

Nº 46
Segundo trimestre 2026

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 46

Junio 2026

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Número 46. Junio 2026

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch y ERIH PLUS

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado de Derecho Administrativo en la UDIMA. Abogado-Consultor especialista en contratación pública. Funcionario de carrera en excedencia.

D^a. Antonia Gómez Díaz-Romo

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.



D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha(exc)

D. José Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho (UCLM). Funcionario de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".



CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local

D. Jordi Gimeno Beviá

Prof. Derecho Procesal de la UNED

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de la Universidad de La Laguna.



EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 13

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA EN TORNO A LA
ARBITRABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS
EN EL SENO DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE
LOS CONSORCIOS17

Enrique Soler Santos

DE LA PRÁCTICA, EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL
ESPAÑOL, DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS DE
CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN
EUROPEA..... 47

José Joaquín Jiménez Vacas

LA PERMANENTE TRANSITORIEDAD PATRIMONIAL DEL
VALLE DE CUELGAMUROS (VALLE DE LOS CAÍDOS) Y SU
TRASCENDENCIA EN LA PROTECCIÓN COMO
PATRIMONIO HISTÓRICO 73

Fernando Luque Regueiro

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA: ESPECIAL
REFERENCIA A LOS GRUPOS VULNERABLES..... 115

Esther Molina Castañer

VEINTICINCO AÑOS DE COMISARIO DE DERECHOS
HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA: SU



CONTRIBUCIÓN A LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA 161
Camilo Villajos de Silva

PONDERACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO MANUEL VICENT 209
Martín Bajatierra Ruiz

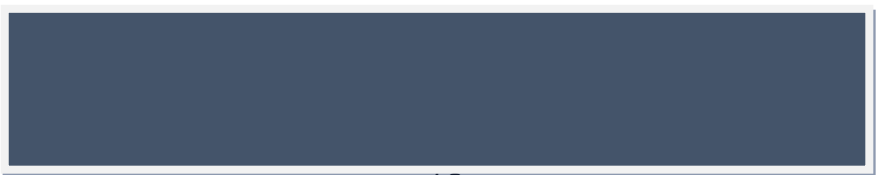
LA EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY..... 257
Almudena Monge González

LA LEY 3/2019, DE GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL DE EXTREMADURA, Y LA FUNCIÓN ASISTENCIAL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES D. Álvaro Casas Avilés..... 319

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

FICCION AUDIOVISUAL Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) N.º 1761/2025, DE 2 DE DICIEMBRE (ROJ: STS 5362/2025), SOBRE EL CASO FARIÑA Y LA AUTONOMÍA DEL DERECHO A LA CREACIÓN LITERARIA FRENTE A OBRAS "BASADAS EN HECHOS REALES" 415
Paloma Cascales Bernabeu

BASES DE PUBLICACIÓN..... 437





En el número 46 de la Revista Gabilex se incluyen en la sección nacional ocho artículos doctrinales y una reseña de jurisprudencia, todos ellos de indudable interés y actualidad por la relevancia práctica de las materias tratadas y el rigor con el que se abordan.

Abre la sección nacional el trabajo de D. Enrique Soler Santos, "Consideraciones de lege ferenda en torno a la arbitrabilidad de las controversias surgidas en el seno de los órganos de administración de los consorcios", en el que se examina la posible proyección del arbitraje en un ámbito especialmente singular del Derecho público, con atención a la naturaleza de los consorcios y a las controversias que pueden suscitarse en su funcionamiento y liquidación.

A continuación, D. José Joaquín Jiménez Vacas aborda "De la práctica, en el orden constitucional español, de actividades administrativas de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea", estudio que ofrece una reflexión sobre la ejecución administrativa del Derecho de la Unión en el marco constitucional español y sobre la articulación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Seguidamente, D. Fernando Luque Regueiro presenta "La permanente transitoriedad patrimonial del Valle de Cuelgamuros (Valle de los Caídos) y su trascendencia en la protección como patrimonio histórico", trabajo que



profundiza en una cuestión de notable complejidad jurídica: la determinación del régimen patrimonial del enclave y sus consecuencias en la delimitación de competencias para su protección cultural.

El artículo de D^a Esther Molina Castañer, "El derecho de acceso a la justicia: especial referencia a los grupos vulnerables", analiza las exigencias de una justicia accesible, con especial atención a las personas con discapacidad y a los instrumentos necesarios para garantizar una participación real y comprensible en el proceso.

En quinto lugar, D. Camilo Villajos de Silva, en "Veinticinco años de Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa: su contribución a la promoción y defensa de los derechos humanos en España", sistematiza la trayectoria de esta institución y su incidencia en la protección de los derechos humanos en nuestro país.

D. Martín Bajatierra Ruiz examina, en "Ponderación y Derechos Fundamentales: El Caso Manuel Vicent", el papel de la ponderación como método de resolución de conflictos entre derechos fundamentales, tomando como referencia la doctrina constitucional sobre libertad de creación literaria y derecho al honor.

