entendiendo, con toda lógica, que si se ha apreciado una circunstancia eximente de legítima defensa, de ordinario y salvo supuestos excepcionales y como principio general, esta absorbe el posible temor que pudiera tener el acusado, al ser connatural y casi inherente a toda legítima defensa (dado que hay una agresión ilegítima) una situación de temor, por lo que, como principio general expresa que una atenuante de miedo insuperable no será compatible con una legítima defensa incompleta por ser inherente o connatural a la misma”*⁴¹.

En la misma línea, el jurado del Caso Tous *“se pronunciaron, asimismo, a favor de la insuperabilidad del miedo, no considerando probado que para evitarlo el acusado dispusiera de otra conducta, alternativa y distinta a los disparos que realizó (Hecho 26º), y ello con apoyo en el insistente mismo punto de la pericial, llegando a la conclusión de que actuó bajo presión de forma y casi como un acto reflejo, respondiendo a un posible ataque, sin tiempo real para pensar en otra actuación”*⁴².

⁴⁰ Sentencia 112/2015 del Tribunal Constitucional, sala segunda, de 8 de junio del 2015. Rec. 1281/2013.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana 198/2020, Sala de lo civil y penal, de 19 de octubre del 2020. Rec. 11/2020.

⁴² Sentencia 112/2015 del Tribunal Constitucional, sala segunda, de 8 de junio del 2015. Rec. 1281/2013.

En dicha sentencia se alegó: “*una situación de estrés o miedo donde puede existir un estado de alerta, con distorsión de la percepción sensorial, visual o cognitiva (Hecho 11º), o auditiva, aunque no existan o sean malinterpretadas (Hechos 17º a 22º, 25º y 26º), añadiendo en algunos casos la referencia, asimismo teórica, de uno de los Doctores al llamado "efecto túnel", que ocasionalmente surge por situaciones de estrés, perdiéndose la percepción de lo que ocurre alrededor (25º y 26º)*”⁴³.

Por lo tanto, esta sentencia es aplicable a los tres casos expuestos. JLM actuó a causa de un miedo insuperable donde dada su edad avanzada y las pocas posibilidades de defenderse, evitó la entrada del agresor en su domicilio para hacer desaparecer el peligro inminente, real y cierto que estaban e iban a vivir ambos moradores de 77 años de edad. Es evidente con base a la sentencia del Caso Tous aplicar la legítima defensa completa a JLM.

Sin embargo, el autor Vera dice que “el interés dañado no debe ser mucho mayor que el interés defendido” y añade “sin embargo, esta interpretación puede aparejar importantes problemas para resolver casos donde, a priori, el medio es potencialmente muy lesivo (lo cual podría indicar su irracionalidad en su empleo), pero, en virtud de las circunstancias, es el único disponible y utilizable para la víctima”⁴⁴.

Por lo tanto, esta última afirmación de este autor sigue la misma línea que la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, destacando el derecho de defensa amparado su uso por el ciudadano por el artículo 18 de la Constitución española cuando no tiene otro remedio por falta de protección por parte de los CFSE.

⁴³ Sentencia 112/2015 del Tribunal Constitucional, sala segunda, de 8 de junio del 2015. Rec. 1281/2013.

⁴⁴ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 266.

No obstante, la presente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid⁴⁵ relata el caso contrario en la exposición de los hechos donde dos personas adultas entran en una vivienda unifamiliar de dos alturas para robar. La parte de arriba de la vivienda estaba alquilada. Los moradores no se encontraban en ese momento. Sin embargo, en la primera planta de la vivienda se encontraba, Germán Nicolás, hombre mayor de 79 años de edad que padecía sordera, de complejión “pícnica”, de 1.60 de altura y usaba un bastón para andar.

Los asaltantes *“procedieron a golpear repetidamente a Germán Nicolás en la cabeza, ocasionándole varias contusiones a nivel craneal, tanto a nivel frontal derecho como parietal y occipital izquierdo, así como algunas erosiones; atándole de pies y manos, utilizando una camiseta y un cordón blanco, para las manos y un cordón de similares características para los pies y, asimismo, colocándole una toalla alrededor del cuello, que le tapaba los orificios respiratorios, dándole muerte por asfixia mecánica por estrangulación, así como por sofocación de los citados orificios respiratorios”*⁴⁶.

Quizás la jurisprudencia del Tribunal Supremo defiende que JLM no debería haber actuado tal y como lo hizo para que pudiera pasarle lo mismo que a Germán Nicolás.

Asimismo, pongamos el ejemplo que el agresor disfrutara realizando agresión sexual a mujeres. Por lo tanto, tendríamos que dejar pasar al agresor a nuestra vivienda para que se nos pudiera aplicar, en un principio, la eximente completa de legítima defensa y, posteriormente intentar escapar del agresor para dañarle lo menos posible.

⁴⁵ Sentencia 221/2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 7º, de 17 de mayo del 2016. Rec. 265/2015.

⁴⁶ Sentencia 221/2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 7º, de 17 de mayo del 2016. Rec. 265/2015.

Esto sitúa a cualquier ciudadano en un estado de peligro constante porque a pesar de poder evitarlo no sería una posibilidad idónea, ya que la posible consecuencia en la utilización de un arma nos convertiría en autor material de un delito doloso de homicidio o de lesiones y, por lo tanto, se debe exponer el ciudadano a ser víctima de un delito de agresión sexual y seguramente asesinada para evitar ser condenadas penalmente.

Esto ocurrió precisamente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de marzo del 2021 cuando una persona mayor de 90 años de edad es sorprendida en el pasillo de su casa por un hombre adulto que entró por la ventana del patio interior de la finca con la intención de robar, obteniendo 85 euros que tenía la anciana en efectivo.

Así, pues, dada la vulnerabilidad de la anciana debido a su complexión física y poca resistencia opuesta ante los golpes propinados en la cara así como la facilidad de zarandearla de un lado a otro y la suplicación de esta para que se fuera de su casa porque le había dado todo el dinero que tenía en efectivo, el agresor decidió violarla.

Por ello, como la anciana mostró resistencia por la zona delantera; pues decidió acceder carnalmente por la zona del ano, consumando el delito⁴⁷.

Si esta anciana no hubiera sido sorprendida y hubiera tenido la oportunidad de utilizar un arma contra su agresor tal y como lo hizo JLM, lo hubiera hecho sin pensarlo porque la actuación malévola del agresor le provocó graves trastornos psicológicos que no pudo superar.

⁴⁷ Sentencia 177/2021 de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 2ª, de 31 de marzo del 2021. Rec. 69/2020.

Taruffo en su estudio sobre el concepto de la generalización establece que “se olvida que la mujer, por sus diferencias físicas, siempre deberá acudir a un medio más peligroso”⁴⁸. Esto precisamente es extrapolable a personas de edad avanzada. Según Wright “si el legislador impone lo imposible, se comportaría irracionalmente, de momento que su deseo no puede ser realizado”⁴⁹.

Esto precisamente ocurre en los tres casos expuestos donde se aplica a los moradores de la vivienda una pena penal por aplicar una eximente incompleta de legítima defensa cuando estos ciudadanos han tenido un comportamiento adecuado en la sociedad, siendo uno policía, y ante una acción ilícita por parte de terceras personas donde los moradores son las víctimas; la Ley los convierte en criminales.

Por lo tanto, según Mario Guillermo Rojo dice: se deberán “examinar múltiples situaciones de hecho como la naturaleza de la agresión y la persona del agresor, y habrá que analizar la naturaleza de la defensa y la persona del que se defendió para promover esta defensa, porque por cierto, si el arma que en definitiva empleó fue un arma que alguien pueda pensar resultaba exagerada frente al arma utilizada por el agresor, si no disponía de ninguna otra para defenderse, obviamente sí cumplía con el requisito de la necesidad racional del medio empleado para defenderse, puesto que ¿cómo no va a ser racional el medio empleado para defenderse si esa arma era la única de que se disponía para esos efectos? Por lo tanto, este requisito obviamente corresponderá calificarlo al Juez de la causa atendiendo a circunstancias de hecho que logren acreditarse”⁵⁰.

⁴⁸ Taruffo, Michele., “Consideraciones sobre las máximas de experiencia”, *Páginas sobre la justicia civil*, Madrid/Barcelona/ Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 444 y ss.

⁴⁹ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 285.

⁵⁰. Rojo Araneda, Mario Guillermo., “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, op. cit., p. 465.

“De un lado, la necesidad de defensa, y de otro lado, la necesidad del medio empleado, pero no como un juicio de proporcionalidad objetiva entre la clase o el tipo de medio utilizado en la agresión y el empleado por el defensor, sino en atención a todas las circunstancias concurrentes, tanto en relación a la agresión como a la situación del que defiende y a la forma en que lo hace, todo ello bajo la perspectiva de lo que, en el caso, podría considerarse una reacción eficaz”⁵¹.

Así, pues, la naturaleza de la agresión en los tres casos implica una irrupción en la vivienda de forma violenta al despertar a los moradores con ruido y emplear violencia hacía los mismos con la intención de robar. En dos de los casos los agredidos son personas de edad avanzada entre 77 años y 80 años cuya corpulencia física es débil al ser delgados, huesos frágiles ante cualquier caída o golpe y normalmente presentan torpeza en el movimiento.

En el caso del expolicía es un hombre más corpulento de unos cincuenta años de edad pero se tuvo que enfrentar a tres hombres jóvenes y de mediana edad de forma individual, ya que su mujer se quedó en shock y no podía moverse.

Por lo tanto, en los tres casos la posición de dominación en la escena de los hechos era por parte de los agresores mayor respecto a los moradores que muestran una mayor debilidad en su condición física y circunstancias.

En cuanto el medio utilizado para repeler la agresión por parte de los agredidos.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo 749/2014, Sala segunda de lo Penal, de 12 de noviembre de 2014. Rec. 10371/2014.

En el caso del expolicía fueron sus puños y dientes cuando se enfrentó a tres hombres en solitario. Por lo tanto, el medio usado es totalmente necesario y no supuso ningún tipo de intimidación para los agresores que tenían ventaja al ser tres y usar los mismos medios. Sin embargo, en el momento que los cuatro agresores salieron de la vivienda de los agredidos se usaron armas por parte de ambas partes.

Casimiro usa su pistola reglamentaria del cuerpo de policía local y los asaltantes una escopeta que el tribunal considera a su juicio ser inexistente, cuya presunción no fue demostrada sobre su existencia en el juicio pero, sin embargo, Casimiro fue condenado a dos años y medio por ello al considerar el tribunal que los asaltantes no portaban armas y ser los disparos ocasionados por Casimiro innecesarios al estar los asaltantes huyendo y fuera de la vivienda sin peligro para la vida e integridad de Casimiro y su mujer.

Respecto a JLM está a la espera de juicio mientras sigue en prisión comunicada sin fianza a sus 77 años de edad por haber usado una escopeta y matado a una persona que intentaba entrar en su vivienda.

Jacinto SM de 80 años de edad disparó con su revólver a uno de los agresores que entraron en su vivienda. Estos “*golpearon al acusado, le pusieron en la sien la pistola, pegaron a su esposa y le exigieron que les diera todo el dinero que tenía en la casa*”⁵². El condenado realizó un primer disparo al suelo y otro más alto, alcanzando a Jonás CR de 35 años de edad.

En este caso el jurado estableció que Jacinto tuvo “*otras alternativas posible menos gravosas*”⁵³ para defenderse del ataque de dos jóvenes de 35 años de edad y otro chico menor de edad mientras

⁵² Dos años y medio de cárcel para el anciano que mató a un ladrón que asaltó su casa | España (elmundo.es).

⁵³ Dos años y medio de cárcel para el anciano que mató a un ladrón que asaltó su casa | España (elmundo.es)

estaban golpeando a su mujer de avanzada edad. El juez prosigue diciendo: “efectuar un nuevo disparo al suelo en espera de disuadir al asaltante para que finalmente abandonara la vivienda”.

Según el tratado de Feuerbach que data de 1801 considera que “el uso de la fuerza privada debe ser la única posibilidad de conservación del derecho. Por consiguiente, el agredido no debe haber podido contrarrestar la acción del agresor de otro modo que con la fuerza, en forma y segura y sin perjuicio para otro derecho o bien; no debe haber sido posible al necesitado un medio de defensa inferior al empleado como medio suficiente para evitar el peligro⁵⁴”.

De esta forma, Feuerbach con esta explicación trata de transmitirnos que cuando se hace imposible la protección del ciudadano por parte del Estado, las FCSE⁵⁵, cualquier forma de ejercicio de la fuerza o utilización de instrumento por parte del ciudadano está legitimado bajo la figura de la legítima defensa⁵⁶.

Según Fletcher: “si el autor cree que está siendo atacado o que el empleo de la fuerza es inmediatamente necesario para repeler el ataque, entonces el uso de la fuerza estará justificado”⁵⁷. También, esta postura es asumida por el Tribunal Constitucional en el Caso Tous como ya se ha expuesto con anterioridad.

⁵⁴ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 270.

⁵⁵ Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

⁵⁶ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 270.

⁵⁷ Muñoz Conde, Francisco., “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”, *Revista penal*, núm. 24, 2009, pp. 123.

No obstante, hay autores como Roxin que apelan a utilizar el “medio más benigno de defensa. Quien pueda intimidar al agresor amenazándolo con un arma contundente o de fuego o mediante disparo de advertencia, no puede disparar sin más”⁵⁸.

Pero no hay que olvidar que en el caso de JLM se trata de un hombre de avanzada edad de 77 años con un estado físico muy débil en cuanto a fuerza física y rapidez en habilidades, sentidos y destrezas. Por lo tanto, si el agresor hubiera entrado en la vivienda, los agredidos tenían muy pocas posibilidades de asegurarse su protección. Además, era de noche y no había visibilidad por lo que desconocía las armas portadas por el agresor.

No se puede exigir una ponderación y cálculo sobre cómo actuar, qué medio utilizar, etc...; cuando eres la “presa” y puede que este disparo sea la única posibilidad de proteger a los moradores de la vivienda.

Esto precisamente es lo que establece Wright: “y la obediencia es posible cuando hay habilidad de hacer lo que se exige. Así si se admite que el deber entraña habilidad, puede concluirse que no existe el deber de hacer este algo porque las reacciones del organismo dificultan o impiden optar por el medio menos lesivo para defenderse. Una gran porción de seres humanos no contaría con la habilidad para optar por un medio menos lesivo debido a las reacciones naturales del organismo frente a fenómenos de presión o estrés”⁵⁹.

Esto mismo queda patentado en la sentencia 198/2020 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que dice:

⁵⁸ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 271.

⁵⁹ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 286.

“en el folio 38 de las actuaciones (situación de amenaza a la vida que solo puede ser comprendida desde el punto de vista neurológico de la supervivencia y no desde la calmada y reflexiva respuesta a hechos fríamente medidos quedando anulada la respuesta de escape para el recurrente) así como en el 39 (las reacciones de lucha tienen su traducción en el episodio descrito por el peritado al esgrimir su vecino un arma blanca de considerable tamaño en un espacio físico de escasas dimensiones lo que acrecienta la sensación de amenaza y dispara todos los mecanismos de supervivencia de cualquier ser vivo)”⁶⁰.

“El acusado al cometer los hechos tuviera totalmente anuladas sus facultades intelectivas y volitivas como consecuencia de la situación de miedo y exaltación anímica que le produjo la irrupción violenta del Sr. Alexis en su vivienda portando un cuchillo temiendo por su vida y la de su pareja (pregunta 14^a)”⁶¹.

Voy a poner un ejemplo: si un niño de 9 años sufre *bullying* en el colegio frente a un niño de 12 años, difícilmente ese niño de 9 años podrá enfrentarse y ganar a su acosador de mayor edad con la fuerza física. Seguramente necesite utilizar otros medios si carece de la protección y cuidado de un adulto.

De la misma forma Carrara argumenta: “cuando he defendido mi vida o la de otro peligro de un mal injusto, grave e inevitable de otro modo, que amenazaba la persona humana, no he tenido necesidad de una excusa; he ejercitado un derecho porque tal es la conservación de la propia persona. Sería un delito horrible castigarme, sería un insulto, nacido de la ignorancia y de la crueldad, decirme que se me otorga una excusa. Yo no digo que se mata justamente, porque el muerto había merecido la muerte; digo que se mata justamente, porque

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana 198/2020, Sala de lo civil y penal, de 19 de octubre del 2020. Rec. 11/2020.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana 198/2020, Sala de lo civil y penal, de 19 de octubre del 2020. Rec. 11/2020.

se tiene el derecho de salvarse de la muerte injusta inminente, e inevitable de otro modo⁶²”.

Las palabras expresadas por Carraca es precisamente lo que sintieron cada uno de los moradores de los tres casos expuestos.

Por eso, Vera confirma la idea anterior diciendo: “el arsenal dogmático y jurisprudencial respecto del ejercicio del deber de elección del medio menos lesivo atenta contra la capacidad natural de simplificar o reducir la información para tomar una decisión. Así, la persona que se defiende se ve sometida a la exigencia de una gran carga cognitiva por parte de quienes entienden la racionalidad de la defensa como opción del medio menos gravoso⁶³”.

En la misma línea “el artículo 33 del StGB”, código penal alemán, establece el llamado “*exceso de la legítima defensa*”: “*si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión, temor o miedo, entonces no será castigado*”⁶⁴. Esto precisamente le ocurrió a JLM, a Jacinto y Casimiro.

Por ello, el autor Vera dice en su artículo: “en ciertos supuestos identificables y generalizables este estado de normalidad que permita optar por el medio menos lesivo no existe ni es exigible. El criterio del medio menos lesivo no opera para moderar la defensa cuando lo amenazado sea un bien vital o de gran importancia como la salud o la integridad física⁶⁵”.

⁶² Montano, Pedro., “Legítima defensa: ¿el fin justifica los medios?”, *Revista de derecho de la universidad de Montevideo*, núm. 29, 2016, pp. 60.

⁶³ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 279.

⁶⁴ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 276.

⁶⁵ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 277.

Lo mismo establece el estudio de Klein que dice: “la situación que experimenta una víctima sometida a una agresión ilegítima, descarta notoriamente que las personas sometidas a presión o estrés empleen un modelo racional y lógico para decidir, lo que parece asumir la jurisprudencia y doctrina cuando afirman que es posible y exigible que la víctima sometida a una agresión ilegítima opte por el medio menos lesivo para su defensa. Es decir, la regla de opción del medio menos lesivo tampoco puede fundarse en una práctica generalizada de las personas sobre las decisiones frente a situaciones de estrés como la que genera la agresión. Ello indudablemente aumenta la inconsistencia del criterio por déficit en su operatividad”⁶⁶.

Del mismo modo Carrara dice: “Quien quiere defender su vida porque es atacado ilegítimamente, quiere realmente lesionar o matar al agresor. Carrara pone un ejemplo de quien es secuestrado por unos bandoleros que lo van a matar, y aprovechando el sueño de estos, los mata. No se trata de una persona que fuera de sus cabales mata a otro, sino de alguien que para salvarse quiere realmente cometer el homicidio”⁶⁷.

En cuanto al tercer requisito que consiste en la “falta de provocación suficiente por parte del defensor”⁶⁸. Mario Guillermo establece que este tercer requisito se refiere a “que el defensor no haya impulsado su actividad defensiva por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo”⁶⁹.

En los tres casos expuestos ninguno de los acusados en el procedimiento penal por ejercer su derecho a la defensa tal y como

⁶⁶ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 282.

⁶⁷ Montano, Pedro., “Legítima defensa: ¿el fin justifica los medios?”, *Revista de derecho de la universidad de Montevideo*, op. cit., pp. 62.

⁶⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶⁹ Rojo Araneda, Mario Guillermo., “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, op. cit., p. 466.

estipula la constitución española en su artículo 18 comenzó ninguna provocación que originara la agresión ilegítima sino por el contrario fueron los asaltantes los que increparon mediante golpes a Casimiro y Jacinto mientras que en el caso de JLM tampoco inició la amenaza sino que intentó evitar un mal sobreviniente, teniendo en cuenta su edad y fuerza física. Además, los tres acusados no conocían a los asaltantes de su vivienda por lo que no han podido actuar por “venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo” tal y como establece Mario Guillermo.

Finalmente, el cuarto requisito se basa en la intención del “*asaltado sea defenderse*”⁷⁰. Está claro y probado en el procedimiento judicial que en los tres supuestos expuestos los tres hombres agredidos pretendían defenderse de una agresión ilegítima puesto que estaban en una situación de peligro inminente, grave y real.

3. Consecuencias negativas al aplicar la eximente incompleta ante el derecho de defensa

En los tres casos expuestos se abrieron diligencias por los hechos acontecidos y los tres moradores fueron investigados por un delito doloso. En el caso de Casimiro fue condenado a dos años y medio de cárcel por tres delitos de lesiones, “*uno de ellos con una pena de año y medio y los otros dos de seis meses cada uno*”⁷¹.

Así, pues, Jacinto y JLM fueron enjuiciados por un delito de homicidio. Finalmente, Jacinto fue condenado a dos años y medio al aplicársele legítima defensa incompleta, ya que se estimó que hubo

⁷⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁷¹ Las claves de la condena al policía Casimiro Villegas La Audiencia dice que los disparos del policía local Casimiro Villegas fueron innecesarios (diariodesevilla.es)

“*un exceso mínimo*” en el uso del revólver⁷². Por último JLM se desconoce si sigue en prisión provisional a la espera del juicio penal, pudiéndose enfrentar a una pena de 10 a 15 años de cárcel⁷³.

Respecto a la pena de los tres supuestos de hecho tal y como dice Jacobo Dopico: “absurdo sería pretender atribuirle al agredido las consecuencias dañosas de la legítima defensa”⁷⁴.

Pero tal y como acabamos de comprobar en los tres supuestos analizados, todos ellos han sufrido las “consecuencias dañosas de la legítima defensa” y tal como establece Mario Guillermo así sucede: “la legítima defensa es una institución de derecho penal sustantivo que surge como reacción frente al problema de los efectos punitivos que el proceso penal puede ocasionar al sujeto que ha actuado amparado por la causal de justificación legítima defensa, y por tanto no ha cometido delito de conducta, aunque típica no es antijurídica, pero si puede verse expuesto a sufrir graves perjuicios con motivo del proceso penal que se origine con ocasión de su actividad defensiva”⁷⁵.

En primer lugar, los tres han pasado la angustia, el temor y el desasosiego de enfrentarse a un procedimiento penal como acusados, pudiendo entrar en prisión. En el caso de Casimiro era policía. Imaginemos lo que hubiera supuesto su entrada en prisión. Jacinto con una edad avanzada de 80 años y JLM de 77 años de edad en prisión esperando juicio.

⁷² Dos años y medio de cárcel para el anciano que mató a un ladrón que asaltó su casa | España (elmundo.es)

⁷³ Mató al ladrón que entró en su casa y puede ser condenado de 10 a 15 años: ¿qué dice la ley sobre 'legítima defensa'? (20minutos.es)

⁷⁴ Gómez Aller, Jacobo Dopico., “¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi”, Indret, 2018, pp. 16.

⁷⁵ Rojo Araneda, Mario Guillermo., “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, op. cit., p. 466.

Casimiro y Jacinto con heridas físicas a causa de los golpes sufridos por los agresores y un shock postraumático psicológico al temer otro asalto. En el caso de JLM que ha entrado en prisión provisional como si fuese un criminal cuando es una persona normal sin antecedentes penales y dada su edad no es el mejor lugar para una persona.

Luego, los tres han tenido que buscar un abogado y hacer frente a una considerable cantidad de dinero para ejercer su derecho a la defensa en el procedimiento penal. Casimiro se arruinó. Tenía que pedir dinero puesto que su pensión fue embargada para pagar la responsabilidad civil. Además, intentó suicidarse. Así, pues, se desconocen detalles de Jacinto y JLM.

Por lo tanto, hay una estrecha vinculación entre el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal⁷⁶ con una consecuencia fatídica para los que ejercen su derecho de defensa frente a una intromisión ilegítima como es la pena penal fruto de la aplicación de la legítima defensa incompleta, las secuelas psicológicas, físicas fruto de la agresión y del sistema punitivo de la Ley.

Sin embargo, esas consecuencias negativas fruto de aplicar una legítima defensa incompleta podrían cambiar si ante una intromisión ilegítima en la morada de cualquier ciudadano se aplicará de forma automática la legítima defensa completa y ello, a su vez, provocará la ausencia de cualquier procedimiento penal para investigar al morador, centrándose exclusivamente en investigar y probar los hechos acontecidos por parte del agresor así como su enjuiciamiento en el procedimiento penal; ya que es el autor de uno o la concurrencia de varios delitos penales empezando por el delito de allanamiento de morada porque el morador ejerce la tutela de defensa de las personas convivientes o pernoctadoras de la morada ante la

⁷⁶ Rojo Araneda, Mario Guillermo., “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, op. cit., p. 459.

ausencia de personación de los CFSE y este hecho debería ser amparado por la Ley.

Por lo tanto, es el propio morador el que debe ser legitimado de forma automática por la Ley y el legislador para poder actuar con total impunidad en el derecho a ejercer su defensa ante una intromisión ilegítima que pone en riesgo la vida o integridad física de las personas.

Para ello, es necesario modificar el derecho sustantivo material del código penal en su artículo 20.4, y el derecho procesal penal regulado en la LECrim en cuanto al Libro II y III.

Esta posición es avalada por Montano cuando dice: “podría llevar a ulteriores distinciones en el ámbito de la culpabilidad, agregando al dolo otra subespecie que podría merecer otro tratamiento más justo”⁷⁷.

También el código penal de diferentes estados de EEUU establece que “Una persona generalmente puede hacer uso de fuerza letal contra alguien que ingresa a su hogar de forma ilícita. Esta norma, también conocida como “la doctrina Castle”, permite que las personas defiendan sus hogares contra intrusos mediante el uso de fuerza letal”⁷⁸.

Esto mismo ocurre en Nevada donde “uno puede usar la fuerza para proteger su casa o coche ocupado si un intruso parece peligroso y está poniendo a los ocupantes en riesgo. De acuerdo con la Doctrina del Castillo, el principio legal que permite a las personas utilizar la fuerza, o la fuerza mortal, contra los intrusos que ponen en riesgo a los ocupantes de una casa o vehículo, las víctimas u ocupantes de la propiedad no están obligados a esperar a que dicho intruso apunte su arma, amenace verbalmente o participe en acciones perjudiciales. Si

⁷⁷ Montano, Pedro., “Legítima defensa: ¿el fin justifica los medios?”, *Revista de derecho de la universidad de Montevideo*, op. cit., pp. 63.

⁷⁸ Defensa propia en Estados Unidos | Abogado.com | Ayuda en español

un intruso es aparentemente peligroso y supone una amenaza para una vivienda o un vehículo ocupados, esas víctimas pueden dañar o matar proactivamente a un intruso si tienen motivos para creer que éste tiene la intención de cometer actos violentos o de dañar a quienes se encuentran dentro de su propiedad”⁷⁹.

Así, pues, Kant decía que “sí puede suceder que algo que en sí mismo ha de considerarse injusto, logre obtener la indulgencia por parte de un tribunal. Esto sería una causa de inculpabilidad”⁸⁰.

En la sentencia del “Caso Tous” “los Tribunales aquí intervinientes no se pronunciaron sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado”. Tampoco en ninguno de los recursos⁸¹. Quizás no se debería enjuiciar la culpabilidad de una persona que ha sufrido un allanamiento de morada en su casa con violencia.

De este modo, no haría falta iniciar un procedimiento penal contra la persona agredida en su domicilio puesto que los daños personales o materiales que pudiere ocasionar derivado de la acción de defenderse ante una intromisión ilegítima estarían exentos de todo tipo de responsabilidad penal al estar la acción amparada por el código penal al tratarse de un deber y derecho de dicha persona.

Sin embargo, esta conducta se encuentra penalizada por el código penal al tener que enfrentarse a un procedimiento penal en calidad de acusado, con todo el desgaste psicológico y físico que ello puede conllevar a la persona agredida porque se le debe juzgar por una acción ilícita derivada previamente de otro ilícito penal.

⁷⁹ Disposiciones legales de NRS 200.120 y NRS 200.130

⁸⁰ Montano, Pedro., “Legítima defensa: ¿el fin justifica los medios?”, *Revista de derecho de la universidad de Montevideo*, op. cit., pp. 61.

⁸¹ Sentencia 112/2015 del Tribunal Constitucional, sala segunda, de 8 de junio del 2015. Rec. 1281/2013.

Casimiro no aguantó la presión y estuvo a punto de quitarse la vida cuando debió ser apoyado por las instituciones públicas y la sociedad porque fue una víctima y no un agresor.

Por ello, Mario Guillermo dice: “quedará siempre expuesto hasta que durante el proceso se pruebe que los requisitos sustantivos de la legítima defensa no ha existido, y en ese caso tendrá que afrontar la responsabilidad penal correspondiente, por tratarse de una presunción simplemente legal”⁸².

Y prosigue diciendo: “la legítima defensa privilegiada no es por tanto una categoría especial, distinta de legítima defensa de la que ya hemos visto, sino que simplemente es un paliativo que ha establecido el legislador para atenuar y en lo posible eliminar, los efectos punitivos que todo proceso penal tiene y que en este caso sufre alguien, en definitiva, no debe sufrir perjuicio ni sufrimiento alguno puesto que no ha realizado conducta delictiva de ninguna especie, aunque aparentemente si ha realizado una conducta típica que puede, o podría, dar lugar a responsabilidades penales”⁸³.

Además, estos ciudadanos cívicos se les hace un doble daño: el daño material, físico y psicológico al que han sido sometidos por los agresores y por la Ley.

4. Conclusión

Este artículo ha tratado de presentar la problemática a la que se enfrentan los moradores de sus viviendas cuando son agredidos por terceras personas que entran sin permiso en ella.

⁸² Rojo Araneda, Mario Guillermo., “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, op. cit., p. 471

⁸³ Rojo Araneda, Mario Guillermo., “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, op. cit., p. 466.

Estos agresores suelen tener la intención de robar y para ello suelen intimidar con violencia a los moradores que son sorprendidos en la vivienda.

Ante esta agresión ilegítima contra los moradores se produce violencia física con instrumentos portados por los agresores que provoca lesiones físicas y psicológicas en los moradores de la vivienda.

En este artículo se han expuesto tres casos:

Primero: Casimiro hombre de unos 50 años de edad que peleó cuerpo a cuerpo contra cuatro agresores para evitar que subieran a la habitación de arriba donde estaba su esposa y cuando los agresores huían, entonces cogió su arma reglamentaria y disparó, alcanzando a tres de ellos. Casimiro fue condenado a dos años y medio de cárcel por tres delitos de lesiones.

Segundo: Jacinto es un anciano de 80 años que fue golpeado él y su mujer por los agresores con un formón y una pistola simulada. Entonces, se acercó al armario con el pretexto de darles el dinero y fue cuando sacó un revolver y dio dos disparos: uno al suelo y el otro más arriba, alcanzando a Jonás de 35 años que murió de inmediato. Jacinto fue condenado a dos años y medio de prisión por un delito de homicidio.

Tercero: JLM es un anciano de 77 años que disparó con su escopeta y mató al agresor que intentó entrar en su casa. Está a la espera de juicio penal. Se desconoce si sigue en prisión provisional hasta la celebración del procedimiento penal.

Ante los hechos expuestos de forma sucinta se discute si se debió aplicar la eximente completa por los delitos cometidos por los tres moradores en vez de una eximente incompleta tal y como se decidió en el procedimiento penal.

Para ello, se remite el artículo 20.4 del código penal que regula los requisitos para aplicar la eximente completa y estos son:

Primero: Agresión ilegítima. Se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Se refiere a la vivienda de los moradores.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor⁸⁴.

Cuarto: La intención del asaltado sea defenderse.

Cabe mencionar que para aplicar la eximente completa a los delitos penales cometidos deben concurrir los cuatro requisitos de forma conjunta.

En cuanto al primer requisito consistente en “agresión ilegítima”. Es evidente la entrada en el domicilio de los moradores sin consentimiento por parte de ninguno de ellos.

El segundo de los requisitos se refiere a la “necesidad racional del medio empleado”.

La mayoría de la jurisprudencia aplica los siguientes criterios para aplicar la eximente completa en la sentencia penal: “el medio utilizado sea el más racional para repeler la agresión”. Para ello, tienen en cuenta diferentes circunstancias respecto al medio utilizado por el morador para que cause menos daño al agresor y para ello se tendrá en cuenta: “*la naturaleza del medio en sí, sino también el uso que de él*

⁸⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas”.

Por ello, los dos acusados en el procedimiento penal: Casimiro y Jacinto fueron condenados por delito de lesiones y de homicidio con una eximente incompleta. En el caso de Casimiro se diferencian dos situaciones: la primera se refiere a la pelea ocurrida dentro de la vivienda donde claramente había una mayor dominación de la situación por parte de los agresores al ser cuatro contra Casimiro sin utilización de ningún medio o instrumento como arma. Por eso, el tribunal considera que los delitos de lesiones cometidos en esta bifurca se le aplican una eximente completa.

Sin embargo, la segunda situación de peligro se produce cuando Casimiro coge su arma y procede a disparar contra el vehículo utilizado por los agresores para huir. El tribunal entiende que la intención de Casimiro fue herirlos y no disparar a las ruedas. Además, el tribunal estima que los asaltantes no portaban armas porque Casimiro no lo notifica por radio a sus compañeros cuando solicita ayuda. No pudo ser comprobado este hecho en las diligencias de investigación.

Considero que Casimiro había sufrido un gran estrés físico y emocional. Por lo tanto, no se le puede exigir que dé una información completa de los hechos cuando está recibiendo una brutal paliza, acabó ensangrentado, su mujer estaba arriba paralizada por el miedo y tenía que estar pendiente de los movimientos de cuatro individuos. Por ello, acabó desmayado cuando los agresores consiguieron huir del gran esfuerzo físico y psicológico al que estuvo sometido.

Sin embargo, el tribunal condenó a Casimiro por delito de lesiones por legítima defensa incompleta porque se excedió en su actuación al ser innecesario usar el arma, ya que los agresores estaban huyendo y haber creado él la situación de peligro, hiriendo a tres de ellos.

En el caso de Jacinto utilizó un arma de fuego ante los golpes que estaban recibiendo él y su mujer de 80 años de edad. Fue condenado por homicidio con eximente incompleta porque en el procedimiento penal se consideró que podría no haber disparado para matar a Jonás sino a otro sitio para disuadirlos, pero, aun así, el tribunal entendió que el “exceso en su actuación fue mínimo” dada la violencia empleada por los agresores.

JLM se desconocen datos sobre su condena porque está a la espera de juicio penal.

Por contraposición, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la (STS 675/2014, de 9- 10) dice que si concurre miedo insuperable en la actuación de los moradores no se puede aplicar una eximente de legítima defensa incompleta porque no es connatural.

Esta sentencia constataría la aplicación de la legítima defensa completa en los tres supuestos, ya que todos ellos actuaron bajo temor de sufrir un daño en su vida e integridad física.

En la misma línea la sentencia por parte del Tribunal Constitucional en el caso Tous confirma que el Tribunal Superior de Justicia de Barcelona no enjuició la culpabilidad del cuñado de los Tous sino el miedo insuperable que le hizo distorsionar la realidad ante la percepción de defender su vida e integridad física.

Por lo tanto, esto es extrapolable a los tres supuestos analizados donde no haría falta enjuiciar su culpabilidad puesto que no son culpables y carecen de responsabilidad penal al concurrir en cada uno de ellos miedo por su vida e integridad física y la de sus esposas.

En el caso de Casimiro y Jacinto están recibiendo golpes. Es normal que tengan miedo y actúen como lo hicieron. También en el caso de JLM sufrió miedo. Él y su mujer son dos personas de 77 años

con poca fuerza para defenderse cuerpo a cuerpo contra un chico de 35 años de edad. Las facultades y habilidades físicas de los ancianos son menores que cuando uno es joven. Por lo tanto, no estaban en igualdad de condiciones que el agresor. Además desconocían si el agresor portaba armas y su intencionalidad.

Siguiendo la doctrina de la jurisprudencia, JLM debió dejar entrar al agresor mientras espera la llegada de la policía, someterse él y su mujer a la violencia de este sin conocer su intencionalidad ni las armas que portaba puesto que estaba oscuro.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de marzo del 2021 muestra el suceso ocurrido cuando una persona mayor de 90 años de edad fue violada por su agresor por mostrar poca resistencia física a los golpes recibidos. Si esta anciana no hubiera sido sorprendida y hubiera tenido la oportunidad de utilizar un arma contra su agresor tal y como lo hizo JLM, seguramente no lo hubiera dudado porque la actuación malévola del agresor a pesar de tener el dinero en sus manos le provocó graves trastornos psicológicos que no pudo superar.

También cabe poner como ejemplo el caso de Germán Nicolás que apalearon su cráneo cuando era un anciano sordo, de complejión física débil y andaba con un bastón.

Por ello, la doctrina entiende que no se puede pedir a una persona que está ante una agresión ilegítima que piense en utilizar el medio más idóneo para hacer el menor daño o el daño estrictamente necesario al agresor para repeler la agresión.

Taruffo en su estudio sobre el concepto de la generalización establece que “se olvida que la mujer, por sus diferencias físicas, siempre deberá acudir a un medio más peligroso”⁸⁵. Esto precisamente es extrapolable a personas de edad avanzada. Según Wright “si el legislador impone lo imposible, se comportaría irracionalmente, de momento que su deseo no puede ser realizado”⁸⁶.

En la misma línea argumentan otros autores como Feuerbach cuya conclusión es que cuando se hace imposible la protección del ciudadano por parte del Estado, las FCSE, cualquier forma de ejercicio de la fuerza o utilización de instrumento por parte del ciudadano está legitimado bajo la figura de la legítima defensa completa.

En la misma línea EEUU permite a sus ciudadanos utilizar la fuerza física incluso con resultado de muerte cuando alguien haya entrado en su casa y esté en riesgo su vida o integridad física incluso aunque el ilegítimo morador no hay usado la violencia contra los moradores legítimos del domicilio.

La sentencia 198/2020 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dice que una gran porción de seres humanos no contaría con la habilidad para optar por un medio menos lesivo debido a las reacciones naturales del organismo frente a fenómenos de presión o estrés. No se puede pedir a un ciudadano que calcule el daño que va a provocar cuando está en una situación de peligro.

Asimismo, el Código Penal Alemán no castiga al morador que actúa bajo temor.

⁸⁵ Taruffo, Michele., “Consideraciones sobre las máximas de experiencia”, *Páginas sobre la justicia civil*, Madrid/Barcelona/ Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 444 y ss.

⁸⁶ Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, op. cit., pp. 285.

Respecto al tercer requisito “falta de provocación suficiente”. Es evidente que los tres moradores actúan ante una situación de peligro fruto de una intromisión ilegítima. No provocan ellos la situación de peligro sino los agresores.

Además, los tres moradores no conocían a los asaltantes de su vivienda por lo que no han podido actuar por “venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo” tal y como establece Mario Guillermo.

Finalmente, el cuarto requisito se basa en la intención de defenderse. Está claro y probado en el procedimiento judicial que en los tres supuestos expuestos los tres hombres agredidos pretendían defenderse de una agresión ilegítima puesto que estaban en una situación de peligro inminente, grave y real para salvaguardar la vida e integridad física de los moradores de la vivienda.

Cabe mencionar el grave daño que se les hace a estos ciudadanos cívicos: el daño material, físico y psicológico al que han sido sometidos por los agresores y por la Ley: se abrieron diligencias de investigación por los hechos acontecidos, se enfrentaron a un procedimiento penal como acusados con una posible condena con ingreso en prisión al ser investigados por un delito doloso y, finalmente fueron condenados por delito de lesiones y homicidio con legítima defensa incompleta. Ni Casimiro ni Jacinto entraron en prisión al imponerles una pena inferior a dos años y medio.

En el caso de Casimiro era policía. Imaginemos lo que hubiera supuesto su entrada en prisión. Jacinto con una edad avanzada de 80 años y JLM de 77 años de edad en prisión esperando juicio.

Todo ello ocurre porque terceras personas intentan o entran en tu vivienda con la intencionalidad de provocar un daño mayor o menor a tu persona o bienes a pesar de ser estos tres acusados personas cívicas sin antecedentes penales, deben ser enjuiciados y tratados en un procedimiento penal como los culpables de lo ocurrido cuando lo

único que hicieron fue protegerse de la mala intencionalidad de terceros.

Por ello, considero que es necesario una modificación del artículo 20.4 del código penal y la LECrim respecto al procedimiento penal puesto que no se puede juzgar quien obra según Derecho, ya que la vida e integridad física así como la privacidad e intimidad de toda persona son derechos inalienables e inherentes a la persona y requieren ser protegidos frente a terceros.

Planteo lo siguiente: si ante una intromisión ilegítima en la morada de cualquier ciudadano se aplicará de forma automática la legítima defensa completa, no haría falta que el morador se sometiera a un procedimiento penal como acusado al considerarle no culpable y, por lo tanto, sin responsabilidad penal porque su actuación está amparada por el código penal de forma automática al no estar en el momento de los hechos los CFSE para proteger al ciudadano y tener que actuar el ciudadano en representación de estos para salvaguardar sus derechos.

Sin embargo, lo que realmente ocurre en nuestra sociedad es que ante la exposición de hechos se puede constatar que una persona sita en su morada puede ser violentada de forma ilegítima por terceros y además declarado culpable derivado de una acción ilícita provocada previamente por otro ilícito penal por defender derechos fundamentales como su vida e integridad física, provocándole graves perjuicios económicos y de salud.

4. Bibliografía

Obras científicas

-Gómez Aller, Jacobo Dopico., “¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi”, Indret, 2018.

-Gómez Reyes, José Alfredo., “Los DDHH en la legítima defensa y el uso proporcional de la fuerza”, *Enfoques Jurídicos. Revista multidisciplinar del CEDEGS*, Número 03, 2021.

-Montano, Pedro., “Legítima defensa: ¿el fin justifica los medios?”, *Revista de derecho de la universidad de Montevideo*, núm. 29, 2016.

-Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes., *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

-Rojo Araneda, Mario Guillermo., “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, *ADPCO*, Vol. LXVI, 2013.

-Taruffo, Michele., “Consideraciones sobre las máximas de experiencia”, *Páginas sobre la justicia civil*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 444 y ss.

-Vera S., Juan Sebastián., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N.º 2, 2019.

Jurisprudencia y leyes

-Constitución Española de 1978.

-Disposiciones legales de NRS 200.120 y NRS 200.130

-Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

-Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

-Sentencia del Tribunal Supremo 2229/1998, Sala Segunda de lo Penal, de 29 de enero de 1998. -Rec. 826/1997.

-Sentencia del Tribunal Supremo 749/2014, Sala segunda de lo Penal, de 12 de noviembre de 2014. Rec. 10371/2014. En el mismo sentido sentencias 27-4-1998, 16-11-2000 y 18-12-03.

-Sentencia 112/2015 del Tribunal Constitucional, sala segunda, de 8 de junio del 2015. Rec. 1281/2013.

-Sentencia 221/2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 7º, de 17 de mayo del 2016. Rec. 265/2015.

-Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana 198/2020, Sala de lo civil y penal, de 19 de octubre del 2020. Rec. 11/2020.

-Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sec. 1ª, de 6 de noviembre de 2020, nº 587/2020, Rec. 10126/2020.

-Sentencia 177/2021 de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 2º, de 31 de marzo del 2021. Rec. 69/2020.

Noticias

-Las claves de la condena al policía Casimiro Villegas La Audiencia dice que los disparos del policía local Casimiro Villegas fueron innecesarios (diariodesevilla.es)

-Un policía se enfrenta a 20 años de cárcel por defender a su familia de un asalto a su vivienda en Sevilla (abc.es)

-Mató al ladrón que entró en su casa y puede ser condenado de 10 a 15 años: ¿qué dice la ley sobre “legítima defensa”? (20minutos.es)

-Dos años y medio de cárcel para el anciano que mató a un ladrón que asaltó su casa | España (elmundo.es)

Palop Belloch, M. / La aplicación de la eximente de la legítima defensa...

-Defensa propia en Estados Unidos | Abogado.com | Ayuda en español

ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA LEY SOBRE DINAMIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL DE 2012 DE LA COMUNIDAD DE MADRID SOBRE EL EMPLEO Y LA RENTA DISPONIBLE

-ANALYSIS OF THE EFFECTS OF THE LAW ON
DYNAMIZATION OF THE 2012 COMMERCIAL ACTIVITY OF
THE COMMUNITY OF MADRID ON EMPLOYMENT AND
DISPOSABLE INCOME-

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2023

Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2023

Álvaro Ballarín Valcárcel¹
Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: El sector del comercio está regulado en el marco general que establece la Ley orgánica 1/2004 del 21 de diciembre, que permite su desarrollo posterior por parte de las comunidades autónomas. Estas han incluido el comercio dentro de sus competencias propias, y en uso de estas, y respetando el régimen general que establece esta ley orgánica,

¹ alvaroballarín2@gmail.com

la Comunidad de Madrid ha venido liberalizando progresivamente los horarios comerciales, en un proceso que culminó con la promulgación de la “Ley de dinamización de la actividad comercial de la Comunidad de Madrid” del año 2012, que extendía la libertad de horarios comerciales a los fines de semana e introducía en el ordenamiento jurídico autonómico la figura de la Declaración Responsable. Los horarios comerciales son un valioso instrumento de política de oferta en manos de los comerciantes y empresarios que, para el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, consagra la Constitución Española. Pues bien, este artículo tiene la finalidad de explicar las consecuencias de esta ley sobre el empleo y el gasto de la renta disponible de los hogares en comercio minorista de la Comunidad de Madrid en un contexto de vertiginoso incremento del comercio on line.

Abstract: The commerce sector is regulated in the general framework established by Organic Law 1/2004 of December 21, which allows its subsequent development by the autonomous communities. These have included commerce within their own powers, and in use of these, and respecting the general regime established by this organic law, the Community of Madrid has been progressively liberalizing business hours, in a process that culminated in the promulgation of the "Law for the revitalization of the commercial activity of the Community of Madrid" of the year 2012, which extended the freedom of commercial hours to weekends and introduced the figure of the Responsible Declaration in the regional legal system. Business hours are a valuable supply policy instrument in the hands of merchants and businessmen who, for the exercise of business freedom within the framework of the market economy, are enshrined in the Spanish Constitution. Well, this article has the purpose of explaining the consequences of this law on employment and the spending of disposable income of households in retail commerce in the Community of Madrid in a context of vertiginous increase in online commerce.

Palabras clave: Comercio Minorista, Horarios Comerciales, Declaración Responsable, liberalización, Empleo, Renta Disponible, Gasto de los Hogares, Comercio Online

Key Words: Retail Trade, Business Hours, Responsible Declaration, Liberalization, Employment, Disposable Income, Household Expenditure, Online Commerce

1.- Introducción

El comercio y el consumo tienen la misma naturaleza; son dos caras de una misma moneda. El sector económico del comercio tiene un peso importante en el PIB nacional y lógicamente en el PIB autonómico, pues los ciudadanos dedican en torno al 60% de su renta disponible al consumo. Su regulación tiene su fundamento en la Constitución Española, así como en la ley orgánica que lo desarrolla. El legislador constituyente ha querido señalar expresamente la defensa de los consumidores y usuarios en su articulado, que informa toda interpretación del texto Constitucional. Las comunidades autónomas han incluido las competencias en comercio en sus estatutos de autonomía. La Comunidad de Madrid ha realizado un proceso importante de liberalización del sector comercial que ha culminado con la “Ley de dinamización de la actividad comercial 2/2012, de 12 de junio”, de la Comunidad de Madrid que remataba el proceso de liberalización de los horarios comerciales, en concreto, incluyendo los fines de semana, e introducía la importante figura anglosajona de la declaración responsable, que habilitaba para la constitución y entrada en funcionamiento de las empresas sin la preceptiva licencia administrativa que establecía el ordenamiento anterior. Los horarios comerciales y la Declaración Responsable son unos importantes instrumentos de política de oferta en manos de los empresarios y comerciantes. A partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2012, resulta de interés observar sus consecuencias en términos de empleo, así como de gasto de la renta disponible de los hogares en comercio minorista.

Parimos de la hipótesis de que el empleo y el gasto de esta renta disponible en la Comunidad de Madrid se verá incrementado en términos absolutos, y sobre todo en términos relativos si los comparamos con el resto de Comunidades Autónomas que no han liberalizado los horarios comerciales ni han introducido la figura de la Declaración Responsable. Desde el punto de vista metodológico, en primer lugar, compararemos la evolución de los registros en la propia Comunidad de Madrid desde la entrada en vigor de la ley hasta el II trimestre del año 2020, año en que estalló la pandemia del Covid-19 y a partir del cual se desvirtúa la serie, y posteriormente, compararemos los datos de la Comunidad de Madrid con los del resto de comunidades autónomas, y con la media nacional, y todo ello, en un contexto general de efervescencia e incremento exponencial del comercio online.

El Comercio es una de las primeras expresiones reales del avance y desarrollo económico, pues es la consecuencia lógica de los principios de la división del trabajo y de la especialización.

El Comercio es un sector estratégico en la economía española, y particularmente en la Comunidad de Madrid, pues no solo genera en torno al 13% del PIB Nacional, sino que tiene una relación directa con otro sector económico fundamental, como es el turismo, en torno al 14% del PIB.

El Comercio permite que los ciudadanos amplíen sus posibilidades de consumo, satisfaciendo las demandas de bienes y servicios².

Por tanto, comercio y consumo son dos caras de la misma moneda. No podemos olvidar que en entre el 55 y el 60% de la renta disponible la destinan los ciudadanos al consumo. El Comercio ha sido por tanto a lo largo de la historia un sector económico de extraordinaria importancia que permite a las personas el acceso a los bienes y servicios

² REQUEIJO GONZÁLEZ Y MARTIN IRANZO (2019)

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

que necesitan para subsistir y que les proporcionan utilidad. Es precisamente esta característica que tiene el comercio de satisfacción de necesidades de los ciudadanos por lo que los gobernantes han tenido la tentación de regular el Comercio que se ha materializado en diferentes legislaciones, en función de la intencionalidad o los principios que las inspiraban: limitar o facilitar la competencia, liberalizar el sector, proteger a los comerciantes o las condiciones de trabajo de sus empleados, proteger a los consumidores o usuarios, etc.³

2.- Regulación. Horarios comerciales y declaración responsable

Las regulaciones no son inocuas, y como se defiende desde posiciones doctrinales liberales, tienen consecuencias. La regulación no es un fin en sí mismo, sino un medio para proteger intereses legítimos que deben convivir con la libertad de empresa. Esto es, con los instrumentos de que debe disponer el empresario para crear riqueza y obtener un beneficio a su inversión, y entre estos instrumentos, cuando de un establecimiento abierto al público se trata, la libertad de los horarios de apertura.

La regulación se justifica en defensa de los intereses de los consumidores. No se acierta a entender en qué puede perjudicar a los consumidores la ampliación de los horarios comerciales, incluyendo los días de apertura al público del fin de semana, bien al contrario. Solo desde una concepción intervencionista, incluso paternalista, pero en todo caso proteccionista, de los trabajadores empleados en esos establecimientos comerciales, se puede entender el hecho de limitar por ley de la facultad que tienen los empresarios para fijar sus horarios de apertura al público. La regulación no debería ir más allá de lo que establece la legislación laboral sobre los derechos de los trabajadores. Como tampoco debe proteger a algunos comerciantes que entienden la

³ CEOE (2019)

liberalización de los horarios comerciales como una amenaza, desconociendo que el comercio, como consecuencia de la globalización y las tecnologías de la información y la comunicación, ya está abierto 24 horas al día, 7 días a la semana debido al comercio on line.

La regulación actual del Sector del Comercio en España tiene su fundamento último en la Constitución Española de 1978, que, aunque es un instrumento jurídico de naturaleza política, legisla, si bien someramente, en materia económica, y dentro de ella sobre comercio, remitiéndose a los posteriores desarrollos que de la misma Carta Magna deberán realizar los sucesivos desarrollos legislativos de esos principios generales, que deberán ser interpretados en el sentido que establece la propia Constitución del 78.

La Constitución Española de 1978 establece en su artículo 38 la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Este artículo es una declaración de principios y supone un mandato constitucional, ya que todos los aspectos económicos, y por ende comerciales, deberán respetar este principio e interpretarse conforme al mismo.

También en el Título I de la Constitución Española, “De los derechos y deberes fundamentales”, en su Capítulo III, “De los principios rectores de la política social y económica”, el artículo 51 expresa literalmente:

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

El legislador constituyente realiza por tanto un mandato claro para que la regulación del sector del Comercio se centre en los consumidores. El legislador ha querido poner el énfasis en la defensa o tutela de los consumidores, procurando que sean atendidos sus derechos a la información, salubridad, autenticidad y transparencia de los bienes y servicios objeto de comercio. También en el punto 3 reserva a los poderes públicos la potestad de autorización de productos comerciales antes de su comercialización en el mercado interior español⁴.

El Estatuto de Autonomía de La Comunidad de Madrid de 1983 establece en su artículo 26.3.1.2 la competencia exclusiva en materia de Comercio interior. Esta competencia debe ejercerla de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general en los términos de los artículos 38, 131 y en las materias 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de Constitución Española. Desde su nacimiento, la Comunidad de Madrid ha legislado dentro del ámbito de sus competencias en materia de Comercio Interior, y como resultado de su actividad legislativa se han aprobado diversas leyes que han ido liberalizando desde hace años, en distintas fases, como consecuencia de sucesivas regulaciones, los horarios comerciales, así como la apertura de fines de semana, hasta culminar la liberalización total con la ley 2/2012, de dinamización de la actividad comercial.

La tercera es la Ley 1/2008, de 26 de junio, de Modernización del Comercio de la Comunidad de Madrid, que en su título III, horarios comerciales, artículo 26, establece el horario en días laborables: Cada comerciante determinará libremente los días y el horario de apertura y

⁴ DIAZ DE RADA (2012)

cierre de sus establecimientos en el conjunto de los días laborables de la semana. Es por tanto esta ley la que liberaliza completamente los horarios comerciales en días laborables.

La cuarta es la Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la actividad comercial de la Comunidad de Madrid. Esta es la ley cuyos efectos son objeto de estudio de este trabajo, y que representa la culminación del proceso de liberalización de las leyes anteriores, principalmente la de 2008. El artículo 6 de la ley 2/2012 establece que “Cada comerciante determinará con plena libertad y sin limitación legal alguna, en todo el territorio de la Comunidad de Madrid, los festivos de apertura en los que desarrollará su actividad comercial”. Esta ley liberaliza por completo los horarios comerciales los fines de semana, que ya lo estaban en días laborables, de tal forma que cualquier establecimiento comercial de la Comunidad de Madrid puede abrir y mantener abierta su actividad los siete días de la semana. La liberalización de la legislación en materia de Comercio no se ha producido en el mismo grado en el resto de Comunidades Autónomas, por lo que representa un importante hecho diferencial de la Comunidad de Madrid⁵.

Sin embargo, no es el único que incluye la Ley 2/2012, pues pendiente de que lo contrastemos como hipótesis, creemos que la figura jurídica de la Declaración Responsable incorporada a la misma ha resultado de extraordinaria importancia para incrementar el empleo y el PIB del sector Comercio.

3.- Declaración Responsable

La Declaración Responsable, por la que una persona manifiesta unilateralmente que cumple todos los requerimientos que la administración correspondiente, normalmente la local, ha regulado para

⁵ SANTOS y PABLO-MARTÍ (2014)

permitir que el administrado, comerciante o empresario, desarrolle la función o actividad solicitada, y precisamente por ello las les da inicio⁶.

Antes de la introducción de esta figura jurídica, de carácter anglosajón, en nuestro ordenamiento jurídico, era necesario obtener una licencia administrativa de funcionamiento o actividad. La Declaración Responsable no supone que la administración pública haga una dejación de responsabilidad, pues viene obligada a revisar en el momento que considere oportuno el correcto cumplimiento de la normativa por parte del administrado, pudiendo en su caso, no solo convenirle a que corrija los incumplimientos, sino incluso a multarle.

La Declaración Responsable ha sido extraordinariamente útil para los comerciantes y empresarios, pues permite que la empresa recién constituida dé comienzo a su actividad, y, por tanto, pueda producir, y vender lo producido, generando así ingresos, y garantizando desde el primer momento de su construcción, su funcionamiento. Antes de que entrara en vigor esta legislación, muchas empresas tenían que soportar unos gastos considerables que dificultaban o hacían insostenible su mantenimiento. Un capital invertido que no produce ningún rendimiento durante el tiempo que transcurre hasta que es concedida la licencia, y que por tanto pone en riesgo la viabilidad de la propia empresa. Periodos de tiempo que se pueden hacer excesivamente largos, y terminar por consumir el capital social íntegramente, incluso llevando a algunas empresas a la insolvencia, si no realizan subsiguientes ampliaciones de capital.

3.- Empleo

Pues bien, si analizamos la evolución del empleo en el sector del Comercio minorista de la Comunidad de Madrid podemos observar que las sucesivas regulaciones han resultado positivas pues ha pasado de

⁶ MÍGUEZ CASAL (2022).

253.091 trabajadores ocupados en el II trimestre de 2008 a 293.785 en el I trimestre de 2020. Son 40.694 ocupados más en términos absolutos, lo que representa un 16,08% más durante este período de tiempo.

Hay que tener en cuenta que en 2008 se alcanzó un récord de PIB con 1,109 billones de euros y a partir de este año se registraron crecimientos negativos del PIB como consecuencia de la grave crisis financiera y económica hasta el año 2016, que registró un PIB de 1,113 billones de euros. En el mismo período de tiempo que va del II trimestre de 2008 al I trimestre de 2020 en que la comunidad de Madrid creció un 16,08%, en Cataluña bajaron los ocupados un 2,85%; en Valencia, un 4,5%; en Andalucía, un 10,78%; y la media Nacional, un 2,61%, como podemos comprobar en la tabla siguiente (tabla 1):

Podemos observar que en la Comunidad de Madrid se creó empleo en el sector del Comercio Minorista mientras que se destruyó en el resto de España, 18,69 puntos porcentuales más.

Tabla 1
Empleo en el Sector Comercio por Comunidades Autónomas y España, Serie Histórica trimestral 2008/2020

C. AUTÓNOMAS/ESTADO	I TRIM. 2020	II TRIM. 2008	VARIACIÓN ABSOLUTA	VARIACIÓN PORCENTUAL
C. MADRID	293.785	253.091	40.694	16,08%
ANDALUCÍA	319.139	357.686	-38.547	-10,78%
CATALUÑA	340.989	350.996	-10.007	-2,85%
PAIS VASCO	71.451	86.889	-15.438	-17,77%
VALENCIA	229.878	240.711	-10.833	-4,50%
ESPAÑA	1.957.220	2.009.579	-52.359	-2,61%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE). Elaboración Propia

Si dividimos el período de tiempo analizado antes y después de la entrada en vigor de la Ley sobre dinamizar de la actividad comercial de la Comunidad de Madrid en el II trimestre de 2012, comprobaremos que el incremento no es regular ni proporcional, ya que hasta el II trimestre de 2012 no se crea empleo en la Comunidad de Madrid, sino que se destruye en 117 trabajadores. En un marco general de recesión, con PIBs inferiores al conseguido en 2012, y mientras el resto de comunidades autónomas pierden ocupados en términos absolutos de manera significativa, podemos achacar el hecho de que la Comunidad de Madrid prácticamente hubiera mantenido el empleo a las legislaciones sobre horarios comerciales previas, y en particular a la Ley 1/2008 de Modernización del Comercio de la Comunidad de Madrid, de la que hicieron uso los comerciantes y empresarios con

establecimientos abiertos al público establecidos en la misma, como se puede comprobar en la tabla 2:

Tabla 2
Empleo en el Sector Comercio por Comunidades Autónomas y España, Serie Histórica trimestral 2008/2012

C. AUTÓNOMAS/ESTADO	II TRIM. 2012	II TRIM. 2008	VARIACIÓN ABSOLUTA	VARIACIÓN PORCENTUAL
C. MADRID	252.974	253.091	-117	-0,046%
ANDALUCÍA	329.924	357.686	-27.762	-7,762%
CATALUÑA	297.856	350.996	-53.140	-15,14%
PAIS VASCO	78.798	86.889	-8.091	-9,312%
VALENCIA	206.639	240.711	-34.072	-14,155%
ESPAÑA	1.855.178	2.009.579	-154.401	-7,683%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE). Elaboración Propia

Y si finalmente analizamos la evolución del empleo en el Sector desde el II trimestre de 2012, justo en el momento de la entrada en vigor de la ley 2/2012, y el I trimestre de 2020, en la eclosión de la epidemia de Covid, podremos observar los efectos de esta/dicha ley. En este período la Comunidad de Madrid pasó de 252.974 ocupados a 293.785 ocupados, lo que supone un incremento de 40.811 trabajadores, esto es, un 16, 13%. Es la Comunidad que más aumenta el empleo en términos porcentuales, seguida por Cataluña, que crece un 14,48% y Valencia, un 11,25%, mientras que Andalucía decrece un 3,27% y País Vasco, un 9,32%. La media nacional se incrementó en ese período/durante-en este tiempo un 5,5%. (Tabla 3)

Tabla 3
Empleo en el Sector Comercio por Comunidades Autónomas y España, Serie Histórica trimestral 2012/2020

C. AUTÓNOMAS/ESTADO	I TRIM. 2020	II TRIM. 2012	VARIACIÓN ABSOLUTA	VARIACIÓN PORCENTUAL
C. MADRID	293.785	252.974	40.811	16,13%
ANDALUCÍA	319.139	329.924	-10.785	-3,27%
CATALUÑA	340.989	297.856	43.133	14,48%
PAIS VASCO	71.451	78.798	-7.347	-9,32%
VALENCIA	229.878	206.639	23.239	11,25%
ESPAÑA	1.957.220	1.855.178	102.042	5,50%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE). Elaboración Propia.

4.- Gasto de la renta disponible de los hogares en comercio minorista

Otra manera de contrastar nuestra hipótesis consiste en demostrar que el comercio minorista ha incrementado su porcentaje en el gasto de la renta disponible que hacen las personas durante estos años. Consideramos que resulta también de utilidad analizar cómo ha evolucionado la distribución de la renta disponible entre los distintos componentes de la demanda agregada desde que entró en vigor la ley hasta el año 2019. Resultaría significativo que el porcentaje se mantuviera en los porcentajes del primer año observado, en 2012, pues el consumo por parte de los distintos componentes de la economía respecto al comercio minorista se ha transformado en los últimos años debido en especial a la eclosión del comercio on line.

Sabemos que el gasto en consumo es función de la renta, existiendo una parte constante y otra más dependiente de la renta. En principio el comercio tiene un comportamiento estable a lo largo de los años, tal y como reflejan los gráficos siguientes. El consumo en comercio es rígido, principalmente de los productos que vende el comercio minorista. La naturaleza de estos productos hace que sus precios no sean elevados y que su demanda no sea especialmente elástica, tal y como reflejan los gráficos siguientes.

Tabla 4

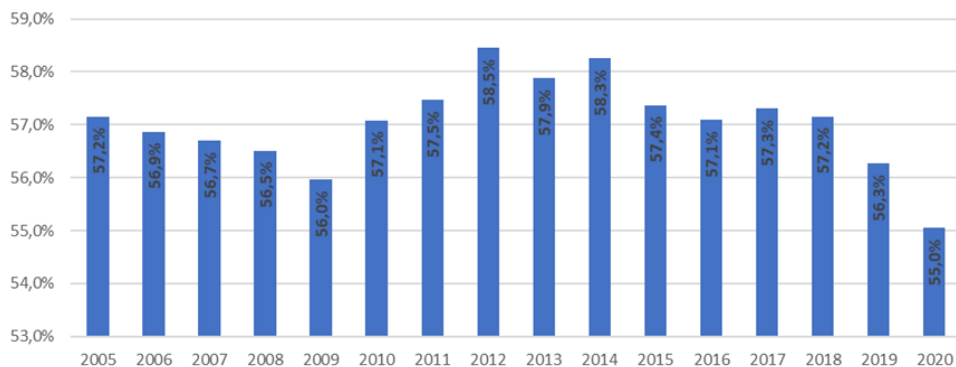
Gasto en consumo final de los hogares en el Producto Interior Bruto (PIB) de España, Serie Histórica 2005/2020

2020	55,05%
2019	56,28%
2018	57,15%
2017	57,30%
2016	57,10%
2015	57,37%
2014	58,26%
2013	57,89%
2012	58,46%
2011	57,47%
2010	57,08%
2009	55,97%
2008	56,51%
2007	56,69%
2006	56,87%
2005	57,15%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE). Elaboración Propia

Ilustración 1

Gasto en consumo final de los hogares en el Producto Interior Bruto (PIB) de España, Serie Histórica 2005/2020



Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE). Elaboración Propia

Podemos comprobar que el gasto en consumo apenas varió durante estos años, pasando del 57,2% al 56,3% en 2019, sin que haya disminuido del 56% ni superado el 58,5% ninguno de los años (el año 2020 registra un consumo del 55,0% , pero no es representativo, puesto que la pandemia de COVID, que provocó un decrecimiento del PIB de un 12%, desvirtúa los datos, teniendo en cuenta el gran peso que tiene el consumo en el PIB). En apenas 2,5 puntos porcentuales oscila la máxima variabilidad de la serie, lo que demuestra su regularidad.

Vamos ahora por tanto a analizar la evolución en el gasto de los hogares de la Comunidad de Madrid con relación a su renta disponible. Este debe ser el propósito principal: determinar si ha incrementado su porcentaje de apropiación de la misma, o ha disminuido. Una vez realizado el estudio resultará también interesante analizar la evolución en otras comunidades de especial relevancia, y particularmente en

Cataluña, pues es la comunidad que más se parecía a la Comunidad de Madrid en sus indicadores a la entrada en vigor de la ley 2/2012.

Para comprobar la efectividad que ha tenido la ley 2/2012 de la Comunidad de Madrid, se han utilizado datos desde este mismo año hasta el último año disponible de la serie histórica, que corresponde al año 2020 y que permite disponer de una estadística homogénea para todas las comunidades autónomas analizadas. Tal y como se muestra en la tabla siguiente, obtenemos los porcentajes de gasto realizado por los hogares en el comercio minorista:

Tabla 5
Porcentaje de gasto de la renta disponible de los Hogares en Comercio Minorista, Serie Histórica 2012/2020

	Total Nacional	Andalucía	Cataluña
2012	37,22%	37,33%	38,61%
2013	37,50%	37,28%	38,46%
2014	37,28%	37,00%	37,01%
2015	38,27%	38,21%	38,38%
2016	39,04%	37,18%	39,50%
2017	38,94%	36,81%	38,69%
2018	39,16%	36,07%	39,46%
2019	39,36%	38,10%	38,74%
2020	41,86%	40,52%	40,72%
2012-2020	4,64%	3,19%	2,12%
	Comunitat Valenciana	Madrid, Comunidad de	
2012	38,54%	32,21%	
2013	38,85%	33,29%	
2014	38,85%	34,64%	
2015	40,08%	36,79%	
2016	40,66%	37,67%	
2017	40,50%	37,54%	
2018	40,41%	38,34%	
2019	39,61%	39,48%	
2020	41,43%	41,78%	
2012-2020	2,89%	9,58%	

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE). Elaboración Propia

Como podemos observar, el porcentaje de gasto en consumo en el Comercio minorista de los hogares no solo no se ha mantenido, sino que se ha incrementado. En particular, en la Comunidad de Madrid pasa del 32,21% al 41,78%. Un incremento de 9,57 puntos porcentuales, que supone un 29,7 % más. En la Comunidad de Madrid el comercio minorista ha visto incrementarse significativamente su participación en el total de la renta disponible.

Por tanto, no solo se ha incrementado el empleo en el sector, sino que ha ganado participación en el total de la renta disponible, en su distribución entre todos los conceptos de gasto y el ahorro (que en principio es rígido). La Comunidad Valenciana ha pasado en el mismo período de tiempo del 38,54% al 41,43%, un incremento de 2,89 puntos porcentuales; Andalucía ha evolucionado desde el 37,33% al 40,52%, un incremento de 3,19 puntos porcentuales; Cataluña pasó del 38,61% al 40,72%, esto es, 2,11 puntos porcentuales más. Y a nivel nacional, hemos pasado en este tiempo del 37,22% al 41,86%, un incremento de 4,64 puntos porcentuales. Mientras en la Comunidad de Madrid el Comercio Minorista incrementa su participación casi un 30% en 8 años, en el total de España lo hace tan solo en un 12,4%, porcentaje que sería aún menor si no incluyera los registros de la Comunidad de Madrid.

Que las distintas comunidades autónomas partan de porcentajes distintos no significa que tuvieran un comportamiento de gasto en consumo diferente, sino que en la Comunidad de Madrid se compra más en proporción en establecimientos que no son de Comercio Minorista. Por ello, consideramos que la variable más representativa que hay que comparar es a la Comunidad de Madrid con ella misma, esto es, observar su evolución, y el resultado es un extraordinario incremento de casi el 30% en apenas 8 años.

Finalmente, estos datos positivos en términos de empleo y renta disponible que se destina al comercio resultan aún más significativos si tenemos en cuenta el despegue y extraordinaria evolución del comercio

online pues entre el año 2013 y el 2019 llegó a representar el 19,89% del total del comercio de venta al público. (Tabla 6)

Tabla 6
Volumen del Comercio Electrónico, PIB España, Cifra total de negocio del comercio minorista en España, Series Históricas 2013/2019

AÑO	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Volumen del Comercio electrónico (M de €)	13.728	15.891	20.013	24.184	30.406	39.242	48.826
Tasa de Variación Anual		15,8%	25,9%	20,8%	25,7%	29,1%	24,4%
PIB ESPAÑA	1.020.348	1.032.158	1.077.590	1.113.840	1.161.867	1.203.259	1.244.375
C.Elec/PIB	1,35%	1,54%	1,86%	2,17%	2,62%	3,26%	3,92%
Cifra total comercio minorista (M de €)	204.932	204.260	213.134	223.909	232.002	239.886	245.532
C.Elec/C.total	6,70%	7,78%	9,39%	10,80%	13,11%	16,36%	19,89%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE). Elaboración Propia

5.- Conclusiones

1.- Desde la entrada en vigor de la Ley 2/2012, hasta el I trimestre de 2020, el empleo en el sector del comercio minorista de la Comunidad de Madrid pasó de 252.974 a 293.785 trabajadores, un incremento de 40.811, lo que supone un 16,13%, mientras en el resto de España fue del 3,8%.

2.- Si ampliamos el período de tiempo analizado y observamos la evolución del empleo desde el II trimestre de 2008 hasta el I trimestre de 2020, comprobaremos que el diferencial en términos de empleo resulta aún mayor en favor de la Comunidad de Madrid. Al comienzo de este periodo temporal España, como el resto de Occidente, estaba aún inmersa en la profunda crisis económica y financiera que se inició en 2008, y que afectó negativamente al PIB y a la tasa de paro de las Comunidades Autónomas españolas. Tal y como podemos comprobar, la Comunidad de Madrid resistió mejor la crisis en términos de empleo en el sector del comercio minorista debido a la paulatina liberalización del sector que había venido practicando desde 1999 en ejercicio de sus competencias. Y si realizamos la comparación con Cataluña, la Comunidad Autónoma con la que nos podemos comparar en términos de población y de PIB, comprobaremos que registra un diferencial de 18,93 puntos porcentuales a favor de la Comunidad de Madrid.

3.- En términos de gasto de la renta disponible de los hogares en comercio minorista podemos observar que la Comunidad de Madrid, entre el año 2012 y 2020, pasó de un 32,21% a un 41,78%, esto es, 9,58 puntos porcentuales de incremento. En el mismo periodo de tiempo, Cataluña incrementó 2,12 puntos porcentuales su gasto de la renta disponible, mientras que la media nacional lo hacía en 4,64 puntos porcentuales (este dato nacional incluye a la Comunidad de Madrid, con los efectos positivos que su ponderación supone para esta media nacional).

4.- Durante este periodo de tiempo, el comercio on line ha experimentado un extraordinario desarrollo pasando de representar el 6,7% del total de ventas del comercio en 2013 al casi 20% en 2019, como refleja la tabla 6.

5.- Finalmente, podemos afirmar que la liberalización absoluta de los horarios comerciales, así como la introducción de la figura de la Declaración Responsable han permitido a la Comunidad de Madrid, en un periodo de tiempo en el que aún sufríamos las consecuencias de la

grave crisis económica y financiera, y frente a la competencia cada vez más importante del comercio on line.

6.- Referencias Bibliográficas:

- ADMINISTRATIVANDO ABOGADOS (2022), “*La declaración responsable en el ámbito de la contratación pública*”, <https://administrativando.es/declaracion-responsable/>

- CEOE (2019): Confederación Española de Organizaciones Empresariales. Estudio: *El sector comercio en la economía española*. 7- 27.

- DE LOS LLANOS, M. (2012): *Regulación de los horarios comerciales en España y comparación internacional*. Boletín Económico de ICE, nº 3023, 41-49.

- DIAZ DE RADA, V. (2012), *¿Deben regularse los horarios comerciales? Delimitación de los perfiles más y menos favorables*. Revista distribución y consumo, nº22, 67-75.

- GUTIERREZ BARCELONA, M. (2022), “*El auge de la venta online transforma el comercio y dispara la logística*”. La Vanguardia.

- MÍGUEZ CASAL, M. (2022), “*Pros y contras de la ‘Declaración Responsable’ para la solicitud de licencia*”. Hostelería Madrid.

- REQUEIJO GONZÁLEZ, J., MARTIN IRANZO, J. (2019), *Indicadores económicos y financieros*, UNED, 70-81.

- SANTOS, J.L. y PABLO-MARTÍ, F. (2014), *Consecuencias de la liberalización de horarios. Un modelo espacio temporal basado en agentes para Madrid*. IAES- Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, Universidad de Alcalá, 9-16.

ANEXO

La metodología utilizada para elaborar la tabla 7 de gasto de la renta disponible de los hogares en comercio minorista es la siguiente:

El volumen de gasto que realizan los consumidores de las distintas comunidades autónomas en el comercio minorista no es suministrado por ningún instituto ni está disponible directamente por ningún otro organismo oficial. Así como tampoco está disponible el gasto total que hacen los hogares de las comunidades autónomas en comercio minorista. Sin embargo, podemos conocer el porcentaje que sobre el gasto total representa el gasto de los hogares en el comercio minorista.

Sin embargo, está disponible el ingreso total que realizan los comercios minoristas. De tal forma que multiplicando este ingreso total por el porcentaje que del total de gasto procede de los hogares de las distintas comunidades autónomas, podemos hallar la cifra total de ingreso de los comercios minoristas procedente exclusivamente de los hogares, o lo que es lo mismo, el total de gasto de los hogares en comercio minorista.

Para el cálculo se ha propuesto la siguiente ecuación que permitirá explicar los datos de consumo de los hogares en el comercio minorista:

$$\% \text{ del gasto de los hogares en comercio minorista} = \frac{\text{Cifra de negocios} * \% \text{ del total de ventas del comercio minorista correspondiente a los Hogares}}{\text{Gasto en consumo final medio de los hogares} * \text{Numero de Hogares}}$$

En el numerador se incluye la cifra de negocios que es el total del ingreso que tiene el comercio minorista, que, al ser multiplicada por el porcentaje del consumo de los hogares en el comercio minorista, se obtiene la cifra exacta del ingreso total que obtiene el comercio minorista por parte de los hogares.

En el denominador figura el resultado de multiplicar el gasto neto medio de los hogares por el número total de hogares, obteniéndose de esta forma el gasto total de los hogares.

La cifra de negocios representa el total de los ingresos que tienen los establecimientos minoristas en cada una de las comunidades autónomas. Lógicamente no todos los ingresos del comercio minorista proceden directamente de los hogares, y por ello es necesario ponderarlo multiplicándolo por el porcentaje constante de consumo de los hogares en el comercio minorista con el fin de hallar la cifra real consumida exclusivamente por los hogares en cada comunidad.

Al no existir datos desagregados por comunidades autónomas, entendemos que este porcentaje de consumos es homogéneo en todo el territorio español. Según el último dato disponible de 2020 la cifra de negocios del comercio minorista presenta la siguiente distribución:

Resultados nacionales. Año 2020		
	Total	%Peso Porcentual
Total	234.184.105	100,00%
Hogares y particulares	212.098.281	90,57%
Minoristas	4.807.310	2,05%
Productores y mayoristas	960.050	0,41%
Empresas y usuarios profesionales	14.864.936	6,35%
Sin determinar	1.453.528	0,62%

Como se puede comprobar, el porcentaje que representa el consumo de los hogares en el total de ventas del comercio minorista es superior al 90%. El porcentaje que vamos a utilizar para ponderar todos los registros de la serie es el 90,5% , el último de la serie histórica.

Los registros del comercio minorista en las comunidades autónomas seleccionadas son los siguientes:

47 Comercio al por menor, excepto de vehículos de motor y motocicletas Miles de €			
	Total Nacional	Andalucía	Cataluña
Cifra de negocios			
2012	210.487.902	32.909.289	37.719.305
2013	204.932.053	31.443.041	36.764.699
2014	204.260.352	31.544.912	35.924.977
2015	213.134.303	32.761.386	37.814.434
2016	223.909.916	33.999.701	39.360.517
2017	232.002.942	35.762.316	40.467.603
2018	239.601.768	35.885.031	42.788.489
2019	245.011.346	37.440.571	42.551.008
2020	234.184.105	35.415.125	39.877.483
	Comunitat Valenciana	Madrid, Comunidad de	
Cifra de negocios			
2012	22.101.288	30.773.798	
2013	21.156.761	29.945.161	
2014	21.189.994	30.306.450	
2015	22.165.189	32.503.691	
2016	23.423.112	34.696.804	
2017	24.323.830	36.308.579	
2018	25.246.167	38.316.373	
2019	25.857.485	40.802.590	
2020	24.076.910	39.421.175	

Una vez se multiplican por el porcentaje del consumo de los hogares en el comercio minorista nos daría el siguiente resultado:

47 Comercio al por menor, excepto de vehículos de motor y motocicletas			
	Total Nacional	Andalucía	Cataluña
Cifra de negocios en Miles de € de las familias (90,5% del gasto)			
2012	190.491.551	29.782.907	34.135.971
2013	185.463.508	28.455.952	33.272.053
2014	184.855.619	28.548.145	32.512.104
2015	192.886.544	29.649.054	34.222.063
2016	202.638.474	30.769.729	35.621.268
2017	209.962.663	32.364.896	36.623.181
2018	216.839.600	32.475.953	38.723.583
2019	221.735.268	33.883.717	38.508.662
2020	211.936.615	32.050.688	36.089.122
Comunitat Valenciana		Madrid, Comunidad de	
Cifra de negocios en Miles de € de las familias (90,5% del gasto)			
2012	20.001.666	27.850.287	
2013	19.146.869	27.100.371	
2014	19.176.945	27.427.337	
2015	20.059.496	29.415.840	
2016	21.197.916	31.400.608	
2017	22.013.066	32.859.264	
2018	22.847.781	34.676.318	
2019	23.401.024	36.926.344	
2020	21.789.604	35.676.163	

El resultado es el que se aplicaría como numerador a cada una de las comunidades autónomas seleccionadas en el periodo compendio entre el año 2012-2020.

Por otro lado, en el denominador tenemos los dos ítems que hacen referencia a los “consumidores” del comercio minorista, hogares y consumo de los hogares. En este caso se disponen de los datos de los hogares para los cuales se ha utilizado los datos del INE sobre población y los del censo para el año 2012.

Los datos referidos a los hogares en las comunidades autónomas seleccionadas serían los siguientes:

Número de hogares por comunidades y ciudades autónomas según nacionalidad de sus miembros y tipo

Unidades: hogares

	Total Nacional		Andalucía		Cataluña	
	Total		Total		Total	
2012		18.150.496		3.111.111		2.945.622
2013		18.217.300		3.135.000		2.946.300
2014		18.303.100		3.163.400		2.944.900
2015		18.346.200		3.180.600		2.949.600
2016		18.406.100		3.197.700		2.962.100
2017		18.472.800		3.202.700		2.993.600
2018		18.535.900		3.208.400		3.011.300
2019		18.625.700		3.229.900		3.020.300
2020		18.754.800		3.257.700		3.031.400
	Comunitat Valenciana		Madrid, Comunidad de			
	Total		Total			
2012		1.991.448		2.483.139		
2013		1.996.000		2.496.900		
2014		2.007.500		2.512.700		
2015		2.001.100		2.531.200		
2016		1.997.800		2.550.800		
2017		1.996.200		2.572.900		
2018		1.994.000		2.599.300		
2019		2.006.700		2.612.600		
2020		2.029.500		2.627.000		

No disponemos del dato de la renta disponible de los ciudadanos españoles distribuido por comunidades autónomas, ni siquiera la de los hogares. Podríamos utilizar el dato de la renta per cápita, pero de esta magnitud habría que restar los impuestos y la parte de la renta no consumida, el ahorro. Sin embargo, disponemos del dato de gasto medio por hogar, que incluye la totalidad del gasto de los hogares, tanto la parte que se destina al comercio minorista, que es el objetivo de este trabajo, como la parte de la renta que se gasta en otros establecimientos no minoristas.

A continuación, mostramos los datos referidos al gasto medio por hogar en las comunidades seleccionadas:

Gasto por grupos de gasto (2 dígitos), según comunidad autónoma de residencia

Unidades: €

	Total Nacional	Andalucía	Cataluña
	Gasto medio por hogar	Gasto medio por hogar	Gasto medio por hogar
2012	28.197,00	25.642,98	30.017,74
2013	27.150,75	24.349,51	29.361,70
2014	27.089,83	24.388,32	29.830,79
2015	27.473,04	24.396,54	30.229,32
2016	28.199,88	25.877,94	30.445,96
2017	29.188,19	27.455,86	31.619,45
2018	29.871,28	28.065,66	32.585,71
2019	30.242,76	27.532,66	32.915,71
2020	26.995,76	24.279,43	29.234,76
	Comunitat Valenciana	Madrid, Comunidad de	
	Gasto medio por hogar	Gasto medio por hogar	
2012	26.061,70	34.824,38	
2013	24.693,28	32.603,80	
2014	24.586,61	31.509,21	
2015	25.009,82	31.586,06	
2016	26.094,00	32.682,55	
2017	27.227,17	34.016,49	
2018	28.356,34	34.793,11	
2019	29.444,27	35.798,09	
2020	25.915,10	32.502,41	

Si multiplicamos el gasto medio por hogar en cada comunidad autónoma por el número total de hogares de cada una de estas, hallamos el total de gasto que de su renta realizan los hogares en consumo, y obtenemos los siguientes registros por comunidades autónomas:

Gasto neto del total de los hogares

Unidades: €

	Total Nacional	Andalucía	Cataluña
2012	511.789.535.712	79.778.157.151	88.420.915.334
2013	494.613.357.975	76.335.713.850	86.508.376.710
2014	495.827.867.473	77.150.011.488	87.848.693.471
2015	504.025.886.448	77.595.635.124	89.164.402.272
2016	519.049.811.268	82.749.888.738	90.183.978.116
2017	539.187.596.232	87.932.882.822	94.655.985.520
2018	553.691.058.952	90.045.863.544	98.125.348.523
2019	563.292.574.932	88.927.738.534	99.415.318.913
2020	506.300.079.648	79.095.099.111	88.622.251.464
	Comunitat Valenciana	Madrid, Comunidad de	
2012	51.900.520.342	86.473.776.129	
2013	49.287.786.880	81.408.428.220	
2014	49.357.619.575	79.173.191.967	
2015	50.047.150.802	79.950.635.072	
2016	52.130.593.200	83.366.648.540	
2017	54.350.876.754	87.521.027.121	
2018	56.542.541.960	90.437.730.823	
2019	59.085.816.609	93.526.089.934	
2020	52.594.695.450	85.383.831.070	

Una vez se disponen de los datos tanto del numerador en referencia a la cifra de negocios, como en el denominador en referencia al conjunto de los hogares, obtendríamos el porcentaje de gasto realizado por los hogares en el comercio minorista.

MULTICULTURALIDAD Y DERECHO CIVIL EN ESPAÑA

MULTICULTURALISM AND CIVIL LAW IN SPAIN

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2023

Fecha de aceptación: 30 de marzo de 2023

Adolfo Lucas Esteve¹

Universitat Abat Oliba CEU

Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona

Resumen: La coexistencia de tradiciones jurídicas diversas en un mismo territorio es un problema fundamental en las sociedades modernas. Las relaciones jurídicas en las que confluyen culturas diferentes requieren soluciones adecuadas, tanto para los individuos como para los territorios en los que desarrollan.

En este trabajo se analiza cómo se han resuelto tres supuestos de multiculturalidad a lo largo de la historia: en el derecho romano, en los derechos forales históricos y en las relaciones jurídicas

¹ alucase@uao.es

multiculturales con pluralidad de nacionalidades. El estudio de estas tres etapas, separadas históricamente, nos permitirá comparar diferentes modos de regular la multiculturalidad, cuál ha sido su evolución y proponer una solución.

Palabras clave: Multiculturalidad, derecho romano, derecho civil, derecho extranjero, orden público.

Abstract: The coexistence of diverse legal traditions in the same territory is a fundamental problem in modern societies. Legal relationships in which different cultures meet require appropriate solutions, both for the people and for the territories in which they develop.

In this paper I analyze how three examples of multiculturalism have been solved throughout history: in Roman law, in historical rights in Spain and in multicultural juridical relations with a plurality of nationalities. The study of these three stages, historically separated, will allow us to compare different ways of regulating multiculturalism, to observe its evolution and propose a solution.

Keywords: Multiculturalism, Roman Law, Civil Law, Foreign Law, public order.

1. Multiculturalidad y Derecho Civil

“Cada pueblo tiene su Derecho, que es el único que se amolda a sus necesidades y responde a la idiosincrasia de su temperamento”².

El derecho civil está ligado a la forma de pensar de cada sociedad, ya que regula los aspectos más íntimos y privados del ser humano, desde su nacimiento hasta su muerte, tanto a nivel individual y familiar, como en su relación con los demás. Podemos afirmar que el derecho civil de cada país responde a la forma de pensar y de sentir de sus ciudadanos. Sin embargo, esta situación se ve alterada cuando en una misma relación jurídica intervienen personas con diferentes nacionalidades y culturas.

La migración ha incrementado las relaciones jurídicas en las que intervienen personas de diversas nacionalidades, etnias, lenguas y religiones. Un número creciente de sujetos abandona su lugar de nacimiento para vivir en otros países. Los motivos de esta movilidad son innumerables: trabajo, familia, educación, guerra, pobreza, etc. Todas estas razones convierten la diversidad en una realidad que, lejos de disminuir, está aumentando exponencialmente.

Estas situaciones se caracterizan por la existencia de una cultura dominante, que controla el poder político, jurídico y económico, junto a la cual conviven diferentes grupos heterogéneos y minoritarios que no desean ser absorbidos por las tradiciones imperantes³.

²PRAT DE LA RIBA, E., *La nacionalitat catalana*. Barcelona, 1978, p. 34 (en catalán en el original).

³ LAURENZO COPELLO, P., “El derecho penal frente a la diversidad cultural: una ambivalencia programada” en LANDA GOROSTIZA, J. (dir.). *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?* Valencia, 2019, p. 111, afirma que: “Son «minorías» porque poseen un déficit marcado de participación en los asuntos públicos, ocupando una posición secundaria y subordinada en la escala social. La falta de derechos políticos -derivada de las políticas excluyentes en materia de extranjería-, unida a una visión

Las relaciones jurídicas multiculturales son habituales en la sociedad moderna y resolverlas satisfactoriamente es una prioridad para mantener el necesario equilibrio entre el respeto a las convicciones de cada persona y el cumplimiento de las normas del país de residencia.

Los modelos de gestión de la diversidad son diversos, pero podemos agruparlos en dos: la asimilación y el multiculturalismo. La asimilación comporta que la cultura dominante impone su modelo jurídico a la minoría⁴, niega la diferencia y obstaculiza los derechos de aquellos que no comparten el modelo cultural dominante⁵. El multiculturalismo, en cambio, reconoce las diferencias, respeta los derechos colectivos de las minorías y no pretende la imposición de una cultura sobre las demás⁶.

estereotipada y displicente de sus particularidades culturales, sitúa a la inmensa mayoría de estos grupos en condiciones de inferioridad y desventaja”.

⁴ Un ejemplo del modelo de asimilación es Francia, según LÓPEZ, M., “El modelo francés: un difícil compromiso entre unidad y diversidad”, en CASTRO JOVER, A. (dir), *Interculturalidad y Derecho*. Navarra, 2013, p. 319, “El modelo de integración francés podría calificarse de asimilación puesto que prosigue como principal objetivo lograr que todos los individuos compartan una cultura única a la cual uno tan solo puede agregarse tras “deshacerse de su pertenencia originaria”.”

⁵ CASTRO JOVER, A., “Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional europeo”, en CASTRO JOVER, A. *Interculturalidad y Derecho*. Navarra, 2013, p. 24, señala que “El modelo de la asimilación parte de principios liberales, de una concepción de los derechos fundamentales en los que se enfatiza la importancia de los derechos individuales y de una determinada organización política en torno a la idea de Estado-Nación, que se caracteriza por la homogeneización desde una cultura dominante.”

⁶ El artículo 6 del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa establece: “1. Las Partes promoverán un espíritu de tolerancia y de diálogo intercultural, y tomarán medidas eficaces para favorecer el respeto y la comprensión mutuas entre todas las personas que vivan en su territorio, sea cual fuere su identidad étnica, cultural,

En este trabajo, analizaré las situaciones de multiculturalidad en el derecho civil en España y, para ello, considero necesario centrar mi estudio en tres momentos históricos en los que se ha abordado el problema de la diversidad:

- En la época romana, cuando Hispania era una provincia del Imperio Romano.

- En los derechos forales históricos, ya que, en España, a diferencia de otros países, existe una diversidad jurídica singular, fruto de la coexistencia histórica en un mismo Estado de diversas regiones, que han mantenido lenguas diferentes y un derecho civil propio.

- Y en la actualidad, en la que personas de diversas nacionalidades y culturas confluyen en unas mismas relaciones jurídicas.

Este recorrido histórico nos permitirá extraer conclusiones sobre el tratamiento de la diversidad en el derecho civil en España: su evolución, las soluciones planteadas y los problemas que han tenido que superar⁷.

lingüística o religiosa, en particular, en los campos de la educación, de la cultura y de los medios de comunicación. 2. Las Partes se comprometen a tomar las medidas apropiadas para proteger a las personas que puedan ser objeto de amenazas o de actos de discriminación, de hostilidad o de violencia a consecuencia de su identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa.”

⁷ Existen ejemplos de multiculturalismo en otros países. Singularmente en Latinoamérica, como destaca LAURENZO COPELLO, P., “El derecho penal frente a la diversidad cultural: una ambivalencia programada”, p. 117: “los grupos autóctonos cuentan con la ventaja de su pertenencia originaria al mismo territorio de la mayoría (no siempre numérica) que ostenta la posición hegemónica, de modo tal que la reivindicación de su cultura adquiere el carácter de movimiento de emancipación frente a un poder opresor identificable, algo muy distinto a lo que sucede con las minorías culturales foráneas de asentamiento reciente y, precisamente por ello, con escasa o nula

Finalmente, para acabar esta introducción, no podemos olvidar la existencia de una clara tendencia a la homogeneización de las culturas. En primer lugar, por el papel de uniformización realizado por los Estados⁸. Y, en segundo lugar, porque la globalización está diluyendo las diferencias. El mundo global impone una forma de pensar única: en la economía, en la cultura, en la comida, en el vestido, en el ocio, en la tecnología, en la música, en la medicina, y en otros muchos ámbitos. El derecho no es ajeno a esta tendencia y, en este sentido, los proyectos unificadores en la Unión Europea están en pleno desarrollo⁹. Desde este punto de vista, el futuro apunta a una

capacidad para negociar y mucho menos para reivindicar un espacio jurídico autónomo y separable del ordenamiento vigente en el Estado al que han accedido.”

⁸ RUIZ VIEYTEZ, E. J., “Derechos Humanos y Diversidad Cultural: ¿un binomio inestable?, en *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 39, 2019, p. 63 afirma: “Al finalizar la Primera Guerra Mundial, y a diferencia de lo que sucede en la actualidad, la mayor parte de los ciudadanos europeos vivía en un marco político de gran diversidad cultural... Sin embargo, el Estado nación se iba configurando como el más potente agente de homogeneización cultural que ha conocido la historia, al menos hasta el final del siglo XX. Factores muy relevantes de dicho proceso de homogeneización fueron la generalización de las obligaciones militares, la universalización del sistema educativo y la difusión de los medios de comunicación de masas. La evidencia empírica constata que no hay hoy en Europa un solo país que no sea mucho más homogéneo cultural e identitariamente que hace cien años.”

⁹ Por ejemplo, el Reglamento (UE) número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, tiene como objetivo armonizar los sistemas jurídicos de los estados de la UE en materia de sucesiones.

progresiva desaparición de la multiculturalidad para dar paso a un mundo global y uniforme¹⁰.

Ahora bien, a mi modo de ver, la coexistencia de culturas enriquece a las colectividades. Sin embargo, la convivencia no siempre es pacífica y existen problemas sociales, jurídicos y políticos de diferente índole¹¹. Todo ello debe ser analizado desde el respeto a la persona y a su propia identidad, ya que la diferencia no debe implicar la exclusión de los que mantienen su propia cultura.

2. La multiculturalidad en el Derecho Romano

En Roma prevalecía el principio de personalidad para la aplicación del derecho, esto es, los diferentes pueblos sometidos al poder político, no se regían por un único ordenamiento jurídico aplicable a todos los habitantes del imperio, sino que se regían por sus

¹⁰ GARCÍA SÁNCHEZ, C., “La universalidad de los derechos humanos: una apuesta por la multiculturalidad de los pueblos indígenas en Colombia”, *Inciso*, nº 23(1), 2021, p. 2, afirma: “El número de dialectos existentes a nivel mundial va en disminución; los territorios ancestrales han sido desbastados a favor de las empresas extractivas, las prácticas ancestrales dejaron de ser lo que otrora, para convertirse en exhibiciones turísticas; la alienación cultural está acabando con el patrimonio inmaterial y material de las comunidades nativas. Todo esto con la idea de la globalización y de la universalización.”.

¹¹ LAURENZO COPELLO, P., “El derecho penal frente a la diversidad cultural: una ambivalencia programada”, p. 110, considera que: “La actitud puramente defensiva que han adoptado la mayoría de los gobiernos frente a esa creciente complejidad étnica -apostando por remarcar la supremacía inexpugnable de los valores occidentales-, unida al peligroso avance del nacionalismo extremo en buena parte de los Estados europeos y también en los Estados Unidos de América, han favorecido un clima de tensión que en no pocas ocasiones desemboca en conflictos sociales necesitados de la intervención del Derecho penal.”

leyes propias y su derecho personal les acompañaba allí donde fueran¹².

De este modo, el derecho aplicable a los ciudadanos romanos era el *ius civile*. Este derecho se caracterizaba por ser un derecho “rígido, áspero y acomodable únicamente a las necesidades cambiantes de los tiempos a través de complicados formularios negociables”¹³. El *ius civile* era el derecho de los ciudadanos romanos y, por tanto, no se aplicaba a los forasteros. Las razones de esta diferencia de trato son básicamente dos: en primer lugar, porque los extranjeros no eran dignos de utilizar el derecho romano, ya que este honor se reservaba exclusivamente a los ciudadanos romanos y, en segundo lugar, porque los forasteros desconocían los complejos formularios negociales y procesales propios del derecho romano.

Sin embargo, cuando Roma se convirtió en un impero que dominaba amplios territorios en Europa, África y Asia, los intercambios comerciales con los extranjeros se convirtieron en habituales. En esta situación, el derecho tenía que regular las crecientes relaciones jurídicas entre romanos y forasteros, y, en su caso, debía proteger y garantizar los derechos de los extranjeros. La necesidad de regular las relaciones jurídicas multiculturales se convirtió en imprescindible para el progreso comercial y económico del imperio.

¹² DELGADO GALINDO, M., “Los principios de territorialidad y personalidad y las circunscripciones eclesiásticas personales”, en *Canonicum*, n.º. 82, 2001, p. 608, recuerda que “Resulta obvio que la personalidad y la territorialidad de las leyes suponen dos formas diversas de aplicar el derecho, si bien en última instancia son convergentes porque su fin último es un servicio a la persona. En efecto, el derecho está profundamente vinculado con el espacio porque el hombre habita en un lugar determinado y lo convierte en el centro de sus relaciones jurídicas. Pero la ordenación de la vida social que lleva a cabo el derecho no tiene por objeto las relaciones de una persona con un territorio, sino las relaciones de una persona con otras, con quienes forma comunidades y grupos sociales.”

¹³ KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano*. Barcelona, 1999, p. 84.

La respuesta de los juristas romanos ante este problema fue pragmática: la creación de una magistratura encargada de los procesos entre extranjeros y entre extranjeros y ciudadanos romanos, el llamado pretor peregrino. La aparición del pretor peregrino, en el S. III a.C., marca el inicio del *ius gentium*¹⁴.

El *ius gentium* era derecho romano, tanto por su origen como por su naturaleza, es decir, era un derecho creado por los juristas romanos, pero que nació con un objetivo específico: la regulación de las relaciones jurídicas en las que intervenían extranjeros. Así, ante el problema multicultural, la solución fue la de crear un derecho nuevo que regulara las relaciones con elementos foráneos. Para ello, los juristas romanos examinaron aquellos principios jurídicos que tenían una vigencia generalizada entre todos los hombres y establecieron un derecho que pudiera ser aplicado a cualquier persona, con la excepción de las relaciones jurídicas entre ciudadanos romanos que seguirían rigiéndose por el *ius civile*.

Con el *ius gentium*, se introdujo una dicotomía en las fuentes jurídicas por razón de la aplicación del Derecho: por un lado, el *ius civile*, que era aplicable únicamente a los ciudadanos romanos, y por otro lado, el *ius gentium*, que era aplicable a los extranjeros y a las relaciones jurídicas entre extranjeros y ciudadanos romanos¹⁵.

¹⁴ PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*. Valencia, 2008, p. 68, señala que “El origen de este derecho debe vincularse a la creación de una nueva magistratura, el pretor peregrino –a.242 AC- al que se confía la *iurisdictio*, el “decir derecho” en las controversias entre ciudadanos y extranjeros o entre extranjeros en Roma y es, precisamente, en la práctica de su tribunal donde se gesta el nuevo derecho, cuyo fundamento no descansa en la forma, sino en la *fides* que se identifica en principio, con el mantenimiento de la palabra dada, significando, después, el debido comportamiento exigible en las relaciones humanas.”