D^a Almudena Monge González aborda, en "La expropiación por ministerio de la ley", una institución urbanística de carácter excepcional y tuitivo frente a la inactividad administrativa en la ejecución del planeamiento.



Cierra la sección nacional el trabajo de D. Álvaro Casas Avilés, "La Ley 3/2019, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, y la función asistencial de las diputaciones provinciales", en el que se examina el papel de las diputaciones provinciales en la garantía de la autonomía municipal y en la prestación de servicios locales, con especial atención al micromunicipalismo y a la experiencia extremeña.

La reseña de jurisprudencia, a cargo de D^a Paloma Cascales Bernabeu, analiza la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1761/2025, de 2 de diciembre, sobre el caso Fariña y la relación entre ficción audiovisual, libertad de creación artística y derechos de la personalidad.

Como es habitual, el número se completa con las Bases de publicación, con el objetivo de seguir impulsando la



Gabilex

Nº 46

Junio 2026



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Castilla-La Mancha

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

ARTICULOS DOCTRINALES



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 46

Junio 2026

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>





CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA EN TORNO A LA ARBITRABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS EN EL SENO DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE LOS CONSORCIOS

D. Enrique Soler Santos

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

Letrado de la Junta de Andalucía en excedencia.

Letrado-Jefe Adjunto del Servicio Jurídico en la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local de la Comunidad de Madrid

Resumen: La institución del arbitraje ha adquirido una importancia creciente en las últimas décadas en el ámbito privado. Son muchas, y muy autorizadas, las voces que abogan por su implantación en determinadas parcelas del Derecho Público. En el presente artículo se aborda dicha posibilidad en el concreto ámbito de las controversias surgidas en el seno de los órganos de administración de los consorcios y, en particular, de las



controversias que puedan surgir en el proceso de liquidación.

Concluiremos que, *de lege ferenda*, las controversias surgidas en el seno de los órganos de administración de los consorcios son un ámbito especialmente idóneo para un hipotético arbitraje de Derecho Público, atendidos sus especiales caracteres, sus innegables paralelismos con las instituciones del Derecho Mercantil y los sólidos argumentos proporcionados por la doctrina en tal sentido.

Palabras clave: arbitraje de Derecho Público, consorcios, arbitraje societario.

Abstract: Arbitration has gained increasing importance over recent decades in Private Law. Several well-renowned scholars have advocated for its implementation also in certain areas of Public Law. This article examines such a possibility within the specific context of disputes regarding consortiums, and in particular, those disputes that may arise during the liquidation process.

De lege ferenda, it will be proposed that disputes arising within the governing bodies of consortiums are, hypothetically, a particularly suitable field for Public Law arbitration, considering their specific features, their undeniable resemblances with the equivalent institutions of Corporate Law, and the soundness of the arguments provided by legal scholars.

Keywords: Public Law arbitration, consortiums, corporate arbitration.



Sumario: I. El arbitraje en el sector público; su naturaleza jurídica y clases. II. Arbitraje de Derecho Privado en el sector público. III. Arbitraje de Derecho Público. IV. Conclusión. Bibliografía.

1. **El arbitraje en el sector público; su naturaleza jurídica y clases**

Ha de partirse de una perspectiva general sobre la evolución y el grado de implantación de la figura del arbitraje en el sector público.

Puede definirse de forma genérica el arbitraje como aquel mecanismo de heterocomposición de controversias en el que se atribuye su resolución a un tercero independiente, el árbitro, cuyas facultades no manan del poder de impartir justicia que incumbe al Estado, sino de la propia voluntad de las partes en conflicto.

Así, su fundamento último se encuentra en el principio general de autonomía de la voluntad, y su límite, por la misma razón, en la disponibilidad de la pretensión ejercitada.

En similares términos se ha pronunciado al respecto el Tribunal Constitucional: "*Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición [...]*" (ATC 259/1993, de 20 de julio, FJ 1º).

La institución del arbitraje ha adquirido una importancia creciente en las últimas décadas.



La Recomendación (86) 12, de 16 de septiembre de 1986, del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, relativa a las medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales, instaba a los Gobiernos de los Estados miembros a potenciar la institución del arbitraje como *"una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial"*. A tal fin se promulgó la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

La vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (Ley de Arbitraje, en lo sucesivo), regula la institución basándose en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés).

Mucho se ha discutido en la doctrina procesalista sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, contraponiéndose las teorías contractualistas, las jurisdiccionalistas y las procesalistas, quizá por haber enfocado la cuestión desde la perspectiva de los distintos elementos de la institución (el convenio arbitral, el laudo arbitral y el procedimiento arbitral, respectivamente).

Puesto que aquí interesa abordar la cuestión desde el prisma del Derecho Público, prescindiremos de una exposición en profundidad de tales teorías, limitándonos a constatar que el arbitraje se ha abierto paso progresivamente en materias y en ramas del ordenamiento en las que se encuentran implicados los intereses públicos.

Así, cabe hacer referencia al borrador de Anteproyecto de Ley Reguladora del Arbitraje Administrativo de 21 de



diciembre de 2001, que, aunque no llegó a ser remitido a las Cortes como proyecto de ley, revela ya la necesidad y el interés de dar normación a esta materia.

Hace también décadas que el Consejo de Estado, en varios dictámenes, viene mostrando un parecer favorable a la potenciación de la figura del arbitraje en el sector público (dictámenes 214/1992 y 4474/1998, citados por Pérez-Tenessa, 2003).

Y cabe también referirse, en esa misma línea, a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, y a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificativa de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que introdujo en la misma la posibilidad de someter a arbitraje controversias relativas al cumplimiento de los contratos privados celebrados por poderes adjudicadores que no fuesen Administraciones Públicas, a todo lo cual nos referiremos más adelante.

Ahora bien, el término 'arbitraje' no se emplea siempre con el mismo significado en la doctrina y en la legislación; con dicho *nomen iuris* se hace referencia a mecanismos distintos en su naturaleza y en su eficacia.

No se trata de una cuestión meramente teórica, sino que la distinción tiene importantes consecuencias prácticas a los efectos que aquí nos ocupan, por lo que tomaremos como punto de partida la conceptualización de las distintas modalidades de arbitraje.

De entrada, debemos reparar brevemente en ciertas figuras jurídicas que podrían llevar a confusión, pero que, a pesar de su denominación, no se refieren a la



cuestión jurídica que aquí nos ocupa, esto es, la de someter a un árbitro imparcial controversias que afecten al sector público.

Nos referimos, en primer lugar, a supuestos en los que la entidad del sector público asuma el papel de árbitro y no el de parte. Es el caso de la potestad arbitral que puede encomendarse en ciertos sectores regulados a las autoridades de supervisión.

Se trata, por ejemplo, del sistema de arbitraje de consumo¹ o de la previsión del artículo 5.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, la CNMC), que encomienda a dicha Comisión "*las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*". El Reglamento de arbitraje de la CNMC, aprobado el 21 de junio de 2024², tiene por objeto desarrollar, desde el punto de vista procedimental, estas funciones de la CNMC.

Y, en segundo lugar, a la resolución de controversias puramente internas, de forma que en tal caso el llamado "arbitraje" será en realidad un modo de ejercicio de la

¹ Véase el artículo 57 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

² <https://www.cnmcc.es/sites/default/files/5475703.pdf>. Recurso web consultado por última vez el 7 de noviembre de 2025.



potestad autoorganizativa, interna o doméstica, no presentando el elemento de alteridad necesario para hablar de "hetero-composición" de controversias.

Es por ello que se ha negado la condición de verdadero arbitraje al regulado en la disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, pues se aplica únicamente a las controversias jurídicas entre entidades de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Como ha expuesto Fontboté Pradilla (2020), el hecho de que los conflictos que resuelve este "arbitraje institucional" no puedan ser objeto de un proceso judicial, puesto que el artículo 20.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) no permite que los organismos autónomos puedan recurrir contra actos de la Administración matriz, indica que no estamos ante un auténtico arbitraje.

Existen también otros supuestos en los que se habla de arbitraje en sentido lato, haciendo referencia a mecanismos en los que ciertamente se encomienda la resolución del conflicto a un tercero independiente, pero sin excluir el sometimiento de la cuestión, en último término, a la jurisdicción ordinaria.

La doctrina se ha ocupado del estudio de estas técnicas jurídicas que, pese a su apariencia de arbitraje e incluso a su *nomen iuris*, esconden en realidad instrumentos muy diferentes al arbitraje en sentido estricto, según García Pérez (2013).



Este arbitraje *lato sensu*, que no excluye la posibilidad de un ulterior pronunciamiento judicial, puede tener lugar antes de que se inicie el proceso judicial, o después de su iniciación, pero en todo caso nunca después de su resolución, en aplicación del principio de cosa juzgada.

En función de ello, dentro del arbitraje *lato sensu* distinguiremos el arbitraje preprocesal y el arbitraje intrapprocesal.

En el ámbito administrativo, el arbitraje preprocesal se traduce en el arbitraje sustitutivo de los recursos administrativos ordinarios, que fue introducido como novedad en el apartado 2 del artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, en adelante):

“Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.”

Previsión que hoy se recoge en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“2. Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando



la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.”

Como han explicado Leguina Villa y Sánchez Morón (1993), al sustituir a la vía administrativa ordinaria, este arbitraje no excluiría ni sustituiría la posterior vía judicial, sino que la resolución que se dictare sería judicialmente impugnabile, del mismo modo que lo es la resolución de los recursos administrativos ordinarios a los que sustituye.

A pesar de todo, el precepto tuvo una optimista acogida doctrinal (por todos, puede mencionarse a Rosa Moreno (1998) y a Trayter Jiménez (1997), entre otros).