¹⁵ MIQUEL, J., *Derecho privado romano*. Madrid, 1995, p. 37, con referencia al *ius gentium*, considera que: “se podría hablar de Derecho nacional y Derecho internacional, pero esta terminología crea confusiones graves, es claro que el *ius gentium* no es Derecho internacional público (aunque,

Las primeras instituciones reguladas por el *ius gentium* fueron de derecho patrimonial, especialmente en materia de contratos: compraventa, arrendamiento, mutuo o mandato¹⁶. En los contratos triunfó el principio de libertad de forma, en contraposición a la rigidez del *ius civile* tradicional. Por esta razón, aunque dichos contratos estuvieran desprovistos de las formalidades exigidas por el *ius civile*, también eran fuente de obligaciones y vinculaban a las partes, porque reconocían unas prácticas y unos principios que eran generalmente aceptados por todos los hombres. Los romanos se centraron en aquello que unía a las diferentes tradiciones jurídicas y concluyeron que, si se disminuía la importancia de la forma, todos podían celebrar dichos contratos de forma eficaz¹⁷.

La fórmula romana para abordar el problema de la multiculturalidad fue singular, funcional y eficaz: encontrar un

eventualmente, contenga algunas normas de Derecho Público). Se parece mucho más al Derecho internacional privado moderno, pero se diferencia por el hecho de que éste se forma primordialmente por normas de remisión, es decir normas que indican cuál de entre los ordenamientos jurídicos en cuestión es aplicable en un supuesto concreto..., mientras que las normas del *ius gentium* tienen un contenido material y, además, son Derecho romano.”

¹⁶ PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, p. 68, afirma que: “En general, *ius civile* y *ius gentium*, por razón del sujeto, se distinguen por su ámbito de aplicación y, en particular, por razón del objeto, porque el *ius gentium* se circunscribe a la esfera de los derechos patrimoniales y, sobre todo, a los contratos.”

¹⁷ VIOLA, F., “Derecho de gentes, antiguo y contemporáneo”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº. 50, 2004, p. 188, plantea que: “El derecho positivo está animado por dos exigencias, a menudo no fácilmente conciliables. Hace falta, por una parte, contar con vínculos precisos y ciertos, porque éste es el mejor modo de controlar el ejercicio del poder y de evitar la arbitrariedad; por otra, toda regla jurídica ha de ser lo más abierta posible, para favorecer la comunicación de las diversidades y la interrelación entre extraños. La primera de estas líneas tiende a cerrar el derecho y a dotarlo de un necesario formalismo, mientras que la segunda aspira al universalismo tendencial de toda regla jurídica.”

derecho aplicable a todas las personas, con independencia de su ciudadanía. Para ello, consideraron que el común denominador a todas las culturas se encuentra en la razón natural, que es común a todos los hombres y permite encontrar soluciones a los problemas comunes¹⁸.

La creación de este derecho creó una situación compleja ya que se debía resolver cómo y cuándo se aplicaría cada uno de los derechos existentes: el *ius civile*, el *ius gentium* i el derecho indígena de los pueblos conquistados. En este sentido, como recuerda KUNKEL:

“Bajo el *ius civile* vivían sólo los ciudadanos romanos, donde quiera que estuviesen. El derecho indígena quedaba fundamentalmente para los súbditos; si litigaban ante tribunales propios, se les aplicaba su Derecho. Ahora bien, cuando postulaban derecho ante los tribunales romanos –sea por su voluntad o por verse obligados a ello–, el proceso discurría por cauces romanos y se aplicaban en el campo del derecho de tráfico las normas jurídicas romanas del *ius gentium*, por la sencilla razón de que los tribunales romanos ni conocían las normas positivas de los Derechos de los súbditos, ni se encontraban en situación de acomodarse al diverso mundo de ideas de tales ordenamientos jurídicos, si hubieran querido hacerlo”¹⁹.

De este modo, la solución a la multiculturalidad fue fundamentalmente práctica: facilitar el comercio y las relaciones económicas entre las personas, con independencia de su origen. Así, el *ius gentium* tenía como objetivo gobernar las relaciones entre personas que no pertenecían a la misma cultura, pero que compartían una

¹⁸ IGLESIAS, J., *Derecho Romano*. Barcelona, 1972, p. 104, matiza esta idea afirmando que: “La “naturalidad” de las normas e instituciones del *ius Gentium* no es algo desasido de la realidad objetiva de las cosas, sino algo consustancial a ellas. Para los romanos, *natura* es la realidad, que es concreción y no abstracción.”

¹⁹ KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano*, p. 86.

humanidad común y unos problemas jurídico-comerciales similares. En definitiva, los juristas romanos consiguieron que el derecho dejara de ser un obstáculo para transformarse en un puente que permitiera relacionar a personas de diferentes culturas.

Conclusiones sobre la multiculturalidad en el derecho romano

Del análisis de la experiencia del derecho romano podemos extraer algunas conclusiones:

I. Desde la antigüedad, la diversidad jurídica se ha presentado como una cuestión que requería una solución adecuada.

La búsqueda de una solución comporta un proceso intelectual en el que podemos destacar: a) tomar consciencia de las diferencias culturales y jurídicas con los pueblos extranjeros, b) reconocer la dificultad de aplicar el *ius civile* de una forma indiscriminada a cualquier persona y c) buscar fórmulas que permitieran la convivencia y el comercio entre las personas.

II. La creación del *ius gentium* fue una decisión romana, realizado por los romanos y prescindiendo de la opinión de los otros pueblos. De este modo, podemos destacar que el poder político y jurídico impuso su propia solución a los demás, y los pueblos minoritarios debían adaptarse a las soluciones establecidas, sin que pudieran negociar propuestas alternativas.

III. El principal punto de unión entre culturas se encuentra en el comercio y en el derecho patrimonial, por ello, es más fácil armonizar normas sobre contratos, que son comunes a todos los hombres. En cambio, las materias de derecho de familia o derecho de sucesiones están más vinculadas a las tradiciones de cada pueblo y su unificación no es sencilla.

IV. La razón fue el factor clave para regular las relaciones jurídicas con presencia extranjera. Es un elemento universal a todas las culturas que permitió crear y aplicar unas normas comunes.

V. La creación de un único derecho aplicable a todos los pueblos extranjeros era una solución útil para los juristas romanos: por un lado, permitía simplificar la diversidad, porque las diferencias desaparecían y todo se decidiría con unas mismas normas y, por otro lado, otorgaba a los romanos el poder de decidir qué instituciones se aplicarían a los extranjeros y la forma de hacerlo.

VI. La creación de un derecho *ad hoc* para las relaciones jurídicas con presencia extranjera presentaba un inconveniente importante: era un derecho ajeno que no respondía a las costumbres propias de cada pueblo. Para los extranjeros, tan ajeno era el *ius civile* como el *ius gentium*. La creación del *ius gentium* obedecía más a argumentos internos del sistema jurídico romano que a la voluntad de respetar la diversidad. Era una solución que no tenía en cuenta las sensibilidades de las otras culturas.

VII. El resultado fue la uniformización y homogeneización del extranjero. Se estableció un ordenamiento específico para el extraño en el que todos los forasteros eran iguales, con independencia de su procedencia. Solamente importaba la distinción entre el ciudadano romano y el que no lo era.

3. La multiculturalidad histórica en España

El caso español es singular en relación a otros países de su entorno, ya que, además de la multiculturalidad internacional, también existe una multiculturalidad propia en materia civil, producto de las

diferentes tradiciones jurídicas existentes en los antiguos reinos que formaron España.

3.1. Antecedentes históricos

El nacimiento de España, con la unión dinástica de las coronas de Castilla y Aragón (1469), la conquista de Granada (1492) y la anexión de Navarra (1512), no comportó la unificación del derecho civil. El derecho civil en España continuó siendo diverso y se mantuvieron los principios y las peculiaridades propias de cada territorio.

Esta diversidad legislativa tuvo especial trascendencia durante el periodo codificador y fue la principal causa por la que el proceso codificador civil se alargó durante casi todo el siglo XIX.

El punto de partida de la codificación fue la Constitución de 1812 que estableció: “El Código civil, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes” (art. 258). Así pues, a pesar de la voluntad de unidad, se reconocían los derechos civiles propios de cada territorio, a los que aludía la expresión “sin perjuicio de las variaciones... por particulares circunstancias”.

De este modo, el constituyente propuso armonizar la unificación con el respeto a las particularidades propias de cada territorio y al codificar el derecho civil se optó por un Código único. Sin embargo, este Código no se planteó como el fruto de la integración y el respeto de las diferentes tradiciones jurídicas, sino que se fundamentó en la extensión del derecho de Castilla a toda España²⁰. En este sentido, es sintomático el proyecto de Florencio García Goyena de 1851, que se basaba en el derecho de Castilla, pero que no

²⁰ La base 27 de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888 establecía: “La disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan el derecho civil llamado de Castilla, en todas las materias que son objeto del Código”.

tuvo en cuenta los derechos forales de los restantes territorios. Dicho de forma explícita, esta opción codificadora confundió unificación con uniformidad²¹.

La falta de sensibilidad ante la diversidad jurídica comportó la oposición de los territorios excluidos y provocó el fracaso de esta opción codificadora. Este fracaso abrió el camino a otra propuesta más respetuosa con la diversidad y que tenía el objetivo de mantener las instituciones jurídicas propias de cada territorio, los llamados derechos forales²². Para ello, se acordó que un reconocido jurista de cada territorio presentaría una memoria con las principales instituciones que se tenían que conservar²³.

²¹ FERRER VANRELL, MP., “Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB”, en *Indret*, vol. 3/2008, págs. 12-13, afirma que “La idea de Código atrae; sin embargo, fue necesario recorrer un largo trayecto hasta llegar a una transacción con los foralistas para la publicación del Código civil, como consecuencia de la amenaza de supresión de los derechos civiles territoriales a favor del uniformismo en todo el territorio nacional. Se confundieron los términos unidad-uniformidad.”

²² Así, el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, estableció dos novedades fundamentales: por un lado, la propuesta de una ley de bases con los principios generales del futuro Código (la futura Ley de bases de 11 de mayo de 1988), posponiendo la redacción de un articulado completo; y, por otro lado, el reconocimiento y mantenimiento las principales instituciones jurídicas forales.

²³ La exposición de motivos de la Compilación de derecho civil de Cataluña de 1960 destacaba la voluntad de un nuevo Código civil y: “Para conseguirlo, incorporó a la Comisión General de Codificación un Vocal representante de cada una de las regiones forales que, en el término de seis meses, debía redactar una Memoria acerca de los principios e instituciones de Derecho foral que por su vital importancia fuera, a su juicio, indispensable introducir como excepción para las respectivas provincias, en el Código general.”

El triunfo de esta opción codificadora se plasmó en el artículo 5 de Ley de bases de 11 de mayo de 1888²⁴, que reconoció la existencia de diferentes derechos civiles y organizó la aplicación de estos derechos atendiendo a dos criterios:

a) Aplicación general a toda España del título preliminar del Código civil en cuanto a los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación.

b) En el resto de materias, aplicación preferente del derecho foral y subsidiaria del derecho común. En defecto del derecho foral, es decir, cuando no se regulara una determinada materia, se establecía un sistema de doble subsidiariedad: el derecho subsidiario de primer grado sería el previsto por los propios derechos forales y el de segundo grado sería el Código civil²⁵.

Para conocer el derecho foral, el artículo 6 de la Ley de bases propuso la redacción de un sistema de apéndices al Código civil español que tenían que contener las instituciones forales que “conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen”. Estos apéndices dieron lugar a las Compilaciones de derecho foral de los distintos territorios.

Este sistema proporcionó una solución más respetuosa con la pluralidad legislativa, pero presentaba un doble problema: por un lado, incrementó la dificultad de aplicar el derecho civil en España, ya que

²⁴ El artículo 5 de Ley de bases de 11 de mayo de 1888 dice: “Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.”

²⁵ La aplicación supletoria de segundo grado del Código civil pasó a ser de primer grado con la aprobación de las Compilaciones de Derecho foral que recogieron las instituciones de los territorios en que subsistía el Derecho foral.

las normas se multiplicaron y los criterios de aplicación eran complejos; y por otro lado, se bloqueó la posibilidad de actualización de los derechos civiles forales debido a la desaparición de los órganos legislativos propios de cada territorio. En consecuencia, las leyes estarían vigentes, pero poco a poco quedarían obsoletas.

Posteriormente, el artículo 12 del Código civil español de 1889 (en adelante CC) recogió el contenido del artículo 5 de la citada Ley de Bases de 1988²⁶ y declaró el mantenimiento del derecho de “las provincias i territorios en que subsiste el derecho foral” y se mantuvo la estructura de preferencia y subsidiariedad del derecho foral y del Código civil.

Ahora bien, a pesar de esta estructura normativa, apareció un problema importante: la aplicación práctica del Código civil sobrepasó el marco teórico previsto y pasó a aplicarse en lugar del derecho foral. De este modo, se aplicaba el Código civil español en muchos casos en los que hubiera correspondido aplicar el derecho foral, “por falta de precepto en el derecho foral, por no existir disposición particular clara o bien por tratarse de una institución o figura nueva introducida por el Código o simplemente desconocida por el derecho foral aplicable”²⁷.

Finalmente, este repaso histórico acaba con la Constitución española de 1978 (en adelante CE), que reconoció el derecho de autonomía de las nacionalidades y regiones existentes en España y distribuyó las competencias entre el Estado y la Comunidades Autónomas.

En materia civil, el artículo 149.1.8º CE reconoce al Estado competencia exclusiva sobre: “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de

²⁶ En el año 1974 se sustituyó el artículo 12 CC por el actual artículo 13 CC, con un redactado muy similar.

²⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España. Parte general*. Madrid, 1955, p. 259.

las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

Además, el artículo 149.3 CE establece la supletoriedad del ordenamiento jurídico estatal: “El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.”

De este modo, la Constitución ha fijado de forma definitiva la estructura legislativa civil en España que se basa en dos principios:

- Pluralidad legislativa: la Constitución reconoce plenamente los derechos civiles forales, especiales o autonómicos y garantiza constitucionalmente la coexistencia en el territorio español de una pluralidad de regímenes jurídicos civiles. Por tanto, se renuncia a la unidad legislativa en materia civil²⁸.

- Competencia legislativa: las Comunidades Autónomas tienen competencia para legislar y están dotadas de órganos legislativos que les permitan conservar, modificar y desarrollar su propio ordenamiento jurídico civil.

Sin embargo, esta estructura normativa ocasiona un importante problema de aplicación, ya que comporta la interrelación de diversos derechos en un mismo tiempo y territorio y, en numerosas ocasiones, para resolver un mismo caso debemos tener en cuenta varias normas que responden a principios jurídicos diversos. Los

²⁸ La STC de 28 de junio de 2010 afirma que resulta: “forzoso partir de la obviedad de que el Ordenamiento español se reduce a unidad en la Constitución. Desde ella, y en su marco, los Estatutos de Autonomía confieren al Ordenamiento una diversidad que la Constitución permite, y que se verifica en el nivel legislativo, confiriendo a la autonomía de las Comunidades Autónomas el insoslayable carácter político que le es propio”.

problemas de ajuste entre los diferentes ordenamientos son habituales, por ejemplo, en el caso la aplicación de la prescripción catalana a la legislación sobre daños, que tiene carácter estatal²⁹.

3.2. El marco constitucional

La Constitución española consagra la coexistencia de diferentes legislaciones civiles: la estatal y las autonómicas (o forales) y permite la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

Actualmente, hay derechos civiles autonómicos en Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco y el fuero de Bailío. Estos territorios son los únicos que podrán legislar sobre derecho civil propio y, por tanto, en el resto de territorios, solamente habrá una legislación civil: la legislación estatal. De este modo, se establece una distribución asimétrica de los territorios que podrán legislar sobre la materia civil.

El artículo 149.1.8º CE delimita la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil; sin embargo, su redacción es confusa por la dificultad de englobar en un único artículo todo el debate histórico sobre el modelo de derecho civil en España y se puede interpretar de formas diversas.

²⁹ Sobre esta cuestión puede consultarse: ESPIAU ESPIAU, S., “L’aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi civil de Catalunya”, en *Indret*, n.º. 2.2013 y ESPIAU ESPIAU, S., “Supletorietat i regulació de la prescripció en el codi civil de Catalunya”, en *Revista Catalana de Dret Privat*, n.º. 15, Núm. 1, 2015.

3.2.1. La interpretación del Tribunal Constitucional

La posición del Tribunal Constitucional respecto a la competencia legislativa autonómica se recoge principalmente en las SSTC de 12 de marzo de 1993, 6 de junio de 1993 y 28 de junio de 2010. Estas sentencias reconocen la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas sobre derecho propio, pero limitando la competencia legislativa a las materias contenidas en la Compilación y a algunas materias conexas con las mismas³⁰.

Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite el desarrollo del derecho civil, pero vinculándolo al derecho histórico. Por tanto, no se trata de un desarrollo libre, sino que está restringido a las materias conexas con el derecho histórico³¹.

³⁰ La STC de 6 de junio de 1993 dice: “Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.”

³¹ El alcance del término desarrollo se puede analizar en la STC de 12 de marzo de 1993, en relación al derecho aragonés, en la que se resolvía sobre la regulación de la filiación por adopción que no existía en el derecho histórico aragonés. En este caso, el Tribunal Constitucional consideró que: “la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues de lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales, enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.”

La sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2010, analizó la constitucionalidad del artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006³², y resolvió que dicho precepto no era inconstitucional siempre que se interpretara en el sentido de que la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma se restringía a las instituciones conexas³³.

³² El artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña establece: “Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, excepto en les materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña.”

³³ La STC 28 de junio de 2010 dice: “...la reserva al Estado “por el mismo art. 149.1.8, de determinadas regulaciones ‘en todo caso’ sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinda aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél... la Constitución le atribuye ya la ‘legislación civil’, sin más posible excepción que la ‘conservación, modificación y desarrollo’ autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.” (loc. cit.).

En cuanto al concepto constitucional de “desarrollo del propio derecho civil, especial o foral”, hemos dicho también que “debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil” establecida por el art. 149.1.8 CE, de manera que “[I]a Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de ‘conservación’ y ‘modificación’, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales” (STC 88/1993, FJ 3). Ahora bien, “[e]se crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos”, si bien no cabe duda de

3.2.2. Crítica a la interpretación del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional parte de la referencia a los “derechos forales” y considera que debe tomarse la Compilación como el punto de partida de las materias sobre las que podrán legislar las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, esta interpretación es criticable desde diferentes argumentos:

a) El Tribunal Constitucional limita el desarrollo de los Derechos civiles a las “instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación” (STC 88/1993, FJ 3). Sin embargo, desde una interpretación literal de dicho precepto no se pueda justificar esta restricción, ya que el artículo 149.1.8º CE permite el *desarrollo* de los Derechos forales o especiales, sin ninguna limitación³⁴.

“que la noción constitucional de 'desarrollo' permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de 'modificación'. El 'desarrollo' de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.” (STC 88/1993, FJ 3). En el bien entendido de que ello “no significa, claro está, ... una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar” (loc. Cit.)”

³⁴ Para DELGADO ECHEVARRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la constitución", en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 78, nº. 3, 1979, p. 665, las Compilaciones no se presentan como un límite, sino como el punto de partida del derecho civil que puede llegar a ser. Las materias recogidas en

b) El Tribunal Constitucional interpreta de forma restringida el concepto de derecho foral y lo equipara a instituciones forales recogidas en la Compilación, sin que, nuevamente, el citado precepto constitucional corrobore esta interpretación restrictiva³⁵.

c) La Compilación catalana de 1960 tenía como objetivo expreso, contenido en el preámbulo, redactar un texto con “los principios e instituciones de derecho foral que por su vital importancia fuera... indispensable introducir como excepción... en el Código general”³⁶. Es decir, el concepto de derecho foral es mucho más amplio que el derecho recogido en las Compilaciones en el que solamente se recogieron las instituciones de “vital importancia”.

d) La Constitución permite legislar sobre los derechos civil forales “*o especiales*”, por tanto, no limita esta competencia a las legislaciones forales. La expresión “*o especiales*” se incorporó durante la tramitación parlamentaria con la idea de dar más amplitud al contenido de las materias

Compilaciones pueden ser ampliadas por las Comunidades Autónomas en virtud de su potestad legislativa. La Compilación es el principio, no el final de la competencia legislativa de la Generalitat, puesto que es un proceso que se desarrolla en un tiempo indefinido y puede afectar a todas las instituciones. Los únicos límites claros a esta expansión legislativa se establecen en el artículo 149.1.8º CE, que reserva en el Estado “en todo caso” la competencia sobre determinadas materias.

³⁵ El concepto de Derecho foral es mucho más amplio que el de Derecho compilado, porque las Compilaciones no derogan el Derecho histórico, sino que lo estructuran y lo continúan. La Compilación supone una continuación del derecho histórico, no un Código que lo derogue.

³⁶ PUIG FERRIOL, L., "Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña" en *Instituto de Estudios Autonómicos*, vol. I, págs. 427-428, considera que: “la mayoría de las normas de los territorios forales no hacían sino recoger el *ius commune* que tradicionalmente se aplicó en todos los países europeos y solamente el deseo de evitar constantes reiteraciones hizo que no se recogieran todas estas materias en las Compilaciones”.

reguladas por el legislador autonómico y no limitarlo al derecho foral³⁷.

e) El Tribunal Constitucional considera que existe una doble “reserva competencial”: 1) la reserva de legislación civil a favor del Estado, y 2) la reserva de unas materias que son exclusivas del Estado “en todo caso”³⁸. Sin embargo, según la interpretación del Tribunal Constitucional, esta segunda reserva competencial sería absolutamente innecesaria, porque con la teoría de las instituciones conexas nunca se podría legislar sobre las materias reservadas en todo caso al Estado, ya que estas materias no eran objeto de regulación en las Compilaciones.

A mi modo de ver, la Constitución establece la competencia exclusiva sobre legislación civil favor del Estado. Esta competencia tiene una excepción a favor de las Comunidades con derecho civil propio que sí podrán desarrollar su derecho civil. Y, finalmente, este desarrollo tiene una limitación que son las materias reservadas en todo caso al Estado. Por tanto, se establece una regla general (competencia exclusiva del Estado en materia civil) que contiene una excepción para los territorios con derecho propio (“sin perjuicio de...”) y a su vez esa excepción está sujeta a la limitación de no legislar sobre las materias reservadas en todo caso al Estado.

³⁷ DELGADO ECHEVARRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la constitución", pp. 339, señala que SOLE TURA propuso a la comisión del Congreso la enmienda de sustituir “derechos forales” por “derechos civiles forales o especiales” y fue aprobada por unanimidad. Su argumentación era la siguiente: “Derechos civiles especiales y no solamente forales. Porque si se citan solamente los forales, como dice ahora el texto, se utiliza de hecho un criterio restrictivo, ya que, si aceptamos que las Comunidades Autónomas van a tener una legislación propia, hace falta decir esto, para que no parezca que esta legislación solamente puede reducirse al desarrollo de las actuales legislaciones forales.”

³⁸ SSTC de 6 de junio de 1993 y de 28 de junio de 2010.

3.2.3. La propuesta de interpretación del artículo 149.1.8 CE

La interpretación del artículo 149.1.8 CE que defiende parte de la idea que la palabra “desarrollo” contenida en la frase “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales”, confiere competencia a las Comunidades Autónomas para legislar sobre cualquier materia del derecho civil, excepto aquellas reservadas al Estado en todo caso.

Considero que la alusión a los “derechos forales o especiales” no hace referencia a la Compilación como medio para designar las *materias* que serán objeto de competencia autonómica, sino que es un sistema para identificar las *Comunidades Autónomas* que podrán legislar sobre derecho civil y las que no podrán hacerlo. Es decir, establece que solamente podrán legislar sobre derecho civil aquellas Comunidades que hayan tenido derechos forales históricamente, pero no es el medio para designar las materias sobre las que tienen competencia las Comunidades Autónomas.

En este sentido, la primera parte del artículo 149.1.8º señala qué Comunidades podrán legislar sobre derecho civil (se utiliza la expresión “allí donde existan”). Por tanto, no todas las comunidades podrán legislar sobre derecho civil, sino que únicamente podrán hacerlo las Comunidades con derecho propio, sin que se puedan crear nuevos derechos civiles en el territorio español.

Según esta interpretación, para conocer las materias objeto de competencia autonómica, tenemos que hacer una interpretación sistemática del artículo 149.1.8 CE. Este precepto reserva al Estado la competencia exclusiva sobre determinadas materias civiles, por lo que, *a sensu contrario*, está confiriendo a las Comunidades Autónomas competencia sobre las materias no reservadas al Estado en todo caso.

De este modo, para determinar qué materias podrán regular las Comunidades Autónomas debemos interpretar conjuntamente: a) la competencia para desarrollar el derecho propio y b) las materias reservadas en todo caso al Estado. En este sentido, la Constitución otorga a las comunidades la competencia para el “desarrollo” del derecho foral³⁹, sin más limitación que las materias sobre las cuales tiene competencia exclusiva el Estado “en todo caso” y, por tanto, estas materias reservadas son el único límite a la competencia de la Comunidad Autónoma en materia civil.

Sorprendentemente, parte de esta interpretación también es reconocida por el propio Tribunal Constitucional en la STC de 28 de abril de 2016, que es más reciente que las citadas anteriormente. En dicha sentencia, se afirma que la expresión “allí donde existan” alude a la previa existencia de un Derecho civil propio, es decir, sirve para designar los territorios que podrán legislar sobre derecho civil y, por tanto, realiza un importantísimo cambio de criterio respecto a la jurisprudencia anterior⁴⁰. Esta Sentencia es fundamental y parece que

³⁹ ROCA TRIAS, E., "El derecho civil catalán en la Constitución de 1.978", en *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 78, 1979, p. 28, apoya esta afirmación con dos argumentos, uno gramatical que deriva de la interpretación de la palabra “desarrollo”, y otro sistemático, ya que, al reservar a la competencia exclusiva del Estado unas determinadas materias, en todo lo demás que no se reserva son competentes las comunidades autónomas para legislar.

⁴⁰ En este sentido, la STC de 28 de abril de 2016, que declaró inconstitucional la Ley sobre el régimen económico matrimonial de la Comunidad Valenciana (FJ 4), afirma que: “La expresión “allí donde existan” referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto dispensable para ejercer la competencia legislativa ex art. 149.1.8 CE alude a la previa existencia de un Derecho civil propio (SSTC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 3, y 81/2013, de 11 de abril, FJ 4). Una preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordenada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino muy precisamente “al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución” (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1) o “a la entrada en vigor de la Constitución” (SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76), sin que sea lícito, remontarse a cualquier otro momento anterior.”

abre el camino para una ampliación sustancial de las materias sobre las cuales tienen competencia las Comunidades Autónomas. Sin embargo, este camino no ha culminado y, de momento, el Tribunal Constitucional no ha alterado expresamente su interpretación tradicional.

3.3. Aplicación del derecho civil estatal y del derecho autonómico

3.3.1.- Normas de conflicto de derecho interregional

El sistema legislativo civil en España ha sido consecuencia del fracaso de la propuesta de un Código unificador. Este sistema es una nueva forma de resolver la diversidad cultural y legislativa, pero comporta un importante problema de aplicación, ya que hay que coordinar diferentes legislaciones, iguales jerárquicamente, que regulan las mismas materias y que, en numerosas ocasiones, concurren en la solución de un mismo supuesto.

En esta concurrencia legislativa destacan las siguientes características:

- a) Pluralidad de fuentes de derecho civil: por un lado, la estatal y por otro, las autonómicas.
- b) Igualdad jerárquica de las leyes civiles estatales y autonómicas.
- c) Vigencia simultánea de dos ordenamientos jurídicos civiles: el derecho civil estatal, que está vigente en toda España (art. 13.2 CC) y el derecho civil autonómico, que está vigente en cada Comunidad autónoma. Y ambos derechos tienen el mismo objeto: la materia civil.

Desde esta perspectiva, la pluralidad legislativa en España permite que una relación jurídica esté en contacto con dos o más ordenamientos jurídicos civiles. Por ejemplo, un madrileño y una aragonesa se casan en Galicia, se van a vivir a Navarra y quieren conocer su régimen económico matrimonial. O una reclamación por daños extracontractuales se regula por el Código civil estatal, pero el plazo de prescripción se establece en el Código civil catalán.

Estas situaciones se solucionan con la aplicación de las normas de conflicto, que tienen por objeto determinar el derecho que debe resolver una relación jurídica con una pluralidad de ordenamientos jurídicos implicados. Estas normas establecen un punto de conexión, que vincula la relación jurídica en conflicto con el derecho de un territorio determinado.

En este sentido, las normas de conflicto para determinar el ordenamiento jurídico autonómico aplicable coinciden con las normas de derecho internacional privado, hasta el punto de que las primeras remiten a las segundas⁴¹.

En aplicación de estas normas:

- En materia de persona, sucesiones y familia, el criterio definidor será el del estatuto personal determinado por la vecindad civil (art. 9 CC).
- En materia de derechos reales se aplicará la *lex rei sitae* (art. 10 CC).
- En otros casos, por la *lex loci actus* (art. 10.9 y 11 CC).

⁴¹ El artículo 16 CC establece: “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV”. El capítulo IV lleva por título “Normas de Derecho Internacional Privado” y fundamentalmente está contenida en los artículos 9, 10 y 11 CC.

3.3.2.- Criterios para aplicar el derecho civil autonómico y el derecho civil estatal

La coordinación de diversos ordenamientos jurídicos, estatal y autonómicos, que son iguales jerárquicamente y que tienen una vigencia simultánea sobre un mismo territorio requiere conocer cuando se aplicará cada uno.

Se trata de un tema complejo, que ha convertido la determinación de la legislación civil aplicable en España en una cuestión delicada. En síntesis, podemos establecer los siguientes criterios:

a) Aplicación general y directa del derecho estatal en las materias reservadas

El Estado se ha reservado constitucionalmente “en todo caso” competencia exclusiva sobre determinadas materias (art. 149.1.8 CC): las relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas; las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, sin embargo, esta norma no incluye la regulación de las uniones de pareja sobre la que tienen competencia legislativa las Comunidades Autónomas; la regulación de los Registros e instrumentos públicos; las bases de las obligaciones contractuales; las normas para resolver los conflictos de leyes, y la determinación de las fuentes del derecho, con respeto a las normas de derecho foral o especial.

Son materias sobre las que el Estado es el único competente y cualquier legislación autonómica sería inconstitucional.

b) Preferencia del derecho civil autonómico

Sobre las materias en que el Estado no tiene competencia exclusiva, la aplicación del derecho civil autonómico es preferente al derecho estatal⁴².

c) Aplicación supletoria del derecho civil estatal

En defecto del derecho civil autonómico se aplicará supletoriamente el derecho civil español (arts. 149.3 CE y 13.2 CC). Sin embargo, esta aplicación supletoria exige el cumplimiento de varios requisitos⁴³:

1. La existencia de una laguna de derecho. Es necesario que exista una laguna de derecho, no es suficiente una laguna de ley. Es decir, tiene que haber una materia que no esté regulada por la ley y que tampoco pueda ser integrada por el resto del derecho civil autonómico.

2. Dicha materia tiene que estar regulada por el derecho civil estatal, ya que, si el ordenamiento jurídico estatal no ha legislado sobre una materia no puede aplicarse supletoriamente.

3. Debe tratarse de una laguna y, por tanto, no es suficiente la existencia de una falta de regulación. Esta distinción es importante, ya que se trata de dos conceptos diferentes: las lagunas permiten la aplicación supletoria del

⁴² Artículo 13 CC: 1. Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España. 2. En lo demás y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas.”

⁴³ En el mismo sentido, ESPIAU ESPIAU, S., *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña*. Barcelona, 2004, p. 32.

derecho estatal, pero la falta de regulación no siempre admite dicha aplicación supletoria.

Ante la ausencia de regulación de una materia, se tiene que valorar si se trata de una laguna del ordenamiento jurídico autonómico o si responde a una decisión consciente del legislador autonómico que no ha considerado oportuno regular un supuesto determinado. En esta situación, se puede distinguir entre laguna, que permite la integración con el derecho supletorio, y el conjunto vacío, que es una falta de regulación voluntaria, en la cual no se aplicará el derecho supletorio y se deberá integrar con el propio derecho civil autonómico.

En este sentido, cuando el legislador autonómico ha regulado una materia de forma completa, sistemática y con voluntad de exhaustividad, no hay que aplicar supletoriamente el derecho estatal, aunque en dicha norma no se regulen los mismos supuestos que en la normativa supletoria. Entender lo contrario llevaría al absurdo de tener que regular exactamente los mismos supuestos que el derecho estatal para evitar su aplicación supletoria.

4.- Que no haya contradicción con los principios informadores del ordenamiento jurídico autonómico.

d) Extraterritorialidad

Finalmente, es posible la aplicación de normas de otros territorios que no están vigentes en una determinada Comunidad Autónoma. Por ejemplo, en el caso de que tengamos que aplicar el régimen económico matrimonial de dos vecinos de Mallorca que se han ido a vivir a Aragón se deberán aplicar las normas de las Islas Baleares.

3.4. Conclusiones sobre la multiculturalidad en el derecho histórico español

I. En los primeros proyectos codificadores de derecho civil se priorizó la voluntad uniformizadora y se ignoró la diversidad jurídica de los territorios con derecho civil propio. La falta de atención a la diversidad provocó el rechazo por parte los territorios excluidos que se resistieron a perder sus normas propias y esta situación comportó problemas en la codificación civil que se han arrastrado hasta la actualidad.

II. La Compilación de los derechos forales no ha sido el fruto del respeto a las diferencias jurídicas de cada territorio, sino que ha sido el resultado del rechazo a una propuesta de Código uniformizadora y la consiguiente defensa de los derechos propios de cada territorio.

III. Una vez creado el conflicto, la solución ha resultado más compleja que un reconocimiento inicial de la diversidad. La supresión de la diferencia creó disputas que se hubieran podido evitar si desde el comienzo se hubiera apostado por un proyecto integrador en el que se hubieran respetado los derechos forales históricos.

IV. De la voluntad inicial de codificar todo el derecho civil en un único Código se ha pasado a un Código civil español y diversas Compilaciones de derecho foral. Actualmente, algunas de estas Compilaciones también han adoptado la forma de Código civil, por lo que la diversidad normativa se ha complicado extraordinariamente.

V. La aplicación del derecho civil se ha vuelto especialmente compleja para la determinación del derecho aplicable: porque hay multitud de normas, porque es difícil limitar el alcance de la aplicación subsidiaria del derecho estatal o porque en un mismo supuesto de hecho pueden concurrir varias normas que tratan diferentes aspectos del problema y que obedecen a principios diferentes.

VI. La Constitución española no ha solucionado definitivamente el problema. Esta norma reconoce la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos, pero su interpretación es controvertida y las discusiones doctrinales son importantes.

VII. Cuando las normas de conflicto internacional comporten la aplicación del ordenamiento español es necesario resolver qué normativa debemos utilizar. Las normas de conflicto no llaman directamente al Código civil español, sino al derecho civil vigente en España que sea de aplicación al caso y, en este supuesto, tendremos que determinar cuál es el derecho efectivamente aplicable: el derecho estatal o un derecho autonómico.

4. La multiculturalidad internacional en España

La multiculturalidad de carácter internacional comporta que en una misma relación jurídica intervengan personas con diversas nacionalidades y con diferentes tradiciones jurídicas y culturales.

Sobre esta cuestión, nuestro derecho privado ha optado por el respeto a las diferentes sensibilidades, singularmente en las materias más cercanas al ser humano, como el derecho de la persona, la familia y la sucesión *mortis causa*. En este sentido, el punto de conexión en las relaciones jurídicas personales internacionales atiende al criterio de la nacionalidad y así lo establece el artículo 9.1 CC al afirmar que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. En cambio, en derecho patrimonial, esto es obligaciones, contratos y derechos reales, las normas de conflicto no fijan un criterio subjetivo, sino objetivo, atendiendo al lugar donde se encuentren las cosas (art. 10.1 CC) o, a falta de ley común, a la ley del lugar de celebración del contrato (art. 10.5 CC)⁴⁴.

⁴⁴ Además, hay que tener en cuenta los tratados internacionales y los Reglamentos de la Unión Europea vigentes en España: Convenio de Roma de 1980, el Reglamento Roma I o el Reglamento Roma II.

De este modo, en las materias relacionadas con la persona, se utiliza un criterio subjetivo, basado en la nacionalidad de los intervinientes⁴⁵. El legislador entiende que las normas propias de cada individuo deben regular las cuestiones relacionadas con su esfera personal y la de su familia. Se trata de materias que afectan directamente a la vida particular de las partes implicadas, por lo que es más coherente aplicar las normas propias del individuo antes que las leyes del territorio en que se encuentra, ya que se trata de cuestiones en las que las personas deben sentirse amparadas y respetadas por la Ley.

Sin embargo, esta opción subjetiva se enfrenta a dos obstáculos que hacen cuestionar el respeto a la multiculturalidad. Estos obstáculos son: a) la inaplicación de la norma extranjera cuando

⁴⁵ CALVO CARAVACA, S.L., “El «Derecho internacional privado multicultural» y el revival de la ley personal”, en *Diario la Ley*, nº 7847, 2012, p. 6, afirma que: “La conexión «nacionalidad» presenta diversas ventajas: 1.º) La nacionalidad es un punto de conexión «estable». Es complicado cambiar de nacionalidad; mientras que es fácil cambiar de «residencia habitual». Al ser una «conexión estable», evita fraudes y potencia la seguridad jurídica. 2.º) La nacionalidad garantiza la aplicación de una sola Ley estatal a las cuestiones relativas al status jurídico del individuo. Es indiferente el país donde el sujeto actúe, habite o emigre. La Ley aplicable a las cuestiones jurídicas relativas a la persona es siempre «una sola Ley»... 3.º) La nacionalidad permite al emigrante mantener sus vínculos culturales con su país de origen. La nacionalidad es una «conexión cultural»... 4.º) La nacionalidad permite la validez internacional de situaciones jurídicas «cristalizadas» ope legis en otros países. En relación con la persona, es frecuente que las Leyes establezcan determinadas situaciones jurídicas y ciertos efectos legales que se producen ope legis, por ministerio directo de la Ley y sin intervención de autoridad pública alguna (ad ex, una persona adquiere su mayor edad sin que sea preciso que lo declare un tribunal y lo mismo ocurre con ciertas medidas de protección del menor, como la patria potestad prorrogada o con la extinción de la patria potestad)... 5.º) El punto de conexión «nacionalidad» no provoca ningún efecto discriminatorio contra nacionales de otros Estados miembros de la UE, efecto prohibido por el art. 18 TFUE (LA LEY 6/1957).”

resulte contraria al orden público (art. 12.3 CC)⁴⁶, y b) la necesidad de prueba del derecho extranjero (art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 33 de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional).

4.1. La inaplicación de la norma extranjera contraria al orden público

El primer límite a la aplicación de la Ley extranjera se establece en el artículo 12.3 CC, que impide la aplicación del derecho extranjero “cuando resulte contrario al orden público”⁴⁷. Se trata de un límite aparentemente necesario, ya que las diferencias normativas entre países pueden comportar la aplicación de normas que ataquen la esencia del ordenamiento jurídico español.

No obstante, la expresión “orden público” es ambigua y en derecho privado tiene, básicamente, dos significados:

⁴⁶ El artículo 12 CC establece que: “1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española. 2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. 3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. 4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española. 5. Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado. 6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español.”

⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, JL., *Elementos de Derecho civil*. Tomo I-3. Madrid, 2005, p. 138, considera que por orden público cabe entender “el conjunto de reglas cardinales que se deduce del sistema de valores imprescindibles que para cada ordenamiento conforman sus reglas imperativas y por cuyo desconocimiento se desnaturalizaría el mismo ordenamiento en su globalidad.”

a) El artículo 1255 CC permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

En este caso, el concepto de orden público aparece como un límite al principio de la autonomía de la voluntad y delimita el ámbito de libertad civil de las partes. Aquí, el concepto de orden público sirve para distinguir entre normas dispositivas y normas imperativas, y determina que las normas imperativas no podrán ser modificadas por las partes.

b) El artículo 12.3 CC, en cambio, establece la inaplicación de aquellas normas de derecho extranjero que sean contrarias a los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. En este caso, no se hace referencia a la contradicción con cualquier norma imperativa, sino que se trata de un concepto mucho más restringido que tiene como objetivo la preservación de los principios sobre los que se asienta nuestro derecho.

Según este criterio, el orden público no se vulnera por cualquier diferencia del derecho extranjero con el derecho español. La infracción debe ser muy grave, tan grave como para poner en peligro el sistema de valores de nuestro ordenamiento jurídico⁴⁸. Se trata de una excepción a la norma general y, como tal, debe ser aplicada restrictivamente, ya que, si se considera que cualquier contradicción del derecho extranjero con el derecho español comporta un ataque al orden público, simplemente, no podríamos aplicar el derecho foráneo.

⁴⁸ GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*. Navarra, 2016, p. 318, afirma que: “La cláusula de orden público es un seguro frente al “salto a lo desconocido” que conlleva la norma de conflicto y delimita las fronteras de tolerancia de nuestro sistema jurídico. Su contenido se integra a partir de los valores y principios fundamentales del ordenamiento jurídico español; en particular, los de rango constitucional y los recogidos en los Convenios de derechos humanos ratificados por España, así como los intereses públicos o generales expresados en la propia Constitución o en otras normas de rango legal.”

El artículo 12.3 CC no impide la aplicación de cualquier norma contraria a nuestro derecho, sino que únicamente pretende evitar la aplicación de aquellas normas que cuestionen los valores fundamentales que definen nuestro ordenamiento jurídico y estos valores están recogidos en la Constitución.

La Constitución establece los valores fundamentales de nuestro derecho, los sitúa en la cúspide de la jerarquía normativa y los protege de una forma privilegiada. Por un lado, defiende los derechos fundamentales: el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la igualdad o el derecho a la libertad; y por otro lado, protege al Estado: la definición de España como monarquía parlamentaria, como un Estado social y democrático de derecho, y la estructura básica de nuestro país⁴⁹.

El derecho debe preservar unos principios básicos para poder reconocerse a sí mismo y estos principios no pueden ser perturbados por elementos internos ni tampoco por la aplicación del derecho extranjero⁵⁰. En consecuencia, se vulnera el orden público cuando se

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, JL., *Elementos de Derecho civil*, Tomo I-3, p. 138, señala que el significado del orden público “se confirma a la vista de los valores superiores del ordenamiento jurídico y de las reglas constitutivas o fundamentales del orden político y de la paz social consagradas en la Constitución de 1978 a cuya luz han de entenderse todas las normas jurídicas en sus artículos 1º-1 y 10-1. Por su transcendencia en el orden jurídico civil, ha que destacar el respeto a la libertad y a la dignidad y a la igualdad de las personas, el respeto a los derechos inviolables que les son inherentes, el respeto al libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás. Otros preceptos constitucionales que, con transcendencia en el ordenamiento civil significan reglas básicas de nuestro sistema jurídico y, en este sentido, integrantes del orden público que condiciona la autonomía de los particulares son los contenidos en los arts. 12, 14, 16, 19, 22, 32, 34, 38, 39, 45 y 47 Const.”

⁵⁰ PEGORARO, L., “Contra la hiper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 47, 2021, p. 105, enumera diversos casos de vulneración de los valores constitucionales: “Según la Ley

atacan los principios establecidos en nuestro ordenamiento constitucional, no cuando se vulnera cualquier norma imperativa existente en nuestro derecho privado. Entenderlo de otro modo, supondría desvirtuar la norma que permite la aplicación del derecho extranjero⁵¹.

fundamental alemana, las asociaciones políticas no deben «dañar o eliminar el ordenamiento fundamental democrático y liberal», están prohibidas además las que no se encuentren «en conflicto con las leyes penales, o se dirijan contra el ordenamiento constitucional o contra el principio de tolerancia entre los pueblos». Se prohíbe a partidos y asociaciones políticas que amenazan el pluralismo político y los principios del Estado de derecho (Rumania), a la soberanía nacional, el régimen democrático, el pluralismo, los derechos fundamentales de la persona humana (Brasil); que propugnan la incitación al odio racial, nacional, étnico o religioso (Bulgaria, Macedonia); que amenazan los derechos y libertades de los otros individuos (Bulgaria). Georgia prohíbe a los partidos promover la propaganda de la guerra, la violencia, o provocar el odio nacional, regional o social. En Costa Rica, art. 98, los partidos deben respetar en sus programas «el orden constitucional» y asegurar la organización interna y el «funcionamiento democrático».”

⁵¹ BACKENKÖHLER CASAJÚS, C.J., “Multiculturalismo y pluralismo jurídico de base religiosa: el derecho islámico en España”, en *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº.115, 2017, p. 131, crítica la excesiva utilización del concepto de orden público y señala que “muchas de las decisiones judiciales se amparan en esta figura para imponer un límite al ejercicio de algunos derechos o facultades de los litigantes, con el inconveniente de que es un concepto que no tiene una definición concreta. Su falta de regulación ha dejado un amplio margen de discrecionalidad judicial a la hora de decidir sobre estas cuestiones, por lo que no resulta raro apreciar en muchas sentencias un abuso de este mecanismo y observar cómo se ha convertido en un mero recurso valorativo de culturas apreciadas como ajenas.”

4.1.1. *Derechos humanos y orden público*

La protección del orden público comporta la defensa frente a determinadas prácticas existentes en otros países⁵². Estas situaciones son muy variadas y la respuesta del ordenamiento jurídico es diversa: cuando esas prácticas no vulneran el orden público, deben ser respetadas (por ejemplo, la decisión de no comer carne de cerdo). En cambio, las contrarias a los derechos humanos están prohibidas e, incluso, están castigadas penalmente (por ejemplo, la mutilación genital femenina⁵³).

Partimos de la base de que las personas son libres y es necesario preservar su libertad de decisión y respetar su diversidad; en consecuencia, debemos amparar aquellos actos que no estén prohibidos ni sean contrarios a la dignidad de la persona ni a los derechos fundamentales⁵⁴.

⁵² ESTEBAN DE LA ROSA, G., “España, la Unión Europea y el Derecho internacional privado ante la multiculturalidad” en *España y la Unión Europea en el orden internacional*. Valencia, 2017, p. 989, señala un cambio de concepción del orden público “que se concreta en los derechos fundamentales del foro, de un lado y, de otro, hay que identificar hasta qué punto el derecho fundamental pueda asumir la diversidad -cultural- presente en las actuales sociedades multiculturales. Por tanto, no se trata de que el orden público actúe con menor intensidad, sino de que su acción se limita, funcionando como “cláusula de salvaguardia”, al emplearse como límite cuando no cabe interpretar los valores que presiden el ordenamiento del foro con arreglo a las particularidades culturales de una legislación extranjera.”

⁵³ La Resolución de 19 de febrero de 2004, del Parlamento Europeo, entre otras, pide a los Estados que: “adopten medidas adecuadas para poner fin a la mutilación genital femenina”.

⁵⁴ ALONSO ÁLAMO, M., “Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural. (lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 18, 2012, p. 34, considera que: “El reconocimiento de intereses culturales e identitarios tiene un límite en la dignidad de la persona. La dignidad de la persona, la que se refleja en la fórmula de la no cosificación y no instrumentalización, ni está condicionada culturalmente ni puede ser redefinida culturalmente.”

La protección de los derechos fundamentales tiene una especial incidencia al tratar el derecho de igualdad, entendiendo que la igualdad no consiste en tratar a todos de la misma forma, sino que consiste en tratar de forma diferente a aquellos que son diferentes. El derecho a la igualdad, especialmente el tratamiento de la mujer, es problemático en algunas tradiciones culturales. En estos casos, cuando se produzca una confrontación entre el derecho a la igualdad de género y las culturas que marginan a la mujer, debemos posicionarnos de una forma decidida en favor del respeto al derecho de igualdad de todas las personas, con independencia de su género⁵⁵.

En este sentido, es imprescindible reconocer el gran trabajo del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la lucha contra la discriminación, tanto de forma directa cuando se vulnera el derecho de igualdad, como de forma indirecta “cuando una política o medida, aun formulada de manera neutra, produce un efecto perjudicial desproporcionado sobre un grupo (DH y otros c República Checa de 13 de noviembre de 2007)”⁵⁶.

⁵⁵ PAROLARI, P., “Violencia contra las mujeres, migración y multiculturalidad en Europa”, en *Derecho PUPC*, nº 83, 2019, pp. 368 y 369, afirma la necesidad de contrarrestar prácticas profundamente lesivas de la integridad física (y psíquica) de las mujeres. Sin embargo, también considera que hay que ponderar las sanciones, especialmente del Derecho penal y considera que “respuestas excesivamente intransigentes por parte del derecho pueden provocar, por un lado, atrincheramientos identitarios que revitalizan precisamente aquellas prácticas que se pretendían erradicar; y, por otro lado, una mayor reticencia de las mujeres a denunciar la violencia sufrida: no debe olvidarse, de hecho, que la violencia contra las mujeres es cometida muy frecuentemente por familiares con los cuales las víctimas tienen, a menudo, una relación ambivalente de amor y odio. Se ha sostenido, por tanto, que podrían resultar mucho más eficaces políticas inspiradas en la «lógica del menor daño», que tomen en cuenta razones de oportunidad concreta, conjugando instrumentos jurídicos de carácter civil o administrativo con campañas de sensibilización e información.”

⁵⁶ CASTRO JOVER, A. “Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional europeo”, p. 42. Esta autora añade, p. 42: “Un avance muy significativo en la

Ahora bien, en aquellos casos en los que no ha habido una violación de los derechos humanos, debemos respetar libertad individual de las personas y la voluntad de cumplir con las tradiciones propias de su cultura, aunque no sea acorde a los usos, costumbres y normas del país de acogida⁵⁷.

4.1.2. *La influencia de los derechos humanos en la diversidad cultural*

No podemos ignorar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha tenido un papel importante en la unificación del derecho⁵⁸. En su origen, los derechos humanos surgieron para

tutela antidiscriminatoria se ha producido al considerar que existe discriminación cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no aplican un tratamiento diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente diferentes (Thilmmenos c Grecia de 6 de abril de 2000)."

⁵⁷ MARTÍN SÁNCHEZ, M., *La perspectiva de género en la protección internacional de los derechos humanos diálogo multinivel y deconstrucción de estereotipos*. Valencia, 2020, p. 299, en relación a las mujeres, pero extrapolable a otros supuestos, considera: "La mayor complejidad está en el hecho de que el ejercicio de algunas prácticas por parte de las mujeres suscita la duda de si lo hacen realmente en el ejercicio de su libre voluntad o por imposición paterna, marital o incluso socio-cultural. Las que atentan gravemente contra derechos están prohibidas, no entra en valor el ejercicio de la libertad. Pero en otras, debe presumirse su voluntariedad y, aunque sobre ellas recaen fuertes sospechas de ser impuestas, resulta complicado destruir dicha presunción. De hecho, suelen llevarse a cabo amparadas en creencias que incluso las propias víctimas profesan convencidas de que son un bien o mejora para ellas o para sus agresores, bajo el pretexto de no saber que son contrarias a derechos. Sea como sea, los derechos humanos se imponen y aquellas que sean prácticas nocivas no caben."

⁵⁸ GARCÍA SÁNCHEZ, C. "La universalidad de los derechos humanos: una apuesta por la multiculturalidad de los pueblos indígenas en Colombia", p. 5, afirma: "Si bien, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de aquí en adelante DUDH, fue un documento elaborado en 1948, aún tienen vigencia y es aceptado a nivel internacional, las implicaciones sociales, jurídicas y culturales de la DUDH han llegado a niveles inimaginables en la

defender a las personas, especialmente a los más débiles, frente a las imposiciones del poder político⁵⁹. Desde esta perspectiva, los derechos humanos se han presentado como un valor común a toda la humanidad que es inherente a cualquier cultura y se han convertido en un punto de encuentro de todos los seres humanos, junto al constitucionalismo y la democracia⁶⁰.

Existe el convencimiento de que asegurando los derechos de las personas individuales también se garantizan los derechos de las minorías. Sin embargo, no necesariamente es así. La protección de los derechos individuales no necesariamente comporta la protección de los derechos colectivos.

medida en que, si bien vela por el bien común, el hecho de que intente homogenizar los derechos termina convirtiéndose en una contradicción ontológica, en tanto, la universalización atenta contra la particularidad intercultural de los pueblos...”

⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid, 2013, p. 226, señala: “Frente al principio absolutista de que *quod principi placuit legis habet vigorem*, frente a la célebre definición de soberanía como poder absoluto y perpetuo de una república, en suma, frente a la idea de un poder absoluto y sin más límites que los que pudiese imponer la moral del príncipe, el constitucionalismo y los derechos significan limitación del poder, y limitación precisamente desde o partir del individuo y del reconocimiento de su dignidad y autonomía como valores primarios.”

⁶⁰ PEGORARO, L., “Contra la hiper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido”, p. 101, considera: “En el plano epistemológico, presuponer derechos fundamentales universales, no anclados a las elecciones axiológicas de cada sociedad, implica: desconocer el conocimiento empírico y dar connotaciones religiosas a preferencias condicionadas ineludiblemente por la cultura de pertenencia; negar la enseñanza de la historia y de otras ciencias, como la sociología, la antropología, la geografía, la ciencia política...”.

Los derechos humanos han sido formulados desde una visión Occidental⁶¹, en la que prevalece el individuo por delante de la sociedad y se relega los derechos de las culturas, los grupos o las sociedades a un plano secundario⁶². De este modo, si analizamos los derechos recogidos en las constituciones y en la mayoría de los convenios, el respeto a la identidad cultural no aparece citado de manera expresa, y tenemos que hacer una interpretación amplia de sus preceptos para encontrar el reconocimiento constitucional de la identidad cultural⁶³.

⁶¹ RUIZ VIÉYTEZ, E. J., “Derechos Humanos y Diversidad Cultural: ¿un binomio inestable?”, p. 61 dice que “A pesar de que es precisamente la propia diversidad cultural la que ha impulsado en ocasiones la aparición de normas protectoras de la persona humana, el Derecho sigue sin ofrecer respuestas consistentes que garanticen la universalidad de los derechos humanos en un mundo organizado políticamente en Estados soberanos. La tesis central es que la estatalidad ha constreñido y condicionado gravemente el desarrollo de los derechos en beneficio de los grupos mayoritarios o dominantes de cada país.”

⁶² RUIZ VIÉYTEZ, E. J., “Derechos Humanos y Diversidad Cultural: ¿un binomio inestable?”, pp. 64 y 65, considera que: “En 1945 la protección de minorías quedó relegada al imputársele injustamente parte de los males padecidos en los años anteriores y la atención se centró en la protección de la persona individualmente considerada. Esta nueva perspectiva, que relegaba el ámbito identitario y cultural a un segundo plano, se reflejó en el texto de la DUDH de 1948 y en el modo en el que empezó a caminar la protección de los Derechos Humanos en las NNUU. Así, en el plano normativo internacional se enfatizó la universalidad de unos derechos escritos en clave individual y que hacían poca o ninguna referencia a la vertiente identitaria de las personas”. Por su parte, LAURENZO COPELLO, P., “El derecho penal frente a la diversidad cultural: una ambivalencia programada”, p. 125, señala que “existe la posibilidad de convertir a los derechos humanos en un «proyecto cosmopolita», basado en el diálogo entre culturas que supere la habitual lectura supremacista de estos derechos al servicio de los intereses económicos y geopolíticos del mundo capitalista.”

⁶³ ESTEBAN DE LA ROSA, G., “España, la Unión Europea y el Derecho internacional privado ante la multiculturalidad”, p. 984, considera que: “La

Por ello, es necesario plantearse cuáles han sido las consecuencias de los derechos humanos sobre la diversidad cultural. Es cierto que el objetivo principal era proteger a los individuos de los abusos, pero de una forma indirecta también ha comportado unificar la diversidad entorno a los valores propuestos desde una determinada forma de pensar. En este sentido, es “verdad que el principio de no discriminación garantiza el igual ejercicio de los derechos fundamentales, pero no garantiza los derechos minoritarios que tienen un contenido propio, dicho de otro modo, los estándares antidiscriminatorios no son derechos minoritarios”⁶⁴. O, dicho de otra forma, “el problema no es la igualdad de derechos sino el derecho a la diferencia dentro de la homogeneidad cultural mayoritaria dentro de una sociedad”⁶⁵.

En consecuencia, los derechos individuales no deben plantearse en contraposición a los derechos de las minorías, sino como un complemento de estos que permita enriquecer su interpretación⁶⁶.

identidad cultural no está reconocida de forma expresa ni en la Constitución española (CE'78) ni en los convenios sobre derechos humanos (salvo por la vía del art. 81 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), sino que hay que buscar su engarce con el “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE'78), que -como libertad general de acción- constituye el aspecto dinámico de la dignidad, porque la primera no viene dada una vez por todas, sino que se produce en desarrollo... El libre desarrollo de la personalidad comprende el hecho de que la persona pueda vivir en el ambiente que le permita poder aprender las costumbres que son propias del pueblo o colectividad a la que pertenece.”

⁶⁴ CASTRO JOVER, A., “Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional europeo”, p. 29.

⁶⁵ AGUILERA PORTALES, R., “Políticas del multiculturalismo, inmigración y derechos diferenciales En el nuevo contexto global”, en *Revista de derecho UNED*, nº 11, 2012, p. 943.

⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, p. 245, señala: “A mi juicio, este es el reto al que debe hacer frente el constitucionalismo liberal: saber distinguir las exigencias de los derechos que se postulan como universales e innegociables de aquellas

4.2. La necesidad de prueba del derecho extranjero

4.2.1. *La naturaleza jurídica del derecho extranjero*

El derecho extranjero debe ser objeto de prueba ante los tribunales españoles. Esta necesidad de prueba se establece en el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) que dice que serán objeto de prueba: “la costumbre y el derecho extranjero”⁶⁷, y en el artículo 33 de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional (en adelante, LCJI)⁶⁸.

otras exigencias que en el fondo responden a cosmovisiones particulares propias de Occidente, o de una parte de Occidente. Porque no parece cierto que la teoría de la justicia asumida en nuestras sociedades se identifique toda ella con el contenido de los derechos fundamentales o de los valores de autonomía y dignidad, sino que con frecuencia presentan otros ingredientes que hunden sus raíces en tradiciones particulares. Hablar entonces de derechos culturales de las minorías, o del pleno disfrute por parte de estas de los derechos fundamentales comunes, cobra todo su sentido, el mismo sentido que hablar del respeto a las cosmovisiones particulares que han venido conviviendo en nuestros Estados plurales. Su límite no es diferente: la protección de los derechos fundamentales adscritos a todos y a cada uno de los individuos.”

⁶⁷ El artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece: “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.”

⁶⁸ Artículo 33. De la prueba del Derecho extranjero. 1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.

La prueba del derecho extranjero plantea la duda de si estamos ante un hecho o ante un derecho. Personalmente, considero que el derecho foráneo tiene naturaleza jurídica⁶⁹, pero parte de la doctrina considera que es un hecho, ya que la aplicación de las normas extranjeras como un auténtico derecho atentaría contra la soberanía del Estado⁷⁰.

No comparto esta opinión, ya que el derecho extranjero no es un derecho *vigente* en España, sino que es un derecho *aplicable* en nuestro país. En este sentido, cabe recordar que “toda norma vigente – temporal o territorialmente- es aplicable por sí misma, pero no toda norma aplicable está vigente”⁷¹. Para profundizar en esta idea, es necesario analizar la diferencia entre vigencia y aplicación de las normas:

a) Vigencia. La vigencia comporta que una norma está en vigor y produce efectos en un tiempo y un territorio determinados.

2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica. 3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español. 4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.

⁶⁹ En el sentido de que la naturaleza del Derecho extranjero es jurídica: STC de 17 de enero de 2000.

⁷⁰ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Anales del Derecho*. nº. 17, 1999, p. 286, señalan que “Aplicar en España el Derecho extranjero y tratarlo como un auténtico Derecho supondría un atentando insostenible contra nuestra Soberanía: aceptaríamos en España “mandatos legislativos extranjeros”. Solución al problema: se recurre al artificio de considerar que el Derecho extranjero es un *hecho procesal*.”

⁷¹ GINEBRA MOLINS, M.E., en VAQUER ALOY, A. (Coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*. Barcelona, 2013, p. 69 (en catalán en el original).

Para ello, tiene que reunir dos caracteres: temporalidad y territorialidad. La temporalidad comporta que la norma tiene vigencia en un tiempo determinado: el periodo entre su entrada en vigor y su derogación. Y la territorialidad supone que la norma ha sido dictada por el poder legislativo competente y, por tanto, que dicha norma es imperativa en ese territorio.

b) Aplicación. Todo derecho vigente es aplicable: “El efecto de la vigencia es la aplicabilidad inmediata de la norma”, ya que “la mera vigencia determina la aplicabilidad y justifica la aplicación⁷²“. No obstante, la aplicación es un concepto más amplio que el de vigencia y también incluye aquellas normas que no están vigentes, pero que son aplicables.

- Temporalmente: las disposiciones transitorias de una norma permiten la aplicación de preceptos derogados.

- Territorialmente: son aplicables aquellas normas extranjeras o de otras Comunidades Autónomas que no están vigentes, pero que son aplicables por el llamamiento que realizan las normas de conflicto de derecho internacional o de derecho interregional.

Consecuentemente, el derecho extranjero es derecho, pero su aplicación no ataca la soberanía del Estado, ya que no se trata de normas vigentes, sino de normas aplicables en un territorio diferente.

No obstante, el derecho extranjero debe ser probado y, por tanto, tiene un tratamiento diferente que el derecho propio, por dos razones fundamentales: a) las dificultades prácticas que surgen de la imposición al juez nacional de la obligación de conocer el ordenamiento jurídico foráneo, y b) la seguridad jurídica.

⁷² GINEBRA MOLINS, M.E., pp. 67 i 69 (en catalán en el original).

a) *La dificultad de conocer el derecho extranjero*⁷³. El principio *iura novit curia* obliga al juez a conocer, interpretar y aplicar el derecho. Este principio tiene tres consecuencias: a) el juez debe conocer el derecho; b) no es necesario que las partes prueben la Ley, y c) el juez puede aplicar una norma distinta a la invocada por las partes.

Sin embargo, estas consecuencias no pueden extenderse al derecho extranjero, debido a la imposibilidad de que los jueces conozcan las normas de todos los países del mundo. Por esta razón, los jueces solamente tienen la obligación de saber el derecho *vigente* en su Estado y no se les puede exigir el deber de conocer el derecho extranjero *aplicable* en su territorio.

De este modo, aunque el derecho foráneo tiene naturaleza jurídica, no es posible imponer su conocimiento a los jueces nacionales para que lo apliquen como si fuera el derecho interno y, por ello, parece más adecuado tratarlo como un hecho procesal.

No obstante, sobre este tema hay un importante campo de mejora, ya que el conocimiento del derecho no puede dejarse en manos de las partes y sería conveniente que el juez pudiera obtener información veraz sobre el derecho extranjero de una forma oficial y pública. Es cierto que existen dificultades prácticas, pero es necesario conseguir que la prueba del derecho extranjero sea un tema público, no privado, ya que considerarlo como un hecho sujeto a prueba resulta paradójico⁷⁴.

⁷³ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, p. 287, señalan “el inconveniente de generar un *alto coste* para los tribunales. Sobre sus espaldas pesa la dura obligación de probar un Derecho extranjero.”

⁷⁴ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G., *Derecho internacional privado*. Valencia, 2015, p. 345 dicen que: “este tratamiento del derecho extranjero como auténtico derecho susceptible de ser aplicado como tal por los tribunales españoles contrasta, sin embargo, con su tratamiento procesal, en el que resulta necesaria su prueba –como si de un

En este sentido, se podrían reformular las competencias de la autoridad central española, que es el organismo designado en España para verificar y prestar auxilio en materia de cooperación jurídica internacional⁷⁵. Este organismo podría ampliar sus funciones hasta convertirse en la institución encargada de verificar y acreditar el derecho extranjero. Además, también se podrían potenciar los convenios internacionales sobre información del derecho foráneo, por ejemplo: el Convenio acerca de la información del derecho extranjero o la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero.

b) El mantenimiento de la seguridad jurídica. Toda sentencia debe estar razonada. Por ello, al aplicar el derecho extranjero, el juez debe argumentar y acreditar cuál es la fuente de su conocimiento, ya que las partes no pueden verse sorprendidas por la aplicación de unas normas que no conocen, que no han sido objeto de debate y sobre las cuales no ha existido posibilidad de contradicción durante el proceso. En este sentido, el juez no puede sustituir la prueba del derecho

hecho se tratara- por las partes, y con el papel contradictorio jugado por el juez en relación con su averiguación.”

⁷⁵ Artículo 8 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional se refiere a las funciones de la autoridad central española, que son: a) Verificar la adecuación de las solicitudes que se reciban a lo previsto en los artículos 10, 11, 30 y 31 y demás normas concordantes de aplicación. b) Prestar el auxilio y la colaboración que las autoridades judiciales competentes requieran en materia de cooperación jurídica internacional. c) Garantizar la correcta tramitación de las solicitudes de cooperación jurídica internacional. d) Promover el uso de las redes internas e internacionales de cooperación disponibles. e) Proporcionar información sobre Derecho español cuando proceda con arreglo a lo previsto en el artículo 36, así como información sobre Derecho extranjero, conforme a lo dispuesto en los artículos 34 y 35. f) Solventar en lo posible las dificultades que puedan suscitarse en el cumplimiento de las solicitudes de cooperación jurídica internacional. g) Colaborar con las autoridades centrales de otros Estados, así como con otras autoridades españolas y extranjeras.

extranjero por su conocimiento privado del mismo, porque las partes quedarían indefensas ante la aplicación de un derecho que es aplicable, pero que no está vigente en su territorio.

Estas razones, comportan que, a efectos procesales, el derecho extranjero sea considerado como un hecho procesal que debe ser acreditado y, por tanto, con relación al derecho extranjero no es aplicable la máxima *iura novit curia*.

4.2.2.- Alegación y prueba del derecho extranjero

La prueba del derecho extranjero tiene como objetivo fundamental conseguir que el juez español dicte una sentencia lo más aproximada posible a la que dictaría el juez extranjero. Para ello, el tribunal debe tener en cuenta diversos parámetros: el contenido del derecho extranjero, su vigencia, su correcta interpretación y la aplicabilidad del derecho al caso concreto⁷⁶.

Sin embargo, el hecho de que deba probarse el derecho extranjero y que la carga de la prueba recaiga en las partes, produce algunas distorsiones que estructuraré en base a tres cuestiones: a) la imperatividad de las normas de conflicto; b) la aplicación del derecho español en caso de que no se acredite el derecho extranjero, y c) la carga de la prueba del derecho extranjero recae en las partes.

a) La imperatividad de las normas de conflicto

La norma de conflicto impone la aplicación de un determinado derecho para resolver un caso. El derecho extranjero debe ser acreditado, pero si las partes no lo acreditan, se aplicará otro ordenamiento jurídico diferente, el derecho español.

⁷⁶ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, p. 299.

Las normas de conflicto son imperativas y, por tanto, no están sujetas a la libre disposición de las partes⁷⁷. El problema es que las partes pueden evitar la aplicación del derecho extranjero de una forma muy simple: con la falta de acreditación del derecho foráneo⁷⁸. De esta forma, es posible saltarse la norma de conflicto y evitar la aplicación del derecho personal de los particulares.

A mi modo de ver, se debería impedir que las partes pudieran maniobrar fraudulentamente para conseguir la aplicación de un derecho diferente del previsto legalmente, ya que solamente desde la aplicación estricta de las normas de conflicto se obtiene un resultado ajustado a Derecho.

b) Para el caso de no fuera acreditado el derecho extranjero, se aplicará el derecho español

Según el artículo 33.3 LCJI: “Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, podrá aplicarse el derecho español.” Este precepto se fundamenta en que el Juez siempre tiene que sentenciar y no puede abstenerse de resolver un caso. Por ello, cuando concurren estas dos premisas: la falta de prueba del derecho foráneo y la necesidad de sentenciar, hay que buscar un ordenamiento jurídico que el juez conozca y que permita resolver el

⁷⁷ Según el artículo 12.6 CC: “Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español.”

⁷⁸ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G., p. 345 afirman que: “Bastará, pues, con que las partes no prueben el contenido del derecho extranjero, o que el juez entienda que no le ha sido suficientemente probado para que dicho derecho foráneo no pueda ser aplicado por el juez español. Ello no sólo impide el cumplimiento del mandato de la concreta norma de conflicto española, contraviniendo –por ende– la imperatividad que le atribuye el artículo 12.6 Cc, sino que, además, frustra en última instancia las expectativas generadas por el legislador nacional al diseñar dicha norma de conflicto.”

caso, y esta búsqueda solamente puede conducir a la aplicación del derecho propio⁷⁹.

El derecho español se presenta como la última solución para emitir una sentencia, ya que es el ordenamiento jurídico que los tribunales están obligados a conocer. Sin embargo, a mi modo de ver, esta solución tiene un fallo en una de sus premisas: ¿cómo es posible que no se pueda conocer el derecho extranjero? Puede que la prueba sea más o menos laboriosa, pero siempre debería ser posible acreditarlo. Aunque procesalmente se ha decidido tratar el derecho extranjero como un *hecho procesal*, no es un hecho, sino derecho. Y el derecho siempre puede conocerse.

En mi opinión, debería evitarse la aplicación del derecho español, ya que ello facilita el fraude de Ley, permite evitar la imperatividad de las normas de conflicto y, en consecuencia, comporta la aplicación de un derecho ajeno al de los intervinientes. La falta de prueba convierte nuestro sistema imperativo de normas de conflicto, en un sistema facultativo en el que las partes pueden decidir según les convenga⁸⁰.

⁷⁹ GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, p. 239, considera que ante la falta de prueba del Derecho español, teóricamente, cabían dos soluciones: (i) o resolver conforme al Derecho español; (ii) o desestimar la demanda por falta de prueba del Derecho extranjero.

⁸⁰ FONTANELLAS MORELL, J.M., “La sucesión de un ciudadano marroquí de confesión judía ante los tribunales españoles”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº. XIII, 2013, p. 1157, señala que si los Letrados en un determinado juicio saben que “si van recurriendo todas las decisiones y el asunto llega al TS, mucho habrán de variar las cosas para que el Alto Tribunal no fallase según el Derecho español, que es lo que perseguían desde el inicio. Ciertamente, el pleito habrá sido largo y oneroso, pero ellos habrán conseguido su propósito de eludir la aplicación del Derecho extranjero competente –de conformidad con el cual su demanda tal vez no habría prosperado–, y de paso, habrán puesto nuevamente de relieve que nuestro sistema conflictual opera, a la postre, como un sistema facultativo; es decir, disponible por las partes.”

c) La carga de la prueba del derecho extranjero recae fundamentalmente en las partes

El artículo 281 LEC establece: “El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, *pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.*” (art. 281 LEC). A la vista de este precepto se podría considerar que el juez puede ser proactivo a la hora de acreditar el derecho extranjero ya que, en el caso de que las partes no puedan probar el derecho extranjero, “el tribunal debe colaborar en dicha prueba”⁸¹.

Sin embargo, a pesar de esta esperanzadora interpretación literal de la Ley, la jurisprudencia ha restringido la posible cooperación judicial en la acreditación del derecho foráneo, y las sentencias judiciales existentes (SSTC 155/2001, de 2 de julio de 2001 o 33/2002, de 11 de febrero de 2002) han restringido el papel del juez a la misión de completar o corroborar las pruebas presentadas por las partes⁸².

No obstante, creo necesario insistir en que la naturaleza jurídica del derecho extranjero debería ofrecer, de oficio o a través de organismos competentes, medios públicos suficientes que permitan la prueba del derecho extranjero para conseguir un resultado conforme a derecho y respetuoso con la tradición jurídica de las partes⁸³.

⁸¹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, p. 290.

⁸² GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, p. 239, dice que “el derecho extranjero debe ser probado por la parte interesada (=quien lo alegue), sin perjuicio de que el juez pueda, además, proceder él mismo a la averiguación de su contenido. El juez debe limitarse a completar o a comprobar las pruebas que le han presentado las partes.”

⁸³ El artículo 477.1 LEC establece que el recurso de casación habrá de fundarse “en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones

4.3.- Conclusiones sobre la multiculturalidad internacional

I. Las normas de conflicto previstas en las relaciones jurídicas con diferentes nacionalidades remiten al derecho propio de cada persona, en materia de persona, sucesiones y familia. De este modo, el estatuto de cada individuo será el encargado de dirimir las cuestiones que afecten a la esfera vital de cada persona. Se trata de un sistema sensible a la multiculturalidad, que reconoce las situaciones personales y que tiene capacidad para solucionar los conflictos jurídicos con respeto a las diferencias culturales y jurídicas.

II. El concepto de orden público no puede interpretarse como sinónimo de vulneración de las normas imperativas, sino como un sistema de protección de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. En este sentido, *de lege ferenda*, debería sustituirse el concepto de orden público por el de respeto a los derechos y principios constitucionales.

III. La prueba del derecho extranjero no puede quedar en manos de los particulares, ya que se desvirtúa la imperatividad de la norma, el respeto a las minorías y se facilita el fraude al ordenamiento jurídico.

IV. La aplicación del derecho español pone en cuestión la opción por la multiculturalidad, ya que la sustitución del derecho foráneo por el derecho propio del poder político recuerda más a un sistema de absorción que a un sistema multicultural. Por ello, deberían buscarse soluciones más respetuosas con la diversidad y que no permitan la aplicación de un derecho diferente al de los intervinientes.

V. Las soluciones pasan por una mayor cooperación jurídica internacional para conocer y aplicar el derecho de otros países. Hay que avanzar en la colaboración internacional, para que la prueba del derecho extranjero sea un tema público y no privado, con el objetivo

objeto del proceso.” Cuestión en la que, a mi modo de ver, se incluye el Derecho extranjero.

de equiparar las decisiones judiciales y posibilitar la aplicación del derecho extranjero de la forma más aproximada a como se haría en el país de origen.

5. Una sociedad intercultural

La humanidad ha evolucionado gracias a la comunicación y al intercambio de ideas entre personas con formas de pensar diferentes. Las letras, los números, la filosofía, la ciencia, la medicina, el derecho, entre otros muchos, son fruto del intercambio entre culturas. La diversidad es una de las mayores riquezas de la especie humana. Sin embargo, en muchos ámbitos, se ha instalado la idea de que la sociedad occidental es la mejor de todas y las demás culturas deben asimilarse a la corriente mayoritaria y, con el tiempo, desaparecer.

Personalmente, considero que las sociedades multiculturales son una riqueza que hay que preservar, no un problema que hay que erradicar. Para ello es necesario cambiar la perspectiva ante los grupos minoritarios y pasar de la desconfianza y el rechazo a la escucha y el intercambio. Todo ello, dentro de un marco jurídico que respete los derechos individuales y también los colectivos.

La convivencia entre personas puede generar conflictos y estos conflictos se pueden acrecentar por la desconfianza mutua. Sin embargo, el sistema de asimilación del extranjero no es la mejor solución, ya que el rechazo a aquel que piensa y siente de forma diferente crea más problemas sociales y jurídicos. No se trata de negar la diferencia, sino de conseguir que todos se sientan parte del mismo proyecto social y político, desde sus diferencias culturales, étnicas, lingüísticas o religiosas.

Es necesario crear vías para acoger a los que piensan de forma distinta y para ello no es suficiente la no discriminación, sino que se debe perseguir la plena integración. Por tanto, el multiculturalismo no

es el objetivo final, sino que debemos avanzar hacia el interculturalismo⁸⁴.

El interculturalismo se caracteriza por la voluntad de integrar valores y principios universales: europeos, asiáticos, africanos y americanos⁸⁵. El diálogo siempre es más provechoso que la imposición y un modelo intercultural basado en el respeto mutuo y el intercambio entre iguales debería marcar el futuro de las relaciones jurídicas en las sociedades plurales⁸⁶:

⁸⁴ GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J., “¿Interculturalidad, multiculturalidad, o simplemente Pluralismo religioso?”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º. 27, 2011, p. 9, aclara: “Inter” es un prefijo que significa “entre” o “en medio”; y como segunda acepción “entre varios”. Por tanto se puede decir que interculturalidad hace referencia a entre culturas. Un Estado intercultural sería aquel en el que conviven varias culturas que interactúan entre ellas, se comunican e incluso se integran, respetan la diversidad y se enriquecen mutuamente.”

⁸⁵ PEGORARO, L., “Contra la hiper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido”, p. 115, considera: Lo que propongo es ... el abandono de una visión multicultural a favor de un verdadero interculturalismo, capaz de aceptar también vínculos provenientes del exterior y no sólo de conceder al lado de la propia religión de Estado los cultos admitidos, dentro de los límites de la ley. Sin embargo, a diferencia de la filosofía occidental, que es antropocéntrica, las filosofías orientales, africanas y en general las culturas «chthonias» no lo son: «no comparten la creencia en la naturaleza aislada, atomista y competitiva del ser humano, ni en la naturaleza utilitarista del homo economicus, ni en el modelo social de centrifugación y gravitación, ni en la naturaleza absolutamente racional del hombre, ni en la naturaleza laica del mismo, ni en la naturaleza idéntica de los géneros, ni en las libertades sin virtudes, ni en el enfoque materialista y hedonista de la vida». Están orientadas a componer las antítesis, a evitar el conflicto, a seleccionar al gobierno en base a principios distintos de la temporalidad de los cargos.”

⁸⁶ GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J. “¿Interculturalidad, multiculturalidad, o simplemente pluralismo religioso?”, p. 18, señala: “Para que una sociedad multicultural tienda a ser estable, vibrante y a estar unida, es preciso que la estructura de autoridad esté basada en el consenso, que los derechos

“La interculturalidad es un modelo interactivo que sitúa su campo de acción en el ámbito político-social y en el que los sujetos activos son, de un lado, los agentes públicos y, de otro lado, la sociedad, ambos interactúan con el objetivo de hacer posible la convivencia en la diversidad, reconociendo y aceptando al otro. El éxito de este modelo exige la existencia de unas precondiciones de tipo tanto estructural como de reconocimiento de derechos en términos de igualdad, sólo si el diálogo intercultural se produce entre iguales se tienen las condiciones necesarias para lograr los objetivos de pacífica convivencia en la diversidad y cohesión social”⁸⁷.

El diálogo y el respeto son esenciales para construir una sociedad en la que las personas y los colectivos sean respetados y puedan desarrollarse libremente.

6. Conclusiones del trabajo

I. Las relaciones jurídicas multiculturales han sido una cuestión debatida a lo largo de la historia y, en un mundo globalizado, este debate continúa y crece. En las sociedades modernas tiene que convivir la cultura dominante junto a grupos minoritarios que defienden el reconocimiento de su identidad propia.

constitucionales sean colectivamente aceptables, que el Estado funcione de manera justa e imparcial, que haya una cultura común de base multicultural, una educación multicultural y una idea de la identidad nacional plural e inclusiva. A su vez, es importante que los ciudadanos y las comunidades se identifiquen con la comunidad política, que quieran sentirse parte de esa comunidad. Lo cual no significa que todos piensen lo mismo o que siempre estén de acuerdo. El diálogo y la comunicación tendrán un papel fundamental.”

⁸⁷ CASTRO JOVER, A., “Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional europeo”, p. 25.

II. Desde el derecho romano, se ha progresado hacia una mayor sensibilidad por las diferencias culturales y jurídicas. Hemos pasado de crear un derecho uniforme y específico para los que son diferentes, el *ius gentium*, a buscar sistemas que se basan en el respeto del derecho propio de las minorías.

III. El *ius gentium* solucionaba un problema jurídico, pero ignoraba la diversidad de sensibilidades; en cambio, actualmente se busca el respeto a las tradiciones jurídicas propias y la aplicación del derecho propio de cada persona. Se puede afirmar que el sistema se va perfeccionando y va mejorando con el tiempo.

IV. La Codificación del derecho civil español fracasó por la exclusión de los territorios con derecho propio. El rechazo a una propuesta uniformizadora ha sido la base del sistema actual, que es sumamente complejo. La negación de la diferencia ha comportado unos problemas que podrían haberse solucionado con diálogo y con un respeto inicial a la diversidad.

V. Los modelos basados en la asimilación están en retroceso. La imposición del derecho de la cultura dominante a las minorías no es la mejor solución a la diversidad. Sin embargo, no podemos considerar que se trate de un modelo superado, ya que determinados países y partidos políticos siguen defendiendo este modelo.

Por el contrario, en los sistemas que defienden la multiculturalidad prevalece la voluntad de respetar la libertad de las personas que piensan de forma diferente.

VI. El punto de conexión basado en la nacionalidad permite mantener los vínculos culturales con el país de origen y es la mejor forma de integrar a las minorías en las sociedades multiculturales. Sin embargo, el sistema es mejorable y deben superarse algunos obstáculos, como una mejor definición del concepto de orden público o la reforma del sistema de prueba del derecho extranjero.

VII. El futuro de la multiculturalidad debería estar presidido por la interculturalidad y por la búsqueda del dialogo entre culturas, sin imposiciones ni discriminaciones.

VIII. Existen procesos unificadores en el derecho, singularmente en la Unión Europea, en los que se impone una armonización de las normas y una tendencia hacia un único derecho para todos los países miembros.

IX. La globalización comporta un proceso progresivo de desaparición de la multiculturalidad a favor de un mundo uniforme, donde las diferencias culturales, lingüísticas y jurídicas den paso a una forma de pensar única, un mercado global y unas normas reguladoras únicas. Sin embargo, las diferencias culturales aportan un gran valor a la humanidad y debemos intentar preservarlas, respetarlas y defenderlas.

7. Bibliografía

– AGUILERA PORTALES, Rafael (2012): “Políticas del multiculturalismo, inmigración y derechos diferenciales En el nuevo contexto global”, *Revista de derecho UNED*, núm. 11: pp. 919-949.

– ALONSO ÁLAMO, Mercedes (2012): “Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural. (Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)”, en *Revista General de Derecho Penal*, número 18: pp. 1-35.

– BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian J. (2017): “Multiculturalismo y pluralismo jurídico de base religiosa: el derecho islámico en España”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, n.115: pp.119-139.

– CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (1999): “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Anales del Derecho*. Vol. 17: pp. 285-306.

– CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis (2012): “El «Derecho internacional privado multicultural» y el revival de la ley personal”, *Diario la Ley*, número 7847: pp. 1-8.

- CASTRO JOVER, Adoración (2013): “Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional europeo”, en CASTRO JOVER, A. (dir), *Interculturalidad y Derecho* (Navarra, Editorial Aranzadi) pp. 23-57.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1955): *Derecho civil de España. Parte general*, Tomo I (Madrid, Instituto de Estudios Políticos).
- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (1979): “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 78, núm. 3: pp. 643-668.
- DELGADO GALINDO, Miguel (2001): “Los principios de territorialidad y personalidad y las circunscripciones eclesiásticas personales”, *Ius Canonicum*, XLI, N. 82: pp. 607-629.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago (2004): *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña* (Barcelona, Editorial Atelier).
- ESPIAU ESPIAU, Santiago (2013): “L’aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi civil de Catalunya”, *Indret*, 2.2013.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago (2015) “Supletorietat i regulació de la prescripció en el codi civil de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 15, Núm. 1: pp. 11-17,
- ESPLUGUES MOTA, Carlos, IGLESIAS BUHIGUES, José Luis y PALAO MORENO, Guillermo (2015): *Derecho internacional privado*. (Valencia, Tirant lo Blanch, novena edición).
- ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria (2017): “España, la Unión Europea y el Derecho internacional privado ante la multiculturalidad”, en ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín y PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (ed.), *España y la Unión Europea en el orden internacional* (Valencia, Tirant lo blanc) pp. 971-991.

- FERRER VANRELL, María Pilar (2008): “Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB”, *Indret*, vol. 3/2008: pp. 1-30.
- FONTANELLAS MORELL, Josep Maria (2013): “La sucesión de un ciudadano marroquí de confesión judía ante los tribunales españoles”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, XIII, pp. 1153-1159.
- GARCIMARTIN ALFÉREZ, Francisco J. (2016): *Derecho Internacional Privado* (Navarra, Thomson Reuters, tercera edición).
- GARCÍA SÁNCHEZ, Carolina (2021): “La universalidad de los derechos humanos: una apuesta por la multiculturalidad de los pueblos indígenas en Colombia”, *Inciso*, 23(1), e1043: pp. 1-17.
- GINEBRA MOLINS, M^a Esperanza (2013): “La vigència i l’aplicabilitat de la Llei”, en VAQUER ALOY, Antoni (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona* (Barcelona, Editorial Atelier).
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús (2011): “¿Interculturalidad, multiculturalidad, o simplemente pluralismo religioso?”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. Número 27: pp. 1-24.
- IGLESIAS, Juan (1972): *Derecho Romano* (Barcelona. Ediciones Ariel, primera edición).
- KUNKEL, Wolfgang (1999): *Historia del Derecho romano* (trad. Juan Miquel, Barcelona, Ariel Derecho, primera edición).
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2005): *Elementos de derecho civil*, Tomo I-3 (Madrid, Dykinson).
- LAURENZO COPELLO, Patricia (2019): “El derecho penal frente a la diversidad cultural: una ambivalencia programada, en LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (dir.). *Retos emergentes de los*

derechos humanos: ¿garantías en peligro? (Valencia, Tirant lo Blanc, primera edición) pp. 109-127.

– LÓPEZ, M. (2013): “El modelo francés: un difícil compromiso entre unidad y diversidad”, en CASTRO JOVER, A. (dir), *Interculturalidad y Derecho* (Navarra, Editorial Aranzadi) pp. 295-319.

– MARTÍN SÁNCHEZ, María (2020): *La perspectiva de género en la protección internacional de los derechos humanos. Diálogo multinivel y deconstrucción de estereotipos* (Valencia, Tirant lo Blanc, primera edición)

– MIQUEL, Joan (1995): *Dret privat romà* (Madrid, Marcial Pons, primera edición).

– PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo (2008): *Derecho romano* (Valencia, Tirant lo Blanch, cuarta edición).

– PAROLARI, Paola (2019): “Violencia contra las mujeres, migración y multiculturalidad en Europa”, en *Derecho PUPC*, número 83, diciembre-mayo: pp. 357-386.

– PEGORARO, Lucio (2021): “Contra la híper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47: pp. 97-127.

– PRAT DE LA RIBA, Enric (1978): *La nacionalitat catalana* (Edicions 62 y La Caixa, Barcelona)

– PRIETO SANCHIS, Luis (2013): *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica* (Madrid, Editorial Trotta, primera edición).

– PUIG FERRIOL, Lluís (1990): “Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Instituto de Estudios Autonómicos*, vol. I: pp. 412-437.

- ROCA TRIAS, Encarna (1979): “El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1978”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 78: pp. 7-36.
- RUIZ VIÉYTEZ, Eduardo J. (2019) “Derechos Humanos y Diversidad Cultural: ¿un binomio inestable?”, *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Número 39: pp. 60-78.
- VIOLA, Francesco (2004): “Derecho de gentes, antiguo y contemporáneo”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 50, p. 165-189.

Normas citadas

- ESPAÑA, Constitución española (29/12/1978).
- ESPAÑA, Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (20/07/2006).
- ESPAÑA, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (25/07/1889).
- ESPAÑA, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (08/01/2000).
- ESPAÑA, Real Decreto de 2 de febrero de 1880.
- ESPAÑA, Ley de bases de 11 de mayo de 1888.
- ESPAÑA, Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (22/07/1960).
- ESPAÑA, Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (31/07/2015).
- UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la

aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (04/07/2012).

– UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (17/06/2008)

– UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (11/07/2007).

– Declaración Universal de los Derechos Humanos (10/12/1948).

– Convenio Europeo, acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero (07/06/1968).

– Convención Iberoamericana, sobre prueba e información acerca del Derecho Extranjero (08/05/1979).

– Convenio de Roma (el 19 de junio de 1980).

– Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa (01/02/1995).

Jurisprudencia citada

– STC 88/1993, de 6 de junio.

– STC 89/1993, de 12 de marzo.

– STC 10/2000, de 17 de enero.

– STC 155/2001, de 2 de julio.

– STC 33/2002, de 11 de febrero.

– STC 31/2010, de 28 de junio.

– STC 83/2016, de 28 de abril.

**L'ABORTO PER CAUSA D'ONORE NEI
CODICI PREUNITARI. 'PRODROMICHE'
FORME DI RICONOSCIMENTO DELLA
'AUTODETERMINAZIONE FEMMINILE'**

**ABORTION FOR REASONS OF HONOR
IN THE PRE-UNIFICATION CODES.
'PRODROMAL' FORMS OF RECOGNITION OF
'FEMALE SELF-DETERMINATION'.**

Fecha de recepción: 12 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 5 de marzo de 2024

Marianna Pignata¹
**Università degli Studi della Campania "Luigi
Vanvitelli"**

¹ marianna.pignata@unicampania.it

Abstract: The essay examines how, prior to the Zanardelli penal code of 1889, the regulation of abortion in the pre-unification penal codes provided for a significant opening to the woman's 'self-determination' since her decision to terminate the pregnancy for reasons attributable to the 'cause of honour' led to a decrease in punishment. The Zanardelli Code, on the contrary, accepted the mitigating circumstance only if the decision was attributable to the father or husband of the pregnant woman. Examination of the discipline adopted in this regard by the pre-unitary codes highlights the 'regression' that occurred with the Zanardelli code.

Resumen: Il saggio intende esaminare come, prima del codice penale Zanardelli del 1889, la disciplina dell'aborto nei codici penali preunitari prevedeva una significativa apertura alla "autodeterminazione" della donna poiché la sua decisione di interrompere la gravidanza per motivi riconducibili alla "causa d'onore" comportava una diminuzione di pena. Il codice penale unitario, invece, accolse la circostanza attenuante solo se la decisione era riferibile al padre o al marito della donna gravida. L'esame della disciplina adottata al riguardo dai codici preunitari mette in rilievo la "regressione" che si ebbe con il codice Zanardelli.

Palabras clave: Codici preunitari – aborto –

Key Words: the pre-unitary codes – abortion –

1. La stretta contro l'autodeterminazione delle donne: il procurato aborto nel Codice Zanardelli

Vi sono pochi argomenti a proposito dei quali la società borghese manifesti una maggiore ipocrisia: l'aborto è un crimine ripugnante ed è indecente alludervi. Se uno scrittore descrive le gioie e le sofferenze di una donna che ha partorito, tutto va bene; se parla di una donna che ha abortito, è accusato di abbandonarsi all'oscenità e di vedere l'umanità sotto un aspetto ignobile.

Così la 'filosofa esistenzialista' Simone de Beauvoir, ne *Il secondo sesso*², nel 1949, rappresentava tutto ciò che significò la terza ondata del femminismo esplosa nella seconda metà del XX secolo ed a cui seguì, nel 1971, il *Manifeste des 343 salopes*³: un documento firmato da donne con ruoli pubblici che si autodenunciavano per aver fatto ricorso ad un'interruzione di gravidanza per reclamare il diritto all'aborto, un traguardo che verrà raggiunto in Italia solo sette anni dopo⁴. Il traguardo però non è esente dal dibattito che pervade ancora l'Europa e che verte sul bilanciamento tra la vita del nascituro e l'autodeterminazione della gestante; un dibattito non omogeneo nei diversi paesi, poiché riflette una varietà di influenze, nel quale un ruolo importante assume la posizione della Chiesa Cattolica cui si contrappone un movimento che chiede una maggiore liberalizzazione dell'aborto; un dibattito che non può, oggi, non tener conto dello sviluppo delle tecnologie che influiscono sui diritti del nascituro in relazione alla ricerca e alla pratica biomedica⁵. A tal proposito, la scienza medica definisce l'aborto come l'interruzione spontanea o artificiale della gravidanza in un periodo in cui il feto non è vitale per insufficienza di sviluppo cronologico, un'interruzione che può essere spontanea, allorquando si verifici per cause naturali, o artificialmente

² Cfr. de BEAUVOIR, S., *Le deuxième sexe*, Paris, 1949.

³ Per una 'narrazione singolare' del *Manifeste*, si rinvia a STRAG, H. - LAFFITTE, A., - DUPHOT, H., *Le Manifeste des 343: L'histoire d'un combat*, 2020.

⁴ Cfr. L. 194/1978 «Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza», ed è stata una delle tre leggi sanitarie introdotte nel 1978 che hanno cambiato la sanità italiana per sempre. Da allora la 194 è rimasta intatta, senza alcuna modifica o integrazione, superando un referendum abrogativo e moltissimi attacchi dal fronte anti abortista. Ma non è mai stata toccata e vige tuttora nella sua formulazione di 45 anni fa. Sul tema, sconfinata la letteratura. Tra i tanti volumi e contributi si rinvia a COCCHIARA, M.A., CARDILE, G., *Aborto ieri e oggi. L'applicazione della 194 tra obiezioni di coscienza e diritto alla salute delle donne*, Brescia, 2016.

⁵ Su questi temi, da ultimo CHIEFFI, L., SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano, 2015.

provocata, quale risultato di una specifica attività posta in essere dalla donna, eventualmente con il concorso di terzi o a sua insaputa⁶ e, solo in quest'ultimo caso, assume rilevanza giuridica, rilevanza che si riscontra in ogni tempo ma «che si evolve con il mutare nel tempo di costumi ed ideologie, manifestandosi con una varietà di qualificazioni giuridiche e sanzioni»⁷.

Le origini del fenomeno *de quo* si perdono nella notte dei tempi, tra contesti normativi nei quali la pratica era sia moralmente che giuridicamente lecita e, pertanto, profondamente diffusa, e contesti dove veniva sanzionata addirittura con la pena capitale⁸. Attualmente, il diritto penale definisce il procurato aborto come l'interruzione intenzionale del processo fisiologico della gravidanza, con la conseguente morte del prodotto del concepimento⁹.

Questo contributo - che rappresenta una minima divagazione ad un racconto storico-giuridico che meriterebbe spazi d'indagine ben più ampi, si soffermerà sulla disciplina dell'aborto procurato nei Codici penali preunitari italiani, perché le loro disposizioni - speculativamente ricche e soprattutto espressive del dibattito che ancora oggi anima la nostra contemporaneità - anticiparono lo sviluppo dottrinale della scienza penalistica, i cui esiti si trasfusero nel Codice Penale "Zanardelli" del 1889, punto di arrivo di un lungo e tortuoso percorso di tentativi compilatori volti ad amalgamare la variegata normativa penalistica vigente nella Penisola¹⁰.

⁶ AA.VV., *Cento e una voce di filosofia del diritto*, Torino, 2010, p. 4.

⁷ BRUTTI, M., *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, p. 110.

⁸ Immensa la letteratura sul tema raccolta da COLAO, F., *L'«esposizione di parto» e il «parto approvato dalle leggi». Giustizia, polizia, assistenza nella Toscana tra Sette e Ottocento*, in *Rassegna storica toscana*, A. LXIII, n.2, 2017.

⁹ ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale*. Parte speciale, I, Milano, 2008, p. 99. Sull'approccio dottrinale, si rinvia a ALESSI, G., *Le gravidanze illegittime e il disagio dei giuristi (secoli CVII-XIX)*, in *Madri. Storia di un ruolo sociale*, a cura di FIUME, G., Venezia, 1995.

¹⁰ Sul codice Zanardelli cfr. GHISALBERTI, C., *Il codice Zanardelli completamento della codificazione unitaria*, 1990; COLAO, F., *Il diritto*

Dopo l'unificazione territoriale, e prima del Codice Zanardelli, fu esteso a quasi tutta la penisola il Codice Penale Sardo del 1859¹¹ che, a proposito di aborto, a differenza del suo modello di riferimento - il *Code pénal* francese del 1810 - prevedeva il reato di feticidio stabilendo per esso, all'art. 501, la punizione da cinque a dieci anni. E ancora, all'art. 503, lo stesso codice prevedeva che *nel caso di aborto diretto ad occultare la prole legittima, le pene stabilite nei due precedenti articoli potranno, quanto alla madre, diminuirsi da uno a due gradi*. È una disposizione che, considerando l'atto della donna diretto a salvaguardare il suo onore, e dunque in qualche modo "comprensibile" in base ai canoni culturali dell'epoca, portava ad una sensibile riduzione di pena. Si trattava di una scelta declinata in modo diverso dai codificatori della Restaurazione, che in qualche modo considerava l'autodeterminazione della donna, attribuendole un rilievo tale da giustificare la configurazione di una attenuante specifica.

Il codice Zanardelli disciplinava al capo IV, agli artt. 381-385, il reato di procurato aborto¹²: *La donna che – con qualunque mezzo adoperato da lei, o da altri col suo consenso – recitava l'articolo 381 – è punita con la detenzione da uno a quattro anni*. Tuttavia, la configurazione della fattispecie attenuante era sensibilmente diversa rispetto a quella del codice penale sardo del 1859, come si riscontra

penale politico nel Codice Zanardelli, Padova, 1993; VINCIGUERRA, S. (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli: diritto penale dell'Ottocento*, Padova, 1999.

¹¹ CADOPPI, A., CANESTRARI, S., PAPA, M., MANNA, A., *Trattato di diritto penale: Parte speciale*, Milano, 2009, p. 147.

¹²Nel codice Zanardelli l'aborto provocato era disciplinato al Titolo IX, Capo IV *Dei delitti contro la persona*. Lo stesso Zanardelli spiegava tale collocazione: «per due considerazioni: la prima per non essere sempre vero che l'aborto procurato disturbi l'ordine di una famiglia, specialmente quando il concepimento della donna avvenga fuori della cerchia di una famiglia legittimamente costituita; la seconda per la prevalenza del diritto leso, cioè il diritto della vita spettante al nascituro», CRIVELLARI, G., SUMAN G., *Il codice penale per il Regno d'Italia*, I, Napoli, 1889, p. 8; CAZZOLA, A., *Aborto e fecondità: gli effetti di breve periodo indotti dall'aborto legale sulle nascite in Italia*, Milano, 1996, p. 15.

nell'art. 385: *Nel caso di aborto procurato per salvare l'onore proprio o della moglie, della madre, della discendente, della figlia adottiva, o della sorella, le pene stabilite nei precedenti articoli sono diminuite da uno a due terzi, e alla reclusione è sostituita la detenzione.* Ebbene, anche qui l'attenuante dà luogo ad una più cospicua riduzione di pena ma – ed è questo l'elemento decisivo – l'agente era sempre considerato l'uomo e non la donna. L'attenuante cioè poteva essere applicata se a 'determinarsi' era l'uomo, padre o marito, e non la donna, la cui decisione – a differenza di quanto disposto dal Codice Penale Sardo – non rilevava. Questo rilievo apre uno squarcio sui codici della Restaurazione che, sul tema, denotano cauti ma significativi aspetti 'di apertura' sul fronte dell'autodeterminazione della donna¹³.