Sin embargo, su eficacia está supeditada a un desarrollo legal que no se ha producido hasta hoy, a pesar de que la disposición adicional segunda de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impulsaba decididamente la idea:



“En el plazo de dieciocho meses, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales el proyecto o proyectos de ley que resulten necesarios para regular los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición.”

Por último, en cuanto al arbitraje intraprocesal, puede definirse como aquel que tiene lugar durante la pendencia del proceso judicial, por lo que se cuenta entre los medios anormales de terminación del litigio.

En el ámbito de la jurisdicción civil, se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo apartado primero establece:

“Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación, a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.”

Sin embargo, a día de hoy, la LJCA carece de un precepto equiparable. La figura más próxima sería la posibilidad de que el juez someta a las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, prevista en el artículo 77. Su apartado primero responde al siguiente tenor:

“En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter



a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.”

Al amparo de dicho precepto han tenido lugar tanto transacciones como mediaciones intraprocesales en el ámbito contencioso-administrativo. Véase, a título de ejemplo, la homologación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de los acuerdos de mediación intrajudicial relativos a la demolición del Edificio Conde de Fenosa, antiguo Edificio de Fenosa, en La Coruña.³

No obstante, desde la doctrina se han formulado interesantes propuestas de reforma de este precepto en el sentido de permitir un verdadero arbitraje intraprocesal (Pérez Moreno, 2014). El mismo autor llegó incluso a remitir al Ministerio de Justicia una *"propuesta de Anteproyecto de reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa por la que se regula la conciliación y el arbitraje intraprocesal"*.

No han sido atendidas por el legislador, hasta la fecha, las intimaciones de la doctrina al respecto.

Con ello se agota la exposición de aquellas figuras que, compartiendo el *nomen iuris* del arbitraje, no participan de su naturaleza jurídica. Nos ocuparemos en lo sucesivo del arbitraje *stricto sensu*.

³ Auto nº 76/2019, de 8 de febrero de 2019.



Paradigmáticamente, se habla de arbitraje en sentido estricto cuando los árbitros, en esencia, sustituyen al juez. Más precisamente, cuando el carácter disponible de la controversia permite a las partes, en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, sustraer la cuestión al conocimiento de los tribunales de justicia y encomendarla, en su lugar, a árbitros independientes. Este es el sentido en el que se emplea el término en la Ley de Arbitraje.

Decimos que los árbitros sustituyen al juez porque, aunque el control judicial no desaparece, sí se ve notablemente aminorado. El control judicial de los laudos arbitrales que ejerce la jurisdicción civil es un control principalmente extrínseco, que no permite al juez una cognición plena del asunto una vez arbitrado.

Dentro de este arbitraje *stricto sensu* podemos distinguir el arbitraje de equidad, en el que se autoriza al árbitro a resolver *ex aequo et bono*, y el arbitraje de Derecho, en el que el árbitro ha de resolver la pretensión aplicando exclusivamente normas jurídicas.

La figura del arbitraje de equidad no parece, *a priori*, fácilmente trasladable al ámbito público, en vista del pleno sometimiento a la ley y al Derecho que proclama el artículo 103 de la Constitución Española⁴:

⁴ Trasunto, como más adelante veremos, de la previsión de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, conforme a la cual los poderes ejecutivo y judicial están "*an Gesetz und Recht gebunden*", esto es, vinculados a la ley y al Derecho, superando la estrecha formulación positivista del principio de legalidad.



“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

Pocos autores han aventurado la posibilidad de un arbitraje de equidad en el ámbito del sector público, y quienes lo han hecho lo han propuesto en términos siempre excepcionales y limitados. Ciertos autores⁵ se han planteado la posibilidad de aplicarlo exclusivamente a la concreción del modo de ejercicio de potestades discrecionales. Otros⁶ han negado radicalmente dicha posibilidad.

Dentro, pues, del arbitraje de Derecho cabe distinguir, a su vez, en función de la rama del ordenamiento que sea

⁵ Véase la cita de este y otros autores en Escartín Escudé, V., 2012, págs. 101-164, y, en particular, pág. 117: “*En términos similares se expresa Sánchez Morón (2008:834), indicando que «no resulta imposible atribuir a un árbitro con la suficiente cualificación la resolución de una disputa sobre interpretación jurídica (arbitraje de Derecho) o sobre los términos en que procede ejercer las facultades discrecionales (arbitraje de equidad)».*”

⁶ Es el caso de Tornós Mas, citado por Escartín Escudé (2012): “*Tornos Mas (1995: 177), por el contrario, parece excluir la posibilidad de que el arbitraje en Derecho administrativo sea de equidad al afirmar, de forma rotunda, que «el arbitraje deber ser en todo caso voluntario y de derecho».*” En el mismo sentido, Fontboté Pradilla (2020): “*un arbitraje que, en virtud de este principio, será necesariamente de derecho, excluyéndose la posibilidad de celebrar un arbitraje de equidad*”.



aplicable a la pretensión en conflicto, entre el arbitraje de Derecho Privado y el arbitraje de Derecho Público.