2. I primi codici della Restaurazione: Napoli, Parma e il Regolamento Gregoriano

Il primo codice della Restaurazione che introdusse un trattamento di particolare benevolenza nei confronti della donna che, al fine di difendere la propria reputazione, si decideva a porre in essere una condotta che avrebbe potuto mettere in serio pericolo la sua stessa vita, fu il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, nella sua parte II, *Leggi penali*. Entrato in vigore il 1 settembre del 1819, figlio dell'esperienza illuminista francese adattata dai giuristi partenopei alla loro realtà giuridica e culturale¹⁴, al fine di *costruire uno stato custode attento alle libertà civili, dove siano compensate colle certezze del diritto le*

¹³ Interessanti le riflessioni di Angelozzi, G. – CASANOVA, C., *I crimini «femminili»*, in *Donne criminali: il genere nella storia della giustizia*, a cura di Angelozzi, G. – CASANOVA, C., Bologna, 2014, pp. 41 ss.

¹⁴ NOVARESE, D., *Costituzione e codificazione nella Sicilia dell'Ottocento*, Milano, 2000, p. 90. Per una completa lettura del processo codificatorio nel Regno delle Due Sicilie e degli effetti su altri codici, si rinvia al recente volume di MASTROBERTI F. – MASIELLO, G. (a cura di), *Il Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico*, Napoli, 2020.

*limitazioni della libertà politica*¹⁵, fu giudicato un “codice eccellente”. Ed ecco l'articolo 399 che disponeva una riduzione di pena nell'ipotesi in cui l'aborto fosse stato *diretto ad occultare per cagion di onore una prole illegittima*:

Nel caso dell'aborto diretto ad occultare per cagion di onore una prole illegittima le pene stabilite negli articoli precedenti discenderanno di un grado¹⁶.

Il Legislatore - si sostenne - in questi casi non avrebbe avuto alcun vantaggio ad incriminare la donna¹⁷ e secondo la dottrina, però, l'operatività della *cagion d'onore* poteva essere riconosciuta solo ove la donna *godesse di buona fama*, avendo cioè una reputazione da difendere¹⁸.

La parte seconda del Codice per lo Regno disciplinava il procurato aborto agli articoli 395 – 399.

L'art. 395 prevedeva che *Chiunque con alimenti, con bevande, con medicamenti, con violenze o con qualunque altro mezzo abbia fatto eseguire l'aborto di una donna incinta, se costei vi abbia acconsentito, sarà punito colla rilegazione. La stessa pena sarà pronunziata contro alla donna che abbia ella stessa fatto seguire in sua persona l'aborto, o abbia acconsentito a far uso di mezzi pei quali l'aborto è seguito. Se la donna non vi abbia acconsentito, il colpevole sarà punito colla*

¹⁵ FEOLA R., *Dall'Illuminismo alla restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie*, Napoli, 1977, p. 291; ALESSI, G., *Le riforme di polizia nell'Italia del Settecento. Granducato di Toscana e Regno di Napoli, in Istituzioni e società in Toscana nell'età moderna*, a cura di LAMIONI, C., Roma, 1994, pp. 404 sgg.

¹⁶ Codice per lo Regno delle Due Sicilie, II, art. 399.

¹⁷ LUCCHINI, L., voce *Aborto Procurato*, in *Digesto Italiano*, Volume I Parte I, Milano, 1897-1902, p. 122.

¹⁸ ARABIA, F. S., *I principi del diritto penale applicati al codice del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1859, p. 102.

*reclusione*¹⁹. In detta disposizione si sanzionava, quindi, l'ipotesi di condotta abortiva posta in essere da un terzo (chiunque), con o senza il consenso della donna, e quella di aborto auto-procurato dalla gestante stessa o con il suo consenso e 'nodale' si rivelava l'accertamento della *voluntas* della donna in termini di consenso-dissenso, al fine sia della punibilità della sua condotta che del diverso trattamento sanzionatorio previsto in capo al terzo²⁰.

L'articolo 396²¹ dettava la disciplina per il caso in cui alla procedura abortiva fosse conseguita la morte della gestante (indipendentemente dalla consumazione dell'evento abortivo), prevedendo, inoltre, un aggravamento di pena in caso di dissenso della stessa.²². Si poneva, però, un problema: *come decidere se la morte si*

¹⁹ Nell'articolo *de quo*, la matrice della codificazione francese è evidente, la cui *littera legis* parafrasava l'articolo 317 del *code* napoleonico, distinguendosi però per un aspetto fondamentale: il mancato consenso della donna, che, mentre nel codice francese non determinava nessuna conseguenza sul piano sanzionatorio, nel codice napoletano invece stabiliva un aggravamento di pena per il reo.

²⁰ Secondo la dottrina, l'unico possibile strumento di indagine a tal fine era l'analisi dei mezzi adoperati e dei loro effetti: l'assenza del consenso della donna poteva essere desunto dall'impiego di mezzi abortivi che potevano essere somministrati alla donna senza che se ne accorgesse (medicine, droghe) o potesse opporvisi (come, ad esempio, provocare un forte spavento alla gestante); si presumeva invece la collaborazione della donna quando l'aborto veniva procurato con mezzi meccanici, il cui impiego non poteva prescindere dall'aiuto della donna, salvo il caso "*di un soggetto la cui ingenuità toccasse i limiti dell'ebetismo*". Si richiedeva, in ogni caso, un'indagine sullo stato psichico della donna al momento del tentato o procurato aborto. DE CRECCHIO, L., voce *Aborto Procurato*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, Milano, 1884, p. 80.

²¹ Articolo 396: "*Se da' mezzi usati, sia o non sia avvenuto l'aborto, segua la morte della donna, il colpevole sarà punito col primo al secondo grado dei ferri nel presidio, quando la donna abbia acconsentito a far uso de' mezzi anzidetti: quando non vi abbia acconsentito, il colpevole sarà punito col terzo al quarto grado de' ferri nel presidio*".

²² "*Ciò che distingue questo caso dall'omicidio propriamente detto è l'intenzione del colpevole, che qui limitasi a procurare l'aborto, e per colpa,*

*debba ai mezzi abortivi o ad altre ragioni?*²³. Secondo la dottrina coeva, potevano venire in soccorso due mezzi: l'anamnesi e l'autopsia; poiché, però, la prima era *alterata dall'interesse che si ha ad occultare il vero o dall'ignoranza*, era la seconda a rivelarsi come l'unico strumento valido²⁴.

L'articolo 397 prendeva in considerazione l'ipotesi in cui l'aborto fosse stato esercitato da un soggetto medicalmente qualificato, quale *il medico, il cerusico, lo speziale, la levatrice e qualunque altro ufficiale di sanità*²⁵. Le specifiche competenze e conoscenze mediche, infatti, facilitavano la commissione del reato e, per tale motivo, il

o per imprudenza ne viene la morte della donna incinta. Per ciò la pena è minore di quella dell'omicidio volontario" ARABIA, F. S., *I principi del diritto penale*, cit., p. 292.

²³ Quando era evidente che la morte fosse stata provocata da *una seria affezione del cervello, del cuore, del polmone, del fegato o di altri organi importanti* come conseguenza di una patologia pregressa della donna, era meno complesso trovare la causa della morte; quando, invece, le *note anomato-patologiche svelate riguardassero lesioni del tubo gastroenterico, del peritoneo, dell'utero*, era necessaria un'analisi più approfondita sulla natura di tali lesioni, per escludere un legame con sostanze abortive e confutare eventuali ipotesi di aborto spontaneo. Detto esame era però arduo e spesso fondato su semplici presunzioni, talora espresse anche *con secondi fini che, per trarre in inganno il magistrato ed il perito, hanno le persone da chi bisogna dipendere per ottenere informazioni*. Cfr. DE CRECCHIO, L., *ivi*, p. 78.

²⁴ A tal fine, però, occorre che il medico preliminarmente accertasse: se la donna o i complici avessero posto in essere la dissimulazione dell'aborto; se la gestante *si fosse provvista di droghe e medicinali che hanno realmente un'azione emmenagoga, o che sono in fama di abortivi presso il volgo*; se avesse tenuto comportamenti usualmente utilizzati per procurarsi l'aborto; lo stato di salute della donna e l'esistenza eventuale di patologie sopravvenute determinanti la morte della stessa. Cfr. DE CRECCHIO, L., *ivi*, p. 79.

²⁵ Articolo 397: "*Il medico, il cerusico, lo speziale, la levatrice e qualunque altro ufficiale di sanità che abbia scientemente indicato o somministrato i mezzi pei quali è seguito l'aborto, soggiacerà alle pene stabilite negli articoli precedenti, accresciute di un grado, e ad un'ammenda da trenta a trecento ducati*".

Legislatore ne prevedeva un aggravamento di pena in capo al complice²⁶.

Come già anticipato, il codice del Regno delle Due Sicilie introduceva, all'art. 398, una distinzione di trattamento sanzionatorio tra aborto mancato, *punito contra chiunque col secondo al terzo grado di prigionia*, ed aborto tentato, *punito col primo grado di prigionia*²⁷. Il criterio discretivo tra i due istituti venne individuato nella *voluntas* dell'agente: nel primo caso, infatti, la mancata realizzazione del reato avveniva solo per un caso fortuito, ossia per circostanze estranee alla sfera di azione e di controllo dell'agente che aveva comunque posto in essere la condotta illecita giuridicamente ritenuta idonea alla realizzazione dell'evento²⁸. Era problematico provare la volontà dell'agente²⁹, poiché oltre alla difficoltà nel rilevare segni evidenti di tentato aborto, nel caso in cui l'aborto non avesse avuto successo, era difficile dimostrare la presenza di una causa esterna, indipendente dalla volontà dell'agente che avesse impedito la realizzazione del reato³⁰.

²⁶ ARABIA, F. S., *I principi del diritto penale*, cit., p. 292.

²⁷ Articolo 398: “L'aborto mancato è punito contra chiunque col secondo al terzo grado di prigionia: l'aborto tentato è punito col primo grado di prigionia. Contra gli uffiziali di sanità alle dette pene sarà aggiunta la multa da venti a dugento ducati”.

²⁸ Sul punto ROSSI, P., *Trattato di diritto penale per Pellegrino Rossi*, a cura di E. Pessina, Torino, 1859, p. 359.

²⁹ MARINI, C., *Sul diritto pubblico e privato del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1848, p. 207; CASPER, J. L., DEMARIA, C., *Manuale teorico pratico di medicina legale*, I, Torino, 1858, pp. 186 ss.; PUCCINOTTI, F., *Lezioni di medicina legale*, Milano, 1856, p. 64; POMA, A., voce *Aborto*, in *Dizionario anatomico-medico-legale*, Padova, 1834, p. 2; BARZELLOTTI, G., *Questioni di medicina legale*, I, Pisa, 1836, p. 192.

³⁰ Casi interessanti sono rinvenibili in BALOCCHI, V., *Tentativo di aborto seguito da morte*, in *Sperimentale: Giornale critico di medicina e chirurgia*, V, Firenze, 1858, pp. 353 ss.

La stessa indulgenza per la gestante che si procurava l'aborto, era certamente ravvisabile anche nel codice penale per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla, promulgato il 15 novembre 1820³¹: si trattava di un codice relativamente moderato rispetto agli altri, con “soluzioni tecniche non prive di razionalità e di originalità”, e “ben scritto”³² che lasciava impunito il tentativo di aborto e presentava una cornice sanzionatoria piuttosto mite, cui faceva però da contraltare la mancata previsione dell'operatività attenuante della *cagion d'onore*. Esso, che si presentava come *trait-d'union* tra il modello napoleonico e quello asburgico³³, si caratterizzava per l'abolizione delle pene più gravi e per un trattamento sanzionatorio mite del tentativo, del concorso nel reato, dell'imputabilità del minore.

Sebbene sanzionasse l'aborto agli articoli 328 (puniva con la reclusione da tre a cinque anni la condotta abortiva realizzata dal terzo o dalla gestante, anche con la complicità del terzo)³⁴, 329 (reclusione da cinque a dieci anni nel caso in cui l'agente avesse rivestito la qualifica di esercente attività sanitarie)³⁵ e 330 (puniva l'ipotesi in cui la procedura abortiva avesse condotto alla morte la donna,

³¹ CADOPPI, A., *Struttura e funzione di un codice penale: A proposito del “Regolamento sui delitti e sulle pene” del 1832, il ‘brutto anatrocchio’ dei codici penali della Restaurazione*”, in *I Regolamenti Penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1831)*, Padova, 2000, p. 56.

³² CADOPPI, A., *Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Padova, 1991, p. 72 s.

³³ Per una lettura completa dei lavori di redazione dei codici, da ultimo la raccolta dei saggi, a cura di ERRERA, A., *I Codici di Maria Luigia. Tra tradizione e innovazione*. Atti del Convegno di Studi. Parma, 29 novembre - 1 dicembre 2021, Roma, 2021.

³⁴ Articolo 328: “È comminata la reclusione da 3 a 5 anni a chiunque, abbia o no la donna acconsentito, avrà fatto seguire l'aborto, ed alla donna che se lo sarà procurato da sé o avrà acconsentito a servirsi dei mezzi indicatile o somministrabile, purché ne sia conseguito l'effetto”.

³⁵ Articolo 329: “La stessa pena da 5 a 10 anni colpisce i medici, i chirurghi, ecc., che abbiano indicati o somministrati i mezzi”.

indipendentemente dalla consumazione o meno dell'aborto)³⁶, seguendo l'esempio francese e distaccandosi da quello napoletano, non prevedeva un trattamento sanzionatorio differente per il terzo che avesse procurato l'aborto della gestante con o senza il suo consenso, escludeva la punibilità del tentato aborto e non contemplava la *cagion d'onore*, a differenza di quanto invece previsto per la fattispecie di infanticidio ex art. 308³⁷.

Nelle fugaci suggestioni raccolte sul tema del procurato aborto, un riferimento va fatto anche al Regolamento gregoriano, adottato sotto il pontificato di Gregorio XVI il 20 settembre 1832 che si caratterizzava per un forte carattere repressivo. Definito dalla dottrina contemporanea il 'brutto anatrocchio' dei Codici preunitari per troppe le arretratezze e le asperità di questo documento legislativo; troppe le commistioni tra sacro e profano, tra morale e diritto, tra ragioni di stato e fattispecie penali; troppe le gaffes dogmatiche e gli infortuni sistematici; troppi gli squilibri tra le varie parti, per non suscitare un senso di delusione nel penalista, antico o moderno, che si avventurasse nella lettura di un simile prodotto normativo³⁸ accorpava le influenze del codice penale napoleonico - e la sua matrice laico-illuminista - con l'impronta propriamente religiosa dei principi cattolici³⁹. Disciplinava l'aborto agli articoli da 310 a 314:

Nel feticidio, ossia aborto procurato, la legge (gregoriana) gradua la pena a seconda dell'esito e non frappa alcuna differenza fra il delitto commesso dalla stessa donna incinta e quello operato da un estraneo. Il procurato aborto dunque se ebbe effetto, soggiace alla pena di dieci anni di galera,

³⁶ Articolo 330: "*Se dai mezzi usati sia, avvenuto o no l'aborto, derivata la morte della donna, la pena applicabile è dai 5 ai 10 anni di lavori forzati se la donna acconsentì a far uso dei mezzi anzidetti; in caso diverso la pena è dai 10 ai 20*".

³⁷ L'articolo 308, disciplinante l'infanticidio, prevedeva una riduzione di pena nel caso in cui la donna avesse agito per occultare l'illegittimità della prole.

³⁸ CADOPPI, A., *Struttura e funzione di un codice penale*, op. cit., p. 57.

³⁹ VINCIGUERRA, S., *Il diritto penale dell'Ottocento: I codici preunitari*, cit., p. 292.

se non l'ebbe a cinque anni di opera pubblica. Che se poi del procurato aborto per opera di un terzo fu vittima la donna, benché l'aborto stesso non sia seguito il reo incorre nella galera perpetua (articoli 310, 311, 312)⁴⁰.

Più nello specifico, l'articolo 310 disciplinava le ipotesi di aborto auto-procurato dalla donna o procurato da un terzo *con effetto*, punendole con la pena di dieci anni di galera⁴¹; l'articolo 311 incriminava il tentato aborto, comminando in questo caso la pena di cinque anni di opera pubblica⁴²; l'articolo 312 prevedeva l'ipotesi in cui dalla procedura abortiva fosse derivata la morte della gestante, indipendentemente dal compimento dell'aborto, punendo in tal caso il reo con la galera perpetua⁴³; gli articoli 313 e 314, infine, punivano la condotta abortiva posta in essere da soggetti esercenti attività sanitarie con la galera perpetua⁴⁴. Quest'ultima ipotesi, infatti, *può presentare il caso di punire più il complice che l'autore principale*, poiché la previsione di una sanzione più grave per il medico rispetto alla donna che si auto procurasse l'aborto aveva uno scopo deterrente, finalizzato cioè a dissuadere gli esercenti attività sanitarie, che avrebbero dovuto svolgere la loro professione a tutela della salute e non contro la stessa. Secondo i giuristi, inoltre, se la condotta abortiva era sorretta dall'elemento psicologico della colpa, *non potrebbe cadere sotto la*

⁴⁰ GIULIANI, G., *Istituzioni di diritto criminale: col commento della legislazione pontificia e toscana*, Macerata, 1856, p. 275.

⁴¹ Art. 310: “L'aborto procurato con effetto, sia dalla donna stessa incinta, sia da altri in qualunque tempo della gravidanza, si punisce con dieci anni di galera”.

⁴² Art. 311: “Se non ha avuto effetto si punisce con cinque anni di opera pubblica”.

⁴³ Art. 312: “Se per l'aborto procurato, ancorché non succeduto, sia morta la donna, il delinquente è punito colla galera perpetua”.

⁴⁴ Art. 313: “Il medico, il chirurgo, lo speziale, la levatrice e chiunque altro che ha scientemente indicati o somministrati i mezzi pei quali è seguito l'aborto o la morte della donna incinta, è punito colla galera perpetua”; Art. 314: “Se l'aborto non è seguito, né la morte della donna incinta, è punito con cinque anni di opera pubblica”.

*sanzione della legge, la quale in quanto alla donna non ravvisa il delitto se non nell'aborto doloso*⁴⁵.

3. Il codice penale toscano del 1853

Tra i codici preunitari più rappresentativi dell'indulgenza del Legislatore di fronte ad una volontaria interruzione di gravidanza vi è certamente il codice penale toscano⁴⁶, promulgato nel 1853, con un corpo di norme, dall'articolo 321 al 324 che, seguendo la linea del codice leopoldino del 1786⁴⁷, stabiliva norme chiare e precise adottando

⁴⁵ In tal senso, il Giuliani sottolineava la necessità di riservare maggior rigore “*contro le persone, le quali per la loro professione sono nella più facile cognizione e nel possesso dei mezzi abortivi...non solo dal principio di opporre un'adeguata contropinta a chi è sì turpemente audace da convenire in istromento di distruzione per l'umanità quel ministero, di cui la Società lo investe per tutela della pubblica salute, ma anche dalla necessità di frenare colla intensità della pena l'avidità di lucro, che può muovere qualche mano mercenaria a rendersi cooperatrice di questa offesa sociale*”. GIULIANI, G., *Istituzioni di diritto criminale*, cit., pp. 267 - 276. Una parentesi particolare riguardava l'aborto era causato a percosse poste in essere sulla donna senza però alcun intento abortivo, la dottrina concordemente distingueva la condotta premeditata da quella dettata dall'impeto: solo il primo caso configurava la fattispecie di aborto doloso: *Relativamente poi agli estranei è da esaminare se nel commettere questo eccesso abbiano essi agito a sangue freddo o nel bollire dell'ira. Trattandosi di dolo di proposito, io accorderei volentieri che la sola intenzione di recare un'offesa qualunque in generale, senza aver diretta l'azione all'aborto in particolare, non basterebbe a render l'agente responsabile di aborto: ma ove si trattasse di dolo d'impeto, rimarrebbe molto incerto se si poi potesse agire contro di loro per aborto doloso, o soltanto colposo*. Cfr. CARMIGNANI, G., *Elementi di diritto criminale*, prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli, Milano, 1863, p. 353.

⁴⁶ Cfr. EDIGATI, D., *Il codice mancato. Tentativi di codificazione della procedura e riforma della giustizia criminale nelle Toscana ottocentesca*, Roma, 2013.

⁴⁷Non si può prescindere dalla peculiare incidenza del Codice Leopoldino che mitigò il regime del Granducato che accomunava i delitti delle donne contro il

il principio della proporzionalità delle pene⁴⁸. Ed ecco l'articolo 321 che - benché sanzionasse l'aborto auto-procurato dalla gestante -, prevedeva una riduzione di pena nel caso in cui la condotta incriminata fosse stata determinata dalla vergogna di una prole illegittima, a "salvaguardia dell'onore"⁴⁹. Peraltro, erano necessari metodi abortivi che fossero efficaci nel raggiungere lo scopo desiderato, ovvero causare la morte

figlio entro la «classe» degli omicidi qualificati dalla persona dell'ucciso, prima della Leopoldina puniti con la morte, con una scelta poi comune alla codificazione del primo Ottocento. (cfr. GARLATI, L., *La fine dell'innocenza. L'infanticidio nella disciplina dell'Italia post-unitaria*, in *La Corte d'assise*, 2012, pp. 17 ss.).

⁴⁸ Protagonisti della «giustizia patriarcale/maschile indiretta» (CAVINA, M., *Una prospettiva concettuale*, in *Le donne e la giustizia tra medio evo ed età moderna. Il caso di Bologna*, a cura di CAVINA, M. – RIBÉMONT, B. (con la collaborazione di HOXHA, D.), Bologna, 2014, pp. 7-10), esercitata in tribunale in quanto «esperti della realtà» (SBRICCOLI, M., «*Deterior est condicio foeminarum*». *La storia della giustizia criminale alla prova dell'approccio di genere*, ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 1255), dispensatori della giustizia espressione dell'«alto» della «sovranità» e del «basso» della «società» (Così BELLABARBA, M., *Introduzione*, in ID., *La giustizia nell'Italia moderna (XVI-XVIII secolo)*, Roma-Bari, 2008, pp. VIII ss.).

⁴⁹ Art. 321: "*Quella donna, la quale con l'uso di mezzi abortivi, dolosamente usati o fattisi applicare, ha tolto la vita al suo feto nell'utero, o si è sgravata di un feto immaturo, che è venuto a morire in sequela di essi; è punita, come colpevole di procurato aborto, con la casa di forza da tre a sette anni. Ma se, fecondata illecitamente, ha commesso il delitto, per evitare sovrastanti sevizie; subisce la carcere da due a cinque anni*". A tal riguardo, parte della dottrina sosteneva che la stessa andasse ricollegata non già all'illegittimità della prole ma, più in generale, al timore di un pregiudizio all'onore della gestante. Così Carrara "... *la pubblica tollerata, la quale se uccida l'infante si troverà molto sorpresa di vedersi scusata dal giudice, il quale seriamente le dice aver essa temuto di perdere l'onore*". CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Parte Speciale ossia *Esposizione dei delitti in specie*, I, seconda edizione, Lucca, 1868, p. 33.

del feto, vale a dire operazioni dirette sull'utero o nella somministrazione di sostanze abortive solide o liquide⁵⁰.

Gli articoli 322 e 323 si occupavano anche della punizione dell'aborto compiuto da un terzo, differenziando le sanzioni a seconda del consenso o del dissenso della gestante. L'articolo 322 trattava l'aborto procurato da un terzo con il consenso della gestante, prevedendo una circostanza aggravante se questo avesse portato alla morte della donna⁵¹. L'articolo 323, invece, stabiliva le conseguenze legali nel caso in cui l'aborto fosse stato eseguito senza il consenso o contro la volontà della donna⁵². Infine, l'articolo 324 puniva l'aborto procurato attraverso l'abuso di un'arte medica o professionale⁵³ a meno che: l'arte sanitaria si trova nel bivio d'immolare o la vita del nascituro o la vita della madre, e non si può altrimenti avere speranza di salvezza per la madre che distruggendo il frutto delle sue viscere⁵⁴.

⁵⁰ PESSINA E., voce *Aborto Procurato*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, Milano, 1884, p. 56.

⁵¹ Art. 322: *“Alla casa di forza da tre a dieci anni soggiace chiunque, con scienza e volontà della donna, le ha procurato l'aborto. Dove per altro dal fatto dell'agente sia derivata la morte della donna, si decreta la medesima pena: da dieci a vent'anni se l'agente sapeva che i mezzi da lui adoperati potessero produrre questo successo; e da cinque a dodici anni se l'agente non lo sapeva”*.

⁵² Art. 323: *“Se l'aborto fu procurato da un altro, senza scienza o contro volontà della donna, il delinquente è punito colla casa di forza da sette a quindici anni; Per altro il delitto di che nel comma precedente si punisce: con l'ergastolo se ne derivò la morte della donna, e l'agente sapeva che i mezzi da lui adoperati potessero produrre questo successo, e con la casa di forza da dieci a venti anni se ne derivò la morte della donna, e l'agente non sapeva che i mezzi da lui adoperati potessero produrre questo successo”*.

⁵³ Art. 324: *“Quando l'aborto sia stato procurato da un altro, mediante abuso di un'arte, che richieda matricola, il delinquente cui debba decretarsi una pena inferiore all'ergastolo, soggiace ancora all'interdizione dell'esercizio della sua professione da due a cinque anni”*.

⁵⁴ Cfr. PESSINA, E., voce *Aborto Procurato*, cit., p. 64.

Ovviamente, sia in capo alla gestante che al terzo (compreso il personale sanitario qualificato) il Legislatore richiedeva, in ogni caso, *la materna sollecitudine, che sola può far responsabile*⁵⁵, sia diretta che presunta⁵⁶.

Inoltre, la dottrina giuridica, nel dibattito tra scuola classica e scuola positiva, avrebbe attribuito grande importanza all'elemento della vitalità del feto. Alcuni giuristi ritenevano che, nel contesto del reato in questione, la distinzione tra un feto vivo e uno morto fosse cruciale per qualificare il *crimen* di aborto procurato⁵⁷. Questo perché sarebbe stato difficile stabilire la rilevanza penale dell'aborto auto-procurato dalla gestante nel caso in cui il feto fosse nato vivo⁵⁸, o, viceversa, se l'aborto fosse avvenuto su un feto già naturalmente morto⁵⁹; in secondo luogo, l'incriminazione dell'aborto - a prescindere dalla verifica dello stato di vitalità del feto - avrebbe portato all'incriminazione⁶⁰. Secondo altra dottrina, invece, la fattispecie penale di procurato aborto necessitava unicamente dell'espulsione prematura e violentemente procurata del feto, indipendentemente dalle circostanze di età, di vitalità e di formazione dello stesso⁶¹. Vi erano giuristi, invece, che ritenevano che

⁵⁵ LUCCHINI, L., voce *Aborto Procurato*, in *Digesto Italiano*, Volume I Parte I, Milano, 1897- 1902 op. cit., p. 111.

⁵⁶ Cfr. PUCCIONI, G., *Il Codice penale toscano illustrato*, II, Pistoia, p. 458.

⁵⁷ Cfr. PESSINA, E., *ivi*, p. 60.

⁵⁸ Cfr. COSENTINO, V., *Breve commentario al Codice penale italiano annotato*, Napoli, 1866, p. 345.

⁵⁹ L'eventuale morte del feto antecedente al parto "*non potrebbe trovarsi elemento di delitto nello aver liberato il corpo della donna dalla presenza di un cadavere*": mancherebbe quindi il "*subietto passivo*". CARRARA, F., *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 357.

⁶⁰ LUCCHINI, L. – MANFREDINI, G., voce *Aborto*, in *Dizionario di Giurisprudenza Pratica Penale*, I, Milano, 1895, p. 55.

⁶¹ TARDIEU, A., *Étude médico-légale sur l'avortement*, Parigi, 1864, p. 1. Da tale *quaestio* discendeva quella circa la possibile qualificazione del procurato aborto in termini di feticidio: secondo Pessina, ad esempio, l'aborto non poteva essere considerato un reato contro la vita, e quindi un feticidio, stante l'incertezza sul punto della vitalità o meno del feto, in quanto *non è separato dalla vita della madre, ed è un processo di trasformazione, è un viscere che si*

il procurato aborto rientrava tra i reati contro la vita e non tra quelli contro l'ordine delle famiglie: in quest'ultimo caso, infatti, era necessario individuare il titolare del diritto violato, ma tale soggetto non poteva che essere il feto⁶².

Si noti, quindi, la particolare sensibilità dimostrata dalla *scientia iuris*, dell'Ottocento, nei confronti dei "diritti del feto", quale *vita meritevole di essere rispettata e protetta a riguardo soltanto di se stessa, indipendentemente da ogni riguardo della famiglia*⁶³, sebbene la sua tutela dovesse essere bilanciata con quella della madre.

Un altro aspetto che sembra nella direzione del Codice di 'preservare' la gestante e quasi esimerla da responsabilità è la mancata disciplina dell'ipotesi di aborto tentato e di aborto mancato⁶⁴. In particolare, la dottrina discusse approfonditamente se fosse stato possibile considerare un tentativo di aborto auto-procurato da parte della gestante, nel caso in cui gli atti eseguiti fossero stati idonei ma non avessero avuto successo per motivi vari, come interruzioni o rimedi

svolge con progresso continuo a vita, indipendente, senza essere ancora tale, è una vita nel suo divenire; onde fu detto non vita, ma spes vitae, non homo, ma spes hominis. Di conseguenza, non si tratta di una vita che si annienta; l'annientarsi della vita presuppone la realtà della vita. Si tratta invece di impedire che una vita si formi, arrestando il processo della sua formazione. L'incipienza della vita non va oltre; ed è impedito il compimento di essa, o per meglio dire la sua costituzione a vitalità vera. Non vi è un'uccisione propriamente detta, ma vi è una distruzione. Cfr. PESSINA, E., voce Aborto Procurato, cit., p. 60.

⁶² LUCCHINI, L., *ivi*, p. 113.

⁶³ CARRARA, F., *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 340.

⁶⁴ A tal riguardo, efficaci le riflessioni di Pessina: *Questo silenzio s'ha egli ad interpretare nel senso che il legislatore del 1853 abbia voluto lasciare impunito ogni conato del reato di procurazione di aborto? Ovvero, non essendosi enunciata relativamente al reato dell'aborto alcuna eccezione s'hanno a ritenere come applicabili anche ad esso le regole generali contenute negli art. 42 a 48 sul tentativo dei delitti?* Cfr. PESSINA, E., voce *Aborto Procurato*, cit., p. 64.

somministrati⁶⁵, come poco convincente apparve la tesi secondo cui era necessario incriminare anche la fattispecie tentata, quale deterrente psicologico alla commissione del reato⁶⁶.

4. Il codice penale estense

Nel Codice criminale estense, promulgato il 14 dicembre 1855 si rinvennero elementi di contatto non solo con il *code pénal* e con il codice austriaco, ma anche con i codici parmense ed albertino, con il Regolamento Gregoriano e con il codice toscano⁶⁷.

La fattispecie di aborto era regolata agli articoli 379-382: l'art. 379 prevedeva e puniva *coll'ergastolo a tempo non minore di anni quindici* l'aborto auto-procurato dalla gestante e quello procurato dall'estraneo, in quest'ultimo caso parametrando la pena in base al consenso/dissenso della gestante⁶⁸; l'art. 380 prevedeva una pena più

⁶⁵ In tal caso, sebbene in astratto potesse parlarsi di tentativo di aborto, in concreto la non punibilità dello stesso derivava dalla difficile ricostruzione probatoria della responsabilità della gestante, *per la facilità di declinarla con allegare la inettitudine dei mezzi; o dedurre che l'aborto non seguì perché la donna o pentita o timida sospese di adoperarli*. Cfr. CARRARA, F., *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 364.

⁶⁶ “*Quest'obietto è una seconda aberrazione, non meno viziosa di quella che vorrebbe dare al giudice il magistero morale*”, in quanto “*per cotesto obietto dovrebbero punirsi tutti gli atti preparatori ed anco le ree intenzioni*”, CARRARA, *ivi*, p. 368.

⁶⁷ In detto codice, però, a differenza del modello francese, non si rinveniva la presenza del principio di irretroattività della legge penale e del principio di legalità; mancava, poi, ogni distinzione sulla qualità del bene offeso, come parimenti previsto dal codice francese, dal codice parmense e da quello austriaco. Cf. TAVILLA, E., *Istituzioni e cultura giuridica in area estense*, Torino, 2006, p. 343.

⁶⁸ Art. 379: “*Chiunque con alimenti, bevande, medicinali, violenze o con qualunque altro mezzo avrà procurato con effetto l'aborto di una donna incinta, se questa vi abbia acconsentito, sarà punito coll'ergastolo a tempo non minore di anni quindici. La stessa pena sarà inflitta alla donna che da sé medesima avrà procurato con effetto l'aborto, od avrà acconsentito a far uso*

severa per il caso che dalla condotta abortiva fosse derivata la morte della gestante, *sia o no avvenuto l'aborto*⁶⁹; l'art. 381 disciplinava l'operatività della scusante di onore:

*Nel caso di aborto diretto ad occultare una prole illegittima nelle circostanze indicate nell'art. 358, le pene stabilite dai precedenti articoli potranno, quanto alla madre, diminuirsi di uno o di due gradi*⁷⁰.

Infine, l'articolo 382 puniva con la pena più grave l'ipotesi di aborto procurato dagli esercenti attività sanitarie⁷¹. Occorre sottolineare, infine, l'importante differenza di trattamento sanzionatorio che il Legislatore estense dettava tra procurato aborto ed omicidio: quest'ultimo, infatti, previsto e punito dall'articolo 357⁷², puniva l'omicidio con la pena di morte. La disposizione normativa della scusante di onore nel codice estense, diversa da quella presente negli altri codici contemporanei, copriva sia le *sovrastanti sevizie* che l'azione *per salvare la vita*. È importante notare che il codice parmense conteneva una disposizione simile, ma limitata all'infanticidio

dei mezzi pei quali è seguito l'aborto. Se la donna vi avrà acconsentito, il colpevole sarà punito colla pena dell'ergastolo non minore di anni venti".

⁶⁹ Art. 380: "*Se coi mezzi usati al solo fine di procurare l'aborto segua la morte della donna, sia o no avvenuto l'aborto, il colpevole sarà punito col massimo della pena dell'ergastolo a tempo, quando la donna abbia acconsentito di far uso dei mezzi anzidetti; quando essa non vi abbia acconsentito, il colpevole sarà punito coll'ergastolo a vita*".

⁷⁰ L'art. 358 cui disponeva: "*Qualora però essa (la madre) abbia commesso l'infanticidio o per sovrastanti sevizie, o per salvare la vita, sarà punita coi lavori forzati da dieci a venti anni*".

⁷¹ Art. 382: "*I medici, i chirurghi, i farmacisti, le levatrici o qualunque altro ufficiale di sanità che avranno scientemente indicati o somministrati i mezzi pei quali è seguito l'aborto, saranno puniti colle pene stabilite per gli agenti principali, oltre la multa da duecento a cinquecento lire*".

⁷² Art. 357: "*I colpevoli di parricidio, di veneficio, d'omicidio premeditato, proditorio od insidioso e d'assassinio saranno puniti colla morte. Il parricida sarà condotto al luogo del patibolo a piedi nudi e col capo coperto di un velo nero*".

nell'articolo 308, che si applicava solo quando la donna non aveva altri mezzi per salvare la propria vita o l'onore. Tuttavia, la disposizione nel codice estense solleva delle perplessità: mentre è comprensibile immaginare situazioni estreme in cui un medico potrebbe essere costretto a scegliere tra la vita della donna e quella del feto durante il parto, è più difficile concepire circostanze in cui una donna, dopo il parto, debba uccidere il proprio figlio per salvare la propria vita, a meno di considerare l'ipotesi della legittima difesa secondo l'articolo 377.

5. Il codice penale albertino

Per concludere, il codice che ebbe maggiore rilevanza ed impatto sul tema del procurato aborto, un codice che sanzionava la fattispecie con un approccio 'rivoluzionario' rispetto ai codici pregressi, il primo ad introdurre nel sistema penale la funzione special-preventiva della pena, ritenendo *che la pena abbia ad essere emendatrice del colpevole*⁷³, fu il Codice Albertino, il cui testo estremamente liberale⁷⁴ disciplinava dagli articoli 501 – 505 l'ipotesi di aborto auto-indotto.

L'art. 501, nel particolare, distingueva l'aborto procurato dalla gestante da quello procurato dell'estraneo, prevedendo pene diverse in corrispondenza del consenso o del dissenso della gestante (relegazione da cinque a dieci anni nel primo caso; relegazione non inferiore a dieci anni nel secondo caso)⁷⁵. Poiché ai fini dell'integrazione della

⁷³ VINCIGUERRA, S., *Breve profilo storico giuridico del codice penale albertino*, in *Codice Penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna* (1839), Padova, 1993, p. 7.

⁷⁴ SCLOPIS, F., *Storia della legislazione italiana*, Parte Prima, Volume III, Torino, 1864, p. 275.

⁷⁵ Art. 501: "*Chiunque con alimenti, bevande, medicinali o con qualsiasi altro mezzo avrà procurato con effetto l'aborto di donna incinta, la quale vi abbia acconsentito, sarà punito colla pena della relegazione da cinque a dieci anni. La stessa pena sarà inflitta alla donna che da sè medesima avrà procurato con effetto l'aborto, od avrà acconsentito a far uso de mezzi pei quali è seguito*

fattispecie di cui all'art. 501 il codice richiedeva quali elementi costitutivi, oltre alla realizzazione dell'evento-aborto, la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo (quale *intenzione malvagia di produrre un danno, di raggiungere un fine illecito*⁷⁶ dell'aborto) e del nesso di causalità tra condotta abortiva ed evento, era richiesta, a tal fine, un'indagine volta ad eliminare l'eventuale presenza di concause naturali fortuite della morte del feto⁷⁷.

L'articolo 502 incriminava il caso in cui dalla condotta abortiva fosse derivata la morte della donna, punendo il soggetto agente con la pena dei lavori forzati⁷⁸. Si trattava di un'aggravante speciale che, in quanto tale, non poteva operare in concorso con l'art. 501: poiché resta sempre fermo che la circostanza della morte, intrinsecamente, è nulla più che un'aggravante o qualificante del procurato aborto⁷⁹.

L'articolo 503 prevedeva la scusante della *cagion d'onore*⁸⁰, che operava nel caso di prole illegittima⁸¹ e comportava la riduzione sino "a due gradi" della pena.

l'aborto. Se la donna non vi avrà acconsentito, il colpevole sarà punito colla pena della relegazione non minore di anni dieci".

⁷⁶ COSENTINO, V., *Breve commentario al Codice*, cit., p. 346.

⁷⁷ PUCCINOTTI, F., *Lezioni di Medicina Legale*, Milano, 1856, p. 63.

⁷⁸ Art. 502: "*Se pei mezzi usati al solo fine di procurare aborto segua la morte della donna, sia o no avvenuto l'aborto, il colpevole incorrerà nella pena dei lavori forzati estensibile ad anni quindici quando la donna abbia acconsentito a far uso dei detti mezzi. Questa pena potrà estendersi al maximum quando la donna non vi abbia acconsentito".*

⁷⁹ LUCCHINI, L., voce *Aborto Procurato*, cit., p. 114

⁸⁰ Art. 503: "*Nel caso di aborto diretto ad occultare prole illegittima le pene stabilite nei due precedenti articoli potranno quanto alla madre diminuirsi da uno a due gradi".*

⁸¹ La prova della natura illegittima della filiazione, sia riguardo all'aborto sia riguardo all'infanticidio, risultava però piuttosto difficoltosa ove la donna fosse coniugata: "*Tutti i figli che sono generati dalla moglie si reputano appartenere al marito. Nè la prova dell'adulterio, o della consuetudine di non coabitare colla moglie basta a togliere lo stato di legittimi ai figli. Bisogna assolutamente dimostrare l'impossibilità che sieno generati dal marito, perché*

La *scientia iuris* coeva giustificava il *favor* del Legislatore con un'approfondita analisi del lato psicologico della gestante, considerata sì crudele e forsennata, ma il cui stato psicologico risultava alterato dallo stato di gravidanza⁸².

assente o indubitamente impotente, se si vuole che sieno dichiarati illegittimi. Ma i figli nati nel tempo del matrimonio, se vengono maturi alla luce prima del settimo mese, possono essere dichiarati illegittimi. Difatti, non essendo essi abortivi, non si crede possibile che sieno stati generati dopo il matrimonio. Peraltro ogniqualvolta potesse credersi, ed è il caso più frequente, che il marito avesse avuto commercio colla donna avanti le nozze, non sarebbero da dichiararsi illegittimi, perché il matrimonio susseguito dà loro legittimo stato. Il perché non volendo riconoscere questi figli precoci, fa mestieri concludere la prova negativa dell'impossibilità di averli generati avanti il matrimonio; di che risultando sono figli di altra persona, il marito rimane liberato dall'obbligo di riconoscerli". Forti F., *Trattati inediti di Giurisprudenza*, Volume unico, Firenze, 1854, p. 418.

⁸² Peculiari in tal senso le riflessioni del frenologo Luigi Ferrarese, autore di lavori dedicati proprio alla follia femminile, che sosteneva: *una giovane inesperta, con parenti negligenti, debole per carattere del sesso, amorosa per natura, in un momento sorpresa e sedotta, o dalla violenza conquisita e domata alle voglie di un ribaldo poteva a causa delle condizioni fisiologiche e psicologico-affettive tutte particolari e caratteristiche, favorisce e dispone sovente a molte maniere di eccessi criminosi* (*Nuove ricerche di sublime psicologia medico-forense*, Napoli, 1845, pp. 44 ss.). Già dai primi dell'Ottocento, proprio i frenologi iniziarono a riflettere sulla capacità d'intervento nella gestione della criminalità e quale spazio potesse occupare il concetto di devianza non solo nell'ambito sostanziale ma anche nel campo processual-penalistico. Fu necessario, tuttavia, superare i parametri processuali imposti dalla scuola classica. Recente attenzione allo studio della frenologia è rinvenibile nei numerosi contributi scientifici raccolti in CESARO, A. – FALIVENE, A. (a cura di), *Cose da pazzi nella Case de' Matti*, Capua, 2020; d'IPPOLITO, F.E. – PIGNATA, M., (a cura di), *Arbor alienationis*, Capua, 2020; PALERMO, G., - PERRELLA, R., (a cura di), *La società dei folli*, Capua, 2020; CESARO, A., - IODICE, C., (a cura di), *Naviget Anticyram. Furiosi, diversi, perversi e mentecatti*, Capua, 2021; AMIRANTE, A., - DI CARLUCCIO, C., (a cura di), *Il diritto e il rovescio della mente. La follia tra regole sociali e giuridiche*, Capua, 2021; CESARO, A. - PALERMO, G. – PIGNATA, M., (a cura di), *Mundus Alter. Dialoghi sulla follia*, Capua, 2022.

L'articolo 504 introduceva un'aggravante nel caso in cui il *crimen* fosse compiuto da un esercente attività sanitarie⁸³: si trattava di un'aggravante non obbligatoria ma facoltativa che colpiva i *complici necessari, o altrimenti agenti principali, e però equiparati nella pena all'autore del reato. Nonostante, è principio di penalità che il castigo debba crescere in ragion della facilità di commettere il reato, e simili persone avendo tale facilità dalla stessa loro professione, la legge aggrava a loro riguardo la stessa pena dell'autor principale. Ai fini della sua integrazione, si richiedeva in capo agli esercenti attività sanitaria la consapevolezza dello stato di gravidanza della donna e lo scopo diretto a procurare l'aborto*⁸⁴.

L'articolo 505, infine, puniva il caso di aborto tentato con la pena della relegazione fino a cinque anni⁸⁵.

Su Luigi Ferrarese, cfr. PIGNATA, M., CESARO A., (a cura di) *Follia: femminile, singolare*, Capua, 2023; PIGNATA, M., *Gravide e Devianti nelle Quistioni medico-legali di Luigi Ferrarese*, in MASTROBERTI F., - PIGNATA M., (a cura di) *MaLeFemmine? Itinerari storico-giuridici di una parità 'incompiuta'*, Napoli, 2023; PIGNATA, M. (a cura di), *Luigi Ferrarese, Programma di psicologia medico-forense*, Capua, 2021.

⁸³ Art. 504: *"I medici, i chirurghi, gli speciali, le levatrici, e qualunque altro ufficiale di sanità, che avranno scientemente indicati o somministrati i mezzi, pei quali è seguito l'aborto o la morte come è detto nei precedenti articoli, saranno puniti colle pene stabilite per gli agenti principali, le quali potranno essere accresciute di un grado". "Le espressioni qualunque altro ufficiale di sanità adoperate in quest'articolo hanno un senso generale ed illimitato ed abbracciano non solamente gli individui che portano il titolo ristrettivo e speciale di ufficiali di sanità ma ancora tutti gli individui dell'uno e dell'altro sesso che hanno un carattere legale per dedicarsi alla guarigione delle malattie"*. FERRAROTTI T., *Commentario teorico pratico del codice penale per gli Stati di S.M. Vittorio Emanuele II con la comparazione del codici penali di tutta la penisola italiana del codice austriaco del giure romano e del diritto penale francese*, Torino, 1860, p. 152.

⁸⁴ COSENTINO, V., *Breve commentario*, cit., p. 347.

⁸⁵ Art. 505: *"Se l'aborto procurato non avrà avuto effetto, il colpevole sarà punito colla pena della relegazione estensibile agli anni cinque"*.

Secondo una parte della dottrina⁸⁶, l'espressione normativa *il colpevole* avrebbe escluso l'imputabilità della gestante; secondo altri, invece, *la voce colpevole abbraccia tutte le ipotesi di reato (...) senza fare distinzione di sorta tra la donna e l'estraneo*. Ancora, rilevante risultava la *quaestio* se integrasse la fattispecie di aborto tentato *ex art. 505* la condotta posta in essere da un esercente attività sanitarie, quando *il sanitario abbia indicati o somministrati (provveduti) i mezzi, senza che questi poi siano stati usati, od abbiano prodotto l'esito abortivo*⁸⁷. La dottrina esclude tale ipotesi⁸⁸. Ai fini della punibilità del tentato aborto, infine, era richiesta l'idoneità del mezzo abortivo, giacché la sua mancanza avrebbe comportato la carenza della *forza fisica oggettiva rappresentata dal pericolo del reato progettato, o meglio vi sarebbe deficienza di condizione, d'idoneità nella forza fisica soggettiva, ed il tentativo riuscirebbe, per se stesso d'una forza innocua e mancante di quella tendenza malefica, per cui poteva ispirare terrore ed esser causa di pericolo*⁸⁹.

6. Considerazioni conclusive

Il quadro normativo offerto dai codici preunitari italiani offre sufficienti elementi per affermare che i Legislatori degli Stati preunitari valorizzarono l'autodeterminazione della donna in caso di aborto ricorrendo alla clausola dell'onore e prevedendo, quando essa fosse accertata, una riduzione cospicua di pena. Una scelta che non si ritrova nel codice penale francese del 1810 – che pure costituì un punto di riferimento per i Legislatori della Restaurazione e neppure nel Codice

⁸⁶ LUCCHINI, L.,- MANFREDINI, G., voce *Aborto*, cit., p. 55.

⁸⁷ LUCCHINI, L., voce *Aborto Procurato*, cit., p. 116.

⁸⁸ “Altrimenti, in luogo di dire: “*indicati o somministrati i mezzi, pei quali sia seguito l'aborto o la morte*”, il legislatore avrebbe detto o dovuto dire press'a poco: “*indicati o somministrati mezzi diretti a conseguire l'aborto o la morte, il fatto del sanitario potrà cadere sotto altre sanzioni penali o disciplinari, ma non già sotto quella del procurato aborto*”. LUCCHINI, L., voce *Aborto Procurato*, ivi, p. 121

⁸⁹ LUCCHINI, L., voce *Aborto Procurato*, ivi, p. 116.

Penale Austriaco del 1803 vigente fino al 1859 nel Lombardo-Veneto; una scelta che comunque può essere considerata una forma di evoluzione nella capacità della donna di gestione il suo corpo; una scelta che fu arrestata dal codice Zanardelli che si pose sulla linea del Regolamento Pontificio, del Codice penale Francese del 1810 e del Codice Penale Austriaco del 1803⁹⁰. Un arretramento certo non evidente ma *sotterraneo*, comunque incisivo sulle prerogative della donna. Quella evidenziata appare come una “virata” di una certa importanza con riferimento alla condizione femminile e al riconoscimento della sua capacità di autodeterminarsi che si lega alla negazione del diritto voto, alla criminalizzazione della sessualità, all'esclusione dai percorsi educativi e formativi e da alcuni ambiti lavorativi, con motivazione fondate su un determinismo biologico che giustificava l'*imbecillitas sexus*.

Sotto questo profilo, il percorso di unificazione legislativa si può dire che ebbe tra i suoi elementi caratterizzanti il consolidamento e - nel caso di specie - il ridimensionamento dell'incapacità della donna di decidere per sé stessa.

⁹⁰ Codice Penale Universale Austriaco, 1803, Capo VIII, *Del procurato aborto*: art.128 “Una donna, che intraprende determinatamente un'azione qualunque, per cui le si cagioni l'aborto, o dispone in tal modo il suo parto, che il bambino venga al mondo privo di vita. Si fa rea d'un delitto”; art. 129 “La pena dell'aborto attentato, ma non seguito, è del carcere tra sei mesi, ed un anno; quella dell'aborto consumato è del carcere duro da uno fino a cinque anni”; art. 130 “Alla stessa pena, ma però con esasperazione, vien condannato il padre dell'abortito bambino, s'è correo del delitto”; art. 131 “Si fa pur reo di questo delitto chi per qualunque siasi fine, senza saputo, e contro la volontà della madre, le cagiona, o tenta di cagionare l'aborto”; art. 132 “Un tal delinquente è punito col carcere duro tra uno, e cinque anni, e nel caso, che dal delitto sia derivato alla madre un pericolo nella vita, o un pregiudizio nella salute, tra cinque e dieci anni”.

**HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DE LA
ATENCIÓN A LOS MENORES DE EDAD
TRASGRESORES DE LA LEY EN LA CUBA
COLONIAL¹**

**LEGAL HISTORIOGRAPHY OF THE
CARE OF MINORS OFFENDING THE LAW IN
COLONIAL CUBA**

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2023

Fecha de aceptación: 30 de marzo de 2023

Reinaldo Ramírez Temprana²
Universidad de Granada

¹ El presente artículo forma parte de la investigación predoctoral que se realiza en el programa de doctorado en Criminología, por la Universidad de Granada, España.

² Reinaldo Ramírez Temprana; reinaldo1977@correo.ugr.es, Código ORCID iD:0009-0000-1689-713X.

Resumen: En el presente artículo se realiza un estudio historiográfico, jurídico, criminológico; relacionado con la regulación y tratamiento a los menores de edad trasgresores de la ley en Cuba. Comprendiendo un periodo desde el siglo XVI hasta el XIX. Tras analizar el ordenamiento jurídico español aplicado a Cuba, desde los primitivos inicios hasta la promulgación del Código Penal español de 1870. Con el objetivo de demostrar la evolución normativa en cuanto a la regulación especial de los menores de edad, que cometiesen delitos o mantuvieran una conducta no acorde con la sociedad de la época.

Palabras claves: menores trasgresores de la ley, prevención de la delincuencia juvenil, ordenamiento jurídico, protección de los menores de edad.

Abstract: In the present article, a criminological legal historiographical study is carried out related to the regulation and treatment of minors who transgress the law in Cuba. Comprehending a period from the 16th century to the 19th. After analyzing the Spanish legal system applied to Cuba, from the primitive beginnings to the promulgation of the Spanish Penal Code of 1870. With the objective of demonstrating the normative evolution regarding the special regulation of minors, who committed crimes or maintained a conduct not in accordance with the society of the time.

Keywords: minor lawbreakers, prevention of juvenile delinquency, legal system, protection of minors.

1. Introducción

El tratamiento hacia los menores trasgresores o con conductas que pudiesen ser trasgresoras de la ley, a través de su prevención y corrección o de un sistema de administración de justicia de menores;

su estructuración y desarrollo, la historia recoge sus inicios a partir de la creación de los tribunales de menores³.

Anterior a este hecho, que traería el desarrollo y aplicación de la concepción tutelar sobre la base de las teorías positivistas, los menores de edad que trasgredían las normas de la sociedad o que cometiesen delitos, no eran objeto de regulación especial; aplicándose las mismas penas que la de los adultos, con determinadas atenuaciones en correspondencia con la edad y el discernimiento.

En otro orden, los primeros pobladores de Cuba, a los que nos referiremos en nuestro desarrollo, no contaban con una estructura social como las de otras poblaciones, que habitaban la región de las Américas, de las que existen evidencias de poseer normas escritas que regulaban su vida; tal es el caso de las civilizaciones; Mayas e Incas, por solo citar algunas⁴.

Empero, después de estas afirmaciones, tal pareciera como nada novedoso nuestro estudio, sin embargo, a partir del análisis de las leyes que regían para Cuba dentro del periodo comprendido desde el siglo XVI y principios del siglo XIX, se atisban preceptos que otorgaban protección a los menores de edad, así como un tratamiento para aquellos que cometían delitos o eran considerados como propensos a la comisión de los mismos.

Durante el siglo XIX, se aprueban los Códigos penales en España, haciéndose extensivo a Cuba el aprobado en 1870 con modificaciones y en donde se articula un tratamiento para los menores que cometían delitos siguiendo un criterio etario y la existencia de

³ El primer tribunal constituido exclusivamente para conocer procesos penales a menores de edad se creó en el 1899, en la ciudad de Chicago, Estado de Illinois, bajo el nombre de Tribunal para Jóvenes del Condado de Cook.

⁴ RECINOS, ADRIAN., *Popol Vuh: las antiguas historias del Quiché*. México, 1993.

discernimiento⁵; influyendo esta legislación en las futuras aprobadas durante la república, cuyos algunos matices han llegado hasta la actualidad.

En tal sentido, nos hemos propuesto desde un estudio historiográfico, jurídico y criminológico analizar las normas que regulaban algún aspecto, en relación a las personas menores de edad en cuanto a su protección y aplicación de penas o medidas para aquellos trasgresores de las buenas costumbres de la sociedad de la época o que cometiesen delitos.

Planteándonos como situación problemática; demostrar la evolución normativa que regula específicamente la problemática de los menores de edad en conflicto con la ley y con las normas de conducta de la sociedad en el periodo objeto de estudio para Cuba.

2. Periodo de la Conquista o Pacificación⁶

⁵ HERRERO VIDAL SONSOLES, MARÍA., “*Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un "modelo social de responsabilidad" del menor infractor*”, disponible en tesis en acceso abierto en: <https://eprints.ucm.es>. Madrid, 2015.

⁶ El término “conquista” lleva el concepto controvertido de la fuerza, en contraposición con la voluntad real que quería alejar de la mente de los descubridores tales conceptos, e inculcarles sentimientos de paz y caridad, se esforzaban por abolir este término de los instrumentos jurídicos y sustituirlo por la palabra “pacificaciones”. De hecho, nunca aparece en el Código Indiano y estaba prohibido que se empleara en las capitulaciones: “Por justas causas y consideraciones conviene, que en todas las capitulaciones... se excuse esta palabra conquista, y en su lugar se use de la de pacificación y población, pues habiéndose de hacer con toda paz y caridad, es nuestra voluntad, que aún este nombre interpretado contra nuestra intención, no ocasiones, ni dé color a lo capitulado, para que se pueda hacer fuerza ni agravio a los indios”.

Hurgando en la historia hasta donde existen evidencias; Cuba al haber sido colonia de España tras su descubrimiento (1492) y conquista (1511), su ordenamiento jurídico está íntimamente relacionado con el sistema español, del que formaba parte; ya que no existen indicios de algunas normas de tratamiento a los menores entre los primeros pobladores (aborígenes) de la Isla⁷.

Los aborígenes mantenían una estructura jerárquica, como se aprecia de las regulaciones en las ordenanzas españolas relacionadas con los Caciques, a las que nos referiremos; empero como hemos afirmado no existen indicios sobre la forma y normas de estas estructuras entre los pobladores indios en Cuba.

A este respecto, los primeros años podemos afirmar que el tratamiento a los menores respondería a lo normado por España para estos territorios, en lo que se fundamenta la condición humana de los indígenas, siendo considerados como personas libres titulares de derecho; no obstante, es innegable los abusos en la conquista, que

⁷ La principal fuente de información sobre los habitantes precolombinos de Cuba son los relatos y crónicas de los llamados “cronistas de las Indias, cuyo exponente más ilustrado sería Bartolomé de las Casa”, por lo que está matizada por la visión europeizante y cristiana de los mismos, clasificando a los primeros pobladores en tres grandes grupos o culturas diferentes en cuanto a rasgos étnicos, lingüísticos y de desarrollo tecnológico y social: los Guanahatebey, Sboney o Siboney y Taína. Otra fuente adicional de información son los estudios arqueológicos, etnológicos y morfológicos, llevados a cabo durante el siglo XX y que han permitido conocer mejor la vida de estos primeros habitantes de la isla; clasificando también en tres grupos a los humanos prehispánicos de Cuba: el de la edad de la concha (correspondiente al Guanahatebey), el de la edad de la piedra (correspondiente al Siboney) y la edad de la alfarería (correspondiente a la Taína).

traerían específicamente para la isla de Cuba el casi exterminio de la población india⁸.

Los indios eran considerados como infrahumanos o al menos como esclavos, conviniendo esta idea a los intereses fuertemente lucrativos de los colonizadores; pese a ello, se comienzan a emitir por parte de la Corona ordenanzas que regulasen la vida en el nuevo territorio, así como los principios y la función “Pacificadora”, de los indios; teniendo como primera norma Las Ordenanzas Reales para el buen regimiento y tratamiento de los indios, (Leyes de Burgos)⁹.

3. Las Leyes de Burgos. Primer cuerpo general legislativo para el Reyno de las Indias

Al formar Cuba parte integrante del Virreinato de Nueva España¹⁰, las Leyes de Burgos eran de aplicación; estas ordenanzas cuya denominación original resulta ser: “Ordenanzas Reales para el buen regimiento y tratamiento de los Yndios”, fueron aprobadas en la Ciudad de Burgos el 17 de diciembre de 1512.

Estas normas tendrían antecedentes normativos de diverso carácter; existiendo regulaciones a través de disposiciones reales anteriores, de algunas cuestiones planteadas por estas leyes; de lo que

⁸ ALEKSANDRENKOV, E, “*Aborígenes de Cuba. Problemas y posibilidades de estudio*”, en Revista española de la antropología americana, No 15, Madrid, 1985, p. 59-76.

⁹ SÁNCHEZ DOMINGO, RAFAEL, “*Las Leyes de Burgos de 1512 y la doctrina jurídica de la conquista*”, en Revista jurídica de Castilla y León, No 28, Junta de Castilla y León, 2012, p. 55.

¹⁰ DUQUE DE ESTRADA Y DONNELL O, HUGO, “*Origen y creación de los Virreinos*”, de la real academia de la historia, España, 2002, disponible en <http://aramada.defensa.gob.es/archivo/cap01>.

existe evidencia historiográfica al apreciar entre otras fuentes; las recogidas en el Cedulaario de Encinas¹¹ o el Cedulaario Cubano¹².

Entre las cuestiones jurídicas que se plantearon en las Ordenanzas de Burgos, a nuestro criterio una de las más importantes sería el reconocimiento a los indígenas, como personas libres y no como esclavos; en este orden, se les reconocía la capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones, cosa esta que era negado por el Derecho primitivo a la esclavitud.

Con relación al objeto de investigación encontramos uno de los preceptos más novedosos de las Leyes de Burgos: el relacionado con la protección del trabajo para niños, eximiendo del trabajo a los menores de catorce años, de ambos sexos, ocupándose tan sólo en tareas apropiadas a su edad; asimismo, se regula el tratamiento para con los huérfanos. Dado la importancia de esta ordenanza y su valor histórico, teniéndola a nuestro juicio como la primera norma, de la que

¹¹ ENCINAS DE, DIEGO, Cedulaario Indiano, recopilado por Diego de Encinas, Oficial Mayor de la Escribanía de Cámara del Consejo Supremo y Real de las Indias, Reproducción Facsímil de la edición única de 1596, disponible en <https://www.boe.es>>biblioteca jurídica digital.

¹² Véase en Cedulaario Cubano: Instrucción que se envía al almirante y gobernador el 3 de mayo de 1509, para que los niños se adjuntaran para ser enseñados; también que los indios fuesen tratados bien y castigados los que les provocasen daño y que los caciques traten bien a sus indios. El 15 de junio de 1510 se emiten normas para el mejor gobierno de indias; 6 de junio de 1511 en instrucciones se hace referencia a la educación de los indios en cuba; por provisión real se crea la audiencia de la española el 5 de octubre de 1511, eran tres jueces de apelación que conocían de causas civiles y criminales en apelación o cualquier otra causa, nombraban a los licenciados Marcelo de Villalobo, Juan Ortiz de Matienzo y Lucas Vázquez de Ayllon; libro XCI; con fecha el 6 de octubre de 1511; provisión a los jueces para que procesen y apliquen las penas más severas civiles y penales a Alonso de Ojeda y Bernardino Talavera por los delitos cometidos en su viaje a Cuba, con respecto a los maltratos a los caciques e indios, rapto y violaciones de indias; carta real del 20 de marzo de 1512 sobre tratar bien a los indios y enseñarles la fe católica en Cuba.

se posee evidencia escrita, en regular el tratamiento hacia los menores en cuanto a su protección; así como de aquellos que se encontraban en situación de abandono, dirigida y de aplicación especialmente para el Reyno de las Indias; reproducimos el texto original, salvando únicamente en su parte expositiva¹³.

Las Leyes de Burgos dedican varios de sus preceptos a los indios caciques y a sus descendientes, ya que su situación social era respetada, disponiéndose varias ordenanzas; sin embargo, como hemos referido, no existen evidencias sobre la estructura del cacicazgo en la Isla tal y como se desarrolló en México u otras regiones de Sudamérica; aunque se recogen en la historiografía la existencia de caciques sobre la base de estudios pictóricos¹⁴ y arqueológicos¹⁵, en

¹³ *“Doña juana por la gracia de dios reyna de castilla de leon de granada (.....) hordenamos y mandamos que los niños e niñas yndios menores de quatorce años no sean obligados a seruir en cossas de trabajo hasta que ayen la dicha hedad y dende arriba pero qe sean compelidos a hazer y seruir en cossas que los niños puedenb comportar bien como es en desservar las heredades y cosas semejanτες en las haziendas de sus padres lo que los tuvieren y los mayores de quatorce años esten dabaxo del poderio de sus padres hasta que sean de legitima hedad y sean cassados e los que no tuieren padres ni madres mandamos que sean encomendados por la persona que para ello toviere cuydado de los hacer enseñar y dotrinar en las cossas de nuestra santa fee y se aprouechen dellos en sus haziendas en las cosa que por los nuestros juezes de apelacion que allí tenemos fueren determinadas que puedan travajr syn quevrantamiento de sus personas con tanto que les den de comer y les paguen sus jornales conforme a la tasa que los duchos nuestros juezes determinaren que deven aver y con que no los enpidan a las horas que ouieren de aprender la dotrina cristiana y si alguno de los dichos mochachos quisiere aprender oficio lo pueda libremente hazer y estos no sean compelidos a hazer ni trabajar en otra cosa estando en el dicho oficio. La declaración de las hordenancas de los yndios para la ysla de san juan. Archivo general de Indias. Patronato. Legajo 174. Ramo. I”.*

¹⁴ CAMACHO, JORGE, “El cacique de Ornofay: la construcción textual y visual del filósofo salvaje”, en Revista Tunecina de Estudios Hispánicos, No 7, Túnez, 2021, p. 30.

Cuba; por lo que consideramos reproducir estas ordenanzas con importancia para nuestro estudio, ya que estaban dirigidas a los Caciques, sin hacer distinción alguna; en tal sentido, se les autoriza a tener cierto número de indios servidores proporcionalmente a la tribu que señoreaban, por lo que los caciques debían permanecer en la colectividad donde estuviera el mayor número; se encontraban exentos de trabajos pesados, ordenándose a los visitadores que los atendieran especialmente en la comida, tratamiento y enseñanza religiosa, ya que se estimaba que los indios, bien instruidos en la fe católica, serían los mejores maestros y modelo para sus convecinos¹⁶.

Los menores de trece años, hijos de los caciques (de ahí el interés nuestro), eran encomendados a los franciscanos, por un periodo de cuatro años para que los instruyeran, enseñándoles a leer, escribir y la doctrina, para que luego ellos actuaran de maestros. En caso de que el cacique tuviera más de un hijo, el que no permaneciera junto a los franciscanos se entregaría al encomendero como paje, con la obligación de instruirle¹⁷.

Lo relacionado con los caciques resulta de nuestro interés, por mantener la potestad en decidir sobre los conflictos que surgieran entre los indios que integraban su pueblo, incluso en causas criminales, reconociéndoles la forma en que gobernaban; competencias estas reguladas en las leyes de Indias a las que nos referiremos posteriormente.

Las leyes incorporan una cláusula penal, consistente en las multas impuestas a los encomenderos inobservantes, que oscilaban entre uno y cinco pesos, progresivas o reiteradas a los reincidentes y distribuidas entre el acusador o denunciador, la Real Cámara y el juez o sacerdote; según se tratara de una norma civil o religiosa, siendo la

¹⁵ DE LIMA MOREIRA, LILLIÁN, “*Las antiguas culturas del archipiélago cubano*”, Revista Estudios, Universidad de Costa Rica, No. 21, Costa Rica, 2008, p. 245-257.

¹⁶ Ordenanza 22.

¹⁷ Ordenanzas 17 y 19.

de mayor cuantía la que castigaba el maltrato a los indios. La máxima pena era la pérdida de los naturales repartidos o encomendados; igualmente se castigaba la negligencia de los visitantes y se sancionaba a quienes retuvieran indios ajenos¹⁸.

4.-Las Leyes Nuevas de Indias

En el año de 1542 se aprobarían las Leyes Nuevas de Indias y como culminación para este periodo, la Recopilación de leyes de los Reynos de Las Indias, conocida como leyes de Indias (1680). Todas estas normas regulaban la conquista en América, los derechos de los indios, el régimen de trabajo y descanso, la estructura del gobierno, las audiencias, la construcción de los pueblos, las funciones de los encomendadores, gobernadores, virreyes; uniformando e impartiendo ordenanzas para la vida y la relación de los Españoles, no solo con los indios sino con todos los pobladores, así como la relación entre los propios pobladores que habitaban en el nuevo mundo.

Los especialistas han considerado el proceso de su creación como un hito histórico, sus causas difieren según los investigadores. Para muchos, entre los que se encuentran historiadores católicos, especialmente dominicos, el célebre Fray Bartolomé de Las Casas fue prácticamente el único protagonista de este hecho tras denunciar los maltratos y excesos de los conquistadores para con los indios. Para otros, “Las Casas”, no fue más que un pretexto para que el emperador extendiera su absolutismo evitando así a los conquistadores rebeldes¹⁹.

Sea cual fuere la causa por la que se aprobaran estas leyes, es indudable su importancia por cuanto estructuraron la vida en sociedad para la época, regulando los aspectos fundamentales de todos sus pobladores, cuestión esta difícil, atendiendo a la heterogeneidad de su población. Las relaciones entre las distintas “razas y castas” y entre las

¹⁸ Ordenanzas 21,30 y 32.

¹⁹ MARTÍN Y MATA M, RICARDO, “*Delitos y Penas en el nuevo mundo*”, en *Revista de Estudios Colombianos*, No 6, España, 2010, p. 65-81.

mismas, en que se estructuraba la sociedad serian objeto de regulación a través de las citadas leyes.

Como hemos venido afirmando, no existe una regulación específica sobre el tratamiento a los menores que cometiesen delitos contenida en las leyes de Indias, por lo que se aplicaría el derecho castellano, el que a su vez a pesar de lo dispuesto por el Ordenamiento de Alcalá de 1348, confirmado por las Leyes de Toro y por el que se excluía el derecho común, en la práctica no se observaba, por lo que también se continuaba aplicando como supletorio del Derecho de Castilla el *ius commune*²⁰.

Para aquellos menores de raza blanca (españoles), para los de raza negra (esclavos y libertos), “en relación a los esclavos no eran considerados como personas”, mientras que para la raza india (indios), los que a pesar de considerarse como personas libres (Vasallos de la Corona) y titulares de derechos, su condición jurídica era de un incapaz relativo; para actuar en la vida, debían tener un representante, un cacique o un protector de naturales. En tal sentido, los indios serían tratados como miserables²¹.

El estado de miserables, quedaría al arbitrio del juez, por ser tantas y tan variadas sus circunstancias; empero, no existía duda de tal situación tal y como expusiera SOLORZANO en su Política Indiana al sentenciar: “*Pero qualesquiera que se atiendan y requieran, hayamos que concurren en nuestros Indios por su humilde, servil y rendida condición, de la qual dexo ya dicho tanto en los capítulos pasados*”²².

La categoría de miserable era equiparada a la de los locos o menores. En relación con quienes eran considerados como menores; el derecho castellano a partir de la novísima recopilación establecía la

²⁰ BURIN GALLEGO ROJO, MARINA. *El pensamiento jurídico y político de Francisco Bermúdez de Pedraza (1576-1655)*, Madrid, 2018.

²¹ MANTILLA GONZÁLEZ, GORKI, “*La miserabilidad del indico en el siglo XVI*”, en THEMIS Revista de Derecho, No 34, Perú 1996, p. 291-300.

²² PEREYRA Y SOLORZANO DE, JUAN. *Política Indiana tomo primero*, Madrid, 1930, p. 422-423.

minoría de edad hasta los veinte y cinco años para los pupilos, por lo que al equipararse los miserables a los menores, al parecer en la política indiana se referían a las personas indias de edades comprendidas entre los doce para las hembras y catorce para los varones, hasta los veinte y cinco para ambos sexos²³.

En cuanto a las Castas (mestizos), cuyo número aumentaba producto de la sociedad estamental, con una tendencia hacia la marginación estructural, estaba formada por los hijos ilegítimos, los esclavos fugitivos llamados cimarrones o los exvecinos que habían perdido por conflictos locales y condenas su acceso a fuentes de subsistencia, convirtiéndose gran parte de ellos en errantes o vagabundos, también les sería de aplicación las normas de derecho común y algunas ordenanzas específicas de las leyes de Indias²⁴.

Con relación a los menores de edad se mostraba interés en la educación, no solo la de los indios²⁵, sino de todos aquellos que fuesen huérfanos o estuviesen en otra condición de abandono, encomendándose a través de la experiencia acumulada la creación de colegios para tales fines. No obstante, para este periodo no hemos localizado evidencias historiográficas de su desarrollo en la Isla.

Podemos encontrar a través de estas leyes los cimientos para la formación de la concepción de la educación al pueblo, para evitar

²³CAIN NOVOA, MAURICIO, “Derecho indiano y demandas y reivindicaciones indígenas: un enfoque para el lenguaje y la comunicación”, en Revista Razón y Palabra, No 26. México, 2002.

²⁴ Ley 3, libro 7, tomo 4, título 1: de los vagabundos; los menores vagabundos de españoles o mestizos huérfanos tenían que darlos a encomenderos de indios, las mujeres en casas virtuosas donde aprendan las buenas costumbres si esto no fuera bastante los varones habría que ponerlos en colegios y las hembras en casa de recogidas, función de los virreyes.

²⁵ Ley 3, libro 1, tomo 1 título 23: de los colegios.

así la ociosidad y la mendicidad. Considerándose que las mismas servían de fuentes a los delitos y desordenes²⁶.

También podemos observar cómo se aprobaron normas que protegían a los menores, evidenciándose el interés sobre esta población, atisbándose rasgos incipientes de una concepción tutelar hacia los mismos al decretarse las siguientes prohibiciones y de protección:

- Se prohíbe cargar a los indios, menores de diez y ocho años en cualquier labor;
- La no obligatoriedad de trabajar a los menores que estuviesen en estancias, sólo si sus padres lo autorizaban y en este caso se les debía de remunerar;
- Prohibición del casamiento de las niñas sin tener edad legítima, sancionando a los encomenderos que lo hiciesen;
- Prohibición a los indios de vender a sus hijas.

Procesalmente para conocer y juzgar, se constituyeron: Las Audiencias, las que, debido a la inexistencia del principio de división de poderes, no sólo cumplían funciones judiciales; sin embargo, señalan claramente la progresiva institucionalización de la Administración de Justicia en este periodo²⁷.

Mención especial debemos hacer en lo procesal a la existencia de los tribunales del Santo Oficio, ya que a través de la inquisición se procesaba y condenaba. No obstante, a los indios la inquisición no los

²⁶DÍAZ LANDROVE, GERARDO, *“Derecho Penal de Menores”*, editorial Tirant lo blanch tratados, Valencia 2001.

²⁷ MARQUARDT, BERND, *“Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)”*, Revista Pensamiento Jurídico, No 49. Colombia, 2019, p. 13-79.

alcanzaba, pues se los consideraba “neófitos en la fe”, mientras al resto de los pobladores sí²⁸.

En la aplicación de la justicia y la manera de resolver los conflictos, queremos reiterar que los caciques, tenían potestad para solucionar los conflictos y aplicar penas con determinadas limitaciones a los indios que les servían. En cuanto a las penas para conflictos de causa criminal tenían como limitación la prohibición de aplicar la pena de muerte o la de mutilación de órganos u otro castigo atroz²⁹.

Por último, en relación a este periodo hemos de analizar la situación de los menores de las “Castas”, a las que nos referimos con anterioridad; cuya condición no sólo estaba determinada por la mezcla de las “Razas”, sino por el matrimonio; la obra historiográfica más completa y exigente resulta ser: “La política Indiana de, Don Juan de Solorzano y Pereyra”. Procederemos a ilustrar sin grandes lucubraciones, únicamente el camino hacia la ley y el tratamiento para cada menor; advirtiendo que el mismo continuaría durante todo el periodo colonial.

Se define varias categorías para las personas que nazcan en el Reyno de las Indias ya sean de padres españoles a los que se llaman “Criollos”; a los nacidos de españoles e indias “Mestizos”; a los nacidos de españoles y negras “Mulatos”; a los nacidos entre negros e indios “Zambos” y los de padres negros libres “pardos o morenos”.

Los criollos serán considerados como verdaderos españoles y como tales gozaran los mismos derechos, al ser las provincias de las indias como parte del territorio de España y conforme a las reglas del derecho no siguen el domicilio, sino el origen natural de sus padres³⁰.

²⁸ MORENO, ROBERTO, *La inquisición para indios de la Nueva España, siglos XVI a XIX*, Chicomózc: Boletín del Seminario de Estudios Prehispánicos para la Descolonización de México. México, 1989, p. 7-20.

²⁹ Ley 13, libro 6 título 7.

³⁰ PEREYRA Y SOLORZANO. *Política Indiana tomo primero*, p. 445-446.

Los mestizos y mulatos, si naciesen dentro de matrimonio gozarían de los mismos derechos que los criollos. En tanto, de nacer de adulterio o de otros actos ilícitos no se les permitirían entrada para oficios algunos autorizados y de república³¹.

Los Zambahigos o zambos, no gozaban grandes derechos; empero, no eran enviados a las minas a trabajar de forma obligada como sucedía con los indios.

Estos derechos a los que tenían los hijos “mestizos, mulatos y zambos”, incidieron en conductas de las mujeres indias, que nos sorprenderían, siendo el más verídico reflejo de las consecuencias e impacto en la vida humana de políticas; conductas que lapidariamente soslayó SOLOZANO, *“De este abuso resulta que muchas indias dejan a sus maridos indios o aborrecen y desamprana los hijos que de ellos paren viéndolos sujetos atributos y servicios personales y desean aman y regalan mas los que fueran de matrimonio tienen de españoles y aun de negros porque los veía del todo libres y excentos, lo cual es llano que no se debe permitir en ninguna republica bien gobernada ni ellas lo pueden hacer con segura conciencia”*³².

En tanto a los huérfanos, siempre que hubiesen sido habidos en matrimonio, se entregaban a los encomenderos, quienes tenían la obligación de cuidarlos y educarlos, también de tener parientes en España se les permitía viajar para unirse a los mismos.

En tanto, los “morenos”, se encomendada que debían ser bien atendidos; esto sería producto del servicio que prestaban, ya que en algunas regiones se constituyeron milicias que servían a la corona³³. Aunque por ley se ordenaba que los negros se casasen entre sí y no con indios; así como que el hijo de español con negra esclava, de venderse; el padre tendría derecho a la compra a favor de la libertad de su hijo.

³¹ *ídem.*

³² *ibídem.* 447.

³³ *ídem.*

Para este periodo podemos observar que los derechos de los menores estarían en dependencia del origen de sus ascendientes y si eran habidos en matrimonio, sobre la base de una fuerte concepción canónica del matrimonio. Para aquellos que cumplían con los “requisitos”, gozarían de los más elementales derechos, de quedar huérfanos también recibirían tratamiento justo. El resto carecían de los más mínimos derechos; aunque como hemos afirmado se iniciaba la construcción a través de la educación necesaria para los menores, incluyendo aquellos en estado de abandono, de lo que en tiempos posteriores serviría a la formación de la teoría de la situación irregular con la consiguiente protección hacia los menores.

5. Derecho Indiano Criollo; los Bandos de buen gobierno

Con los Bandos de buen gobierno, se atisba el inicio documentado del tema que nos ocupa en Cuba. Según los manuales al uso de historia del derecho indiano, el Bando de buen gobierno viene a ser en realidad un auto o decreto de la autoridad local competente: virrey, gobernador, corregidor, que acaba siendo denominado: bando, por el acto de su publicación. Es considerado como una parte de lo que esos historiadores llaman: “legislación criolla” o derecho indiano “criollo”³⁴.

Los Bandos de buen gobierno y policía, documento que hasta 1879 marcó las normas del orden y la organización de la vida en la colonia, emitidos por cada gobernador general al asumir el gobierno de la Isla, organizaban la convivencia en sociedad, las actividades permitidas, las conductas que eran consideradas como violaciones al orden establecido y las formas de sancionar a sus comisores. Los primeros bandos servían como guía a los gobernadores siguientes para garantizar la paz bajo sus respectivos gobiernos, por lo que una buena

³⁴ LLORENTE APAOLAZA, DORLETA, *Los Bandos de buen gobierno en Cuba: La norma y la practica (1730-1840)*, Memoria para optar al grado de doctora, Universidad del País Vasco, 2016.

parte de los artículos se repetían; en todos se aprecian tres líneas o intenciones fundamentales: asegurar la tranquilidad de ciudades y villas, fomentar la riqueza y prosperidad de los campos y controlar las acciones y comportamiento de los habitantes³⁵.

En los distintos bandos se regula de forma general aspectos de la vida con incidencia para toda la población abarcando a los menores ya que no se hace distinción; mientras en otros sí se especifica o se remite a los menores determinadas regulaciones y prohibiciones, en lo fundamental a lo relacionado con la práctica de juegos, bañarse en lugares públicos, vender mercancías o pedir limosnas, entre otros.

Las medidas aplicadas a los menores que trasgredían las normas de conducta en algunos casos serían con fines educativo; tales son aquellas dirigidas al encausamiento de los menores en el aprendizaje de un oficio; correctivas, aquellas en que sólo eran enviados a los padres para ser corregidos o privativas de libertad, al ser enviados a la cárcel. También en no pocas serían los padres o quienes ostentan su representación quienes pagaran por los daños ocasionados por los menores a su abrigo.

Para culminar este importante periodo, mostramos cronológicamente un acercamiento “comentado”, a las medidas dictadas por cada gobernador en sus bandos, con trascendencia en el tratamiento hacia los menores o su protección, a partir de la evidencia historiográfica³⁶; con el objetivo de ilustrar como a partir de las prohibiciones reguladas en cada periodo se conceptualizaría, el menor trasgresor, por cuanto esta categoría de “menor trasgresor está unida a lo que se considerase como una conducta trasgresora en un momento histórico y para una sociedad específica”. Sírvase apreciar como para

³⁵ MARTÍNEZ DÍAZ, YOLANDA, “*Delitos y delincuentes. Cuba en los finales del siglo XIX e inicios del XX*”, Revista Pensamiento Americano, X/18. Colombia, 2017, p. 31-45.

³⁶ Podemos encontrar la reproducción íntegra de los bandos, en la tesis doctoral de; Dorleta Apaolaza Llorente en opción al grado de Doctora por la universidad del País Vasco, 2015.

la época sería objeto de trasgresión el jugar a los papalotes o bañarse en lugares públicos, por sólo citar algunos ejemplos.

Juan Francisco de Güemes y Horcasitas (primer Conde de Revillagigedo): Prohíbe a los vecinos el trato con hijos de familia; siendo el primero en prohibir cualquier tipo de relación contractual con menores de edad.

Ambrosio de Funes Villalpando y Abarca de Bolea (Conde de Ricla): Crea los comisarios del barrio y aprueba el reglamento de policía, por el que se disponen las obligaciones de los comisarios de policía. Los comisarios de barrio jugarían un papel determinante para el control de la sociedad, conformado por un vecino; el mismo serviría para brindar información de la conducta de los habitantes en su barrio, junto a los comisarios de policía serían la base estructural del gobierno.

Antonio María de Bucareli y Ursúa, Henestrosa y Lasso de la Vega: Aprueba lo que sería a nuestro criterio; el primer control social reglado, sobre los menores de edad, mayores de catorce años, que se encontrasen con una conducta desajustada para la sociedad de la época, a través de su bando.

-Prohíbe a los que tuvieren entrenamiento de juegos lícitos en su casa o la ajena de no consentir en ellas hijos de familias.

-Obligación de los vecinos que tengan algún hijo o dependiente de más de catorce años sin obediencia, carrera, ni determinación a cierto destino, de presentarlo para darle aplicación conveniente a su interés y el del público.

-Exigencia de responsabilidad a los padres o patronos que incumplieran con la presentación del menor mayor de catorce años, al que se hizo referencia; disponiéndose que serán responsables del daño por la corrupción del joven y por los excesos en que incidieren como si lo hubiesen cometido ellos mismos.

Diego José Navarro García de Valladares: Emite órdenes contra la vagancia; consideramos que es el inicio documentado en la Isla, de lo que, en tiempos posteriores, e incluso siglos, serían las denominadas popularmente como; leyes del vago, basadas en el estado peligroso en que podrían estar los individuos y por ende proclives a la comisión de hechos delictivos; por lo que se debía a través de una prevención primaria actuar sobre los mismos. Con relación a la prohibición del juego a los papalotes, el que era considerado perjudicial por los daños que ocasionaban, ciertamente encontramos que renueva estas órdenes, por lo que no se le puede acreditar como ser el primero en prohibir este juego.

-Manda a las autoridades que, pasados los ocho días primeros después de la publicación de este expediente, aprehendan y encierren en la cárcel pública a todo hombre de cualquier edad capaz de alguna aplicación que se encuentre sin oficio, o que teniendo oficio fuere holgazán y negligente.

-Prohíbe la venta de pólvora a los muchachos.

-Renueva las órdenes promulgadas para que no se consientan las diversiones de papalotes, piedras y látigos.

José Manuel Ignacio Timoteo de Ezpeleta Galdeano Dicastillo y del Prado (primer Conde de Espeleta de Beire).

-Prohíbe absolutamente el comprar a hijos de familia y esclavo, ningún género o efecto de cualquier especie.

-Propone el reglamento para comisarios de barrio.

Luis de las Casas y de Aragorri: Arremetería contra la prostitución y contra las niñas que se encontrasen en estado de vagabundez, agravando las órdenes de prohibición de todos los juegos y en especial el de los papalotes; regula más específicamente el tratamiento que se daría a los infractores, implementa con más acierto

la medida de corrección para los menores dada a sus padres o tutores; la medida de corrección la incluiría el primer código penal de España en 1822, agrava las medidas contra los jóvenes sin oficio.

-Prohíbe el establecimiento de casa de prostitución.

-Prohíbe pedir limosnas sin licencia; asimismo, advierte que no concederá licencia para tal actividad a las niñas de siete años en adelante hasta los veinticinco, ni con el pretexto de pedir la limosna para sus padres enfermos, por el riesgo que se corre sujeta su honestidad y costumbres.

-Ordena recoger a las niñas que estuviesen pidiendo limosnas y se enviarán a casas de personas honestas donde sirvan y se eduquen, mientras se forma en esta ciudad un hospicio o casa pública de recolección.

-Manda que todos los muchachos, así negros y mulatos como blancos, cuyos mayores no les hayan dado oficio o aplicación conveniente habiendo cumplido diez años, se entreguen a un maestro de su calidad en alguna arte útil al público, para que se la enseñen y los eduquen, con la formalidad de una escritura y término correspondiente.

-Encomienda a los comisarios y demás autoridades se le informe si algunos jóvenes viven sin oficio, para proceder rigurosamente contra ellos, conforme a la última Real Cédula de vagos, destinándolos al servicio de las armas o al de arsenal por el tiempo que corresponda.

-Manda a los comisarios de policía y a todos los ministros de justicia que con particular celo traten de exterminar los juegos de toda clase, aunque sean de medios y reales, que a cualquier hora se forman en las calles y plazas por los muchachos, los negros y mulatos; con los cuales empieza a nacer en los primeros la inclinación a este detestable vicio y los otros lo fomentan, aun no teniendo cantidades mayores que jugar, sin aplicarse como debieran a sus precisas obligaciones. Y a los que se encontraren en ellos, si fueren menores de

catorce años se entregarán a sus padres o mayores, con encargo de que les corrijan y velen sobre su conducta.

-Prohíbe también dentro de la ciudad y sus arrabales el juego que se titula de papalotes, por los daños que han resultado, bajo la multa de cuatro ducados para la cámara y ministro que denunciare y de ocho si tuvieren cuchilla o instrumento cortante, la cual pagarán los dueños de las casas, si dentro de ellas se jugare y siendo fuera, los mismos que los volaren o sus padres y amos, si se prueba que lo hacían con su consentimiento; pero siendo sin su noticia se les entregarán siendo menores de catorce años para que los corrijan y los demás se conducirán a la cárcel por otros tantos días.

Juan Procopio de Bassecourt Thieulaine y Bryas López de Ochoa (Conde de Santa Clara): Modifica la pena para los juegos de papalotes e incluye la pena para los menores esclavos; prohíbe el trabajo de menores de catorce años como caleceros y volanteros.

- Prohíbe dentro de la ciudad y sus arrabales el juego que se titula de papalotes, por los daños que han resultado, bajo la multa de dos ducados para la cámara y ministro que denunciare y de cuatro si tuvieren cuchilla o instrumento cortante, la cual pagarán los dueños de las casas si dentro de ellas se jugare y siendo fuera los mismos que los volaren, o sus padres y amos si se prueba que lo hacen con su consentimiento; pero siendo sin él se les entregarán siendo menores de catorce años para que los corrijan y los demás, si son libres, se ejercitarán en obras públicas a proporción de ducado por día, castigándose a los esclavos con doce azotes y pasándose en el instante a sus dueños.

-Sin consideración a los graves daños que se experimentan se tiene el abuso de emplear de caleseros y volanteros a los muchachos que por su corta edad y debilidad no pueden manejar y sostener las bestias en cualquier accidente,

colocándose también en las carretas y para su congruo remedio deberán los primeros pasar de catorce años y necesitándose de mayor pujanza para las segundas, excederán de veinte los que se empleen en su manejo y encontrándose alguno que no tenga la edad que se señala incurrirá el dueño de la volante o carro en la multa.

Juan Manuel de Cajigal y Martínez: Ordena a través de la corrección de los menores por parte de los padres, curadores o dueños; la prohibición de palabra obscena o en contra de Dios, emite indicaciones a los maestros de primera letra y prohíbe el arrojamiento de monedas.

-Cuidarán los comisarios de policía que ni los muchachos y esclavos, ni otra persona alguna, viertan en las calles palabras descompuestas y obscenas, ni juren ni blasfemen de Dios ni de los Santos, denunciándolos a los padres, curadores y dueños, para la pronta corrección o castigo.

-Nadie pedirá limosna por las calles y si fuesen niñas las mendicantes, serán conducidas por los comisarios con mi orden a la casa de Beneficencia, donde ganarán sin riesgos la subsistencia y aprenderán la costura, bordado y demás artes que se la aseguren para siempre, no pudiendo salir de dicha casa sino para alguna acreditada donde sea fácil proporcionarles un honesto establecimiento.

-Los maestros de primeras letras emplearán toda su eficacia e influencia en inspirar a los niños las santas máximas de nuestra divina religión, la lealtad debida por todas leyes a nuestro benéfico Soberano y la obediencia y respeto al gobierno y las autoridades; a cuyo logro, además del día de la doctrina, destinarán dos horas de otro, el más acomodado de la semana, para dicha lección de moral pública, a la que me reservo asistir cuando lo tenga por conveniente.

-Para evitar los alborotos y desgracias que suceden de tirarse al suelo los muchachos por recoger las monedas que arrojan los padrinos en los bautismos, prevengo que ninguno las eche, bajo la

multa de diez pesos o cárcel por otros tantos días en insolvencia y encargo a los padres, maestros y amos que amonesten a sus hijos, discípulos y siervos sobre este particular con la circunspección debida, bajo su responsabilidad en descuido.

Francisco Dionisio Vives y Planes: Establece, podríamos llamarle “reglamento”, para combatir las blasfemias, maldiciones y todo tipo de palabras escandalosas y obscenas, reflexionando e indicando que es la familia y amos quienes son los máximos responsables en velar, exigir y educar en que no proliferen tales aptitudes; apreciamos que desde ya se otorgaría un enorme peso a la familia en la prevención de conductas que pudiesen ser trasgresoras de la ley; prohíbe los baños en espacios públicos, así como reprime las conductas de menores, significado especial apreciamos en la prohibición de determinados libros y sus reflexiones a través de providencia.

-El proferir por las calles blasfemias, juramentos y maldiciones se ha hecho demasiado general y lo mismo el uso de acciones y palabras escandalosas y obscenas hasta en las conversaciones familiares, contra lo que exige la religión y previene la justicia, que abominan y detestan semejante lenguaje; ni las leyes que lo proscriben y condenan, ni los ministros que han de ejecutarlas podrán remediar los males que ocasiona, si los padres de familia, respecto de sus hijos y los amos, de sus criados, descuidan el cumplimiento de los deberes. Confiando, pues, en que los padres y amos no darán lugar a que se proceda contra ellos por unos excesos, que, si no previenen en tiempo, empleando en esto su autoridad familiar, causan los perjuicios referidos; para evitarlos y castigar a los que no hagan caso de ella, se manda que se observen los capítulos siguientes:

1-A los que profieran blasfemias, juramentos y maldiciones en las calles y parajes públicos se les impondrán las penas establecidas por las leyes.

2-A los que lo hagan de palabras obscenas y torpes, o ejecuten acciones de la misma clase, se les destinará por la primera vez a los trabajos de las obras públicas por un mes, siendo hombres y por igual tiempo a San Fernando, siendo mujeres; doble pena por la segunda y si tercera vez reincidieren, se agravarán hasta imponerles la de vergüenza pública.

3-Los dueños de las casas públicas, como tabernas, juegos de villar, cafés y otras, serán responsables de la falta de observancia de los dos capítulos anteriores y además se les impondrá la pena de cerrarlas.

-Siendo tan escandaloso e inmoral como ofensivo a la decencia pública el intolerable abuso de que los negros esclavos, hombres blancos y muchachos de todas clases se bañen desnudos, como lo hacen en la Punta, Muelle de Luz, Machina, Real Factoría y playa de San Lázaro, algunos de ellos a pretexto de lavar sus ropas; por tanto, y con el fin de cortar de raíz tales excesos, ordeno y mando que ninguna persona de cualquier clase y condición que sea, se bañe en los referidos parajes, ni en ningún otro público en que pueda ofenderse el pudor de los que lo vean.

-Bien persuadido de los repetidos desórdenes que se cometen por los muchachos y gente de color que se ponen en la Muralla de Paula, apedreando e insultando a los oficiales y tripulaciones de los buques, que en los botes y falúas van y vienen del real Arsenal, ordeno y mando, bajo de la responsabilidad del comisario de dicho barrio, se prevenga a los padres de los primeros y a los amos de los segundos, la necesidad en que están de recogerlos y contenerlos, para que no se repitan aquellos; en concepto de que el referido comisario y su teniente estarán al tanto para que en el caso de que vuelvan a insultar, los aprendan y pongan en la cárcel pública.

- Providencia : Estando prohibidos todos los libros en que se impugne nuestra santa religión, las regalías, derechos o prerrogativas del Soberano, o de cualquier otro modo exciten o defiendan la

rebelión de los vasallos o de los pueblos y los licenciosos y obscenos y estampas y láminas deshonestas y debiendo precaverse e impedirse por todos medios su introducción y venta, se recogerán y harán quemar todos los de esta clase que se introdujeran o intentaren introducir en cualquiera de los buques que entran diariamente en este puerto. El libertinaje es de todos los vicios el más funesto y despreciable; cuando llega a ser un hábito, enerva y debilita las potencias, arrastra a acciones indecentes, causa disgusto el trabajo, conduce en fin al crimen y al suplicio. Esta especie de libros, las lecturas lascivas, las láminas y pinturas deshonestas y provocativas, son tanto más perjudiciales cuanto que no se necesitan más que ojos para entenderlas, aún a aquellos que no son capaces de fijar en nada su atención y los jóvenes, cuya imaginación es tan fácil de extraviarse, se abandonan y se engolfan en el asqueroso cieno de la corrupción y se pierden indefectiblemente, esparciendo la inmoralidad y el desenfreno por todas partes.

6. Los Códigos Penales de España; aplicación y vigencia

El primero de los Códigos Penales españoles se aprobaría en 1822, no siendo objeto de nuestra investigación la polémica sobre su efectiva aplicación debido a su efímera vida³⁷; si resulta de interés su regulación con relación a los menores en conflicto con la ley penal, disponiendo por su artículo 23: que no podía ser considerado como delincuente ni culpable en ningún caso el menor de siete años cumplidos. Si fuese mayor de esta edad, pero que no haya cumplido la de diez y siete y cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito o culpa, se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado o no con discernimiento y malicia según lo que resulte y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales.

³⁷ REY LÓPEZ, OSCAR, “*El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, 71/1, España, 2018, p. 347-401.

Los subsiguientes artículos regularían la situación y las medidas a aplicar para los menores de diecisiete años y mayores de siete que cometiesen delito sin o con discernimiento en tal sentido para los primeros serían entregados a sus padres, abuelos, tutores o curadores, para que le corrijan y cuiden de él; pero si estos no pudieren hacerlo, o no merecieren confianza y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requiriesen otra medida al prudente juicio del juez, podrá este ponerle en una casa de corrección por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad³⁸.

Para aquellos que cometiesen el delito obrando con discernimiento y malicia, se le castigará con la cuarta parte a la mitad de la pena señalada al delito³⁹.

La menor edad sería también causa de atenuación de la sanción disponiéndose por su artículo 107 que la corta edad del delincuente y su falta de talento o de instrucción se tendrán por circunstancias que disminuyan el grado del delito, debiendo los jueces observarla.

En 1848 por Real Decreto se aprobaría el Código Penal y por el que se declaraba exento de responsabilidad penal al menor de nueve años y al mayor de nueve años y menor de quince a no ser que haya obrado con discernimiento⁴⁰. Con ello se aumentaría en dos años la exigencia de responsabilidad penal a los menores de edad.

Mientras que como circunstancia que atenuaba la responsabilidad penal se encontraba ser menor de diez y ocho años⁴¹; estableciéndose reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes o agravantes; en tal sentido, a los

³⁸ BARGA DE QUIROGA LÓPEZ, JACOBO, RAMOS RODRÍGUEZ, LUIS y LÓPEZ GORDEJUELA DE RUIZ, LOURDES, *“Códigos penales españoles; recopilación y concordancias”*, editorial Akal, Madrid, 1987.

³⁹ *idem*.

⁴⁰ Véase Código Penal de 1848, artículo 8.2.3.

⁴¹ *Ibidem*: artículo 9.2.

mayores de nueve años y menores de quince que fuesen declarados responsables por haber obrado con discernimiento se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo menos a la señalada por la ley al delito que hubiere cometido; en tanto al mayor de quince años y menor de diez y ocho, se aplicará siempre en el grado que corresponda la pena inmediatamente inferior a la señalada por ley. Este artículo y el anterior relacionado con la temática se mantendrían inalterables en la reforma de 1850.

Hemos querido ilustrar lo contenido en ambos códigos con tan sólo el objetivo de una comprensión de las ideas en relación a la problemática hacia los menores, por cuanto ambos códigos no fueron de aplicación en Cuba; sin embargo, sus postulados se acostumbraba aplicarlos como doctrina y precedentes, con carácter de supletorios⁴².

7.-El Código Penal español para la isla de Cuba

La aprobación del Código Penal español para Cuba fue la culminación de un proceso que se iniciaría desde 1856, cuando la Audiencia Pretorial de La Habana, indicó los inconvenientes de la falta de una regla fija en la aplicación de las penas por haber caído en desuso gran parte de la legislación criminal y con el deseo de uniformar en lo posible la jurisprudencia de las Antillas con las de la Metrópoli, “anuncio respetuosamente al gobierno que era llegado el caso de examinar si convenía o no la aplicación del Código Penal a la isla de Cuba”⁴³.

Habrían de transcurrir diez años para el nombramiento de la Comisión por el Real Decreto de 29 de septiembre de 1866, para que se iniciase los estudios de una aprobación del Código Penal a la isla de

⁴² Véase; informe de la Comisión de redacción del Código Penal para las provincias de Cuba y Puerto Rico y Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal, mandados observar por el Real Decreto de 23 de mayo de 1879.

⁴³ *Ibidem*: pág. 9.