Es sabido que la Administración no siempre actúa en ejercicio de potestades públicas y revestida de su *imperium*, sino que comúnmente interviene también en relaciones jurídicas de Derecho Privado, en las que asume, en ocasiones con ciertos matices, la misma posición jurídica de un particular.

En tales supuestos podrá darse el sometimiento a arbitraje ordinario, conforme a las reglas generales, de controversias que afecten a entidades del sector público, pero que se enmarquen en relaciones jurídicas de Derecho Privado, regidas por el Derecho Civil o Mercantil. Hablaremos entonces de arbitraje de Derecho Privado en el sector público. Sería el caso, por ejemplo, del sometimiento a arbitraje de cuestiones relativas a la ejecución de contratos privados, de la que luego nos ocuparemos con más detalle.

Por otra parte, se plantea si son arbitrables las relaciones jurídico-públicas, en las que intervienen entidades del sector público en su condición de tal, y con sometimiento al Derecho Administrativo. De ser la respuesta, en todo o en parte, afirmativa, estaríamos ante el arbitraje de Derecho Público propiamente dicho.

1. **Arbitraje de Derecho Privado en el sector público**

Como hemos dicho, cabe plantearse en primer lugar el sometimiento a arbitraje de controversias que afecten al sector público de la forma más directa e inmediata, esto es, aplicando las reglas generales en aquellos casos en



los que la Administración intervenga en relaciones jurídicas de Derecho Privado, regidas por el Derecho Civil o Mercantil.

En el Derecho positivo encontramos un buen ejemplo de este tipo de arbitraje en materia de contratos del sector público. La ya citada Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introduciendo un artículo 320 con el siguiente tenor: *"Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren."*

Idéntica posibilidad se recogía en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Sin embargo, la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP)⁷, omite la referencia. Cabe entender, no obstante, que dicha omisión no obedece a que las cuestiones relativas a los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas no puedan ya someterse a arbitraje, sino precisamente a que el carácter innegablemente privado de tales

⁷ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.



controversias hace innecesaria una disposición legal especial para someter tales controversias a arbitraje, bastando con la regla general del artículo 2 de la Ley de Arbitraje: "*Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.*"

En suma, cabe preguntarse si la Ley de Arbitraje puede ser plenamente aplicable por sí misma, sin necesidad de otra ley específica habilitante, a las controversias surgidas en el seno del órgano de administración de un consorcio y, en particular, a su liquidación.

La respuesta, a su vez, dependerá de si cabe considerar que en dicha materia las entidades consorciadas actúan desprovistas de *imperium*, en idéntica situación jurídica que un particular y con sometimiento al Derecho Privado.

Procede ahora proyectar todas las consideraciones anteriores sobre el concreto régimen jurídico de los consorcios. En efecto, la liquidación de un consorcio se rige por las normas de la legislación mercantil, y concretamente por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

No cabe soslayar que, en general, la doctrina ha considerado arbitrables las controversias surgidas en la liquidación de las sociedades mercantiles, mediante el llamado "*arbitraje liquidatorio*" o "*liquidación arbitral*" (Fernández del Pozo⁸).

⁸ Fernández del Pozo, L. 2017, págs. 77-127.



Sin embargo, en tales casos la legislación mercantil es aplicable por remisión expresa del artículo 119 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, Ley 40/2015):

“1. Los consorcios se registrarán por lo establecido en esta Ley, en la normativa autonómica de desarrollo y sus estatutos.

2. En lo no previsto en esta Ley, en la normativa autonómica aplicable, ni en sus Estatutos sobre el régimen del derecho de separación, disolución, liquidación y extinción, se estará a lo previsto en el Código Civil sobre la sociedad civil, salvo el régimen de liquidación, que se someterá a lo dispuesto en el artículo 97, y en su defecto, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio” (el subrayado es nuestro).

Es necesario preguntarse por el alcance de dicha remisión. Esto es, si se trata de una verdadera “*mercantilización*” de la materia, mediante la cual se escinda una parte del régimen jurídico de los consorcios, que pasaría a estar regida por el Derecho mercantil y sujeta a los tribunales del orden jurisdiccional civil (como ocurre, por ejemplo, con el cumplimiento y extinción de los contratos privados celebrados por la Administración, de acuerdo con la teoría de los actos separables). O si, por el contrario, se trata de una mera integración normativa de las reglas técnicas mediante las cuales ha de verificarse el procedimiento liquidatorio y computarse el haber resultante, pero sin mutar la naturaleza administrativa de la materia ni excluirla de la competencia de los tribunales del orden contencioso-administrativo.



La cuestión debe responderse a la luz de la naturaleza jurídica de los consorcios. Desde el punto de vista doctrinal, Martínez López-Muñiz los conceptúa como corporaciones interadministrativas, mientras que otros autores los consideran corporaciones instrumentales de Derecho Público⁹.