Cuba, iniciado el oportuno expediente, el Ministerio Fiscal opinó de forma afirmativa; empero, no así la Comisión que se habría nombrado, la cual sostuvo, entre otras cosas; la necesidad de mantener la pena de azotes para la raza de color, así como también la de trabajos fuertes en fincas de campo que los jueces y tribunales solían imponer a los esclavos y colonos chinos.

Finalmente, por el Real Decreto de veintitrés de mayo de 1879 se aprobaría el Código Penal reformado de 1870, por el que se derogan todas las leyes penales generales anteriores a su promulgación, salvo las relativas a la represión y castigo del tráfico negrero⁴⁴. Y la ley provisional de Enjuiciamiento Criminal; manteniendo casi incólume lo relacionado con nuestra temática contenida en el Código Penal de 1870, tan sólo modificándose el numeral del artículo.

Al menor de nueve años se le tenía como exento de responsabilidad criminal, así como al mayor de nueve años y menor de quince a no ser que haya obrado con discernimiento, estando obligado el tribunal hacer declaración expresa sobre este punto para imponerle pena o declararle irresponsable; en tal sentido, mantenía una continuidad con lo aprobado en el Código de 1848⁴⁵.

A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado a un establecimiento de beneficencia, destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos. Al respecto, el Código acogía en principio lo regulado en 1828 y del que carecía el texto de 1848, en cuanto alguna medida de precaución para estos menores; sin embargo, rompía con el criterio correccional, no pudiendo sino de otra forma que no sea a través de GROIZARD, reflexionar al respecto; “Aplaudimos, pues sin reserva, que los autores del Código hayan renunciado a decirnos dogmáticamente; hasta aquí nunca hay responsabilidad, desde aquí

⁴⁴ Véase artículo. 634, disposición final.

⁴⁵ Véase artículo.8.2.3.

siempre la habrá; aplaudimos que entre los dos periodos de inculpabilidad y de culpabilidad ciertas, hayan colocado otro, en que reconocen que puede haber esa culpabilidad o puede dejar de haberla; aplaudimos, por último, que dentro de él hayan encomendado la decisión de la duda a la autoridad y prudencia de los jueces⁴⁶.

Con relación a las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal y su adecuación se mantiene como circunstancia atenuante la de ser el culpable menor de diez y ocho años con idéntico numeral de artículo⁴⁷. Mientras que las reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes sólo cambia el numeral siendo el artículo 86 en el Código Penal de 1870 y el 84 en el objeto de análisis; empero, en cuanto a la regla se mantendría indemne.

Al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados, por lo menos a la señalada por la ley al delito que hubiere cometido. Mientras que al mayor de quince años y menor de diez y ocho, se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley.

Pero, ¿Qué se entendía por obrar con discernimiento?; existía acaso una formula o definición que pudiese guiar a quienes administraban justicia. Para tal declaración con trascendencia a la imputabilidad o no del menor con el consiguiente efecto para la imposición de una pena, para uno de los más “ilustrados”; el discernimiento es el juicio recto por cuyo medio se distinguen las cosas o las acciones que entre si se diferencian. Obrar de este modo es, por consiguiente, no sólo obrar con convencimiento de que se infringe un deber moral general, sino con el juicio suficiente para

⁴⁶ GÓMEZ DE LA SERNA Y GROIZARD, ALEJANDRO D, “*El Código Penal de 1870 concordado y comentado*”, tomo I segunda edición. Madrid 1902, p. 239.

⁴⁷ Véase artículo .9.2.

conocer la índole moral de la acción ejecutada y del daño por ella producido⁴⁸.

Para ello los jueces analizarán los hechos y las circunstancias del menor, teniendo y apreciando el dictamen facultativo (médico forense); que, aunque en la realidad se pronunciaban únicamente sobre la base de lo concluido por el mismo, no habría de ser el único para decidir, tal y como dejara expuesto en su considerando el tribunal supremo por su sentencia número 7 de 1876.

Examinando lo regulado en cuanto a la responsabilidad civil del menor inimputable; únicamente se modifica el numeral del artículo 19 (Código de 1870), al artículo 17; considerando al menor como responsable civilmente; haciéndose efectiva esta responsabilidad por los hechos que ejecutaran los menores, sus padres o los que los tenga bajo su potestad, guarda legal o dominio; sólo pudiendo eximirse de responder si hacían constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia que propiciara el actuar ilícito del menor a su cargo. Del menor no estar bajo potestad de persona mayor o siendo esta persona insolvente, el menor respondería civilmente por sus actos con sus bienes.

Recapitulando; en el Código Penal aprobado para Cuba; siendo para el objeto de nuestro análisis el mismo de 1870, por las reformas no incidir sobre la misma; la menor edad consideramos ha sido dividida en dos categorías, atendiendo no sólo al criterio etario sino al haber obrado con discernimiento: a los menores de nueve años no se les exigiría responsabilidad alguna, al igual que los mayores de nueve y menores de quince que hubiesen obrado sin discernimiento; mientras que los mayores de nueve y menor de diez y ocho, las penas serían disminuidas, considerando la edad menor, como una atenuante de la responsabilidad criminal.

También, hemos de enunciar normas que se aprobarían para este periodo en España y que posteriormente se harían extensivas para

⁴⁸ GÓMEZ DE LA SERNA Y GROIZARD, *"El Código Penal de 1870 concordado y comentado"*, p. 240

Cuba, en algunos casos con modificaciones, que incidían en la atención y tratamiento para con los menores, relacionadas con su protección en determinados casos; como la Ley del 26 de julio de 1878, extensiva a Cuba por el Real Decreto de fecha 30 de mayo de 1879⁴⁹; asimismo las “leyes de beneficencia⁵⁰”; jugarían un papel determinante en la protección de niños y niñas huérfanos o abandonados. El desarrollo del sistema asistencial instrumentado por las leyes de beneficencia implicó además un reforzamiento del control social sobre los menores, ya en Cuba en fecha 8 de diciembre de 1794 se fundaba la Real Casa de Beneficencia de La Habana, institución

⁴⁹ Por esta ley se otorga protección a los menores de 16 años impidiendo no sólo que sean utilizados en determinadas actividades, sino que también serán objeto de aplicación de pena las personas responsables por ese menor, así como las autoridades que conocieren de la situación a la que se estuviese sometida el menor o que se dedicase a mendicidad; a continuación, reproducimos algunos de los artículos de este documento hoy histórico pero que en el pasado fue realidad. Artículo 1: Incurrirán en las penas de prisión correccional en su grado mínimo o y medio y multa de 135 a 1.350 pesetas, señaladas en el art. 501 del Código penal:

Primero. Los que hagan ejecutar a niños o niñas menores de 16 años cualquier ejercicio peligroso de equilibrio, de fuerza o de dislocación.

Cuarto. Los ascendientes, tutores, maestros o encargados por cualquier título de la guarda de un menor de diez y seis años que le entreguen gratuitamente a individuos que ejerzan las profesiones expresadas en el número segundo, o se consagren habitualmente a la vagancia o mendicidad. Si la entrega se verificase mediando precio, recompensa o promesa, la pena señalada se impondrá siempre en su grado máximo.

Artículo 3: Los Gobernadores de las provincias en las capitales de las mismas y los alcaldes en los demás pueblos que toleraren la infracción de cualquiera de las disposiciones de esta ley, o no la pongan en conocimiento de la Autoridad judicial competente tan pronto como haya podido llegar a su conocimiento, serán castigados con las penas marcadas en el art. 383 del Código penal.

⁵⁰ SOTO MARTÍNEZ PASCUAL, ANGEL, “*La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)*”, AREAS. Revista Internacional de Ciencias Sociales, No 37, España, 2018, p. 108-126.

encargada de velar por la instrucción de los mendigos y niños huérfanos de ambos sexos⁵¹.

Para finales de la época colonial, se aprueba para las islas de Cuba y Puerto Rico la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente en la Península, en virtud del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, con las modificaciones propuestas por la Comisión de Códigos de Ultramar, la que entra en vigor el primero de enero de 1889; articulando toda la administración de justicia y que regiría posteriormente en la República de Cuba. A través del análisis de sus articulados se evidencia el tratamiento diferenciado para con el menor infractor, en atención a derechos que poseía “deber de no denunciar⁵²” y “derecho a la asistencia jurídica⁵³”.

Especial mención hacemos a lo regulado para determinar si el menor habría obrado con discernimiento o no, cuando fuese mayor de nueve años y menor de quince; en tal sentido, el juez recibirá

⁵¹ MORENO BORREGO, REINIER, “*Mataperros entre esclavos y libres “de color”: delincuencia juvenil y correccionales en Cuba (1860-1940)*”, Revista de Historia de las Prisiones, No 40. España, 2017, p. 7-29.

⁵² Véase artículo 260: La obligación establecida en el artículo anterior no comprende a los impúberes y a los hijos naturales respecto de la madre en todo caso y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos.

⁵³ Véase artículo 384: Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta ley. El procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de Letrado, mientras no estuviere incomunicado y valerse de él, bien para instar la pronta terminación del sumario, bien para solicitar la práctica de diligencias que le interesen y para formular pretensiones que afecten a su situación. En el primer caso podrá recurrir en queja a la Audiencia y en los otros dos apelar para ante la misma, si el Juez instructor no accediese a sus deseos. Para cumplir lo determinado en este artículo, el Juez instructor dispondrá que el procesado menor de edad sea habilitado de Procurador y Abogado, a no ser que él mismo o su representante legal designen personas que merezcan su confianza para dicha representación y defensa.

información acerca del criterio del mismo y especialmente de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiese dado motivo a la causa. Para esta información serán oídas las personas que puedan deponer con acierto por sus circunstancias personales y por las relaciones que hayan tenido con el procesado antes y después de haberse ejecutado el hecho; de no existir estas personas, se nombrarían dos profesores de instrucción primaria para que, en unión del médico forense, examinen al procesado y emitan su dictamen⁵⁴; con ello se instrumentaría lo normado por el Código Penal, en cuanto al haber obrado el menor con o sin discernimiento y en consecuencia exigirle responsabilidad criminal, siendo en la mayoría de los casos como expusimos con anterioridad, el dictamen del médico forense decisivo.

8. A modo de Epílogo

En el periodo objeto de estudio, el menor en conflicto con las leyes criminales no era objeto de regulación específica; empero, al serle de aplicación el Derecho Castellano, este en su evolución a partir de las Siete Partidas introduce de manera generalizada y con evidente tautología la atenuación en razón de la edad y el discernimiento para la aplicación de las penas a los menores, así como se elimina la aplicación de la pena de muerte.

En relación a las leyes dictadas para estos Reinos de las Indias, sólo se atisba al tratamiento sobre los vagabundos y huérfanos, iniciándose con ello una especie de prevención en la comisión de conductas criminales; asimismo, se otorga importancia a la educación de los indios e hijos de los Caciques como vía para su evangelización y consiguiente pacificación, existiendo a su vez una diferenciación en cuanto a los derechos de los menores, atendiendo al origen de sus padres y si fueron habidos dentro del matrimonio.

⁵⁴ Véase artículo 380.

Específicamente en Cuba las evidencias historiográficas nos remiten al periodo de instrumentación de los Bandos de buen gobierno; en los que, a semejanza de las ordenanzas de la Corona y los antecedentes, los menores serían objeto de tratamiento relacionado con su vagabundez o estado de abandono, así como en cuanto a su educación. Apreciándose que las conductas consideradas como desajustadas y por ende, motivo de aplicación de penas, están relacionadas con el momento histórico en que se halle la sociedad, observándose cómo para la época, determinadas conductas serían penalizadas, ejemplo: el juego a los papalotes.

La sustitución del régimen colonial por el de asimilación de las islas de Cuba y Puerto Rico, al considerarlas como provincias españolas, obligaría la uniformidad de la legislación penal en todo el reino, aprobándose el Código Penal de 1870 con modificaciones para estos territorios, la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal y posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal; por las que se regulaba la menor edad sobre criterios etarios y de discernimiento, para la declaración de responsabilidad criminal así como la adecuación y atenuación de la penas; normas que estarían vigentes, hasta bien entrado el periodo de independencia y la proclamación de la República de Cuba. En tanto, como control social se atisba las actividades realizadas por las casas de beneficencia, dirigidas hacia los huérfanos, niños y niñas abandonados y vagabundos, pero sin un programa estructurado sobre la base de una concepción tutelar y de control social inexistente aún para la época.

Bibliografía

–RECINOS, ADRIAN. *Popol Vuh: las antiguas historias del Quiché*, biblioteca de la universidad pontifica de México, Fondo de cultura económica, vigésima tercera reimpresión, (México, 1993), disponible en https://enriquedussel.com>textos_200_obras.

–HERRERO VIDAL SONSOLES, MARÍA, “*Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un "modelo social de responsabilidad" del menor infractor*”, Memoria para optar al grado de doctora, Universidad Complutense de Madrid, 2015, disponible en tesis en acceso abierto en: <https://eprints.ucm.es>.

–ALEKSANDRENK, E, “*Aborígenes de Cuba. Problemas y posibilidades de estudio*”, Revista española de la antropología americana, No 15, (Madrid, 1985): 59-76.

–SÁNCHEZ DOMINGO, RAFAEL, “*Las Leyes de Burgos de 1512 y la doctrina jurídica de la conquista*”, Revista jurídica de castilla y león, No 28, Junta de Castilla y León, 2012, p. 55.

–DUQUE DE ESTRADA Y DONNELL O, HUGO, “*Origen y creación de los Virreinos*”, de la real academia de la historia, España, 2002, disponible en <http://aramada.defensa.gob.es>archivo>cap01>.

–ENCINAS DE, DIEGO, *Cedulario Indiano, recopilado por Diego de Encinas, Oficial Mayor de la Escribanía de Cámara del Consejo Supremo y Real de las Indias*, Reproducción Facsímil de la edición única de 1596, disponible en <https://www.boe.es>biblioteca jurídica digital>.

–CALVO Y CHACÓN, MARÍA JOSÉ, “*Cedulario cubano (los orígenes de la colonización)*”, en Colección de documentos inéditos para la historia de Hispanoamérica, Madrid, 1929, disponible en <https://repositorioinstitucional.ceu.es>handle>.

–CAMACHO, JORGE, “*El cacique de Ornofay: la construcción textual y visual del filósofo salvaje*”, Revista Tunecina de Estudios Hispánicos, No 7. Túnez, 2021, p. 30.

– DE LIMA MOREIRA, LILLIÁN, “*Las antiguas culturas del archipiélago cubano*”, Revista Estudios, Universidad de Costa Rica, No. 21. Costa Rica, 2008, p. 245-257.

–MARTÍN Y MATA, M, RICARDO, “*Delitos y Penas en el nuevo mundo*”, Revista de Estudios Colombinos, No 6. España, 2010, p. 65-81.

–BURIN GALLEGO ROJO, MARINA, “*El pensamiento jurídico y político de Francisco Bermúdez de Pedraza (1576-1655)*”, editorial Marcial Pons, Madrid, 2018, disponible en biblioteca de derecho, sala libre acceso (FDE/34ROJ pen), Universidad de Granada, España.

–MANTILLA GONZÁLEZ, GORKI, “*La miserabilidad del indico en el siglo XVI*”, THEMIS Revista de Derecho, No 34. Perú 1996, p. 291-300.

–PEREYRA Y SOLORZANO DE, JUAN, “*Política Indiana tomo primero*”, compañía iberoamericana de publicaciones. Madrid 1930, disponible en biblioteca de derecho deposito (FDE/PS 56266), Universidad de Granda, España.

–CAIN NOVOA, MAURICIO, “*Derecho indiano y demandas y reivindicaciones indígenas: un enfoque para el lenguaje y la comunicación*”, Revista Razón y Palabra, No 26. México, 2002.

–DÍAZ LANDROVE, GERARDO, “*Derecho Penal de Menores*”, editorial Tirant lo blanch tratados, Valencia 2001, disponible en biblioteca de derecho, departamento de derecho penal y otras ubicaciones, Universidad de granada, España.

–MARQUARDT, BERND, “*Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)*”, Revista Pensamiento Jurídico, No 49. Colombia, 2019, p. 13-79.

–MORENO, ROBERTO, *La inquisición para indios de la Nueva España, siglos XVI a XIX*, Chicomózc: Boletín del Seminario de Estudios Prehispánicos para la Descolonización de México. México, 1989, p. 7-20.

–LLORENTE APAOLAZA, DORLETA, *Los Bandos de buen gobierno en Cuba: La norma y la practica (1730-1840)*, Memoria para optar al grado de doctora, Universidad del País Vasco, 2016, tesis en acceso abierto disponible en <https://www.ehu.eus>.

–MARTÍNEZ DÍAZ, YOLANDA, “*Delitos y delinquentes. Cuba en los finales del siglo XIX e inicios del XX*”, Revista Pensamiento Americano, X/18. Colombia, 2017, p. 31-45.

–REY LÓPEZ, OSCAR, “*El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, 71/1, España, 2018, p. 347-401.

–BARGA DE QUIROGA LÓPEZ, JACOBO, RAMOS RODRÍGUEZ, LUIS y LÓPEZ GORDEJUELA DE RUIZ, LOURDES, “*Códigos penales españoles; recopilación y concordancias*”, editorial Akal, Madrid, 1987, disponible en biblioteca de derecho, deposito (FDE/PS45342), Universidad de Granada, España.

–GÓMEZ DE LA SERNA Y GROIZARD, ALEJANDRO D,” *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*”, tomo I segunda edición. Madrid 1902, disponible en biblioteca de derecho, deposito ((FDE/A5924), Universidad de Granada, España.

–SOTO MARTÍNEZ PASCUAL, ANGEL, “*La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)*”, AREAS. Revista Internacional de Ciencias Sociales, No 37, España, 2018, p. 108-126.

–MORENO BORREGO, REINIER, “*Mataperros entre esclavos y libres “de color”: delincuencia juvenil y correccionales en Cuba (1860-1940)*”, Revista de Historia de las Prisiones, No 40. España, 2017, p. 7-29.

–Ordenanzas Reales para el buen Regimiento y tratamiento de los indios (Leyes de burgos), edición, facsímil, disponible en <https://www.uv.es>correa>troncal>resources>.

–Leyes de indias, Edición facsímil, coeditada por el Centro de estudios políticos y constitucionales y el boletín oficial del estado, disponible en <https://www.boe.es>

–Código Penal para las provincias de Cuba y Puerto Rico y ley provisional de enjuiciamiento criminal, mandados observar por el Real Decreto de 23 de mayo de 1879, edición oficial, Madrid, imprenta nacional 1879, disponible en biblioteca de derecho, deposito (FDE/A3034), Universidad de Granada, España.

–Novísima Recopilación de las leyes de España tomo II libros III, IV y V, disponible en biblioteca de derecho, deposito (FDE/A 4788), Universidad de granada, España

–Ley del 26 de julio de 1878, extensiva a Cuba por el Real Decreto de fecha 30 de mayo de 1879, disponible en <https://www.boe.es>.

ASSESS THE RELATIONSHIP BETWEEN MILITARY OPERATIONS AND THE CONDUCT OF STRATEGY BETWEEN 1914 AND 1918

Fecha de Recepción: 17 de abril de 2023
Fecha de Aceptación: 16 de junio de 2023

Victoriano González¹
King's College

Resumen: Este ensayo analizará cómo las estrategias enfocadas en las operaciones militares lograron resultados no definitivos entre 1914-1918, mientras aquellos que integraron una forma de gran estrategia a la relación lograron mayor éxito. En primer lugar, se analizará las capacidades de los diferentes gobiernos, su liderazgo civil y militar, su estrategia y su relación con las operaciones militares. En segundo lugar, mostrará cómo estas estrategias tendieron a producir resultados no definitivos. Finalmente, demostrará cómo los Aliados alinearon correctamente la gran estrategia para fortalecer la relación entre estrategia y operaciones.

¹ victormrtn16@gmail.com

Abstract: This essay will analyse how strategies focused on military operations achieved non-definitive results between 1914-1918. While those who integrated a form of grand strategy to the relationship achieved greater success. First, it will analyse the different governments' capabilities, their civil and military leadership, their strategy and its relationship with military operations. Second, it will show how these strategies tended to produce non-definitive results. Finally, it will demonstrate how the Allies correctly aligned grand strategy to strengthen the relationship between strategy and operations.

Palabras clave: Primera Guerra Mundial, Estrategia, Relaciones cívico-militares

Key words: World War I, Strategy, Civil-Military Relations

The conduct of strategy depends on the institution that governs, and its relationship with the military, that ultimately applies it through operations. The relationship between strategy and operations differs between states and this is evident in the First World War. As highlighted by Viscount Esher: "*The questions confronting the German Great General Staff are constantly undergoing revision, but they are simple and stable compared with those affecting our world-wide Empire, and they are purely military*"². Therefore, objectives differed, Germany focused on strategies based on military operations, while Britain coordinated efforts globally thanks to its imperial mentality. This allowed the Allies to conduct strategies and military operations aligned embryonically to the grand strategy.

This essay will analyse how strategies focused on military operations achieved non-definitive results between 1914-1918. While those who integrated a form of grand strategy to the relationship achieved greater success. First, it will analyse the different

² Esher, *National Strategy* (British Library: Add MS 49718, 1904), 6–8.

governments' capabilities, their civil and military leadership, their strategy and its relationship with military operations. It will compare political structures, exploring how military strategy theorists on both sides guided rulers towards tactics-based strategies. Second, it will show how these strategies tended to produce non-definitive results. This essay will analyse the principal types of strategy based on military operations, such as attrition and annihilation, how they were implemented by both sides as well as the outcomes. Finally, it will demonstrate how the Allies correctly aligned grand strategy to strengthen the relationship between strategy and operations. To do this, it will analyse the leaders' coordinated solutions in aligning specific components of grand strategy, such as resources, values, management or diplomacy.

1.- Concepts and theories

Victory

According to Mandel, two interconnected time phases divide the concept of victory, the war-winning phase and the strategic victory³. Similarly, Martell, suggested that the level of victory is divided into tactical, focused on battles; political-military, which occurs after a defeat of the adversary's military forces and compels changes in its political behaviour and status quo; and finally, grand strategic, which creates a profound reordering in the strategic foundations of international politics⁴. Therefore, for this essay, victories achieved between 1914-1918 will be analysed considering Martell's levels of victory: tactical, political-military and grand strategic.

³ Robert Mandel, *The Meaning of Military Victory* (Boulder: Lynne Publishers, 2006), 16–17.

⁴ William Martel, *Victory in War: Foundations of Modern Military Policy* (Cambridge University Press, 2007), 95.

Military operations and strategy

Between 1914-1918, there was no operational level, as described in modern NATO AJP-01⁵, that connected tactics and strategy. Karl von Clausewitz defines *tactics* as the conduct of battles and engagements and *strategy* as the use of battles and engagements for war purposes⁶. In other words, while tactics won battles, strategy won the war by removing the enemy's armed forces' ability to counter or object to the political condition. However, modern strategy is well defined by Liddell Hart: "the use of military means to fulfil the ends of the government"⁷. Previously implemented through Marie von Clausewitz in *Von Kriege*, this political sphere related to strategy⁸ was not understood between 1914-1918. Eventually, the UK coined *grand strategy (1920s-1930s)* clarifying the union of political level and strategy. Therefore, there is one strategy that uses battles for war and another strategy that uses war for policy. This essay will use military operations equal to battles/tactics and will analyse strategy in both approaches. First, equivalent to the current operational level dedicated to campaigns, and second, the modern linked with the grand strategy.

Conduct of strategy

Theoretical strategy is not the same as the conduct of strategy. The key is to differentiate the strategy in its nature, which does not change, through established principles, theories and rules. In contrast, conduct of strategy requires adaptability to uncertainty. Each war, in

⁵ Allied Joint Publication, 'AJP-01' (NATO, 2022), 35.

⁶ Antulio Echevarria, *Clausewitz and Contemporary War* (Oxford University Press, 2007).

⁷ Lukas Milevski, 'Strategy and the Intervening Concept of Operational Art', <https://www.militarystrategymagazine.com/article/strategy-and-the-intervening-concept-of-operational-art/>.

⁸ Vanya Eftimova, *Marie Von Clausewitz: The Woman Behind the Making of on War* (Oxford University Press, 2015), 246.

practice, has a different character and therefore principles used in some may not be applicable to others. For example, colonial war principles used in Sudan or South Africa may not be appropriate in conventional warfare between industrialised adversaries. According to Aron, this different Clausewitzian perspective is *penser la guerre*⁹. Usually, the academics and the military make the theory, the Statesmen and women decide the strategy, and the military executes it. Therefore, differences between theory and conduct create strategic errors, affecting operations and outcomes. This essay will analyse the conduct of strategy and its relationship with theory including the ever-changing nature of warfare and the ability to adapt.

Civil-Military Relations (CMR)

Interactions between civil and military components will shape the relationship between the conduct of strategy and military operations. First, Huntington proposes that *objective* civilian control should guarantee the professional military their autonomy in the military spectrum through the so-called *divergence school*. This professionalism reduces military power and increases the military's aversion to politics¹⁰. As a reply, Janowitz created *the convergence school*, where the gap between the military and civilian spheres narrowed. Second, Feaver's *Agency theory* from economics, advocated civilian control over the military. However, he exposed two options regarding decision-making: *professional* and *civilian supremacists*. The first is where civilians rely on military experience for decision-making. The second is where politicians can intervene on military matters¹¹, which is aligned with Cohen's necessity for a beneficial intrusion of

⁹ Raymond Aron, *Penser La Guerre, Clausewitz* (Gallimard, 1976), 177.

¹⁰ Suzanne Nielsen, 'American Civil-Military Relations Today', *International Affairs* (2012).

¹¹ Metin Gurcan, 'Armed Servants: Agency, Oversight and Civil-Military Relations', *Security Strategies Journal* (2013).

civilian leaders in military spheres¹². On the other hand, McMaster advocates for political leaders who seek advice from the military. Therefore, in this essay, these CMR theories will analyse relations in 1914-1918.

This essay has limitations regarding applications in non-conventional or nuclear conflicts due to the difference in strategies and military operations between 1914-1918. In addition, it focuses on main powers and land domain, being able to expand subsequent studies in those fields.

2.- Governments and Commanders Affect Strategy and Military Operations

The belligerents between 1914-1918 had different systems of government and unique political and military leaders. This part will analyse how they affected the conduct of strategy and military operations.

Different political structures set strategies between 1914-1918. First, in autocracies like Germany, the civil and military authorities converged on the Kaiser. He appointed the Chancellor, but not being elected democratically, reduced his power, being dependent on the generals' popularity. This fact, along with Wilhelm II's low charisma, led to the so-called "silent dictatorship" of Ludendorff and Hindenburg that showed a political vacuum occupied by the military¹³, distorting the decision of strategies. In contrast, democracies like Britain or France selected civilian Prime Ministers such as Lloyd George or Clemenceau with global-political vision and the ability to change front-line military senior officers. Examples such as changes in Haig's principal staff

¹² Eliot Cohen, 'Supreme Command in the 21st Century.', *JFQ* (2002): 48.

¹³ Martin Kitchen, *The Silent Dictatorship, 1916-1918* (Taylor&Francis, 2019).

(1917-1918) or French officers' changes after the Chemin des Dames (May-1918) show the political interference in military operations by conducting strategy with a degree of micromanagement.

Between 1914-1918 political leaders approved the strategy the military had developed theoretically. However, these military figures had a military education and particular experiences that affected the creation of theoretical strategy and, consequently, the application of military operations. A new edition of *Vom Kriege* (1905) influenced future generations of German officers, acting as their guide after Moltke the Elder had claimed it as his inspiration for victories in the Wars of Unification. Nevertheless, the strategy between 1914-1918 differed from the modern one; it focused more on the relationship between strategy and tactics than strategy and politics. Influential German military-theorists in this period, both Bernhardt and Schlieffen¹⁴, argued on strategy and tactics as the essentials of war. A new French translation of *Vom Kriege* (1886-1889) also influenced French theorists, especially Foch, who in 1903 confirmed that: "strategy is valid through tactics". On the British side, Henderson taught Haig at Staff College that strategy is operations and battles. Besides, colonial experiences in the Mahdist and the Second Boer wars confirmed tactics as the essential element for success in Haig's mind¹⁵.

Therefore, the differences in rulers and militaries affected the conduct of strategy and military operations between 1914-1918. Both the Allies and Central Powers had difficulty aligning political objectives because they decided on a theoretical strategy centered on a tactical scope (current operational level) created by the military. It would be similar to the recent conflict in Afghanistan, where counterinsurgency "strategies" were not aligned with political objectives, as Echevarria suggested with his "American way of

¹⁴ Hew Strachan, 'The Lost Meaning of Strategy', *Survival* (2005): 45.

¹⁵ Tim Travers, 'A Particular Style of Command: Haig and GHQ, 1916-18', *Journal of Strategic Studies* (1987): 363.

battle”¹⁶. However, when comparing how the Allies and Central powers conducted or operationalised their strategies there are clear differences. First, it is difficult to understand why the Kaiser discharged a capable Bismarck, who had successfully aligned policy and strategy in the Unification Wars. Instead taking great risk and relying on Hindenburg, who supported the Huntington-style separation of political-military spheres or Admiral Tirpitz, who was obsessed with narrow-minded unrestricted submarine actions. Following Feaver's Agency theory in the *professional* mode, the Kaiser trusted only militaries. The problem was that they had operational expertise but limited political knowledge. In contrast, government-military relationships in the Allies were more similar to the perspective of Cohen, with a necessary intervention of civilians in the military sphere. As Clemenceau suggested: Is war too important to be left to the generals?¹⁷. Consequently, future conflicts should consider: First, the danger of "praetorianism", defined by Finer referring to the abusive political influence of the military¹⁸, that German militarism practised. Second, the advantage of Allied micromanagement but always limiting it to avoid levels of intrusiveness¹⁹.

However, it is not only governments and commanders that impact strategy and military operations, but bottom-up actions from citizens or soldiers also affect them. For example, the social Russian revolution (1917), finally led to the abdication of the Tzar. Consequently, Russia abandoned the war affecting Germany's military operations, moving troops among theatres. Similarly, the Kiel mutiny

¹⁶ Rose Keravuori, ‘Lost in Translation: The American Way of War’ (2011), <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/lost-in-translation-the-american-way-of-war>.

¹⁷ Hew Strachan, ‘Strategy in Theory; Strategy in Practice’, *Journal of Strategic Studies* (2019): 175.

¹⁸ Samuel Finer, *The Man on Horseback: The Role of the Military in Politics* (Taylor&Francis, 2017).

¹⁹ Anthony Forster, ‘Breaking the Covenant: Governance of the British Army in the Twenty-First Century’, *International Affairs* (2006).

of the German High Seas Fleet (1918) triggered a change of government that finally affected military operations through the signing of a peace agreement.

Nevertheless, if rulers and commanders had succeeded conducting appropriate strategies, they would not have been as affected from below to the same degree. For example, in the US, politicians like Wilson, commanders like Pershing and society were all practically aligned throughout the war with no significant issues while conducting strategies or military operations. Additionally, compared with the modern three-block war Krulak's concept, where the so-called strategic corporal, due to technological diffusion and global interdependence, instantly affects strategy and politics²⁰, it is fair to say that in 1914-1918, the bottom-up impact should be easier to mitigate. Even so, the bottom-up component must always be considered since it may affect conduct and operations.

This part has shown how differences among governments and militaries led to differences in the conduct of strategy and operations between 1914-1918 and how they were susceptible to bottom-up actions.

3.- The Reality of a Conduct of Strategy Based on Military Operations

As outlined in the previous part most governments and commanders conducted strategies focused on military operations. This part will explore the types of strategies and their relationship with

²⁰ Franklin Annis, 'Krulak Revisited: The Three-Block War, Strategic Corporals, and the Future Battlefield', Modern War Institute, 2020, <https://mwi.usma.edu/krulak-revisited-three-block-war-strategic-corporals-future-battlefield/>.

military operations, highlighting that their victories were tactical following Martell's definition.

Generally, the strategies employed between 1914-1918 were inspired by an academic instead of a military officer, Hans Delbruck. The historian professor, echoing Clausewitz, argued in 1890 that victory in the war could be obtained through an annihilation strategy, implying a decisive battle or an attrition strategy forcing the enemy into peace negotiations²¹. Most powers, including the Russia through theorist Ivanovichvic, thought that annihilation with decisive battle through offensive actions, similar to those of Moltke the Elder, was the right strategy²². France opted for the *offensive à outrance* school. Germany, contrarily, relied on a decisive offensive through the flank and rear encirclement. There are several examples of these offensives, mentioning Joffre's disastrous French plan XVII (1914), the plan with encirclement planned by Schlieffen (1906) and not adequately adapted by Moltke the Younger (1914) or the successful Russian Brusilov's offensive in Galitzia (1916).

Meanwhile, as Foch would say after the war, "conducting is more complicated than theory"²³. The theoretical offensive strategies of annihilation did not achieve the decisive victory in the context of industrialised armies, who shifted from 1915 to trench warfare based on Delbruck's second type of strategy, attrition. Field commanders believed in the concept of attrition in which destroying enemy military reserves provided the ultimate advantage²⁴. French and British differed in details regarding the phases, but whether Joffre, Petain or Haig, the attrition was based on cumulative offensive actions ending with an

²¹ Arden Bucholz, 'Hans Delbrück and Modern Military History', *The Historian* (1993): 517–26.

²² Jack Snyder, *The Ideology of the Offensive: Military Decision Making and the Disasters of 1914* (Cornell Univ. Press, 1989).

²³ Strachan, 'Strategy in Theory; Strategy in Practice', 176.

²⁴ Robert Foley, 'What's in a Name?: The Development of Strategies of Attrition on the Western Front, 1914–1918', *The Historian* (2006): 722–46.

offensive of collapse. Haig considered after the war that Cambrai (1917), Passchendaele (1917) or the Somme (1916) offensives were part of an attrition strategy that achieved German collapse in 1918. Instead, the Germans perceived attrition as a single phase that obtained the decisive victory. An example is Falkenhayn's strategy of defensive attrition in Verdun (1915)— "to bleed the French Army white"²⁵.

Therefore, field commanders offered rulers different strategies, but all focused on military operations, that were not linked to the grand strategy, and would only achieve tactical results. Field commanders such as Joffre, Petain or Falkenhayn executed different military operations but always within strategies focused on tactics. There were even commanders who, in the middle of the war, went back to the old school of annihilation with some success after discarding attrition. The disastrous French Nivelle offensive (1917) shows how the military could not generate more complex strategies, and returned to strategies they knew based on tactics. It is true that other operations sought global-theatre effects, such as the Somme or Brusilov offensives, focused on withdrawing German forces from Verdun. However, they do not consider the rest of the grand strategy's components; Focused on military reserves, they failed in the same mistake. Verdun, Cambrai, Passchendaele or Brusilov/Nivelle offensives, vary in terms of casualties, prisoners, material lost, technologies, tactics and land conquered. However, they do not modify political behaviour or the status quo of the participants to rise to Martell's next level of victory, military-political.

However, there were contemporary cases where operations-based conduct created higher-level outcomes. The German victories of Königsberg or Sedan forced peace agreements with political changes, achieving political-military victories. Allied victories such as Dobro Pole (1918) or Meggido (1918) produced peace treaties and changes in

²⁵ Holger Afflerbach, *The Purpose of the First World War* (De Gruyter Oldenbourg, 2015), 21.

the status quo of Bulgaria and the Ottoman Empire respectively, achieving political-military outcomes.

Nevertheless, the Unification Wars cannot only be considered as effective battles. The alignment between the authority of Kaiser Wilhelm I, the military reforms of Roon, the political capacity of Bismarck, and Moltke's tactical innovation was what made the military actions effective and got a political-military victory. Besides, the effectiveness of the 1918's actions in secondary theatres (Balkans, Middle East), with no peer-to-peer confrontations, it is similar to contemporary colonial victories. Decisive battles such as Omdurman (1898), Baliqiao (1860) or Kandahar (1880) demonstrated that tactical advantage, discipline or superior technology against underdog adversaries, achieved the collapse and subsequent political-military victory. However, these regional political-military victories rarely produce a decisive victory in a global war. Examples such as the Second Punic War (218-201 BC), with the Roman loss of the secondary theatre of Hispania or the Japanese's expansion in the Second World War, demonstrate how main powers recover from regional defeats obtaining final-war victories.

Therefore, the conduct of most strategies between 1914-1918 was focused on military operations and only produced partial, tactical or regional results within global conflicts. Now it will explore how some belligerents conducted strategy differently.

4.- A Different Conduct of Strategy

After showing that conducting strategies focused on military operations produced non-definitive outcomes, this part will verify how conduct intertwined to execute grand strategy which achieved political-military victory.

First, obtaining and denying resources showed a good embryonic use of grand strategy. As Morgan-Owen suggests, the concept of grand strategy expanded the term strategy and included not only military but also economic, psychological and moral actions as a reaction to the changing character of twentieth-century warfare²⁶. For example, thanks to its global imperialist heritage, Britain blocked Germany with superior naval military operations, damaging its economy and contributing the moral collapse of German society (1918)²⁷. Another example was the rapid British defense of the strategic Suez Canal (1915) and the vital oil of Basra (1914), obtaining Asian resources and dispersing enemy efforts in different theatres, modifying military operations.

Second, another successful implementation was the protection of civilians in military operations, disseminating values and attracting neutral countries. Murders of Belgian civilians or indiscriminate aerial bombardments of British civilians, produced propaganda that would convince neutral states like Greece, Portugal or China to join the Entente. Similarly, German strategy of unrestricted submarine warfare, sinking civilian merchant ships, which eventually triggered the US to go to war.

Therefore, this embryonic alignment contributed to a political-military victory. Britain conducted an original approach of exterior lines denying resources to the continental Powers that had used ineffective Jominian-interior lines. To carry out this blockade and distant actions such as Suez and Basra, Britain had more advanced coordination elements inherited from its imperialist global past, as the British Committee of Imperial Defense, created in 1902 for unifying

²⁶ David Morgan-Owen, 'It Was Grand, But Was It Strategy? Revisiting the Origins Story of Grand Strategy', *The Strategy Bridge*, 2020, <https://thestrategybridge.org/the-bridge/2020/5/4/it-was-grand-but-was-it-strategy-revisiting-the-origins-story-of-grand-strategy>.

²⁷ Michael Geyer, 'Insurrectionary Warfare: The German Debate about a *Levée En Masse* in October 1918', *The Journal of Modern History* (2001): 526.

military, naval and political leadership. Even the Entente adopted embryonic coordination solutions such as the Supreme Allied Command or Allied Finance Ministers' meetings, affecting military operations. Additionally, Prime Ministers' advisers Generals Robertson or Mordacq understood the need to adapt the strategy of tactics to operations and politics, contrary to the German military or other Allied field commanders like Haig who "myopically saw Robertson's broad strategic grasp of him, a major asset to the Allies, as a weakness"²⁸. In fact, they conducted *Ermattungsstrategie* or the attrition in the authentic Delbruck's way, wearing down the enemy through all the options of the state, that meant using the grand strategy. Eventually, liberal values attracted critical contributions such as the Chinese workforce, and Greek or Portuguese troops, the latter making a significant effort even with domestic instabilities. But above all, they convinced the decisive US, thanks to the similitudes with Liberal President Wilson's values. These actions contributed to the signing of the Treaty of Versailles, sealing a political-military result, although not reaching a grand-strategic victory, as if the Second World War would, reordering international politics.

Therefore, there are implications for future conflicts. First, innovative allied solutions aligned with the grand strategy affected military operations and the final result. Future conflicts like in the Ukraine, with a similar attrition, should appreciate it. As Cordesman suggests: "grand strategy will be far more important than in other recent wars"²⁹. Second, although the British blockade contradicted the London declaration (1909), the prohibited food restriction increased inflation and prices for German citizens affecting their will to fight. However, the inhumane actions carried out by autocratic states, like sinking merchant ships or the Armenian genocide, exceeded the limit of

²⁸ David Zabecki and Anthony Zinni, *The Generals' War: Operational Level Command on the Western Front In 1918* (Indiana University Press, 2018).

²⁹ Anthony Cordesman, 'How? The War in Ukraine End: The Need for a Grand Strategy', *CSIS* 2023, <https://www.csis.org/analysis/how-and-does-war-ukraine-end-need-grand-strategy>.

fundamental human values and, through propaganda, affected the conduct of strategy. Similarly, war crimes against civilians perpetrated by Russia in Ukraine are generating global support against the invaders, contrasted by opinion surveys³⁰, that surely will affect the final result.

However, there are positions against the grand strategy's effectiveness. Keegan remarked: "Politics played no part in the conduct of the First World War worth mentioning"³¹. Even currently, Drezner proclaims the end of the grand strategy, it is not applicable in changing scenarios, instead proposing policies as an alternative on a case-by-case basis, promoting decentralization³².

One of the best ways to minimize criticism of grand strategy is to apply throughout 1914-1918, Fuller's concepts (1923): "While strategy is more particularly concerned with the movement of armed masses, grand strategy, including those movements, embraces the motive forces which lie behind them both – material and psychological." ³³ Therefore, the relationship between military operations and strategies rests on a broader canvas, where material and psychology influence those results, as proven in this essay. In future conflicts, one must consider grand strategy as a mental habit, aware of looking beyond the short-term, synchronizing foreign policy and national interests. Therefore, future powers should apply, as did the Allies between 1914-1918, a flexible grand strategy thinking, akin to

³⁰ John Gramlich, 'What Public Opinion Surveys Found in the First Year of the War in Ukraine', *Pew Research Center*, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2023/02/23/what-public-opinion-surveys-found-in-the-first-year-of-the-war-in-ukraine/>.

³¹ Hew Strachan, 'Clausewitz and the First World War', 368.

³² Daniel Drezner, 'The End of Grand Strategy', *Foreign Affairs*, 2020, <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-04-13/end-grand-strategy>.

³³ JFC Fuller, *The Reformation of War* (London: Hutchinson&Co, 1923).

Brands and Freedman's "*intellectual architecture*"³⁴ aligned with the demands of changing real-world strategy and military operations.

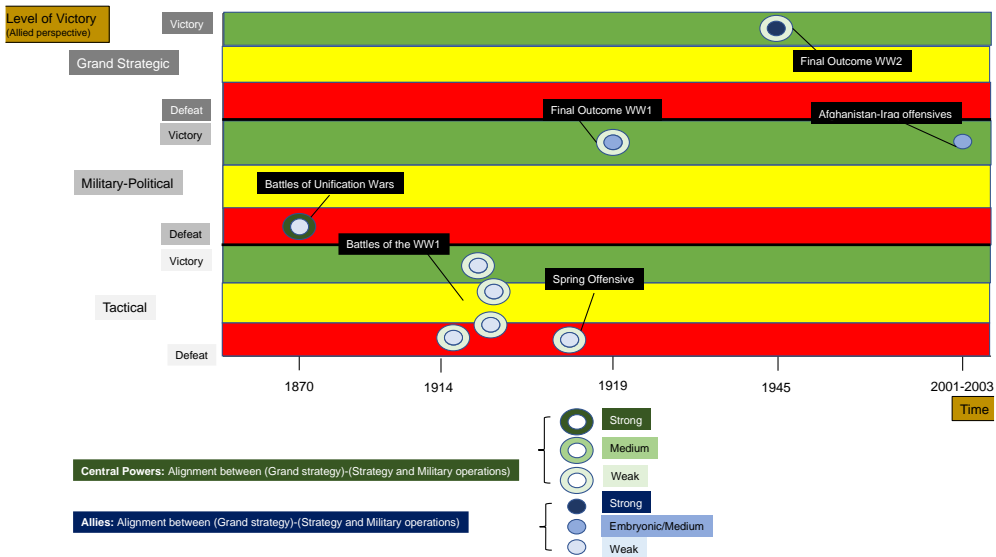
5.- Conclusion

In conclusion there are close relationships between the conduct of different strategies and the military operations applied between 1914-1918, contrasting its greater effectiveness if they are aligned with the grand strategy. First, compared with the modern CMRs, it is evident how different relationships between governments and commanders affected conduct and operations. In addition, particularities such as education and experience generated strategies based on military operations. However, it has proven how bottom-up actions such as social revolutions or mutinies can also affect the conduct of strategy. Second, it has shown how different tactics-based strategies, such as annihilation and attrition, were applied through different types of military operations according to each field commander, but always with inconclusive results in war. Nevertheless, certain decisive military victories in secondary theatres could be classified as political-military, they must be considered regional or partial concerning the final result of a global war. Finally, it has analysed the embryonic solutions that the Allies carried out to align grand strategy, strategy and military operations, applying it to modern conflicts of attrition like in the Ukraine. Elements of the grand strategy, such as global resources and liberal values, were compared demonstrating their importance. Allied civil and military leaders with different global-mentalities contributed to the final political-military victory. To conclude, future conduct must incorporate flexible thinking of grand strategy like the Allies did in the First World War.

³⁴ Hal Brands and Lawrence Freedman, *What Good Is Grand Strategy?* (Cornell University Press, 2014).

Further studies may complement this work by analysing other domains and states, whilst considering limitations for non-conventional and nuclear wars, due to the varied existing strategies.

Appendix A



Bibliography

– Addington, Larry H. *The Patterns of War since the Eighteenth Century*. Bloomington, IN, UNITED STATES: Indiana University Press, 1994. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=613543>.

– Afflerbach, Holger. ‘Planning Total War? Falkenhayn and the Battle of Verdun, 1916’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 113–32. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.007>.

– *The Purpose of the First World War: War Aims and Military Strategies*. Schriften Des Historischen Kollegs. Kolloquien 91. Berlin: De Gruyter Oldenbourg, 2015.

– ALLIED JOINT PUBLICATION. ‘AJP-01 ALLIED JOINT DOCTRINE’. NATO STANDARDIZATION OFFICE, December 2022.

– Annis, Franklin. ‘Krulak Revisited: The Three-Block War, Strategic Corporals, and the Future Battlefield’. Modern War Institute, 3 February 2020. <https://mwi.usma.edu/krulak-revisited-three-block-war-strategic-corporals-future-battlefield/>.

– Aron, Raymond. *Penser La Guerre, Clausewitz*. Bibliothèque Des Sciences Humaines. Paris: Gallimard, 1976.

– Bellinger, Vanya Eftimova, and Vanya Eftimova Bellinger. *Marie Von Clausewitz: The Woman Behind the Making of on War*. New York, UNITED STATES: Oxford University Press, Incorporated, 2015. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=2198496>.

– Bessel, Richard. ‘Mobilizing German Society for War’, n.d.

– Boff, Jonathan. ‘Two Battles at Le Cateau, 1914 and 1918: The Transformation of War’. *British Journal for Military History* 5, no. 2 (24 October 2019): 19–39. <https://doi.org/10.25602/GOLD.bjmh.v5i2.1311>.

– Brands, Hal, and Lawrence Freedman. *What Good Is Grand Strategy: Power and Purpose in American Statecraft from*

Harry S. Truman to George W. Bush. Ithaca: Cornell University Press, 2014.

– Brett Friedman. *On Operations: Operational Art and Military Disciplines*. Annapolis, Maryland: Naval Institute Press, 2021.

– Broadberry, Stephen, and Mark Harrison. *The Economics of World War I*. Cambridge, UNITED KINGDOM: Cambridge University Press, 2005. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=241098>.

– Bruce, Robert B., ed. *Fighting Techniques of the Imperial Age 1776-1914*. London: Amber Books, 2009.

– Bucholz, Arden. ‘Hans Delbrück and Modern Military History’. *The Historian* 55, no. 3 (1993): 517–26.

– Canuel, Hugues. From Concordance to Discordance in Post-War France: Validation of a Theory of Civil-Military Relations., 13 *Defence Studies* 457 (Taylor & Francis Ltd 2013).

– Chickering, Roger. ‘Total War: The Use and Abuse of a Concept’. In *Anticipating Total War*, edited by Manfred F. Boemeke, Roger Chickering, and Stig Förster, 1st ed., 13–28. Cambridge University Press, 1999. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052511.002>.

– Clark, Brad. ‘Inverting Clausewitz Lessons in Strategic Leadership from the 1918 Ludendorff Offensives’. *Joint Force Quarterly: JFQ*, no. 71 (2013): 95.

– Cohen, Eliot A. ‘Supreme Command in the 21st Century.’ *JFQ: Joint Force Quarterly*, no. 31 (1 July 2002): 48.

– Cordesman, Anthony H. ‘How? (And Does?) The War in Ukraine End: The Need for a Grand Strategy’. *CSIS*, 24

February 2023. <https://www.csis.org/analysis/how-and-does-war-ukraine-end-need-grand-strategy>.

– Creveld, Martin van. ‘World War I and the Revolution in Logistics’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 57–72. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.004>.

– Deist, Wilhelm. ‘Strategy and Unlimited Warfare in Germany: Moltke, Falkenhayn, and Ludendorff’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 265–80. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.015>.

– Delbrück, Hans. *History of the Art of War*. I–IV vols. Lincoln: Univ. of Nebraska Press, 1990.

– Dorn, Walter, and Michael Varey. ‘Fatally Flawed: The Rise and Demise of the “Three-Block War” Concept in Canada’. *International Journal: Canada’s Journal of Global Policy Analysis* 63, no. 4 (December 2008): 967–78. <https://doi.org/10.1177/002070200806300409>.

– Drezner, Daniel W., Ronald R. Krebs, and Randall Schweller. ‘The End of Grand Strategy’. *Foreign Affairs*, 13 April 2020. <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-04-13/end-grand-strategy>.

– Echevarria, Antulio J. *Clausewitz and Contemporary War*. Oxford [England]; New York: Oxford University Press, 2007.

– Ekins, Ashley. *1918 Year of Victory: The End of the Great War and the Shaping of History*. Auckland, N.Z.: Exisle Publishing, 2010.

– Esher. *National Strategy*. British Library: Add MS 49718, 1904.

– Feldman, Gerald D. ‘War Aims, State Intervention, and Business Leadership in Germany: The Case of Hugo Stinnes’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 349–68. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.019>.

– Ferguson, Niall. ‘How (Not) to Pay for the War: Traditional Finance and “Total” War’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 409–34. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.022>.

– Fogarty, Richard S. ‘Strategy and Command: The Anglo-French Coalition on the Western Front, 1914’. *Canadian Journal of History* 46, no. 2 (Autumn 2011): 396–97.

– Foley, Robert. ‘Chapter 1: The Volkskrieg in German Military Thought 14-38’, n.d.

– Foley, Robert T. Dumb donkeys or cunning foxes? Learning in the British and German armies during the Great War., 90 *International Affairs* 298 (Oxford University Press / USA 2014).

– *German Strategy and the Path to Verdun: Erich von Falkenhayn and the Development of Attrition, 1870-1916*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007.

– ‘The Real Schlieffen Plan.’ *War in History* 13, no. 1 (1 January 2006): 91–115. <https://doi.org/10.1191/0968344506wh323xx>.

– ‘What’s in a Name?: The Development of Strategies of Attrition on the Western Front, 1914–1918’. *The Historian* 68, no. 4 (2006): 722–46.

– Forster, Anthony. *Armed Forces and Society in Europe*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2006.

– ‘Breaking the Covenant: Governance of the British Army in the Twenty-First Century’. *International Affairs* 82, no. 6 (November 2006): 1043–57. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2346.2006.00587.x>.

– Förster, Stig. ‘Dreams and Nightmares: German Military Leadership and the Images of Future Warfare, 1871-1914’. In *Anticipating Total War*, edited by Manfred F. Boemeke, Roger Chickering, and Stig Förster, 1st ed., 343–76. Cambridge University Press, 1999. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052511.016>.

– Foster, Thomas. *Frederick the Great on Warfare: Battlefield Tactics of the Seven Year’s War & Military Instructions to the Officers of His Army*. Place of publication not identified: Leonaur, 2016.

– Freedman, Lawrence D. ‘Supreme Command: Soldiers, Statesmen, and Leadership in Wartime.’ *Foreign Affairs* 81, no. 5 (1 September 2002): 188–94.

– French, David. ‘The Meaning of Attrition, 1914-1916 (Book Review)’. *English Historical Review* 103, no. 407 (1 April 1988): 385.

– ‘The Strategy of Unlimited Warfare?: Kitchener, Robertson, and Haig’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 281–96. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.016>.

– Fuller, J. F. C. (John Frederick Charles). *The Reformation of War*. 2d. ed. London: Hutchinson & Co., 1923.

– Geinitz, Christian. ‘The First Air War Against Noncombatants: Strategic Bombing of German Cities in World War I’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering

and Stig Förster, 1st ed., 207–26. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.012>.

– Gerhard P. Gross and David T. Zabecki. *The Myth and Reality of German Warfare: Operational Thinking From Moltke the Elder to Heusinger*. Foreign Military Studies. Lexington, Kentucky: The University Press of Kentucky, 2016.

– Gerwarth, R., and E. Manela. ‘The Great War as a Global War: Imperial Conflict and the Reconfiguration of World Order, 1911-1923’. *Diplomatic History* 38, no. 4 (1 September 2014): 786–800. <https://doi.org/10.1093/dh/dhu027>.

– Geyer, Michael. ‘Insurrectionary Warfare: The German Debate about a *Levée En Masse* in October 1918’. *The Journal of Modern History* 73, no. 3 (September 2001): 459–527. <https://doi.org/10.1086/339124>.

– Gramlich, John. ‘What Public Opinion Surveys Found in the First Year of the War in Ukraine’. *Pew Research Center* (blog). Accessed 10 March 2023. <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2023/02/23/what-public-opinion-surveys-found-in-the-first-year-of-the-war-in-ukraine/>.

– Greenhalgh, Elizabeth. *Victory Through Coalition: Britain and France During the First World War*. Cambridge, UNITED KINGDOM: Cambridge University Press, 2005. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=244065>.

– Gurcan, Metin. ‘Armed Servants: Agency, Oversight and Civil-Military Relations’. *Security Strategies Journal* 9, no. 17 (1 April 2013): 257–62.

– Halewood, Louis. ‘“A Matter of Opinion”: British Attempts to Assess the Attrition of German Manpower, 1915–1917’. *Intelligence and National Security* 32, no. 3 (16 April

2017): 333–50.
<https://doi.org/10.1080/02684527.2016.1270994>.

– Haslinger, Peter. ‘Austria–Hungary’. In *Empires at War*, edited by Robert Gerwarth and Erez Manela, 73–90. Oxford University Press, 2014.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198702511.003.0005>.

– Henderson, G. F. R. ‘The Science of War.’ *The Edinburgh Review* 215, no. 439 (1912): 1.

– Herwig, Holger H. ‘Total Rhetoric, Limited War: Germany’s U-Boat Campaign, 1917–1918’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 189–206. Cambridge University Press, 2000.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.011>.

– Holden, Brian. ‘Chapter 3: Fuller and the Revival of Classical Military Thinking in Britain, 1918–1926 33–48’, n.d.

– Hough, Peter, ed. *International Security Studies: Theory and Practice*. London; New York, NY: Routledge, 2015.

– Hughes, Matthew. ‘General Allenby and the Palestine Campaign, 1917–18’. *Journal of Strategic Studies* 19, no. 4 (December 1996): 59–88.
<https://doi.org/10.1080/01402399608437652>.

– Huntington, Samuel P. *Political Order in Changing Societies*. Yale University Press, 1996.
<http://www.jstor.org/stable/j.ctt1cc2m34>.

– Jones, Heather. ‘The German Empire’. In *Empires at War*, edited by Robert Gerwarth and Erez Manela, 52–72. Oxford University Press, 2014.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198702511.003.0004>.

– ‘The Great War: How 1914–18 Changed the Relationship between War and Civilians’. *The RUSI Journal* 159,

no. 4 (4 July 2014): 84–91.
<https://doi.org/10.1080/03071847.2014.946698>.

– Kaiser, David. ‘Clausewitz and the First World War’. *Infinity Journal Special Edition, Clausewitz and Contemporary Conflict*, 2012.
<https://www.militarystrategymagazine.com/article/clausewitz-and-the-first-world-war/>.

– Keiger, John F. V. ‘Poincaré, Clemenceau, and the Quest for Total Victory’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 247–64. Cambridge University Press, 2000.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.014>.

– Kitchen, Martin. *The Silent Dictatorship: The Politics of the German High Command under Hindenburg and Ludendorff, 1916-1918*. Milton, UNITED KINGDOM: Taylor & Francis Group, 2019.
<http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=5798126>.

– Krulak, Charles C. ‘The Strategic Corporal: Leadership in the Three Block War’: Fort Belvoir, VA: Defense Technical Information Center, 1 January 1999.
<https://doi.org/10.21236/ADA399413>.

– Kuhl, Hermann Joseph von. ‘Foch and Ludendorff as Military Strategists’. *Current History (1916-1940)* 19, no. 5 (1924): 835–42.

– Leonhard, Robert R. *The Principles of War for the Information Age*. Novato/Cal: Presidio Press, 2000.

– Lloyd, Dr Nick. ‘Allied Operational Art in the Hundred Days, 1918’. *Military Review* 68, no. 3 (2012).

– Lopez Keravuori, Rose. ‘Lost in Translation: The American Way of War’. Accessed 7 March 2023.

<https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/lost-in-translation-the-american-way-of-war>.

– Mandel, Robert. *The Meaning of Military Victory*. Boulder, Colo: Lynne Rienner Publishers, 2006.

– Martel, William C. *Victory in War: Foundations of Modern Military Policy*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2007.

– McCrae, Meighen. “‘Ambushed by Victory’: British, French and American Military Plans to Defeat Germany in 1919”. *War & Society* 38, no. 4 (2 October 2019): 320–33. <https://doi.org/10.1080/07292473.2019.1643495>.

– McMaster, H. R. *Dereliction of Duty: Lyndon Johnson, Robert McNamara, the Joint Chiefs of Staff, and the Lies That Led to Vietnam*. New York: HarperCollins, 1997.

– Milevski, Lukas. ‘Strategy and the Intervening Concept of Operational Art’. *Military Strategy Magazine*. Accessed 25 February 2023. <https://www.militarystrategymagazine.com/article/strategy-and-the-intervening-concept-of-operational-art/>.

– Mombauer, Annika. ‘The Battle of the Marne: Myths and Reality of Germany’s “Fateful Battle”1’. *The Historian* 68, no. 4 (2006): 747–69.

– Mombauer, Annika, Peter Baldwin, Christopher Clark, James B. Collins, Lyndal Roper, and Mia Rodriguez-Salgado. *Helmuth Von Moltke and the Origins of the First World War*. Cambridge, UNITED KINGDOM: Cambridge University Press, 2005. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=4321559>.

– Morgan-Owen, David. ‘It Was Grand, But Was It Strategy? Revisiting the Origins Story of Grand Strategy’. *The*

Strategy Bridge, 4 May 2020. <https://thestrategybridge.org/the-bridge/2020/5/4/it-was-grand-but-was-it-strategy-revisiting-the-origins-story-of-grand-strategy>.

– Morselli, Mario. *Caporetto 1917: Victory or Defeat?* London, UNITED KINGDOM: Taylor & Francis Group, 2001. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=1189116>.

– Nagler, Jörg. ‘Pandora’s Box: Propaganda and War Hysteria in the United States During World War I’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 485–500. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.025>.

– Nielsen, Suzanne C. ‘American Civil-Military Relations Today: The Continuing Relevance of Samuel P. Huntington’s The Soldier and the State.’ *International Affairs* 88, no. 2 (1 March 2012): 369–76. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2346.2012.01076.x>.

– Norling, Bernard. ‘The Generals of World War I’. *The History Teacher* 2, no. 4 (1969): 14–26. <https://doi.org/10.2307/3054255>.

– Offer, Avner. ‘The Blockade of Germany and the Strategy of Starvation, 1914-1918: An Agency Perspective’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 169–88. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.010>.

– Pfaltzgraff, Robert. ‘World War I and IR Theory’. *The Fletcher Forum of World Affairs*, WINTER, 43 (2019).

– Porch, Douglas. ‘Clausewitz and the French 1871–1914’, 2008. <https://doi.org/10.1080/01402398608437270>.

– Quataert, Jean H. ‘Women’s Wartime Services Under the Cross: Patriotic Communities in Germany, 1912-1918’. In

Great War, Total War, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 453–84. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.024>.

– Rapin, Ami-Jacques. ‘Jean-Jacques Langendorf. Faire La Guerre’. *Politique Étrangère* 70, no. 1 (2005): 192–94.

– Rommel, Erwin, and Gustave E. Kiddé. *Infantry Attacks*. 2nd ed. Potsdam: L. Voggenreiter Verlag, 1937.

– Row, Thomas. ‘Mobilizing the Nation: Italian Propaganda in the Great War’. *The Journal of Decorative and Propaganda Arts* 24 (2002): 141–69. <https://doi.org/10.2307/1504186>.

– Roy A. Prete. *Strategy and Command: The Anglo-French Coalition on the Western Front, 1915*. Strategy and Command. Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2021.

– Sammartino, Annemarie H. *The Impossible Border: Germany and the East, 1914–1922*. Ithaca, UNITED STATES: Cornell University Press, 2014. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=3138629>.

– Samuel Finer. *The Man on Horseback: The Role of the Military in Politics*. Taylor and Francis, 2017. <https://doi.org/10.4324/9781315133034>.

– Sanborn, Joshua. ‘The Russian Empire’. In *Empires at War*, edited by Robert Gerwarth and Erez Manela, 91–108. Oxford University Press, 2014. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198702511.003.0006>.

– Sanders Marble. ‘General Haig Dismisses Attritional Warfare, January 1916’. *The Journal of Military History* 65, no. 4 (October 2001): 1061–65.

– Searle, A. ‘Review Article.’ *War in History* 8, no. 3 (1 July 2001): 341–47.
<https://doi.org/10.1191/096834401675597024>.

– Showalter, Dennis E. ‘Mass Warfare and the Impact of Technology’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 73–94. Cambridge University Press, 2000.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.005>.

– Sjoberg, Laura. *Gendering Global Conflict: Toward a Feminist Theory of War*. New York, UNITED STATES: Columbia University Press, 2013.
<http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=1103410>.

– Snyder, Jack L. *The Ideology of the Offensive: Military Decision Making and the Disasters of 1914*. Cornell Studies in Security Affairs. Ithaca: Cornell Univ. Press, 1989.

– Steinberg, Jonathan. *Bismarck: A Life*. Bismarck. Oxford: Oxford University Press, Incorporated, 2012.

– Stevenson, David. *1917: War, Peace, and Revolution*. Oxford, UNITED KINGDOM: Oxford University Press, Incorporated, 2018.
<http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=5061676>.

– ‘1918 Revisited’. *Journal of Strategic Studies* 28, no. 1 (February 2005): 107–39.
<https://doi.org/10.1080/01402390500032096>.

– ‘French Strategy on the Western Front, 1914-1918’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 297–326. Cambridge University Press, 2000.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.017>.

- Stone, David R. ‘Misreading Svechin: Attrition, Annihilation, and Historicism’, n.d.
- Strachan, Hew. ‘Clausewitz and the First World War’, n.d.
- ‘Essay and Reflection: On Total War and Modern War’. *The International History Review* 22, no. 2 (June 2000): 341–70. <https://doi.org/10.1080/07075332.2000.9640902>.
- ‘From Cabinet War to Total War: The Perspective of Military Doctrine, 1861-1918’. In *Great War, Total War*, edited by Roger Chickering and Stig Förster, 1st ed., 19–34. Cambridge University Press, 2000. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052528.002>.
- *La Grande Guerre et Le Monde de Demain*. Politique Étrangère, 79.2014,1. Paris: IFRI, 2014.
- ———. ‘Strategy in Theory; Strategy in Practice’. *Journal of Strategic Studies* 42, no. 2 (23 February 2019): 171–90. <https://doi.org/10.1080/01402390.2018.1559153>.
- ———. ‘The Battle of the Somme and British Strategy’. *Journal of Strategic Studies* 21, no. 1 (March 1998): 79–95. <https://doi.org/10.1080/01402399808437709>.
- ———. ‘The First World War as a Global War’. *First World War Studies* 1, no. 1 (March 2010): 3–14. <https://doi.org/10.1080/19475021003621036>.
- ———. ‘The Long and the Short of It: Time and Strategic Planning in the First World War’. *First World War: New Perspectives*. Accessed 15 February 2023. <https://podcasts.ox.ac.uk/long-and-short-it-time-and-strategic-planning-first-world-war>.

- ———. ‘The Lost Meaning of Strategy’. *Survival* 47, no. 3 (October 2005): 33–54. <https://doi.org/10.1080/00396330500248102>.
- ———. *The Oxford History of the First World War*. New edition. Oxford: OUP Oxford, 2014.
- Travers, T. H. E. ‘The Offensive and the Problem of Innovation in British Military Thought 1870-1915’. *Journal of Contemporary History* 13, no. 3 (1978): 531–53.
- Travers, Tim. ‘A Particular Style of Command: Haig and GHQ, 1916–18’. *Journal of Strategic Studies* 10, no. 3 (September 1987): 363–76. <https://doi.org/10.1080/01402398708437306>.
- Travis, Donald S. ‘Decoding Morris Janowitz: Limited War and Pragmatic Doctrine’. *Armed Forces & Society* 46, no. 1 (1 January 2020): 68–91. <https://doi.org/10.1177/0095327X18760272>.
- Tunstall, Graydon A. ‘Austria-Hungary and the Brusilov Offensive of 1916’. *Historian* 70, no. 1 (2008): 30–53. <https://doi.org/10.1111/j.1540-6563.2008.00202.x>.
- Urban, Mark. *Generals: Ten British Commanders Who Shaped the World*. London: Faber and Faber, 2006.
- Van Creveld, Martin. *A Story of Strategy*. Castalia House, 2015.
- Wheeler-Bennett, John W. ‘LUDENDORFF: The Soldier and the Politician’. *The Virginia Quarterly Review* 14, no. 2 (1938): 187–202.
- Wilcox, Vanda. ‘Morale and Battlefield Performance at Caporetto, 1917’. *Journal of Strategic Studies* 37, no. 6–7 (10 November 2014): 829–54. <https://doi.org/10.1080/01402390.2013.846855>.

– Wilson, Trevor, and Robin Prior. ‘Conflict, Technology, and the Impact of Industrialization: The Great War 1914–18’. *Journal of Strategic Studies* 24, no. 3 (September 2001): 128–57. <https://doi.org/10.1080/01402390108437848>.

– Woodward, David. ‘THE MUTINY AT KIEL, NOVEMBER 1918’. *History Today*, London: History Today Ltd., 1 December 1968. 1299028575. Periodicals Archive Online.

– Xu, Guoqi. *Strangers on the Western Front: Chinese Workers in the Great War*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.

– Zabecki, David T. *The German 1918 Offensives: A Case Study in the Operational Level of War*. London: Routledge, 2006.

– Zabecki, David T., and Anthony Zinni. *The Generals’ War: Operational Level Command on the Western Front In 1918*. Bloomington, UNITED STATES: Indiana University Press, 2018. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=5482784>.

**LA TRADICIÓN TEOLÓGICA-POLÍTICA DEL
*IUS AD BELLUM***

**THE THEOLOGICAL-POLITICAL TRADITION
OF *IUS AD BELLUM***

Fecha de recepción: 11 de junio de 2023

Fecha de aceptación 11 de julio de 2023

Marina Rojo Gallego-Burín
Universidad de Málaga¹

Guerra, ¿Quién te inventó? Si soy injusta,
mi origen fue de un ángel la malicia;
si soy justa, invéntame la justicia,
porque, con la razón, la guerra es justa.

-Lope de Vega, *El asalto de Mástrique-*

¹ mgallegoburin@uma.es. ORCID: 0000000179232469.

Resumen: La guerra es una constante histórica, pese a que es uno de los acontecimientos más estremecedores que pueden tener lugar. En consecuencia, desde la más remota antigüedad siempre se ha intentado justificar las agresiones: se hace un mal para evitar otro. Así, nace la doctrina de la guerra justa.

Cuando se ha cumplido un año desde que se iniciara la guerra en Ucrania resulta sugestivo reflexionar sobre las razones o justificaciones para la utilización de la fuerza. En los últimos años, cuando nos asomamos a la actualidad internacional, uno de los mayores debates que siempre se suscita ante cualquier conflicto, que no se resuelve pacíficamente, es si sería legítimo, lícito o justo una intervención armada. Pero ¿cómo sabemos cuándo lo es?

Palabras clave: guerra, *ius ad bellum*, tradición, doctrina

Abstract: War is a historical constant, despite the fact that it is one of the most shocking events that can take place. Consequently, since the most remote antiquity there has always been an attempt to justify aggressions: one evil is done to avoid another. Thus, the doctrine of just war was born.

A year after the outbreak of the war in Ukraine, it is suggestive to reflect on the reasons or justifications for the use of force. In recent years, when we look at international news, one of the major debates that always arises in the face of any conflict that is not resolved peacefully is whether an armed intervention is legitimate, lawful or just. But how do we know when it is?

Key words: war, *ius ad bellum*, tradition, doctrine

1.- Introducción

Al comenzar a indagar sobre esta problemática nos encontramos con orígenes ancestrales de la teoría de la guerra justa. Lo mismo que ahora el ser humano se preocupa por legitimar y restringir el uso de la fuerza, nuestros antepasados también sintieron dicha inquietud. En aras de contribuir al conocimiento del pensamiento en torno a esta problemática se realiza este trabajo. Nótese que de un modo paralelo al desarrollo del concepto de guerra justa contemplamos la evolución del Derecho Internacional².

Bobbio caracterizó la guerra de un modo tripartito³, como objeto del Derecho, el medio de realización del Derecho y la antítesis del Derecho. La guerra es objeto de Derecho cuando se desea restringir, regular moral y jurídicamente, de lo que surge la teoría de la guerra justa. Gracias a esta teoría la guerra es un medio de hacer Derecho, pues ella es la sanción jurídica más severa que se puede imponer a una sociedad. Y es la antítesis del derecho, para los pacifistas se trata de un hecho antijurídico, pues cada vez se limita más la guerra, y son escasos los supuestos o causas por las que se puede considerar legítima.

Esta doctrina tiene múltiples implicaciones pero sin duda la que más le influye es la moral, de ahí su complejidad⁴. Pues cualquier conflicto siempre se presta a una valoración deontológica. De hecho, Hedley Bull considera a la guerra como un fenómeno inherente normativo, normas que nacen de la moral y que constituyen el sistema

² RUIZ MIGUEL, A., "Doctrinas de la guerra y de la paz", in: Anuario de filosofía del derecho, número 19, 2002, pp. 139-152, *maxime* p. 140.

³ BOBBIO, N. El problema de la guerra y las vías de la paz, 1979, Barcelona: Gedisa, 1982, cap. I.

⁴ JARAMILLO MARÍN, J., "Las teorías de la guerra justa. Implicaciones y limitaciones", in: Revista Guillermo de Ockham, vol. 3, núm. 2, 2005, pp. 9-29; FERRÁN PUERTA, A.L., "El concepto de guerra justa a través de los tiempos", in: Novum jus, 15, 2021, pp. 91-115.

de valoración del comportamiento. De tal modo que se presenta la disyuntiva de compatibilizar: la masacre con lo moral y lo justo, para lo cual se erige la teoría de la guerra justa, que además se ve influenciada por consideraciones teológicas, políticas, teleológicas y filosóficas. Como puede deducirse, una de las problemáticas a las que se enfrenta esta doctrina es la subjetividad o relativismo. Valores como la justicia sí gozan de objetividad y universalidad, todas las naciones en todos los tiempos la han defendido y han luchado por ella, pero ¿en qué discrepan? en el modo de llegar a ella. Hay naciones que defienden la justicia de las agresiones en legítima defensa, otros legitiman los conflictos bélicos que combates contra aquellos que se separan de la Ley de Dios, mientras que hay quienes abominan de ello. Configurar una teoría de la guerra justa universal se plantea casi de un modo imposible, aunque Naciones Unidas la trata de elaborar. A pesar de que todas las sociedades cuentan con la misma finalidad, los parámetros que se consideran para admitir la guerra son parciales, propios del momento que vive cada pueblo.

Por esta diversidad de argumentos que se da en todos los tiempos y en cada una de las culturas resulta importante realizar un análisis de esta cuestión pues con él se pueden deducir aspectos comunes y constantes que permanecen inalterables en la historia, con ellos se intentan establecer unos criterios que realmente sean aceptados por todos y pueda llegar a alcanzar su verdadero fin, restringir la guerra. Es necesario hacer estudios referentes a esta materia, y más si tenemos en cuenta que en los últimos tiempos observamos una desproporción manifiesta entre los fines y los medios. Los objetivos en las contiendas ya no son exclusivamente militares, sino la población civil, a la que inmisericordemente se la castiga con todo tipo de armas, químicas, biológicas o nucleares.

Este trabajo se divide en seis epígrafes, el primero cuenta con un carácter introductorio, dedicado a la definición e implicaciones del concepto de guerra justa. A continuación, se dedica un apartado a los precedentes de la guerra justa, donde se pone de manifiesto que es una

de las teorías más antiguas de la humanidad. Tras ello, se estudia como la supremacía era la causa justificativa utilizada para emprender acciones bélicas durante la Antigüedad. Esto nos lleva a referirnos al antiguo Israel y al cristianismo primitivo, lo cual implica referirse a la primera guerra santa. Y para finalizar se analiza la doctrina de la Iglesia católica y del islam respecto a la guerra justa.

2. Definición e implicaciones del concepto de guerra justa

El concepto de guerra justa es un oxímoron, comprende un conjunto de normas que se dirigen a la determinación de iniciar una guerra, con la pretensión de legitimar éticamente el hecho de emprenderla. Ello constituye una paradoja: el tener que aceptar los conflictos violentos, con todos los males que implican, junto al propósito de eludir mayores males. El hombre, consciente de los padecimientos que supone tal fenómeno, se ha preocupado por buscar una teoría que le permitiera justificar sus acciones bélicas, conformando una de las reflexiones morales más antiguas de la humanidad.

Esta es la característica principal, no se puede formular una definición que permanezca invariable a lo largo de la historia, puesto que según como sea el tipo de Estado así será la doctrina de la guerra justa, es decir, ha ido evolucionando a lo largo de los tiempos; en palabras de López de Barja de Quiroga “está históricamente determinada”⁵. Maquiavelo en *El Príncipe* afirma: “el arte de la guerra es el único estudio a que deben dedicarse los príncipes, por ser propiamente la ciencia de los que gobiernan”⁶, de tal modo que si la

⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P., “Sobre la guerra justa”, in: *Semata. Ciencias jurídicas*, Universidad Santiago de Compostela, 2011, pp. 61-75, *maxime* p. 63.

⁶ MAQUIAVELO, N. *El príncipe*, traducción de Alberto Lista, Madrid: Edaf, 2009, p. 96.

guerra depende de los gobernantes, las decisiones de estos dependerán de las circunstancias históricas en las que ejerzan su gobierno.

La guerra justa es una corriente moderada, un punto intermedio; admite determinadas contiendas, mientras que condena otras. Se opone a diversas tesis, como las que estiman legítimas todas las guerras, o al pacifismo que por el contrario sostiene que ninguna de ellas es justificable, porque se lastima a uno mismo cuando hace sufrir al prójimo, esto se acerca a la concepción socrática de que la injusticia es la dolencia más grande del alma. Además, se enfrenta al realismo, que defiende cómo la guerra no se puede valorar desde un punto de vista deontológico o moral, y concluye que ninguna guerra es injusta⁷. La teoría de la guerra justa comprende dos ámbitos distintos, por una parte, ofrece un conjunto de reglas para poder determinar cuáles de ellas son justas en el supuesto de que existan (derecho de guerra o *ius ad bello*), limita, restringe el número de guerras que se pueden hacer, no todas las guerras son justificables. Y por otra parte, el *ius in bello* o derecho en la guerra, en referencia a la conducta, el modo de hacer la guerra⁸.

Esta tradición de la guerra justa nunca puede olvidar el Derecho. Sin el Derecho los principios de la guerra justa no gozarían de autoridad alguna, serían meras consideraciones etnocéntricas, morales o teológicas.

3. Precedentes de la guerra justa

La tradición de la guerra justa es una de las teorías más antiguas de la humanidad. Algunos autores afirman que esta doctrina no nace hasta el siglo XVII con Hugo Grocio; otros sitúan su aparición con San

⁷ CANTÓ- SPERBER, M., *Diccionario de Ética y de Filosofía moral*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2001, p. 693 y ss.

⁸ ABBAGNANO, N. *Diccionario de Filosofía*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2004, p. 503.

Agustín, Santo Tomás de Aquino⁹ o Francisco de Vitoria¹⁰. Pero es indudable que encontramos antecedentes de ello desde los tiempos más remotos.

Los aztecas¹¹ establecieron que sólo lucharían un número determinado de soldados en batallas que tendrían lugar en sitios concretos en las fechas acordadas; todo ello con la pretensión de aminorar el número de contiendas. Las civilizaciones hebrea, egipcia, fenicia e hindú dictaron normas que regulaban aspectos de la guerra, así como el reparto de su botín, el comportamiento hacia los prisioneros o los no combatientes en tiempos de guerra¹².

En la obra *Mòzi* del filósofo chino Mo Di (también conocido como Mo zi o Mo Tzu) del siglo V a.C. (-479-400) encontramos nueve capítulos dedicados a la guerra. Mo Di parte del principio del “amor universal”, es decir, realizar la voluntad del Cielo, amar a todos los hombres de un modo incondicional. Este filósofo es un pacifista, antibelicista, que de modo activo trató de luchar por la paz, y que autoriza la defensa propia, pero ataca de forma rotunda la guerra de agresión, pues las pérdidas siempre serán inmensamente mayores a las ganancias, el “mal llevado al infinito”. Según él, la guerra es fruto de la codicia:

⁹ CASTAÑEDA, F., "Sobre la posibilidad de la guerra justa entre fieles y paganos en Tomas de Aquino", *Revista de estudios sociales*, 14, 2003, pp. 26-37.

¹⁰ BAQUÉS QUESADA, J., *Los supuestos básicos de la teoría de la Guerra Justa*, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2006, p. 3.

¹¹ OLKO, J., “Los mensajeros reales y las negociaciones de paz: El concepto de la guerra justa entre los aztecas”, in: *Revista española de antropología americana*, número 34, 2004, pp. 125-148, *maxime* 135 y ss.

¹² BELLAMY, A. J. *Guerras justas. De Cicerón a Irak*, México: Tezontle, 2009, p. 41.

“porque codiciamos la fama y el botín de ganar la guerra. Lo que ganamos no sirve para nada y es mucho menos de lo que perdemos. Todo ello es directamente opuesto al interés del Estado”¹³.

Para Mo Di no existía ninguna causa que legitimara la guerra.

La Antigüedad se encuentra marcada por una de sus características esenciales: la omnipresencia de la guerra, esto se aprecia en los vestigios que conservamos de aquella época: relatos, pasajes, testimonios, etc.

4. La supremacía como justificación de las acciones bélicas en la Antigüedad

La Grecia clásica fue partícipe de la preocupación de hallar una justificación a la guerra, ésta es definida por Heráclito de Éfeso (535 a.C.- 484 a. C) como “padre y rey de todas las cosas”¹⁴. Otro presocrático que se refirió a la guerra fue Demócrito (460 a. C.- 370 a. C.). Este autor en dos de sus máximas condenaba la guerra civil, entre otras razones porque esta impedía que se pudieran desarrollar las interestatales: “La guerra civil es mala para todos, pues tanto los vencedores como los vencidos experimentan el mismo daño”¹⁵, “Sólo cuando hay concordia es posible para las ciudades llevar a cabo las grandes obras y las guerras; de otro modo, no”¹⁶.

¹³ MOSTERÍN, J. *China. Historia del pensamiento*, Madrid: Alianza Editorial, 2007, pp. 74 y ss.

¹⁴ REALE, G., y ANTÍSERI, D., *Storia della filosofia I. Filosofia antipagana*, Brescia: La Scuola, 1995, p.44.

¹⁵ DEMÓCRITO, *Los filósofos presocráticos III*, Madrid: Gredos, 1997, 731.

¹⁶ *Ibid.*, 732.

La Antigüedad no conoció el concepto de guerra justa, utilizaba el de supremacía para autorizar las acciones bélicas contra los pueblos invasores, los bárbaros. Es un término utilizado por Platón y Aristóteles, con ello cobran sentido las conquistas de Alejandro¹⁷. Son tiempos en los que se consideran unos pueblos más sobresalientes que otros, y en los que se son guerras justas aquellas que tienen la finalidad de someter aquellos pueblos “inferiores”, pues es algo que les beneficia. Así lo pone de relieve Tucídides a través de Pericles en relación con los aliados de Grecia: “no hay nada vergonzoso en estar sometido a la mejor de las ciudades”¹⁸.

El imperio ateniense contó tanto con tradiciones como con normas escritas que reducían la guerra. Josep Baqués Quesada considera que esta civilización siguió una “realpolitik”, siendo la Guerra del Peloponeso su mayor expresión, debido a que probablemente fue la controversia más relevante de la Antigua Grecia¹⁹ y escindió a la sociedad griega. En el relato que realizó Tucídides sobre ella encontramos pasajes que evidencian las causas por las que se consideraba legítima la guerra en unos tiempos tan convulsos como aquellos: “Los propios hechos nos forzaron al principio a llevarlo hasta la situación actual. Sobre todo por el miedo; pero más tarde también por el afán de gloria, y, al cabo, por interés.”²⁰ Bellamy nos advierte que Tucídides en sus pasajes defiende que “el poder es derecho”²¹. En la historia de la Guerra del Peloponeso de Tucídides ya apreciamos la importancia de justificar la guerra, y como ha sido esa una preocupación que se ha repetido a lo largo de los tiempos. En esta contienda se

¹⁷ ANDREU PINTADO, J., “El concepto de guerra justa y la justificación de los conflictos bélicos en el mundo clásico”, in *Revista de Historia Militar*, 2009, pp. 39-78, *maxime* p. 40.

¹⁸ TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Madrid: Alianza Editorial, traducción de Rodríguez Delgado, 2008, Libro II, 41.

¹⁹ GÓMEZ ESPELOSÍN, F.J., *Historia de Grecia Antigua*, Madrid: Akal textos, 2001, p. 193.

²⁰ TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, *loc. cit.*, Libro I, 75.

²¹ BELLAMY, A. J. *Guerras justas loc. cit.*, p. 43.

enfrentaban la liga de Delos (dirigida por Atenas) contra la Liga del Peloponeso (dirigida por Esparta), coaliciones entre las que existe un tratado de paz de treinta años que es vulnerado. Este caso concreto tiene una proyección intemporal, y es prototipo de las guerras de cualquier nación.

No podemos obviar el legado que sobre esta materia nos han dejado los grandes filósofos griegos, Platón y Aristóteles, en sus obras. Platón, en la *República*, consagra a la justicia como una de las cuatro virtudes fundamentales (junto a la sabiduría, la fortaleza del ánimo y la templanza)²², obra en la que Polemarco afirma: “es justo hacer el bien al amigo que es bueno y dañar al enemigo que es malo.”²³ En las *Leyes* sostiene cómo la legislación se había dictado con vista a la guerra,²⁴ quizás por ello estas fueran incesantes en aquella época, aunque también declara que la guerra debe tener por objetivo alcanzar la paz, que constituye el objetivo principal del Estado²⁵. Así justifica las agresiones, la declaración de guerra, porque es algo que va a redundar en beneficio de la población y el Estado.

Por su parte, el discípulo de Platón, Aristóteles, fue más allá que su maestro. En su obra *Política*²⁶ considera la guerra como un arte adquisitivo²⁷ e incluso utiliza el término de “guerra justa”:

²² COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía, vol. 1: De la Grecia antigua al mundo cristiano*, Barcelona: Círculo de Lectores, 2012, p. 208.

²³ PLATÓN, *La República*, Madrid: Akal, Edición de Mariño Sánchez-Elvira, R., Mas Torres, S. y García Romero F., 2008, libro I, 334d.

²⁴ PLATÓN, *Leyes*, Barcelona: Akal, Edición de Ramos Bolaños, J. M., 2008, libro I.

²⁵ *Ibid.*, libro VII.

²⁶ COPLESTON F., *Aristóteles. Vida, obra y pensamientos*, Barcelona: Planeta De Agostini, 2007, p. 122.

²⁷ ARISTÓTELES, *Política*, Madrid: Istmo, Edición de López Barja de Quiroga, P., y García Fernández, E., 2005, libro I, 1256b.

“(…) también el arte de la guerra será de algún modo por naturaleza un arte de adquirir, que debe ser utilizado contra las fieras y en el caso de los hombres, contra aquellos que habiendo nacido para obedecer se niegan a ello; esta es la guerra que es justa por naturaleza”²⁸.

Además, enuncia las causas que permiten considerar una guerra como legítima, refiriéndose a la supremacía:

“No está justificada la guerra cuyo fin es enriquecer al vencedor o el puro afán de poder, pero si lo está cuando la raza superior de los griegos se pone en campaña para someter y esclavizar a los bárbaros, como medio para obtener la masa de productores que necesita la ciudad feliz dedicada a una vida perfecta de estudio y buenas acciones; o también para la *polis* común y corriente, no particularmente dichosa, pues el arte de la guerra (...) debe ser utilizado (...) en el caso de los hombres, contra aquellos que habiendo nacido para obedecer se niegan a ello; esta es la guerra que es justa por naturaleza”²⁹.

Uno de los maestros de la Escuela del estoicismo, Panecio de Rodas (185 a. C.- 110 a.C.), sostuvo que una guerra nunca podría ser justificada cuando fuera fruto de instintos envilecidos y mucho menos cuando se comenzara sin declaración previa³⁰.

Estos testimonios, evidencian el concepto de supremacía y dominación, imperantes en la civilización griega, criterios que les permitía declarar la guerra. Nos encontramos ante un pueblo que desea dar la imagen de que hace la guerra en bien del prójimo, de hecho el historiador Polibio en sus *Historias* afirma que “Aunque ya hacía

²⁸ Ibid. Libro I, 1256b.

²⁹ Ibid. libro I, 1256b.

³⁰ GARCÍA BORRÓN, “Los Estoicos”, *Historia de la ética*, CAMPS V. (Ed.), Barcelona: Crítica, 1987, p. 227.

tiempo que en el ánimo de cada uno existía la firme decisión de hacer la guerra, buscaban, sin embargo, un hecho adecuado y un pretexto honroso a los ojos de los extranjeros”³¹. De esto podemos deducir que tras esta excusa para utilizar la violencia había cuestiones económicas, territoriales, religiosas, políticas..., es decir, los mismos argumentos que se utilizan en la actualidad.

En cuanto a Roma, no desarrolló el concepto de “guerra justa”, sino que por aplicación del principio “*si vis pacem para bellum*” (si quieres la paz prepárate para la guerra) se aproximó más a lo que actualmente conocemos como “seguridad colectiva”. Antes de adentrarnos en este tema debemos tener en consideración que Roma sufrió una gran evolución en poco tiempo pasó de ser una aldea en los alrededores del Tíber a una de las potencias más importantes del Mediterráneo. Tanto la República como el Imperio romano recurrieron a las contiendas como un medio con el que lograr la seguridad internacional.

Así lo expresa el historiador Diodoro de Sicilia: “Los romanos tomaban especial cuidado en embarcarse tan solo en guerras que fueran justas y en no tomar decisiones precipitadas”³². O también Cicerón: “La ciudad que nosotros concebimos como la mejor no sostiene una guerra si no es por lealtad a un pacto o por su propia seguridad y supervivencia.”³³

Cicerón deseaba probar que ese gran imperio que se había constituido a través de la justicia permitiría alcanzar la felicidad a sus ciudadanos. Para ello era necesario que probara que se había formado gracias a guerras justas que en sí mismas constituían una fuente de

³¹ POLIBIO, *Historias*, Madrid: Akal, Edición de Rodríguez Alonso, C., 1986, libro XXXVI, 2, 2.

³² SÍCULO, D., *Biblioteca histórica*, Madrid: Alianza Editorial, Edición de Serrano Espinosa, M., 2004, Libros I- III.

³³ CICERÓN, M.T. *La República*, Madrid: Akal, Edición de Núñez González, J. M., 1989, libro III, 34.

legitimación. Afirma que “el primer deber de la justicia consiste en que uno no haga daño a nadie a menos que sea provocado a ello”³⁴. Cicerón, en sus *Oficios*, identifica dos tipos distintos de conflictos bélicos: por una parte, nos encontramos ante las guerras defensivas, para combatir los ataques, por supervivencia y, por otra parte, aquellas con las que se alcanza el liderazgo, el poder y la gloria. Caracterizándose estas últimas por ser mucho menos cruentas que las primeras. Rechaza las guerras que se promueven con fines crematísticos, fruto de la codicia, que constituye el motivo fundamental por el que se hace la guerra.³⁵

Aunque Cicerón distingue dos tipos de guerras³⁶, ambas cuentan con un aspecto común y son las causas por las que se puede esta decretar como justa: para vivir en paz, sin padecer injusticias “(...) no hay guerra alguna justa, sino la que se hace habiendo precedido la demanda, y satisfacción de los agraviados, o la intimidación, y declaración con las debidas formalidades.”³⁷ Así, comprobamos cómo Cicerón se refiere a cuestiones procedimentales para establecer la existencia de una “justa causa.” Pero no podemos olvidar el límite anteriormente mencionado: la ambición, la codicia.

Son tiempos extremadamente bélicos, igual que ocurría en Grecia, Roma busca excusas para agredir a otros pueblos. Para intentar acabar con esta práctica Cicerón proclama: “mucho rigor en el juicio viene a ser suma injusticia. Bajo el cual se cometen muchos pecados, como aquel General que habiéndose pactado con los enemigos treguas por treinta días, talaba por las noches los campos, porque las treguas se habían tratado de días, y no de noches.”³⁸ De todo esto, se comprueba

³⁴ CICERÓN, M.T., *Sobre los deberes*, Madrid: Alianza Editorial, Edición de José Guillén, 2006, libro I, 20.

³⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Imperio legítimo*, Madrid: Antonio Machado Libros, 2007, p. 284.

³⁶ KAKARIEKA, J., "Los orígenes de la doctrina de la guerra justa. Cicerón y la tradición romana", in: *Cuadernos de historia*, 1, 1981, pp. 267-290.

³⁷ CICERÓN, M.T., *Los Oficios*, Madrid: Espasa Calpe, 2001, Libro I, 39.

³⁸ *Ibid.*, Libro I, 35.

la extrema dificultad para poder calificar como justa alguna guerra de la época; son numerosos los preceptos que tratan de concienciar a las autoridades para que sus sentimientos no sea la motivación para emprender una guerra.

No podemos obviar el gran sentido de lealtad, la *fides*, que sentía el pueblo romano con aquellos que había celebrado algún tratado, o les unía algún vínculo de amistad o alianza. Esto lo pone de manifiesto Dionisio de Halicarnaso cuando afirma que Roma no declaraba ninguna guerra injusta contra una ciudad aliada. Pero esto él mismo lo matiza porque en el supuesto de que se violaran esos tratados celebrados, se rompería el *pacta sunt servanda* y solicitaría al aliado que rectificara su conducta, y en el caso de que no lo hiciera le declararían la guerra³⁹.

Por lo tanto, nos encontramos en la Antigüedad Clásica con dos potencias hegemónicas, Grecia y Roma; son los grandes imperios, que para mantener su liderazgo no dudarán en recurrir a la violencia para sostenerlo. Incluso encuentran a su propia Historia como un criterio legitimador, una excusa o pretexto, para hacer la guerra; se basan en su autoridad, alcurnia y en todas las victorias alcanzadas en el pasado. En definitiva, de lo anterior se deduce cómo Grecia y Roma enmascaraban las causas verdaderas por las que emprendían conflictos bélicos, presentándose como víctimas, nunca agresores; se consideraban guardianes del mundo, lo que les obliga a velar por la seguridad internacional que le otorga la potestad de iniciar guerras preventivas, y con las que decían perseguir nobles ideales, bienestar... Así comprobamos cómo en la Antigüedad se empleaban diversas justas causas para llevar a cabo trágicas batallas, pero destacan sobre todas ellas el justificar la guerra como un medio de defensa, libertad y que permite alcanzar la supremacía.

³⁹ HALICARNASO, D. *Antigüedades romanas*, Madrid: Gredos, 2002, Libro II.

5. La guerra justa en el antiguo Israel y el cristianismo primitivo: la primera guerra santa

Con anterioridad a la Biblia, la guerra era un acontecimiento conocido. De hecho Israel tiene su origen en pueblos del antiguo Oriente que contaban con un fuerte acervo guerrero, otorgándole un carácter divino a la guerra. Al igual que en Grecia y en Roma eran habituales los enfrentamientos entre pueblos por el poder. Tenemos noticias de que alrededor del año 2700 antes de Cristo ya se daban luchas entre ejércitos perfectamente formados en Mesopotamia⁴⁰.

Entre los siglos X-XI a.C. aparece un nuevo tipo de contienda, las luchas ya no son por conquistas territoriales, sino para conseguir el control político de una zona a partir de cruentas batallas de desgaste; es la llamada guerra de usura.

Israel, pese a caracterizarse por una ética que no tuvo rival en ningún pueblo de la Antigüedad, no llegó a conocer el concepto de guerra justa. No sintieron la necesidad de desarrollarlo ya que los preceptos de la Toráh mosaica no lo precisaban, y por otra parte, esperaban la llegada de un Mesías con el que finalizarían para siempre las guerras: “¡Salta de gozo, Sión; alégrate, Jerusalén! Mira que viene tu rey, justo y triunfador, pobre y montado en un borrico, en un pollino de asna. Suprimirá los carros de Efraín y los caballos de Jerusalén; romperá el arco guerrero y proclamará la paz a los pueblos. Su dominio irá de mar en mar, desde el Río hasta los extremos del país”⁴¹.

Tenemos que distinguir el Dios del Antiguo Testamento, que era un Dios justiciero, al del Nuevo Testamento de amor al enemigo, perdón... El Antiguo Testamento cuenta con cierto contenido belicoso. Nos encontramos con un Yahvé que incita a la guerra: “Anunciad esto

⁴⁰ TREBOLLÉ BARRERA, J., “Guerra Santa y Guerra justa en la Biblia”, in *Revista de Historia Militar*, 2009, pp. 13-38, *maxime* p. 13.

⁴¹ ZACARÍAS 9, 9-10.

entre los pueblos: «¡Santificaos para la guerra, despertad a los valientes!» «¡Que se acerquen que suban todos los guerreros!»⁴²; también ordena hacerla, por ejemplo se relata cómo Moisés llevó al pueblo de Israel a la guerra por venganza contra el pueblo de Madiá cumpliendo el mandato de Jehová: “El Señor dijo a Moisés: «Que los hijos de Israel tomen venganza de los madianitas. Luego irás a reunirte con los tuyos», Moisés dijo al pueblo: «Armad a algunos de vosotros para la guerra del Señor contra Madián, para tomar sobre Madián la venganza del Señor. Pondréis en armas a mil de cada tribu, de todas las tribus de Israel»”. Así movilizaron para la guerra doce mil hombres, mil por cada tribu de Israel. Moisés envió al combate mil por cada tribu, y con ellos Pinjás, hijo del sacerdote Eleazar, que llevaba en su mano los objetos sagrados y las trompetas del toque de combate. Atacaron a Madián como el Señor le había mandado a Moisés y mataron a todos los varones⁴³. Los relatos sobre las guerras de conquista de Canaán⁴⁴ son una de las narraciones más violentas de las Sagradas Escrituras. De hecho, han sido condenadas no solo en el pasado, sino incluso en tiempos contemporáneos. Esto nos explica la razón por la que, por ejemplo, los primeros cristianos, entre otros, desearan revocar el Antiguo Testamento⁴⁵.

En el Nuevo Testamento nos encontramos con una ética mucho más estricta, John Driver califica a la moral de Jesús, como “ética de exceso”⁴⁶. Ello lo comprobamos en el Sermón de la montaña, considerado como la “Carta Magna del cristianismo”⁴⁷, todo un alegato a la paz en el que se establece el modo de resolver los conflictos, como

⁴² JOEL 4, 9- 10.

⁴³ NÚMEROS 31, 1-7.

⁴⁴ NÚMEROS 21 y 31 o JOSUÉ 7.

⁴⁵ TREBOLLÉ BARRERA, J., “Guerra Santa y Guerra justa *loc. cit.*”, p. 24.

⁴⁶ DRIVER, J. *Militantes para un mundo nuevo*, Barcelona: Evangélicas Europeas, 1977.

⁴⁷ SEGURA ETXEZARRAGA, J. *La guerra imposible. La ética cristiana entre “guerra justa” y la no violencia*, Bilbao: Desclée de Brouwer, 1992, p. 73.

cuando nos dice: “Habéis oído que se dijo: «Ojo por ojo, diente por diente»”. Pues yo os digo: «no hagáis frente al que os agravia. Al contrario, si uno te abofetea en la mejilla derecha, preséntale la otra»⁴⁸. Incluso San Pedro es reprendido por Jesús por utilizar la violencia como un mecanismo de defensa, le cortó la oreja al siervo del sumo sacerdote por detener a Jesús en el huerto de Getsemani: “Jesús le dijo: «Envaina la espada, que todos los que empuñan espada, a espada morirán»⁴⁹”.

Debemos tener en cuenta que los judíos no solían formar parte de los ejércitos, lo que quizás nos explique el motivo por el cual no existe ninguna prohibición expresa a la guerra en los Evangelios, no era necesario, aunque también es cierto que se afirma: “no matarás”⁵⁰.

El Nuevo Testamento supone un enorme cambio respecto al Antiguo. Algunos autores consideran que la conducta de Jesús es también continuista, siguiendo a los profetas y su pacifismo, y a los apocalípticos con sus anhelos mesiánicos⁵¹. Y pese a que encontramos otros pasajes que nos llevan a cierta ambigüedad, como cuando se llega a afirmar que Jesús es causa de división: “No penséis que he venido a la tierra a sembrar paz, sino espada.”⁵². Es a los apóstoles a quienes les corresponde dar luz a estas aparentes vacilaciones de Jesús, así San Pablo sentencia: “A nadie devolváis mal por mal. Procurad lo bueno ante toda la gente; En la medida de lo posible y en lo que dependa de vosotros, manteneos en paz con el mundo. No os toméis la venganza por vuestra cuenta, queridos: dejad más bien lugar a la justicia, pues está escrito: Mía es la venganza, yo daré lo merecido, dice el Señor. Por el contrario, si tu enemigo tiene hambre, dale de comer; si tiene sed, dale de beber: actuando así amontonarás ascuas sobre su cabeza. No te dejes vencer por el mal, antes bien vence al mal con el bien”⁵³.

⁴⁸ MATEO, 5, 38- 39.

⁴⁹ Ibid. 26, 52.

⁵⁰ Ibid., 5, 21.

⁵¹ SEGURA ETXEZARRAGA, J. *La guerra imposible loc. cit.*, p. 75.