Desde el punto de vista jurisprudencial, se han conceptualizado como entes instrumentales del sector público institucional (STS de 28 de mayo de 2020, con cita de la anterior STS de 9 de octubre de 2019). Según dicha sentencia, el marco normativo vigente, que encuentra su antecedente inmediato en la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992, introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, ha significado un cambio sustancial frente a la regulación anterior, y hace prevalecer la consideración del consorcio como ente instrumental del sector público institucional¹⁰.

⁹ "Los Consorcios locales tras la LRSAL y la determinación de sus regímenes financiero y contable", recurso en línea de la editorial Lefebvre, consultado por última vez el 27/10/2025 en la url: <https://elderecho.com/los-consorcios-locales-tras-la-lrsal-y-la-determinacion-de-sus-regimenes-financiero-y-contable>

¹⁰ La literalidad de su F.D.5º se expresa en los siguientes términos: "si bien en fechas pretéritas normativa legal y jurisprudencia incluyeron entes no territoriales, como los Consorcios locales, en el ámbito de la Administración Local, en el momento presente, tanto por la vigente regulación de la LRSP 40/2015, como por la introducida en la [disposición adicional 20ª de la LRJPAC 30/1992](#) por la [LRSAL 27/2013](#), tal



Desde el punto de vista del Derecho positivo, la regulación jurídica de los consorcios ha de buscarse, en primer lugar, en la precitada Ley 40/2015, que se ocupa de los consorcios en el Capítulo VI de su Título II, arts. 118 ss., el primero de los cuales, en su apartado primero, los define como entidades de Derecho Público:

“Los consorcios son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias. [...]”.

Se trata de legislación estatal básica, dictada al amparo de los títulos competenciales contenidos en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas; en el artículo 149.1.13.^a, relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y en el artículo 149.1.14.^a, relativo a la Hacienda Pública general. Todo ello conforme a la disposición final decimocuarta de la Ley 40/2015.

En este punto, la ley sigue la estela fijada por la STC 93/2017, de 6 de julio, que reconoció la competencia del legislador estatal para regular todos los consorcios, cualesquiera que sean las administraciones participantes, siempre dentro de los límites de su

consideración ha desaparecido en razón de su adscripción a una Administración Pública lo que comporta su consideración de ente instrumental del sector público institucional”.



competencia básica, y por ello permitiendo que *"las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias sobre autoorganización y régimen local, en general, y sobre relaciones interadministrativas, en particular, desarrollen verdaderas políticas propias dentro de un marco de coordenadas fundamentales. [...]"* (FJ 7º).

En síntesis de todo lo anterior, se constata que los consorcios son corporaciones interadministrativas de base asociativa, de naturaleza pública y sujetas al Derecho Público.

En este marco, el hecho de que su liquidación se rija por la legislación societaria obedece a una decisión de técnica normativa, evitando dar nueva normación a una materia susceptible de regularse por remisión, y no a una decisión de política legislativa de atribuir naturaleza privada a las relaciones jurídicas nacidas de la liquidación, pues ello sería contradictorio con la naturaleza pública que la propia ley atribuye a tales entes instrumentales.

Los consorcios, en definitiva, no son entidades de Derecho Privado del sector público, como podrían ser las sociedades mercantiles del sector público, ni entidades de Derecho Público que funcionan en régimen de Derecho Privado, como podrían ser las entidades públicas empresariales. Estamos ante una entidad de Derecho Público, regida por el Derecho Público¹¹.

¹¹ El artículo 122 de la Ley 40/2015, aclara que los consorcios estarán sujetos *"al régimen de presupuestación, contabilidad*



Siendo así, la remisión ha de entenderse circunscrita a los aspectos técnicos y procedimentales de la liquidación, que en último término habrá de recogerse en un acuerdo del Consejo de Administración, el cual tendrá la consideración de acto administrativo y será susceptible de impugnación en vía contencioso-administrativa.

Procede ahora plantearse, por otra parte, si las controversias nacidas en el seno de un consorcio serían arbitrables conceptuadas como controversias de Derecho Público.

1. Arbitraje de Derecho Público

Ya hemos tenido ocasión de dar cuenta más arriba de los esforzados intentos de la doctrina por abrir camino a la institución del arbitraje en el Derecho Público español. Se han escrito artículos, monografías, tesis doctorales e incluso, como se ha dicho, propuestas de anteproyectos legislativos. Se ha insistido primero en la pertinencia, después en la necesidad y recientemente en la acuciante urgencia de acometer la regulación legal de la figura. Todo ello, hasta ahora, con escaso resultado desde el punto de vista del Derecho positivo.