⁵² MATEO, 10, 34.

⁵³ ROMANOS, 12, 17- 21.

Estas interpretaciones que realizaron los apóstoles eran necesarias debido a que desaparece toda la argumentación que se había dado para hacer una guerra. La doctrina de Jesucristo invalida todos los discursos que hasta entonces se habían propuesto. Sin ellas no se entendería el poner la otra mejilla; en tiempos pretéritos todo era la lucha por el poder, la moral no intervenía.

No cabe duda de que Jesús introdujo un pacifismo radical, desconocido hasta entonces; es la antítesis de un espíritu bélico, y se convirtió en la moral cristiana, cuya realización completa provocaría la desaparición absoluta de la guerra. Esta moral consiguió que durante tres siglos la guerra fuera totalmente rechazada por los cristianos, y de ella paradójicamente surgiría el concepto de guerra justa, como veremos más adelante.

Una etapa importante de la historia de Israel es la relacionada con los seléucidas, que constituía un reino, una monarquía helenística, que llegó a ser el imperio más extenso y la mayor potencia de los helenísticos (imperio heredero del de Alejandro Magno)⁵⁴, que controló gran parte del posterior Imperio Romano, aunque no serían pocas las contrariedades surgidas para mantenerlo. Esta etapa helenística estuvo marcada por la violencia; ésta se entiende como un elemento religioso más, que obliga al restablecimiento de la justicia. El haber violado la justicia es lo que les motiva a acudir a la guerra, en la que lucha el mismo Yahvé por ella, lo que hace de una guerra que sea santa y justa. El periodo helenístico estuvo marcado por este tipo de guerras que se creían justas, a las que hay que considerar como dice Trebollé Barrera más como guerras de liberación que defensivas⁵⁵.

⁵⁴ Alejandro Magno fue el creador del helenismo, de cuyo imperio surgieron cuatro reinos: el de Macedonia (dinastía Antigónida), Siria y el Oriente (Seléucidas), el reino de Pergamo (Atálidas) y el de Egipto (Ptolomeos).

⁵⁵ TREBOLLÉ BARRERA, J., *Guerra Santa y Guerra justa loc. cit.*, p. 15.

El pueblo seléucida vivió la primera guerra santa, este es el único ejemplo del que existe constancia de como una religión oriental se resiste a la poderosa influencia griega, constituyendo uno de los momentos más cruciales de la historia⁵⁶. Esta situación es provocada por la sublevación macabea, con la que volvería a recuperar su independencia y los cultos ancestrales del judaísmo. En ella se enfrentaron los sectores más tradicionalistas con otros menos radicales. Se constata como en una primera etapa de la historia la guerra se encuentra marcada por el sentimiento religioso, aunque también eran abundantes los elementos paganos. Hay que tener en cuenta que los seléucidas se caracterizaban por su poca tolerancia hacia las creencias existentes en los territorios que se anexionaban, por ello fueron imponiendo la cultura helena⁵⁷. Así, Jerusalén, acabó impregnada de los valores griegos: individualismo, ansia de poder y ambición. Poco a poco la situación va empeorando, se producen graves crisis, conflictos, enfrentamientos incluso por cuestiones ideológicas, que terminarían desencadenando una de las guerras más largas y cruentas que la humanidad ha padecido, entre los años 167 y el 142 a.C. A lo largo del reinado de Seleuco IV (187-175 a. C.) comenzaron a surgir signos de desunión entre los pueblos, lo que daría lugar a la destrucción de Israel. Son tiempos en los que se vive una situación de gran dificultad, tanto política como ideológica; se extiende una corriente en contra de la helenización, de unas repercusiones inimaginables.

El monarca Antíoco IV llevó la helenización a su máximo extremo, aunque la persecución religiosa sólo se puede considerar como un fenómeno esporádico; no pretendía aniquilar al judaísmo, sólo algunas prácticas de él, el judaísmo sadoquita. La situación de Israel era sumamente compleja; los pueblos toman dos tipos de actitudes distintas, entre el año 170 y el 160 a. C., la de huir como los sadoquitas,

⁵⁶ FERNÁNDEZ UBIÑA, J., *Cristianos y militares. La iglesia antigua ante el ejército y la guerra*, Colección Eirene. Instituto de la Paz y los Conflictos, Granada: Universidad de Granada, 2006, p. 214.

⁵⁷ SPIELVOGEL, J., *World history. Western Civilisation*, tomo I, Boston: Thomson, 2009, pp. 96 y ss.

o la de recurrir a la fuerza, ya fuera para vivir en paz o la de provocar un cambio de dinastía que ostentara el poder, como defendieron los Macabeos, que luchaban por un estado judío independiente y distinto de otros helenísticos, luchaban por alcanzar el poder laico y religioso. Los Seléucidas querían unificar la ley en su imperio, así Antíoco IV “decretó la unidad nacional para todos los súbditos de su reino, obligando a cada uno a abandonar la legislación propia. Todas las naciones acataron la orden del rey”⁵⁸. Esto obviamente provocó graves enfrentamientos con los más tradicionalistas; así lo comprobamos en la rebelión de Matatías al exigirle que diera cumplimiento al edicto del rey: “Matatías respondió en alta voz: «Aunque todos los súbditos del rey le obedezcan apostatando de la religión de sus padres y aunque prefieran cumplir sus órdenes, yo, mis hijos y mis parientes viviremos según la Alianza de nuestro padres. ¡Dios me libre de abandonar la ley y nuestras costumbres! No obedeceremos las órdenes del rey, desviándonos de nuestra religión ni a derecha ni a izquierda». Nada más decirlo, un judío se adelantó a la vista de todos, dispuesto a sacrificar sobre el ara de Modín, como lo mandaba el rey. Al verlo, Matatías se indignó, tembló de cólera y, en un arrebato de ira santa, corrió a degollar a aquel hombre sobre el ara. Y, acto seguido, mató al funcionario real que obligaba a sacrificar y derribó el ara. Lleno de celo por la ley, hizo lo que Pinjás a Zimrí. Luego empezó a decir a voz en grito por la ciudad: «¡Todo el que sienta celo por la ley y quiera mantener la Alianza, que me siga»»⁵⁹. Con estas palabras de Matatías se desencadena la primera guerra santa que ve el mundo, teniendo que calificar a aquel como su primer guerrero.

Así, durante un año Matatías guio su defensa por la Ley, sucediéndole sus hijos, los Macabeos, que codician el ser reyes de Israel. Ellos defendían que solo si cumplían la Ley obtendrían la vida eterna, por lo que estaban dispuestos a guerrear para alcanzar la libertad religiosa. Esto provocó lo que empezó como una guerra civil pero se

⁵⁸ MACABEOS, *libro I*, 1, 41- 43.

⁵⁹ MACABEOS, *Libro I*, capítulo 2, 19- 27.

transformó en una de liberación nacional. Judas, el hijo de Matatías, lideró el enfrentamiento en contra de la helenización, que en el año 164 a. C. alcanzó un acuerdo, con la parte contraria, que le permitió entrar en Jerusalén, y de esta forma, desde dentro, luchar contra el helenismo. Así finalmente se permitió que los tradicionalistas tuvieran como guía la Toráh⁶⁰.

Estos hechos, en los que se enfrentan sectores aperturistas frente a otros tradicionales, no difieren de los que pueden acontecer en la actualidad, ya que las tres religiones monoteístas (salvo el Islam, aunque también acepta una revelación de Dios a los judíos y a Jesús como profeta) se basan en la Biblia, lo que hace que comprendamos que en ellas existan ramificaciones, unas que siguen las lecciones de Jesús (más pacifista) y otras que siguen el Antiguo Testamento de forma estricta.

Durante el siglo II, distintos autores como Justino, Ireneo de Lyon, Taciano o Minucio Félix establecieron un modelo de conducta de condena a la guerra, que se radicalizaría aún más durante el siglo siguiente, por obras de Lactancio, Cipriano de Cártago, Orígenes, Arnobio, San Hipólito o Tertuliano. Escritores que manifiestan opiniones encendidas en contra de la violencia, a modo de respuesta por los reproches que recibían, por parte de paganos como Celsio, al no defender a su Imperio⁶¹.

Durante solo tres siglos la guerra fue un hecho cuestionado, condenado y rechazado por todo un sector que defendía a ultranza la doctrina de Jesús. No encontrándose ni una sola causa que convirtiera en legítima una guerra, y se reprueba, incluso, el formar parte del ejército, tanto en tiempos de conflictos como de paz. Pero, a pesar de ello, debemos tener en cuenta que este breve periodo de tiempo de censura hacia la guerra solo fue entre cristianos, pues otras

⁶⁰ SACCHI, P., *Historia del Judaísmo en la época del Segundo Templo*, Madrid: Trotta, 2004, pp. 231 y ss.

⁶¹ BELLAMY, A. J., *Guerras justas loc. cit.*, p. 60.

civilizaciones como la judía no contaban con impedimento alguno para aceptarla.

Un siglo más tarde las persecuciones a los cristianos finalizan. Constantino, en el año 313, permite la libertad de culto gracias al edicto de Milán. Un año antes, 312, en el Concilio de Arles se permite que los cristianos puedan rechazar entrar en combate, aunque aceptando que éstos se alistaran a las filas de los ejércitos. La evolución que se va experimentando fue señalada por el consejero del emperador Constantino, que le asigna al Imperio Romano la misión de mantener la paz⁶².

En este mismo siglo IV se produciría un punto de inflexión; a partir del año 363 son nombrados emperadores cristianos, como lo fueron Arcadio u Honorio; esto supuso que la Iglesia modificara su opinión sobre la legitimidad de la guerra y del servicio militar. Así, finalizaba ese pacifismo radical, que habían disfrutado durante unos pocos siglos, como consecuencia de los peligros a los que se veía enfrentado el cristianismo: pueblos extranjeros, bárbaros, y el paganismo⁶³.

De este contexto surge la necesidad de compatibilizar el cristianismo, la doctrina de Jesús, con la defensa. Los máximos exponentes de estas nuevas circunstancias son dos doctores de la Iglesia: San Ambrosio de Milán (337-397) y su discípulo, San Agustín (354-430). Aunque los autores de esta época no se preocuparán por la guerra sino por la paz⁶⁴. San Ambrosio fue el precursor de la doctrina de la guerra justa y de la teoría que más tarde desarrollaría San Agustín.

⁶²RUSSELL, F., *The just war in the middle ages*, Cambridge: Cambridge University, 1979, p. 12

⁶³CABRERO PIQUERO, J., “El concepto de la guerra en el cristianismo primitivo desde los Evangelios a San Agustín”, in *Revista de Historia Militar*, 2009, pp. 79-112, *maxime* pp. 94-100.

⁶⁴LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P., *Sobre la guerra justa loc. cit.*, p. 62.

Acepta que los cristianos participen en las guerras defensivas.⁶⁵ A través de las batallas se cumplía una misión: se defendía tanto al imperio, como a la fe y el derecho. Para alcanzar tal conclusión tuvo en cuenta que el Antiguo Testamento llegaba a considerar como necesarias las agresiones tanto como un mecanismo de protección frente a las lesiones que algunos causan, como una exigencia moral para ciertos casos. Igualmente estimaba que Jesús ordenaba no matar ni siquiera como legítima defensa, pero ello no impedía el matar como un acto de amor, en defensa de otros: “quien no aparta el daño de un amigo si le es posible, es tan culpable como quien lo causa”⁶⁶.

Aunque no es objeto de estudio en este trabajo, tenemos que destacar la relevancia de un tiempo posterior. El Renacimiento y la Reforma protestante supusieron un gran estímulo para Europa, viéndose afectada por estos movimientos la tesis de la guerra justa, la cual volvería a la doctrina del Nuevo Testamento, aunque también se pretendió compaginar guerra y cristianismo una vez más. A pesar de este pacifismo son tiempos de nuevo marcados por la guerra: se enfrentaban España y Francia, luchas en el imperio otomano, Italia, contra los protestantes... Además debemos tener en cuenta una serie de circunstancias que se vivieron a lo largo del siglo XVI⁶⁷, que propiciaron una revolución absoluta en la forma de concebir la guerra y de actuar en ella. Son años en los que la organización gubernamental del Medioevo entra en decadencia, es el siglo en el que se explora el Nuevo Mundo⁶⁸, nace el Derecho internacional en la potencia que en aquel entonces no contaba con rival alguno, España, donde se

⁶⁵ CABRERO PIQUERO, J., *El concepto de la guerra en el cristianismo loc. cit.*, p. 109

⁶⁶ BELLAMY A. J. *Guerras justas loc. cit.*, p. 58

⁶⁷ BATAILLÓN Y OTROS, G., *Las teorías de la guerra justa en el siglo XVI y sus expresiones contemporáneas*, México: Centro de estudios mexicanos y Centroamericanos, 2008; RODRÍGUEZ GÓMEZ, E., "Guerra justa", in: *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, 6, 2014, pp. 224-237.

⁶⁸ DE LA VERA CRUZ, A., *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, México: UNAM, 2004.

desarrollaría la doctrina de la guerra justa. Ello probablemente provocado por plantearse en el territorio americano, que se encontraba sometido al poder español, la legitimidad de la guerra en aquellas tierras para establecer o mantener ese dominio de España. Derivándose de esa cuestión la legitimidad o no de las guerras. Ante tales problemáticas surgieron opiniones encontradas de diferentes tratadistas españoles. Por ejemplo, Sepúlveda se convirtió en un valedor de la guerra⁶⁹, Francisco de Vitoria desarrollaría la doctrina de la guerra justa⁷⁰, mientras que, por otro lado, de Las Casas mantendría una posición completamente contraria hacia la guerra⁷¹.

6. La guerra justa según la doctrina católica y el islam

El Catecismo, en vigor, establece las condiciones para que se emprenda una guerra justa. Ésta es aceptada, se legitima la guerra en defensa propia: “mientras exista el riesgo de guerra y falte una autoridad internacional competente y provista de la fuerza correspondiente, una vez agotados todos los medios de acuerdo pacífico, no se podrá negar a los gobiernos el derecho a la legítima defensa”⁷². Además se establecen unos requisitos para realizar esta guerra defensiva, basados en los de la tradicional guerra justa:

“Que el daño causado por el agresor a la nación o a la comunidad de las naciones sea duradero, grave y cierto. Que todos los demás medios para poner fin a la agresión hayan resultado impracticables o ineficaces. Que se reúnan las

⁶⁹ Vid. MARTÍNEZ CASTILLA: S., "Juan Gines de Sepúlveda y la guerra justa en la conquista de América", in: *Pensamiento y cultura*, 9, 2006, pp. 111-136.

⁷⁰ MALDONADO SIMÁN, B., "La guerra justa de Francisco de Vitoria", in: *Anuario mexicano de derecho internacional* 6, 2006, pp. 679-701.

⁷¹ ABELLÁN GARCÍA- GONZÁLEZ, J.L., *Historia Crítica del pensamiento español*. Tomo II, Madrid: Espasa-Calpe, Madrid, 1979, p. 447.

⁷² Catecismo católico, 2308.

condiciones serias de éxito. Que el empleo de las armas no entrañe males y desórdenes más graves que el mal que se pretende eliminar. El poder de los medios modernos de destrucción obliga a una prudencia extrema en la apreciación de esta condición”⁷³.

Respecto a este tema hay que mencionar a Pio XII, que se caracterizó por su profunda preocupación por la paz y la guerra. Son innumerables las referencias que realizó sobre este tema, entre ellas podemos mencionar unas palabras en las que repudia la guerra de agresión y defiende la creación de una organización supranacional que vele por la paz:

“(…) se ha puesto cada vez más en evidencia la inmoralidad de la guerra de agresión. Y ahora se añade al reconocimiento de esta inmoralidad la amenaza de una intervención jurídica de las naciones y de un castigo que la sociedad de los Estados imponga al agresor, de manera que la guerra se sienta siempre bajo la condena de la proscripción y siempre vigilada por una acción preventiva”⁷⁴.

Pio XII no aceptaba ningún tipo de guerra ofensiva, sólo era lícita la legítima defensa. Por primera vez se limita hasta tal extremo el recurso a la guerra.

El Pontífice Juan XXIII va aún más lejos que su predecesor, rechaza todo tipo de contienda, incluso parece condenar la que se ejerce como defensa:

⁷³ *Ibid.*, 2309.

⁷⁴ PIO XII, Radiomensaje “Benignitas et Humanitas” en la víspera de Navidad, 24 de diciembre de 1944.

“Se ha ido generalizando cada vez más en nuestros tiempos la profunda convicción de que las diferencias que eventualmente surjan entre los pueblos deben resolverse no con las armas, sino por medio de negociaciones y convenios. Esta convicción, hay que confesarlo, nace en la mayor parte de los casos, de la terrible potencia destructora que los actuales armamentos poseen y del temor a las horribles calamidades y ruinas que tales armamentos acarrearían. Por esto, en nuestra época, que se jacta de poseer la energía atómica, resulta un absurdo sostener que la guerra es un medio apto para resarcir el derecho violado”⁷⁵.

Tras haber analizado el pensamiento católico en épocas pasadas es pertinente comprobar cuál es la postura de la Iglesia Católica en la actualidad, para ello tenemos que acudir a la Encíclica *Gaudium et spes* de 1965, que promulgó Pablo VI en el Concilio Vaticano II. En ella existe una rotunda condena a la guerra:

“El horror y la maldad de la guerra se acrecientan inmensamente con el incremento de las armas científicas. Con tales armas, las operaciones bélicas pueden producir destrucciones enormes e indiscriminadas, las cuales, por tanto, sobrepasan excesivamente los límites de la legítima defensa. (...) Toda acción bélica que tienda indiscriminadamente a la destrucción de ciudades enteras o de extensas regiones junto con sus habitantes, es un crimen contra Dios y la humanidad que hay que condenar con firmeza y sin vacilaciones”⁷⁶.

⁷⁵ Carta Encíclica de Juan XXIII, *Pacem in Terris*. Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad, 11 de abril de 1963, 126 y 127.

⁷⁶ Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*. La Iglesia en el mundo actual, 7 de diciembre de 1965, 80.

Es tal el rechazo hacia la guerra que, incluso, para guerrear en defensa propia es preciso haber agotado todos los recursos de solución pacífica de las controversias, para que así se puedan catalogar como justas⁷⁷.

En cuanto a cuál es la postura de la Iglesia en el siglo XXI, podemos acudir a las palabras del Cardenal Ratzinger, solo por el hecho de tomar el nombre de un Papa pacifista nos aproxima a cuál era su pensamiento⁷⁸. En referencia a Benedicto XVI antes de ser nombrado Sumo Pontífice, en 2004, se refirió a la guerra justa, lo hace a propósito de la Segunda Guerra Mundial, pues él mismo la vivió y padeció. Afirma que la responsabilidad que manifestaron las tropas Aliadas es el paradigma de un *bellum justum*, “porque su intervención tenía como finalidad el bien, incluso el de aquellos contra cuyo país se dirigía la guerra”. De este conflicto pone de manifiesto, según sus palabras, la insostenibilidad de un pacifismo radical. Además, sostiene que existe una simbiosis entre la paz y el derecho, y la paz y la justicia. Si el derecho y la justicia se corrompen, la paz se pondrá en peligro. En ocasiones luchar por el derecho conlleva recurrir a la fuerza, pero siempre de modo proporcionado. Esto le hace renegar del pacifismo radical, pues ello solo desemboca en la mayor de las injusticias y la violencia. Pero, por otra parte, la fuerza del derecho también puede llevar a la injusticia, y es que este tiene que basarse en pautas de conductas reconocibles, por todos, como justas⁷⁹.

⁷⁷ *Ibid.* 79.

⁷⁸ Benedicto XV, conocido como el Papa de la Paz, destacó por su labor de sostener la neutralidad de la Iglesia durante la I Guerra Mundial, que esta llegara a su fin, mediar para alcanzar la paz, así como auxiliar y prestar ayuda humanitaria a las víctimas de la contienda, a los exiliados y a los prisioneros. *Vid.* FAZIO, M., *De Benedicto XV a Benedicto XVI*, Madrid: Rialp, 2009, pp. 30 y ss.

⁷⁹ ALLAM, M., *Vencer el miedo*, Madrid: Encuentro, 2005, pp. 187 y 188.

La Encíclica social del Papa Francisco, *Fratelli Tutti*⁸⁰, nos ofrece las indicaciones para alcanzar un mundo pacífico, inspiradas en las enseñanzas de San Francisco de Asís. Sobre la guerra asevera que puede llegar a presentarse como solución en circunstancias especialmente dramáticas, sin advertir que no hacen más que agregar nuevos factores de destrucción. Reconoce el Sumo Pontífice en el texto que con frecuencia se ha optado por la guerra utilizando como argumentos razones humanitarias, defensivas o preventivas. Alude, asimismo, a como el catecismo de la Iglesia católica se refiere a la legítima defensa mediante la fuerza militar. Pero admite que usualmente se ha caído en una interpretación excesivamente amplia de ese posible derecho. A lo que hay que sumar el desarrollo de las armas nucleares, químicas, biológicas y nuevas tecnologías, que le hacen concluir que a la guerra se le ha dado un poder destructivo fuera de control, por tanto:

“ya no podemos pensar en la guerra como solución, debido a que los riesgos probablemente siempre serán superiores a la hipotética utilidad que se le atribuya. Ante esta realidad, hoy es muy difícil sostener los criterios racionales madurados en otros siglos para hablar de una posible “guerra justa”. ¡Nunca más la guerra!”⁸¹.

Es decir, se proclama un pacifismo radical y se condena la doctrina de la guerra justa. La doctrina más actual de la Iglesia católica rechaza cualquier motivo que pueda justificar la guerra.

Tras conocer la opinión de la Iglesia Católica en la actualidad, debemos abordar la de los musulmanes. Por lo que nos referiremos a la *yihad*.

⁸⁰ Carta encíclica “Fratelli Tutti” del Santo Padre Francisco sobre la fraternidad y la amistad social, de 4 de octubre de 2020.

⁸¹ Carta encíclica “Fratelli Tutti” del Santo Padre Francisco sobre la fraternidad y la amistad social, de 4 de octubre de 2020, 258.

Los ulemas oficialistas contemporáneos, como el rector Mahmud Shaltut (1958- 1963) sostienen que ellos cuentan con lo que para nosotros sería una guerra justa, la auténtica yihad defensiva, tiene como causas: poner fin a una agresión y preservar la misión del islam. Son numerosísimos los ejemplos de yihad defensiva que se han vivido a lo largo de la historia, las más importantes se sucedieron en el preludeo del colonialismo (1785-1900) en el África Occidental. Los adalides del islam proclamaron la yihad contra los rusos (1830-1859); en Sudán contra ingleses y egipcios (1841-1956); italianos en Libia (1911-1951), o en Somalia (1899-1920) y Argelia contra británicos, etíopes y franceses.

Una cuestión relevante es la relativa a la autoridad con potestad para declarar la yihad, esta es una grave problemática pues puede suponer que a cualquier persona se le reconozca la capacidad de hacer la yihad en nombre del islam. La persona llamada a realizarla es determinada por la *fiqh*, la jurisprudencia. Pero la doctrina no es uniforme, hay teóricos que establecen que es al gobernante a quien le corresponde el emprenderla, pudiendo constituir un deber para todo el orbe musulmán el tener que participar en ella, rechazando que se trate de una responsabilidad individual, pudiendo eximirse solo a mujeres, discapacitados, menores de edad y enfermos. Sin embargo, existen opiniones discrepantes que sostienen la capacidad individual de cada fiel para poder hacer la yihad.

Los estudiosos liberales condenan la yihad actual. Para ello realizan distintas argumentaciones, por una parte alegan la afirmación del Corán: “No cabe coacción en religión” (2:256), defienden un modo pacífico para islamizar, pero en caso de que esto no fuera posible, se recurriría a un procedimiento político. La yihad defensiva hoy en día es la única causa justa desde un punto de vista jurídico, incluso ha sido admitida por la mayor parte de los países islámicos. Muhámed Yawad al. Mugniya (1904-1979), uno de los jefes chiís del Líbano, diferencia entre la yihad ofensiva y defensiva. La primera es llamada por el imán; ésta queda en estado latente hasta que este surja al final de los tiempos

o en caso contrario nombre a un representante *ad hoc*, pues el imán permanece velado. La defensiva de la auténtica fe es provocada por esa posición de ocultamiento que tiene el imán; puede ser emprendida por un muchtahidín. Esta jugó un papel esencial en 1979, cooperó para la victoria de la Revolución Islámica Iraní.

Desde la segunda mitad del siglo XX, la yihad se ha visto transformada con la aparición del yihadismo, que la concibe como un procedimiento de lucha contra la falta de fe, por lo que convierte a la yihad en una obligación. Algunos sostienen que se percibe cierta tendencia a suprimir el sentido religioso de la yihad, la han hecho paladines como Yaser Arafat en 1978 en pro de la liberación de Palestina y Jerusalén (mandatario no religioso), y también defiende que acudan a ella no musulmanes, por ejemplo el cabecilla de Al-Ázhar sostuvo que a la yihad contra Israel lucharan tanto coptos como los musulmanes de Egipto. Existen también supuestos en los que se combinan para llamar a la yihad sentimientos religiosos y nacionalistas, como el del Movimiento de la Yihad Islámica de Palestina, que llama a la yihad a todos los musulmanes y tiene en el centro de su diana a Israel y Estados Unidos, contra los que hay que combatir, para conquistar Israel.

Como ya hemos apuntado, esto nos lleva hasta el yihadismo, el experto Gómez García diferencia tres clases: el revolucionario de los años 70, el internacionalista que surge en 1985, y el global que ve su aparición en 2001.

“El Imán de la yihad”, Abdallah Azzam, profesor de Osama Bin Laden, que formó parte de los Hermanos Musulmanes de Jordania hasta 1980 (cuando defendieron el envío solo de ayuda humanitaria y financiación a Afganistán y no de guerreros), sostiene que la yihad es un deber individual. Disponiendo que todos los musulmanes tienen una deuda mientras no recuperen todos los territorios que fueron musulmanes, como Al-Ándalus, Jerusalén o Samarcanda, deuda que pueden comenzar a saldar en Afganistán. Así lo expresan sus palabras:

“Este deber no concluirá con la victoria en Afganistán; la yihad seguirá siendo una obligación individual hasta que todos los territorios que fueron musulmanes nos sean devueltos para que el Islam impere de nuevo: ahí están Palestina, Bujará, Somalia, Líbano, Chad, Eritrea, Somalia, Filipinas, Birmania, el sur de Yemen, Tashkent y Andalucía”⁸².

Se comprueba como para el integrismo musulmán una causa justa para hacer la guerra es la recuperación de los territorios que en el pasado se encontraban bajo influencia del islam. Además llamó a la yihad internacionalmente, que contaba con requisitos procedimentales para declararla, establecía la obligación de advertir al adversario, lo cual nos explica la proliferación de webs islamistas desde 1995, y la presencia en los medios de comunicación desde 2001. Yihadismo que se reavivó con la lucha entre Irán y Estados Unidos en los 80, y la desaparición de la URSS.

Azzam fue asesinado cuando iba a producirse un enfrentamiento entre dos doctrinas, la suya que sostenía que no se debería extender la yihad hasta que no se instituyera en Afganistán el Estado islámico, contra la de Bin Laden que insistía en llamar a la yihad en todo el Oriente Próximo, para luchar contra las potencias extranjeras, defender a aquellos territorios ya en teoría islámicos pues se encontraban “infectados” por esas potencias. Así desde el yihadismo internacional aparece el global, que se sintió alentado por el asentamiento de tropas estadounidenses en Arabia Saudí (el propio Bin Laden puso a disposición de los gobernantes saudíes una legión árabe para proteger sus fronteras, y evitar que esa labor la realizaran los estadounidenses, tal y como ocurrió) o la Guerra del Golfo. De tal modo, en 1998 diferentes valedores islamistas como Bin Laden o al-Zawáhiri proclamaron el nacimiento del Frente Islámico Mundial para combatir

⁸²RUBIO GARRIDO, R., “La fascinación de al-Ándalus o el delirio de al-Qaeda”, El saber en Al-Ándalus, THOMAS DE ANTONIO, C., y GIMÉNES REÍLLO, A., (Eds.), Sevilla: Universidad de Sevilla, 2006, p. 234.

a los Judíos y los Cruzados; se fusionó con el grupo Al- Qaeda en 2001, denominándose Base de la Yihad.

Bin Laden, en 1996, trazó la contienda frente a los cruzados del siguiente modo: “Es evidente que debe adoptarse un modo de combatir adecuado al desequilibrio de poder entre nuestras fuerzas armadas y las del enemigo (...) En una palabra, iniciar una guerra de guerrillas, donde tomen parte los hijos de la nación, y no las fuerzas militares”.

El jefe operativo de los atentados del 11 de septiembre de 2001, Al- Zawahiri⁸³, publicó “Caballeros bajo el estandarte del Profeta”, una especie de testamento político, en el que señala cómo tienen que ser las guerras en el futuro, Boix Alonso la sistematiza así: “realizar acciones que causen un número muy elevado de víctimas porque es el lenguaje que entiende Occidente; potenciar las operaciones de martirio; y elegir los objetivos y las armas con el fin de dañar lo más posible la estructura del enemigo y de disuadirle de la política que mantiene actualmente”⁸⁴. A Al- Zawahiri, considerado como cerebro de Al-Qaeda, se le ha atribuido un gran poder de persuasión, sus teorías las acompañaba de todo tipo de fuentes, para ratificar y otorgarles legitimidad. Sus palabras iban rodeadas de citas del Corán, establecía paralelismos entre hechos de la historia musulmana con los presentes. Así por ejemplo, relacionaba la aceptación de resoluciones sobre Palestina de Naciones Unidas por parte de algunos gobiernos árabes (lo que se puede considerar como irreligiosidad) con las Guerras de Ridda que se vivieron en 633 y luchaban contra la apostasía tras el fallecimiento de Mahoma, la actitud de Pakistán después del 11 de septiembre de 2001, con la ausencia de creencias islámicas del pueblo de Mongolia, y Al-

⁸³ El día 31 de julio de 2022, en Kabul mientras al-Zawahiri estaba se encontraba en un balcón de su casa, un avión no tripulado dirigido por la CIA disparó dos misiles contra al-Zawahiri matándolo.

⁸⁴ BOIX ALONSO, L., “Al Qaeda: la nueva amenaza en la agenda de la seguridad nacional”, in: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, número 48, Valencia: Universidad Católica San Vicente Mártir, pp. 7-18, *maxime* p. 8.

Ándalus, desde tiempos de la reconquista, se ha elevado a la categoría de mito, por el deseo que sienten por recuperarlo.

Los atentados de septiembre de 2001, de Nairobi o Dar es Salam de 1998, responden a esa concepción del yihadismo global que vivimos en la actualidad. Ese es el modo que consideran legítimo para luchar contra “los infieles con los que se han aliado los apóstatas”⁸⁵. El 2 de mayo de 2011, diez años después de los atentados del 11 de septiembre, fue apresado y ejecutado “extrajudicialmente” el líder Bin Laden. La documentación encontrada en su escondite de Abbottabad muestran a una Al- Qaeda, gestionada por el libio Atiyah Abd al Rahman, que aunque mermada en recursos nunca ha dejado de existir y que se relacionaba con otras organizaciones yihadistas, presentándose una yihad global como un fenómeno organizado, con una estructura jerarquizada y con planteamientos estratégicos⁸⁶. A lo que hay que sumar a esta organización estructurada en grupos reducidos, células e incluso individuos que de modo autónomo y solitario practican esa yihad, pues cuentan con sus mismos propósitos, y comparten ideología basada en el salafismo⁸⁷. Todo esto nos muestra la gran preocupación que sienten aquellos que la defienden por legitimar la yihad global. Este es un fenómeno que desborda todos los límites; grupos de personas son preparadas en campamentos para realizar la yihad; ello nos explica los sucesivos atentados que se han perpetrado en Europa, que se encuadran dentro de esa yihad global. En los últimos años se percibe una mayor organización, en 2004 se anunció la fusión entre la organización de Bin Laden con los islamistas de Irak, lo que se conoció como Base de la Yihad en Mesopotamia.

⁸⁵ GÓMEZ GARCÍA, L., *Diccionario de islam e islamismo loc. cit.*, p. 367.

⁸⁶ REINARES, F., “¿Quién dijo que yihad sin líder? Lo que Abbottabad revela en torno a la situación y el funcionamiento de Al Qaeda”, in *ARI* 129/2011 - 07/09/2011.

⁸⁷ REINARES, F., “Reversión de la amenaza yihadista”, in *Nueva Revista*, número 143, junio 2013, pp. 70-78.

De este modo comprobamos cómo dentro del islamismo existe una honda preocupación por legitimar, que sean calificadas como lícitas sus actuaciones, pues bajo su punto de vista, actúan movidos por una justa causa, están emprendiendo una guerra justa. Pero desde nuestra perspectiva ¿podríamos nosotros realizar tal aseveración? Si nos detenemos en la organización Al-Qaeda, tiene dos objetivos determinados por su intransigencia: desean derribar aquellos soberanos islámicos que no cuentan con la misma creencia fundamentalista de la fe que ellos o apoyan a Occidente, teniendo que ser sustituidos por un Califato Islámico. Y segundo, la pretensión de poner fin a la sumisión que alegan padecer los musulmanes por parte de Norteamérica⁸⁸. El instituir tal Califato, no es una pretensión que comparta con una mayoría de la población, solo es la aspiración de un grupo radical, por lo que no se podría afirmar que existe una recta intención, no es algo a favor del bienestar y beneficio de la población. Ni se podría calificar como justa causa el obligar a profesar la fe de ese modo. Ellos alegan para atacar a Estados Unidos sus actuaciones en Irak o Palestina, pero aún en el supuesto de que ello fuera motivo suficiente, no se da ninguno de los requisitos para que sea una guerra justa: no hay recta intención, como hemos visto, tampoco se puede considerar a Al-Qaeda con autoridad legítima para emprenderla, ni existe la proporcionalidad en sus fines.

Pero hoy día no todos los pensadores defienden esa teoría integristas y fundamentalistas, hay quienes no atienden tanto al sentido bélico del concepto, sino que prestan su atención al “sentido moral y espiritual”⁸⁹. A pesar de que las dos corrientes cuentan con la misma referencia, el Corán, el concepto de la yihad se encuentra determinado por la evolución histórica. Son divergentes las opiniones relativas a la yihad hoy día, la problemática no tiene visos de resolverse, pues es extremadamente difícil la de compaginar la tradición y los tiempos actuales. De esto percibimos que la teoría de la guerra justa, tiene aún

⁸⁸ BELLAMY, A. J. *Guerras justas loc. cit.*, pp. 226 y 227.

⁸⁹ LÓPEZ PITA, P., “La guerra en el Corán y en la tradición musulmana *loc. cit.*”, p. 172.

vigencia y entre todos los pueblos y las religiones, siempre se trata y se ha tratado de restringir la guerra, pero en ocasiones como es el caso de la yihad no son aceptables los criterios y argumentos establecidos por los que se quiere calificar como justa una lucha que en realidad no lo es.

7. La guerra justa en el siglo XXI

A pesar de todos estos siglos de debates, teorías y guerras, en el siglo XXI aún nos seguimos cuestionando ¿cuándo podemos hacer la guerra?, ¿tenemos que seguir aceptando este procedimiento milenarista de resolución de controversias? Para responder a estas preguntas nos podemos acercar hasta la “Doctrina Obama”, del actual Presidente de los Estados Unidos, considerado por el investigador Tovar Ruiz como “el presidente norteamericano más realista de los últimos 16 años, (...) que ha dejado atrás el idealismo filosófico de la postguerra Fría”⁹⁰. La política de Barack Obama se comienza a intuir en el discurso que pronunció en 2009 en la base de los Marines de Camp Lejeune de Carolina del Norte, en el que hizo referencia a la retirada de las tropas de modo progresivo en Irak y el traspaso del gobierno a los iraquíes, o en un artículo del 2010 en la revista *Foreign Affairs* del Secretario de Defensa Roberts Gates en donde afirmaba que el empleo de la fuerza es siempre el último recurso, teniendo que ser su ejercicio multilateral. Pero ello no impide que en defensa de los intereses de Estados Unidos puedan recurrir a ella de modo unilateral.

La “Doctrina de Obama”, donde realmente se vio reflejada fue en el discurso que pronunció en diciembre de 2009, cuando el Presidente estadounidense recibió el premio Nobel de la Paz. Pero este discurso lo tenemos que relacionar con el que pronunció meses antes, el 4 de junio de 2009, en el cual diferenció dos tipos de contiendas

⁹⁰TOVAR RUIZ, J., “El enigma de la doctrina Obama: un año de política exterior norteamericana”, DT 2/2010- 25/01/ 2010.

diferentes: el conflicto necesario, como el de Afganistán o Pakistán, pues al situarse en ese lugar extremistas violentos se hace necesario. Y guerras de elección, ejemplificada con la de Irak, la cual condenó, pues considera que los conflictos se deben resolver, cuando sea posible, por medios pacíficos.

Cuando recibió el Premio Nobel, el Presidente hizo referencia a la teoría de la guerra justa, la cual se incluye entre las necesarias, en esa necesidad se justifica. De sus palabras se deduce la importancia de conocer los orígenes de esta tesis, pues ellas nos transportan hasta las que ya Santo Tomás plasmara en su *Summa*. Barack Obama expresó la necesidad de concebir la guerra como un modo de intervención humanitaria. Ésta tiene que ser declarada por la autoridad competente y contar con el apoyo de la ciudadanía y la opinión pública. Y además es preciso que exista una causa justa, principalmente humanitaria, mantener la paz y siempre empleando la fuerza de un modo proporcionado.

Obama acepta la guerra como un medio de solución de controversias, pues en ocasiones a través de procedimientos pacíficos no es suficiente, por lo que se presenta como un fenómeno necesario: “Que no quede la menor duda: la maldad sí existe en el mundo. Un movimiento no violento no podría haber detenido los ejércitos de Hitler. La negociación no puede convencer a los líderes de Al Qaida a deponer las armas. Decir que la fuerza es a veces necesaria no es un llamado al cinismo; es reconocer la historia, las imperfecciones del hombre y los límites de la razón”⁹¹. Ejemplo paradigmático de esta Doctrina del *Detente* (personificada con la doctrina de Obama) y de una guerra justa del siglo XXI es el caso de Libia, a través de la Operación *Odyssey Dawn*⁹², que cumplió con todos los requisitos necesarios contra las

⁹¹ OBAMA, B., Discurso pronunciado en la ceremonia de entrega del Nobel de la paz, 2009.

⁹² GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., La “Doctrina Obama”, la teoría de la “guerra limitada” y la nueva política exterior de EEUU: ¿Hacia una política neo-nixoniana?, in: *UNISCI Discussion Papers*, número 28, enero 2012.

fuerzas de Gadafi: contó con el aval de la ONU, intervención de una fuerza multinacional, realizó unos ataques selectivos a objetivos militares y protegiendo a civiles.

En principio esta doctrina no sería reprochable moralmente, pues solo concibe la guerra como una intervención humanitaria cuando sea el último recurso y siempre tendrá que contar con la legalidad internacional, pero se podrían plantear ciertas cuestiones a su alrededor. Esta teoría nos recuerda a algunas afirmaciones que se realizaron con motivo de la guerra de Irak. El ministro de defensa francés Mme. Alliot-Marie no aceptó que su nación participara en tal contienda, manifestó que: “un ataque unilateral que no sea por consenso de la legalidad internacional, es pernicioso, porque amenaza crear un sentimiento de injusticia”. De estas afirmaciones, se puede deducir que tanto este ministro como el Presidente Obama consideran que la justicia nace de la aprobación de la ONU.

Pero este tipo de consideraciones son controvertidas, el dejar residir la justicia en el acuerdo de un órgano político, como es el Consejo de Seguridad, puede llegar a ser algo peligroso, aunque también es cierto que es el único mecanismo con el que contamos. De hecho el escritor, ensayista y polemólogo español Rafael Sánchez Ferlosio no comparte estas determinaciones; afirma: “Dejando al margen la cuestión de facto de la dudosa o hasta extremadamente sospechosa libertad de cada uno de los 15 miembros, es decir, concediendo ficción de *iure* de una total equipotencia de esas 15 libertades, el que la legitimación de la guerra emane por consenso de los 15 miembros en un organismo que es, incuestionablemente, de *derecho positivo* produjese efectivamente un sentimiento de justicia supondría nada menos que coronar virtualmente tal legitimación con la sacralidad de un veredicto de derecho natural”⁹³. Para rechazar ese poder legitimador del Consejo de Seguridad alega hasta una norma

⁹³ SÁNCHEZ FERLOSIO, R., “Teodicea del universalismo”, ABC, 5 mayo 2003.

jurídica del judaísmo post-exílico que dice que el reo que resultara condenado por unanimidad de los jurados debía ser inmediatamente absuelto y puesto en libertad; es Yavhé quien cuenta con una voz única, lo demás era un atrevimiento. Y esto es lo que ocurriría en la actualidad, tales consensos equivaldrían a otorgar un poder omnipotente al consejo de Seguridad.

Sánchez Ferlosio considera temerario el universalismo en el derecho, esto provocaría la inutilidad de la ONU, como expresan sus palabras: “la ONU mostraría no ser más que una miserable oficina dedicada al suministro de coartadas, (...) para la protección de la buena conciencia de los hombres y los pueblos”⁹⁴.

El establecer como justa causa una razón humanitaria, como hizo Obama no se podría considerar reprochable. El problema se encuentra en que a veces esta se utiliza como un pretexto, es la excusa que se expone para hacer la guerra y justificar el horror. Dicha cuestión tan controvertida se comprobó hace poco tiempo, cuando se planteó la posible intervención en Siria por el empleo de armas químicas, y el presidente norteamericano manifestó su voluntad de atacar incluso sin el apoyo de la comunidad internacional, en contra de su propia doctrina.

El planteamiento teórico de Obama no es reprochable, pero la realidad es confusa. Nos hallamos en un mundo complejo, poliédrico, movido frecuentemente por grandes intereses y donde las guerras justas tienen difícil cabida. Los analistas y expertos no dilucidan la realidad, ofrecen opiniones diversas, mientras que unos aceptan la versión “oficial”, otros exponen las causas que califican de reales. Nos preguntamos si realmente se hace la guerra como una intervención humanitaria o esta es una mera excusa, por ello se nos suscitan cuestiones diversas ¿la guerra de Irak del 2003 tenía como propósito expandir valores democráticos?, ¿la de Libia en 2011, poner fin a la violación de los derechos humanos y la inseguridad? Estas causas

⁹⁴ *Ibid.*

podrían desencadenar una guerra justa, pero opiniones disidentes mantienen que esto son meros pretextos pues las verdaderas causas son muy distintas, basadas en el mundo económico o político.

Todo ello nos hace deducir la complejidad del asunto por la inmensidad de factores que se ven afectados en los conflictos.

8. Bibliografía

–ABBAGNANO, N. Diccionario de Filosofía, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2004.

–ALLAM, M., Vencer el miedo, Madrid: Encuentro, 2005.

–ANDREU PINTADO, J., “El concepto de guerra justa y la justificación de los conflictos bélicos en el mundo clásico”, in Revista de Historia Militar, 2009, pp. 39-78.

–ARISTÓTELES, Política, Madrid: Istmo, Edición de López Barja de Quiroga, P., y García Fernández, E., 2005.

–BAQUÉS QUESADA, J., Los supuestos básicos de la teoría de la Guerra Justa, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2006.

–BATAILLÓN Y OTROS, G., Las teorías de la guerra justa en el siglo XVI y sus expresiones contemporáneas, México: Centro de estudios mexicanos y Centroamericanos, 2008.

–BELLAMY, A. J. Guerras justas. De Cicerón a Irak, México: Tezontle, 2009.

–BIBLIA

–BOBBIO, N. El problema de la guerra y las vías de la paz (1979), Barcelona: Gedisa, 1982.

–BOIX ALONSO, L., “Al Qaeda: la nueva amenaza en la agenda de la seguridad nacional”, in: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, número 48, Valencia: Universidad Católica San Vicente Mártir, pp. 7-18, *maxime* p. 8.

–CABRERO PIQUERO, J., “El concepto de la guerra en el cristianismo primitivo desde los Evangelios a San Agustín”, in Revista de Historia Militar, 2009, pp. 79-112.

–CANTÓ-SPERBER, M., Diccionario de Ética y de Filosofía moral, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2001.

–Carta Encíclica “Fratelli Tutti” del Santo Padre Francisco sobre la fraternidad y la amistad social, de 4 de octubre de 2020.

–Carta Encíclica de Juan XXIII, Pacem in Terris. Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad, 11 de abril de 1963.

–CASTAÑEDA, F., "Sobre la posibilidad de la guerra justa entre fieles y paganos en Tomas de Aquino", IN: Revista de estudios sociales, 14, 2003, pp. 26-37.

–Catecismo católico.

–CICERÓN, M.T. La República, Madrid: Akal, Edición de Núñez González, J. M., 1989.

–CICERÓN, M.T., Los Oficios, Madrid: Espasa Calpe, 2001.

–CICERÓN, M.T., Sobre los deberes, Madrid: Alianza Editorial, Edición de José Guillén, 2006.

–Constitución Pastoral Gaudium et Spes. La Iglesia en el mundo actual, 7 de diciembre de 1965.

- COPLESTON F., Aristóteles. Vida, obra y pensamientos, Barcelona: Planeta DeAgostini, 2007.
- COPLESTON, F., Historia de la Filosofía, vol. 1: De la Grecia antigua al mundo cristiano, Barcelona: Círculo de Lectores, 2012.
- DE LA VERA CRUZ, A., Sobre el dominio de los indios y la guerra justa, México: UNAM, 2004.
- DEMÓCRITO, Los filósofos presocráticos III, Madrid: Gredos, 1997.
- DRIVER, J. Militantes para un mundo nuevo, Barcelona: Evangélicas Europeas, 1977.
- FAZIO, M., De Benedicto XV a Benedicto XVI, Madrid: Rialp, 2009.
- FERNÁNDEZ UBIÑA, J., Cristianos y militares. La iglesia antigua ante el ejército y la guerra, Colección Eirene. Instituto de la Paz y los Conflictos, Granada: Universidad de Granada, 2006.
- FERRÁN PUERTA, A.L., "El concepto de guerra justa a través de los tiempos", in: *Novum jus*, 15, 2021, pp. 91-115.
- GARCÍA BORRÓN, "Los Estoicos", Historia de la ética, CAMPS V. (Ed.), Barcelona: Crítica, 1987.
- GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., La "Doctrina Obama", la teoría de la "guerra limitada" y la nueva política exterior de EEUU: ¿Hacia una política neo- nixoniana?, in: UNISCI Discussion Papers, número 28, enero 2012.
- GÓMEZ ESPELOSÍN, F.J., Historia de Grecia Antigua, Madrid: Akal textos, 2001.
- GÓMEZ GARCÍA, L., Diccionario de islam e islamismo *loc. cit.*, p. 367.

–HALICARNASO, D. Antigüedades romanas, Madrid: Gredos, 2002.

–JARAMILLO MARÍN, J., "Las teorías de la guerra justa. Implicaciones y limitaciones", in: Revista Guillermo de Ockham, vol. 3, núm. 2, 2005, pp. 9-29.

–KAKARIEKA, J., "Los orígenes de la doctrina de la guerra justa. Cicerón y la tradición romana", in: Cuadernos de historia, 1, 1981, pp. 267-290.

–LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Imperio legítimo, Madrid: Antonio Machado Libros, 2007.

–LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P., "Sobre la guerra justa", in: Semata. Ciencias jurídicas, Universidad Santiago de Compostela, 2011, pp. 61-75.

–MALDONADO SIMÁN, B., "La guerra justa de Francisco de Vitoria", in: Anuario mexicano de derecho internacional 6, 2006, pp. 679-701.

–MAQUIAVELO, N. El príncipe, traducción de Alberto Lista, Madrid: Edaf, 2009.

–MARTÍNEZ CASTILLA: S., "Juan Gines de Sepúlveda y la guerra justa en la conquista de América", in: Pensamiento y cultura, 9, 2006, pp. 111-136.

–MOSTERÍN, J. China. Historia del pensamiento, Madrid: Alianza Editorial, 2007.

–OBAMA, B., Discurso pronunciado en la ceremonia de entrega del Nobel de la paz, 2009.

–OLKO, J., "Los mensajeros reales y las negociaciones de paz: El concepto de la guerra justa entre los aztecas", in: Revista española de antropología americana, número 34, 2004.

–PIO XII, Radiomensaje “Benignitas et Humanitas” en la víspera de Navidad, 24 de diciembre de 1944.

–PLATÓN, *La República*, Madrid: Akal, Edición de Mariño Sánchez- Elvira, R., Mas Torres, S. y García Romero F., 2008.

–PLATÓN, *Leyes*, Barcelona: Akal, Edición de Ramos Bolaños, J. M., 2008.

–POLIBIO, *Historias*, Madrid: Akal, Edición de Rodríguez Alonso, C., 1986.

–REALE, G., y ANTÍSERI, D., *Storia della filosofia I. Filosofia antico-pagana*, Brescia: La Scuola, 1995.

–REINARES, F., “¿Quién dijo que yihad sin líder? Lo que Abbottabad revela en torno a la situación y el funcionamiento de Al Qaeda”, in *ARI* 129/2011 - 07/09/2011.

–REINARES, F., “Reversión de la amenaza yihadista”, in *Nueva Revista*, número 143, junio 2013, pp. 70-78.

–RODRÍGUEZ GÓMEZ, E., "Guerra justa", in: *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, 6, 2014, pp. 224-237.

–RUBIO GARRIDO, R., “La fascinación de al- Ándalus o el delirio de Al-Qaeda”, *El saber en Al- Ándalus*, THOMAS DE ANTONIO, C., y GIMÉNES REÍLLO, A., (Eds.), Sevilla: Universidad de Sevilla, 2006, p. 234.

–RUIZ MIGUEL, A., “Doctrinas de la guerra y de la paz”, in: *Anuario de filosofía del derecho*, número 19, 2002, pp. 139-152.

–RUSSELL, F., *The just war in the middle ages*, Cambridge: Cambridge University, 1979.

–SACCHI, P., *Historia del Judaísmo en la época del Segundo Templo*, Madrid: Trotta, 2004.

–SÁNCHEZ FERLOSIO, R., “Teodicea del universalismo”, ABC, 5 mayo 2003.

–SEGURA ETXEZARRAGA, J. La guerra imposible. La ética cristiana entre “guerra justa” y la no violencia, Bilbao: Desclée de Brouwer, 1992.

–SÍCULO, D., Biblioteca histórica, Madrid: Alianza Editorial, Edición de Serrano Espinosa, M., 2004.

–SPIELVOGEL, J., World history. Western Civilisation, tomo I, Boston: Thomson, 2009.

–TOVAR RUIZ, J., “El enigma de la doctrina Obama: un año de política exterior norteamericana”, DT 2/2010- 25/01/2010.

–TREBOLLÉ BARRERA, J., “Guerra Santa y Guerra justa en la Biblia”, in Revista de Historia Militar, 2009, pp. 13-38.

–TUCÍDIDES, Historia de la guerra del Peloponeso, Madrid: Alianza Editorial, traducción de Rodríguez Delgado, 2008.

**EL CONTROL INTERNO EN LA GESTIÓN
DIRECTIVA EN UN GOBIERNO REGIONAL,
2022**

**-INTERNAL CONTROL IN EXECUTIVE
MANAGEMENT IN A REGIONAL
GOVERNMENT, 2022-**

Fecha de Recepción: 11 de junio de 2023

Fecha de aceptación: 3 de julio de 2023

**José Ramón Panduro Ríos,
Colegio de Contadores Públicos de Lima Mat. N°32547¹.
Pedro Padilla Pinedo,
Colegio de Contadores Públicos de Lima Mat. N°32810².**

¹ jorapari@hotmail.com, código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5881-7393>

² pedropadillapinedo@gmail.com, código Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8348-751X>

Resumen El objetivo de la investigación fue determinar la incidencia del control interno en la gestión directiva en un gobierno regional, 2022. Par el desarrollo del estudio se usó una metodología cuantitativa, diseño no experimental y nivel explicativo, usando dos cuestionarios para recabar la información de las variables. La muestra de estudio la conformó 164 trabajadores de un gobierno regional, seleccionados mediante un muestreo no probabilístico. Se concluyó que, el control interno influye de manera significativa ($X^2=46.687$ y $p=0.000$; R^2 de Nagelkerke = 0.280) en la gestión directiva; explicando que las actividades de control interno del gobierno regional, ejerce una influencia porcentual de 28.0% en la gestión de los directivos en la institución.

Palabras clave: Control interno; gestión directiva; planificación; ejecución; evaluación.

Abstract: The objective of the research was to determine the incidence of internal control in managerial management in a regional government, 2022. For the development of the study, a quantitative methodology, non-experimental design and explanatory level was used, using two questionnaires to collect information from the variables. The study sample was made up of 164 workers from a regional government, selected through non-probabilistic sampling. It was concluded that internal control has a significant influence ($X^2=46.687$ and $p=0.000$; Nagelkerke's $R^2 = 0.280$) in managerial management; explaining that the activities of internal control of the regional government, exerts a percentage influence of 28.0% in the management of the directors in the institution.

Keywords: Internal control; executive management; planning; execution; evaluation.

1. Introducción

Las organizaciones en los últimos años se han enfrentado a nuevas realidades producto de los avances de la ciencia, la tecnología, el conocimiento y la globalización. Estos cambios han tenido un impacto en los procesos, procedimientos y en la manera como se alcanzan los objetivos; ante ello, las instituciones implementan una serie de estrategias, herramientas y metodologías para lograr una mayor eficacia ante las necesidades actuales (Fierro, 2020; Gómez, 2021). En las organizaciones gubernamentales la gestión directiva representa uno de los procedimientos de mayor relevancia porque está asociada al manejo efectivo de los recursos y al cumplimiento de los indicadores organizacionales, permitiendo brindar un mejor servicio, contribuyendo al fortalecimiento institucional y al valor público (Campos, 2018; Milward et al., 2016; Polakow, 2016).

En esta línea, el control interno aparece como un instrumento que tiene como propósito proteger y supervisar el manejo de los recursos públicos, como estrategia de garantizar el cumplimiento de los servicios y de los derechos fundamentales de la población (Cabana et al., 2020). Ante ello, los estados alrededor del mundo han implementado sistemas de control, que consiste en un conjunto de políticas, planes, reglamentos y procedimientos para una gestión eficaz de las instituciones públicas (Andrikopoulos y Ifanti, 2020; Pérez y Barbarán, 2021; Castillo, 2018). En relación a ello, los países que alcanzado mejores indicadores de gestión son Alemania, Suecia y Bélgica, los peores indicadores corresponden a los obtenidos por América Latina y países de África (Consejo Nacional de Competitividad, 2018). A esta realidad, en Latinoamérica se suman las altas cifras de corrupción, siendo uno de los principales problemas de las instituciones del estado, que configuran un panorama de gran complejidad (Vergara et al., 2021; Mendivil y Erro, 2021).

En el Perú, la problemática adquiere matices particulares, debido a los grandes cambios que se han dado a nivel de los gobiernos en las últimas décadas, donde el país a estado inmerso en crisis sociales, políticas, económicas, generadas por el autoritarismo, la corrupción y liderazgo deficiente (Espinoza et al., 2020). Estas condiciones han ocasionado un debilitamiento en las instituciones, la existencia de procedimientos deficientes en la administración pública, malversación de los recursos públicos, servicios de baja calidad e insatisfacción en los ciudadanos en sus instituciones (Piscoya y Camacho, 2022). En lo que respecta a los gobiernos regionales a pesar de la implementación de políticas, lineamientos y normas por parte del estado, orientadas a generar un mayor control interno en las instituciones públicas, diversos informes realizados por la Contraloría General de la República dan muestra que existe un nivel bajo de control (Vásquez, 2020).

Uno de los grandes problemas en la gestión directiva en los gobiernos regionales en el Perú es la corrupción, la burocracia y la baja capacidad de ejecución de presupuestos, evidencia de ello es la gran cantidad de autoridades involucradas en delitos contra la administración pública que han sido investigados y condenados en los últimos años (Talaverano, 2018). A pesar de que ha habido avances importantes, como el uso de herramientas de control, implementación de sistemas integrados, mejora de los procedimientos administrativos, los resultados relacionados a la eficacia de la gestión son deficiente, los esfuerzos son insuficientes, aun se requiere abordar los problemas desde un enfoque integral (Pérez y Barbarán, 2021). Ante ello, es necesario implementar un eficiente sistema de control en las entidades del estado como mecanismos para salvaguardar los recursos públicos y promover la optimización de los procedimientos operativos, acorde a las políticas y normatividad vigente.

El control interno en el ámbito nacional está regulado por la Ley N°28716, que tiene como propósito regular la elaboración, implementación, mejoramiento y evaluación del control interno en las entidades del estado; con la finalidad de fortalecer los sistemas

administrativos y operativos, orientado a disminuir los actos de corrupción, uso indebido y mejorar la transparencia de las instituciones públicas (Vílchez et al., 2019). Dichos lineamientos están establecidos en el Marco Integrado de Control Interno, que establece un modelo para evaluar el riesgo y la eficacia de los sistemas de control interno, orientándose en el análisis de tres aspectos básicos como son las operaciones, la información y el cumplimiento (Seijas, 2021). Desde esta perspectiva el control es asumido desde una visión holística, que debe estar a cargo de todos los actores de la institución, pero la primera línea de responsabilidad es los directivos, la segunda línea los gerentes y la tercera el personal que está a cargo de los puestos de control (Mantilla, 2018). El modelo que se hace mención tiene como objetivo establecer la eficacia y eficiencia de las operaciones de control, dar confiabilidad de la información financiera, cumplir con las leyes y normas vigentes (Grageola et al., 2020).

El control interno presenta los siguientes componentes: a) Ambiente de control, que se refiere a contexto organizacional, características y condiciones que son favorables para el control interno, como prácticas, reglas, valores y conductas; b) Evaluación de riesgos, describe los procedimientos orientados a analizar y gestionar de manera adecuada los factores o situaciones que pueden afectar el cumplimiento de las actividades, procedimientos y objetivos institucionales; c) Control gerencial, describe un conjunto de actividades y procedimientos que implementa los directivos, para asignar funciones específicas para garantizar el cumplimiento de los objetivos; d) Prevención y monitoreo, conjunto de acciones que se implementan como parte de las funciones diarias, con el propósito de garantizar y asegurar la ejecución de actividades para la obtención de los objetivos; e) Información y comunicación, actividades que están orientadas al registro, procesamiento, análisis y difusión de información mediante instrumentos, bases de datos y sistema de soluciones accesibles y modernas; f) Seguimiento de resultados, actividades orientadas a la revisión y verificación de los logros de las acciones y medidas de

control interno; g) Mejoramiento, conjunto de acciones implementadas para optimizar los procedimientos de control interno (Mantilla, 2018).

En lo que respecta a la gestión directiva, esta se fundamenta teóricamente en el Modelo Gerencial de Gestión Pública desarrollado por la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, donde se establece las funciones que desempeña un directivo en una institución gubernamental (SERVIR, 2016). Desde esta perspectiva los directivos deben articular e integrar las competencias personales e institucionales para lograr implementar de manera efectiva las diversas estrategias, funciones administrativas y políticas, con el propósito de alcanzar un adecuado funcionamiento de las instituciones (Díaz, et al., 2018). En este sentido, la gestión directiva se orienta a crear valor en los servicios públicos, el cual se alcanza cuando la institución brinda servicios de mejor calidad, con mayores beneficios, usando la misma cantidad de recursos o menores costos (Cepeda y Cifuentes, 2019; Vásquez, 2022)

La gestión directiva según el Modelo Gerencial de SERVIR presenta las siguientes dimensiones: a) Planificación, se refiere al conjunto de procedimientos que se implementan para garantizar un adecuado desarrollo de las actividades pertenecientes a un periodo en particular, ajustándose a indicadores y parámetros establecidos; b) Determinación de metas y compromisos, describe un conjunto de actividades que tiene como propósito lograr consensos sobre los objetivos y metas para un periodo específico; c) Seguimiento, representa aquellos procedimientos que tiene como propósito el monitoreo, orientación y retroalimentación que realiza los directivos al personal para el cumplimiento de los compromisos y objetivos establecidos; d) evaluación y retroalimentación, describe aquellas actividades que tienen como propósito valorar y verificar las actividades realizadas por el personal de acuerdo a los objetivos establecidos, además, brinda información, recomendaciones y plantea expectativas al personal, en base al desempeño individual e institucional (SERVIR, 2019).

Sobre el tema, se han desarrollado diversas investigaciones como Huapaya (2017) quien encontró que el sistema de control interno contribuye de manera significativa a la gestión directiva, permitiendo optimizar los ingresos y egresos de la institución, la administración de bienes patrimoniales, los activos fijos y las normas y políticas de la institución. Por su parte, Huiman (2022) identificó que el control interno es un elemento fundamental en el funcionamiento de las organizaciones, indicando que las instituciones que implementan un adecuado sistema de control interno tienden a tener procedimientos eficaces de gestión, contribuyendo a optimizar la planificación, ejecución y la evaluación de las actividades dentro de la organización. De igual manera, Bustamante y Vásquez (2020) sostuvieron que el control interno representa un proceso esencial en la gestión en las instituciones públicas, porque permite fortalecer los procesos de mejora continua y la toma de decisiones.

En otros estudios, Piscoya y Montenegro (2022) se identificó un nivel bajo en el control interno y un nivel deficiente de gestión institucional; asimismo, se determinó que entre los procesos de control interno y la gestión institucional existe una relación directa. En la misma línea, Mendoza et al., (2018) refirieron que el control interno es un factor que permite tener mayor información de los diversos procesos de las organizaciones, influyendo en la eficacia de los procedimientos de gestión y el proceso de toma de decisiones. Finalmente, en la investigación de Gonzales (2020) se determinó que el modelo de gobierno abierto es una estrategia eficaz para mejorar el control interno, lo cual a su vez repercute de manera directa en la optimización de los procedimientos de gestión en las instituciones del estado.

El presente estudio tiene como objetivo determinar la incidencia del control interno en la gestión directiva en un gobierno regional, 2022; también se planteó de manera específica, establecer la incidencia del control interno en las dimensiones de la gestión directiva; además, se formuló identificar la incidencia de las dimensiones del control interno en la gestión directiva. El desarrollo del estudio es importante, en

primer lugar, porque aporta de manera teórica, con información estructurada sobre la influencia que ejerce el control interno y la gestión directiva de un gobierno regional, dichos hallazgos serán referentes para futuros estudios; en segundo lugar, posee una implicancia práctica, debido a que está orientada a proporcionar información objetiva para el diseño e implementación de un plan de mejora para optimizar los procedimientos de control interno en un gobierno regional; en tercer lugar, en cuanto al aspectos social, el estudio es relevante porque contribuye a la mejora de los procedimientos de control interno y gestión directiva, teniendo como fin mejorar los servicios que ofrece la institución a los ciudadanos.

2.- Método

Los procedimientos utilizados en el presente estudio corresponden a la investigación cuantitativa, el cual describe una serie de pasos estructurados y sistematizados utilizados para recolectar y analizar información referente a un tema de análisis, donde se utilizó la medición numérica y el análisis estadístico (Bibi et al., 2022). En lo referente al tipo, la investigación fue básica, porque los hallazgos representan contribuciones teóricas sobre el fenómeno de estudio, siendo base para el desarrollo de futuras investigaciones (Sánchez, 2019).

El diseño utilizado fue no experimental, procedimientos que permiten explicar que durante el desarrollo de la investigación no se ha puesto a prueba ningún procedimiento o acción que puede alterar el estado de las variables, solo se han realizado observaciones (mediciones) de los fenómenos de estudio para recabar datos y analizarlos. En cuanto al corte en el tiempo, la investigación es transversal, porque la recolección de información se realizó en un momento específico, por ende, las conclusiones corresponden a ese periodo de tiempo. Por otro lado, en el estudio se usó un método hipotético deductivo, el cual parte de observaciones de la realidad, ante

las cuales se plantean hipótesis y se recolectan información para corroborar dichas aseveraciones, llegando a conclusiones que respondan a las dudas iniciales (Hernández y Mendoza, 2018).

En la investigación se consideró como muestra a 286 trabajadores de un gobierno regional del Perú. Para lo cual se consideró como criterios de inclusión, ser trabajadores con contrato vigente, tener más de 6 meses en la institución y pertenecer a las áreas encargadas del control y de la gestión en dicha entidad. En este sentido, se trabajó con una muestra conformada por 164 trabajadores de un gobierno regional, la cual fue establecida utilizando una fórmula matemática para poblaciones finitas, utilizando estimadores al 95% de confianza y 5% error. Para escoger los sujetos que conformaron la muestra se utilizó un muestreo no probabilístico intencional.

En lo que respecta a los instrumentos utilizados, se usó dos cuestionarios: El instrumento 1, se denominó Cuestionario de autoevaluación de control interno, el cual estuvo compuesto por 40 preguntas y orientado a identificar las características del control interno en un gobierno regional, mediante el análisis de cinco dimensiones: ambiente control, gestión de riesgos, actividades de control, información y comunicación, supervisión y seguimiento; el cuestionario obtuvo puntuaciones aceptables de validez mediante criterio de jueces y obtuvo un coeficiente de confiabilidad de $\alpha=0.887$ (Panduro, 2017). El instrumento 2, fue el Cuestionario para medir la gestión directiva, compuesto por 20 preguntas, el cual estuvo orientado a medir el nivel de gestión directiva en un gobierno regional, mediante el análisis de cuatro dimensiones: planificación, determinación de metas y compromisos, seguimiento, evaluación y retroalimentación; el instrumento posee validez de contenido y una confiabilidad mediante consistencia interna de $\alpha=0.817$ (Munayco, 2022).

Los procedimientos ejecutados en el estudio fueron los siguientes: a) solicitud de permisos y autorización para la realización de la investigación; b) diseño y desarrollo de los cuestionarios para recabar

la información; c) aplicación de los instrumentos de recolección de información al grupo muestral; d) análisis e interpretación de la información; e) presentación de los hallazgos del estudio.

3.- Resultados

En el presente capítulo se describen los principales resultados encontrados, de acuerdo a los objetivos planteados, mediante un análisis de regresión logística multinomial para las variables control interno y gestión directiva.

3.1 Influencia del control interno en la gestión directiva

En lo que respecta al análisis de la influencia del control interno en la gestión directiva, en la tabla 1 se presentan los resultados alcanzados de una muestra de 164 trabajadores de un gobierno regional. En cuanto al ajuste de los datos se observa un valor de Chi-cuadrado de 46.687 y un valor de significancia de 0.000, coeficientes que indican que los procesos de control interno poseen una incidencia significativa en la gestión directiva.

Tabla 1

Modelo	Criterios de ajuste de modelo			Pruebas de la razón de verosimilitud		
	AIC	BIC	Logaritmo de la verosimilitud -2	Chi-cuadrado	gl	Sig.
Sólo intersección	71.577	77.776	67.577			
Final	32.890	51.489	20.890	46.687	4	.000

Por otro lado, en la tabla 2 se describen los coeficientes de determinación para el control interno en la gestión directiva, donde según el coeficiente de R^2 de Nagelkerke se obtuvo un valor de 0.280, indicando que el control interno genera una variabilidad de 28.0% en la gestión directiva.

Tabla 2

Coefficiente de determinación del control interno en la gestión directiva

	Pseudo R cuadrado	
Cox y Snell		.248
Nagelkerke		.280
McFadden		.132

El análisis realizado permitió determinar que el control interno influye de manera significativa en la gestión directiva desde la perspectiva de los trabajadores de un gobierno regional.

3.2 Influencia del control interno en las dimensiones de la gestión directiva

Se realizó un análisis de regresión logística multinomial, para establecer la influencia del control interno sobre las dimensiones de la gestión directiva, datos obtenidos de la aplicación de dos cuestionarios a 164 trabajadores de un gobierno regional. En la tabla 3, en cuanto al análisis de ajuste de los datos se puede apreciar un valor de Chi-cuadrado de 40.722 y un valor sig. (p.valor) de 0.000, dichos valores permiten indicar que los procesos de control interno poseen una incidencia significativa en las dimensiones planificación, determinación de metas y compromisos, seguimiento, evaluación y retroalimentación.

Tabla 3

Modelo	Criterios de ajuste de modelo			Pruebas de la razón de verosimilitud		
	AIC	BIC	Logaritmo de la verosimilitud -2	Chi-cuadrado	gl	Sig.
Sólo intersección	236.483	242.683	232.483			
Final	215.762	252.960	191.762	40.722	10	.000

En lo que respecta al análisis de los coeficientes de determinación para el control interno y las dimensiones de la gestión directiva, en la tabla 4 se observa un coeficiente de R2 de Nagelkerke de 0.249, indicando que el control interno genera una variabilidad de 24.9% en las dimensiones planificación, determinación de metas y compromisos, seguimiento, evaluación y retroalimentación.

Tabla 4

	Pseudo R cuadrado
Cox y Snell	.220
Nagelkerke	.249
McFadden	.116

Del análisis realizado se determinó que el control interno influye de manera significativa en las dimensiones de la gestión directiva, desde la perspectiva de los trabajadores de un gobierno regional.

3.3 Influencia de las dimensiones del control interno en la gestión directiva

Sobre el análisis de las dimensiones del control interno en la gestión directiva, en la tabla 5 se presentan los resultados alcanzados de una muestra de 164 trabajadores de un gobierno regional. En cuanto al ajuste de los datos se observa un valor de Chi-cuadrado de 93.350 y un valor de significancia de 0.000, coeficientes que indican que las dimensiones ambiente control, gestión de riesgos, actividades de control, información y comunicación, supervisión y seguimiento poseen una incidencia significativa en la gestión directiva.

Tabla 5

Información de ajuste de los modelos para las dimensiones del control interno en la gestión directiva

Modelo	Criterios de ajuste de modelo			Pruebas de la razón de verosimilitud		
	AIC	BIC	Logaritmo de la verosimilitud -2	Chi-cuadrado	gl	Sig.
Sólo intersección	257.944	264.143	253.944			
Final	204.593	272.790	160.593	93.350	20	.000

En la tabla 6, se presentan los coeficientes de determinación para las dimensiones del control interno en la gestión directiva, donde según el coeficiente de R^2 de Nagelkerke se obtuvo un valor de 0.490, permitiendo explicar que las dimensiones ambiente control, gestión de riesgos, actividades de control, información y comunicación, supervisión y seguimiento generan una variabilidad de 49.0% en la gestión directiva.

Tabla 6

Coefficiente de determinación de las dimensiones del control interno en la gestión directiva

	Pseudo R cuadrado
Cox y Snell	.434
Nagelkerke	.490
McFadden	.263

4.- Discusión

En el presente estudio se realizó un análisis correspondiente a la investigación cuantitativa y alcance explicativo, para determinar la incidencia del control interno en la gestión directiva en un gobierno regional. Los principales resultados se discuten en los siguientes párrafos, comparándolos con los estudios previos y con los principales aportes teóricos.

En referencia al objetivo general, se determinó que el control interno influye de manera significativa en la gestión directiva desde la perspectiva de los trabajadores de un gobierno regional. Es decir, los procedimientos que tienen como propósito controlar, regular e implementar acciones para garantizar el uso adecuado de los recursos, el cumplimiento de objetivos institucionales y disminuir los riesgos; influyen de manera positiva en las actividades de planificación, organización, dirección y control realizada por los directivos. Estos hallazgos concuerdan con lo encontrado por Huiman (2022) donde identificó que el control interno es un elemento fundamental en el funcionamiento de las organizaciones, indicando que las instituciones que implementan un adecuado sistema de control interno tienden a tener procedimientos eficaces de gestión, contribuyendo a optimizar la planificación, ejecución y la evaluación de las actividades dentro de la organización.

En otros estudios como Bustamante y Vásquez (2020) se determinó que el control interno representa un proceso esencial en la gestión en las instituciones públicas, porque permite fortalecer los procesos de mejora continua y la toma de decisiones. Al respecto, el control interno aparece como un instrumento que tiene como propósito proteger y supervisar el manejo de los recursos públicos, como estrategia de garantizar el cumplimiento de los servicios y mejorar la calidad de los mismos (Cabana et al., 2020). Los resultados permiten explicar que la mejora del sistema de control interno en el gobierno

regional, representa una estrategia que permite mejorar la gestión de los directivos en la institución.

En cuanto al objetivo específico 1, se determinó que el control interno influye de manera significativa en las dimensiones de la gestión directiva, desde la perspectiva de los trabajadores de un gobierno regional. Indicando que los procedimientos que tienen como propósito controlar, regular e implementar acciones para garantizar el uso adecuado de los recursos, el cumplimiento de objetivos institucionales y disminuir los riesgos; influyen de manera positiva en las actividades de planificación, determinación de metas y compromisos, seguimiento y evaluación y retroalimentación. Los hallazgos se respaldan en el estudio de Huapaya (2017) donde se encontró que el sistema de control interno contribuye de manera significativa a los procedimientos de gestión, permitiendo optimizar los ingresos y egresos de la institución, la administración de bienes patrimoniales, los activos fijos y las normas y políticas de la institución.

Por otro lado, Piscocya y Montenegro (2022) identificó entre los procesos de control interno y las dimensiones de la gestión administrativa existe una relación directa. Al respecto, los sistemas de control interno tienen como objetivo establecer la eficacia y eficiencia de las operaciones de control, dar confiabilidad de la información financiera, cumplir con las leyes y normas vigentes; esto favorece la mejora de los procedimientos de gestión dentro de las organizaciones (Grageola et al., 2020). Los resultados permiten explicar que la mejora de los procedimientos de control interno en el gobierno regional, permite que la institución cuente con procedimientos eficaces para la planificación, establecimiento de metas y objetivos, seguimiento, evaluación y retroalimentación; debido a que las herramientas de control proporcionan información objetiva, confiable y oportuna, que favorece la toma de decisiones y la mejora continua en la institución.

En relación al objetivo específico 2, el análisis realizado permitió establecer que las dimensiones del control interno influyen de manera significativa en la gestión directiva, desde la perspectiva de los trabajadores de un gobierno regional. Es decir, el ambiente control, las actividades de gestión de riesgos, las actividades de control, la información y comunicación, las acciones de supervisión y seguimiento influyen de manera positiva en las actividades de planificación, organización, dirección y control realizada por los directivos. Estos resultados van en la misma línea al estudio de Mendoza et al., (2018) donde se determinó que el control interno es un factor que permite tener mayor información de los diversos procesos de las organizaciones, influyendo en la eficacia de los procedimientos de gestión y el proceso de toma de decisiones.

De igual manera en Gonzales (2020) se determinó que el modelo de gobierno abierto es una estrategia eficaz para mejorar el control interno, lo cual a su vez repercute de manera directa en la optimización de los procedimientos de gestión en las instituciones del estado. Al respecto, el control interno permite que las instituciones mejoren los diferentes procedimientos de gestión, orientándolas a crear valor en los servicios públicos, el cual se alcanza cuando se brinda servicios de mejor calidad, con mayores beneficios, usando la misma cantidad de recursos o menores costos (Cepeda y Cifuentes, 2019). Estos hallazgos permiten explicar que, si se mejoran el ambiente control, los procedimientos de gestión de riesgos, actividades de control, la información y comunicación, supervisión y seguimiento dentro del gobierno regional se alcanzarán mejores indicadores de gestión de los directivos.

5.- Conclusiones

Los resultados permitieron determinar que el control interno influye de manera significativa ($X^2=46.687$ y $p=0.000$; R^2 de Nagelkerke = 0.280) en la gestión directiva desde la perspectiva de los

trabajadores de un gobierno regional. Explicando que las actividades de control interno del gobierno regional, ejerce una influencia porcentual de 28.0% en la gestión de los directivos en la institución.

Por otro lado, se determinó que el control interno influye de manera significativa ($X^2=40.722$ y $p=0.000$; R^2 de Nagelkerke = 0.249) en las dimensiones de la gestión directiva; indicando que el control interno ejerce una influencia porcentual de 24.9% en las dimensiones planificación, determinación de objetivos y metas, seguimientos y evaluación y retroalimentación.

Finalmente, se estableció que las dimensiones del control interno influyen de manera significativa ($X^2=93.350$ y $p=0.000$; R^2 de Nagelkerke = 0.490) en la gestión directiva; lo cual permite explicar que, los procedimientos de ambiente control, gestión de riesgos, actividades de control, la información y comunicación, supervisión y seguimiento implementados dentro de la institución ejercen una influencia porcentual de 49.0% en la gestión de los directores.

6.- Referencias

–Andrikopoulos, V., & Ifanti, A. (2020). New Public Management and Governance: Quo Vadis? *Journal of Public Administration and Governance*, 10 (3), 430 – 442. <https://doi.org/10.5296/jpag.v10i3.17494>

–Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2016). *Modelo de gestión del grupo de directivos públicos del servicio civil peruano*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FED03359A131812005258025004F97D3/\\$FILE/Modelo_de_Gestion_Directivos_Publicos_Ago16.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FED03359A131812005258025004F97D3/$FILE/Modelo_de_Gestion_Directivos_Publicos_Ago16.pdf)

– Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2019). *Normas para la gestión de los procesos de selección en el*

régimen de la Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil.
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Directiva-001-2019-SERVIR-Legis.pe_.pdf

–Bibi, H., Khan, S., & Shabir, M. (2022). A Critique Of Research Paradigms And Their Implications For Qualitative, Quantitative And Mixed Research Methods. *Webology*, 19 (2), 7321-7335.
[https://www.webology.org/data-cms/articles/20220406122615pmwebology%2019%20\(2\)%20-%20533%20pdf.pdf](https://www.webology.org/data-cms/articles/20220406122615pmwebology%2019%20(2)%20-%20533%20pdf.pdf)

–Bustamante, Y., & Vásquez, F. (2020). *Incidencia del control interno en la gestión administrativa de las instituciones educativas de Latinoamérica. Una revisión sistemática en los últimos 5 años.* [Tesis de grado, Universidad Privada del Norte], Repositorio Institucional:
<https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/28223/Bustamante%20Aquino%2c%20Yudit%20Margot%20-%20Vasquez%20Delgado%2c%20Flor%20Liliana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

–Cabana, S., Cortés, F., Contreras, F., & Vargas, V. (2020). Influencia del control de gestión al valor público generado en servicios dependientes del ministerio de economía, fomento y turismo, Chile. *Información tecnológica*, 31(2), 103-116. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-07642020000200103>

–Campos, S. (2018). Public Management in Transition: The Orchestration of Potentiality. *Revista de El Colegio de San Luis*, 8(17), 367-370. <https://doi.org/10.21696/rcsl8172018928>

–Castillo, M. (2018). The New Public Administration: Debates and Dilemmas. *Gestión y política pública*, 27(2), 595-601.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-10792018000200595&lng=es&tlng=es.

–Cepeda, J., & Cifuentes, W. (2019). Sistema de Gestión de Calidad en el Sector público. Una revisión literaria. *Podium*, (36), 35-54. <https://doi.org/10.31095/podium.2019.36.3>

–Consejo Nacional de Competitividad. (2018). *Índice de Desempeño Logístico 2018*. <http://www.competitividad.org.do/wp-content/uploads/2018/07/%C3%8Dndice-de-Desempe%C3%B1o-Log%C3%ADstico-2018-Final.pdf>

–Díaz, J., Núñez, L., & Cáceres, K. (2018). Influencia de las competencias gerenciales y la gestión por resultados en la imagen institucional. *Fides et Ratio - Revista de Difusión cultural y científica de la Universidad La Salle en Bolivia*, 16(16), 169-197. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2071-081X2018000200010&lng=es&tlng=es.

–Espinoza, E., Gil, W., & Agurto, E. (2020). Principales problemas en la gestión de establecimientos de salud en el Perú. *Revista Cubana de Salud Pública*, 46 (4), 1 – 16. <https://scielosp.org/pdf/rcsp/2020.v46n4/e2146/es>

–Fierro, F. (2020). Cambio organizacional: un modelo que dinamiza la transformación. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, (88), 13-31. DOI: <https://doi.org/10.21158/01208160.n88.2020.2560>

–Gómez, P. (2021). El cambio y su impacto en las organizaciones. *Academo (Asunción)*, 8(2), 109-118. <https://doi.org/10.30545/academo.2021.jul-dic.10>

–Gonzales, A. (2020). *El modelo de Gobierno Abierto como estrategia para generar capacidades institucionales en la administración pública en Colombia (2012-2017)*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia], Repositorio institucional UNAL:

<https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/79024/41943684.2020.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

–Grageola, L., Martínez, G., Guzmán, C., & Morales, T. (2020). Énfasis del control interno y su ámbito en las deducciones fiscales. *Revista Nacional de Administración*, 11(2), 3037. <https://dx.doi.org/10.22458/rna.v11i2.3073>

–Hernández, R. y Mendoza, C (2018). *Metodología de la investigación, las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Mc Graw Hill

–Huapaya, J. (2017). *El control interno en la gestión administrativa de las instituciones educativas privadas de educación básica regular en el distrito de Lince, 2016*. [Tesis de grado, Universidad San Martín de Porres], Repositorio Institucional USMP: https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/3174/huapaya_fjj.pdf?sequence=3&isAllowed=y

–Huiman, R. (2022). El sistema de control interno y la gestión pública: Una revisión sistemática. *Ciencia Latina*, 6 (2), 2316-2336. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i2.2030

–Mantilla, S. (2018). *Auditoría del Control Interno*. Editorial. <https://www.ecoediciones.com/wp-content/uploads/2018/04/Auditori%CC%81a-del-Control-Interno-4ed.pdf>

–Mendivil, Y., & Erro, L. (2021). El control interno como factor determinante de la eficacia en los empleados de empresa maquiladora. *Revista De Investigación Académica Sin Frontera: División De Ciencias Económicas Y Sociales*, (36). <https://doi.org/10.46589/rdiasf.vi36.405>

–Mendoza, W., Delgado, M., García, T., & Barreiro, I. (2018). El control interno y su influencia en la gestión administrativa del sector público. *Dominio de las Ciencias*, 4 (4),

206-240.

<http://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/835>

–Milward, B., Jensen, L., Roberts, A., Dussauge, M., Junjan, V., Torenvlied, R., Boin, A., Colebatch, H., Kettl, D., & Durant, R. (2016). Is Public Management Neglecting the State? *Governance*, 29(3): 311-334.

<https://doi.org/10.1111/gove.12201>

–Munayco, R. (2022). *Estilos de liderazgo y su relación en la gestión directiva y en la calidad de la administración en un gobierno regional, 2021*. [Tesis doctoral, Universidad César Vallejo], Repositorio Institucional UCV:

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/81980/Munayco_BRV-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

–Panduro, J. (2017). *Control interno y toma de decisiones en el Programa Nacional de Infraestructura Educativa, 2016*. [Tesis maestría, Universidad César Vallejo], Repositorio Institucional UCV:

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/1323/panduro_rj.pdf?sequence=1&isAllowed=y

–Pérez, J., & Barbarán, H. (2021). Control administrativo en la gestión pública. *Ciencia Latina*, 5 (1), 267-280. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v5i1.224

–Piscoya, A., & Montenegro, L. (2022). Control interno para la efectiva gestión administrativa. Sede la central del gobierno regional, Lambayeque. *Ñeque*, 5 (11), 116-139. <https://doi.org/10.33996/revistaneque.v5i11.68>

–Piscoya, A., & Camacho, M. (2022). Control interno para la efectiva gestión administrativa. Sede la central del gobierno regional, Lambayeque. *Revista Ñeque*, 5(11), 116–129. <https://doi.org/10.33996/revistaneque.v5i11.68>

–Polakow, S. (2016). *The ruthlessly effective rebranding of Europe's new far right*.
<https://www.theguardian.com/world/2016/nov/01/the-ruthlessly-effective-rebranding-of-europes-new-far-right>

–Sánchez, F. (2019). Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: consensos y disensos. *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, 13 (1), 102-122. doi: <https://doi.org/10.19083/ridu.2019.644>

–Seijas, B. (2021). Gestión de Inventarios eficiente por la aplicación de Control Interno. *Vinculatégica EFAN*, 7(1), 660–669. <https://doi.org/10.29105/vtga7.2-21>

–Talaverano, D. (2018). Caracterización del control interno y la gestión de la empresa logística peruana del Oriente SA, Pucallpa, 2016. In *Crescendo*, 9 (4), 649 – 665. <https://revistas.uladech.edu.pe/index.php/increscendo/article/view/2098/1500>

–Vásquez, J. (2022). Competencias gerenciales y gestión pública: revisión sistemática. *IGOBERNANZA*, 5(17), 69–89. <https://doi.org/10.47865/igob.vol5.n17.2022.168>

–Vásquez, S. (2020). Factores de riesgo y control interno: un estudio para la academia contable. *Paidagogo*, 2(2), 106–126. <https://doi.org/10.52936/p.v2i2.34>

–Vergara, M., Guaman, M., & Mogollón, M. (2021). Control interno y su incidencia en la gestión administrativa y financiera en la federación ecuatoriana de operadores y mecánicos de equipo caminero, (estudio de caso fedesomec, 2020). *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 5(5), 7571-7604. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v5i5.866

–Vílchez, C., Junior, H., De, Z., & Alan, J. (2019). *Sistema de Control Interno basado en el modelo COSO 2013 y su impacto en la Gestión Empresarial en las empresas del sector construcción de edificios, en el distrito de El Agustino, año 2018*

TESIS. [Tesis de grado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas],
Repositorio Institucional:
<https://repositorioacademico.upc.edu.pe/handle/10757/648647>

LA ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO DE MARINA AL FINAL DE REINADO DE FERNANDO VII: LA INSTRUCCIÓN DE LA SECRETARÍA DE ESTADO Y DEL DESPACHO DE MARINA DE 16 DE AGOSTO DE 1828

- THE ORGANIZATION OF THE MINISTRY OF THE NAVY AT
THE END OF THE REIGN OF FERNANDO VII: THE
INSTRUCTION OF THE SECRETARIAT OF STATE AND THE
OFFICE OF THE NAVY OF AUGUST 16, 1828-

Fecha de recepción: 9 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 1 de marzo de 2024

Dionisio A. Perona Tomás¹
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El reinado de Fernando VII es un período de transición también en la Historia de la Administración. Buena parte de él, pese a ser un gobierno absolutista, en especial en la Década Ominosa, también fueron de reformas administrativas con la intención de mantener el sistema político. En ese contexto se elaboró esta

¹ Dionisio.Perona@uclm.es.

Instrucción que recogía la normativa para la organización y funcionamiento del Ministerio de Marina, siguiendo el modelo y la experiencia del siglo XVIII en un momento de crisis del Estado, de la sociedad y de la propia Armada.

Palabras clave: Ministerio, organización, Administración Central, Armada, Década Ominosa.

Abstract: The reign of Ferdinand VII is also a period of transition in the History of Administration. Much of it, despite being an absolutist government, especially in Ominous Decade, was also about administrative reforms with the intention of maintaining the political system. It was in this context that this Instruction was drawn up, which included the regulations for the organization of the Ministry of the Navy, following the model and experience of the eighteenth century at a time of crisis in the State, society and the Navy itself.

Keywords: Ministry, organization, Central Administration, Navy, Ominous Decade.

Índice: 1. Introducción; 2. El momento: breve reseña de la Década Ominosa y su Administración Central; 3. La Instrucción para el gobierno de la Secretaría de Estado y del Despacho de Marina de 1828; 3.1. *La necesidad de una regulación;* 3.2. *La elaboración;* 3.3. *Estructura y contenido;* 4. Normativa complementaria; Conclusiones; Anexo Documental.

1. Introducción

La estabilidad y el grado de desarrollo que, a grandes rasgos, había logrado la España del siglo XVIII, empezó a resquebrajarse durante el reinado de Carlos IV, en buena medida debido a la revolución que tuvo lugar en Francia y las guerras que arrastró. España participó en ellas con alianzas alternativas, que acertadamente Sardá definió

como “contradanza guerrera”; ello supuso un endeudamiento y el agravamiento consiguiente de la situación de las arcas del Estado, que, junto a un creciente deterioro político, llevó a Napoleón a intervenir en una monarquía que era aliada suya. Ese error de cálculo provocó la Guerra de la Independencia, con unas consecuencias de enorme trascendencia en el devenir de España.

Ni que decir tiene que la situación económica empeoró, y la política se enrareció todavía más. Al enfrentamiento contra un invasor extranjero siguió la discordia interna entre liberales y absolutistas con una proyección prácticamente secular, raíz o entronque de otras disputas. Fue ese primer tercio del siglo XIX, el reinado de Fernando VII², un momento conflictivo, de enorme tensión entre una España que no acababa de desaparecer y otra que no acababa de llegar. Unos años a los que cabe aplicar este modelo:

“Los cambios revolucionarios, por muy violentos que sean y muy repentinos que parezcan, ni se producen de la noche a la mañana, ni arrasan todo residuo del pasado. Hay épocas de transición a lo largo de las cuales se prepara el cambio cualitativo de una sociedad a otra; y luego, al comienzo de la nueva sociedad, hay un período de adaptación y construcción de las instituciones propias, pues éstas no desplazan tampoco a las viejas de un día a otro”³.

² Destacan tres obras generales sobre este reinado: Artola, M., *La España de Fernando VII*. T. XVI *Historia de España de Menéndez Pidal*. Espasa-Calpe S. A. Madrid, 1968 (se publicó por la misma editorial en 1999 con el mismo título en la colección Ensayo y Pensamiento); Sánchez Mantero, R., *Fernando VII*. Arlanza ediciones. Madrid, 2001; La Parra, E., *Fernando VII Un rey deseado y detestado*. Tusquets editores. Barcelona, 2018.

³ Tomás y Valiente, F., *Manual de Historia del Derecho Español*. 3ª ed. Tecnos. Madrid, 1981, pág. 32.

Este reinado pasó por distintas etapas, aparte de los meses previos de la Guerra de la Independencia, y la propia Guerra de la Independencia, momento en realidad de las Cortes de Cádiz. Esas etapas en sentido estricto son: el Primer Período Absolutista o el Sexenio Absolutista, el Trienio Liberal y la Década Ominosa. Esos diecinueve años (1814-1833) fueron muy convulsos, y a ellos cabe adjudicar las características que García de Enterría aplica a la Historia de la Administración en su conjunto, como “la historia de un constante proceso de hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de revisión de sus estructuras institucionales, proceso que llega a formar parte de la esencia misma del concepto”⁴.

De las tres etapas señaladas, la que normalmente recibe mayor atención es el Trienio Liberal, quedando los períodos absolutistas postergados. En estas páginas se va a prestar más atención a la Década Ominosa a través de un documento concreto: *La Instrucción aprobada*

⁴ García de Enterría, E., “La organización y sus agentes: revisión de estructuras”, *La Administración española*. 1ª edición libro de bolsillo. Alianza Editorial. Madrid, 1972, pág. 102. Para el ilustre jurista: “es también propio de las organizaciones humanas lo que podemos llamar su condición desfalleciente, su carácter claudicante. La historia de la sociedad de los hombres nos presenta por de pronto un vasto cementerio de organizaciones, un constante proceso de lanzamiento, de madurez y de muerte, de fórmulas institucionales que gozan del furor del éxito durante unos momentos y que concluyen finalmente por desaparecer. Sólo aquellas organizaciones que saben transformarse, que saben adaptarse al cambio del medio social en el que están y del cual se nutren, pueden aspirar a una relativa permanencia. La innovación organizativa, la revisión constante de estructuras, lejos de ser entonces la expresión de una discontinuidad histórica, es, por el contrario, la única garantía de una cierta y relativa continuidad, el único medio de vencer lo que desde ahora podemos dar por establecido, que es el primero y el más grave de los fenómenos patológicos de las organizaciones humanas, la anquilosis institucional”.

*por el Rey nuestro señor para el gobierno de la Secretaría de Estado y del Despacho de Marina de 1828*⁵.

2. El momento: breve reseña de la Década Ominosa y su Administración Central

La intervención francesa, los famosos “Cien mil Hijos de San Luis”, puso fin al Trienio Liberal, dando comienzo la segunda etapa absolutista de Fernando VII, la “Década Ominosa”. Estos años supusieron la división de los realistas en dos bandos: los que defendían una postura más intransigente y radical, que formarían el bando carlino, por agruparse en torno al infante D. Carlos María Isidro, futuro partido carlista; y otros más moderados, con resabios ilustrados, cuando no propiamente ilustrados, al que se irían adhiriendo antiguos afrancesados, al que denominaremos bando fernandino. Institucionalmente estos dos bandos se harían presentes a través de dos órganos de la Administración Central: el Consejo de Estado y el Consejo de Ministros⁶. El primero es el bastión de los más intransigentes, presidido por el propio Infante; el segundo, creado en este momento con claros antecedentes ilustrados⁷, está formado por cinco miembros (los ministros o secretarios de Estado y del Despacho de Estado, Guerra, Gracia y Justicia, Hacienda y Marina)⁸. La

⁵ Hay una referencia en Fernández Duro, C., *Armada Española desde la unión de los reinos de Castilla y Aragón*. Ed. Facsímil. 9 vols. Museo Naval. Madrid, 1973, vol. IX, pág. 403.

⁶ Fontes Mingajón, F., “El Consejo de Ministros en el reinado de Fernando VII”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 71 (1986), págs. 309-373; VVAA *El Arte de Gobernar. Historia del Consejo de Ministros y de la Presidencia de Gobierno*. Tecnos. Salamanca, 1992.

⁷ Escudero, J. A., *Los orígenes del Consejo de Ministros en España*. 2 vols. Editora Nacional. Madrid, 1979

⁸ Para la Administración Central en la Edad Moderna es fundamental la obra del Profesor D. José Antonio Escudero, quien a través de tres monografías analiza su desarrollo, explicando la evolución de la Administración de los

Presidencia corresponde por lo general al Ministro de Estado⁹. Éste junto con el de Guerra fueron los que más cambiaron de titularidad en

Austrias a la de los Borbones: *Los Secretarios de Estado y del Despacho (1474-1724)*. 4 vols. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1976; *Los orígenes del Consejo de Ministros en España* (ya citado); *Los cambios ministeriales a fines de Antiguo Régimen*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. A estos trabajos hay que añadir: *La Real Junta Consultiva de Gobierno (1825)*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 1973, una institución de la Década Ominosa; “La reconstrucción de la Administración Central en el siglo XVIII”, *La España de la Ilustración 1700-1759 Vol. XXIX-1 Historia de España dirigida por Ramón Menéndez Pidal*. Espasa Calpe. Madrid, 1985, págs. 81-179 síntesis de gran valor. Para las Secretarías del Despacho en la Ilustración hay que destacar: Gómez Rivero, R., *Los Orígenes del Ministerio de Justicia (1714-1812)*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1988; *El Ministerio de Justicia en España (1714-1812)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999; Badorrey Martín, B., *Los Orígenes del Ministerio de Asuntos Exteriores (1714-1808)*. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid, 1999; Gómez Gómez, M., *Forma y expedición del documento en la Secretaría de Estado y del Despacho de Indias*. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1993; *Actores del Documento. Oficiales, archiveros y escribientes de la Secretaría de Estado y del Despacho Universal de Indias durante el siglo XVIII*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003. En los últimos años del reinado de Fernando VII hay que añadir el Ministerio de Fomento: Rodríguez Camaleño, L., *Consideraciones sobre el nuevo Ministerio de lo Interior (1835)*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1982; Garijo Ayestarán, M^a J., *El Ministerio de la Gobernación. Materiales para un estudio de su evolución histórica hasta 1937*. Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Ministerio de la Gobernación. Madrid, 1977; Molas Ribalta, P., “De la Junta de Comercio al Ministerio de Fomento”, *Actas IV Symposium de Historia de la Administración*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1983, págs. 529-556; Suárez Verdeguer, F., “La creación del Ministerio del Interior”, *AHDE*, 19 (1948-1949), págs. 15-56.

⁹ González Mariñas, P., *Génesis y evolución de la Presidencia del Consejo de Ministros (1800-1875)*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1974; Escudero, J. A., “La creación de la Presidencia del Consejo de Ministros”, *AHDE*, XLII (1972), págs. 757-767 (también en *Administración y Estado en*

el período, aunque más el primero; por el contrario, los otros tres tuvieron una gran estabilidad y estuvieron prácticamente todo este tiempo en las mismas manos. Siendo además en estas tres Secretarías del Despacho donde se plasmó de forma más patente esa dualidad: Gracia y Justicia, con Carlomarde, considerado el bastión de las fuerzas más tradicionales; Hacienda, con López Ballesteros, y Marina, con Salazar, representan la posición más aperturista o ilustrada, o simplemente reformista.

Estos años se consideran como un período reaccionario y represor. Aun así tuvieron lugar importantes reformas administrativas¹⁰, pudiendo ser la fórmula para intentar salvar el régimen¹¹. Destacando: la creación del Consejo de Ministros (como ya se ha señalado), la Policía y la Bolsa de Madrid, junto a unos intentos codificadores entre los que descuella el Código de Comercio de 1829, así como la reforma de la Administración de López Ballesteros (R.O. de 19 de agosto de

la Edad Moderna. Junta de Castilla y León. Valladolid, 1999, págs. 757-767); Pérez de la Canal, M. A., “La Presidencia del Consejo de Ministros entre 1823 y 1835”, *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*. Madrid, 1996, Vol. II, págs. 499-519.

¹⁰ Suárez Verdeguer, F., “Notas sobre la Administración en la época de Fernando VII”, *Actas I Symposium de Historia de la Administración*. Instituto de Historia de la Administración. Madrid, 1970, págs. 441-460; Barrero García, A. M^a, “La materia administrativa y su gestión en el reinado de Fernando VII”, *Actas IV Symposium de Historia de la Administración*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1983, págs. 395-421; Esteban de la Vega, M., “El Estado y la Administración en el reinado de Fernando VII”, *Historia Contemporánea*, n^o 17 (1998), págs. 81-117.

¹¹ Luis, J. Ph., “La década ominosa (1823-1833), una etapa desconocida en la construcción de la España contemporánea”, *Fernando VII. Su reinado y su imagen*. Ayer 41. Marcial Pons. Madrid, 2001, págs. 85-117. Este autor ha dedicado especial interés a este período: *L’Utopie réactionnaire. Épuration et modernisation de l’etat dans l’Espagne de la fin de l’ancienne régime (1823-1834)*. Casa de Velázquez. Madrid, 2002.

1825 y Decreto de 7 de febrero de 1827, que para algunos puede ser considerado el primer Estatuto español de funcionarios públicos)¹².

3. La Instrucción para el gobierno de la Secretaría de Estado y del Despacho de Marina de 1828

García de Enterría considera la Guerra de la Independencia como la segunda gran sima histórica que ha cortado, durante el primer tercio del siglo XIX¹³, la continuidad del desarrollo de la

¹² Nieto, A., *La retribución de los funcionarios en España. Historia y actualidad*. Revista de Occidente. Madrid, 1967, págs. 91-96; Carrasco Canals, C., *La burocracia en la España del siglo XIX*. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid, 1975, págs. 14-20 y 217; Jiménez Asenjo, R., *Políticas de selección de la Función Pública española (1808-1978)*. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 1989, págs. 53-65; Arroyo Yanes, L. M., *La ordenación de la Función Pública contemporánea: la carrera administrativa (1808-1963)*. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 1996, págs. 86-96; Muñoz Llinás, J. I., *La función pública en España (1827-2007)*. B.O.E. Madrid, 2019.

¹³ García de Enterría, E., *Op. Cit.*, págs. 114-115. Para el insigne jurista: “La Administración española padece ya de origen de un defecto que no debe ser minusvalorado, el de una ausencia de raíces históricas profundas. Desde el punto de vista de la Administración, la nuestra actual es una Administración improvisada”. Justifica su conclusión, en que a diferencia de las grandes Administraciones contemporáneas que proceden en línea recta del Antiguo Régimen, en su opinión: “dos grandes simas históricas han cortado sucesiva y trágicamente la continuidad de desarrollo de la Administración española. Nuestra Administración que en sus orígenes es una de las más precoces y desarrolladas...va a ver interrumpido abruptamente su desarrollo por dos grandes cortes históricos sucesivos: la Guerra de Sucesión, que en 1700 pulveriza todo el Estado de los Austrias y que origina un estremecedor vacío durante todo el primer tercio del siglo XVIII, que pretenderá luego colmarse con la importación de las técnicas administrativas colbertistas, y en segundo lugar, poco tiempo después, la Guerra de la Independencia, que origina otra segunda sima a lo largo de otro tercio de siglo, en la que va a sumirse ahora el

Administración española, sumiendo en ella al Estado “que trabajosa y afanosamente habían llegado a constituir nuestros ilustrados”. Sin duda supone el inicio del proceso que llevará del Estado absoluto al Estado liberal.

El mundo de los Consejos y de las Juntas en la Administración Central de los Austrias, de carácter pluripersonal y deliberativo, dio paso, sin desaparecer totalmente, eso sí, quedando reducido tanto en número como en competencias y actividad, al de los Secretarios de Estado y del Despacho, con orígenes en la propia Administración de los Austrias, característico de la Administración Central de los Borbones, de carácter unipersonal y más resolutivo. Pero para llevar a cabo su labor los Secretarios del Despacho necesitan el apoyo de unos oficiales y escribientes, las Secretarías del Despacho, antecedente directo de los actuales Ministerios; y en la medida en que los Secretarios del Despacho van cobrando mayor peso político, también lo van haciendo las Secretarías del Despacho en la labor propiamente administrativa. Su personal, en especial sus oficiales, va a ir recibiendo una normativa que irá regulando su perfil burocrático como un “funcionario” de élite con

Estado que trabajosa y afanosamente habían llegado a construir nuestros ilustrados. Se impone así de nuevo la necesidad de la creación desde la base y *ex nihilo*, esta vez mediante la importación y adaptación de las técnicas administrativas napoleónicas... Toda la vieja tradición de los servidores del rey, la tradición de la Administración primigenia, en la que por su mismo carácter comprometido tantos valores de estilo y de pureza se cumplieron, luego perdidos en la rutinización de los despachos burocráticos, esta gran tradición ha sido definitivamente perdida para nosotros, que debemos comenzar nuestra historia administrativa en el segundo tercio del siglo XIX. ¡Y qué fecha, y qué momento de nuestra historia nacional más poco propicio que éste para sentar unas bases fundacionales sólidas con las que intentar suplir la falta de raíces profundas;... Nuestra organización burocrática procede del Decreto que Bravo Murillo firma el 18 de junio de 1852”. La brillantez de la exposición y el prestigio del autor están fuera de toda duda; sin embargo, tan tajantes afirmaciones, no exentas de verdad, admiten algunas matizaciones.

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

una serie de derechos¹⁴. También una literatura, fundamentalmente de tipo memorial, se preocupa por las Secretarías y sus oficiales a lo largo

¹⁴ Las últimas líneas del R.D. de 30 de noviembre de 1714 hacen una breve referencia al número de oficiales que debe tener cada Secretaría del Despacho y el sueldo que debe gozar (Novísima Recopilación, III, VI, 4); el R.D. 20 de enero de 1717, reiterado y ampliado por otro de 12 de febrero, prohibía a secretarios y oficiales cualquier otra ocupación distinta, tanto por el presunto mal desempeño del empleo como por evitar los dobles sueldos (Escudero, J. A., *Los Orígenes...*, págs. 138-139, afirma que estos dos decretos “impusieron de momento un mayor orden en secretarías y ministerios, favoreciendo la jerarquización que se diluía con el desempeño simultáneo de varios cargos”); el R.D. 2 de abril de 1717 da unas pautas para la organización de las Secretarías del Despacho, prácticamente desapercibidas al final de la división y asignación de asuntos de las Secretarías del Despacho: “Y para que en la dirección y expedición de los negocios se proceda con toda claridad y distinción debida, y se eviten confusiones, deberán los Secretarios repartir entre sus Oficiales lo que a cada uno tocan, proporcionándolos con la igualdad posible, de manera que los de cada clase y naturaleza estén sin dividirse, y puedan siempre correr por una misma mano para su mayor inteligencia; y con motivo de formarse todo género de despachos, patentes, decretos, u otros expresados o no expresados, por mis Secretarios del Despacho Universal, quiero, que no se me tome bajo ningún pretexto en ellas derecho ni gratificación alguna” (Novísima Recopilación III, VI, 5); los dos anteriores decretos están implícitamente en “la exposición de motivos” del R.D. de 18 de enero de 1721, hasta éste quedaba al arbitrio de los Secretarios remover a los oficiales de sus Secretarías, poniendo a otros en su lugar (según la norma, esto no causaba antes mayor perjuicio ya que los oficiales tenían otros empleos “adonde se retiraban” para continuar su mérito y gozar de los sueldos que en ellos tenían), pero con la normativa de 1717 esto ya no era conveniente “ni es justo que sujetos que han merecido en ellas, trabajando y manejando negocios de tanta consecuencia y gravedad, queden sin empleos, y expuestos a mendigar”, por ello “he resuelto que en adelante sean permanentes y fijas las plazas, sin arbitrio en los Secretarios para removerlas, sino es con el motivo de insuficiencia, demérito o delito, y precediendo darme cuenta, y tomar mi orden; y que en su consecuencia se mantengan los Oficiales que actualmente hay en las cinco Oficinas del Despacho, y que se le dé a todos título firmado de mano, para que sirvan con este mayor honor y seguridad, en la propia forma y con los mismos goces que

hoy tienen, y se les señaló en la planta que se dio a las referidas Secretarías en 1 de mayo de 1717, y en resoluciones posteriores, dejando al arbitrio y elección de los Secretarios la provisión de las plazas que vacaren en adelante por muerte o ascenso de los que actualmente las ejercen, precediendo primero darme cuenta, y obtener mi aprobación” (Novísima Recopilación III, VI, 6), Escudero califica este decreto de “respuesta teórica” más que de disposición efectiva y práctica, ya que la “insuficiencia, demérito o delito” dejaba una puerta abierta a la arbitrariedad o discrecionalidad del Secretario (Escudero, J. A., *Los Orígenes...*, págs. 139-141); el R.D. 24 de mayo de 1721 sobre la forma en que debían servir los oficiales sus plazas y el modo de nombramiento; aviso circular a todos los Secretarios del Despacho Buen Retiro 21 de marzo de 1724 confirmando las normas anteriores de 1721 sobre los títulos asegurando las plazas, guardando los ascensos, debiendo los Secretarios motivar en el caso de que no se guardasen (Escudero, J. A. *Los Orígenes...*, pág. 141 nota 21); el Real Decreto de 13 de noviembre de 1742 relevando del pago de la media-annata a los oficiales de Secretaría: “Teniendo entendido que por falta de medios para pagar la media annata, dejan de jurar los oficiales de las Secretarías del despacho estos empleos y el título de mis Secretarios que les está concedido para el ejercicio de decretos: he venido en relevarles de la satisfacción de ella, así por los referidos empleos y título de mis Secretarios, como por los gajes y casa de aposento a los que los hubiere concedido; y mando que igualmente queden exentos de la paga de ella por los ascensos que tuvieren dentro de las mismas Secretarías. Tendrase entendido en el consejo de hacienda para su cumplimiento. En San Lorenzo a 13 de noviembre de 1742. A D. José del Campillo” (AGM leg. 5022, también cita esta norma Gómez Rivero quien da la referencia AGS DGT, iv. 24, leg. 272 en su obra *Los Orígenes...*, pág. 59, esta norma tuvo algunos altibajos Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, págs. 108-109); la complejidad burocrática de la salida de los oficiales de las Secretarías estuvo de manifiesto prácticamente durante todo el siglo XVIII hasta su regulación por el R.D. de 31 de mayo de 1785 (Escudero, J. A., *Los Orígenes...*, págs. 149-155 y 407-409), cuyo texto dice: “El importante y distinguido mérito que contraen los oficiales de las mis Secretarías de Estado y del Despacho Universal, y los conocimientos y experiencias que en ellas adquieren, exigen una recompensa justa y generosa en sus salidas, y promociones, proporcionando al mismo tiempo con ellas la continuación y adelantamiento de sus servicios, pero se ha malogrado hasta ahora en mucha parte la utilidad que el estado pudiera sacar de estos sujetos por la especie de turno que se estableció para salir por antigüedad los oficiales

mayores a las secretarías de mis consejos y de las cámaras de Castilla e Indias, pues ha sido frecuente tocar el turno al oficial mayor de una Secretaría del Despacho que ningún conocimiento tenía de las materias del empleo a que se le destinaba, y como por consecuencia de este método se continuaba después el pasar también por vía de promoción los secretarios de un consejo a otro, venía a resultar que cuando el oficial mayor que salió empezaba a adquirir algún conocimiento de los negocios de la Secretaría en que se le había colocado, era promovido a otra en que necesitaba distinta instrucción, consumiendo el tiempo en estos pases, y llegando el término, cuando ni las fuerzas ni el ánimo está para aprender nuevo oficio con grave detrimento de mis vasallos interesados en el despacho, y con perjuicio de la reputación de los mismos secretarios y oficiales. Por estas y otras consideraciones que se me hicieron presentes en varios tiempos mandé examinar este asunto en junta de ministros y Secretarios de Estado, y después de haber oído sus dictámenes, he resuelto que las salidas y promociones de los oficiales mayores de las Secretarías de Estado y del despacho sean análogas a las materias y negocios propios de su carrera, y de las mismas Secretarías en que hayan servido y para que las tengan en número competente y con el honor y decoro que corresponde al de sus empleos y servicios, he venido en señalar por salidas ordinarias para los oficiales mayores de la primera Secretaría de Estado y del despacho la de Secretarios del Consejo de Estado, una plaza de capa y espada en el de Guerra, y otra de igual en el de Indias, como ahora las obtienen D. Ignacio de Heredia, mediante la Instrucción que en ambos tribunales se requiere de los tratados, intereses y relaciones con las naciones extranjeras, y de otras materias de Estado. Para los oficiales mayores de la Secretaría de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia, las plazas de Secretarios de la Cámara y del Consejo de las Órdenes, así por ser propias de su institución y carrera, como por no tener los oficiales de esta Secretaría otra salida eventual, o extraordinaria como tienen las demás. Para los de las Secretarías de Estado y del Despacho de Guerra y de Marina la plaza de Secretario del consejo de Guerra, alternando entre ambas y empezando por ascenso o falta de D. Mateo de Villamayor que sirvió en la de Guerra, el oficial mayor de Marina; dos plazas de capa y espada, una para cada Secretaría, en el mismo Consejo de Guerra de las que ya existen; dos Intendencias una de Ejército y otra de Marina que también señalaré, y una plaza en el consejo de Indias alternativamente entre dichas Secretarías de Guerra y Marina, entrando primero el oficial mayor de Guerra supuesto que en estas dos Secretarías hay asuntos relativos a los conocimientos necesarios en el gobierno de las Indias. Para los oficiales mayores de la Secretaría de Estado

y del despacho de las Indias las dos plazas de Secretarios de su Consejo y Cámara, y otra plaza en el mismo Consejo. Y finalmente para los oficiales mayores de la Secretaría de Estado y del despacho de Hacienda las dos plazas de secretarios de su consejo en el gobierno y millones y de la Junta General de comercio y moneda con honores también del consejo de hacienda dotándose estas tres secretarías con igualdad y equivalencia a las Secretarías o plazas de Guerra e Indias en la forma que explicaré en la resolución que se comunicará por la misma vía de Hacienda; todo sin perjuicio de que según los conocimientos, circunstancias y calidades de estos oficiales de hacienda salgan también cuando se tuviere por conveniente a las plazas de contadores generales de valores y distribución aunque no hayan de ser de fija y ordinaria salida. Me reservo no obstante lo expresado promover los oficiales de todas las Secretarías, sean o no mayores, a los destinos que se presentaren, proporcionados a la carrera que hayan seguido, y a sus talentos, instrucción y experiencias, o dejar de hacerlo aun en los casos señalados cuando lo pidiere el bien del Estado y mi servicio en algunas circunstancias muy particulares y urgentes, sin las cuales no dejaré de promover al oficial mayor a quien toque la salida a las plazas y Secretarías destinadas. Y declaro que entre ellas no ha de haber por reglas ordinarias, promoción, pase, o ascenso por estimarlas todas iguales y convenir a sí a su buen desempeño, excepto la Secretaría de Órdenes que será su regular ascenso a las de la Cámara. En consecuencia de todo nombro para la Secretaría vacante de la Junta general de comercio y moneda por promoción de D. Manuel de Nestares a D. Manuel Ximénez Bretón, oficial mayor de la Secretaría de Estado y del despacho de hacienda con los honores y calidades enunciadas. Tendréis lo entendido para su cumplimiento en la parte que os toque, y comunicaréis copia de este decreto para la que les pertenezca a las demás Secretarías de Estado y del despacho. Señalado de mano de S.M. en Aranjuez a 31 de mayo de 1785. Al conde de Floridablanca. Es copia. El conde de Floridablanca” (AGM leg. 5022); el decreto anterior fue complementado por este otro de 8 de junio de 1785 señalando 60.000 reales a varias salidas de los señores mayores el 8 de junio de 1785: “Por decreto de 31 de mayo próximo pasado que dirigí al conde de Floridablanca, mi primer Secretario de Estado y del despacho acordé las salidas fijas que deben tener los oficiales mayores de las seis Secretarías de Estado y del despacho, y entre ellas he destinado para los de la de Hacienda las Secretarías del consejo de hacienda, gobierno y millones, y la de la junta de (aranceles) comercio, moneda y minas. Para que estas que se hallan aun sobre el pie antiguo de dotación la tengan equivalente a la de los empleos a que ha de ser promovidos los oficiales

del siglo XVIII, constituyendo una fuente importante para conocer el perfil de estos oficiales¹⁵, a la que hay que añadir algunas obras del primer tercio del siglo XIX relacionadas con el mundo de las Secretarías¹⁶.

mayores de las otras Secretarías, señalo a cada una de ellas sesenta mil reales de vellón de sueldo al año, siendo de cuenta de los Secretarios los gastos de escritorio. Tendreislo entendido para su cumplimiento y dispondreis que desde luego se asista con ellos a D. Pedro Fermín de Indart y D. Fernando de Senra que sirven actualmente las del Consejo, y a D. Manuel Ximénez Bretón a quien tengo nombrado para la de la Junta de Comercio. Señalado de la Real mano en Aranjuez a 8 de junio de 1785. Al marqués de Zambrano” (AGM leg. 5022).

¹⁵ De obligada referencia son los apéndices documentales en la monumental y modélica obra de Escudero *Los Secretarios de Estado...*, de los que destacamos: “La ciencia vindicada contra los plumistas y definición de las Secretarías del Despacho Universal. Definición de lo que son ahora y lo que deben ser las seis Secretarías del Despacho Universal de Estado, Gracia y Justicia, Hacienda, Indias, Guerra y Marina. Madrid, 27 de junio de 1747 (Vol. IV, págs. 1167-1186, también hace referencia Escudero en *Los Orígenes...*, págs. 256-263; Martínez Robles, M., *Los Oficiales de las Secretarías de Corte bajo los Austrias y los Borbones 1517-1812*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1987, págs. 249-269); “El Secretario de Estado y del Despacho instruido. Su origen en España, sus funciones, ejercicio, máximas y manejos; su dirección, honores y preeminencias” (Vol. IV, págs. 1188-1275). La obra de Antonio de Prado y Rozas *Reglas para oficiales de Secretarías y Catálogo de los Secretarios del Despacho y del Consejo de Estado, que ha habido desde los Reyes Católicos hasta el presente; junto con las Plantas dadas a las Secretarías*. Oficina de Antonio Marín. Madrid, 1755 (fue publicada por José María García Madaria, con un estudio introductorio en *Dos Estudios sobre Historia de la Administración: Las Secretarías del Despacho*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1982, págs. 79-134).

¹⁶ Anónima “Memoria sobre las Secretarías del Despacho” del año 1824, publicada por García Madaria, J. M^a *Op. Cit.*, págs. 135-181; García de León y Pizarro, J., *Memorias*. Edición, prólogo y notas de Álvaro Alonso-Castrillo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998; Henry Veira, Á. A., *El oficinista instruido o práctica de oficiales reales*. Estudio preliminar

3.1. *La necesidad de una regulación*

Algunas voces clamaban por una mejor organización de las Secretarías del Despacho, destacando un escrito anónimo, fechado en Madrid el 6 de diciembre de 1824¹⁷, en el que se denunciaba la ausencia de una normativa general de estas instituciones¹⁸; reconocía que se habían regulado aspectos parciales, apuntaba la posibilidad de que alguna Secretaría hubiese dispuesto de alguna normativa interna, incluso con una hipotética sanción real, que recogiese prácticas rutinarias¹⁹. Por ello afirmaba:

“Nunca empero se ha visto (que sepamos) una ordenanza o reglamento sancionado, que exija indispensablemente calidades personales, instrucción probada,

de José M. Mariluz Urquijo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.

¹⁷ “Memoria sobre las Secretarías...”, págs. 135-181.

¹⁸ En el último párrafo del R.D. de 30 de noviembre de 1714, origen del sistema ministerial español, se alude a un reglamento instructivo del que hasta ahora no tenemos noticia: “Todos los cuatro sujetos, a quienes se repartan los expresados negocios, han de servir con el título de Secretario de Estado, cada uno del Departamento que se les señala, y en los días que se asigna; *observando y guardando inviolablemente el reglamento instructivo que he mandado formar, y entregar a cada uno con copia de este decreto, para que se arreglen en todo a lo dispuesto y prevenido en uno y otro, y sepa cada uno lo que le toca, el sueldo que ha de gozar, y el número de Oficiales que ha de haber en cada oficina, con lo que han de gozar al año*”. (Novísima Recopilación III, VI, 4).

¹⁹ La distribución de las mesas entre los oficiales, primero a cargo del Secretario y, más tarde, del oficial mayor cuando aquél lo determinase, se hizo durante el período ilustrado mediante los denominados “Repartimientos de negociados”, que en opinión de la profesora D^a Margarita Gómez Gómez fueron verdaderos reglamentos internos de vigencia indeterminada, ya que eran renovados normalmente si había cambios de alguna transcendencia en el personal de la Secretaría o se consideraba conveniente para el buen funcionamiento de la institución (*Forma y expedición...*, pág. 130; Badorrey Martín, B., *Los Orígenes...*, pág. 281).

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

carrera preventiva, y años de servicio que deba tener el Candidato, según en la Secretaría en que hubiere de entrar. Ordenanza que metodice y subdivida los trabajos, que organice el régimen interior en términos que pase por muchos ojos y por muchos criterios cada expediente, su extracto y su nota antes de presentarlo al Ministro, y que sea a este responsable bajo su firma quien se lo presente, de exactitud y veracidad-ordenanza que reparta las horas de asistencia, unas para conferenciar y acordar, otras para dar razón al Público (no dar *audiencia* como se dice) y las restantes para trabajar; que metodice el registro y el Archivo; que imponga silencio, sigilo, lenguaje y subordinación gradual, que asegure por medio de preceptos penales, la laboriosidad, el estudio y la moralidad de los oficiales, y que al mismo tiempo coarte las demasías de los Portereros, sujete sus modales, comportamiento y respeto según la clase y dignidad de las personas que acudieren a sus porterías o mamparas. Ordenanza que facilite al Ministro saber al golpe a cualquier hora y deshora, el paradero, en qué consiste, y que estado tiene cada expediente, sin contingencias de *extravíos* ni *traspapeleos* que tanto suelen menudear. Ordenanza por fin que ofrezca a S.M. una total seguridad de que al mudar al Ministro cuando fuere de su real agrado, no sufrirá alteración, trastorno, detención, ni atraso la marcha, curso y despacho de los negocios”²⁰.

Algunos aspectos particulares de los que señalaba el autor anónimo tenían una regulación general por un Real Decreto de 14 de agosto de 1819, que establecía el régimen de trabajo y horario en las Secretarías de Estado y del Despacho (regulaba la asistencia de los oficiales y la justificación de sus ausencias; la prohibición de la extracción los expedientes y papeles salvo autorización del Ministro; los horarios de las audiencias de los oficiales y el Ministro; el uso del uniforme; la entrada en la Secretaría; así como el comportamiento y

²⁰ García Madaria, J. M^a., *Dos estudios...*, pág. 144.

conducta del personal; siendo responsable de todos estos aspectos el Ministro)²¹.

²¹ “Para el bien de mi Real servicio, utilidad y conveniencia de mis amados vasallos y que tengan el mejor y más expedito curso los negocios, quiero se observe puntualmente en mis Secretarías de Estado y del Despacho las prevenciones que contienen los artículos siguientes:

1º Que los oficiales de las Secretarías del Despacho asistan a ellas en todo tiempo desde las nueve en punto de la mañana hasta las dos de la tarde, siempre con el uniforme que les esté señalado.

2º Que ninguno deje de asistir a la Secretaría a menos que sea por causa justa o con conocimiento del Ministro.

3º Que por las noches asistan precisamente a las Secretarías uno de los mayores o primeros, el último y por turno uno de los demás entendiéndose en todo tiempo desde el anochecer hasta que se retire el Ministro.

4º Que no se saquen de las Secretarías papeles y expedientes sin conocimientos de los Ministros y solamente en los casos en que por la gravedad del negocio convenga que los oficiales se dediquen con meditación y sin distraerse con otros objetos.

5º Que por alternativa ha de dar audiencia uno de los oficiales desde los primeros inclusive hasta el último que tenga negociado, debiendo ser la hora de once a doce de la mañana.

6º Que el oficial de partes, tres días en la semana ha de dar razón a los interesados del curso y decisión de sus pretensiones excepto de aquéllos que por su naturaleza son reservados.

7º Que los Ministros han de dar audiencia dos días en la semana desde las diez hasta las once de la mañana en todo tiempo.

8º Que en todos los actos públicos, tanto los Ministros como los oficiales de Secretaría se han de presentar con uniforme porque así lo requiere el orden y consideración que debe tenerseles.

9º Que no se permita entrada en las Secretarías sino a aquellas personas que les esté declarada, a cuyo fin especificarán; y para disfrutar de esta gracia deberán ir con el uniforme y no siendo así se les negará.

10º Que en las Secretarías se guarde y observe la urbanidad, orden y decoro que corresponde entre la clase distinguida de que se componen.

11º Que por el mismo principio cada uno de los individuos se esmere en no dar motivo a que se censure de su conducta moral y política conduciéndose con la moderación propia de su educación y el buen porte que tienen acreditado.

Cuando Fernando VII nombró, el 4 de mayo de 1814, los ministros encargados de las Secretarías del Despacho, también estableció el horario para el despacho de cada uno de ellos con el monarca²². Es posible que variase durante el Sexenio absolutista (algunas Secretarías se suprimieron, las de Gobernación). Durante la Década Ominosa el despacho con los ministros debió de verse alterado con la creación del Consejo de Ministros (R.D. 19 de noviembre de 1823)²³.

12º Que de la observancia de los precedentes artículos serán responsables respectivamente los Ministros por lo que toca a cada uno en su Departamento.
13º Y que este Decreto ha de ser comunicado desde luego a las Secretarías para su observancia, avisando haberse notificado.

Tendreislo entendido y comunicaréis para su cumplimiento”. De orden de S.M. se dio traslado al Secretario del Despacho de Estado el 14 de agosto de 1819 (Fernández Espeso, C., y Martínez Cardós, J., *Primera Secretaría de Estado. Ministerio de Estado. Disposiciones Orgánicas (1705-1936). I. Ministerio de Asuntos Exteriores*. Madrid, 1972, págs. 37-38). Como se puede comprobar el horario es distinto al que estableció Carlos IV el 29 de septiembre de 1805 (Badorrey Martín, B., *Los Orígenes...*, págs. 297-298).

²² Domingo por la mañana, Gracia y Justicia; por la noche, Estado.

Lunes por la mañana, Guerra; por la noche, Marina.

Martes por la mañana, Hacienda; por la noche Estado.

Miércoles por la mañana, Gracia y Justicia; por la noche, Mayordomía mayor

Jueves por la mañana, Guerra; por la noche, Marina.

Viernes por la mañana, Hacienda; por la noche, Estado.

Sábado por la mañana, Gobernación de la Península; por la noche, Gobernación de Indias. (Martín de Balmaseda, F., *Decretos del Rey Don Fernando VII Año Primero de su restitución al trono de las Españas*. Tomo I. Madrid, 1818, págs. 10-11).

²³ Martín de Balmaseda, F., *Decretos y resoluciones de la Junta Provisional, Regencia del Reino y los expedidos por su Majestad desde que fue libre del tiránico poder revolucionario comprensivo al año 1823*. T. VII. Madrid, 1824, págs. 192-193.

La conveniencia de una regulación de las Secretarías por algunos titulares de estas instituciones ya fue ensayada tiempo atrás. La profesora Badorrey Martín afirma que hubo diversos intentos para formar un reglamento u ordenanza que regulase el trabajo de la Secretaría del Despacho de Estado, destacando el de Floridablanca, quien manifestó, en el repartimiento de los negociados de esta Secretaría de 25 de noviembre de 1790, que una de las cosas que más habían ocupado su interés era la formación de un reglamento de la Secretaría del Despacho de Estado donde, aparte del repartimiento de negociados, se regulase un método de trabajo sencillo y provechoso; sin embargo, su salud y otros sucesos le impidieron hacer realidad su deseo²⁴. Se regularon algunos aspectos de forma particular y los otros continuaron tramitándose mediante “la práctica tradicional y la experiencia diaria”. La profesora Gómez Gómez señala que el hecho de que las Secretarías, a diferencia de los Consejos, no tuviesen instrucciones u ordenanzas, favoreció que fuesen unos organismos de gobierno “abierto en todo momento a nuevas prácticas burocráticas...lo que nos informa de la mentalidad pragmáticas de quienes regentaban estas instituciones”, aunque supone una gran dificultad para conocer su actividad documental, utilizando sin duda los usos burocráticos “que la experiencia había ido estableciendo como norma de funcionamiento”²⁵.

3.2. La elaboración

Las manifestaciones del autor anónimo no debieron caer en saco roto; posiblemente recogían el sentimiento de un grupo bastante representativo entre quienes estaban relacionados con el mundo de las Secretarías. Algunos años más tarde, uno de los ministros, el de Marina, dirigía al Rey este escrito:

²⁴ Badorrey Martín, B., *Los Orígenes...*, pág. 288.

²⁵ Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...* pág. 128.

“Señor

Por más extraño que parezca, no deja de ser cierto, que en la Secretaría de Estado que V. M. se ha dignado fiar a mi cargo, no existe, ni ha existido nunca ningún reglamento, instrucción ni otro documento escrito, por el cual se determinen las prácticas y el orden que deban observarse en el despacho de los negocios, ni se fijen tampoco las obligaciones respectivas de los varios empleados que en ella.

Admirado yo por esta falta, no menos que persuadido de la necesidad de repararla, concebí pues la idea de dedicarme a este trabajo, guiándome por lo que mi propia experiencia me enseñó durante el tiempo que, destinado en esta misma Secretaría, corrí toda la escala desde oficial agregado a oficial mayor de ella. Y aun no fiándome todavía de solo esto, he procurado además aprovecharme de las luces ajenas, con el recto fin de conseguir el acierto, sustituyendo una reglas claras y positivas a la incierta y poca segura tradición, única que se conoce para gobierno de todos los individuos que hoy están a mis órdenes.

Si esta Instrucción que presentó respetuosamente a V. M. mereciese su Real aprobación, quedará desde luego establecida, y sólo restará por mi parte cuidar de su observancia como disposición emanada de V. M.

11 de agosto de 1828”²⁶.

Cinco días más tarde, concretamente el 16 de agosto, el Ministro tuvo despacho con Fernando VII, al que leyó la Instrucción que fue aprobada por el Rey²⁷.

²⁶ AGM leg. 5022.

²⁷ Al pie del documento anterior está la siguiente anotación que lo confirma: “16 del mismo:

Antes de analizar la Instrucción es conveniente tener en cuenta: el momento en que se hizo, el Ministro responsable y cómo se pudo elaborar.

La elaboración de la Instrucción tuvo lugar cuando acababa de terminar la revuelta de los agraviados, que duró prácticamente todo el año 1827, y cuando se implantó efectivamente en abril de 1828 el sistema de presupuestos, además también se encargó a Sainz de Andino la elaboración del Código mercantil o de comercio²⁸. El gobierno estaba formado en esos momentos por: Manuel González Salmón en Estado (interino desde el 19 de agosto de 1826); el marqués de Zambrano en Guerra (desde el 27 de julio de 1825); Francisco Tadeo Calomarde (desde el 17 de enero de 1824); Luis López Ballesteros en Hacienda (2 de diciembre de 1823); y Luis M^a Salazar (2 de diciembre de 1823, también lo había sido con la Regencia desde el 27 de mayo de 1823)²⁹.

S. M. se ha dignado aprobar la instrucción para gobierno de la Secretaría de Estado y del Despacho de Marina que le he leído en este día”.

²⁸ Comellas García-Llera, J. L., “La década final”, *Del Antiguo al Nuevo Régimen hasta la muerte de Fernando VII. Tomo II Historia General de España y América*. Ediciones Rialp S. A. Madrid, 1981, págs. 529-534.

²⁹ García Madaria, J. M^a, *Estructura de la Administración Central (1808-1931)*. Instituto Nacional de la Administración Pública. Madrid, 1982, pág. 298. Los miembros de este Gobierno fueron descritos por un contemporáneo de este modo: “ el ministerio de Estado vino al fin a caer en manos de don Manuel González Salmón que le desempeñó varios años sin salir de la calidad de interino, siendo así que los propietarios duraban tan poco, y no señalándose él por circunstancia alguna notable, porque su talento era corto, su instrucción escasa, y además había sido tachado de liberal en 1814, recomendándose solo por su experiencia en los negocios adquiridos por rutina en una carrera no breve, y por su condición nada cruel ni severo. Casi por los mismos días se pensó en hacer alteraciones en el gobierno, dando forma nueva y aumento de poder al consejo de Estado. Pero los proyectos, a poco de haber sido formados y puestos en planta quedaron deshechos, reponiéndose las cosas en su ser antiguo, o poco menos. En medio de este desconcierto vino a adquirir el ministerio, si no otra cosa, permanencia, de que había carecido desde el advenimiento al trono de Fernando. Había en él, con todo, a modo de dos

Del último se ha dicho que “es un personaje de los que pasan por la historia sin hacer ruido”, pero también que era “culto, fiel, probo, trabajador y con fama acreditada de buen organizador”³⁰. Se formó en

bandos opuestos con sus respectivos caudillos, complaciéndose el rey, cuyo natural le llevaba a introducir o mantener la división entre sus mismos servidores, y a no dar a hombre alguno completa y exclusiva privanza. La voz común, sin embargo, suponía que gozaba de influjo preponderante en el eral ánimo D. Tadeo Francisco Calomarde, ministro de Gracia y Justicia; personaje salido de esfera humilde, subido a su puesto por sus pasos contados tras sus largos servicios como oficial de secretaría; de cortas luces, aunque con cierta maligna travesura cortesana; de instrucción indigesta y de mala especie, y aun así no extensa; adulador; de índole dura y que alcanzó la poco envidiable fama de ser mirado como cabeza del bando más dado a sustentar la causa de la ignorancia y de la persecución y de dejar su nombre como señal de una época nada gloriosa de España por título alguno. Al revés el ministro de Hacienda don Luis López Ballesteros comenzó a señalarse por dar orden y regularidad a los negocios del importantísimo ramo puesto bajo su dirección, y por inclinarse a máximas de gobierno más ilustradas y generosas, favoreciendo a las personas de los vencidos liberales, y no oponiéndose a reformas contenidas dentro de estrechos límites. Mediaba entre ambos el ministro de la Guerra marqués de Zambrano, realista acérrimo, pero atento a los negocios del ejército más que a cebarse en el bando contrario caído. Otro sucedía al ministro don Luis Salazar, creado conde de Salazar, hombre de instrucción y talento, y que, si bien duro con los liberales a quienes miraba con odio sabía reprimir su condición y no contribuir a inútiles sobre odiosas persecuciones”. (Alcalá Galiano, A., *Historia de España desde los tiempos primitivos hasta la mayoría de la reina doña Isabel II, redactada y anotada con arreglo a la que escribió en inglés el doctor Dunham. Tomo VII*. Madrid, 1846, págs. 276-277).

³⁰ O'Donnell y Duque de Estrada, H., “Luis María de Salazar, capitán de navío y ministro de Marina”, *La Armada y sus hombres en momentos de transición. Cuaderno n° 54*. Instituto de Historia y Cultura Naval, mayo de 2007, pág. 115. No son muchas las referencias que se han hecho a este personaje; puede verse la nota anterior. Sobre “la época 1824 a 1832, que tan profundas alteraciones tuvieron los cuerpos de la Armada, siendo Ministro de Marina D. Luis María de Salazar” (Montero y Aróstegui, J., *Deberes y facultades de todos los funcionarios de Administración de Marina*. Madrid, 1865, pág. 29. Tampoco tiene una opinión favorable José Presas (*Pintura de los males que ha causado*

el Seminario de Vergara; sentó plaza de guardiamarina en Cádiz el 17 de marzo de 1775, con 17 años; participó en varias campañas embarcado, aunque nunca tuvo el mando de ningún buque. Un hecho determinante en su carrera fue su relación con Mazarredo, a cuyas órdenes sirvió en el navío *Conde de Regla*, siendo teniente de navío, y con quien colaboró cuando aquél elaboró las Ordenanzas de 1793. En ese mismo año, ingresó en la Secretaría del Despacho como oficial supernumerario, llegando a oficial mayor primero (gozó de la confianza de Grandallana, otro valedor en su carrera, quien por cierto era el suegro de otro oficial de la Secretaría, y con el que Salazar entabló rivalidad, Vázquez Figueroa), teniendo como salida la Intendencia de El Ferrol en 1803; en 1807 fue nombrado intendente general del Almirantazgo. En definitiva, un oficial del Cuerpo General (cuando era oficial mayor de la Secretaría del Despacho de Marina ascendió a capitán de navío, su más alta graduación) que alcanza las más altas cotas en el Cuerpo de Ministerio, el cuerpo administrativo de la Armada. La Guerra de la Independencia hace posible que inicie una carrera como ministro³¹, llegando a ser premiado por Fernando VII con el título de conde de Salazar el 9 de septiembre de 1830.

a la España el gobierno absoluto de los dos últimos reinados. Burdeos, 1827 págs. 77-80).

³¹ Ministro de Hacienda (23 de junio de 1812 a 1 de octubre de 1812); Ministro de Hacienda (4 de mayo de 1814 a 29 de mayo de 1814); Ministro de Marina (29 de mayo de 1814 a 27 de enero de 1816); Ministro de Guerra interino hasta la llegada de su titular (23 de octubre de 1815); Ministro de Marina interino (9 de marzo de 1820 a 6 de abril de 1820); Ministro de Marina (27 de mayo de 1823 a 2 de diciembre de 1823); Ministro de Hacienda interino durante la enfermedad de su titular (19 de julio de 1823); Ministro de Estado interino durante la ausencia de su titular (19 de agosto de 1823); Ministro de Marina (2 de diciembre de 1823 a 1 de octubre de 1832); Ministro de Estado interino hasta la llegada del titular (11 de julio de 1824); Ministro de Guerra interino (13 de junio de 1825 a 27 de junio de 1825); Ministro de Hacienda interino durante la enfermedad del titular (15 de octubre de 1827). (Urquijo Goitia, J. R., *Gobierno y Ministros españoles (1808-2000)*. C.S.I.C. Madrid, 2001, págs. 311-312).

Algunos consideran que fue consciente de la pérdida de la América continental y de sus consecuencias en las fuerzas navales, lo que suponía un cambio de orientación tanto en la estructura como en los efectivos navales y humanos; es más, según esa opinión, de haberse seguido sus planteamientos, la Real Armada “hubiera podido rehacerse con nuevos moldes y reorganizarse con arreglo a la nueva situación política del momento dentro del marco europeo”. Comenzó cierta actividad constructora, al tiempo que elaboró un plan de construcciones navales, que el estado de la Hacienda impidió llevar a cabo. Proyectó la forma de distribuir los presupuestos, estableciendo prioridades en los gastos, divididos en dos grupos (gastos extraordinarios de mar y armamentos, y gastos ordinarios de puerto y desarme), subdivididos a su vez en gastos de personal y material. Reorganizó los cuerpos de la Armada, los arsenales y los departamentos.

Además:

“En lo que demostró ser clarividente fue en la proporción y número de los efectivos navales que debían mantenerse después de la pérdida de nuestras posesiones americanas, compatibles con la situación de nuestra Hacienda y el equilibrio naval europeo. Según Salazar, los efectivos navales y su proporción debían ser los siguientes: tres o cuatro buques de línea, entonces navíos, seis y ocho fragatas o cruceros, cinco o seis corbetas y una serie de fuerzas ligeras apropiadas a las necesidades del momento. Si analizamos esta proporción entre fuerzas dedicadas a la adquisición del dominio del mar y las de realizar el ejercicio de este dominio, y las comparamos con los sucesivos efectivos que ha tenido la Marina a lo largo del siglo XX, observamos con asombro que apenas ha variado esta proporción, de tal forma que, a través de los distintos programas navales, de las vicisitudes políticas y de los progresos técnicos, siempre se ha tratado de conseguir este equilibrio entre las fuerzas de dominio del mar y las del ejercicio del mismo, de tal forma que esta regla que podemos denominar “de Salazar” ha continuado hasta nuestros días, en

que se ha variado debido, sin duda, a la bipolaridad política y a los adelantos técnicos”.

Por ello algunos consideran su actividad como la:

“labor de uno de los más clarividentes ministros de Marina que ha tenido España, aunque tuvo la desgracia de ejercer en una época en la que tocó la ingrata labor de reducir y organizar sobre nueva planta a una Marina que había sido hasta entonces una de las reinas de los mares, pero con un gran realismo le marcó las características y las líneas de acción posibles que habría de tener en el futuro”³².

Hugo O’Donnell define el carácter de Salazar como: “competente, trabajador, organizado y buen organizador, leal a sus superiores, poco capaz sin embargo para la crítica inteligente, probablemente acomodaticio y decididamente adulator”³³. Añadiendo más adelante que era “buen organizador y reglamentista, en las colecciones legislativas abunda su firma: ordenanzas económicas, tema en el que era un especialista, reglamentos para el resguardo marítimo, instrucciones para el régimen económico de los arsenales, instrucciones

³² Manera Regueyra, E., “La Armada en el siglo XIX”, Hernández Sánchez-Barba, M., y Alonso Baquer, M., *Las Fuerzas Armadas Españolas. Historia institucional y social*. T. 4. Alhambra. Madrid, 1987, págs. 59-60. Una opinión muy distinta defendía el almirante Guillén Tato, quien le niega el menor mérito, valorando negativamente sus reformas “que tanto daño hicieron, pues desarticularon muchos servicios y organismos sin aumentar su eficacia” (O’Donnell y Duque de Estrada, H., *Op. Cit.*, pág. 126, este mismo investigador afirma que “durante su administración, se pudo salvar de la total destrucción una marina residual, dedicando al mantenimiento de los buques y arsenales una escasísima partida presupuestaria, lo que quedaba una vez cumplidas, cuando se cumplían, las obligaciones para con un numeroso personal heredado de épocas mejores”).

³³ *Op. Cit.*, pág. 122.

para solucionar el problema eterno de las matrículas...”³⁴. A las que debemos añadir la Instrucción que nos ocupa.

Según su escrito de 11 de marzo la autoría corresponde a Salazar, si bien él mismo reconoce: “no fiándome todavía de solo esto, he procurado además aprovecharme de las luces ajenas, con el recto fin de conseguir el acierto”. Es difícil determinar cuáles fueron esas luces ajenas; en el expediente se recogen diferentes minutas con añadidos, tachones, y escritos con diferentes letras. Si atendemos a este detalle aparecen al menos tres tipos de letras, y alguno de estos escritos corresponden a apuntes que si se tuvieron en cuenta en la redacción final. Sólo hay un billete que hace mención a un nombre: “No se habla del cierro en la Instrucción, ni Moreno hace mérito de él en estas observaciones, pero ésta es una obligación que ha estado siempre al cuidado del último oficial de la Secretaría o del agregado cuando lo ha habido en ella”³⁵. Los informes están confundidos, entremezclados y no

³⁴ *Ídem.*, pág. 126.

³⁵ AGM leg. 5022. El billete añade esta nota respecto al artículo 52: “Por Real orden de 24 de febrero de 1814 se señalaron al 2º portero 1500 reales anuales del fondo de Secretaría por el encargo de correr con los gastos de ella. Por otra de 4 de enero de 1816 se le libró al mismo igual cantidad por el fondo de Almirantazgo para remunerar el trabajo de cobrar las letras de este ramo, y el de multas y patentes; y por la de 17 de febrero de 1818 se hizo este último abono al Portero Mayor por haberse encargado de aquella cobranza.

En 29 de noviembre de 1820 (tiempo inhábil) se asignaron por el encargo de correr con los gastos de Secretaría y el de cobrar las letras de 2.250 reales anuales”.

Junto a la minuta con los tachones y rectificaciones hay otros dos escritos con observaciones. Uno de ellos dice:

“Entiendo, que después del artículo 1º en que se previene que los cuatro primeros oficiales serán secretarios del Rey con ejercicio de decretos, podrá expresarse la fórmula del juramento que deben prestar como tales secretarios del Rey con ejercicio de decretos.

Creo muy conveniente que se fijen las horas de entrada y salida de la Secretaría y del Archivo, tanto en verano como en invierno; bien que con la restricción de que se verifique la salida, aun cuando se cumpla la hora, siempre

que el Señor Ministro permanezca en la Secretaría o en otra de las del Despacho, a menos de que mande otra cosa, ya de que se retiren todos los oficiales o cuales. No parece indiferente el señalamiento de horas por los incidentes que pueden sobrevenir para que nadie alegue ignorancia en esta parte y sepan todos cuando, y aún cómo deben concurrir.

Artículo 10. Parece que antes de entregar al Jefe los expedientes, debería el oficial mayor enterarse de los extractos y examinar si los expedientes están instruidos como manda el artículo 18, así como debe hacerlo de las Reales órdenes. Con este conocimiento podrá cumplir mejor y más fácilmente con la obligación que le impone el artículo 12 y también responder a las dudas que le consulten los oficiales.

Entre los artículos 11 y 12. Considero que otro de los cuidados que debe haber es que no se admitan documentos originales sino copias testimoniadas o suficientemente autorizadas, a fin de evitar que las partes interesadas acudan a exigirlos para otros usos y no pudiendo negárselas queden los expedientes defectuosos o faltos de una parte principal, o acaso única, que produjo la resolución o bien los interesados sin unos documentos que les son muy precisos.

13. Pudiera añadirse: pero su fuere v.g. la de poner tal o cual expediente al despacho o cosa semejante, bastará que lo diga de palabra a quien corresponda para ser obedecido.

Todos los oficiales deben manejarse independientes en sus respectivos negociados porque cada uno responde de los que se le han encargado; pero, parece, debían tener alguna dependencia del Mayor en cuanto a lo gubernativo o interior de la Secretaría; y en caso de admitirse esta idea podría disponerse en este artículo 13 o bien en otro separado añadiendo a su cuidado el celo sobre el buen cumplimiento de lo mandado en el Reglamento, sin perjuicio, por supuesto, del decoro que a cada uno corresponde.

Entre los artículos 13 y 14 o el que siga. Sería bueno otro artículo previniendo: que el oficial mayor conserve en su poder con la mayor reserva las claves de señales de reconocimiento que están en uso para los buques de la Armada entre sí; las de buques mercantes y plazas españolas y las que hubiere convenidas con potencias extranjeras. Llevará de su propio puño los pliegos impresos de dichas señales cuando fuere menester.

14. Después de la palabra derecho de este artículo me parece me parece sería conveniente añadir: Y el oficial mayor presentará al nuevamente nombrado para que sea conocido en las demás Secretarías de Estado y del Despacho y tenga en ellas la consideración que corresponde. A cada oficial &

Entre los artículos 14 y 15. Sería bueno añadir otro disponiendo: que para cumplir con la cláusula del juramento que en él se expresa (alude al Real título con que concluye el artículo precedente) lo harán en manos del señor ministro bajo la fórmula siguiente (la que hay) pero en cuanto a guardar sigilo añadiendo en lo que fuere de guardar si aquella no lo expresa, porque no es justo obligar a los hombres a boberías con la religión del juramento.

15. En tal caso convendría variar la redacción del principio de este artículo 15 diciendo, si lo expuesto y siguiente merece aprobación. Así que cada oficial queda responsable por este juramento no sólo a guardar sigilo en los asuntos que lo exijan sino también a desempeñar con brevedad y desinterés los negocios de su respectivo cargo. (Hay dos líneas tachadas).

26. A este artículo sería bueno añadir después de las palabras por el Rey N.S. así como las carpetas en que incluyen para la Real firma en la estampilla, deberán escribirse & deberán escribirse & hasta concluir el artículo. Y las fechas del día, mes y año en los Reales títulos, Cédulas, Decretos, Nombramientos y Despachos se escribirán con todas sus letras y de ningún modo en guarismo.

27. En mi concepto sería del caso o adicionar este artículo o dictar otro en que se ordene: que los originales de las Reales órdenes, instrucciones & que se expidan con la calidad de reservadas han de ser escritas indispensablemente por oficial de la Secretaría, así como las minutas de todas las órdenes, reservadas o no, que deben quedar en los expedientes.

33. Esta misma formalidad deberá guardarse en los casos en que el señor Ministro necesite cualquier expediente del Archivo firmando la papeleta el oficial mayor o aquel a quien dicho señor Ministro mande presentarle el expediente.

Me parece, que en el apunte manual que deben llevar los oficiales (artículo 16) sería bueno se les mandase anotar a qué expediente acompañaron el que por antecedente pidieron, para que haya este medio de averiguar su paradero en caso necesario. Digo esto por lo que nos ha enseñado la experiencia, pues he visto con frecuencia que resuelto un expediente se deja como está, de que resulta los antecedentes que se le unieron y así va el Archivo, de que resulta con el trascurso del tiempo creerse perdidos expedientes que en realidad no lo están, siendo olvidado su paradero. Para más obviar este inconveniente se hará una propuesta de adición al artículo 41.

34. Manda este artículo: que cada cuatro o seis meses se pasan al Archivo los expedientes que hubiere en las Mesas ya fenecidos. No creo estaría de más añadir aquí, excepto los reservados en tanto que dure la reserva; pero si esta

fuere indefinida se entregarán al Archivero para que los conserve con la precaución que se le ordena en el artículo 39, pero cuidando antes de su entrega & &

35. Aunque dispone este artículo, que las carpetas de los expedientes tengan las fechas de las principales resoluciones, parece convendría las tuviesen todas, a fin de ver los trámites que hubiere corrido a tenor de los justamente mandado en el artículo 21. La conveniencia de esto es más particular cuando después de mucho tiempo hay necesidad de tomar entre manos un expediente.

41. Procurará (el Archivero), que se retrase el registro y colocación de los expedientes que se le pasen de la Secretaría con arreglo al artículo 34 de esta Instrucción... Si no parece inoportuno pudiera añadirse aquí examinando previamente si entre los documentos de que se componen hay algún expediente acompañado como antecedente, en cuyo caso lo extraerá con conocimiento del oficial del negociado para colocarlo donde corresponde; siguiendo por ahora puntualmente & y si pareciese largo el artículo podría formarse otro de la última parte.

54. Si no se considera de más podría añadirse después de y jerarquía de las personas “que procuren no detener por su parte a los sujetos que concurran a saber el estado de sus negocios, dando desde luego aviso al oficial que corresponda”; que se barran, se asean &”.

El otro:

“Artº 9. Parecía conveniente que aquellas órdenes de generalidad que se expidiesen por un negociado sobre materias cuyo conocimiento pudiera convenir directa o indirectamente a todas las mesas o muchas de ellas para tenerlas presentes en casos de igual naturaleza o por analogía, como sucede en muchas ocasiones, se comunicasen por papeletas por el oficial del negociado que las expidiese.

Artº 14. Como el Real título de oficial de Secretaría y también el de secretario del Rey N. S. expresa que han de jurar estas plazas en manos del señor Secretario del Despacho, tal vez sería oportuno que se expresare aquí esta circunstancia, y que se formalice por los que no la han evacuado, anotándolo al pie de los mismos Reales Títulos como parece se hace en algunas si no en todas las Secretarías.

Artº 24. Aquí está prevenido lo que queda indicado sobre el artº 9º.

Artº 42. Cuando no se halle en el Archivo algún antecedente pedido por la Secretaría parece que deberá decirlo así el Archivero a continuación de la papeleta de petición para que conste que no es defecto del oficial de la Mesa el no acompañarlo al expediente donde debería obrar.

hay ninguna firma, salvo el apellido citado más arriba; pero es innegable que participaron varios colaboradores, posiblemente oficiales de la Secretaría del Despacho o relacionada con ella. Junto a los borradores de la Instrucción recogidos en el expediente se encuentran tres Reales Decretos: el de 13 de noviembre de 1742 relevando del pago de la media annata a los oficiales de las Secretarías; el de 31 de mayo

Art. 56 y siguientes. Aunque aquí se trata solamente de los arbitrios para gastos de Secretaría y su distribución, parece que estas reglas abusasen también a los productos de derechos del Almirantazgo y que el oficial mayor tuviese la intervención, llave y cuenta de ambos fondos, aunque se llevase en separación una de otra como ahora suele.

La cuenta de Almirantazgo y la de fondos de Secretaría se gira desde el restablecimiento del gobierno legítimo de S.M. en el orden que detalladamente expresa la nota puesta en el expediente que se acompaña corrido desde 8 de marzo a 13 de julio de 1825 que es sumamente el mismo que ahora se prescribe en la nueva instrucción con corta diferencia, y presenta una claridad y orden que no puede ofrecer dificultad ni dar motivo a lo que sucedía anteriormente y se explica en el extracto que dio margen a la Real orden de 9 de enero de 1820, que se incluye; agregándose a esto que de tiempo en tiempo se practican recuentos para asegurarse de si la existencia en efectivo corresponde a la que resulta de la cuenta.

Pero sin embargo será muy conveniente que el Depositario en estos fondos presente cuenta anual o semestre de la entrada y distribución acompañando los documentos originales de pago, comprobándola después el oficial mayor como interventor y en quien paran por precisión los recibos de las entradas dados por el Depositario, los cuales son los datos formales del cargo.

Para comprobar si las entradas en estos fondos son conformes a lo que han remitido las provincias pudiera ordenarse lo que se propuso al fin de la nota del expediente de 1825, ya citado, que va marcada con esta señal & o bien pedir estas noticias a los comandantes y contadores de las provincias directamente por lo tocante a la época corrida desde el restablecimiento del Gobierno legítimo; siguiéndose después anualmente esta práctica para que tuvieran todas las comprobaciones imaginables las cuentas y se observe lo que prescribe la nueva instrucción tan acertadamente.

En estas noticias convendría que expresasen las fechas del envío de las letras y la de la contestación en que se había avisado el cobro que es la misma en que está formado el cargo al Depositario”.

de 1785 señalando la salida de los oficiales mayores de las Secretarías; el de 8 de junio de 1785 señalando 60.000 reales de salarios a algunas salidas de los oficiales mayores, es un completo del anterior.

No tenemos noticias sobre el tiempo que pudo llevar su elaboración. Todo indica que durante el despacho Fernando VII se limitó a escuchar y aprobar la Instrucción, sin que hiciese ningún comentario, ni supresión ni añadido.

3.3. Estructura y contenido

La Instrucción aprobada por el Rey N. S. para gobierno de la Secretaría de Estado y del Despacho de Marina de 16 de agosto de 1828 es un texto de cierta extensión sin ser exagerada que regula la organización interna de esta institución, recogiendo y sintetizando la experiencia administrativa de este tipo de organismos durante el período ilustrado. Consta de 93 artículos divididos en seis capítulos, con una breve introducción, a modo de exposición de motivos, y tres anexos: la fórmula de juramento de oficial de la Secretaría a su entrada en ella, el juramento de secretario del Rey y el modelo del cuaderno registro que debe llevar el Oficial más moderno o agregado de la correspondencia³⁶. Si bien en la Instrucción se hace referencia al Ministro o “Gefe” en algunos artículos, no hay ningún capítulo o apartado dedicado a él. Cuando un título trata de un determinado tipo de personal que forma parte de la Secretaría, los primeros artículos regulan brevemente su perfil profesional, derechos, privilegios, y el resto de los artículos del título están dedicados a su actividad en el procedimiento administrativo en las distintas fases; de este modo, ese procedimiento no aparece regulado unitariamente sino entre cada uno

³⁶ La regulación de esta Instrucción corrobora los trabajos de Gómez Rivero (*Los Orígenes...*) y de forma especial los de Badorrey Martín (*Los Orígenes...*) y Gómez Gómez (*Forma y expedición...*) en cuanto a la organización, funcionamiento y tramitación de los asuntos en una Secretaría del Despacho.

de los miembros del personal que participan en él sin abarcar todas las fases del expediente³⁷, en especial cuando la actividad la llevan a cabo el Rey y el Ministro como serían, siguiendo a Gómez Gómez, las de tramitación y despacho y resolución.

Se justifica este documento por la conveniencia de “que haya un orden determinado y constante sobre el cual se arreglen todas las cosas del régimen interior de este Ministerio, para que pueda servir de norma a sus individuos”.

El Capítulo I está dedicado a la *Planta de la Secretaría* y consta de dos artículos. En el primero se establece propiamente esa estructura “por ahora y mientras las circunstancias no obliguen a variar esta planta” que constará de seis oficiales, un oficial mayor y otros cinco, pudiendo aumentarse con un oficial supernumerario o agregado. Encargado del Archivo habría un Archivero con tres oficiales. A este personal se añadían tres escribientes, un portero mayor, tres porteros de número y un mozo ordinario. Esta planta es más reducida que la propuesta el 6 de abril de 1812³⁸. En el artículo 2º se señalan los salarios³⁹, sin hacer referencia a ningún tipo de complemento; además,

³⁷ Para conocer ese método de trabajo es conveniente: Badorrey Martín, B., *Los Orígenes...*, págs. 289-319; y Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, págs. 127-188.

³⁸ Constaba de ocho oficiales (un mayor más siete oficiales), ocho escribientes, un archivero con dos oficiales y dos escribientes, tres porteros de número y dos barrenderos de número (García Madaria, J. Mª, *Estructura de la Administración...*, págs. 55-56).

³⁹ Al lado de la cantidad de cada miembro de la Secretaría, entre paréntesis, aparece la cantidad estipulada por la planta de 1812, con la diferencia entre el salario de una y otra:

Oficial mayor 1º 50.000 reales (52.000, -2000); oficial 2º 40.000 (40.000, =); oficial 3º 34.000 (38.000, -4.000); oficial 4º, 32.000 (36.000, -4.000); oficial 5º, 30.000 (34.000, -4.000); oficial 6º, 24.000 (31.000, -7.000). En la planta de 1812 existía un oficial 7º (28.000) y un oficial 8º (25.000). Existía la posibilidad de un oficial agregado en 1828 pero no se establecía salario en la Instrucción. Suman 210.000 frente a 284.000.

siguiendo el antiguo criterio que prohibía la duplicidad de sueldos, quienes fuesen oficiales de la Armada o miembros del Cuerpo de Ministerio, lo que hoy sería la intendencia, no cobraban por este último empleo.

El Capítulo II está dedicado a las *Atribuciones propias del Oficial mayor de la Secretaría*. Consta de 14 artículos, entre el 3º y el 16º. El artículo 3º establece su función fundamental, “correr con el gobierno y dirección de todos los asuntos interiores” de la Secretaría, a la que añade “celar el buen desempeño y conducta de los porteros; examinar las cuentas e intervenir todos los gastos”. Es, además, el canal de comunicación del Ministro con su personal (que deberá obedecer las órdenes que por escrito o de palabra comunicase por medio del Oficial mayor)⁴⁰; este aspecto se reitera en el art. 14 cuando el Ministro diese

El Archivero, 24.000 (25.000, -1.000); oficial 1º Archivo, 14.500 (14.000, +500); oficial 2º Archivo, 13.000 (12.000, +1.000); oficial 3º de Archivo, 10.000 (no existe en 1812, pero si dos escribientes que no existen en 1828, cobrando cada uno 6.000 euros, lo que supone una cantidad similar entre ambas plantas; la de 1828 cuesta 61.500 reales para cuatro personas, y la de 1812, 63.000 reales para cinco personas).

Escribiente 1º, 6.700 (10.000, -3.300); escribiente 2º, 5.500 (9.000, -4.500); escribiente 3º, 3.650 (8.500, -4.850, además hay otros cinco oficiales en la planta de 1812 que suman 35.000 reales; la planta de 1828 cuesta 15.850 reales, y la planta de 1812, 62.500 reales).

Portero mayor, 12.200 reales (12.000, +200); portero, 9.000 (8.000, +1.000) portero, 8.000 (6.000, +2.000); portero, 5.100 (no existe en la planta de 1812, pero lo compensa con un barrendero primero, con 5.000 reales, y un barrendero segundo con 4.000 que no existen en la planta de 1828, que tiene un mozo ordinario a quien no se ha señalado salario; en la planta de 1828 la cantidad asignada son 34.300 reales pero falta el mozo, y la de 1812, 35.000 reales, es el único punto en que es un poco más cara la planta de 1828). Atendiendo las sumas, la planta de Salazar es mucho más económica que la de 1812 (esta última supone 444.000 reales, y la de 1828, 321.650; una diferencia de 121.650 reales, más de un 25% de ahorro).

⁴⁰ Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, pág. 74; Badorrey Martín, B., *Los Orígenes...*, pág. 283.

disposiciones particulares para el gobierno de los Oficiales de la Secretaría, debiendo utilizar al Mayor como conducto, siendo éste el encargado de hacerlas circular con su firma cuando lo mereciese su importancia (debiendo hacerlo también así, a continuación, los enterados). Es el encargado de la distribución de negociados cuando el Secretario lo determine, quien la aprobará o realizará las variaciones que estime convenientes, sirviendo de guía para el despacho de los asuntos a cargo de los respectivos oficiales, siendo éstos los responsables de su desempeño (art. 4).

La actividad en los negociados será de quienes tengan experiencia o algún conocimiento de los asuntos que se les encarguen; por ello, debe haber oficiales del Cuerpo general, instruidos en la parte militar y marinera, y miembros del Cuerpo de Ministerio, formados en aspectos de contabilidad (art. 5)⁴¹; siendo conveniente que los negociados no cambien de manos aunque se pueda variar de mesa (ascenso en la calificación del oficial), si bien el Ministro, atendiendo a las circunstancias y cuando lo tenga por conveniente, puede encomendar el despacho de algunos expedientes a oficiales de su “mayor confianza” aunque no sean de sus negociados (art. 6). Para la distribución de éstos se atenderá a que los asuntos tengan una afinidad o correlación entre ellos (art. 7). En los artículos siguientes se regula la actividad del Oficial mayor en la elaboración del expediente. Él es el que inicia su tramitación al ser el encargado de repartir la correspondencia entre las mesas y la documentación pertinente de cada

⁴¹ La dualidad ciencia experiencia se resuelve en esta Secretaría del Despacho atendiendo a una preparación previa unida con cierta práctica adquirida por los candidatos en cada uno de los cuerpos de la Armada: el Cuerpo General o Militar (la espada) y el Cuerpo de Ministerio o administrativo (pluma). Gómez Gómez se ocupa de la preparación y requisitos exigibles a los oficiales de la de Indias (*Forma y expedición...*, págs. 92-94); Badorrey Martín establece una dualidad en la Secretaría del Despacho de Estado entre oficiales de carrera y oficiales letrados (*Los Orígenes...*, págs. 395-397).

asunto⁴²; para evitar la confusión a la hora de dirigirlos a las mesas, se debe prestar especial cuidado a la naturaleza del asunto (art. 8). Para esto sería conveniente establecer algunos principios, y en el caso de que un asunto tuviese relación con dos negociados, el que se encargase de él, debería dar aviso al otro; comunicación que siempre sería por escrito (art. 9). No se deberían admitir documentos originales para evitar extravíos en las representaciones o instancias, salvo causa especial y prevención expresa del “Gefe”; en su lugar se presentarían copias legalizadas (art. 10). Para que la distribución de los negocios pudiera hacerse correctamente era indispensable que en la correspondencia de oficio jamás se mezclase en un escrito materias de distinta naturaleza, ya que entonces no serían divisibles y al pertenecer a distintos negociados, no se podrían tramitar adecuadamente. Por ello, para su tramitación, debía avisarse a las principales autoridades de Marina para que en sus oficios pusiesen resúmenes marginales, siguiendo el orden de la numeración por las ventajas de este método (art. 12).

Los oficiales de las mesas debían entregar al Oficial mayor los expedientes listos para el despacho, y una vez reunidos todos, éste los entregaría al Ministro⁴³; un oficial podría hacer llegar directamente al

⁴² Gómez Gómez ubica esta actividad dentro de la fase de iniciación: la Secretaría como centro de recepción de los documentos (*Forma y expedición...*, págs. 137-145 “el oficial mayor era el que tenía el primer contacto con los documentos recibidos. Según los Repartimientos de Negociados debía “reconocer” e “instruirse” de la correspondencia para, según las materias a que hicieran referencia, poder “dividirlos y repartirlos” entre el resto de los oficiales quienes procederían a su estudio y preparación para el Despacho”; para a partir de ahí, iniciar la segunda fase, la de “instrucción”).

⁴³ Esta actividad se corresponde con el final de la fase de instrucción (“las distintas mesas de la Secretaría disponían la documentación para el oportuno despacho, para lo cual era recogida por el oficial mayor, quien antes de entregarla al Secretario debía reconocer y estudiar los extractos y asuntos del despacho vigilando que entregaran completos y arreglados”, para comenzar la tercera etapa del expediente, la tramitación. Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, pág. 151).

“Gefe” un expediente cuando tuviese que hacerle alguna explicación verbal; una vez despachados los asuntos con el Rey y extendidas las resoluciones, el Ministro los entregaría al Oficial mayor, quien los devolvería a las mesas correspondientes (art. 11)⁴⁴.

También era de la competencia del Oficial mayor recoger las Reales órdenes y oficios extendidos por los Oficiales de las diferentes mesas para presentarlos a la firma del Ministro, tras haberlos leído detenidamente y comprobar que no había ningún error, y en su caso advertirlo a quien correspondiese su corrección e, incluso, si fuese necesario, informar al Ministro (art. 13)⁴⁵.

Sería también de su cuidado y responsabilidad la observancia de esta Instrucción, “empleando al efecto su celo y oportunas advertencias, dando parte al Gefe para la providencia que exija el caso” (art. 16). También era el conducto de las disposiciones particulares que el Ministro diese para el gobierno de los Oficiales; debiéndolo hacer por escrito cuando el asunto lo mereciese, cumpliendo con la misma formalidad a continuación los Oficiales al quedar enterados (art. 14).

⁴⁴ Al final del despacho y resolución: “Resuelto un expediente por el Rey o por el Secretario del Despacho, la decisión adoptada debía ser puesta en conocimiento de aquellas personas interesadas o que debían conocer la resolución. Con ello se inicia el proceso que hemos denominado de escrituración, por ser un documento formal y razonado el medio a través del cual se comunicaron las decisiones regias. De la puesta por escrito, como veremos en el apartado siguiente, se encargaron los oficiales a quienes se les comunicaba la resolución adoptada a través del oficial mayor” (Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, pág. 163).

⁴⁵ Este artículo no se adecúa plenamente con el procedimiento planteado por la profesora Gómez Gómez; se puede asemejar al final de la etapa de escrituración cuando “los borradores formados por el oficial debían ser corregidos por el oficial mayor, el Secretario del Despacho o, en ocasiones especiales, por el propio monarca” (*Forma y expedición...*, pág. 167, cuando trata de la validación no hace referencia a este paso, pág. 172).

Una competencia específica consiste en ser el custodio de las claves y cifras de las correspondencias, las señales de reconocimiento entre buques de guerra nacionales y extranjeros, instrucciones reservadas sobre derrotas, operaciones militares u otras de una naturaleza similar que exijan cautela; estos documentos, tan sensibles, deberían ser escritos, si fuese posible por el propio Oficial mayor, y en su defecto por persona de “toda su confianza” con autorización del Ministro (art. 15).

El siguiente capítulo, el III, tiene como epígrafe *De los oficiales de la Secretaría*, al que se dedica un total de 40 artículos, los comprendidos entre el 17 y el 56. Es el capítulo más extenso de la Instrucción.

Los Oficiales de las Secretarías estaban considerados como individuos de la Casa Real, y para que pudiesen gozar de su fuero y regalías, debía darse aviso de su nombramiento a la Mayordomía mayor de Palacio para el correspondiente asiento, según una antigua práctica (art. 17)⁴⁶. Se añadía una segunda parte a este artículo, que perfectamente podía haberse ubicado en el capítulo anterior, en cuanto era el Oficial mayor el encargado de presentar a las otras Secretarías al nuevo Oficial para que fuese conocido y considerado de acuerdo a su nuevo empleo. Cada Oficial recibía Real título de acuerdo al grado o mesa que ocupaba (cada ascenso llevaba aparejado un nuevo título)⁴⁷, así como cuando era nombrado Secretario del Rey con ejercicio de Decretos. En ambos casos debían jurar sus plazas en manos del Ministro de acuerdo a las fórmulas recogidas al final de la Instrucción, quedando anotado este acto en los respectivos títulos (art. 18)⁴⁸. Los oficiales de

⁴⁶ Este privilegio había sido concedido por R.D. de 19 de febrero de 1742 (Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, pág. 98 y 107).

⁴⁷ En base al R.D. de 18 de enero de 1721, ya citado (Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, págs. 98-99; también Badorrey Martín, B., *Los Orígenes...*, pág. 433).

⁴⁸ En la fórmula de juramento, que aparece al final de la Instrucción, a modo de apéndice, hay que destacar la segunda pregunta; hace referencia a las

esta Secretaría recibían el nombramiento de Secretarios del Rey cuando alcanzaban la mesa 4^a desde el siglo XVIII, llevando anejo el tratamiento de Señoría (art. 19)⁴⁹. La Marina tenía reservadas 30 cruces de la Orden de Carlos III por decreto de 25 de marzo de 1772, quedando dos de ellas para los Oficiales de la Secretaría; la propuesta correspondía al Ministro a través del de Estado, como sucedía con la nueva Orden de Isabel la Católica (art. 20). Las solicitudes de los Hábitos de las Órdenes Militares, que correspondían a los oficiales de la Armada, se presentaban al despacho del Rey a través del Ministro de Marina (art. 21).

El juramento no sólo obligaba al secreto sino también a la puntualidad, buen celo y al desinterés con que debían desempeñar “los importantes negocios que se ponen a su cargo”, quedando responsables ante Dios y el Rey (art. 22).

Los artículos siguientes regulan la participación de este personal en la tramitación de los documentos. Para desarrollar su actividad, debían “tener sus papeles bien custodiados y metódicamente arreglados”, para evitar confusiones y extravíos; y poder dar cuenta rápidamente del estado de los negocios, llevando un apunte manual de los que estuvieren al despacho o pendientes de algún informe (art. 23). No se debe demorar el despacho de los expedientes, tanto en lo que toca a los propios oficiales, como hacer recordatorio al Oficial mayor o al Ministro de los asuntos atrasados (art. 24). La obligación principal de

sociedades secretas, no diferenciando ningún tipo aunque posiblemente la más recurrente fuese la masonería (“¿Juráis igualmente ser siempre un fiel y leal vasallo del REY NUESTRO SEÑOR, y que no pertenecéis ni perteneceréis a ninguna de las sociedades secretas, reprobadas por nuestras leyes?”). Sobre este acto Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, pág. 99; Badorrey Martín, B., *Los Orígenes...*, págs. 403-404.

⁴⁹ Gómez Rivero apunta que ese tratamiento se concedió en 1803 (*Los Orígenes...*, pág. 61), Badorrey Martín fija la fecha exacta el 18 de febrero de 1803 (*Los Orígenes...*, pág. 435 nota 355 citando la *Novísima Recopilación* VI, XII, 14); Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, págs. 105-107.

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

un Oficial consiste en extractar “con exactitud y claridad los expedientes de su mesa”⁵⁰, con las correspondientes citas de la legislación que tuviesen relación con la materia y que conviniesen para la más acertada resolución⁵¹. Pero advierte la Instrucción que extractar bien no consiste en reducir las palabras, sino en presentar lo sustancial del contenido “con precisión y claridad”, para que sea más

⁵⁰ Gómez Gómez define el expediente como el conjunto relativo a un mismo asunto gestionado en una Secretaría del Despacho, aunque ella lo centra en el caso de la de Indias (*Forma y expedición...*, pág. 135, también apunta que son “el fruto documental que crea, por medio del escrito, la actividad burocrática de una oficina. Esta actividad podrá plasmarse, bien a través de una simple marca al margen del documento originario, o bien por la superposición y sedimentación de informaciones y antecedentes que provocan la multiplicación del volumen documental originario. El expediente comienza a constituirse desde el momento en que, recibida una documentación y conocido su asunto, se adopta cualquier medida sobre la misma, ya sea su simple remisión al archivo, o bien a otro organismo para que informe sobre el tema. El trabajo burocrático de la Secretaría del Despacho fue por antonomasia un trabajo de y por expedientes. Es decir, un trabajo ágil de superposición rápida de informaciones diversas en origen y calidad, luego relacionadas entre sí para darlo a conocer al monarca. Por otro parte, es un modo de trabajo propio de una institución propiamente gubernativa, necesitada de métodos de trabajo eficaces y exentos de formalismos jurídicos, aunque no por ellos carente de bases legales”, pág. 136)

⁵¹ La segunda fase, la instrucción de la documentación, convierte a los oficiales, siguiendo a Gómez Gómez en los verdaderos protagonistas de la gestión documental. Ellos debían gestionar la documentación que les había asignado el oficial mayor al repartir la correspondencia (“habilitar el Despacho”). Esa actividad la llevaban a cabo mediante dos operaciones distintas y complementarias entre sí: tras la lectura de los documentos en cuestión, localizar todos los antecedentes relativos al asunto comunicado; después realizar un resumen o extracto del documento y sus antecedentes para presentarlo luego al despacho con el monarca. “La importancia de ambas operaciones estriba en el influjo que tanto la aportación de antecedentes, como la buena o mala redacción de un extracto, tenía en la definitiva resolución del expediente” (*Forma y expedición...*, pág. 145).

comprensible (art. 25)⁵². Los Oficiales, atendiendo al conocimiento del expediente que trabajan, podrán exponer las reflexiones oportunas para aclarar las dificultades y dudas para el acierto en las decisiones; pero deberán hacerlo en su propio nombre, usando “del lenguaje comedido, imparcial y respetuoso que corresponde” (art. 26).

Los extractos para el despacho con el Rey se extenderían en papel corto y a medio margen, poniendo en el izquierdo un breve resumen (dando idea del asunto y principales circunstancias). Con los expedientes complicados y voluminosos sería mejor hacer un resumen separado para facilitar su comprensión, con remisión a las partes del extracto más dignas de atención, siendo conveniente numerar las páginas o párrafos de los extractos (art. 27).

En el expediente se han de recoger todos los trámites realizados sobre el asunto, y las resoluciones recaídas; siendo conveniente también incorporar los diferentes extractos reunidos y no separados a continuación de las resoluciones o extractos anteriores para facilitar su manejo al formar un único cuerpo con todas las incidencias del expediente (art. 28). Entre los documentos y antecedentes que se pasen con los expedientes para informar a autoridades superiores o individuos particulares no se acompañarán los extractos, que no deben salir de la Secretaría, ya que en esos extractos están radicados el curso y resolución de los negocios (art. 29).

Las consultas que los Consejos envían directamente al Rey, y que éste dirige a la Secretaría correspondiente, deben extractarse para su despacho; la resolución debe ponerse al margen de la carpeta de la consulta en forma de decreto; rubricado por el Rey, se devuelve al secretario del Consejo del que fuese la consulta con la fecha correspondiente, dejando en el expediente copia de la carpeta (art. 30). Si al final del Decreto se añade la cláusula “y así lo he mandado”, o

⁵² Sobre los tipos y modo de realizar los extractos Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, págs. 148-151.

equivalente, se debe extender por la Secretaría del Despacho; si se omite esa expresión, como otra relativa a su cumplimiento, la expedición corresponde al secretario del Consejo en cuestión (art. 31).

Si las resoluciones recaen en expedientes de una mesa que puedan tener relación con los negocios de otra, se pasarán avisos por escrito a quien corresponda. Y si se hubiesen dirigido por error a quien no debiese, se devolverían al Oficial mayor para su tramitación correcta (art. 32).

Una vez esté el decreto o resolución puesto en el extracto, oficio, informe o memorial se pondrá *fecho* el día que tuviera cumplimiento por el Oficial del negociado; las minutas de las órdenes han de cruzarse o señalarse con el signo de haber tenido el curso debido, junto a otro signo para saber si han sido o no contestadas, en este caso para hacer la reconvencción oportuna (art. 33).

Los Reales Decretos y demás documentos que necesiten la firma o rúbrica del Rey deben expedirse por un Secretario del Rey con ejercicio, al menos su encabezamiento o membrete; el resto se puede escribir por quien no tenga tal carácter. Las fechas de dichos documentos han de señalarse en letra y no en guarismo (art. 34). Los Decretos y demás despachos a presentar a la rúbrica del monarca o para remitir a su Real Estampilla se introducirán en una carpeta a medio margen con la fórmula: “*Señor=Para rubricar (o firmar) V. M.*”, y abajo el nombre del Ministro, diciendo *D. N. de N.* Estos rótulos debían escribirse por quien fuese Secretario del Rey en ejercicio (art. 35).

Las minutas de las instrucciones y Reales órdenes que hayan de quedar en los expedientes deben ser extendidas por el Oficial de la mesa y rubricadas por el Ministro, cuando no sean de su propia letra o que contengan su propia resolución. Los oficios que sean reservados se deben escribir por los Oficiales de la Secretaría (art. 36).

El papel corto se usará para la correspondencia de la Corte a medio margen; si es para fuera, el pliego será entero con un margen como del cuarto; en lo demás se guardará la etiqueta prevenida o admitida como práctica general de las demás Secretarías del Despacho, así como la de Estado observe con los embajadores. Las Reales órdenes y oficios han de escribirse con letra clara e inteligible, sin enmiendas o tachones a no ser que “por la urgencia no puedan remediarse de otro modo; porque así lo exige la decencia y la necesidad de precaver abusos” (art. 37).

A las demás Secretarías del Despacho se han de comunicar todas las resoluciones “cuyo conocimiento pueda convenirles” y no sólo las que tengan relación directa con ellas (art. 38).

Todos los artículos hasta aquí examinados pueden ser válidos para cualquier Ministerio; las que siguen son específicos para el de Marina, así:

Las órdenes relativas al gobierno de la Armada se comunicarán al Director general, tengan o no conexión con él, para que las haga cumplir, así como de las que deba estar enterado. Las primeras se le harán saber directamente; las segundas, por traslado. También deberá darse noticia al Asesor general de todas las reales resoluciones cuyo conocimiento le sea útil o necesario por razón de su oficio (art. 39). Para el gobierno de los Departamentos y Apostaderos, como de las provincias, se pasarán las órdenes a sus comandantes generales, con quienes se llevará la correspondencia directa. Esto mismo se seguirá cuando hayan de pedirse informes, si el Ministro no ordenase otra cosa (art. 40). Cuando se trate del cuerpo político de Marina, tanto en los asuntos de cuenta y razón, como de alguno de sus individuos, se han de entender con el Intendente general y con los respectivos del departamento y apostaderos; dándoles también los traslados que fuesen necesarios (art. 41). En ciertos asuntos y circunstancias se llevará la correspondencia por esta vía reservada directamente con los comandantes generales y particulares de las fuerzas navales, y con los

jefes de las comisiones u otros que lo sean de algún ramo en las provincias (art. 42).

A partir de aquí, de nuevo los asuntos que regulan los artículos siguientes pueden ser válidos para cualquier Secretaría del Despacho. Así en la correspondencia con Ultramar deben duplicarse los oficios, y si las circunstancias lo aconsejan, triplicarse; si los asuntos fuesen reservados y de importancia irán cifrados de la forma convenida (art. 43)⁵³.

En las Reales órdenes y oficios se usará siempre “del estilo propio, sencillo, lacónico y decoroso”, propio de la dignidad del soberano, en cuyo nombre se expiden; sin usar de voces desusadas, ni expresiones chocantes “que indiquen prevención o animosidad inmoderada” (art. 44).

El Oficial que necesite pedir antecedentes al Archivo, lo deberá hacer de los expedientes íntegros, y no de documentos sueltos. Al recibirlos dejará una papeleta con noticia de la fecha, que servirá de resguardo al Archivero, y de cargo de quien se lo lleva. Estas papeletas se recogerán al devolver los expedientes, de los que no debe extraerse ningún papel, aunque sea por tiempo limitado, para evitar que queden descabalados (art. 45). Para evitar que los expedientes que acompañan puedan quedar unidos al que momentáneamente se agregan, para completar la instrucción, deberá anotarse, en la papeleta en la que se piden los antecedentes, el expediente para el que se solicitan, y así facilitar su rastreo (art. 46); cada cuatro o seis meses se pasarán al archivo los expedientes finalizados, estando ordenados y rotulados para facilitar su registro y colocación⁵⁴; los reservados podrán conservarse en las mesas o pasarse al Archivo según lo ordene el Ministro atendiendo a las circunstancias, siguiendo el artículo 59 en este último

⁵³ Esta era una práctica habitual para este tipo de correspondencia (Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, pág. 140).

⁵⁴ Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, págs. 178-183.

caso (art. 47). Cada expediente debe tener una carpeta indicando su contenido en el exterior de forma sumaria con las fechas de todas las resoluciones, trámites y de su estado de instrucción (art. 48).

Se encargará del cierre y dirección de todos los pliegos de oficio que se despachen (tanto dentro como fuera de la Corte) el oficial más moderno o el agregado si lo hubiere; guardando en su papelería los sellos que se usan para su distintivo y seguridad (art. 49). Los porteros cerrarán los pliegos a su vista, sin que los desdoble ni reconozcan, con el cuidado de que no puedan abrirse ni romperse “fácilmente por malicia o accidente”. Los sobres los harán por sí o por un escribiente, pero los repasará para evitar extravíos por alguna equivocación (art. 50). Los pliegos para fuera de la Corte se cerrarán con oblea y lacre y el sello que se usa al efecto, como en las otras Secretarías del Despacho; en los oficios para dentro de la Corte se empleará solo la oblea si no fueran muy abultados “poniendo el sobrescrito a lo largo con rúbrica”, siendo el lacre y las obleas negro si la Corte estuviese de luto (art. 51). Este Oficial llevará un cuaderno registro dividido por meses y días con las correspondientes anotaciones (art. 53)⁵⁵.

Los pliegos del Real Palacio y Secretarías del Despacho los llevarán los porteros, así como los que se envíen al correo; los que se hubiesen de repartir en Madrid serán conducidos por los ordenanzas de la Brigada Real de Marina de plantón en la Secretaría, que deberán ser de “entera confianza” (art. 54).

⁵⁵ “Al margen izquierdo: número de pliegos –ídem de las órdenes u oficios que contengan- sus fechas. Al centro: indicación ligerísima de la materia de cada oficio. Margen derecho: persona a quien se dirigen –nombre del conductor: todo según el modelo puesto al fin de esta Instrucción, con el objeto de que cualquiera ocurrencia, pueda por este medio descubrirse en quien estuvo la falta, y repararse ésta de algún modo” (art. 53).

Se recuerda que los consejeros de Estado tienen el tratamiento de *Señor* tanto en los sobrescritos como cuando se les nombre en el oficio, excepto cuando se hable con S. M. (art. 52)⁵⁶.

El Oficial mayor tendrá en su poder esta Instrucción firmada por el Ministro, y pasará copias a los Oficiales de Secretaría y al Archivero, “para que les sirva de gobierno y se arreglen a ella en el desempeño de sus respectivas obligaciones” (art. 55).

Los Oficiales recibirán a todas las personas “con el agrado y urbanidad de unos empleados de tan distinguido carácter, y de que han hecho un justo alarde en esta Secretaría”. Aclarando y prescribiendo lo que pueden y no hacer en esas entrevistas como regla general, salvo mandato expreso del Ministro: “Les darán razón de lo que soliciten saber y fuere de dar; pero sin enseñarles los expedientes ni franquearles copias de las resoluciones ni de las órdenes expedidas; porque en los casos que esto pudiese ser necesario a los interesados, deberán acudir a los Jefes a quienes se hubieran comunicado aquellas” (art. 56).

El Capítulo IV está dedicado al Archivo, constando de diez artículos, los comprendidos entre el 57 y 66.

El Archivero es el Jefe inmediato de esta oficina. A él corresponde su dirección, encargando los trabajos a los Oficiales del Archivo que están a sus órdenes, teniendo el control de su asistencia. Este empleado jurará en los mismos términos que los Oficiales de Secretaría (art. 57). Su principal ocupación es “la buena conservación, custodia y resguardo de los papeles fiados a su cargo y responsabilidad”, pues cualquier abandono o pérdida puede causar unos

⁵⁶ En el siglo XVIII y años siguientes “se concedió gran importancia a la cortesía y forma en que debían redactarse los “sobrescritos” o el nombre de la persona a que iba dirigido el documento” (Gómez Gómez, M., *Forma y expedición...*, pág. 186).

males irreparables tanto por la importancia de los expedientes, como la revelación de negocios graves y reservados (art. 58).

Para ello cuidará que los legajos estén ordenados y en su lugar correspondiente, estando únicamente autorizados los Oficiales del Archivo para su manejo. Algunos expedientes deberán custodiarse bajo llave por su especial cuidado y reserva (art. 59).

También celará por el aseo y limpieza de estas dependencias, debiendo cuidar “sobre todo que se tenga la mayor precaución para evitar las consecuencias de un descuido en el uso del fuego y las luces”. No permitiendo la presencia de personas que no tengan motivo “justo y conocido para ello” (art. 60).

Procurará que no se retrase el registro y colocación de expedientes que se le pasen por la Secretaría (art. 47), siguiendo puntualmente el orden establecido en 1784 y el Manual para gobierno del Archivo de 1788 (art. 61). Al tiempo de registrar los expedientes para su colocación, debe examinar si se han agregado algunos por vía de instrucción al presentarse al despacho, teniendo que estar sueltos en su lugar correspondiente; debiendo extraerlos para este efecto (art. 62). Debe facilitar los antecedentes que le soliciten los Oficiales de la Secretaría, de acuerdo a los art. 45 y 46; si no se hallasen los antecedentes, el Archivero lo hará constar en la papeleta de petición y la devolverá al Oficial interesado (art. 63). Sólo dará certificación o documento en virtud de providencia firmada por el Ministro, que conservará; en esas certificaciones el Archivero usará del Sello Real pequeño puesto sobre lacre en el lugar acostumbrado (art. 64).

El Archivero será el depositario de los caudales de la Secretaría y tendrá en su poder una de las tres llaves del arca donde se guarden, concurriendo con el Oficial mayor y el Interventor siempre que haya de abrirse, debiendo llevar cuenta de las partidas de entrada y salida (art. 65).

La inspección del Archivo corresponde al Ministro, quien puede dar comisión al Oficial mayor para conocer el orden de los papeles, el estado del registro de los expedientes y de la puntualidad y método que se observe, informando al Ministro de lo que fuese digno de reparo, quien tomará las disposiciones que estime oportunas (art. 66).

El Capítulo V trata *De los escribientes y porteros*, comprendiendo once artículos, concretamente del 67 al 77. La Planta establece tres escribientes que estarán a las órdenes del Oficial mayor, quien los empleará en las tareas propias de su clase. Deberán tener buena letra y escribir con soltura y ortografía, siendo de edad proporcionada, amantes del Rey y de buenas costumbres; uno de los escribientes se destinará al Archivo si fuese necesario (art. 67).

Los escribientes no tienen opción a ser colocados, pero serán atendidos en función de su antigüedad y buen desempeño de su destino cuando la edad y los achaques les impidan el trabajo; siendo despedidos los que no cumplan (art. 68).

Si en algún momento fuesen necesarios algunos más por trabajos extraordinarios, el Oficial mayor lo haría presente al Ministro, quien, si lo considerase conveniente, podría disponer la admisión eventual de uno o más escribientes sólo por el tiempo cuya asistencia fuese “inexcusable”; señalándoles el sueldo diario “en proporción de su desempeño y utilidad” (art. 69).

El Portero mayor correrá con todos los impresos, estando también a su cargo los muebles y enseres de la Secretaría, mediante “inventario formal y circunstanciado”, que firmará él con el *Visto Bueno* del Oficial mayor, conservando ambos en su poder un ejemplar conforme, existiendo otro en el Archivo (art. 70). El recuento y el examen de las existencias se hará siempre que lo mande el Ministro o lo juzgue conveniente el Oficial mayor para rectificar el inventario (art. 71). También es competencia del Portero mayor las compras y gastos de la Secretaría y de su Archivo, así como la percepción de lo

consignado para los sueldos del personal, debiendo presentar mensualmente cuenta justificada de lo recibido y gastado, que será examinada e intervenida por el Oficial mayor para presentarla después al Ministro, y posterior aprobación del Rey. Al principio de cada año se formalizará la cuenta general del anterior, que quedará archivada, cancelando las parciales de cada mes (art. 72).

También se encargaría el Portero mayor de la cobranza de las letras que se girasen desde las provincias a favor de la Secretaría, como las diligencias para recoger otros efectos que viniesen o tuviesen que remitirse fuera (art. 73).

Para todo esto no sólo se precisa honradez y probidad en la persona, también es necesario saber leer, escribir y “contar en grado suficiente para dar cumplimiento por si mismo de cuanto se previene” (art. 74).

Es obligación suya que los demás porteros y el mozo sean puntuales y desempeñen correctamente lo que les corresponda.

La Instrucción, al seguir señalando la función de control del Portero mayor, va declarando las funciones y competencias que tiene el personal subalterno, así como el comportamiento que debe tener: guardar un “buen modo y atención de las gentes, haciendo la debida distinción según la clase y jerarquía de las personas, sin detenerlas más que el tiempo preciso para avisar a quien deseen ver”; barrer, asear y ventilar las piezas, teniendo la debida precaución con puertas y ventanas; que no haya bulla en la portería, ni vocerío, ni dichos impropios. En suma, se debe guardar “la policía” y el buen orden que corresponde. Para que todo esto se pueda realizar, el personal subalterno queda subordinado al Portero mayor, así como su posible corrección, para lo que debe dar cuenta al Oficial mayor (art. 75).

Los porteros deben estar advertidos de que los Ministros tienen entrada libre en todas las Secretarías del Despacho, sin anticipar recado, igual que los Oficiales en las piezas a las asistan los de su clase (art. 76). También los porteros repartirán entre sí el trabajo que les corresponde en la Secretaría, conforme a las horas de asistencia que señalarse el Oficial mayor, debiendo quedar el trabajo equitativamente repartido entre ellos; así como en los repartos de utilidades y provechos, si bien lo que no tuviese una resolución expresa seguiría la antigua práctica establecida (art. 77).

El capítulo VI⁵⁷, y último, regula la *Contabilidad de los fondos y gastos de la Secretaría, con lo demás que se expresa*, en 16 artículos, que van del 78 al 93. Establecía un nuevo método de cuenta y razón.

Todo el dinero que se recibiese para gastos ordinarios y extraordinarios de la Secretaría se custodiaría en el Archivo, en una caja acondicionada con tres llaves: una a cargo del Archivero-depositario de los fondos; otra al de Oficial de Secretaría encargado con la cuenta e inversión de ellos; y la tercera del Oficial mayor, que debería presenciar la entrada y salida de caudales (art. 78). También estaba encargado el Oficial mayor de tomar apunte de las letras que se giraban para entrar en el fondo de la Secretaría antes de pasarlas a la mesa del Oficial interventor, quien, quedándose con una memoria del valor de las letras y otros datos relacionados, las entregaba al Depositario, anotando la fecha, para que realizase el cobro, firmando el recibo una vez verificado, que entregaría al Oficial mayor, quien anotando al margen de sus apuntes la fecha del cobro, lo pasaba al Oficial interventor para formar cargo al Depositario y extender contestación a quien remitió la letra, avisando de su cobro para que le sirviese de data (art. 79). Igual se haría con las letras que proviniesen de multas, patentes y contraseñas, con la diferencia de que éstas las percibía el Portero mayor, quien a fin del mes entregaba su importe al Depositario por una papeleta “del

⁵⁷ Es el más novedoso; de esta materia y su tramitación no tenía noticia hasta el momento.

Oficial interventor de todas las partidas por menor, con expresión de fechas del cobro y puntos de donde se han recibido, dando aquel su recibo a continuación” (art. 80).

El Depositario presentaba al final de cada mes el estado de las partidas que se hubiesen recibido, con la especificación correspondiente, siendo comprobado por el Oficial interventor y después por el Mayor; estando conformes, se pasarían los fondos al arca estando presentes los tres claveros, anotando los tres con media firma en un libro que habría para esto en el arca (art. 81). Este libro serviría tanto para anotar las entradas como las salidas de caudal. Las entradas se anotarían en las páginas impares de la izquierda, y las salidas en las páginas pares de la derecha; numerándolas por su orden cada mes, y haciendo balance al final del mes del cargo y la data, con la deducción de existencias. Ésta sería la primera partida de cargo para el siguiente. Estos resultados se anotarían por letra, autorizados con la media firma de los claveros (art. 82). Si durante el trascurso del mes se recibiese alguna cantidad considerable, se pondría en la caja para su mayor seguridad, sin aguardar a que concluyese el mes, según el criterio o juicio del Oficial mayor con el acuerdo del Oficial interventor (art. 83). No se podría realizar ningún libramiento de estos fondos sin la providencia especial del Ministro con su media firma, y a continuación el recibo de la persona que debía percibir, con el *notado* del Oficial mayor, y la intervención del Interventor, tomando ambos apunte, y concurriendo con sus llaves para sacar el dinero de las arcas, anotando en el libro de caja (art. 84)⁵⁸. El Depositario presentaría al Ministro un estado de las entradas, salidas y existencias tras el balance mensual del artículo 82, que debería estar comprobado por el Oficial interventor y con la conformidad del Oficial mayor (art. 85).

⁵⁸ Como se aprecia en el artículo 82.

Por fin de junio y diciembre de cada año, o cuando lo determinase el Ministro, se haría recuento de las existencias de caja para ver si estaban conformes a lo que resultaba de cuentas, dando un estado de todo, que sería firmado por los tres claveros (art. 86).

Si alguno de los claveros estuviese enfermo y no pudiese asistir a la apertura de caja, propondría, por escrito, al Ministro la persona de su confianza para que fuese su sustituto y pudiese el Ministro autorizarlo por decreto, documento que quedaría en la caja (art. 87).

Para comprobar si las cantidades remitidas a la Secretaría son las mismas que habían girado las provincias, los intendentes o ministros principales de los Departamentos y apostaderos remitirían al fin de cada semestre, según la Real orden de 15 de junio de 1816, una noticia de las cantidades remitidas, con expresión de las fechas de cada una, deducida de las cuentas que debían haber presentado los contadores de las provincias en las Contadurías principales. El Oficial mayor con el Oficial interventor confrontarían esas noticias con los libros; estando de acuerdo, anotarían después con sus firmas la conformidad, dando cuenta finalmente al Ministro del resultado del examen (art. 88).

En la misma arca de la Secretaría se custodiarían también otros caudales que existiesen para otros destinos, pero con entera separación; de ellos se llevaría cuenta de la misma forma que de los fondos de la Secretaría y con libro semejante, según el artículo 82, pero distinto (art. 89).

De todas las cantidades que se distribuyesen se haría el abono al Depositario del quinto del uno por ciento en compensación de la quiebra de moneda (art. 90).

Al portero mayor se le entregaría la cantidad que pudiese necesitar mensualmente para los gastos comunes y ordinarios de la Secretaría, entregando, como previene el artículo 72, la cuenta al Oficial mayor para su examen (art. 91).

El Depositario formaría por fin de año un estado general del importe de ingresos y extracciones de la caja en cada mes y del total anual, con las existencias resultantes; debería distinguir las cantidades de Secretaría de las destinadas a otro objeto y aplicación o si eran mero depósito. Este estado sería examinado por el Oficial interventor y por el mayor, que lo firmarían, y lo presentarían al Ministro para noticia y aprobación del Rey (art. 92).

Cada año se formarían nuevos libros, pasando a ellos como primera partida las existencias de diciembre del año anterior, siguiendo la cuenta que quedaba prevenida. Los libros de los años terminados quedarían custodiados en la misma caja, por si hubiera que tomar de ellos alguna noticia (art. 93).

4. Normativa complementaria

Dos semanas después de ser aprobada la Instrucción, concretamente el 1 de septiembre, el Ministro dio esta disposición para cumplimentar el nuevo sistema de cuenta y razón de los fondos de Secretaría:

“El nuevo método de cuenta y razón de los fondos de esta Secretaría, y demás que hubiere depositados en su caja, según la Instrucción aprobada por S. M. en 11 del mes próximo pasado⁵⁹, deberá empezar a regir desde 1º de noviembre de este año; a cuyo efecto el Depositario D. Francisco Encina presentará una cuenta general de cargo data de caudales desde el año de 1823 en que tomó a su cargo la depositaría arreglándose a los artículos 84, 85 y 92 de dicha Instrucción, para que a su vista y precedida la comprobación y un recuento general de los fondos existentes, quede con la debida solemnidad establecido que ha de seguirse en adelante”⁶⁰.

⁵⁹ De ese día es el escrito del Ministro, pero la fecha de aprobación fue el 16.

⁶⁰ AGM leg. 5022.

Otro problema se planteó cuando el portero tercero, D. Luis Martínez, elevó un memorial al Ministro el 18 de octubre de 1828. Hacía constar que el Portero mayor, D. José Estrada, le habría prevenido que con arreglo a la Instrucción (él llama reglamento) debía hacer la limpieza por turno de la Secretaría. Martínez alegaba que esa función la desempeñó cuando era barrendero nueve años atrás, siendo la plaza que debía hacerlo. Martínez citaba el artículo 77 de la Instrucción. Interpretaba que su obligación como portero se ceñía a servir a los oficiales en lo que le mandasen referente a los asuntos de la Secretaría:

“pero no el de la limpieza de ella pues está siempre ha sido obligación de los barrenderos como sucede en las demás; y si en esta Secretaría no hay más que un barrendero tampoco hay más en la de Hacienda de Indias ni en la de Gracia y Justicia de Indias, y éste solo es el que desempeña hace mucho tiempo en su respectiva Secretaría el aseo de ella, que a falta o enfermedad de éste lo hace el portero que le antecede y en ninguna manera turna con los porteros, luego Sr. ¿Por qué a mi, siendo portero tercero, porqué se me ha de obligar hacer esta mecánica”.

Describía además cómo actuaba el Portero mayor, dando también noticia de lo que sucedía en las otras Secretarías:

“Además el Portero mayor de esta Secretaría hace muchos años tiene empeño formado en denigrar la clase a que corresponde, pues siendo el quien debía defenderla es su mayor opresor, pues porque siendo esta Secretaría igual en todo a las demás del Despacho, no ha de ser igual en esto, pues ni en la Estado, Guerra, Hacienda y Gracia y Justicia desempeñan los barrenderos el aseo de ellas ¿por qué la de Marina ha de singularizarse en esto? Como en el mismo artículo 77 habla con respecto a utilidades y provechos, hago presente igualmente que el portero mayor hace cinco años está disfrutando o mejor será decir quitándome a mi y a mis

compañeros la mayor parte de los emolumentos o provechos que nos pertenecen por nuestra clase en la Secretaría; él percibe cuanto le dan y en la distribución parece nos hace una limosna. En todas las Secretarías los porteros mayores recaudan o reciben cuanto por emolumentos pertenece a la clase, llevan su cuenta y razón, y otros por años, presentan ésta a los compañeros y se penetran de la habido y ya en proporción a la clase de portero 1º, 2º, 3º & o al sueldo que cada uno disfruta se le entera de lo que le pertenece, y se da por contento, pues no sucede aquí esto. Desde que murió D. Ramón Rivero antecesor a Estrada no se ha presentado una nota formal de lo que haya ingresado sino que arbitrariamente, como si fuera suyo, dice tomar eso, dando de esta parte lo que quiere a los mozos extraordinarios sin corresponderles ni tener derecho a ello, y sin duda es porque uno de los mozos es hermano suyo. Hay más, todo el carbón sobrante de la Secretaría se lo ha llevado a su casa, si como parece naturalmente es un gaje e los porteros, como lo son las esteras y ruedos de invierno y verano que se reparten entre todos; pártase también el carbón, y si esto no es un gaje queden en beneficio de la Secretaría y no se lo lleve el solo”.

Pedía se le eximiese del aseo y limpieza previo informe de la práctica de las demás Secretarías; y obligar al Portero mayor a dar cuenta y razón de los emolumentos que percibía.