Bien se ha dicho por Pérez Moreno (2018) que la tendencia favorable a la implantación de fórmulas

y control de la Administración Pública a la que estén adscritos"; así como que los consorcios "deberán formar parte de los presupuestos e incluirse en la cuenta general de la Administración Pública de adscripción", y, finalmente, que "se regirán por las normas patrimoniales de la Administración Pública a la que estén adscritos". Por su parte, el artículo 3.2.a) de la LCSP señala que los consorcios tendrán la consideración de Administraciones Públicas.



alternativas a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos no ha alcanzado aún una realidad efectiva en la materia jurídico-administrativa. Por su parte, Trayter Jiménez (2018) ha criticado que en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no se hayan querido potenciar los medios de resolución alternativa de los conflictos, y en particular el arbitraje.

Se han estudiado los favorables resultados de la implantación del arbitraje en el Derecho Público a nivel comparado. Así, Merino Merchán (2017) ha descrito el éxito que la institución arbitral ha tenido en Argentina, Perú, Costa Rica y México en materia de contratación pública y de relaciones patrimoniales de los entes públicos. En la misma línea, Vicente-Arche Coloma (2024) ha hecho un balance positivo de la implantación del arbitraje tributario en Portugal en el año 2011.

Se ha analizado el encaje constitucional del arbitraje de Derecho Público y su conformidad, en abstracto, con los artículos 24, 103, 106 y 117 de la Constitución Española, con una evolución progresivamente favorable a una respuesta afirmativa.

Autores como Bustillo Bolado (2024), que durante las últimas décadas habían venido sosteniendo una tesis contraria a la constitucionalidad del arbitraje en el sector público, han evolucionado hacia tesis más favorables, influenciados por autores como García Pérez (2011).

Cabría incluso inferir de ciertos pronunciamientos que el Tribunal Constitucional, en los *obiter dicta* de la STC 140/2016, de 21 de julio, ha venido a admitir



implícitamente la hipótesis de que el legislador pueda prever el sometimiento a arbitraje de conflictos entre Administraciones Públicas y ciudadanos¹².

Y se han formulado distintas propuestas, *de lege ferenda*, sobre cuál habría de ser el criterio de arbitrabilidad en Derecho Público, distinguiéndose quienes proponen un sistema de lista cerrada, como Pérez Moreno (2018), y los que propugnan un criterio general de arbitrabilidad en forma de concepto jurídico indeterminado, como Ballesteros Panizo (2020).

Cabe anticipar, a la vista de dicha doctrina, que si se llegase a abordar por el legislador la determinación de un criterio legal de arbitrabilidad de las controversias de Derecho Público, probablemente las surgidas en el seno del Consejo de Administración de un consorcio, y en particular las relativas a su liquidación, serían una de las materias consideradas arbitrables dentro de dicho ámbito, pues satisfacen los criterios propuestos por los distintos autores citados que se han aproximado a la cuestión.

¹² Nos referimos a su FJ.11.º cuando afirma que "(...) *Por otro lado, el legislador ha reducido la posibilidad de sometimiento a arbitraje en los conflictos administrativos, solamente a los planteados entre sus propios órganos (disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003). En consecuencia, la tutela dispensada por los tribunales de justicia es la única vía que tienen los ciudadanos para lograr el control de la actividad administrativa contraria a Derecho*". De dichas aseveraciones podría inferirse que el Tribunal Constitucional no observa escollos en que el legislador amplíe el sometimiento a arbitraje a otros conflictos administrativos.



En efecto, tales controversias presentan varios elementos que inducirían, llegado el caso, a inclinarse en favor de su arbitrabilidad. Así, el hecho de que no existan terceros interesados, sin cuyo consentimiento, según Ballesteros Panizo (2017)¹³, no cabe el sometimiento a arbitraje, pues la voluntariedad del mismo es requisito indispensable de compatibilidad con el artículo 24 de la Constitución. Y, por otra parte, el hecho de que se trate de cuestiones convencionales, esto es, nacidas de un negocio jurídico bilateral, como es la propia escritura de constitución del Consorcio.

En el sistema de lista cerrada de cuestiones arbitrables propuesto por Pérez Moreno (2018), forman parte de dicha lista "*La interpretación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales*".

Finalmente, el propio hecho de que, en el ámbito puramente privado, la doctrina mercantilista se muestre favorable a la arbitrabilidad de las controversias derivadas de la liquidación, mediante el "arbitraje liquidatorio" o "liquidación arbitral" al que ya hemos hecho referencia más arriba, hace pensar que cabría extrapolar también dicho criterio de arbitrabilidad al ámbito del Derecho Público.

De lege ferenda, admitida la premisa de la arbitrabilidad de las controversias de Derecho Público *in abstracto*, con toda probabilidad cabría presumir que habría de ser arbitrable, bajo cualquiera de los criterios de

¹³ Así, puede leerse en la p. 370: "*del principio dispositivo nace el principio de voluntariedad y de este el principio de no afectación a terceros*".



arbitrabilidad ensayados por la doctrina, la determinación del haber liquidatorio de un consorcio y su distribución entre los entes consorciados.