Fuese por este u otros motivos (en el texto se comenta el reingreso de algunos porteros separados de sus plazas) se dio esta normativa complementaria del personal subalterno, que aparece como prevenciones sobre las obligaciones y horas de asistencia de los porteros de esta Secretaría el 28 de octubre de 1828:

“El Portero mayor de guardia permanecerá en la Secretaría hasta que se retire el Jefe y señores oficiales, en cuyo caso cerrándose las puertas a su presencia, podrá retirarse.

La Secretaría se abrirá por la tarde media hora antes del toque de oraciones, a cuya hora se hallará el Portero mayor de

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

guardia para cuidar de que nada haga falta y reciba al Jefe como corresponde.

Si alguno de los señores oficiales tuviese algún trabajo extraordinario que retarde su salida de la Secretaría, permanecerá en ella el Portero mayor de guardia y los demás porteros que se hallen de igual servicio hasta que áquel tenga por conveniente retirarse, en cuyo caso el Portero mayor de guardia presenciara cerrar las puertas y se retirarán todos ellos.

Por las mañanas, el Portero de llaves y demás a quienes corresponda acudirán temprano a la Secretaría para disponer su limpieza y preparar tinteros, encender los braseros & para la hora de las nueve, en que estará todo corriente, o antes si alguno de los señores oficiales hubiere de acudir más temprano por razón de sus quehaceres.

Desde el Portero mayor inclusive hasta el último guardarán al Jefe y señores Oficiales la mayor consideración y respeto en todos los actos de servicio y fuera de él; siempre que entre o salga alguno de los señores oficiales se levantarán saludándolos con aquel respeto a que está obligado el inferior respecto al superior, dirigiéndose uno de ellos a abrirle la puerta, y acreditando con actos de consideración la buena educación y urbanidad que debe ser inseparable de los que tienen el honor de ocupar destinos en las Secretarías del Despacho.

Todos los porteros se esmerarán en llevar sus deberes, reducidos a cuidar de las puertas, no permitir la entrada a los que no la tengan, acudir en el momento en que cualquiera de los SS oficiales llame a la campanilla, obedeciéndoles en cuanto les manden del servicio de la Secretaría, y sobre todo en no darles motivo de queja, pues su permanencia en la Secretaría pende principalmente del buen comportamiento que tengan con ellos, y aprecio que les merezcan.

Con todas las demás personas guardarán toda la atención propia de la buena educación, de que deben hacer alarde, pues

para cumplir las órdenes del Jefe y SS oficiales, sobre si han de pasar o no recado, con otras al tenor, no es necesario traspasar los límites de la moderación y urbanidad tan necesarios al buen nombre de la Secretaría.

Durante el tiempo que permanezcan en la Secretaría observarán la mayor compostura, y en sus conversaciones moderación sin mezclarse en asunto alguno que esté fuera de los límites de sus funciones. No harán uso de sus conversaciones, de cualquier especie que hayan podido oír a su paso, por las salas de los SS oficiales o de otro modo; pues que no siendo de sus atribuciones mezclarse en asuntos de gobierno, deben abstenerse conservándose en el pequeño círculo de su clase de porteros. Hasta aquellas precisas de sus funciones serán en todo moderado, pues de otro modo distraen a los que trabajan, y dan mala idea a los que de fuera puedan en hablar en tono áspero, en un pasaje de tanto respeto como es la Secretaría.

Les está prohibido el leer en ningún papel de los que los SS oficiales les entreguen para el cierre y otro objeto, como todo acto de curiosidad opuesto a la buena educación que tanto se recomienda bajo la más estrecha responsabilidad.

A medida que cada uno de los porteros suspensos soliciten su reposición por escrito y en el tono de su subordinación con que deben llegar a su Jefe, me dará cuenta el señor oficial mayor para la conveniente resolución, y en caso de ser de nuevo admitidos se les dará traslado de estas disposiciones, y para que quedando enterados de ellas afín de que no ignoren que faltando en lo que se les previene, se consultará a S. M. su separación del modo que corresponda a sus años de servicio”.

La dureza de esta norma confirma las quejas de que el personal subalterno de las Secretarías del Despacho no siempre actuaba con el decoro deseado. Esta normativa quedó complementada así:

“Para que todos los individuos de la portería de esta Secretaría puedan desempeñar como corresponde las obligaciones propias de sus respectivas clases, deberán asistir a ella, bajo su responsabilidad, a las horas y por el tiempo que a cada uno de ellos se les señala.

El portero mayor estará en la Secretaría para recibir al Jefe a su entrada y permanecerá en ella hasta que S. E. y los SS oficiales se retiren, que se cerrarán las puertas a su presencia.

El portero segundo asistirá a las nueve de la mañana en todos tiempos, y al toque de oraciones por la noche, permaneciendo en la Secretaría hasta que se cierre, que nunca será antes de las 10 y media de la noche, a fin de que pueda cumplir no sólo la obligación que le impone el art. 54 de la Instrucción aprobada por S.M. para el gobierno de la misma Secretaría sino las demás que se le encarguen propias de su clase.

El portero tercero Id. en todo con el anterior.

El barrendero asistirá también a la Secretaría para hacer su limpieza, preparar los tinteros & de modo que para las nueve ha de estar todo corriente; y podrá retirarse a su casa si estuviesen los porteros. A las 12 volverá a la Secretaría en la que permanecerá hasta cerrarse. Por la noche concurrirá como los demás. Si por enfermedad u otro justo motivo no pudiere asistir a la Secretaría desempeñará sus funciones el portero 3º.

El mozo de oficio y el supernumerario asistirán las horas de costumbre, y desempeñarán las obligaciones que hasta aquí han desempeñado.

El portero mayor cumplirá y hasta que, con arreglo al artículo 75 de la Instrucción citada, cumplan los demás las prevenciones que quedan....Madrid 28 de octubre de 1828”.

Unos meses más tarde se fijó este horario para el personal subalterno:

“Aclaración de las horas en que deben asistir los individuos de esta Portería de Marina afín de que este bien servida su Secretaría:

Portero 1º Todas las horas de S.E. y las demás que sea necesaria su asistencia por los motivos que ocurran en las varias comisiones que tiene.

Id. 2º D. Domingo Julias. Por el día, desde las 9 y media horas hasta cerrar. Por la noche, desde las 6 hasta que le despachen.

Id. 3º D. Luis Martínez. Por el día, Id. Por la noche, Id.

Barrendero 1º D. José la Rosa. Por el día, desde 8 y media hasta 10 y de 12 hasta cerrar. Por la noche, Id. que los anteriores.

Mozo con honores de barrendero, D. Manuel Rodríguez. Por el día, desde las 6 y media hasta las ocho y media. Por la noche, de 6 a 8.

Mozo agregado con opción a la clase de Portería D. Juan de Estrada. Por extraordinario a todas las horas que sea necesario.

Nota

Todos estos individuos son responsables de sus obligaciones en las horas que se señala a cada uno, excepto en los casos de enfermedad y ocupaciones legítimas, en que deberán avisar al que le preceda o inmediato que pueda desempeñar las obligaciones del propietario, saliendo este garante del Instituto por su elección.

2ª Nota

Las horas de por la noche se entenderán en todos tiempos desde la oración.

Enero 30 de 1829”.

Conclusiones

La Instrucción de 1828 recoge la experiencia administrativa de las Secretarías de Estado y del Despacho del siglo XVIII; pese a que regula específicamente el Ministerio de Marina, prácticamente todo su contenido podría aplicarse a cualquier otra. Recoge el anhelo de algunas voces que en ese tiempo manifestaron la conveniencia de una regulación de estas instituciones.

Recoge toda una tradición administrativa, la de la Ilustración, la de los Primeros Borbones, con algunas novedades destacables, como: el último capítulo dedicado a la forma de llevar la contabilidad y los libros de la Secretaría del Despacho, y el papel del archivero como depositario de los fondos. Es más un punto final, o la culminación de un proceso, de una forma de actuar, que un comienzo. Pero clarifica la situación. Aun así hay aspectos que no están recogidos en la Instrucción, como: el horario, uniforme, etc., aspectos que están regulados en el R.D. de 19 de agosto de 1819; el Montepío, con una normativa específica; la salida de los Oficiales, si bien en el expediente de tramitación se recogen los decretos de 1785 relacionados con ese tema; no está completa la normativa del procedimiento de elaboración de los expedientes sino que aparece únicamente la actividad que en él realiza el personal citado en la Instrucción.

Su contenido confirma lo que algunos especialistas habían investigado para las Secretarías del Despacho en el siglo XVIII (como Gómez Rivero, Badorrey Martín o Gómez Gómez).

Esta institución, como el resto de las Secretarías de Estado del Despacho o Ministerios, continuó la actividad de la Administración ilustrada, con antecedentes en la Administración de los Austrias, al igual que los Consejos, y gracias a los Decretos de 1834⁶¹ se adaptó al régimen liberal. Esas instituciones, entre las que estaba el Ministerio de Marina, constituyen parte de la raíz histórica de nuestra Administración Central pese a las dos grandes simas de la Guerra de Sucesión y de la Guerra de la Independencia.

ANEXO DOCUMENTAL

INSTRUCCIÓN APROBADA POR EL REY N. S. PARA EL GOBIERNO DE LA SECRETARIA DE ESTADO Y DEL DESPACHO DE MARINA⁶². MADRID, 1828:

IMPRENTA DE D. MIGUEL BURGOS

Como sea muy conveniente que haya un orden determinado y constante sobre el cual se arreglen todas las cosas del régimen interior de este Ministerio, para que pueda servir de norma a sus individuos: ha venido su S.M. en determinar a este fin se observe en adelante la instrucción contenida en los artículos siguientes:

⁶¹ Sánchez Bella, I., “La reforma de la Administración Central en 1834”, *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*. Instituto Nacional de Administraciones Públicas. Madrid, 1974, págs. 657-688.

⁶² Se han consultado dos ejemplares localizados en la Biblioteca del Museo Naval (Cuartel General de la Armada) y en el Archivo General de la Marianne “Álvaro de Bazán” (AGM leg. 5022 carpeta 1828).

& I.

Plata de la Secretaría.

ARTÍCULO I.º

La Secretaría se compondrá por ahora, y mientras las circunstancias no obliguen a variar esta planta, de seis oficiales; es decir, de un oficial mayor y otros cinco, cuyos sueldos, ascensos y preferencia respectiva se arreglarán por su número ordinal. En caso necesario podrá aumentarse un oficial supernumerario o agregado. Habrá además un Archivero y tres oficiales de archivo; tres escribientes particulares; un portero mayor, tres porteros de número y un mozo ordinario.

ARTÍCULO 2.

Los sueldos que deberán gozar anualmente serán:

Oficial mayor Iº.....	50.000. rs.
Oficial 2º.....	40.000.
Oficial 3º.....	34.000.
Oficial 4º.....	32.000.
Oficial 5º.....	24.000.
Oficial agregado.....	
Archivero.....	24.000.
Oficial Iº del Archivo.....	14.500.
Oficial 2º de id.....	13.000.
Oficial 3º de id.....	10.000.
Un Escribiente con.....	6.700.
Uno id. con.....	5.500.
Uno id. con.....	3.650.
Un portero mayor con.....	12.200.
Uno id. id. con.....	9.000.
Uno id. id. con.....	8.000.
Uno id. id. con.....	5.100.
Un mozo ordinario con.	

& II.

Atribuciones propias del Oficial mayor de la Secretaría.

ART. 3.

Será obligación peculiar del Oficial mayor de la Secretaría el correr con el gobierno y dirección de todos los asuntos interiores de ella: celar el buen desempeño y conducta de los porteros; examinar las cuentas e intervenir todos los gastos en la forma que se dirá en su lugar. Deberán también obedecerse todas las órdenes que por escrito o de palabra comunicase el Ministro por medio del Oficial mayor.

4.

Le corresponderá la distribución de los negociados cuando el Gefe lo determine, a fin de que, previa su aprobación, o con las variaciones que tuviere por conveniente hacer, sirva de gobierno para el despacho de todos los asuntos que se pongan al cargo de los respectivos oficiales, los cuales habrán de responder de su puntual desempeño.

5.

Será conveniente que aquellos negociados que requieren cierta inteligencia particular del ramo, se procuren confiar a los sujetos que lo hayan manejado o puedan tener algún previo conocimiento de ellos. Y por esta razón debe haber en la Secretaría de Marina oficiales del cuerpo general de ella, instruidos en la parte militar y marinera de los buques y arsenales, y también del cuerpo del Ministerio que lo están asimismo de las materias de contabilidad.

6.

Por igual motivo importa que los negociados no varíen de mano, aunque hayan de variar de mesa, porque esto nada influye, y aquello sí; pero sin que esta regla general se entienda en perjuicio de aquellas prudentes excepciones que las circunstancias puedan dictar, ni que el Geje, cuando lo tenga por conveniente, cometa particularmente el despacho de ciertos expedientes a oficiales de su mayor confianza, aunque no corresponda a sus negociados.

7.

Siguiendo estos principios, deberá también cuidarse, en la distribución de los negociados, que en los asuntos que se atribuyan o apliquen a cada uno de ellos, se observe la posible analogía o correlación, por cuanto así lo pide el orden más natural de las cosas y su mejor despacho.

8.

Al Oficial mayor tocará repartir en las respectivas mesas la correspondencia oficial de dentro y fuera de la corte; los informes, memoriales, representaciones y demás documentos que lleguen a la Secretaría, con los decretos o resoluciones que el Gefe hubiere puesto del curso que haya de dárselos. Y para evitar el entorpecimiento o la confusión que pudiera resultar de dirigir a una mesa negocios que más bien pertenezcan a otra; se atenderá con especial cuidado a la naturaleza de los asuntos, para que así no se equivoque su clasificación ni el giro consiguiente que corresponda a cada uno de ellos. A este fin será muy conducente lo prevenido en el artículo anterior.

9.

Convendrá además, que para evitar el indicado inconveniente, que se establezcan algunos principios fijos que sirvan de regla en tales casos, como por ejemplo: que los asuntos personales de individuos que pertenezcan a un cuerpo y estuvieren empleados accidentalmente en algún destino o comisión particular, no deberán corresponder al negociado de ésta, sino al de aquél; que los relativos a gastos de armamentos, obras o empresas, corresponderán a su respectivo negociado, y no a los de consignaciones, presupuestos ni contrata, &c. &c. Advirtiéndose que, cuando un mismo asunto tenga relación más o menos directa con dos negociados distintos, aquel en que estuviere radicado o en que deba radicarse, dará al otro el aviso conveniente de lo que se resolviese acerca de él; entendiéndose que estas comunicaciones deberán ser siempre por escrito.

10.

Para evitar los extravíos que suelen ocurrir irremediablemente, y las reclamaciones consiguientes de las partes interesadas, no se admitirán los documentos originales que acompañaren con sus representaciones o instancias, sin que medie para ello alguna causa especial y la prevención expresa del Gefe; pero en su lugar se presentarán copias legalizadas y fehacientes.

11.

Los oficiales de las mesas entregarán al Mayor los expedientes que tuvieren prontos para el despacho, a fin de que éste (reuniéndolos todos) los presentes al Ministro; a menos que algún oficial quiera verificarlo por sí mismo cuando tenga que hacerle explicaciones verbales sobre algún determinado asunto. Del propio modo recibirá el Oficial mayor de manos del Gefe los expedientes ya despachados con S.M. y extendidas las resoluciones, y será de su obligación el devolverlos a las mesas a que perteneciesen.

12.

Para que la distribución de los negocios pueda hacerse según corresponde, y que éstos tengan su curso natural, es indispensable que en la correspondencia de oficio jamás se mezclen en un escrito materias de distinta naturaleza, porque entonces no serían divisibles, y perteneciendo a diferentes negociados, no podría dárseles el giro propio de cada una. Esta es por tanto una prevención que debe encargarse muy especialmente a las autoridades principales de Marina, así como la de que en todos sus oficios pongan los resúmenes marginales, y sigan el orden de la numeración, por las ventajas que este método ofrece.

13.

Del cargo del Oficial mayor será también el recoger todas las Reales órdenes y oficios que hubieren extendido los Oficiales de las diferentes mesas, y presentarlos a la firma del Ministro, después de haberlos leído muy detenidamente, por si hubiere algo que notar en ellos, bien sobre lo sustancial de su contenido, o bien en lo material de su redacción, en cuyo caso lo advertirá a quien corresponda para su corrección, y si fuere necesario lo manifestará al Gefe.

14.

Las disposiciones particulares que diere el Ministro para gobierno de los Oficiales de la Secretaría, se les harán saber por el conducto del Mayor; quien las circulará por escrito bajo su firma cuando lo merezca su importancia, haciendo que con la misma formalidad expresen todos a continuación quedar enterados.

15.

Conservará en su poder, con la debida precaución, las claves o cifras de las correspondencias reservadas en que haya de usarse de esta medida; las señales de reconocimiento entre los buques de guerra nacionales y extranjeros; las instrucciones reservadas sobre derrotas, operaciones militares, u otras que por su naturaleza exijan esta cautela. Dichos documentos, en que esta importante el sigilo, convendrá que, a ser posible, estén escritos de su propio puño, y cuando no, por otra persona de toda su confianza con autorización del Gefe.

16.

Finalmente, al cuidado y responsabilidad del Oficial mayor estará confiada la puntual observancia de cuanto S.M. manda en esta Real Instrucción, empleando al efecto su celo y oportunas advertencias; y cuando esto no bastase, dando parte al Gefe para la providencia que exija el caso.

& III.

De los Oficiales de la Secretaría.

ART. 17.

Siendo los Oficiales de las Secretarías de Estado y del Despacho considerados como individuos de la Casa Real, debe darse aviso de su nombramiento, según antigua práctica, a la Mayordomía mayor de Palacio, a fin de que se les forme el correspondiente asiento, y puedan gozar del fuero y regalías a que tienen derecho. El Oficial mayor presentará también al agraciado en las demás Secretarías del Despacho, para que en todas sea conocido y considerado como a su clase corresponde.

18.

A cada Oficial se le expedirá el Real título que le pertenezca por el grado o rango que ocupe, y lo mismo a los que fueren Secretarios del Rey con ejercicio de Decretos. En ambos casos jurarán sus plazas en manos del Ministro por las respectivas fórmulas que se copian al fin de esta Real Instrucción; anotándose el cumplimiento de este indispensable requisito en los mismos títulos.

19.

Los cuatro primeros Oficiales de la Secretaría serán Secretarios del Rey con ejercicio de Decretos, por ser correspondiente a sus plazas esta distinción, a la que es anejo el tratamiento de *Señoría*.

20.

De las treinta Cruces de número de la Real y distinguida Orden de Carlos III, que por decreto de 25 de marzo de 1772 se asignaron para premio de los individuos beneméritos de la Marina, dos pertenecen a los Oficiales de esta Secretaría. Para la concesión de estas gracias el Ministro debe hacer la propuesta a S.M. por medio del señor Secretario del Despacho de Estado a quien toca dar cuenta. Lo mismo deberá practicarse con las Cruces de la Real Orden Americana de Isabel la Católica.

21.

Las mercedes de Hábito en las Órdenes Militares que solicitasen con arreglo a ordenanza los Oficiales de la Armada, se presentarán al Despacho de S.M. pro el Ministerio de Marina; y sus Reales decretos sobre la concesión de estas gracias serán dirigidos al Presidente o Decano del Consejo de las Órdenes.

22.

En virtud de su juramento los Oficiales quedarán responsables a Dios y al Rey, no solo de la observancia del sigilo en las materias en que deba guardarse, sino también de la puntualidad, buen celo y completo desinterés con que personas de tan distinguida categoría deben desempeñar los importantes negocios que se ponen a su cargo.

23.

Cuidarán de tener sus papeles bien custodiados y metódicamente arreglados, como importa para evitar que se confundan o extravíen, según es muy fácil de acontecer cuando no se tiene la debida precaución; y también a fin de poder dar pronta razón del estado que tuvieren los negocios de su cargo; llevando además a este efecto un apunte manual de los estuvieren al despacho o pendan todavía de informes no evacuados.

24.

El Oficial de cada mesa deberá cuidar de que no demore demasiado el despacho de los expedientes que correspondan a ella; para lo cual no sólo procurará por su parte darles pronta salida por las preferencias que respectivamente mereciesen, sino que también estará a la mira para recordar los asuntos retrasados que pendan de informes y otras diligencias necesarias para su decisión, haciéndolo presente al Oficial mayor o al Gefe directamente cuando convenga.

25.

La obligación principal de un Oficial de las Secretarías del Despacho consiste en extractar con exactitud y claridad los expedientes de su mesa, instruyéndolos completamente con la citación de los Reales decretos, órdenes, ordenanzas y cuantos antecedentes tuvieren relación con la materia que se verse, y que convenga se tengan presentes para su

más acertada resolución. Pero conviene tener entendido que el extractar bien un escrito no precisamente consiste en reducirlo a menos palabras, sino en presentar lo sustancial de su contenido con precisión y claridad, de modo que se haga fácilmente comprensible.

26.

Como los Oficiales de las mesas deben tener naturalmente un conocimiento muy completo de los expedientes que trabajan, podrán en ciertos casos presentar las reflexiones que crean oportunas, no para indicar las resoluciones, sino a fin de aclarar las dificultades, y dudas que tal vez ofrezcan los negocios, y darles la luz necesaria para facilitar su verdadera inteligencia y el acierto de las decisiones. Pero en las notas que con este objeto pusieren, cuando sean del caso, han de hablar siempre en su propio nombre, es decir, como los encargados del negociado o mesa a que pertenezca el asunto, y usando del lenguaje comedido, imparcial y respetuoso que corresponde.

27.

Los extractos para el despacho de S.M. se extenderán en papel corto y a medio margen, poniendo en el izquierdo un ligero resumen, en que se de idea por mayor del asunto y de sus principales circunstancias. Pero en los expedientes complicados y muy voluminosos podrá ser mejor que se forme por separado un resumen capaz de facilitar su inteligencia, con remisión a los lugares del extracto más dignos de atención; para lo cual convendrá que en estos casos se numeren las páginas o párrafos de los extractos.

28.

Cada expediente debe contener toda la serie de los trámites que hubiere corrido el asunto a que se refiera, y las resoluciones que sobre él hubieren recaído; y por esta razón se ha cuidar de que los diferentes extractos, que tal vez fuere preciso hacer en el curso de un mismo

negocio, estén reunidos y no separados, poniéndolos seguidamente a continuación de las resoluciones o de los extractos anteriores, porque formándose así un solo cuerpo de todas las incidencias del expediente, se facilitará su manejo y su estudio.

29.

Entre los documentos y antecedentes que se pasen con los expedientes sobre que mandase informar a los cuerpos, autoridades superiores o individuos particulares, nunca se acompañarán los extractos de la Secretaría del Despacho, que por ningún motivo deben salir de ella, como que en dichos extractos están originalmente radicados el curso y resolución de los negocios.

30.

Las consultas que los Consejos envían al Rey directamente, y que S.M. dirige a las Secretarías a que corresponden, han de extractarse para el despacho; y la resolución que en consecuencia recayese, se debe poner en el margen de la carpeta de la consulta en forma de decreto; y rubricado que sea por S.M., se devuelve al Secretario del Consejo de quien fuere la consulta, poniendo la fecha correspondiente, y dejando en el expediente copia de su carpeta.

31.

Cuando al final del decreto se añade la cláusula y *así lo he mandado*, u otra equivalente, las órdenes deben extenderse desde luego por la Secretaría del Despacho para los efectos consiguientes; mas si en el Soberano decreto se omitiese dicha circunstancia, o toda otra expresión relativa a su cumplimiento, entonces la expedición de las órdenes correrá por el Secretario del respectivo Consejo.

32.

Cuando las resoluciones que recaigan en los expedientes de una mesa puedan tener relación con los negocios de otras, se pasarán por escrito los avisos consiguientes a quien corresponda para su gobierno. Si se recibieren asuntos que por equivocación se hayan dirigido a quien en realidad no pertenezcan, se devolverán al Oficial mayor, a fin de que les de el giro que deban tener.

33.

En seguida de todos los decretos o resoluciones, bien sea que estén puestas en los extractos, o bien en los mismos oficios, representaciones, informes o memoriales se pondrá siempre el *fecha*, es decir, el día en que tuvieron cumplimiento por parte del Oficial del negociado; y las minutas de las órdenes han de cruzarse o señalarse con el signo que denote haber tenido el curso debido, para estar seguro de ello; y otro segundo signo para saber si han sido o no contestadas, y hacer en este segundo caso la reconvención oportuna.

34.

Los Reales Decretos, Cédulas, Títulos y Despachos que hubiesen de llevar la rúbrica o firma del Rey nuestro Señor, deberán escribirse por quien fuere Secretario de S.M. con ejercicio, o por lo menos su encabezamiento y membrete cuando hubiere motivo para que lo demás se extienda por persona que no tenga tal carácter. Las fechas de dichos documentos han de expresarse por entero en letra y no en guarismo.

35.

Los Decretos, Títulos y demás Reales despachos que se presenten a la rúbrica de S.M. o remitan a su Real Estampilla, se incluirán dentro de una carpeta a medio margen con esta fórmula:

Señor=Para rubricar (o firmar) V.M., y en lo bajo se expresará el nombre del Ministro, diciendo: *D.N de N*. Estas rotulatas han de escribirse precisamente por quien fuese Secretario del Rey con ejercicio.

36.

Las minutas de las instrucciones y Reales órdenes que hayan de quedar en los expedientes, deberán estar extendidas de puño propio del Oficial de la mesa, y rubricadas además por el Ministro, cuando no sean aquellas de su misma letra o que consten de resolución suya. Todo officio que tenga el requisito de reservado, ha de escribirse por los Oficiales de la Secretaría.

37.

En la correspondencia de la Corte se usará de papel corto a medio margen, y en la de fuera de ella de pliego entero con un margen como del cuarto, guardándose en todo lo demás la etiqueta que estuviere formalmente prevenida, o se halle autorizada por la práctica general de las demás Secretarías del Despacho; y la que la de Estado observe con los Embajadores. Se ha de procurar también que las Reales órdenes y officios estén escritos con letra clara e inteligible, sin borraduras o enmiendas que a lo menos no estén salvadas cuando por la urgencia no puedan remediarse de otro modo; porque así lo exige la decencia y la necesidad de precaver abusos.

38.

Se comunicarán a las demás Secretarías del Despacho no solo las Soberanas resoluciones que tengan directa relación con ellas, sino aun también aquellas cuyo conocimiento pueda convenirles respectivamente.

39.

Las órdenes que sean relativas al gobierno universal de la Armada, o tengan conexión con él, se comunicarán al Director general de ella para que las haga cumplir, y lo mismo las que se refieran al sistema común o particular de los cuerpos de su mando, así como también todas las demás de que deba estas últimas se le harán saber por traslado, y las otras directamente. También deberá enterarse al Asesor general de Marina de aquellas Soberanas resoluciones cuyo conocimiento pueda serle necesario o útil por razón de su oficio.

40.

En las materias del gobierno peculiar del Departamento y Apostaderos y de sus respectivas provincias se pasarán las órdenes a sus comandantes generales, con quienes se llevará la correspondencia directa en todas sus ocurrencias. El mismo orden de comunicación prevenido en estos dos artículos se observará en los informes que hayan de pedirse, cuando el Ministro no ordenare otra cosa.

41.

En cuanto al cuerpo político de Marina, materias propias de cuenta y razón o individuos sueltos que dependan de ella, se observará el propio orden de entenderse respectivamente con el Intendente general y con los del departamento y apostaderos: dándose también a unos y otros los traslados que fueren del caso.

42.

En ciertos asuntos y circunstancias se llevará asimismo la correspondencia de esta vía reservada directamente con los comandantes generales y particulares de las fuerzas navales, y con los jefes de las comisiones u otros que lo sean de algún ramo en las provincias.

43.

En toda la correspondencia de Ultramar deben duplicarse siempre los oficios; y aun convendrá que se tripliquen en muchos según las circunstancias. Si los asuntos fuesen reservados y de importancia, se usará de la cifra que estuviere ya convenida con los principales Gefes.

44.

En todo los oficios y Reales órdenes se usará siempre del estilo propio, sencillo, lacónico y decoroso, cual corresponde a la dignidad del Soberano en cuyo nombre se expiden; sin valerse nunca de voces desusadas, ni de expresiones chocantes o descompuestas, que indiquen prevención o animosidad inmoderada.

45.

El Oficial que necesite pedir antecedentes al Archivo, lo deberá hacer de los expedientes íntegros, y no de uno u otro documento suelto de que quiera enterarse. Al recibirlos dejará una papeleta con expresión de la fecha, la cual sirva de resguardo al Archivero y de cargo a quien lo lleva. Estas papeletas se recogerán al devolver los expedientes; de los que no deberán extraerse, aunque sea por limitado tiempo, porque de hacerlo así sería dar margen a que con facilidad quedasen descabalados.

46.

A fin de prevenir que por un olvido o descuido involuntario puedan los expedientes que se acompañen quedar unidos a aquel a que momentáneamente se agregan para completar su instrucción, deberá anotarse en la papeleta misma con que se pidan los antecedentes al Archivo, el expediente en que deban obrar, para que por este medio sea fácil rastrear su paradero en caso necesario.

47.

Cada cuatro o seis meses se pasarán al Archivo los expedientes que hubiere en las mesas ya fenecidos; pero cuidando, antes de su entrega, de que estén ordenado y rotulados, como está prevenido y es preciso para que no haya tropiezos en su registro y colocación. Los reservados podrán conservarse en las mesas, o pasarse al Archivo, según el Gefe lo dispusiese atendidas las circunstancias; pero en este último caso se tendrá presente lo que previene el artículo 59.

48.

Cada expediente debe tener una carpeta exterior en que muy sumariamente se indique su contenido, y las fechas de todas las resoluciones que hubieren recaído acerca de él; de modo que a primera vista se tenga una idea suficiente del negocio, de los trámites que hubiere corrido, y de su estado presente de instrucción o determinación.

49.

El Oficial más moderno, o el agregado cuando lo hubiere, tendrá la obligación particular de correr con el cierre y dirección de todos los pliegos de oficio que se despachen para dentro y fuera de la Corte, a cuyo fin conservará en su papelera con el debido cuidado los sellos que se acostumbra ponerles para su distintivo y seguridad: cuya precaución se dirige a impedir los abusos no imposibles de suceder.

50.

Entregando los pliegos a los porteros, hará que se cierren a su vista, sin que se reconozcan ni desdoblén, y que vayan de tal modo acondicionados que no quede ningún recelo de que puedan abrirse ni romperse fácilmente por malicia o accidente causal. Los sobres los pondrá por sí, o valiéndose de algún escribiente; pero siempre los

reparará con la detención necesaria, a fin de evitar equivocaciones que extravíen su buena dirección.

51.

Los pliegos para fuera de la Corte se cerrarán con oblea y lacre y el sello Real de que se usa al efecto en ésta y las demás Secretarías de Estado y del Despacho. En los oficios de dentro de la Corte se empleará la oblea si no fueren muy abultados, poniendo el sobrescrito a lo luego con rúbrica. Cuando la Corte estuviere de luto, el lacre será negro y lo mismo las obleas.

52.

A los Consejeros de Estado se les dará el tratamiento de *Señor*, así en los sobrescritos, como cuando se les nombre en el contexto de los oficios; menos cuando se hable con S.M.

53.

Llevará un cuaderno de registro dividido por meses y días con las siguientes anotaciones: al margen izquierdo: número de pliegos -ídem de las órdenes u oficios que contengan -sus fechas. Al centro: indicación ligerísima de la materia de cada oficio. Margen derecho: persona a quien se dirigen -nombre del conductor: todo según el modelo puesto al fin de esta Instrucción, con el objeto de que en cualquiera ocurrencia pueda por este medio descubrirse en quien estuvo la falta, y repararse ésta en algún modo.

54.

Los pliegos del Real Palacio y Secretarías del Despacho los llevarán los porteros, y lo mismo los que se envíen al correo; pero los demás que hubieren de repartirse en Madrid los conducirán los

ordenanzas de la Brigada Real de Marina, que a este fin habrá de plantón en la Secretaría, debiendo ser hombres de entera confianza.

55.

El Oficial mayor tendrá en su poder esta Instrucción firmada del Ministro, y pasará copias de ella con su firma a todos los Oficiales de la Secretaría y al Archivero, para que les sirva de gobierno, y se arreglen a ella en el desempeño de sus respectivas obligaciones.

56.

Los Oficiales recibirán a todas las personas que tengan que hablarles con el agrado y urbanidad que debe esperarse de unos empleados de tan distinguido carácter, y de que en todos tiempos se ha hecho un justo alarde en esta Secretaría. Les darán razón de lo soliciten saber y fuere de dar; pero sin enseñarles los expedientes ni franquearles copias de las resoluciones ni de las órdenes expedidas; porque en los casos que esto pudiese ser necesario a los interesados, deberán acudir a los Gefes a quienes se hubiesen comunicado aquellas. Lo dicho ha de entenderse para cuando no medie un mandato expreso del Ministro.

&. IV.
Del Archivo.

ART. 57.

Constará esta oficina de las plazas ya expresadas en el &. I. de la Instrucción. Al Archivero, como Gefe inmediato de ella, tocará la dirección de los trabajos que ejecutarán bajo sus órdenes los Oficiales de la misma, celando su puntual asistencia a las horas señaladas, sin ningún disimulo. Jurará también su plaza en los mismos términos que los Oficiales de la Secretaría.

58.

La buena conservación, custodia y resguardo de los papeles fiados a su cargo y responsabilidad deben ocupar la primera atención del Archivero; porque el menor abandono en esta parte puede causar males irreparables, ya en la pérdida o extravío de los expedientes de mayor importancia, ya por la revelación de negocios graves y reservados.

59.

Bajo de este concepto cuidará de que los legajos no estén desordenados ni fuera del lugar en que deban colocarse, y que nadie los reconozca sino los Oficiales del Archivo, únicos autorizados para ello. Ciertos expedientes que tal vez puedan requerir más especial cuidado y reserva, convendrá que los conserve bajo llave.

60.

Hará que la oficina se conserve con el aseo y limpieza que corresponde, y celará sobre todo que se tenga la mayor precaución para evitar las consecuencias de un descuido en el uso del fuego y las luces. No permitirá la concurrencia de personas que no tengan motivo justo y conocido para ello.

61.

Procurará que no se retrase el registro y colocación de los expedientes que se le pasen de la Secretaría con arreglo al artículo 47 de la Instrucción, siguiéndose por ahora puntualmente el orden establecido a este fin en el año de 1784, y Manual formado para gobierno del Archivo en el de 1788.

62.

Al tiempo de registrar los expedientes para su colocación examinará atentamente si contienen algunos de los que se hubiesen agregado por vía de instrucción al presentarse al despacho, debiendo obrar sueltos en su lugar correspondiente; en cuyo caso los extraerá para este efecto.

63.

Facilitará sin demora los antecedentes que se necesiten y le pidan los Oficiales de la Secretaría, usando de las formalidades prevenidas en los artículos 45 y 46 de esta Instrucción, con el fin de precaver los abusos que serían de temer sin ellas. Pero si no se hallase el antecedente o antecedentes pedidos, el Archivero lo expresará así en la misma papeleta de petición, devolviéndola al Oficial de quien fuere.

64.

No dará certificaciones ni documento alguno a los que por cualquiera motivo lo solicitasen, sino en virtud de providencia terminante firmada del Ministro, que conservará para su resguardo. En dichas certificaciones usará el Archivero del Sello Real pequeño, puesto sobre lacre en el lugar acostumbrado.

65.

El Archivero será el depositario de los caudales pertenecientes al fondo de la Secretaría, y tendrá en su poder una de las tres llaves del arca en que se guarden; concurriendo con el Oficial mayor y el Interventor siempre que haya de abrirse, y debiendo llevar unidamente la cuenta y razón de las partidas de entrada y salida en la forma que se dirá más adelante.

66.

Cuando el Ministro lo tuviere por conveniente inspeccionará por sí el Archivo, o dará comisión para ello al Oficial mayor de la Secretaría, que en nombre suyo se enterará del orden con que se hallen colocados los papeles; del estado que tenga el registro de los expedientes y de la puntualidad y método que se observe en esta parte principal de tan importante oficina. Informará el Mayor a su Gefe de lo que notare digno de reparo, y éste en su vista tomará la disposición que estimare del caso.

& V.
De los Escribientes y Porteros.

ART. 67.

Los escribientes fijos serán tres, que estarán a las órdenes del Oficial mayor para emplearse en las tareas propias de su clase, según mejor convenga y lo exijan los negocios. No se admitirá en estas plazas a ninguno que no tenga una buena letra y sepa escribir con soltura y ortografía; que sea de una edad proporcionada, amante del Soberano, y de buenas costumbres. Uno de los escribientes se destinará al Archivo cuando fuere necesario.

68.

Aunque los escribientes de la Secretaría no tengan declarada ninguna opción a ser colocados con ventaja dentro ni fuera de ella, serán no obstante atendidos en lo que hubiera lugar según su antigüedad y buen desempeño en el destino, cuando estas y otras circunstancias de ancianidad o achaque los hagan dignos de la Soberana consideración de S.M. Mas, por el contrario, el que no cumpliese bien será despedido.

69.

Como puede tal vez haber ocasiones en que sea preciso aumentar manos para dar evasión a ciertos trabajos extraordinarios, el Oficial mayor en tal caso lo hará presente al Ministro, a fin de que, si lo creyese conveniente, disponga la admisión de uno o más escribientes eventuales por solo el tiempo que sea inexcusable su asistencia. Se les señalará el goce diario que parezca regular en proporción de su desempeño y utilidad.

70.

El Portero mayor correrá con los diferentes impresos de Reales Patentes, Títulos, Nombramientos, Pasaportes, &c. Estarán también a su cargo todos los muebles, adornos y demás enseres pertenecientes a la Secretaría, mediante inventario formal y circunstanciado, firmado por él mismo y autorizado con el *Victo Bueno* del Oficial mayor, de que ambos conservarán en su poder un ejemplar en todo conforme, y otro deberá existir igualmente en el Archivo.

71.

Siempre que lo mandare el Gefe, o que el Oficial mayor lo juzgare conveniente, se practicará un examen y recuento de las existencias, a fin de rectificar el inventario, aumentado o suprimiendo las que faltasen o estuviesen de más por efecto de las novedades o alteraciones que puedan ocurrir.

72.

El Portero mayor correrá igualmente con todas la compras o gastos de la Secretaría y Archivo, y con percibo de lo consignado al efecto y para el pago de sueldos de los individuos de ella; presentando mensualmente la cuenta justificativa de lo recibido y distribuido: la que, examinada e intervenida por el Oficial mayor, se presentará al Ministro

para la aprobación de S.M. En principios de cada año se formará la cuenta general del anterior, la cual quedará archivada, cancelándose las parciales de cada mes.

73.

Al cuidado del mismo Portero mayor estará también la cobranza de las letras que se girasen de las provincias a favor de la Secretaría, así como todas las diligencias que se hubiesen de practicar para recoger otros cualesquiera efectos que vengan para ella, o tengan que remitirse fuera.

74.

Como el buen desempeño de estas obligaciones, con la responsabilidad consiguiente, requiere necesariamente, no solo la honradez y probidad del sujeto en quien recaigan, sino también la idoneidad imprescindible, no podrá ser nombrado Portero mayor el que no supiere escribir y contar en grado suficiente, para dar por sí mismo el debido cumplimiento a cuanto aquí se previene.

75.

Será asimismo obligación suya el hacer que los demás porteros y el mozo sean puntuales en su asistencia y en el desempeño de lo que a cada uno corresponda; que guarden buen modo y atención con todas las gentes, haciendo la debida distinción según la clase y jerarquía de las personas, sin detenerlas más que el tiempo preciso para avisar a quien deseen ver; que se barran, se asean y ventilen todas las piezas; que se tenga la debida precaución con las luces y braseros; que se cierren cuidadosamente las puertas y ventanas; que no haya en la portería bulla, ni vocerías, ni dichos impropios de tal lugar; y finalmente se guarde en todo la policía y el buen orden que corresponde. Estos cuidados del Portero mayor suponen la necesaria y debida subordinación pro parte

de todos sus subalternos, y la corrección consiguiente al que faltase a ella, para lo cual habrá de dar cuenta de lo ocurrido al Oficial mayor.

76.

Los porteros estarán advertidos de que los Señores Ministros tienen la entrada libre en todas las Secretarías del Despacho, sin necesidad de anticipar recado, y lo mismo los Oficiales respecto a las piezas en que asistan los de su clase.

77.

Los tres porteros de número repartirán entre sí el servicio de la Secretaría propio de su clase, conforme a la alternativa y horas de asistencia que arreglase el Oficial mayor, haciendo que el trabajo quede equitativamente distribuido entre todos. En la parte que pueda caberles en el repartimiento de utilidades y provechos debidamente autorizados, deberá seguirse lo que a falta de resoluciones expresas estuviere establecido por la antigua práctica.

&. VI.

Contabilidad de los fondos y gastos de la Secretaría, con lo demás que le expresa.

ART. 78.

Todo el dinero que se recibiere, bien sea de lo librado por el Real Tesoro, o bien del producto de los arbitrios particulares establecidos o que se estableciesen en adelante con aplicación a los gastos ordinarios y extraordinarios de esta Secretaría del Despacho, se custodiará en el Archivo de la misma con la debida desigualdad en una caja bien acondicionada de tres llaves: una de ellas estará a cargo del Archivero, depositario de estos fondos; otra al del Oficial de la Secretaría que corra con la cuenta e inversión de ellos; y la tercera al del Oficial mayor de la

misma, que deberá presenciar la entrada y salida de estos caudales en el modo que se dirá.

79.

De las letras que se reciban de las provincias u otros puntos, girando cantidades que deban entrar en dicho fondo, tomará el Oficial mayor un ligero apunte en un cuaderno antes de pasarlas a la mesa del Oficial interventor; y éste, quedándose con una memoria con el valor de las letras, del plazo de su pago y de las personas que deban satisfacerlas, las entregará al Depositario, anotando en qué fecha, para que diligencie el cobro, y verificando, firmará el correspondiente recibo, que entregará al Oficial mayor, quien, anotando al margen de sus apuntes la fecha en que se cobró la letra de que se trate, lo pasará al Oficial interventor para que forme cargo al Depositario y extienda la contestación al que remitió la letra, avisando su percibo para que le sirva de data.

80.

Lo mismo se practicará con las letras que provengan de multas, patentes y contraseñas, con la diferencia de que éstas las percibe por de pronto el Portero mayor, y al fin del mes entrega su importe al Depositario por una papeleta que formará el Oficial interventor de todas las partidas por menor, con expresión de fechas del cobro y puntos de donde se han recibido, dando aquel su recibo a continuación.

81.

Al fin de cada mes presentará el Depositario el estado de las partidas que durante él haya recibido, con la especificación correspondiente, el cual será comprobado por el Oficial interventor y después por el Mayor; y estando conformes, se procederá seguidamente a poner en arcas el dinero con concurrencia precisa de los tres claveros,

anotando su entrada con la media firma de los tres en un libro que habrá en la caja a este intento.

82.

Este libro servirá para anotar así la entrada como la salida de caudales. Las partidas de la primera se escribirán en las páginas impares de la izquierda, y las de la segunda en las páginas pares de la derecha, numerando por su orden unas y otras en cada mes, y haciendo al fin de él el balance del cargo y data con deducción de la existencia, que será la primera partida de cato para el siguiente. Estos resultados se escribirán por letra, y los autorizarán con su media firma los claveros.

83.

Si en el discurso del mes se recibiere alguna cantidad considerable, se pondrá desde luego en caja para su mayor seguridad, sin aguardar a que se concluya el mes; esto a juicio del Oficial mayor, y de acuerdo con el Interventor.

84.

Ningún libramiento se hará de estos fondos sin providencia especial con la media firma del Ministro, y a continuación el recibo de la persona que deba percibir, con el *notado* del Oficial mayor, y la intervención del Interventor, tomando ambos apunte, y concurriendo con sus llaves para sacar el dinero de arcas, anotando su salida en el libro de caja, como queda dicho en el artículo 82.

85.

El Depositario presentará al Ministro después de hecho el balance de cada mes, según el artículo 82, un estado de las entradas, salidas y existencias, el cual deberá estar comprobado por el Oficial interventor, y puesta su conformidad por el Mayor.

86.

Por fin de junio y diciembre de cada año, o en cualquier otro tiempo que lo determine el Ministro, se hará recuento de las existencias de la caja para ver si están conformes a lo que resulta de cuentas, y se le dará un estado de todo, firmado por los tres claveros.

87.

Si ocurriese que alguno de los claveros estuviese enfermo en término de no poder asistir en largo tiempo a la apertura de la caja, propondrá al Ministro por escrito la persona de su confianza en quien desee sustituir sus veces, a fin de que dicho Gefe pueda autorizarlo con su decreto; y este documento quedará en la caja.

88.

Para comprobar si las cantidades remitidas a Secretaría son las mismas que han girado las provincias en fin de cada semestre, remitirán los Intendentes o Ministros principales del departamento y apostaderos, conforme a lo mandado en Real orden de 15 de junio de 1816, una noticia de las cantidades remitidas, con expresión de la fecha en que hubiere sido cada una de ellas, deducida de las cuentas que deben haber presentado los Contadores de las mismas provincias en las Contadurías principales; y el Oficial mayor con el Oficial interventor confrontarán estas noticias con los libros, aclarando, si la hubiere, cualquiera dificultad, y anotando después bajo la firma de ambos en el libro la conformidad, dando parte seguidamente al Ministro del resultado del examen.

89.

En la misma arca donde se custodien los caudales pertenecientes a la Secretaría se conservarán también cualesquiera otros que pudiera haber con otro destino, pero cuidando de tenerlos con entera separación;

y con la misma se llevará la cuenta de ellos en la propia forma que queda prevenida para los fondos de Secretaría, y en otro libro semejante al de que trata el artículo 82.

90.

De todas las cantidades que se distribuyan de cualquiera de estos fondos, se hará al Depositario el abono del quinto de uno por ciento en compensación de quiebras de moneda.

91.

Al Portero mayor se le entregará mensualmente la cantidad que pueda necesitar en dicho tiempo para los gastos comunes y ordinarios de la Secretaría, cuya cuenta entregará al Oficial mayor para su examen, como se previene en el artículo 72.

92.

Por fin de año formará el Depositario un estado general demostrativo del importe de los ingresos y extracciones de la caja en cada mes, y del total del año, con las existencias resultantes, distinguiendo como se ha dicho las cantidades que sean pertenecientes a Secretaría de las recibidas con distinto objeto y aplicación, o en calidad de mero depósito; cuyo estado, comprobado por el Oficial interventor, y por el Mayor, que lo firmarán, se presentará al Ministro, como queda dicho para el estado mensual en el artículo 85, para noticia y aprobación de S.M.

93.

Para cada año se formarán nuevos libros, pasando a ellos por primera partida de cargo las existencias resultantes en fin de diciembre anterior, y siguiendo la cuenta sucesiva en la forma que queda prevenida. Los libros de los años terminados quedarán custodiados en

la misma caja, por si ocurriese la necesidad de sacar de ellos alguna noticia.

Madrid 16 de agosto de 1828.

Formulario del juramento que se exigirá a los Oficiales de la Secretaría de Estado y del Despacho de Marina a su entrada en ella.

PREGUNTA.- ¿Juráis a Dios y a este divino Redentor nuestro, que cumpliréis puntualmente las obligaciones de vuestro empleo, y que guardaréis inviolable secreto en todo lo que se os manda y fuere de de guardar?

RESPUESTA.- Sí juro.

2ª PREGUNTA.- ¿Juráis igualmente ser siempre un fiel y leal vasallo del REY NUESTRO SEÑOR, y que no pertenecéis ni perteneceréis nunca a ninguna de las sociedades secretas, reprobadas por nuestras leyes?

RESPUESTA.- Sí juro.

CONCLUSIÓN.- Si así lo hicieréis, Dios os ayude; y si no, os lo demande.

RESPUESTA.- Amén.

Este juramento lo tomará el Ministro, teniendo en sus manos un Crucifijo.

Juramento de Secretario del Rey N. S.

PREGUNTA.- ¿Juráis a Dios y a esta +, y a las palabras de los Santos cuatro Evangelios, que usaréis bien y fielmente de este oficio que os he encomendado, guardando el servicio de Dios, y de S.M., y el secreto y las Ordenanzas reales, y no llevaréis ni consentiréis llevar a vuestro oficiales y criados derechos demasiados, y tendréis cuidado de despachar brevemente los negocios que a vos ocurrieren, porque no estén detenidas las partes, y avisaréis a S.M. de lo supiéredes que conviene a su servicio por vuestra persona, y si no por las cartas y mensajeros, y en todo haréis aquello que un buen Secretario es obligado a hacer?

RESPUESTA.- Sí juro.

CONCLUSIÓN.- Si así lo hiciéredes, Dios os ayude; y si no, os lo demande mal y caramente.

RESPUESTA.- Amén.

NUEVAS OBLIGACIONES DE LA EMPRESA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA Y REPORTE EN DERECHOS HUMANOS (EN LA UNIÓN EUROPEA)

**-NEW CORPORATE RESPONSABILITIES ON
HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE AND
REPORTING (IN THE EUROPEAN UNION)-**

Fecha de recepción: 27 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 6 de marzo de 2024

Elena Peribáñez Blasco¹
Centro de Estudios Universitarios CEDEU
Madrid, España

Resumen: El presente estudio analiza la evolución de los distintos instrumentos legales empleados en la Unión Europea para prevenir, mitigar y, en la medida de lo posible, remediar las violaciones de derechos humanos ocasionados por la operativa empresarial. En el

¹ Profesora de Derecho Constitucional Comparado. Contacto: e.peribanezblasco@cedeu.es

marco de la UE y sus Estados miembros, estamos viendo como la *soft-law* ha ido dando paso a la *hard-law* en lo que concierne a las responsabilidades ambientales y en derechos humanos de las empresas y sus cadenas de valor. A las obligaciones sectoriales y a las obligaciones de información sobre sostenibilidad (que incluye derechos humanos) se unirán en breve las de aplicar la diligencia debida en derechos humanos dentro y fuera del territorio de la Unión.

Palabras clave: empresa y derechos humanos, diligencia debida, responsabilidad social corporativa, RSC

Abstract: This study analyzes the development of various legal instruments used in the European Union to prevent, mitigate and, where possible, remedy business-related human rights abuses. Within the EU and its Member States, we are seeing how soft law is giving way to hard law regarding the environmental and human rights responsibilities of companies and their value chains. In addition to sectoral commitments and sustainability reporting obligations (including human rights), there will soon be a commitment to the application of human rights due diligence both within and outside the territory of the Union.

Key words: business and human rights, due diligence, social corporate responsibility, SCR.

1.- Introducción

Los años veinte de este siglo XXI parecen están volviéndose “gaseosos”. Decía BAUMAN que vivimos unos «tiempos líquidos», una modernidad donde hay ciertas cuestiones «que no pueden (ni se espera que puedan mantener su forma por más tiempo, porque se descomponen y derriten antes de que se cuente con el tiempo necesario

para asumirlas»². Ahora, algunos cambios son tan rápidos que generan una sublimación, un cambio del estado sólido al gaseoso sin que medie el estado líquido, o eso es lo que se puede llegar a percibir. Cuando hace varias décadas el mundo empresarial empezó a hablar de la responsabilidad social corporativa (RSC) todo era voluntad, buena voluntad. Las acciones en materia de derechos humanos debían estar a la voluntad de los gestores empresariales (como otras cuestiones sociales o el medioambiente), porque muchos interpretaban que la responsabilidad social no era una cuestión corporativa (como el célebre Milton Friedman). Así, bajo esta premisa y con la aquiescencia de numerosos Estados incapaces de coordinar su acción, las cuestiones sociales en general y las relativas a los derechos humanos en particular, venían siendo ignoradas por múltiples empresas en el contexto mundial. Algo que podríamos sintetizar en una frase, un tanto tajante: “sin obligación legal no hay acción”. Sin embargo, la voluntariedad ejecutada en base a lo que se viene a denominar *soft law*, está dejando paso al *hard law*. Lentamente, pero de forma progresiva, en determinados contextos se está generando un marco legislativo internacional que impone obligaciones básicas a las empresas en relación con la RSC (particularmente a las transnacionales). La experiencia muestra que ambas, *soft law* y *hard law*, se complementan, favoreciendo un cambio paulatino que refuerce el respeto a los derechos humanos. Ahora bien, esta complementariedad no puede justificar el mantenimiento de la *soft law* indefinidamente, máxime cuando hay ejemplos de no ha sido “incentivo” suficiente para que algunas empresas cambien su comportamiento hacia los criterios de responsabilidad buscados en la RSC.

En esta “transición hacia la sostenibilidad” que está teniendo lugar, la Unión Europea se ha propuesto liderar. Con la entrada en vigor de la Directiva UE 2022/2464 sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (conocida como CSRD, por su acrónimo en inglés,

² BAUMAN, Z. *Tiempos líquidos. Vivir en época de incertidumbre*. Tusquets Editores. 2007. p.7.

Corporate Sustainability Reporting Directive)³ y el acuerdo provisional de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad (por la que se modificará la vigente Directiva (UE) 2019/1937, relativa a la información no-financiera, que incluye las cuestiones de derechos humanos)⁴, podemos decir que se ha dado el “pistoletazo de salida” para que aquellos países que todavía no han regulado el impacto negativo de las actividades empresariales en materia derechos humanos empiecen a legislar. El 14 de diciembre de 2023, el Consejo y el Parlamento Europeo llegaron a un acuerdo por el cual las actuales regulaciones voluntarias en diligencia debida darán paso a una armonización obligatoria en cuestiones soslayadas por buena parte de las grandes empresas en territorio extracomunitario: el respeto de los derechos humanos⁵. De aprobarse como está previsto antes del

³ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. Se incorporan así a los reportes sobre información no-financiera un apartado específico a los derechos humanos, riesgos y elementos gestionados, dando información prospectiva y retrospectiva de impactos reales y potenciales, igual que en su momento se requirió en materia ambiental.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2022.322.01.0015.01.SPA&toc=OJ%3AL%3A2022%3A322%3ATOC

⁴ Propuesta de Directiva Europea del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM(2022) 71 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071&from=EN>

⁵ Aunque se trate de un acuerdo provisional, resulta evidente que Consejo, Comisión y Parlamento Europeo van a seguir avanzando inexorablemente en las negociaciones necesarias para acotar los abusos de empresas europeas que están aplicando de forma deficiente los Principios Rectores de Naciones Unidas y las Líneas Directrices de la OCDE en materia de derechos humanos, ya sea directamente cuando operan extraterritorialmente; o bien indirectamente, a través de acciones inadecuadas de sus cadenas de valor. Desde el parlamento

verano de 2024, se establecerán nuevas obligaciones para un alto número de empresas europeas (incluyendo sus filiales)⁶ y para aquellas de terceros países que operan en territorio de la Unión Europea (UE); incluyendo criterios para la adjudicación de contratos públicos, concesiones y sanciones.

Antes de dicho anuncio varios países de la UE ya contaban con normativa respecto de los impactos generados por la actividad empresarial en los derechos humanos en sus respectivas jurisdicciones. Este es el caso de Francia, con la Ley n° 2017-399, de 27 de marzo de 2017, del deber de vigilancia de las casa matrices y de las empresas contratistas (*relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*); en el caso de los Países Bajos, con la Ley sobre la diligencia debida en trabajo infantil, de 24 de octubre de 2019 (*Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een*

Europeo ha sido acogido con satisfacción el nuevo documento de la OCDE con líneas directrices para el Comportamiento Responsable de las Empresas, entendiendo que ofrece «una base sólida y prometedoras para avanzar en las negociaciones» para conseguir instrumentos jurídicos vinculantes tanto para grandes, como para pequeñas y medianas empresas (dado que las PYMES representan el 90% de las empresas en el mundo, con unos porcentajes de empleo estimados del entre el 60 y el 70% del total, por lo que no pueden quedar eximidas de este tipo de obligaciones, aunque se prevean para ellas salvaguardias (párr. 15 2023/2108(INI), Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la definición de la posición de la Unión sobre un instrumento vinculante de las Naciones Unidas relativo a las empresas y los derechos humanos, en particular en lo que respecta al acceso a las vías de recurso y protección de las víctimas).<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/14/corporate-sustainability-due-diligence-council-and-parliament-strike-deal-to-protect-environment-and-human-rights/>

⁶ Queremos señalar que a lo largo del texto aparecerá de forma recurrente la expresión “empresas europeas”, lo que debe interpretarse siempre como empresas de la Unión Europea, lo cual es más restringido. Si bien, hay que aclarar que este tipo de normativa con impacto comercial también es aplicada por los restantes países del Espacio Económico Europeo.

zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen); y de Alemania, con la Ley, de 16 de julio de 2021, sobre la diligencia debida corporativa para evitar violaciones de derechos humanos en las cadenas de suministro (*Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten, LkSG*)⁷. No fue este el caso de España, cuyo anteproyecto de ley “de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales”, quedó “pausado” en 2022 para “morir” en agosto de 2023, junto con la XIV Legislatura. No obstante, esta circunstancia podría resultar beneficiosa a la postre, ya que dará tiempo a tener aprobado el texto definitivo del marco europeo regulador de la diligencia debida y así, la norma española no tendrá “excusa” para adolecer de lagunas técnicas o interpretativas. Como ya pasó con temas ambientales, siempre hay países que lideran la acción legislativa, lo cual acelera el proceso regulador comunitario, pero resulta imprescindible la armonización para evitar distorsiones de la competencia dentro de la UE (ya que una armonización global obligatoria todavía tardará años en llegar, en caso de que llegue a hacerse efectiva en algún momento la propuesta de tratado internacional que se está negociando en Naciones Unidas).

Las mencionadas leyes francesa y alemana, así como la propia normativa europea, están basadas en el compromiso con los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁸,

⁷ Otros Estados de la UE han estado trabajando en desarrollos normativos en materia de diligencia debida sin que todavía se haya llegado a término, como ha sucedido en el caso español. Es el caso de Bélgica y su propuesta de ley del año 2021; también es el caso de Luxemburgo o Suecia.

⁸ Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 17/4, “Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas” (A/HRC/RES/17/4), mediante la cual el Consejo hace suyos los Principios recogidos en el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las

consistentes en “proteger, respetar y prevenir” los derechos humanos. Principios que recordaron a los Estados lo que ya sabían, pero no aplicaban, que a ellos compete evitar la conculcación de los derechos humanos:

«Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia»⁹.

empresas y los derechos humanos que suponen la puesta en práctica voluntaria del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", en materia de derechos humanos.

<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/g11/144/74/pdf/g1114474.pdf?toKen=Mp4BrA3V3xvoPZJHkG&fe=true>

⁹ A/HRC/17/31, pág. 7.

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g11/121/93/pdf/g1112193.pdf?token=dLJnf14Unngvixu5Nw&fe=true>

Estos Principios no están exentos de críticas ya que algunos vieron en ellos una llamada de atención a las empresas «para contribuir a un mundo más respetuoso con los derechos humanos» (GREEG, 2021:3), pero sin llegar a ser una verdadera herramienta que facilitara la labor a las empresas (particularmente en lo relativo a la forma de implementar la diligencia debida en derechos humanos). GREEG, B. “Beyond Due Diligence: The Human Rights Corporation”. *Human Rights Review* 22 (2021): 65-89. <https://doi.org/10.1007/s12142-020-00612-y> Las carencias de estos principios serían reconocidas por el propio redactor, John Gerard Ruggie, como consecuencia de las dificultades del proceso de elaboración. RUGGIE, J.G. “The social construction of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, en *Research Handbook on Human Rights and Business*. Edward Elgar Publishing, 2020. Pp. 63-86.

Y lo que resultó más relevante, vino a aclarar a las empresas que, operen en el país que operen, tienen responsabilidades respecto de los derechos humanos, previendo y reparando los impactos negativos que su actividad haya podido generar:

«La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos»¹⁰.

Pocos pensaban en el mundo empresarial que aquellas primeras recomendaciones y acciones voluntarias en materia ambiental y de derechos humanos que empezaron a plantearse en foros internacionales de los años 70, empezarían a dar “el salto” hacia la obligatoriedad. Algunas multinacionales empezaron entonces contemplar la idoneidad de hacer un abordaje estratégico de estas materias, en un intento de controlar y gestionar mejor los riesgos económicos y reputacionales derivados de sus actividades fuera del territorio de la UE. Iniciaron un proceso que entendieron necesario e imparable: la obligatoriedad extraterritorial de la diligencia debida en materia de derechos humanos. Pero esta actitud estratégica no fue general, surgiendo voces críticas tras la aprobación, aunque estas no fueran muchas.

¹⁰ Comentario sobre el significado del Principio Fundacional nº11, por el cual las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación. A/HRC/17/31, p.15.

Si tenemos que buscar un punto de referencia temporal podríamos afirmar que ese fue el año 2011. El año en el que se aprobó el “Marco de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos”; y en el que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) modificó sus directrices de actuación para Empresas Multinacionales, incorporando recomendaciones específicas sobre el respeto de los derechos humanos, en línea con lo dispuesto en el marco de Naciones Unidas¹¹. Ya en el contexto de la Unión Europea (UE), pero alineándose a las mencionadas medidas internacionales, la comunicación de la Comisión Europea de la

¹¹ Las primeras directrices de la OCDE para multinacionales (EMNs) se publicaron en 1976, como parte de una serie de instrumentos elaborados para materializar el compromiso adquirido en la *Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales* del Comité de Inversiones y Empresas Multinacionales de la OCDE. Entre otras cuestiones, se buscaba conseguir un compromiso de los gobiernos de los Estados de la OCDE para que estos promocionasen una conducta empresarial responsable. Esta promoción podría hacerse mediante normas no vinculantes, allí donde operasen tales empresas a fin de facilitar la confianza de los inversores. Las directrices, venían a facilitar la gestión empresarial en áreas clave como el buen gobierno (códigos de conducta y medidas anticorrupción), gestión laboral y ambiental. En base a la experiencia acumulada y a las recomendaciones de los gobiernos parte de la OCDE, las directrices han sido objeto de revisiones periódicas. Así, en 2011 se adoptó un nuevo texto incorporando un capítulo completo al tema de los derechos humanos, alineando las directrices de la OCDE con el entonces recién aprobado documento de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresa y derechos humanos. OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, Paris, 2011. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es> En su versión más reciente, de 2023, se han incluido enmiendas derivadas de la necesidad de seguir avanzando y armonizando lo que se entiende como conductas empresariales responsables, tanto de las grandes empresas multinacionales, como de todas aquellas empresas que conforman su cadena de valor. *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*, OECD Publishing, Paris, 2023. <https://doi.org/10.1787/7abea681-es>

«Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas» vino a hacer referencia expresa necesario respeto de los derechos humanos por parte de aquellas empresas que se dicen socialmente responsables, incorporándolo a una nueva definición de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) que se basa en «la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad»¹². En concreto, se entiende dicha responsabilidad como:

«El respeto de la legislación aplicable y de los convenios colectivos entre los interlocutores sociales es un requisito previo al cumplimiento de dicha responsabilidad. Para asumir plenamente su responsabilidad social, las empresas deben aplicar, en estrecha colaboración con las partes interesadas, un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, **el respeto de los derechos humanos** y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica, a fin de:

- maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio;
- identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas»¹³.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”. (COM/2011/0681 final) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A52011DC0681>

¹³ Una definición e interpretación catalogada por la Comisión como «moderna» de la responsabilidad y de la acción ligada a planteamientos formales de la RSE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”, p. 7.

Adelanta así dos ideas sobre cuáles serán las futuras obligaciones en el asunto que nos ocupa, el de los derechos humanos. Por un lado, el integrar «el respeto de los derechos humanos [...] en sus operaciones empresariales y estrategia básica»; por otro, que las empresas que aún no lo hagan, comiencen a «identificar, prevenir y atenuar» los impactos negativos (o consecuencias adversas) en las dimensiones enunciadas en la propia definición que, por primera vez, explicita los derechos humanos que antes se entendían incluidos en la dimensión social de la RSE. De esta forma, la última frase de esta definición se acabará perfilando como lo que actualmente conocemos como el proceso de “diligencia debida”¹⁴. Entendida en ese momento como parte deseable de la acción empresarial voluntaria en el marco de la RSE (o Responsabilidad Social Corporativa, RSC), ahora obligada en el contexto regional de la UE para ciertas cuestiones.

Con la citada Estrategia se acompañaron los medios para que las empresas pudieran ir incorporando las medidas y los cambios necesarios para cambios en su operativa (y comportamiento). Aunque centrada más en las cuestiones ambientales y de buen gobierno, en la década (2011-2020), no ocultó la Comisión su interés en seguir trabajando en la reducción del riesgo que suponían para sus aspiraciones de liderazgo internacional la existencia de planteamientos políticos divergentes en el seno de la UE. El interés de la Comisión por reducir o eliminar elementos que pudieran distorsionar la competencia (originar costes adicionales solo asumidos por algunas empresas) y «prestar mayor atención a los derechos humanos», particularmente a los riesgos indirectos generados por las cadenas de suministro. Una Estrategia centrada en grandes empresas, multinacionales, pero sin olvidar las pymes, a las que siempre anima a incorporarse a procesos de autoregulación y corregulación, procesos reconocidos por la Comisión

¹⁴ Aclaración: en algunos textos se hace una traducción de la *due diligence* como “debida diligencia” y no como “diligencia debida”, que sería lo correcto en castellano. A lo largo del texto intentamos emplear el término correcto, si bien, es posible que al hacer referencia a algún documento utilicemos “debida diligencia”, tal y como aparece recogido en ese texto.

como parte de su agenda «Legislar mejor»¹⁵. Unos primeros pasos para intentar alinear la gobernanza internacional (y nacional) con el buen gobierno corporativo, aunque todavía sobre la base predominante de la voluntad.

Desde 2014 la ONU ha intentado conseguir sin éxito un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre la actividad de las empresas, particularmente las transnacionales, para regular las actividades de las empresas y su impacto negativo sobre los derechos humanos¹⁶. Nadie duda de los impactos positivos que las empresas generan en el país en el que operan –generación de empleo, bienestar económico, progreso tecnológico, etc.–; pero las experiencias y las evidencias también han dejado constancia de la persistencia de ciertos impactos negativos sin corregir ni reparar de forma efectiva. No faltan ejemplos de ello, en este siglo. Así lo atestiguan los casos de: Chevron-Texaco en Ecuador, Shell en el delta del Níger (Nigeria); Vale en Mariana y Brumadinho (Brasil), o del Rana Plaza (Bangladés)¹⁷. Todos ellos consecuencia directa o indirecta de los procesos de deslocalización de la producción hacia países con prácticas jurídicas y regulaciones

¹⁵ A este respecto, véanse el Acuerdo interinstitucional «Legislar mejor» (DO C 321 de 31.12.2003, p. 1); y la Comunicación de la Comisión «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea», COM(2005) 97.

¹⁶ Trabajos desarrollados por el Grupo de Trabajo Intergubernamental (GTI) de composición abierta sobre Empresas Transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, que fue establecido por el Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 26/9, de 26 de junio de 2014. A/HRC/RES/26/9.

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g14/082/55/pdf/g1408255.pdf?token=vS0uq0b2wCJZNmNiG2&fe=true>

¹⁷ Sucesos en los que se han visto envueltas empresas transnacionales directamente; o bien, a través del impacto negativo de sus proveedores, como sucedió en Bangladés, al colapsar el edificio Rana Plaza. Incluso situaciones de difícil clasificación, como lo acontecido en la mina de platino de Marikana (Sudáfrica) en 2012.

muy dispares (muy laxas), así como la complejidad de las cadenas globales de valor (extensas y difusas). Estas circunstancias han permitido e incluso facilitado numerosos abusos en materia de derechos humanos¹⁸. Particularmente a los relativos a derechos laborales (como el trabajo forzoso y el trabajo infantil), a la casi sistemática conculcación de derechos de las poblaciones indígenas, además de la pervivencia de patrones de comportamiento discriminatorios y de acoso.

En 2019 se hizo público un borrador de instrumento internacional jurídicamente vinculante para intentar garantizar los derechos humanos en las actividades comerciales¹⁹. Un borrador frente al cual la UE se mostró particularmente reacia²⁰. Lamentablemente, los trabajos de esta organización internacional parecen estar condenados a

¹⁸ A lo largo de este texto entenderemos por *abuso de los derechos humanos*: «cualquier perjuicio cometido por un Estado o un actor no estatal que sea una empresa comercial, por medio de actos u omisiones, en el marco de sus actividades comerciales, contra cualquier persona o grupo de personas, individual o colectivamente, incluyendo lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida económica o impedimento sustancial de sus derechos humanos, incluyendo los derechos ambientales». Art. 1.2 del borrador del 2º proyecto revisado “Instrumento legalmente vinculante que regula, dentro del Derecho Internacional de los derechos humanos, las actividades de las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales”. Grupo de Trabajo Intergubernamental abierto de Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas GTI 16/7/2019.

¹⁹ GTI 16/7/2019.
https://www.escrnet.org/sites/default/files/ocejwg_borrador_revisado_es.pdf

²⁰ Sobre esto véase: HAMM, B. “The struggle for legitimacy in Business and Human Rights regulation -a consideration of the process leading to the UN Guiding Principles and an International treaty”, *Human Rights Review* 23, 2022. 103-125. <https://doi.org/10.1007/s12142-02-00612-y> ; id. PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la definición de la posición de la Unión sobre el instrumento vinculante de las Naciones Unidas relativo a las empresas y los derechos humanos, en particular en lo que respecta al acceso a las vías de recurso y la protección de las víctimas*, Informe-A9-0421/2023. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0421_ES.html

una larga espera, incluso me atrevería a decir que al fracaso a corto y medio plazo. Sin embargo, las tareas emprendidas por la Comisión Europea avanzan con mejor ritmo, pautando obligaciones tanto para que las empresas europeas, como para aquellas extracomunitarias afincadas en territorio de la UE (filiales); e, indirectamente, para las cadenas de valor de ambas. Así, lo que comenzaron siendo regulaciones específicas para sectores particularmente ligados a graves violaciones de los derechos humanos (como el extractivo), ha dado paso a una regulación transversal. En primer lugar, ampliando la concepción de lo que ha de entenderse como conductas empresariales responsables en la UE y estableciendo obligaciones a empresas del sector financiero y de inversión, para marcar criterios de preferencia o elección (criterios ESG); después regulando la información no-financiera que obligatoriamente han de aportar las corporaciones anualmente, incluida información sobre impactos en los derechos humanos; y, finalmente, legislando sobre la diligencia debida de las empresas en sostenibilidad y derechos humanos.

Corresponde ahora revisar en qué forma, y tiempos, la voluntariedad está dando paso a la obligatoriedad en responsabilidad empresarial. En concreto, al tema que nos atañe en este trabajo que es el de derechos humanos.

2.- Obligaciones sectoriales en materia de derechos humanos

Nos centrándonos ahora en el contexto exclusivamente europeo y en la regulación sectorial. Aunque la Comisión en la primera década de este siglo parecía eludir el debate sobre si la RSC de las empresas debía regularse (manteniendo un posicionamiento público de voluntariedad)²¹, no quedó otra alternativa que seguir la corriente

²¹ No hay más que ver la primera definición de empresa responsable de 2006: «La responsabilidad social de las empresas (RSE) es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y ambientales en sus

internacional de regulación de ciertos sectores para evitar efectos indeseados. Las primeras obligaciones sectoriales tendrían lugar en el sector de los diamantes e impondrían obligaciones extraterritoriales. ¿Obligaciones extraterritoriales? Sí, amparadas en lo establecido en el art. 21 del Tratado de la Unión Europea (TUE), por el cual se establece que la forma de acometer la acción exterior:

«1. La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto a la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho Internacional».

Si seguimos un orden cronológico, serán los diamantes los primeros en evidenciar cómo la imposición de medidas a empresas europeas importadoras y/o comercializadoras de ciertos productos pueden emplearse para poner freno a graves impactos sobre derechos humanos en los países de origen de tales productos. Se prohibirá a las empresas las importaciones de diamantes en bruto sin certificado de origen que permita garantizar que su extracción y venta no guarda relación con la financiación de conflictos armados y ese dinero tampoco financia abusos y violaciones de derechos humanos, mediante el Reglamento (CE) 303/2002, denominado Reglamento Kimberley²². No

operaciones empresariales y sus relaciones con sus interlocutores». COM(2006)136 final. Sobre los principios de la acción comunitaria en RSC, la voluntariedad de la RSC y la acción de la Comisión, vid. el epígrafe 4.1.3 “RSC y Desarrollo Sostenible. Hacer de Europa un Polo de Excelencia para la RSC”, en SANCHEZ, V.E., CANO, M.A. & PERIBÁÑEZ, E. *Responsabilidad Social Corporativa. El papel de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en la promoción de la RSC*. Dykinson, 2016.

²² Reglamento 303/2002, del Consejo, de 18 de febrero de 2002, relativo a la importación de diamantes en bruto de Sierra Leona.

será esta la única restricción comercial, ni la única norma en establecer obligaciones específicas a las empresas europeas. Al mencionado reglamento Kimberley le siguió el Reglamento (UE) 995/2010, conocido como Reglamento de la Madera de la UE (EUTR)²³, que buscaba vetar la entrada en la UE de madera que ha sido aprovechada ilegalmente, pero que también tiene connotaciones en materia de derechos humanos. Y después el Reglamento (UE) 2017/821, sobre minerales de conflicto, ampliando los actos legislativos que buscaban mejorar la RSC de las empresas europeas y hacer que su conducta responsable disminuyese los impactos negativos sobre los derechos humanos en los países de origen de esos recursos²⁴. Son obligaciones

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-80298>; y su reglamento de desarrollo Reglamento (CE) 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-82404>; modificado recientemente por el Reglamento de Ejecución (UE) 2022/1359 de la Comisión de 27 de julio de 2022, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81199>.

²³ Reglamento (UE) 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera; y su Reglamento de Ejecución (UE) 607/2012 de la Comisión, de 6 de julio, relativo a las normas detalladas en relación con la diligencia debida y la frecuencia y la naturaleza de los controles sobre las entidades de supervisión. Estas normas, recientemente derogadas, tenían por objeto asegurar que no llegan al mercado de la UE maderas o productos derivados que son aprovechados ilegalmente, mediante el ejercicio de la diligencia debida. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32010R0995>;

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32012R0607>

²⁴ Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originados en zonas

impuestas a sectores que se abastecen, a través de su cadena de valor, de productos provenientes de áreas concretas donde hay situaciones de conflicto armado o con altos niveles de violencia, Estados frágiles (en situación de posconflicto) o fallidos, aquellos donde se sabe que la seguridad es precaria o inexistente para las poblaciones que habitan en el entorno de esos recursos. Estas regulaciones son un medio para tratar de eliminar la conculcación sistemática de los derechos humanos de esas poblaciones –asesinatos, trabajo infantil, trabajo forzoso, violencia sexual, desapariciones forzadas, reasentamientos forzados, etc., en general, acciones de violencia cuyo fin es el control y explotación de esas comunidades afectadas– y también para eliminar esta vía de financiación de grupos armados y terroristas.

En tales contextos, a nadie ha extrañado que se establecieran obligaciones específicas a las empresas que importan tales recursos, ni que también se les impusieran obligaciones respecto de la diligencia debida en la cadena de suministro, a fin de impedir o reducir los impactos negativos asociados a sus actividades de abastecimiento²⁵. Ahora bien, aunque estas primeras obligaciones se hayan impuesto a empresas de sectores muy concretos, se observan matices que consideramos oportuno apostillar, ya que entendemos afectan a la

de conflicto o de alto riesgo. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2017-80980>

En este punto habría que añadir, cuando se apruebe, la anunciada Ley Europea de Materias Primas que busca la garantía de suministro seguro y sostenible de elementos básicos, entre los que se encuentra el cobalto, mundialmente utilizado en la producción de baterías y que en gran medida procede de la República Democrática del Congo. Vid. COM(2023) 160 final.

²⁵ Cadena de valor y, dentro de ella, la «cadena de suministro», entendida como el sistema de actividades, organizaciones, actores, tecnologías, información, recursos y servicios que opere en el desplazamiento de los recursos regulados desde el lugar de obtención (extracción en algunos casos), hasta su incorporación en el producto final. Adaptación de la definición de cadena de suministro de minerales dada en el art. 2c del citado Reglamento 2017/821 sobre minerales de conflicto.

efectividad de la regulación. Entre las cuestiones a considerar: la anuencia del sector; la facilidad o dificultad de control de los productos; y su uso final, particularmente lo que atañe a la disponibilidad de encontrar sustitutivos por parte de las empresas. Obviamente, el uso final de los productos regulados y la existencia o no de alternativas es determinante para conseguir una mayor implicación de las empresas a la hora de aplicar medidas tanto de forma voluntaria como obligatoria. Esto se observa bien en el caso del Reglamento Kimberley y del Reglamento de minerales de conflicto. En el primer caso, estamos ante un producto destinado al mercado de lujo, el de joyería; en el segundo, ante minerales que ante todo se emplean en el sector tecnológico (ordenadores, calculadoras, televisores, baterías, etc.) y para los que las alternativas son todavía escasas. En el caso de los “diamantes de sangre” Naciones Unidas hizo un llamamiento a los Estados y al sector para «la creación y aplicación de un sistema sencillo y práctico de certificación internacional de los diamantes en bruto» (A/RES/55/56: 2)²⁶. Alentando

²⁶ En la Resolución 55/56, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, “El papel de los diamantes en el fomento de los conflictos: romper el vínculo entre el comercio ilícito de diamantes en bruto y los conflictos armados a fin de contribuir a la prevención y la solución de los conflictos”, se pidió a los Estados medidas (incluyendo las legislativas) para romper el vínculo observado en países productores como Liberia, Sierra Leona y Costa de Marfil entre la comercialización de esos diamantes y la financiación de los denominados “Señores de la Guerra” [A/RES/55/56, de 29 de enero de 2001]. El uso de esas piedras preciosas en bruto como fuente de financiación de guerras civiles, en las que se produjeron numerosos crímenes de guerra y de lesa humanidad, hizo que se popularizara el término “diamantes de sangre” para referirse a ellos. La mencionada Resolución 55/56 crea el denominado Proceso Kimberley (PK), por el cual se establece un sistema de garantías para que los diamantes que se comercializan no provengan de lugares de conflicto armado o no hayan sido empleados para sufragar conflictos armados. El PK comenzó su andadura al corroborarse que el movimiento Unión Nacional para la Independencia Total de Angola (UNITA) financiaba su intervención en la cruenta guerra civil de Angola, a pesar de las sanciones que le había impuesto Naciones Unidas. En la actualidad, son 81 los países adheridos al sistema del proceso de certificación del PK, lo cual viene a representar el 99% de la

a los países que participaban en el llamado Proceso Kimberly a sumar nuevos países. En esta línea, el Consejo Europeo celebrado en Gotemburgo en 2001 vino a abordar , entre otras muchas cuestiones, nuevas políticas internas con la que impulsar un desarrollo sostenible en base a el «principio de que habría que estudiar las repercusiones económicas, sociales y ambientales de todas las políticas», mejorando para ello también las medidas de cooperación para prevenir conflictos armados, incluyendo medidas contra el comercio ilícitos de mercancías de valor a fin de romper el nexo detectado entre el comercio de diamantes en bruto y tales conflictos²⁷. Entre esas medidas, el apoyo al Proceso Kimberley, lo que se tradujo en la obligatoriedad, primero de controlar el comercio de “diamantes conflictivos” de un país concreto Sierra Leona²⁸, para luego abrirse a otros países (Liberia y Costa de Marfil y, posteriormente, a Angola y Congo)²⁹. Un proceso que trata de establecer un marco regulador para hacer frente a los riesgos para los derechos humanos de las actividades comerciales de este sector específico, a lo largo de toda su cadena de valor³⁰. Las obligaciones impuestas se ven facilitadas por otros instrumentos. así además de esta regulación comercial, la Comisión puede adoptar otro tipo de restricciones y prohibiciones cuando la institución entiende que hay

producción y comercio de diamantes mundial.
su <https://www.kimberleyprocess.com/>

²⁷ Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Gotemburgo, 15 y 16 de junio, SN 200/1/01/2001, párr. 22.
<https://www.consilium.europa.eu/media/20977/00200-r1es1.pdf>

²⁸ Este es el nombre asignado en el Proceso de Kimberley a estos diamantes sujetos a proceso de certificación.

²⁹ La última modificación hecha al Reglamento Kimberly es de 2022, con la aprobación del Reglamento de Ejecución 2022/1359 de la Comisión de 27 de julio de 2022.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81199>

³⁰ GRANT, J.A. & TAYLOR, I. “Global governance and conflict diamonds: the Kimberley Process and the quest for clean gems”, *The Round Table*, 93(2004): 385-401.

<https://doi.org/10.1080/0035853042000249979>

diamantes cuya comercialización debe detenerse por esas mismas razones, financiación de armamento para un conflicto armado, en base a la imposición de sanciones al país comercializador³¹. Aunque tomada como una regulación altamente efectiva, alguna autora considera que «se ha quedado corta» y «no se trata de un éxito completo»³². porque se han detectado falsificaciones documentales (de los certificados) y uso de lo que podríamos denominar “puertas traseras” para intentar poner en mercado esos diamantes. En efecto, como todas las normas legales siempre existe el riesgo de ser “trampeadas”, o incumplidas, y este reglamento no ha sido excepción³³. Es sobradamente sabido que una

³¹ El Centro Mundial de Diamantes de Amberes mueve el 86% de los diamantes que se comercializan en el mundo, acogiendo a más de 1.500 empresas diamantíferas o relacionadas con este mineral. A finales de 2023, la Unión Europea ha adoptado un paquete de sanciones contra Rusia por la invasión de Ucrania y entre ellas encontramos la prohibición en la UE de importar diamantes que provengan directamente de Rusia para su uso en joyería, tanto diamantes naturales como sintéticos a partir de 2024 (sí se permiten los de utilización industrial). También se prohibirán importaciones de diamantes de origen ruso que hayan sido tallados o pulidos en otros países. Se entiende que al ser Rusia el mayor productor de diamantes del mundo por volumen está utilizando esta fuente de ingresos para sufragar el conflicto armado existente en Ucrania. Una medida que atañe particularmente a la compañía minera PJSC Alrosa, la mayor compañía minera del mundo, que comercia más del 90% de la producción de diamantes de Rusia. Esto significa que, en 2024, ninguno de esos diamantes podrá importarse en la UE y, por tanto, no podrá comercializarse a través de la plaza de Amberes.

³² DIAGO, M. P. “Minerales y diamantes de conflicto: mecanismo de control y diligencia debida en tiempos de ODS”, *Cuadernos Europeos de Deusto* 63, 2020:153-182.

³³ Siempre se ha hecho referencia a que las normas voluntarias son insuficientes para poner freno a las violaciones y abusos de los derechos humanos, a pesar de ser ampliamente utilizadas. Entre ellas podríamos mencionar: OCDE, *Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales*, OCDE, Paris, 2011; ONU, Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011; OCDE, *Guía de Debida Diligencia de la OCDE para las Cadenas de Suministro*

norma por sí sola no puede impedir los ilícitos, para eso han de implementarse otros mecanismos. Ahora bien, también podemos poner el foco en cómo la regulación se complementa con la acción judicial para mandar un “aviso” a las empresas que buscan subterfugios. En nuestra opinión, una de estas situaciones la encontramos en la sentencia del Tribunal de la Unión Europea (sala novena) en el asunto T-619/15, de 20 de julio de 2017, *Badica y Kardiam v Consejo de la UE*³⁴. En este

Responsables en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo, OCDE, Paris, 2016; o la más reciente actualización de la Directrices de la OCDE titulada *Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta empresarial Responsable*, OCDE, Paris, 2023.

³⁴ A modo de resumen del asunto: En 2013 la República Centroafricana fue suspendida temporalmente del sistema de certificación del PK dado que el país se encontraba inmerso en una guerra civil, tras un golpe de Estado realizado por la coalición de grupos insurgentes denominado *Seleka*. Esta exclusión del sistema convertía al comercio de diamantes provenientes de ese país en comercio ilícito, quedando las importaciones prohibidas, ya que los diamantes podían y eran utilizados por *Seleka* para sufragar los gastos del conflicto armado, junto con otros recursos naturales (como el oro). En 2015, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó la Resolución 2196(2015) para prorrogar medidas que se habían tomado tras el golpe de estado (Resolución 2134(2014)), por el que se pedía a los estados que procedieran a la congelación de fondos, activos financieros y recursos económicos en sus territorios de personas y entidades designadas por el Comité como implicadas en el apoyo a grupos armados o redes delictivas dedicadas a la “explotación o comercio de ilícitos” para sufragar el conflicto. Pese a la prohibición de comerciar con diamantes y encontrarse incluidas en las listas de empresas que prestaban apoyo a dichos grupos armados y delictivos, las demandantes *Bureau d’achat de diamant Centrafrique* (Badica) con domicilio en la República Centroafricana y la sociedad belga del mismo grupo *Kardiam*, continuaron con sus tareas comerciales. Esto que quedó evidenciado y documentado a través de varias inspecciones realizadas por la Comisión, acreditándose también en otras investigaciones pagos a cambio de protección a fuerzas de la antigua *Seleka*. La UE inmovilizó fondos y recursos económicos de dichas empresas en base a lo dispuesto en su Reglamento (UE) 224/2014, de 10 de marzo, relativo a la adopción de medidas restrictivas habida cuenta de la situación en la República Centroafricana (modificado por el Reglamento (UE) 2015/734, de 7 de mayo

asunto las empresas diamantíferas demandaron al Consejo por inmovilizar todos sus activos financieros el año 2015, activos bloqueados por incumplimiento del Reglamento Kimberley.

Pero, como hemos apuntado anteriormente, la obligación de someterse a controles de certificación no parará en los diamantes. La Comisión y el Consejo venían pidiendo a las empresas extractivas acciones y comprobaciones sobre su operativa en la utilización de ciertos minerales en los productos con los que abastecían la UE. Minerales altamente valiosos para las empresas tecnológicas como el tantalio, el wolframio, el estaño y el oro –conocidos como minerales 3TG– que también suelen localizarse frecuentemente en zonas de alto riesgo o donde ya hay conflictos armados cronificados. La UE aprobó el Reglamento (UE) 2017/821 para regular su control de importación³⁵,

de 2015). De esta forma la UE daba cumplimiento a los compromisos contraídos con las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y al compromiso de pertenecer al PK. Las empresas recurrieron la sentencia por la cual se daba la razón al Consejo, alegando que los motivos invocados por el Consejo que les fueron comunicados eran inexactos o, en cualquier caso, carecían de fundamento, puesto que no acreditaban que prestaran apoyo a grupos armados mediante la explotación ilegal o el tráfico de recursos naturales en la República Centroafricana. El Tribunal General vino a confirmar que la inmovilización de sus capitales era ajustada a derecho, habiéndose infringido el PK y lo dispuesto en la legislación de la Unión.

³⁵ No solo hay regulación en la UE, también las empresas estadounidenses están sometidas a ciertas obligaciones para los 3TG. La Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos añadió una sección (la 1502) a la denominada Ley Dood-Frank de reforma de Wall Street y protección del consumidor, de 2010 (Norma final de 2012). Las empresas deben realizar una “indagación razonable sobre el país de origen”, para comprobar si esos minerales proceden de países listados (allí, Angola, Burundi, República Democrática del Congo, República del Congo, República Centroafricana, Sudán del Sur, Ruanda, Uganda, Zambia, Angola, Burundi y Tanzania; una lista menor que la incluida en el sistema regulador europeo CAHRAS); o si procede de desechos o materiales de reciclaje; presentando su informe anual acompañado de una descripción del proceso y de los resultados obtenidos. Respecto del informe

con obligaciones en el ámbito del comercio de estos minerales. Legislación sectorial a cumplir por parte de los importadores europeos de estos 3TG o quienes intenten ponerlos en mercado, que en esta ocasión no limita a la certificación o trazabilidad de los productos, sino que obliga a las empresas involucradas a proceder con la diligencia debida para impedir o reducir los riesgos asociados a su comercio: la financiación de grupos armados y la conculcación de derechos humanos de las poblaciones de esas áreas geográficas³⁶. El reglamento de minerales de conflicto en su art. 2d) define esta «diligencia debida de la cadena de suministro» como:

«[...] las obligaciones de los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro en relación con sus sistemas de gestión, su gestión de riesgos, las auditorías externas independientes y la comunicación de información con el fin de identificar y abordar los riesgos reales y potenciales vinculados a las zonas de conflicto o de alto riesgo para impedir o reducir los efectos negativos asociados a sus actividades de abastecimiento».

sobre la diligencia del modelo estadounidense, parece ser es más robusto que el europeo. En base a la información aportada, las empresas obtendrán la clasificación de sus productos como: “*Not DRC Conflict Free*”, “*DRC Conflict Free*”, “*DRC Undeterminable*”, o bien “*Recycled, or Scrap Due Diligence*”, para que sean fácilmente identificados por el consumidor.

³⁶ Estas zonas con denominadas “CAHRAS” (del inglés *Conflict Affected and High-Risk Areas*), fueron definidas así por la OCDE en la citada *Guía de Diligencia Debida en la Cadena de Proveedores de Minerales procedentes de Zonas de Conflicto y Alto Riesgo*. La denominada “lista CAHRAS” ofrece información sobre las áreas que reúnen las características descritas en el Reglamento 2017/821. La lista, que se reconoce como no exhaustiva, recoge actualmente zonas de 28 Estados (diciembre 2023).

Para implantar esta diligencia debida y la sistemática que conlleva, la UE hace suyos los principios generales enunciados por la OCDE en su *Guía de Diligencia Debida para una Conducta Empresarial Responsable*³⁷. Así se recoge expresamente en el Reglamento delegado UE 2019/429 de la Comisión, donde se viene a determinar la metodología y los criterios para la evaluación de dicha diligencia debida³⁸. Una nueva modificación del Reglamento de los minerales de conflicto vendría a poco después a introducir más minerales (de niobio, que suele emplearse como superconductor como el estaño y el titanio) y no se descarta que otros minerales pasen a incrementar la lista, como el cobre, níquel, aluminio o el litio. En cualquier caso, una vez que las empresas adoptan sus métodos para el control y gestión de unos minerales, incluyendo el reporte, el seguir aumentando el número de minerales objeto de control no debería ser un problema. Ahora bien, una de las cuestiones criticables del reglamento marco de 2017 era y es que no aplicaba a los importadores europeos cuando no se superaba un mínimo volumen de importación anual de ciertos minerales y metales provenientes de zonas de conflicto. Esta imprevisión inicial tuvo que subsanarse mediante otra modificación en 2020. Así, al introducir esos se garantizar «que al menos el 95 % de los volúmenes totales importados en la Unión de cada mineral o metal estén sujetos a las obligaciones que establece el Reglamento para los importadores de la Unión»³⁹.

³⁷OCDE, *Guía de la OCDE sobre Diligencia Debida para una Conducta Empresarial Responsable*, París, 2018.

<https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

³⁸ Reglamento delegado (UE) 2019/429 de la Comisión, de 11 de enero de 2019, por el que se completa el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la metodología y los criterios para la evaluación y el reconocimiento de los programas de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio, wolframio y oro [C/2019/9].

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019R0429>

³⁹ Reglamento delegado (UE) 2020/1588 de la Comisión de 25 de junio de 2020 por el que se modifica el anexo I del Reglamento (UE) 2017/821 del

Entre las regulaciones de los diamantes y de los 3TG, se impusieron obligaciones para otro sector, el de la madera. Las medidas fueron impuestas para tratar de afrontar simultáneamente la violación de derechos humanos en cuanto a lo que se refiere, principalmente, a poblaciones indígenas, y a la afectación del medio ambiente. Cabe aquí recordar que los daños infligidos al medio ambiente tienen connotaciones negativas en el disfrute efectivo de todos los derechos humanos, ya sea de forma directa o indirecta, como apuntaremos en el siguiente epígrafe. Sería pretencioso decir que el denominado Reglamento de la Madera de la UE (EUTR)⁴⁰ se adoptó para proteger los derechos humanos, pero su impacto indirecto es difícil de refutar. Este reglamento, fue norma de base medioambiental ciertamente, pero con relaciones significativas en cuanto a los derechos humanos en determinados países de origen⁴¹. Se tenía conocimiento de que la

Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de volúmenes mínimos para los minerales de tantalio o niobio y sus concentrados, los minerales de oro y sus concentrados, los óxidos e hidróxidos de estaño, los tantalios y los carburos de tantalio [C/2020/4164]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020R1588>

⁴⁰ Reglamento (UE) 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de madera; y su Reglamento de Ejecución (UE) 607/2012 de la Comisión, de 6 de julio, relativo a las normas detalladas en relación con la diligencia debida y la frecuencia y la naturaleza de los controles sobre las entidades de supervisión.

⁴¹ Entre las afectaciones a derechos humanos, encontramos la desposesión de los territorios a las comunidades indígenas, desplazamientos forzosos de población, sometimiento de esas poblaciones a trabajo esclavo, etc. Tal y como se puso en evidencia en los documentos previos a la aprobación de la *Forest Law Enforcement, Governance and Trade*, en 2003, y que tendrá su reflejo normativo en la UE en el Reglamento (CE) 2173/2005 del Consejo, de 20 de diciembre de 2005, relativo al establecimiento de un sistema de licencias FLEGT aplicable a las importaciones de madera en la Comunidad Europea. No obstante, hay que reiterar que la fundamentación de esta norma la encontramos en los preocupantes problemas de deforestación y pérdida de biodiversidad aparejada, sobre los que inciden los consumos de diversas materias primas

explotación ilegal de bosques estaba «relacionada estrechamente con la corrupción y la delincuencia organizada»⁴², con el consiguiente riesgo para las poblaciones locales. Más aun, en algunos casos está explotación ilegal de bosques y sus maderas se estaba usando para «financiar y prolongar» conflictos armados⁴³, de forma similar a lo que sucedía con los diamantes y los 3TG. Para poner freno directo a los impactos ambientales negativos, e indirectamente a los abusos de derechos humanos, el Reglamento de la Madera vino a imponer tres tipos de obligaciones a las empresas afectada por la norma: la obligación de resultados, la obligación de medios y la obligación de trazabilidad, como luego hará el reglamento de los 3TG.

La *obligación de resultado* hace referencia a la prohibición de comercialización de la madera procedente de la tala ilegal y de sus productos derivados. La *obligación de medios*, para las empresas comercializadoras de madera o productos derivados, alude a que deben actuar con la diligencia debida cuando esos productos vayan a entrar en la UE por primera vez. Y, finalmente, la *obligación de trazabilidad*, para poder hacer seguimiento de esos productos y tener una garantía documental de que proveedores y compradores están identificados, utilizando un modelo de certificados inspirado en el de

importadas por la UE. Hay detectada una correlación directa entre la pérdida de masa forestal en algunas áreas y la producción de ganado bovino, cacao, café, palma aceitera, soja, caucho y madera (conversión de zonas boscosas en zonas agrarias, parte de ella legal con arreglo a la normativa del país productor). PENDRILL, F., PERSSON, U.M. & KASTNER, T. “Deforestation risk embodied in production and consumption of agricultural and forestry commodities 2005-2017”, *Zenodo*, Nov. 9, 2020, V1.0. <https://doi.org/10.5281/Zenodo.4250532>

⁴² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Aplicación de las leyes, gobernanza y comercio forestales (FLEGT) – propuesta de plan de acción de la Unión Europea, COM(2003)0251 final*, párr. 3.

⁴³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Aplicación de las leyes, gobernanza y comercio forestales ..., párr. 3.

comercialización de diamantes⁴⁴. En este caso, las empresas solo podrán comercializar en la UE productos que cuenten con la preceptiva licencia “FLEGT” (licencia de aplicación de leyes, gobernanza y comercio forestal, por su acrónimo en inglés, *Forest Law Enforcement, Governance and Trade*)⁴⁵. Si bien, hemos de precisar que este sistema se encuentra en fase de actualización en cuanto a su implementación, puesto que en mayo de 2023 se ha sustituido por otro reglamento que impone obligaciones respecto de más materias primas ligadas al intento de frenar la deforestación y de la degradación de suelos forestales (ganado bovino, cacao, café, palma aceitera, caucho y soja). El Reglamento (UE) 2023/1115, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, con un enfoque sistémico del obrar de los operadores y sus cadenas de valor⁴⁶. Este nuevo reglamento sobre la

⁴⁴ En este caso, para garantizar la legalidad de los productos de la madera la Unión Europea y los gobiernos de los países de origen negocian unos Acuerdos Voluntarios de Asociación (AVA).

⁴⁵ Se trata, como en los certificados de diamantes, de documentos administrativos aduaneros que sirven para garantizar que esa madera de los productos que acompaña ha sido obtenida (aprovechada), procesadas, transportadas y exportadas conforme a los requisitos que se han acordado en el correspondiente AVA. En definitiva, que son productos de madera legales y no se comercializa con ilícitos. Como en el caso de los minerales 3TG, solo pueden disponer de tales licencias países y productos que figuren en los anexos de los reglamentos reguladores. No debe confundirse esta “licencia FLEGT”, con la denominada “Certificación forestal”, que es de carácter voluntario y acreditada por terceras partes (entidades certificadoras debidamente acreditadas) que auditan la calidad de la gestión forestal y la producción de esa madera. Podemos encontrar productos con licencia FLEGT y certificado forestal, pero el hecho de solo contar con el certificado forestal no posibilita su comercialización. Así, estos certificados se pueden utilizar para complementar los procedimientos de diligencia debida que han de aplicarse al comercio de maderas reguladas por el Reglamento EUTR, pero no sustituyen.

⁴⁶ Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la

madera y otras materias complementa a «otros actos jurídicos de la Unión que establecen requisitos de diligencia debida en la cadena de valor en relación con los efectos adversos sobre los derechos humanos»⁴⁷, no solo sobre el medio ambiente. Y, en particular, «respetar los derechos de los pueblos indígenas con respecto a los bosques y al principio de consentimiento libre, previo e informado, incluidos los contemplados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas»⁴⁸.

Con la trazabilidad se quiere facilitar la comercialización exclusiva de productos certificados como «libres de deforestación», pero los resultados efectivos solo se obtendrán en base a la aplicación sistematizada de medidas, a resulta de las cuales se harán las declaraciones de diligencia debida por parte de las empresas. Estas empresas podrán utilizar sistemas de certificación o verificación ya existentes, sin embargo, el hecho de contar con estas certificaciones en ningún caso sustituye la obligación de la empresa de haber ejercido la diligencia debida, determinando con ella que los productos que comercializa no suponen un riesgo para el medio o los derechos humanos, en la medida en que se pueden catalogar como «despreciables»⁴⁹. Se impone a las empresas la información anual de su sistema de diligencia debida⁵⁰ (en que la evaluación y análisis de

exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) 995/2010.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32023R1115>

⁴⁷ Reglamento (UE) 2023/1115, párr. 56.

⁴⁸ Reglamento (UE) 2023/1115, párr. 57.

⁴⁹ Define el reglamento como «riesgo despreciable», aquel nivel de riesgo que no suscita preocupación una vez hecha la evaluación y comprobado que son productos que no han causado deforestación y han sido producidos conforme a la legislación pertinente del país de origen. Art. 2.26).

⁵⁰ De momento, las PYME y micropyme quedan excluidas de estas obligaciones.

riesgos cobra una relevancia particular). Este Reglamento de 2023, aunque sigue tomando como referente general las pautas de la OCDE sobre la diligencia debida, introduce tres medidas concretas a desarrollar en los procesos de diligencia debida: los requisitos de información mínimos con los que contar; los criterios para realizar la evaluación de riesgos, así como los procedimientos y medidas para reducir el riesgo; la presentación de informes y Declaración de diligencia debida. Volveremos a incidir más adelante sobre estas cuestiones por el salto que se produce en los contenidos del procedimiento, ahora sistema, de diligencia debida y las obligaciones que entraña para la empresa.

Con lo expuesto hasta aquí vemos como se han ido introduciendo ciertas obligaciones empresariales a sectores concretos, afectando a los flujos comerciales; y como las normas reguladoras son cada vez más exigentes y transversales. La revisión de las obligaciones impuestas a las empresas de los sectores regulados nos permite entrever matices y tendencias significativas en el corto plazo. Por un lado, no es lo mismo introducir medidas de forma en un sector muy controlado y de fácil rastreo como es el de los diamantes (para su utilización en lujo, recordemos que el sector industrial no está contemplado en la reglamentación UE), que en un sector más desconcentrado como el de los minerales, donde además éstos pueden haber sido incorporados en múltiples productos. Además, en el caso de los 3TG no estamos ante materias primas para artículos de lujo, sino ante materias primas estratégicas para conseguir productos que faciliten las transformaciones ecológica y digital, lo que supone un escenario diferente, tendente a la “ductilidad” según las circunstancias geo-económicas⁵¹. Por otro lado,

⁵¹ Hay que tener presente que estos requisitos afectan indirectamente a fundiciones y refinerías de la UE que operan en esas cadenas de suministro de los importadores de 3TG, quienes deben atender a la sistemática de la Diligencia Debida, cuestión que está que ha sido puesta en evidencia en los trabajos de la Comisión sobre la necesidad de disponer de suministros seguros y sostenibles de “materias primas fundamentales” para la doble transición ecológica y digital [COM(2023) 165 final]; pero también a la “hoja de ruta

vemos que hay un elemento común a estas obligaciones sectoriales en materia de minerales y de las materias primas asociadas a la deforestación: la diligencia debida. Ese proceso mediante el cual la empresa identifica los impactos negativos (reales y/o potenciales) derivados de su actividad, los previenen, mitigan y dan información sobre cómo abordan tales impactos, en nuestro caso, sobre los derechos humanos. Esta diligencia debida se acompaña ahora con la obligación de ir informando periódicamente sobre productos, orígenes, proveedores, riesgos identificados, medidas tomadas, etc., y de forma novedosa la obligación de hacer una “declaración”.

Volveremos a incidir sobre el alcance de la diligencia debida y la obligación de su sistematización, pero antes repasamos las obligaciones que, más allá de sectores específicos, ya están obligando de forma progresiva a grandes y medianas empresas y que guardan relación con el respeto de los derechos humanos.

3.- Las obligaciones de información en sostenibilidad (y en derechos humanos)

Tras las cuestiones de carácter sectorial, comenzaron las actuaciones de carácter transversal para todo tipo de empresas. Sabido es que las primeras las obligaciones de reporte con carácter estandarizado fueron las relativas a la información financiera; mucho después vendría la obligación de informar sobre cuestiones no-financieras; y ahora corresponde abrir el foco, con obligaciones más amplias de reporte bajo el paraguas del término “sostenibilidad”. Bien es cierto, que nos encontramos al comienzo de la horquilla temporal de estas obligaciones que aplican a un considerable número de empresas europeas y no europeas que operan en la UE (2024–2029), pero las

sobre tecnologías críticas para la seguridad y la defensa [COM(2022) 61 final], lo cual puede llegar a inducir una cierta “relajación” en cuanto a los criterios obligatorios inicialmente previstos, asunto que está pendiente de ver.

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

obligaciones comienzan ya, el próximo enero de 2024 habrá que comenzar a recoger datos para nutrir más de un centenar de indicadores. Los requisitos de información son mucho más rigurosos y con mayor alcance, lo que supone todo un desafío incluso para empresas experimentadas en dar información sobre aspectos ambientales y sociales de su actividad, entre los que se encuadran los derechos humanos⁵². Podríamos hablar de estas obligaciones como parte de la acción de la Unión para la salvaguarda de los derechos humanos en terceros países, en base a los principios, valores y compromisos fundacionales de la propia UE (arts. 2 y 3.5 TUE). Igualmente podríamos aportar una argumentación economicista, la necesidad de armonizar la regulación de los controles a productos, servicios, empresas y cadenas de proveedores para evitar que las divergencias normativas de los Estados miembros sobre estas materias puedan dar lugar a distorsiones en el mercado interior o ser obstáculos no justificados a la libre circulación de mercancías. Sea cual fuere la explicación por dar, hay una cuestión común: cada nueva norma que se adopta con la finalidad de colaborar en la protección de los derechos humanos (aunque sea de forma indirecta) debe diseñarse buscando la complementariedad con lo ya existente, dando seguridad jurídica e igualdad al operativo que sustenta el mercado interior⁵³. Estas son

⁵² Según los datos de un estudio elaborado por la consultora internacional KPMG, el 68% de los directivos entrevistados considera que sus empresas no están todavía preparadas para afrontar los desafíos de un “mayor escrutinio” por parte de los grupos de interés, aunque ya están publicando sus informes de sostenibilidad el 79% de las 100 empresas más importantes. KPMG. 2023-CEO-Outlook. P.11. <https://kpmg.com/es/es/home/tendencias/2023/10/kpmg-global-ceo-outlook.html>

⁵³ Esta es una cuestión compleja en algunos sectores que están en vías de regulación, por ejemplo, en el caso de la protección de las personas en terceros países frente al trabajo forzoso y al trabajo infantil en el sector agrícola y pesquero. Así quedó evidenciado en las tareas de diseño de un reglamento por el que se prohíba la entrada en la UE de «productos realizados con trabajo esclavo», COM(2022) 453 final; propuesta que al cierre de estas líneas sigue su proceso de tramitación. No se puede obviar que la organización común de

normas, estas obligaciones de acción, trascienden el territorio de la UE porque buscan incidir en situaciones existentes en otros países, por lo que indefectiblemente tendrán efectos transfronterizos. Esto aboca a que las normas que se adopten sean instrumentos jurídicos efectivos compatibles con la normativa internacional, al tiempo que coherentes con las distintas políticas que actualmente se ejecutan en la UE⁵⁴.

mercados (OCM) es la política de la Unión destinada a gestionar el mercado de los productos de la pesca y la acuicultura, debiendo garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores agrícolas, ganaderos y pesqueros, la sostenibilidad medioambiental y la viabilidad económica; al tiempo que se garantiza el suministro de estos productos básicos a la ciudadanía de la Unión. Ahora bien, este suministro no puede hacerse obviando situaciones de conculcación y abuso de los derechos fundamentales de los trabajadores en los países productores, lo que supone un claro incumplimiento de las Estados miembros y de las instituciones comunitarias de sus compromisos contraídos con la OIT para erradicar este tipo de prácticas. En particular: Convenio sobre trabajo forzoso, 1930, núm. 29 y su Protocolo de 2014; y Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, núm. 105. <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/forced-labour/lang--es/index.htm>

⁵⁴ Como, por ejemplo, el Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024, que es una agenda geopolítica en materia de derechos humanos (y la democracia), heredera de la adoptada previamente en 2015, al tiempo que la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. La UE aspira a liderar la protección de los derechos humanos en el mundo, haciendo que «la UE hable con una sola voz» <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12122-Derechos-humanos-y-democracia-en-la-UE-Plan-de-Accion-2020-2024-es> Una de las cuestiones clave en la “hoja de ruta” establecida para ello estriba en una mayor y mejor regulación de los distintos aspectos ligados a la protección de los derechos humanos, e incentivar a los Estados miembros a que adopten planes nacionales de acción específicos para sus “empresas y derechos humanos”, aunque de forma coordinada con el resto de Estados, aplicándose el principio de cooperación.

Vemos que la regulación sectorial apuntada en el epígrafe anterior se ha venido a complementar con la necesidad de conocer el comportamiento operativo de otras muchas empresas de sectores muy diversos. La transversalidad era necesaria para conocer la situación en la que operan las empresas europeas y todas aquellas que integran su cadena de valor. En lo que nos atañe a este estudio, conocer qué están haciendo las empresas para no dañar los derechos fundamentales de las personas fuera de la UE, conocer cómo actúan para no ser cómplices de comportamientos no deseados. La falta de normas internacionales armonizadas para facilitar información pública sobre cuestiones de interés en materia de sostenibilidad hacía que muchas empresas estuvieran dando una información incompleta y tremendamente dispar sobre qué estaban haciendo, cómo lo hacían y en qué medida estaban progresando en cuestiones no financieras (ambientales y sociales). Del mismo modo, la ausencia de indicadores de medición estandarizados no permitía evaluar cómo esas empresas se posicionaban respecto de otras empresas de su mismo sector o entorno; incluso, respecto de la evolución de ellas mismas en el tiempo. Estas «asimetrías de información» y la «falta de transparencia» dificultan la toma de decisiones a todos los niveles⁵⁵, lo cual es relevante en un momento como el actual, en el que se están tratando de concentrar esfuerzos políticos y económicos en las transiciones energética y digital, buscando que sean «justas»⁵⁶.

⁵⁵ Reglamento (UE) 2019/2088 del parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros. párr.10. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32019R2088>

⁵⁶ Este término “transición justa” tiene su origen en los debates sobre cómo abordar los cambios hacia una economía sostenible, una transición energética que no traspase sus costes a la población más vulnerables, respetando sus derechos. La OIT la define como «ecologizar la economía de la manera más justa e inclusiva posible para todos los interesados, creando oportunidades de trabajo decente y sin dejar a nadie atrás». https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_824947/lang--es/index.htm

El establecimiento de obligaciones sobre los mínimos de reporte que debe facilitarse en materia de sostenibilidad ha venido a imponer también las medidas que sustentan dicha información. Dicho de otra forma, la obligación directa de informar impone la obligación indirecta de actuar para recoger la información requerida, que es donde ha de residir la verdadera efectividad la norma. El primer paso se dio con la aprobación de la Directiva sobre información no financiera (conocida como NFRD por sus siglas en inglés)⁵⁷ y el segundo con la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (conocida como CSRD por sus siglas en inglés)⁵⁸.

⁵⁷ Directiva 2013/34/UE, modificada por la Directiva 2014/95/UE, de 23 de octubre de 2014, sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad.

⁵⁸ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014, La Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022L2464>

El reglamento y directivas anteriores a la Directiva (UE) 2022/2464, fueron incorporados al ordenamiento español a través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Reglamento Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas en materia de información no financiera y diversidad. Sin embargo, la Directiva (UE) 2022/2464 está pendiente de transposición. Recordemos lo expuesto en la introducción, que el “anteproyecto de Ley por el que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza” quedó sin aprobar en la pasada legislatura, expirando el plazo de transposición el 6 de julio de 2024.

Y el Reglamento delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión, de 31 de julio de 2023, por el que se completa la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas de presentación de información sobre sostenibilidad; y que particularmente incide en los anexos I y II que atañen a las NEIS. <https://www.boe.es/doue/2023/2772/L00001-00284.pdf>

Hasta la aprobación de la NFRD las empresas venían ofreciendo una información parcial, sesgada e incluso interesadamente incompleta de sus actividades. Los términos empleados pueden parecer un tanto severos, pero con ellos buscamos acentuar una realidad que ha venido alimentando un fenómeno indeseado como es el *greenwashing*, o “blanqueo ecológico”, que perjudica la credibilidad del resto de reportes que sí se hacen de forma correcta. Con la transposición de la NFRD a los ordenamientos nacionales dejó de ser válido ofrecer solamente información sobre aspectos positivos (impactos positivos generados ya fuera en materia social o ambiental), o sobre ciertas cuestiones en las que la empresa se venía a sentir cómoda, incluso orgullosa informando (como sus buenas prácticas). La NFRD vino a imponer unos mínimos procedimentales para garantizar que se estaba dando esa información de forma periódica (anual) fiable y sustentada en trabajos previos, como el análisis de los riesgos de impactar negativamente sobre ciertos factores, con indicadores estandarizados para la medición de los denominados «factores de sostenibilidad»⁵⁹. Una información armonizada para toda la UE.

El análisis de los reportes no-financieros realizados por las grandes empresas⁶⁰ desde los años 2013-2014 hasta el inicio de lo década de los años veinte, evidenció la necesidad de cubrir lagunas informativas y, sobre todo, de facilitar la labor de reporte por parte de dichas empresas mediante la introducción de indicadores

⁵⁹ Se entienden como «factores de sostenibilidad» toda aquella información que está relacionada tanto con las cuestiones medioambientales como con las sociales, lo que incluye la información relativa al personal y al respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno. Art. 2.23) del Reglamento (UE) 2019/2088. Entre ellos, el respeto a los derechos humanos.

⁶⁰ Grandes empresas y grupos con más de 500 empleados, en el caso de España las grandes cotizadas que a partir de 2019 ya debían dar una información más completa sobre cuestiones medioambientales, aspectos sociales y relativos al personal de la empresa (como igualdad, diversidad, etc.), la lucha contra la corrupción y el soborno, y los derechos humanos, conforme a lo dispuesto en la Ley 11/2018, de 28 de diciembre.

estandarizados. Muchas de ellas ya estaban haciendo informes sobre estas cuestiones ambientales y sociales, particularmente aquellas que habían suscrito de forma voluntaria compromisos con normas o iniciativas internacionales, como el Pacto Mundial, los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresa y Derechos Humanos, o las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. No obstante, la ausencia de regulación sobre formas concretas de medición, en particular la falta de indicadores estandarizados ocasionaba disparidades significativas entre informes. Peor aún, permitía que algunas empresas estuvieran omitiendo información relevante de forma intencionada; en tanto que otras daban la información de forma que podía generar una cierta confusión o incluso a error en la interpretación. De hecho, muchos ciudadanos de la Unión manifestaron su preocupación por esas afirmaciones poco precisas, vagas o faltas de fundamento que algunas empresas ofrecían sobre los efectos de sus productos y servicios. Preocupaciones y quejas dirigidas sobre todo a cuestiones ambientales (*greenwashing*) aunque también preocupaba que hubiera informaciones o declaraciones inadecuadas en cuanto a la dimensión social de la sostenibilidad⁶¹. En el caso concreto de los derechos humanos, los ciudadanos de la UE consideran que el respeto de la UE por los derechos humanos es uno de los principales activos de la Unión⁶², por lo que es una cuestión que debe ser atendida.

⁶¹ Así se observa en los resultados del Eurobarómetro de octubre de 2022, sobre la transición verde.

⁶² Eurobarómetro especial “El futuro de Europa”, nº 51, septiembre-octubre, 2021. p.9. De hecho, esta especial preocupación por cuestiones particularmente ligadas a la parte medioambiental, ligada a la transición ecológica y el cambio climático, han dado lugar a la propuesta de una nueva regulación relativa al etiquetado, a fin de eliminar informaciones erróneas en cuanto al etiquetado y eliminar el *greenwashing*. Se espera que en los primeros meses de 2024 se encuentre aprobada también una directiva para proteger a los consumidores europeos frente a la publicidad engañosa en relación con la información y publicidad ambiental. Ya hay un acuerdo del Parlamento y el Consejo europeos para ello. Se trataría de la *Green Claims Directive*, que vendrá a modificar las

Poco después de que los Estados miembros de la UE hubieran acometido su tarea de transposición de la NFRD, una nueva directiva CSRD y un reglamento vinieron a reconformar el marco regulador con el que se pretende poner la información no-financiera al mismo nivel de calidad y fiabilidad que la información financiera. De esta forma, las empresas quedarán obligadas a que sus reportes de sostenibilidad den datos fiables y comparables sobre todas las dimensiones (riesgos) que atañen a la sostenibilidad de sus negocios desde la perspectiva de la doble materialidad⁶³, sobre la que incidiremos más adelante. Unos reportes que, como en el caso de los financieros, habrán de estar verificados por un tercero. Esta rapidez en introducir cambios en la directiva sobre la información no-financiera, la NFRD, que habían empezado a dar las empresas fue consecuencia directa del aumento de la demanda informativa por parte del sector inversor. El dinero buscando reducir los riesgos derivados de invertir/financiar empresas con una inadecuada gestión ambiental y/o social, incluyendo el trabajo infantil y forzoso; el dinero buscando alinearse con quienes se alinean con sus propósitos (objetivos de sostenibilidad) y saben aprovechar las oportunidades que se están generando en las transiciones energética y digital a través de las políticas públicas y el propio mercado. Durante la vigencia de la directiva NFRD (en particular, con su modificación mediante la Directiva 2014/95/UE), las empresas obligadas a presentar anualmente su “Estado de Información No-Financiera” (EINF), empezaron a ofrecer información sobre algunos impactos en derechos humanos. No obstante, hemos de pensar que, en el caso de España, esta obligación lo fue relativamente hace poco tiempo, puesto que la directiva no fue transpuesta al ordenamiento nacional hasta 2018, con la Ley 11/2018, de 28 de diciembre⁶⁴.

vigentes Directivas 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales y la 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

⁶³ En el caso de la parte relativa a los objetivos ambientales, estos vienen determinados por lo regulado en el marco de la Taxonomía Verde.; a diferencia de la parte social que todavía se encuentra en construcción.

⁶⁴ Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por

La Ley española no se limitó a transponer las obligaciones de la directiva, sino que la complementó requiriendo una información más detallada en algunas cuestiones y exigiendo que fuera un tercero independiente quien verificase esa información. De esta forma, la norma española vino a anticiparse en sus requerimientos a algunas cuestiones contempladas en la nueva directiva CSRD. En que concierne a los derechos humanos, la Ley 11/2018, introduce en su preámbulo cuál es la información que el EINF podría contener, para señalar en su artículo primero, que se trata en concreto de:

«III. Información sobre el respeto de los derechos humanos: Aplicación de procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos; prevención de los riesgos de vulneración de derechos humanos y, en su caso, medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos cometidos; denuncias por casos de vulneración de derechos humanos; promoción y cumplimiento de las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo relacionadas con el respeto por la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil».

Esto ha facilitado a las empresas españolas una anticipación parcial respecto de lo que poco después ha venido a quedar obligado con la nueva directiva CSRD⁶⁵, que en el tema que nos concierne

el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/29/pdfs/BOE-A-2018-17989.pdf>

⁶⁵ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados

sustituye las obligaciones de reporte puestas anteriormente⁶⁶. Esta directiva CSRD debería estar transpuesta al ordenamiento español antes del 6 de julio de 2024. El anteproyecto de ley para su transposición quedó frenado, tal y como apuntamos anteriormente, pero la revisión de la directiva CSRD nos marca los mínimos que serán obligatorios el próximo año. Corresponde ahora abordar cuáles son las obligaciones informativas de las empresas en cuestiones sociales y, particularmente, en materia de derechos humanos.

En primer lugar, corresponde señalar el cambio de terminología que acaba de producirse. Lo que empezó exigiéndose a ciertas empresas como un “informe no-financiero”, es decir, una obligación de informar sobre cuestiones relativas a su impacto sobre el medio ambiente y algunas cuestiones sociales ahora ha pasado a denominarse “informe sobre sostenibilidad”⁶⁷. En todo caso, el objetivo sigue siendo el mismo, que tanto el público especializado como el público general tenga acceso a datos fiables y comparables en materia financiera y de sostenibilidad de las corporaciones. La directiva CSRD

La nueva regulación viene a ampliar la obligación de informar a un mayor número de empresas. De forma concreta, todas las que ya estaban obligadas por la directiva NFRD; a ciertas pequeñas y medianas empresas (pymes) según alcancen o no un determinado volumen de negocios o coticen en bolsa; y a las empresas no comunitarias que desarrollan una actividad sustancial en el territorio de la UE. Se vinieron a ajustar los criterios de tamaño, es decir, el ámbito de

grupos.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>

⁶⁶ Directivas 2013/34/12 y la 2014/95/UE.

⁶⁷ Así, las empresas estarán obligadas a presentar sus cuentas anuales y sus “informes de gestión consolidados”, junto a los cuales se dará información consolidada y separada sobre sostenibilidad, cada punto con los requisitos establecidos al efecto. Estas informaciones formarán parte de una sección específica dentro de un todo, un informe de gestión de la empresa que será público y en formato electrónico.

Revista Aequitas, número 23, 2024

ISSN 2174-9493

aplicación de lo que se venía haciendo; además de concretar el contenido de los informes de sostenibilidad, incluidos en los informes de gestión de la empresa, lo que permite una mejor comprensión del impacto de la empresa y su evolución en ciertos aspectos a corto (2030) y medio plazo (2050). Todas estas empresas deberán ofrecer en sus informes de sostenibilidad datos sobre un conjunto de estándares de sostenibilidad que se establecieron después de aprobarse la directiva, debiendo la empresa garantizar de acceso digital a dicha información. La directiva CSRD establece obligaciones de forma progresiva, en tres fases previstas que abarcan desde 2024 hasta 2028:

a) en una primera fase para que sean las grandes empresas de interés público y que ya estaban sujetas a la directiva sobre información no-financiera. Estas empresas deberán recopilar datos en 2024, para ofrecer información-no financiera específica relacionada con sus actividades en los informes que publiquen en 2025;

b) a continuación, a partir de 2025, serán las grandes corporaciones que actualmente no están sujetas a la directiva de información no-financiera, quienes recopilen esos mismos datos para hacerlos públicos en sus informes del año 2026 (se trata de empresas de más de 250 empleados y/o una facturación de 40 millones de euros y/o 20 millones de euros en activos totales);

c) en una tercera fase serán las pymes cotizadas y otras empresas específicas, las que recogerán datos a lo más tardar en 2026, de forma que todas ellas presenten su informe sobre sostenibilidad con esa información específica en 2027;

d) finalmente, las empresas de terceros países cuyo volumen de negocios neto en la UE supere los 150 millones de euros y que tengan, al menos, una filial o sucursal en la UE (aquí

con determinados umbrales), recopilarán los datos del año 2028, para emitir su informe sobre sostenibilidad en el año 2029.

Al final del proceso, se estima que unas 50.000 empresas en la UE (cerca de un 10% de ellas españolas) estarán informando regularmente y rindiendo cuentas sobre los impactos de su actividad sobre las personas, incluyendo sobre sus derechos humanos, y el medio ambiente⁶⁸. Estas obligaciones atañen a las empresas de la UE y del Espacio Económico Europeo (EEE), pero también quedan obligadas aquellas empresas que tienen una actividad relevante en la UE, aunque formalmente no estén sujetas al derecho de un estado de la UE o no pertenezca al EEE (las señaladas anteriormente como fase d). Estas obligaciones a empresas de terceros Estados se materializarán a través de sus filiales o sucursales establecidas en el territorio de la UE. De esta forma, también se tendrá conocimiento y se hará control de los impactos de estas empresas extracomunitarias, para que operen en las mismas condiciones que las europeas en el mercado interior.

Aun reconociendo la importancia de esta normativa reguladora de la presentación de informes hay dos puntos que siguen siendo objeto de discusión. Por un lado, el hecho de hayan quedado exceptuadas la mayor parte de las pymes; por otro el calendario de implementación previsto, teniendo en cuenta que se introducen con ella más de mil requerimientos. Y es que las pymes⁶⁹ y micropymes constituyen el 99%

⁶⁸ Parlamento Europeo, nota de prensa “Economía sostenible: aprobadas nuevas reglas de información para multinacionales”, Bruselas, 10-11-2022. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20221107IPR49611/economia-sostenible-aprobadas-nuevas-reglas-de-informacion-para-multinacionales>

⁶⁹ Según dispone la Directiva 2013/34/UE, se considera “pequeña empresa” aquellas que en fecha de cierre de balance no rebasen los límites numéricos de dos de los siguientes tres criterios: (i) 4 millones de euros como balance total; (ii) 8 millones de euros como volumen de negocio neto; (iii) un número medio de empleados en el ejercicio de 50. Las catalogadas como “medianas empresas”

del tejido empresarial de la UE. Son, tal y como reconoce la Comisión: «la columna vertebral de la economía de la UE», empleando a cerca de cien millones de personas (dos de cada tres empleos) y representando más de la mitad del PIB de la UE⁷⁰. Bien es cierto que estas pymes también están enfrentando la doble transición, ecológica y digital, y la legislación general, que ya es bastante compleja, no debe convertirse en una barrera difícilmente franqueable. Ahora bien, tampoco puede obviarse que su inclusión ciertas pymes en los procesos de diligencia debida es fundamental para solventar los problemas detectados en algunas cadenas de suministro de abusos o de violación de los derechos humanos. El soporte en asesoramiento y financiación (incluyendo la movilización de inversión privada) pueden contribuir a que progresivamente las pymes introduzcan en su acción este tipo de instrumentos de gestión, aunque de forma adaptada. Una diligencia debida en menor profundidad, más estandarizada (directrices simples, incluso plantillas) y centrada en ciertos productos o suministradores sobre los que existe una «preocupación fundada»⁷¹ por el impacto negativo que haya podido generarse en materia de derechos humanos.

son aquellas que para esos mismos criterios tienen unos valores de (i) 20 millones de euros de balance; (ii) 40 millones de euros en volumen de negocio neto; y (iii) un número medio de 250 empleados.

⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital”, COM(2020) 103 final, p.1.

⁷¹ El término «preocupación fundada» lo encontramos en la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso. Este se define como «motivo con fundamento, basado en información objetiva y verificable, por el que las autoridades competentes sospechan que es probable que los productos se hayan realizado con trabajo forzoso». COM(2022) 453 final, art.2 apartados n) y g) respectivamente. Esto incluye cualquier fase del proceso: extracción, cosecha, producción o fabricación, lo que incluye las operaciones de elaboración o de transformación relacionadas con los productos en cualquier fase de su cadena de suministro, e incluye también el trabajo infantil.

La otra cuestión es el calendario. El próximo año, 2024, será el turno de las grandes empresas para presentar su información sobre sostenibilidad conforme a los criterios de la CSRD. Esta situación habrá de ser abordada en paralelo con la aprobación prevista de la Directiva sobre diligencia debida que ahora está en trámite, por parte de las grandes. Los plazos de ajuste para buena parte de las empresas pueden resultar un tanto ajustados, ya que además hay previstas en 2024 modificaciones de otras normas sobre la parte de reporte financiero; y criterios de selección de la denominada “taxonomía verde”⁷². En sostenibilidad, la parte medioambiental tiene un amplio desarrollo, pero no así la parte social donde se incluyen las cuestiones relativas a los derechos humanos. De hecho, la “taxonomía social” lleva un notable retraso. Esta taxonomía social busca crear el sistema de clasificación y los criterios a emplear para la parte social, pero es compleja y sigue sin estar aparentemente completa. Obtener la información necesaria para hacer buenos informes de sostenibilidad, particularmente en lo que atañe a los derechos humanos y su relación con la cadena de valor, no es una tarea sencilla, requiere de tiempo y especialización. Por ello, aunque la reglamentación permite cierto grado de flexibilidad durante los tres primeros informes, hay un riesgo real de que dicha dificultad sea esgrimida como excusa para no dar esa información y no actuar en

⁷² Hasta la fecha se ha establecido la taxonomía verde, a través del denominado Reglamento de taxonomía (Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento del marco para facilitar las inversiones sostenibles). Dentro de la sostenibilidad buscada, este reglamento viene a establecer una serie de objetivos medioambientales, junto con las medidas y criterios técnicos a emplear, así como un listado de actividades que para ser sostenibles no deben perjudicar de forma significativa esos objetivos medioambientales. El reglamento ha sido complementado con una serie de actos delegados que facilitan la tarea a las empresas a la hora de qué tipo de información y forma de presentación (Reglamento delegado (UE) 2021/2139; Reglamento delegado (UE) 2021/2178; Reglamento delegado 2022/1214).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32020R0852>

lo que subyace, la necesidad de mejorar comportamientos de las empresas ligadas a esa cadena de valor o, en caso extremo, proceder a un cambio de proveedores que si reúnan los estándares de comportamiento deseado. No solo es compleja la obtención de los datos necesarios para la información que debe darse, sino que su tratamiento y evaluación requiere de capacitación del personal involucrado en estas tareas⁷³, lo que también lleva su tiempo. No obstante, en esto como en tantos otros aspectos ligados a la responsabilidad corporativa, hay sectores que llevan trabajando en la mejor de su desempeño y en el reporte de forma voluntaria (más en cuestiones ambientales que en las relativas a derechos humanos, aunque también), lo que les posiciona mejor frente a las nuevas obligaciones. Este sería el caso del sector de las telecomunicaciones, energía y tecnológicas. Frente a ellas, las empresas de los sectores de consumo y manufactureras, que precisamente se corresponden con sectores de alto impacto en derechos humanos⁷⁴, aunque siempre podremos encontrar excepciones.

⁷³ A modo de ejemplo, el proceso previo a la elaboración del informe requiere evaluar la importancia relativa de las dos dimensiones objeto de estudio en términos de incidencia y determinar las cuestiones sobre las que ha de reportarse. Esto obliga a comprender el contexto de producción y sostenibilidad (actividades, relaciones de negocio, partes interesadas); identificar las incidencias reales y potenciales (negativas y positivas); para finalmente poder establecer de forma fundada cuáles son las de importancia relativa según su gravedad

⁷⁴ Así se recoge en un estudio realizado por la consultora KPMG sobre una muestra de 250 empresas europeas con obligación de reporte según lo dispuesto en la Directiva de reporte no-financiero. El estudio, publicado en 2023, vino a concluir que solo un 11% de esas empresas estaban reportando de forma rigurosa. GNÄNDIGER, J.H. “Stepping up to a new level of ESG reporting. An assessment of global companies’ readiness for the EU’s new Corporate Sustainability Reporting Directive shows large and significant gaps”, en KPMG-insights. <https://kpmg.com/xx/en/home/insights/2023/02/stepping-up-to-a-new-level-of-esg-reporting.html>

Volviendo a la CSRD, ésta incorpora nuevas obligaciones a las ya existentes –informar sobre protección del medio ambiente⁷⁵, la responsabilidad social, la diversidad, lucha contra la corrupción y el soborno, y el respeto a los derechos humanos–, se impone la obligación de reportar sobre ciertos intangibles, informar sobre sus objetivos y progresos, además de adoptar un enfoque de doble materialidad. Posiblemente, el abordaje más recomendable de los requerimientos hechos por esta nueva norma sea aprovechar este desafío para hacer un replanteamiento de sus estrategias, comprobando en qué medida están posicionadas frente a las tendencias globales, su grado de madurez y robustez frente a los procesos implicados en la sostenibilidad, la operatividad, los datos necesarios y su calidad, ya que se introduce la «obligación de un aseguramiento con alcance limitado» que evolucionará a «un aseguramiento razonable» de la sostenibilidad a partir de 2027, lo que se traduce en la necesidad de generar estructuras de soporte para la auditoría de esa información y su certificación por tercera parte. Aquí, como antes ocurrió en asuntos como los sistemas de gestión ambiental, la verificabilidad de la información, de cómo se ha obtenido y tratado, junto a los planes reales o decisiones adoptadas será clave para la credibilidad de las empresas. Respecto de la información a facilitar sobre derechos humanos, la directiva CSRD en su considerando 49 les señala a los Estados que:

«La información que las empresas divulguen sobre los derechos humanos debe incluir, en su caso, datos sobre la existencia de trabajo forzoso e infantil en sus cadenas de valor. Los requisitos de presentación de información sobre sostenibilidad relativos al trabajo forzoso no deben eximir a las autoridades públicas de su responsabilidad de actuar, mediante la política comercial y la diplomacia, frente a la importación de mercancías producidas como resultado de violaciones de los derechos humanos, incluido el trabajo forzoso».

⁷⁵ Requerimientos informativos establecidos en el Reglamento 2020/852 de taxonomía <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0852>

Como veremos en el siguiente epígrafe, al abordar la diligencia debida, tanto el trabajo infantil como el trabajo forzoso son dos cuestiones sobre las que ya se ha intentado imponer regulación en la UE para erradicarlas a través de la cadena de valor de las empresas europeas. No obstante, la propuesta de directiva fue desestimada en votación en el Parlamento Europeo en julio de 2023. De momento, lo obligado es informar con las pautas de la directiva, a la espera de ver si se imponen nuevas obligaciones específicas en caso de retomarse la iniciativa con una Eurocámara renovada tras las elecciones de 2014. Por el momento, el articulado de la directiva CSRD detalla la obligación de informar específicamente sobre:

«iii) el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales, los principios democráticos y las normas establecidas en la Carta Internacional de Derechos Humanos y otros convenios fundamentales de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (*art. 29 ter*).

Lo que obligará a las empresas a hacer una evaluación previa para ver en qué manera están dando cumplimiento a estos compromisos en sus operativas (lo que incluye revisar la cadena de valor). Algunas de ellas, al haber suscrito públicamente compromisos, por ejemplo, con el Pacto Mundial de Naciones Unidas, ya habían adoptado de manera voluntaria políticas sobre derechos humanos, adoptado el procedimiento de diligencia debida en derechos humanos y facilitando reportes, utilizando los cuestionarios e indicadores que facilita el propio Pacto Mundial para la elaboración de reportes periódicos. Estos

reportes, denominados Informes de Progreso (CoP)⁷⁶ facilitan la transición hacia las nuevas obligaciones de reporte a aquellas organizaciones que ya están aplicando indicadores y recogiendo información de sus proveedores. Ahora bien, ante la obligatoriedad de reporte que impone la directiva CSRD y para evitar distorsiones en cuanto a la información facilitada, los indicadores a emplear en el contexto EEE para recogida de datos han sido estandarizados. Así, lo dispuesto en la Directiva CSRD se complementó a mediados de 2023 un extenso Reglamento delegado (UE) 2023/2772 con las normas de presentación de la información sobre sostenibilidad (que entrará en vigor el 1 de enero de 2024)⁷⁷. Este Reglamento delegado NEIS (de Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad o estándares ESRS por sus siglas en inglés) viene a poner el necesario orden en los informes⁷⁸, en cómo ha de darse esa información. Dado que la obligación de reporte trasciende al ámbito estrictamente de la Unión y abarca también al Espacio Económico Europeo (EEE), por una decisión política de los Estados implicados para evitar distorsiones de mercado, no han sido elaboradas por la Comisión sino por el Grupo Consultivo Europeo en materia de Información Financiera (EFRAG, por su acrónimo en inglés). Esta es una entidad que fue cofundada por la Unión Europea y por los Estados de la Asociación de Libre comercio (AELC)

⁷⁶ <https://www.pactomundial.org/que-ofrecemos/informes-de-progreso/>

⁷⁷ Reglamento delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión de 31 de julio de 2023, por la que se completa la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas de presentación de información en sostenibilidad.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202302772

⁷⁸ Como hemos apuntado, antes de que se establecieran las obligaciones informativas eran muchas las empresas que venían dando información con carácter voluntario sobre sus riesgos relativos a la sostenibilidad. Algunas de las grandes cotizadas venían utilizando los estándares de divulgación ESG conocidos como “estándares ISSB”, los empleados por GRI (*Global Reporting Initiative*) o los promovidos por la SEC (*Securities Exchange Commission*).

que asesora para estas cuestiones tanto a la Comisión como a las autoridades de la AELC⁷⁹.

Estas NEIS incluyen normas transversales (de requisitos e información general); normas temáticas (que comprenden las denominadas «cuestiones de sostenibilidad» que son las ambientales, sociales y de gobernanza); y normas sectoriales. De todas ellas, queremos destacar por su particular implicación, directa o indirecta con los derechos humanos, cuatro normas: tres del apartado social (S1, S2 y S3) y una norma general (G1), reflejadas en la tabla 1.

No se trata obviamente de informar de todo, sería tan ilógico como prácticamente imposible, sino de centrarse en unos mínimos de información sobre cuestiones básicas tales como: cómo se gestionan las incidencias, los riesgos y las oportunidades de aquello que tiene una «doble importancia relativa». Esta doble importancia relativa, tal y como indica su nombre, tiene siempre dos dimensiones y requiere la realización de un enfoque de «doble materialidad». La doble materialidad alude a la forma en cómo impacta o repercute la actividad de la empresa en los objetivos ambientales-sociales y de gobernanza normativamente establecidos (materialidad de impacto); y en cómo estos objetivos a su vez afectan al desempeño financiero de la empresa (materialidad financiera). Podríamos decir que hay una dimensión fija, la dimensión financiera de la empresa; y una dimensión variable, según la cuestión de sostenibilidad que se aborda. En nuestro caso, en términos de incidencia sobre los derechos humanos y cómo estos, a su vez, inciden en los riesgos (y oportunidades) en materia financiera. Esta es una cuestión todavía no bien comprendida por algunas empresas, que además siguen considerando el respeto de los derechos humanos (en países de origen de sus productos o servicios) más como una

⁷⁹ Los países AELC o EFTA, por su acrónimo en inglés, son Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. Estos Estados mantienen relaciones comerciales con la UE como si fueran integrantes de ella, con reglas comunes para lo que es el EEE.

responsabilidad ética que como una responsabilidad legal o un asunto de impacto en sus cuentas de explotación. Desde esa perspectiva, obvian así riesgos y oportunidades ligadas a su estrategia de negocio que puede verse impactada por ver limitado su acceso o uso de recursos que necesita (naturales y/o sociales), incluso a la pérdida del contrato social en casos extremos.

La obligación de incluir en los informes de sostenibilidad información relativa a los «agentes de la cadena de valor» y su incidencia en aquello que ofrece la empresa, aunque no sea a todos, es un salto cuantitativo crucial para la mejora de la situación de los derechos humanos en ciertos contextos (países) y sectores (como pueden ser el textil, extractivo o agrícola, por poner unos ejemplos). Así, por ejemplo, si una empresa utiliza en sus productos tantalio obtenido en una zona de conflicto armado o cobalto extraído mediante trabajo infantil, la empresa tiene incidencia negativa (tráfico de un ilícito o el trabajo infantil) en cuestiones de sostenibilidad (en derechos humanos) de los productos de la empresa. Esto, a su vez, podrá tener incidencias negativas en su dimensión financiera, provocando consecuencias relacionadas con la reputación de la empresa, sanciones, etc.

Tabla 1.- NEIS y cuestiones de sostenibilidad, con particular incidencia en los derechos humanos.

NEIS		Cuestiones de sostenibilidad contempladas (*particular relación con derechos humanos)	
S1	Personal propio	Condiciones de trabajo	Tiempo de trabajo, salarios adecuados, conciliación laboral, salud y seguridad
		Igualdad de trato y oportunidades	No discriminación (igualdad de género, diversidad incluyendo discapacidad), medidas contra violencia y acoso en el trabajo
		Otros derechos laborales	Trabajo infantil, trabajo forzoso, vivienda adecuada, privacidad

S2	Trabajadores de la cadena de valor	Condiciones de trabajo	Tiempo de trabajo, salarios adecuados, conciliación laboral, libertad de asociación, salud y seguridad
		Igualdad de trato y oportunidades	No discriminación (igualdad de género, diversidad, discapacidad), medidas contra violencia y acoso en el trabajo
		Otros derechos laborales	Trabajo infantil, trabajo forzoso, vivienda adecuada, agua y saneamiento, privacidad
S3	Colectivos afectados	Derechos económicos, sociales y culturales de los colectivos	Vivienda y alimentación adecuada, agua y saneamiento, incidencias relacionadas con la tierra, incidencias relacionadas con la seguridad
		Derechos civiles y políticos de los colectivos	Libertad de expresión y de reunión, incidencias sobre los defensores de derechos humanos
		Derechos de los pueblos indígenas	Consentimiento libre, previo e informado, derechos culturales
G1	Conducta empresaria 1	Cultura corporativa Gestión de las relaciones con los proveedores (incluidas las prácticas de pago) Protección de los denunciantes	
		Corrupción y soborno	Detección, prevención y casos detectados

El Reglamento delegado NEIS no solamente contiene los elementos a medir, también establece horizontes temporales para la información que ha de facilitarse, entendidos estos como la vinculación de la información con el pasado-presente-futuro. Esto requiere que la

empresa establezca un “año base” que permita comparar su evolución en el corto, medio y largo plazo. Como hemos señalado anteriormente, hay una “previsión de errores” dado lo laborioso que es el primer reporte. Hay un plazo de hasta tres años para ir subsanando carencias detectadas en los primeros informes al informar sobre «sus incidencias, riesgos y oportunidades, y parámetros y metas» (punto 7) ⁸⁰.

Mención aparte merece un «requisito de divulgación» en materia de gobernanza empresarial, el requisito de divulgación GOV-4 que hace referencia a los mínimos requeridos a una «Declaración sobre la diligencia debida» que es obligada, sobre la que volveremos en el siguiente apartado. Respecto de la obligación de verificar por parte de un tercero los informes de la empresa, las condiciones de aquellas personas (físicas y jurídicas) que quieran hacer las tareas de auditoría y verificación, se recogen en la Directiva CSRD. Esta es una cuestión problemática, no porque no se contemplen recogidos los requisitos a cumplir por la empresas y personas encargadas de la tarea de verificación de estos informes y las declaraciones, sino por la dificultad que entraña disponer del suficiente personal técnico necesario para hacer estas labores en los plazos fijados.

A lo largo del año 2024 está previsto que el EFRAG haga públicos los estándares adaptados para que las pymes no cotizadas puedan aplicarlos; tanto las obligadas (las que son filiales de empresas obligadas a reportar), como a aquellas que no estándolo quieran empezar a trabajar estas cuestiones de manera voluntaria (anticipándose así a una futura obligatoriedad, tras finalizar los plazos de las fases que comienzan a desarrollarse)⁸¹. Igualmente está prevista la aprobación de la Directiva de diligencia debida para las empresas en materia de sostenibilidad (CSDD, del inglés *Corporate Sustainability Due*

⁸⁰ Reglamento delegado (UE) 2023/2772, p. 44.

⁸¹ También se encuentran en proceso de negociación tres guías de gran utilidad: guía de la implementación de la evaluación de la importancia relativa; la guía de implementación de la cadena de valor; y la guía detallada

Diligence). Esta Directiva CSDD es fundamental en materia de protección de los derechos humanos, porque impondrá obligaciones de medios transversales, la estandarización del proceso de la diligencia debida. Esto, sin duda, redundará en la efectividad de la acción, la calidad y la comparabilidad de los informes.

4.- Una diligencia debida con carácter transversal que incluye los derechos humanos

En el marco político-legislativo que se está generando en la UE para cumplir con el compromiso internacionalmente contraído de *proteger los derechos humanos*, se hacía cada vez más evidente la necesidad de introducir una nueva pieza de gobernanza intersectorial que abarcara toda la cadena de valor. No solo esa pieza o herramienta procedimental (la diligencia debida), también aclarar los deberes y responsabilidades de dichas empresas (sus directivos). En 2011 los Principios Rectores de NU sobre Empresa y Derechos Humanos no solo supusieron un toque de atención a las empresas para decirles que *ellas* eran responsables del respeto de los derechos humanos⁸²; sino que vinieron a recordar a todos los Estados su deber de «proteger contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas» y que para ello «deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos

⁸² Recordemos el Principio Fundamental 11, del capítulo relativo a la Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, en el cual se señala que más allá de la capacidad y/o voluntad de los Estados en el cumplimiento de sus propias obligaciones en materia de derechos humanos «Las empresas deben respetar los derechos humanos. Esto significa que deben abstenerse de infringir los derechos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación».

mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia»⁸³.

Hasta este momento, se ha transversalizado la obligación de reporte, pero ¿es una de esas medidas a adoptar para proteger y prevenir de manera eficaz? Podríamos decir que la búsqueda de la transparencia en la información facilitada por la empresa es un paso, pero resulta ingenuo pensar que es suficiente. Son múltiples las empresas que hace años que vienen reportando regularmente sobre cuestiones sociales, igual que son muchas las que han ido introduciendo el proceso de diligencia debida en algunas cuestiones de su operativa interna. Pero hay dos cuestiones fundamentales en el caso de los derechos humanos: en primer lugar, que el gran riesgo de impacto negativo se localiza en la cadena de proveedores, rara vez es un impacto directo por parte de la empresa europea. Por otro lado, la escasa generalización de la aplicación de la diligencia debida en aquellos que no se han visto directamente obligados por la regulación sectorial, o por haberse visto envueltos en una fatalidad (como ha sucedido en algunas empresas del sector textil). Por otro, la despreocupación respecto de la actuación de los proveedores más allá de las fronteras UE. Aquí cabe hacerse dos preguntas: si las empresas están acostumbradas a hacer una evaluación de sus proveedores para cuestiones de calidad y medioambiente, ¿por qué no han extendido esa evaluación a las cuestiones sociales – derechos humanos? Y si las empresas conocen bien el proceso de diligencia debida para algunas materias, ¿por qué no han hecho lo propio respecto de los derechos humanos?

⁸³ Capítulo I, El deber de Estado de proteger los derechos Humanos, Principio Fundacional 1. Sabemos que el deber de protección del Estado es una norma de conducta y que el Estado no es en sí mismo responsable de las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes privados. No obstante, la inacción, la no adopción de medidas para poner freno a esos abusos y violaciones de os derechos humanos si pudiera ser conceptualizado como un incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Podemos imaginar algunas respuestas. Las empresas con RSC han venido aplicando voluntariamente en sus prácticas de gestión corporativas herramientas de gran utilidad para prevenir riesgos derivados de su operativa primero, riesgos derivados de las operaciones de sus filiales y de sus proveedores, o socios comerciales, después. La aprobación de una directiva para transversalizar el proceso como la diligencia debida en todas las dimensiones de la sostenibilidad supone un esfuerzo añadido porque es el fin de la voluntariedad. Y sabemos que junto la obligación vendrá aparejada la exigencia de responsabilidades por los daños que puedan ocasionarse al materializarse el abuso o la violación de los derechos humanos. Así pues, la directiva CSDD⁸⁴ supondrá una cuenta atrás, desde la aprobación hasta su transposición nacional, muy dispar según la situación de partida de cada empresa y su grado de madurez con la RSC. Para algunas supondrá *el inconveniente* de tener que asumir las consecuencias indirectas de las decisiones que hasta ahora se venían diluyendo a través de complejas estructuras empresariales. Para otras, supondrá un esfuerzo añadido en su control y gobernanza, ampliando lo que ya hacían en una inversión de recursos para seguir reduciendo sus riesgos. No hay duda de la laboriosa tarea

⁸⁴ Señalemos que el acuerdo alcanzado entre el Parlamento Europeo y el Consejo este diciembre de 2023 es un paso relevante, pero no decisivo. Conviene recordar que la directiva debe ser aprobada por el Coreper y llevada a votación al Parlamento Europeo antes de que éste se disuelva antes de las elecciones convocadas para junio de 2024. Pudiera llegar a darse el caso de que tras este acuerdo la norma acabara siendo “aparcada”. Al cierre de este trabajo hay dudas de si habrá el consenso necesario para su aprobación, a pesar de las distintas modificaciones hechas para rebajar su grado de exigencia. Aunque hay interés en aprobar la CSDDD, no es menos cierto que Alemania ve en ella un riesgo para sus intereses “domésticos”. En el gobierno alemán hay fuertes tensiones por ello y algunas grandes empresas alemanas están presionando para su no aprobación en los términos actuales. Esta situación surgió a finales de 2021, cuando la ONG Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos denunció ante el Tribunal Federal de Karlsruhe a varias empresas por estar supuestamente beneficiándose (directa o indirectamente) de las prácticas abusivas de sus proveedores en la región de Xinjiang.

que se pretende imponer, pero esta complejidad no puede seguir siendo empleada como excusa para la inacción, particularmente en ciertos sectores. En determinados sectores y muy particularmente en las cadenas de suministro de esos sectores⁸⁵.

La demanda de respetar los derechos humanos no es exclusiva de la ciudadanía europea, las propias empresas involucradas consideran necesario que haya definidos estándares sociales, laborales y de seguridad en el trabajo en los acuerdos comerciales que lleva a cabo la Unión Europea. En un estudio encargado por el Parlamento y hecho público en enero de 2020, se puso en evidencia como el 70% de las empresas europeas respaldan las normas de diligencia debida en toda la UE; del mismo modo que la mayor parte de los grupos de interés consultados respaldan la diligencia debida como una fórmula potente para mejorar el comportamiento y conseguir cambios favorables (menos impactos negativos, más responsabilidad)⁸⁶. Así se ha visto en la regulación sectorial implementada en la UE hasta ese momento (maderas y minerales), al igual que en aquellos países que han adoptado legislación sobre la diligencia debida para abordar el respeto de los derechos humanos en general (Francia y Alemania); o aspectos singulares, como la erradicación del trabajo infantil (Países Bajos)⁸⁷,

⁸⁵ Así quedó claramente explicitado en la Conferencia sobre el Futuro de Europa, celebrada de abril de 2021 a mayo de 2022, en la cual la ciudadanía europea expresó a las instituciones europeas cuáles eran sus preocupaciones e intereses (Doc. 8933/2022). Estas demandas de la ciudadanía tienen su plasmación en propuestas y medidas específicas que han sido evaluadas por el Consejo de la Unión Europea y que abarcan diversas áreas, entre las que encontramos las cuestiones relativas a los derechos humanos, el trabajo forzoso y el infantil (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Conference on the Future of Europe*, 16054/23ADD ,1 Brussels, 7/12/2023). <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16054-2023-ADD-1/en/pdf>

⁸⁶ SMIT et col. *Study on due diligence requirements through the supply chain*. Final Report. European Commission, Brussels, 2020.p. 17.

⁸⁷ Vid.: Kamerstukken I, 2016/17, 34 506, A.

por poner un par de ejemplos. Sin embargo, ese mismo estudio pone de manifiesto que solo una de cada tres empresas toma medidas más allá de las fronteras de la Unión. De aquí la necesidad de dar un nuevo paso en la regulación para hacer de la diligencia debida en derechos humanos un instrumento intersectorial obligatorio.

El planteamiento global de la UE para esta década de los veinte es «fomentar de manera efectiva el trabajo digno para todos los trabajadores del mundo en los mercados nacionales de terceros países y en las cadenas mundiales de suministro, mediante una gran variedad de herramientas»⁸⁸. Herramientas entre las que se encuentra el proceso de diligencia debida que obligue a las empresas a tareas y compromisos concretos para abordar el riesgo de impacto de sus operaciones y las de su cadena de valor sobre los derechos humanos. Las cadenas de valor vinculadas a las empresas transnacionales son cruciales para la resolución de los problemas identificados en cuestión de grave abuso y violación de los derechos humanos. No en vano el 80% del comercio mundial tiene lugar a través de dichas cadenas de valor⁸⁹. De ahí que ese marco político-legislativo esté abordando tres vías de acción complementarias: obligaciones directas para las empresas transnacionales europeas (dando información y dando pasos para la implantación no voluntaria de la diligencia debida dentro y fuera del territorio de la UE); control del uso e importación de ciertos productos más íntimamente ligados graves impactos negativos en derechos humanos (por ejemplo, los minerales de conflicto); orientando los flujos de inversión europea (a través de actos delegados en actividades de

⁸⁸ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Conference on the Future of Europe*, Brussels, may, 2022. p. 142.

<https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20220509RES29121/20220509RES29121.pdf>

⁸⁹ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *Las cadenas de valor mundiales y el desarrollo: inversión y comercio de valor añadido en la economía mundial*, UNCTAD, Geneva. 2013.

calificación ESG y proveedores de calificaciones ESG, para mejorar su fiabilidad y transparencia de las “inversiones sostenibles”⁹⁰.

Una apostilla más antes de abordar las obligaciones concretas en materia de diligencia debida del tema que nos atañe. En materia de derechos humanos, la UE se ha marcado dos grandes desafíos políticos: erradicar el trabajo infantil y el trabajo forzoso⁹¹. Este desafío supone contribuir a su erradicación dentro y fuera de la UE, no siendo *cómplices* de estas situaciones a través de las cadenas de suministro de las empresas europeas o de las prácticas comerciales. Sin duda uno de los puntos más espinosos en materia de derechos humanos y que la pandemia vino a agravar es el del trabajo infantil. Los estudios muestran que de no tomarse medidas decididas para reducir de forma más drástica esta situación, no será hasta finales de este siglo que el trabajo infantil pueda llegar a desaparecer⁹². En las conclusiones de trabajos desarrollados en 2020 por el Consejo, sobre “Derechos Humanos y Trabajo Decente en las Cadenas de Suministro Mundiales” de 2020, se hizo un llamamiento a la Comisión para que se elaborase «una

⁹⁰ Esta regulación, que se pretende sea mediante reglamento, incluiría que las empresas dedicadas a los servicios de inversión y las empresas UE estén autorizadas y sean supervisados por la Autoridad de Valores y Mercados.

⁹¹ Según datos publicados por la Organización Internacional de Trabajo, en el mundo se calcula que hay unos 27,6 millones de personas en situación de trabajo forzoso, de las cuales unos 3,31 millones son menores de edad (en torno al 12% del total). Se estima que el 86% de esos casos de trabajo forzoso son impuestos por agentes privados.

https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/WCMS_151999/lang-es/index.htm

⁹² INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global Estimates of Child Labour, Results and Trends, 2012-2016*, ILO, Geneve. 2017.

https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_575499/lang-en/index.htm

propuesta de marco jurídico sobre gobernanza empresarial»⁹³. Al año siguiente, la Comisión y el Servicio Europeo de Acción Exterior hicieron públicas unas primeras orientaciones para enfrentar los riesgos de existencia de trabajo forzoso en sus cadenas de suministro de las empresas transnacionales europeas y también dentro de Europa. Un paso dentro de las tareas preparatorias de una propuesta de Reglamento para prohibir en el mercado de la UE la introducción de productos realizados con trabajo forzoso⁹⁴. Tareas realizadas en coherencia con los trabajos en curso sobre la propuesta de Directiva CSDD, que forma parte de las políticas pioneras de la UE en favor de la responsabilidad y transparencia de las empresas con alcance extracomunitario⁹⁵.

⁹³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Council Conclusions on Human Rights and Decent Work in Global Supply Chains*. Doc. 13512/20, p.6 <https://www.consilium.europa.eu/media/46999/st13512-en20.pdf>

⁹⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión Europea los productos realizados con trabajo forzoso. COM(2022) 453 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0453> Hasta que se apruebe este reglamento, el trabajo forzoso es una forma de explotación sancionable en virtud de la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80799>

⁹⁵ Discurso sobre el Estado de la Unión de 2021 (15 de septiembre), pronunciado por la presidenta Ursula Von der Leyen. «Y que a nadie le quepa ninguna duda: por beneficioso y necesario que sea hacer negocios y comerciar por todo el planeta ello no puede ir en detrimento de la dignidad y la libertad humanas. Mientras les hablo, hay 25 millones de personas forzadas a trabajar bajo amenazas o coacciones. Jamás aceptaremos que tengan que fabricar forzosamente productos destinados a su distribución comercial en Europa, **razón por la que propondremos que en nuestro mercado se prohíba la comercialización de bienes o mercancías que sean fruto del trabajo forzado. Porque bajo ningún concepto se puede mercadear con los derechos humanos**». La negrita es original. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/SPEECH_21_4701

El establecimiento de obligaciones en materia de diligencia debida se encuadra en lo que ha venido en llamarse «economía justa y sostenible» en la UE y a lo largo de las cadenas de suministro mundiales. El hecho de que varios países ya hubieran adoptado iniciativas sobre esta diligencia debida o que hubiera empresas que ya la estuvieran aplicando, ha sido determinante para poner sobre la mesa reguladora la necesidad de armonizar el instrumento facilitador de tales actuaciones. En derechos humanos, la obligación de diligencia debida como una parte más del funcionamiento empresarial viene a imponer un resultado de protección de tales derechos contemplados en el Derecho internacional. Es obvio que este es un instrumento que no resulta necesario para todas las empresas. No todas generan efectos adversos para los derechos humanos, pero el hecho de obligar a dar el paso de tener que hacer un ejercicio de identificación y análisis de los efectos reales y potenciales de las actividades siempre es positivo para la empresa. En el caso de las que no impactan, porque así garantizan que tales riesgos no existen y podrán tener esa información validada; en el caso de otras empresas, porque el proceso puede evidenciar que tales riesgos sí existen y no se tenía constancia de ello, por lo que podrán tomar medidas para minimizar su riesgo (de impacto y de las consecuencias subsiguientes: sanciones y responsabilidad civil).

Centrándonos en las obligaciones recogidas en la propuesta de directiva CSDD, ésta norma establece las obligaciones de las empresas, incluyendo las empresas financieras reguladas:

«[...] en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una relación comercial establecida, así como sobre la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de esas normas» (art. 1).

Cuestión que habrá de hacerse mediante la incorporación de la diligencia debida en las políticas corporativas, que pueden incluir en algunos casos la de derechos humanos. La obligación de diligencia debida en derechos humanos tiene seis puntos clave en el proceso: detección/identificación y evaluación de los efectos adversos, potenciales y reales; la adopción de una política de diligencia debida acorde a los resultados obtenidos; la adopción de medidas que permitan prevenir, erradicar o minimizar tales efectos sobre los derechos humanos, incluyendo las medidas de mitigación y reparación en caso de materialización; las medidas de información sobre las medidas adoptadas, incluyendo las relativas a la canales de comunicación interna (ligado el canal denuncia al que haremos mención) sobre la materia; las medidas de supervisión y seguimiento; y las relativas a la obligatoriedad de comunicación externa (a través de la web), incluyendo un canal y procedimiento de reclamación (para víctimas, representantes de los trabajadores y organizaciones civiles) y la verificación por parte de un tercero acreditado para ello de la declaración sobre la diligencia debida. Este último punto, íntimamente ligado a los requerimientos impuestos por la directiva de reporte, CSRD, ya vistos anteriormente.

En lo que atañe al ámbito subjetivo y temporal, de forma similar a lo visto en la directiva de reporte, hay cuatro bloques de empresas obligadas por la norma⁹⁶:

⁹⁶ Durante las negociaciones transcurridas hasta diciembre de 2023, las horquillas de número de empleados y volumen de negocios de las empresas obligadas por la norma fueron muy amplias. Finalmente, se vinieron a imponer los criterios de la Comisión, ya rebajados por exigencias de países como Alemania y Francia. Así, para las empresas del Grupo 1 el Consejo pedía que fueran empresas de más de 1000 empleados, frente a los 250 que solicitaba el Parlamento Europeo. En el caso del volumen de negocios de las empresas del Grupo 1, la horquilla se encontraba entre los más de 300 millones de euros anuales que proponía el Consejo, hasta los 40 millones solicitados por el Parlamento Europeo. Para el resto de Grupos, las posiciones de la Comisión, el Consejo y el parlamento estaban mucho más próximas.

a) Grupo 1, las empresas europeas con más de 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones de euros en el último ejercicio financiero;

b) Grupo 2, las empresas europeas con más de 250 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones de euros en el último ejercicio financiero, siempre que un 50% o más de dicho volumen de negocios se haya generado en sectores de alto impacto en derechos humanos como son: el de fabricación y comercialización mayorista de textiles, cuero y afines; agricultura, silvicultura, pesca y fabricación comercialización mayorista de materias primas agrícolas, maderas, alimentos, animales vivos y bebidas; empresas extractivas, de fabricación y comercio mayorista de minerales, gas, petróleo, etc.;

c) Grupo 3, empresas no europeas (constituidas conforme a la legislación de un país no UE) que hayan generado un volumen de negocios neto superior a los 150 millones de euros en la UE;

d) Grupo 4, empresas no europeas que hayan generado un volumen de negocios neto superior a los 40 millones de euros siendo el 50% de ese volumen, al menos, generado en uno o varios sectores regulados para el Grupo 2.

Desde el punto de vista temporal, la directiva CSDD irá siendo obligatoria para las empresas de los distintos grupos por fases, previstas en dos años para los grupos 1 y 3; y de cuatro para los grupos 2 y 4.

Aquellas empresas que deban implementar la diligencia debida en derechos humanos, habrán adoptar e implantar una política al efecto, explicitando cuál será el enfoque aplicado por la empresa y el código de conducta en materia de derechos humanos, describiendo las normas

y principios a los que deberán ajustarse los empleados de la empresa (incluyendo sus filiales) y adoptar las medidas para controlar que dicho código de conducta se cumple y que se extiende su aplicación a su cadena de valor (art. 5). Esto requerirá de las empresas recabar de sus socios (aquellos que forman parte de su cadena de valor) garantías que avalen que se cumple su código de conducta y los planes que haya adoptado en materia de derechos humanos (art. 7). Y es que, en caso de que esto no sea así, se pide a las empresas que contemplen la suspensión temporal (hasta no adoptar las medidas de prevención o mitigación), que analicen la viabilidad de cambio de socio y, en aquellos casos en los que se prevea que no se pueden prevenir o mitigar suficientemente los efectos adversos, se las obliga «a abstenerse de entablar nuevas relaciones o de ampliar las ya existentes con aquel socio» (art. 7.5), siendo los Estados quienes deberán garantizar que los contratos regulados por su legislación incluyen la opción de poner fin a la relación comercial cuando la situación anterior acontece (art. 7.5, párr.3).

No entramos a detallar los requerimientos del plan que ha de desarrollar la empresa en el proceso de diligencia debida, pero hay que señalar varias obligaciones específicas por su relevancia. En primer lugar, el disponer de procedimientos de denuncia para «inquietudes legítimas en cuanto efectos adversos» (art. 9.1). Se recoge el término «inquietudes fundadas», para hacer referencia a circunstancias objetivas que lleven a poner de manifiesto que una empresa está incumpliendo con las obligaciones de diligencia debida (art. 19.1). Recordemos la situación previa al colapso del edificio del Rana Plaza, cuando varios trabajadores manifestaron su preocupación por el estado del edificio, negándose incluso a entrar a trabajar en una infraestructura que colapsó pocas horas después causando más de un millar de muertos y más de dos mil heridos de diversa gravedad. Se obliga al establecimiento de un procedimiento de denuncia. En este sentido, con el art. 23 de esta directiva CSDD se incorporarán para los derechos humanos las obligaciones de la Directiva (UE) 2019/1937, conocida

como la Directiva *whistleblowing*⁹⁷, incluyendo la necesidad de contar con un canal de comunicación y denuncia, con protección de quien lo emplea. En este sentido, aquellas empresas que ya se habían comprometido con las Directrices de la OCDE para empresa multinacionales, o las recientes Líneas Directrices de la OCDE para empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable, ya cuentan con elementos para este tipo de canales. Así, España tiene su Punto Nacional de Contacto para resolución de problemas que hayan podido surgir, «contribuirá al estudio y solución de problemas que surjan en relación con la aplicación de las Líneas Directrices en casos específicos», actuando a través de procesos extrajudiciales en caso de conflicto, mediante buenos oficios, conciliación o mediación (art. 5.3, Orden PRE/2167/2014, de 11 de noviembre), sin que de su intervención pueda «derivarse efecto jurídico directo alguno a terceros» (art. 4, de la citada Orden)⁹⁸.

La obligación de reparación del efecto o daño infligido a la población, identificando previamente a cualquier suceso adverso las medidas que podrán llegar a tomarse y abriendo la posibilidad a mecanismos de notificación y reclamación extrajudicial efectivos y a disposición del público. Hay una responsabilidad civil por daños de las empresas, que se entiende:

⁹⁷ Directiva (UE) 2019/1937, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf> Esta Directiva se traspuso al ordenamiento español a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-4513>

⁹⁸ Orden PRE/2167/2014, de 11 de noviembre, por la que se crea y regula la composición y funcionamiento del Punto Nacional de Contacto para la puesta en práctica de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para empresas multinacionales. BOE núm 281, de 20 de noviembre de 2014. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-12022>

«sin perjuicio de la responsabilidad civil de sus filiales o de cualquier socio comercial directo o indirecto en la cadena de valor [...] sin perjuicio de las normas de la Unión o nacionales en materia de responsabilidad civil relacionadas con los efectos adversos sobre los derechos humanos o el medio ambiente que exijan responsabilidad en situaciones no contempladas por la presente Directiva o que establezcan una responsabilidad más estricta que la presente Directiva» (art. 22.3 y 4).

Finalmente, apuntar una cuestión relevante, aunque no haga relación a las obligaciones empresariales, las sanciones contempladas en su art. 20. Aunque el régimen de sanciones aplicable es una cuestión por definir en las disposiciones nacionales, se determina que «cuando se impongan sanciones pecuniarias, estas se basarán en el volumen de negocios de la empresa» (art. 2.3). Un porcentaje no definido, que en las etapas de negociación rondaba en torno a un máximo de un 5%. En todo caso, un régimen sancionador verdaderamente disuasorio. Para las empresas, las grandes y medianas, estamos ante una tarea laboriosa pero factible y deseable. Disponen de las herramientas, la adopción de políticas, planes y procesos de diligencia debida son sobradamente conocidas en el mundo empresarial. El Reglamento delegado NEIS y las guías de la EFRAG facilitarán la tarea específica a desarrollar en la diligencia debida en derechos humanos. Además, la propuesta de directiva CSDD se acompaña de un Anexo, en cuya Parte I recoge las cuestiones a considerar en lo que se entiende como “violaciones de derechos y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos”, así como los “Convenios sobre derechos humanos y libertades fundamentales” a tener en cuenta (ver tabla 2).

La CSDD se prevé sea aprobada en 2024⁹⁹, con un plazo de transposición a los ordenamientos nacionales de 2 años, lo que significa que deberíamos tener una ley aprobada al efecto antes de finalizar el 2027 para que la primera fase de obligaciones estuviera en curso entre 2027 y 2029.

⁹⁹ Al respecto, véase lo apuntado en la nota núm...84

Tabla 2. Puntos recogidos en el Anexo de la propuesta de directiva CSDD relativos a los derechos humanos.

Violaciones de derechos y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos
1. Violación del derecho de las personas a disponer de los recursos naturales de la tierra y a no verse privadas de sus medios de subsistencia, de conformidad con el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
2. Violación del derecho a la vida y a la seguridad, de conformidad con el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;
3. Violación de la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, de conformidad con el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;
4. Violación del derecho a la libertad y a la seguridad, de conformidad con el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;
5. Violación de la prohibición de injerencias arbitrarias o ilícitas en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia de una persona y de los ataques a su reputación, de conformidad con el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;
6. Violación de la prohibición de injerencias en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de conformidad con el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;
7. Violación del derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, incluidos un salario equitativo, unas condiciones de existencia dignas, la seguridad y la higiene en el trabajo y una limitación razonable de las horas de trabajo, de conformidad con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
8. Violación de la prohibición de restringir el acceso de los trabajadores a una vivienda adecuada, si la mano de obra está alojada en viviendas proporcionadas por la empresa, y de restringir el acceso de los trabajadores a

alimentos, vestido, agua y saneamiento adecuados en el lugar de trabajo, de conformidad con el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

9. Violación del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en todas las decisiones y medidas concernientes a los niños, de conformidad con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; violación del derecho del niño a desarrollar plenamente su potencial, de conformidad con el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño; violación del derecho del niño al más alto nivel posible de salud, de conformidad con el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; violación del derecho a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado, de conformidad con los artículos 26 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; violación del derecho del niño a la educación, de conformidad con el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño; violación del derecho del niño a ser protegido contra todas las formas de explotación y abuso sexuales y a ser protegido contra el secuestro, la venta o el traslado ilícito a otro lugar dentro o fuera de su país con fines de explotación, de conformidad con los artículos 34 y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño;

10. Violación de la prohibición del empleo de un niño menor de la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, menor a quince años, salvo que la legislación del lugar de trabajo así lo disponga, de conformidad con el artículo 2, apartado 4, y los artículos 4 a 8 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima, 1973 (n.º 138);

11. Violación de la prohibición del trabajo infantil de conformidad con el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incluidas las peores formas de trabajo infantil entre los menores (personas menores de dieciocho años) de conformidad con el artículo 3 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (n.º 182). Esto incluye:

a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, así como el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;

b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes;

d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños;

12. Violación de la prohibición del trabajo forzoso; esto incluye todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente, por ejemplo como resultado de la servidumbre por deudas o de la trata de seres humanos; quedan excluidos del trabajo forzoso los trabajos o servicios que cumplan lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29) o en el artículo 8, apartado 3, letras b) y c), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

13. Violación de la prohibición de todas las formas de esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud, la condición de siervo u otras formas de dominación u opresión en el lugar de trabajo, como la explotación económica o sexual extrema y la humillación, de conformidad con el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

14. Violación de la prohibición de la trata de personas, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;

15. Violación del derecho a la libertad de asociación y reunión y de los derechos de sindicación y de negociación colectiva, de conformidad con el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.º 87) y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el derecho de

sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.º 98), incluidos los siguientes derechos:

- a) los trabajadores tienen la libertad de crear sindicatos o afiliarse a ellos;
- b) la creación, la unión y la afiliación a un sindicato no deben utilizarse como motivo de discriminación o represalias injustificadas;
- c) las organizaciones de trabajadores son libres de operar de conformidad con sus constituciones y normas aplicables, sin injerencia de las autoridades;
- d) el derecho de huelga y el derecho de negociación colectiva;

16. Violación de la prohibición de trato desigual en el empleo, a menos que lo justifiquen los requisitos del puesto de trabajo, de conformidad con los artículos 2 y 3 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre igualdad de remuneración, 1951 (n.º 100), los artículos 1 y 2 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111) y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la desigualdad de trato incluye, en particular, el pago de una remuneración desigual por un trabajo de igual valor;

17. Violación de la prohibición de retener un salario digno adecuado, de conformidad con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

18. Violación de la prohibición de provocar cualquier degradación ambiental mensurable, como el cambio nocivo del suelo, la contaminación del agua o del aire, las emisiones nocivas, el consumo excesivo de agua o cualquier otro impacto en los recursos naturales, que

- a) menoscabe los fundamentos naturales para la conservación y la producción de alimentos o
- b) deniegue a una persona el acceso a agua potable segura y limpia o

c) dificulte el acceso de una persona a las instalaciones sanitarias o las destruya o

d) perjudique la salud, la seguridad, el uso normal de los bienes o de la tierra o el ejercicio normal de la actividad económica de una persona o

e) afecte a la integridad ecológica, como la deforestación, de conformidad con el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

19. Violación de la prohibición de desalojar o apropiarse ilícitamente de tierras, bosques y aguas cuando se adquieran, se desarrollen o se utilicen de otro modo tierras, bosques y aguas, incluida la deforestación, cuyo uso garantice los medios de subsistencia de una persona, de conformidad con el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

20. Violación del derecho de los pueblos indígenas a las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido de otro modo, de conformidad con el artículo 25; el artículo 26, apartados 1 y 2; el artículo 27 y el artículo 29, apartado 2, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;

21. Violación de una prohibición o un derecho no contemplado en los puntos 1 a 20, pero incluido en los acuerdos sobre derechos humanos mencionados en la sección 2 de la presente parte, que menoscabe directamente un interés jurídico protegido en dichos acuerdos, siempre que la empresa en cuestión haya podido determinar razonablemente el riesgo de tal menoscabo y cualquier medida adecuada que deba adoptarse para cumplir las obligaciones a que se refiere el artículo 4 de la presente Directiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes de sus operaciones, como el sector y el contexto operativo.

Convenios sobre derechos humanos y libertades fundamentales

·La Declaración Universal de Derechos Humanos;

- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;
- la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;
- la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial;
- la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- la Convención sobre los Derechos del Niño;
- la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;
- la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;
- la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas;
- la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
- la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo;
- la Declaración tripartita de la Organización Internacional del Trabajo de principios sobre las empresas multinacionales y la política social;
- los convenios básicos y fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo;

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.º 87)
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.º 98)
- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29) y su protocolo de 2014
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (n.º 105)
- Convenio sobre la edad mínima, 1973 (n.º 138)
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (n.º 182)
- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (n.º 100)
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111)

RECENSIÓN SOBRE *VIDA Y MEMORIAS DEL LICENCIADO GREGORIO LÓPEZ DE TOVAR*

Fecha de recepción: 22 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2024

Macarena Pérez Sánchez
Universidad Católica San Antonio (Murcia)¹

La Editorial Dykinson y la Universidad Carlos III de Madrid, a través de su Instituto Figuerola de Historia y Ciencias Sociales, han publicado en colaboración la *Vida y memorias* del licenciado Gregorio López de Tovar² (1547-1636), hasta ahora inéditas, aunque conservadas por la Biblioteca Nacional en copia manuscrita del siglo XVIII, que es la utilizada para la transcripción que reseñamos.

El citado Instituto presenta el libro bajo su programa y colección de Historia del Derecho (ISSN: 2255-5137), como número 121. Al frente de la edición figura Julián Gómez de Maya, quien diez años y cien

¹ mperez85@alu.ucam.edu

² LÓPEZ DE TOVAR, Gregorio, *Vida y memorias*, ed. Julián Gómez de Maya, Madrid, Universidad Carlos III y Dykinson, 2023, 220 pp. [ISBN: 978-84-1170-678-0].

números atrás había sacado ya en la misma colección otro título, *Culebras de cascabel: restricciones penales de la libertad ambulatoria en el Derecho codificado español* (2013), como podemos ver en las páginas finales del volumen, que incorporan el listado de todo su fondo. Se trata de un proyecto editorial ya muy consolidado y que registra infinidad de visitas y descargas entre todo su catálogo, que se ofrece en acceso libre a la versión electrónica disponible en e-Archivo, como bien conocen y utilizan numerosísimos investigadores, no solo del ámbito histórico-jurídico ni solo de ámbito hispano.

Aunque un poco menos nutrida, algo similar se puede decir de su otra colección, *Historia de las Universidades*, donde también aparece otra obra del mismo profesor, *De Al-Ricotí al rector Sabater: estudios históricos sobre la Universidad de Murcia y sus antecedentes* (2017), entre las diversas monografías que ha ido reuniendo desde 1999.

El autor propiamente en cuestión, Gregorio López de Tovar, fue nieto del célebre Gregorio López (de Valenzuela, para evitar confusiones), el glosador y editor de las Partidas en 1555. Pero además de este parentesco directo de sangre fue también su sucesor o continuador en la labor de facilitar el conocimiento y manejo de dicho código, ya que a tales efectos elaboró unos repertorios de sus leyes y glosas que se incorporaron como apéndices desde la tercera edición de 1576. Este suplemento funcional, cuyas vicisitudes nos cuenta detalladamente el autor en sus apuntes autobiográficos, es lo que habitualmente ha sido extractado por los estudiosos de las Partidas a los efectos de documentar sus trabajos, como fragmentos más merecedores de difusión impresa.

Sin embargo, aunque el propio autor y repertorista considera que en ese pasaje se cifraba uno de los grandes méritos que podía exhibir a la hora de acreditar sus estudios y reclamar mercedes reales, obviamente no supone más que un capítulo, y de juventud, en el total de su biografía. En ella lo contemplamos estudiante de cánones y leyes en Salamanca, fiscal de la Chancillería de Valladolid, oidor de la Audiencia de Galicia,

oidor de las Chancillerías de Granada y Valladolid, consejero de Órdenes con hábito de Santiago e incluso, al final de las memorias, jubilado.

No debe de ser poco lo aprovechable de todo este material correspondiente a su carrera o trayectoria profesional, principalmente de cara al conocimiento de los entresijos de la vida estudiantil y, sobre todo, de la estructura del gobierno de la Monarquía (tanto en el aspecto de selección de sus oficiales como en el del efectivo ejercicio y desempeño de los cargos, la promoción por vía de merced, el procedimiento inspector de las visitas, etc.).

Por último, pueden destacarse otros niveles más impregnados de interés sociológico en la aportación de noticias: el plano doméstico, con sus celebraciones o sus duelos, herencias, pleitos, enfermedades, viajes..., otras esferas corporativas, como conventos o cofradías, las omnipresentes informaciones de limpieza de sangre, los privilegios, las tensiones intraestamentales, los ceremoniosos protocolos y sus preeminencias, también sus fricciones, los casos de honra (siempre amenazantes), la escrupulosa planificación matrimonial y, en resumen, una perspectiva tan amplia como personal de la época y el estrato social del autor.

Así y según sean los intereses con que el lector se aproxime a esta obra, sus posibilidades parecen muy amplias, en todo caso mucho más allá del habitual uso por los historiadores del Derecho, en concreto por los investigadores de la legislación castellana (fuera de esta materia y de la información a ella aportada, la categoría de Gregorio de Tovar con sus repertorios apenas cuenta dentro de la ciencia jurídica general).

Por todo lo ya dicho, no parece que la difusión por fin completa de esta *Vida y memorias* vaya a constituir una iniciativa estéril tras cuatro siglos de espera, porque tampoco será nunca estéril su lectura o consulta, ya venga motivada por el interés de conjunto, ya por tal o cual

aspecto entre toda esa información que aquí apenas se ha apuntado a modo de ejemplo.

Bien se plantee con mirada científica o por simple curiosidad, esa utilidad que nadie puede negarle justifica por sí sola la edición ahora llevada a cabo. Por sí sola. Y ello pese a que se nos avise en la introducción de que su mérito literario, *el gracejo y arte*, no se eleva en Gregorio de Tovar hasta gran altura o por lo menos resulta ya mucho más discutible.

Sin embargo, tampoco hay que negarle del todo virtualidad literaria, directa o incluso indirecta: por ejemplo, para ingresar en 1924 en la Real Academia, Azorín pronunció un discurso que luego publicó en libro, *Una hora de España (entre 1560 y 1570)*, y esa hora de España es con bastante exactitud la de Tovar, de manera que el escritor del 98 habría podido perfectamente añadir otro capítulo muy apropiado a partir de estas memorias, si hubiese dispuesto de ellas como ahora nosotros, o también usarlas en sus frecuentes meditaciones cervantinas, las que tituló *Con Cervantes* (1947) y otras muchas. Fueron estrictamente coetáneos, aunque el autor del *Quijote* veinte años menos longevo que Tovar; ambos coinciden en el terreno de juego de la Justicia, pero normalmente en lado opuesto; o los encontramos viajando por los polvorientos caminos; uno se relaciona con la batalla de Lepanto, otro (marginalmente) con la Armada Invencible, etc. Como se ve o se verá al leerle, en Gregorio de Tovar late, en la parte alta de aquella sociedad, la vida cotidiana del siglo de Oro, su espíritu y su lenguaje coloquial.

**RECENSIONE A C. MARTELLO *LE DUE VITE
DI PIETRO ABELARDO. APPUNTI PER UNA
BIOGRAFIA INTELLETTUALE. VOLUME I
PERIPATETICUS PALATINUS. OFFICINA
DEGLI STUDI MEDIEVALI, PALERMO, 2022***

Fecha de recepción: 29 de enero de 2023
Fecha de aceptación: 20 de febrero de 2023

Eva Di Rosa¹
Università degli Studi di Catania

Le due vite di Pietro Abelardo. Appunti per una biografia intellettuale. Volume I- Peripateticus Palatinus presenta al lettore un'attenta, nonché appassionata, riflessione su una delle figure capitali del medioevo latino del XII secolo: Pietro Abelardo. La vita del filosofo viene, come annunciato dal titolo, scissa dicotomicamente in due volumi in linea con il progetto editoriale pensato da Concetto Martello, proponendo una viva ricostruzione, come suggerito dal sottotitolo, della *biografia intellettuale* del *Magister* di Le Pallet. In questo volume l'autore indaga la prima delle due vite di Abelardo quella da *Peripateticus Palatinus*. L'appellativo scelto per delineare la prima

¹ mdirosa@unict.it

vita ricalca il sintagma con cui Giovanni di Salisbury, allievo del filosofo, identificava il maestro designandolo attraverso due elementi: la provenienza geografica del villaggio di origine e l'aggettivo che sintetizza, centrandola, la vocazione esistenziale di Abelardo, interamente votata alla *ars artium* ovvero la logica. Abelardo agli occhi del suo discepolo è un peripatetico, un seguace del Filosofo senza rivali Aristotele. I quattro capitoli seguono cronologicamente la vicenda biografica del Palatino. La ben nota storia delle sue *calamitates* viene pensata come paradigma temporale, sul quale innestare il dialogo con le altre opere di Abelardo e i numerosi testi a lui contemporanei, volti ad assemblare la sua *bildung* intellettuale. Il lavoro presenta la descrizione del contesto culturale del campo del sapere nel quale Abelardo si distinse con maggiore incisività. Il lettore attraverso l'analisi della concezione del Palatino sulla secolare disputa intorno agli universali aristotelici prende atto di un quadro teorico più complesso, mostrando come essa si inserisca in una posizione mediana fra le due dottrine radicali quella dei "realisti" e quella dei "nominalisti" spesso estremizzata all'interno della trattazione manualistica. Similmente alla base di un affresco i capitoli mostrano in successione la progressiva costruzione della *silhouette* del profilo intellettuale di *Magister Petrus*.

I quattro capitoli si aprono con delle attente digressioni volte, in modo sintetico ad enucleare anche le principali difficoltà con cui gli studiosi del Palatino si sono trovati, e si trovano a fronteggiare, prima fra tutte la mancanza di recenti edizioni critiche vagliate alla luce delle nuove categorie e strumenti filologici, i quali permetterebbero di chiarire alcune criticità presenti nella secolare interpretazione di Abelardo. Le lacune, le mutilazioni dei testimoni, le penurie filologiche relative ai manoscritti delle opere di Abelardo si legano biunivocamente al difficile lavoro di datazione reso complesso a monte dalla modalità con cui il filosofo assembla i suoi scritti rivedendoli e correggendoli periodicamente, si tratta dunque di opere spesso *in progress* (p.75) a cui il filosofo vorrebbe di volta in volta offrire una organicità coerente, elemento che risulta invece il nucleo centrale della sua personalità.

Nel primo capitolo (*I Maestri*) l'analisi si sofferma sui *magistri* dell'Abelardo *loicus* incontrati fino al momento della personale *kehr* esistenziale rappresentata dall'incontro con Eloisa. Il profilo filosofico e culturale di Abelardo si definisce nel tempo attraverso il dialogo con i suoi predecessori e formatori con i quali prenderà anche violentemente le distanze, criticandone metodi e posizioni in merito alla secolare *querelle* sugli universali e alla prassi esegetica della Parola. I tre paragrafi nel quale è suddiviso seguono i complessi rapporti tra allievo e maestri che lo legarono in successione al "nominalista" Roscellino di Compiègne, al "realista" Guglielmo di Champeaux e al "teologo" Anselmo di Laon, quest'ultimo rappresenterà l'incontro di Abelardo con la Scienza sacra, alla quale si dedicherà fin dagli esordi, coerentemente alla sua vocazione e formazione, *sub specie* logico-dialettica, l'originale approccio esegetico che egli matura grazie alla formazione filosofica sarà fra le cause di ciò che lo renderà negli anni, e di come lui stesso avrà modo di confessare, odioso agli occhi del mondo.

Nel secondo capitolo (*Lo sbocco della logica vetus e le "Glosse letterali"*) viene descritta la cornice teorica entro la quale emergono i primi testi del Palatino dedicati al commento delle opere logiche antiche e tardo antiche e analizzando sinteticamente alcuni dei testi ritenuti fondamentali per la formazione del logico medievale. Il terzo si sofferma sulle tre grandi opere di logica la *Ingredientibus*, la *Dialectica*, la *Nostrorum* alla luce delle recenti acquisizioni filologiche viene fra l'altro ipotizzata la possibilità di una *reductio ad unum*. L'opera potrebbe essere un unicum che Abelardo durante le travagliate vicissitudini esistenziali rivede, amplia più volte e assembla in itinere durante tutto l'arco della sua vita.

Il quarto capitolo analizza la posizione di Abelardo in merito alla complessa relazione tra *res* e *verba* nel momento centrale della dialettica ovvero nell'imposizione dei nomi alle cose, in questo viene ancora una volta con coerenza ribadita la sua impostazione "vocalista" e/o "sermonista" (p.182) in quanto nel pensiero del Palatino «la realtà extra-linguistica ed extra-mentale rimane estranea al processo di costruzione della *significatio*» (p.186). Per la Logica di Abelardo i nomi

sono cose che significano altri nomi, l'ambito di indagine è dunque aristotelicamente astratto e separato dal piano ontologico, il quale pur precedendolo cronologicamente, nel dominio intrinseco del linguaggio umano di pertinenza della disciplina rimane ad esso conseguente. Martello individua a conclusione di questo suo primo contributo monografico sul filosofo di Le Pallet, i tre ambiti che ne tratteggiano il profilo culturale: (p.212) *in primis* l'emergere del ruolo dell'individualità e della responsabilità del singolo nelle relazioni sociali, etiche e politiche. L'importanza del mondo interiore, di ascendenza agostiniana, rappresenta la risposta alla rivoluzione carsica del XII secolo, ossia il progressivo movimento di modernizzazione delle società urbane medievali nella loro graduale richiesta di laicità. Il secondo aspetto che viene evidenziato è la rilevanza della matrice aristotelica nella sua posizione sulla questione sugli Universali. Abelardo sgancia, in una prospettiva non- realista l'inscindibile nesso logico-ontologico di chiara ascendenza platonica fusi con il pensiero cristiano, ponendo al centro il ruolo di mediatore artificiale (p.214) del linguaggio nella sua dimensione epistemica ovvero nell'ambito della Logica. Il terzo contributo che il filosofo da all'età che a lui viene quasi assimilata è quella della riscoperta, o meglio della valorizzazione del patrimonio filosofico pagano evidenziandone la neutralità a-fideistica, in virtù della pertinenza di indagine della ragione e del linguaggio umano che la filosofia pagana ha reso nei secoli, con evidenza, un patrimonio universale, se si vuole quasi una proprietà genetica dell'uomo. Ai filosofi viene riconosciuto l'aver offerto al mondo cristiano lo strumento con il quale indagare ciò per cui l'essere umano è immagine e somiglianza del creatore, ovvero la razionalità e il linguaggio. Abelardo partendo da questo terreno solido che la logica gli ha sapientemente dissodato può iniziare la personale indagine sulla Scienza Sacra che non a caso viene definita teologico-dialettica (p.215).

Il volume si configura come un'organica compilazione non solo sul *Peripateticus Palatinus*, ma contemporaneamente anche sull' "età di Abelardo", sui testimoni, sulle personalità orbitanti intorno al filosofo, ed in particolare sulle idee che *in itinere* hanno permesso l'emergere dell'individualità monumentale di Abelardo dallo sfondo

culturale del XII secolo, nonché sul suo contributo ai dibattiti e alle *querelles* filosofiche a lui contemporanee. Al lettore viene concesso di analizzare, attraverso l'indagine dello sviluppo di alcune posizioni assunte da Abelardo in vari momenti biografici, il metodo del Palatino (p.187) che consiste più che in ritrattazioni teoriche, in una periodica revisione delle sue idee alla luce del dialogo con le differenti posizioni presenti negli ambienti intellettuali a lui coevi attorno ai quali orbita o si impegna e che viene rilevata e testimoniata dalle differenti stesure delle sue opere.

A conclusione alcune riflessioni che potrebbero emergere dalla lettura di questi primi appunti sulla biografia intellettuale di Abelardo. Perseguitato e preoccupato ad elaborare le sue personali "disgrazie" la vita del Palatino appare contraddittoria e poliedrica. Da una parte la si scorge appartata e situata nella periferia di un medioevo latino lontano dagli eventi della grande Storia, trascorsa nella solitaria battaglia con le travagliate calamità private, dall'altra egli convive quasi con un altro sé dallo spirito irrequieto, irriverente, byroniano, personalità che nei secoli verrà intuita come l'araldo di una modernità nascente. Certamente non un militante *strictu sensu* eppure, il suo interesse per un'etica della responsabilità cosciente e individuale costituisce il modello a cui guarderanno invece i suoi allievi politicamente più attivi e anarchici fra tutti Arnaldo da Brescia e Giovanni di Salisbury i quali a fronte di un apparente disinteresse politico del *Magister Petrus* ne acquisiranno invece il potenziale sovversivo. L'ideale di coerenza alla sua vocazione filosofica sarà ciò che lo contraddistinguerà fino alla fine. Nonostante l'eterogeneità delle due fasi della vita di Abelardo (p. IX) egli rimane fedele a se stesso, alla ragione intuita come ineludibile strumento di indagine della realtà e allo stesso tempo da cristiano e autentico credente come dono divino. Riassunta in queste pagine la prima delle due vite di Abelardo, in attesa del volume sulla seconda, appare come una redazione organica e ordinata, volta a stilare un puntuale "stato dell'arte" sulla parabola esistenziale e sulla costruzione intellettuale del suo pensiero, una ricostruzione che pur nella sua naturale parzialità, risulti simile ad un'antologia, quasi una *recensio* delle "idee di altri su Pietro Abelardo" (p.XXV), potrebbe dunque dirsi quasi un digesto

sintetico degli studi filologici, critici, ermeneutici che negli anni sono apparsi sulla figura del filosofo francese, e che assemblati con umiltà e certissima pazienza vengono pensati a supporto di quanti possono, o vogliono, avvicinarsi alla figura e al secolo del filosofo di Le Pallet dentro e fuori dai contesti accademici.

**NOTAS SOBRE *DELITOS Y ORDEN PÚBLICO*
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL:
FENOMENOLOGÍA, INSTITUCIONES Y
NORMAS, DE MANUELA FERNÁNDEZ
RODRÍGUEZ**

Fecha de recepción: 19 de enero de 2023
Fecha de aceptación 14 de marzo de 2024

Erika Prado Rubio¹
Universidad Rey Juan Carlos

El estado constitucional y la democracia son conceptos íntimamente ligados, especialmente en lo referente al mantenimiento del orden público. Incluso, en el momento de escribir estas líneas los estados europeos se replantean los límites de su alcance con respecto a determinados movimientos políticos y sociales que cuestionan el orden público que protegen las diferentes Cartas magnas. Precisamente por

¹ erika.prado@urjc.es.

este motivo, la obra que aquí se recensiona, a pesar de analizar un periodo histórico que puede parecer lejano, tiene hoy en día un gran interés. *Delitos y orden público en el estado constitucional: fenomenología, instituciones y normas*, de la investigadora Manuela Fernández Rodríguez, supone un interesante análisis del papel del Estado en el mantenimiento del orden público mediante las constituciones que fueron de aplicación durante el turbulento siglo XIX español². Periodo histórico bien conocido por la autora, quien cuenta con otro interesante trabajo sobre el gobierno de Fernando VII y la llegada del Estado liberal en España: *Hombres desleales cercaron mi lecho: la consolidación jurídico-institucional del Estado liberal (1808-1843)*³.

Esta obra se compone de ocho capítulos que ofrecen al historiador una visión completa de los vaivenes institucionales y políticos de este periodo. El primero de ellos está dedicado al gobierno de José Bonaparte que examina, desde los primeros años en el establecimiento de su poder hasta las diferentes instituciones y órganos de nueva creación para el mantenimiento del orden público, como el Ministerio de Policía. Como señala la autora, la creación de este departamento tuvo un gran impacto en la detección del desplazamiento

² La autora también ha abordado en otros trabajos el orden público en diferentes periodos de la historia de España: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “El orden público durante la ocupación bonapartista de España”, en *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, nº22, 2023; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Espacio de libertad, seguridad y justicia: negociaciones de la orden de detención europea” en *Glossae: European Journal of Legal History*, nº12, 2015; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “La figura de riego como elemento disruptor del orden público: Del ejército de la isla a la batalla de Platerías”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., PRADO RUBIO, E., *El escudo del Estado: el derecho como instrumento de orden público y control social*, Madrid, 2022.

³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *Hombres desleales cercaron mi lecho: la consolidación jurídico-institucional del Estado liberal (1808-1843)*, Valladolid, 2018.

de guerrilleros, controlando la libertad de movimiento de la población. La autora desarrolla esta actividad en el ámbito del orden público y la contrainsurgencia del Ministerio de Policía con ejemplos concretos respaldados en fuentes jurídicas de la época, lo que evidencia el extremo valor que tiene la obra para el historiador interesado en esta época.

El segundo y el sexto capítulo se dedican a las vicisitudes sociales, políticas y jurídicas vividas durante los periodos de regencia. En el primer caso se aborda la ocupación francesa de España y en el último caso, al referido a María Cristina. En ambos periodos se vive una constante transformación institucional, donde los regímenes jurídicos que abordan todas aquellas cuestiones de orden público sufren importantes modificaciones que son analizadas con gran detalle y exhaustividad por la autora, entre las que se destaca, la abolición de la Inquisición, institución esta también conocida por la investigadora como demuestra su producción académica⁴.

El tercer capítulo de esta obra se dedica al reinado de Fernando VII y al agitado contexto político que marcó su gobierno. La autora recoge en su obra la inestabilidad social de este periodo y cómo se intentó sofocar, a golpe de reformas y reglamentos, el bandolerismo, el pillaje o los delitos violentos que vincularon en aquel momento a las deserciones, la liberación de presos y a las nuevas ocupaciones de los miembros de las guerrillas tras la restitución de Fernando VII.

El cuarto capítulo recoge el pronunciamiento de Cabezas de San Juan, en la provincia de Sevilla, donde los defensores de la Constitución negaron la obediencia al orden absolutista y confirmar la vigencia de la Carta magna de 1812. Como es bien sabido, el triunfo

⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Estructura y normativización de la inquisición romana en la modernidad”, en *Revista General de Derecho Romano*, nº40, 2023; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Los intentos externos de modificar el funcionamiento jurídico de la Inquisición”, en *Revista de la Inquisición: (intolerancia y derechos humanos)*, nº26, 2022.

liberal hizo que Fernando VII adoptase, aunque fuese durante un breve periodo, el respecto al orden constitucional. En este capítulo la autora realiza una interesante exposición y comparación de las grandes diferencias en la manera en la que un sistema gestiona los periodos de transición desde otro, destacando la ausencia de purgas judiciales durante la restauración del régimen liberal. En este sentido, se analiza con gran detalle la definición del delito político en la legislación liberal, así como otros mecanismos jurídicos para el mantenimiento del orden público durante este breve periodo.

El trienio liberal termina con la década ominosa y esta es precisamente la etapa con la que se inicia en el quinto capítulo de esta obra. La autora aborda en primer lugar las diferencias ideológicas de las dos grandes corrientes de pensamiento de la época, así como algunas propuestas conciliadoras entre ambas Españas. También se aborda la represión del régimen absolutista y las reformas que se impusieron para restablecer el control del monarca. En contraste con la política opresiva algunas normas sirvieron para humanizar el sistema penal, como la abolición en 1932 de la pena de horca. En este sentido, la autora recoge y expone con claridad y precisión las diferencias entre tres formas de garrote: noble, ordinario y vil, este último, el término más familiar para el imaginario colectivo.

El séptimo capítulo de esta obra aborda el reinado de Isabel II en el que, como consecuencia de la imposibilidad de una convivencia pacífica entre las diferentes corrientes políticas, se sufrieron un gran número de insurrecciones que dieron lugar a una extensa regulación y reforma de diferentes delitos. La autora examina la construcción, durante el bienio progresista, del Estado de sitio, Guerra y Alarma. Entre otros acontecimientos de esta época, también se recoge la segunda guerra carlista, así como los varios motines derivados del reclutamiento militar.

Como cierre de esta obra, el octavo capítulo aborda la institucionalización de la Policía y la Guardia civil, esta última, una de las más conocidas instituciones españolas en el extranjero. Respecto al cuerpo policial en su implantación nacional se contextualiza en un periodo de gran polarización política. Este fenómeno también cabe enmarcarlo en un modelo de seguridad muy vinculado al Ejército. En relación con la Guardia Civil, ya en 1943, en el marco de la legislatura de corte moderada, se inician los debates sobre la necesidad de aportar seguridad en el ámbito rural con una fuerza que tuviera competencia en todo el territorio nacional. La autora, en este punto, recoge interesantes extractos de la prensa de la época que sin duda aportan un valioso punto de vista que permite completar el contexto histórico junto con otras fuentes primarias como la legislación que recoge la creación de estas nuevas instituciones.

Respecto a la calidad del trabajo, queda abalada por el Proyecto de investigación que financia la publicación de esta obra, fruto de una convocatoria competitiva. En línea con la temática del proyecto, esta monografía representa una interesante aportación sobre los instrumentos histórico-jurídicos que dan forma al estado constitucional y la cultura de defensa democrática en nuestro país.

Esta obra supone, en definitiva, un esfuerzo investigador que reúne referencias de más de 240 títulos académicos sobre este periodo y aporta al historiador más de una decena de documentos y textos jurídicos originales que enriquece con otras fuentes primarias como los diarios de diferentes sesiones de las Cortes. Las más de 580 citas que componen este trabajo da una buena muestra del valor académico de la monografía, imprescindible para entender en su amplitud un periodo tan complejo como el siglo XIX español. Es de rigor mencionar además que la calidad académica de esta obra reúne no solo las obras más importantes y asentadas entre los historiadores de este periodo, sino también lo aportado por los investigadores de estos últimos años. Por todo ello, esta obra merece una especial atención para historiadores e

investigadores y en especial, para aquellos especialistas del Derecho que requieran la precisión propia de la ciencia jurídica.

Bibliografía

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *Hombres desleales cercaron mi lecho: la consolidación jurídico-institucional del Estado liberal (1808-1843)*, Valladolid, 2018.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Estructura y normativización de la inquisición romana en la modernidad”, en *Revista General de Derecho Romano*, nº40, 2023;

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Los intentos externos de modificar el funcionamiento jurídico de la Inquisición”, en *Revista de la Inquisición: (intolerancia y derechos humanos)*, nº26, 2022.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “El orden público durante la ocupación bonapartista de España”, en *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, nº22, 2023

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Espacio de libertad, seguridad y justicia: negociaciones de la orden de detención europea” en *Glossae: European Journal of Legal History*, nº12, 2015

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “La figura de riego como elemento disruptor del orden público: Del ejército de la isla a la batalla de Platerías”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., PRADO RUBIO, E., *El escudo del Estado: el derecho como instrumento de orden público y control social*, Madrid, 2022.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., PRADO RUBIO, E., *El escudo del Estado: el derecho como instrumento de orden público y control social*, Madrid, 2022.