Para finalizar, puede apuntarse que en la última reforma procesal en lo tocante a la solución extrajudicial de controversias, acontecida a través de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, se introducen, como es sabido, los denominados medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional.

Sin embargo, su artículo 3, apartado segundo, cuando delimita su ámbito de aplicación, establece una exclusión expresa respecto de *“los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público”*.

Bien es cierto que la disposición final trigésima primera de la misma Ley Orgánica incluye un mandato expreso para la elaboración futura de un proyecto de ley que atienda, en el ámbito administrativo, a los medios de solución de controversias cuando una de las partes sea una Administración¹⁴.

¹⁴ *“El Gobierno debe elaborar y presentar a las Cortes Generales, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, un proyecto de ley que atienda, en el ámbito administrativo, a los medios de solución de controversias cuando una de las partes es la Administración. Esta iniciativa reconocerá las experiencias en mediación que, en los conflictos en que una de las partes es la Administración, se han desarrollado y se están desarrollando en las*



Cobra significación, a nuestros efectos, su exposición de motivos, que se remite a *"la futura regulación de estos mismos medios adecuados de solución de controversias en el ámbito administrativo y en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que requiere de un instrumento legislativo propio y diferenciado"*.

Conclusión

Conforme a los distintos criterios de arbitrabilidad que se han propuesto *de lege ferenda*, las controversias surgidas en el seno del Consejo de Administración de un consorcio y, en particular, las relativas a la determinación del haber liquidatorio y su distribución entre los entes consorciados entran dentro de lo que la doctrina ha considerado que habría de ser arbitrable.

Es relevante en tal sentido que se trata de un conflicto que dimana de un negocio jurídico bilateral, en el que no hay terceros interesados, siendo por lo demás favorable la doctrina mercantilista a la arbitrabilidad de los conflictos liquidatorios en el ámbito privado mediante el "arbitraje liquidatorio" o "liquidación arbitral".

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS PANIZO, C. I. *El arbitraje de derecho público*. Tesis doctoral dirigida por Javier Junceda

administraciones que cuentan con competencias en materia de Justicia."



Moreno. Universidad Internacional de Cataluña. Barcelona, 2017, p. 370: "*del principio dispositivo nace el principio de voluntariedad y de este el principio de no afectación a terceros*".

BALLESTEROS PANIZO, C. I. *El criterio de arbitrabilidad en derecho administrativo*. Revista General de Derecho Administrativo, nº 55, 2020.

BELADÍEZ ROJO, M. La vinculación de la Administración al Derecho. Revista de Administración Pública, nº 153, 2000, págs. 315-350.

BUSTILLO BOLADO, R. O. *Afectación del arbitraje administrativo al principio de legalidad y al principio de control judicial*, en *Arbitraje y sector público. Tomo II*. RUIZ RISUEÑO, F. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (Coords.), editado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA). Madrid, 2024, págs. 799-818.

ESCARTÍN ESCUDÉ, V. *El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo*. Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 39-40, 2012, págs. 101-164.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales*. Revista de derecho de sociedades, nº 51, 2017, págs. 77-127.

FONTBOTÉ PRADILLA, P. *El arbitraje en el sector público. ¿un extraño invitado?* Tesis doctoral dirigida por Víctor Ferreres Comella. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona, 2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de derecho*



administrativo, tomo I, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1986, págs. 416 a 418.

GARCÍA ORTELLS, F. *La consolidación del arbitraje en determinados contratos del sector público*, en *Arbitraje y sector público. Tomo II*. RUIZ RISUEÑO, F. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (coords), editado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA). Madrid, 2024, págs. 523 a 536.

GARCÍA PÉREZ, M. *Arbitraje y derecho administrativo*. Aranzadi, 2011.

GARCÍA PÉREZ, M. *El Arbitraje de Derecho Administrativo. Reflexiones y propuestas en tiempos de crisis*. Revista de Derecho Público nº 134/2013. pág.19.

LEGUINA VILLA, J. Y SÁNCHEZ MORÓN, M. "La nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". Tecnos, Madrid, 1993.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ LUIS (1974). "Los consorcios en el derecho español. Análisis de su naturaleza jurídica". Instituto de Estudios de Administración Local.

MERINO MERCHÁN, J.F. "El arbitraje y el derecho público español. Una propuesta legislativa", en CHICO DE LA CÁMARA, P. (coord.) "Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2017, págs. 89-106.



NIETO GARCÍA, A. *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Madrid, 1986.

PÉREZ MORENO, A. "El arbitraje intraprocesal". *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, Nº. 5, 2009-2014, págs. 601-623.

PÉREZ MORENO, A. "Una propuesta de Anteproyecto de reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por la que se regula la conciliación y el arbitraje intraprocesal", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 100, 2018, págs. 19-24.

PÉREZ-TENESSA, A. *Compendio de la doctrina del Consejo de Estado*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2003.

ROSA MORENO, J. "El arbitraje administrativo", McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1998.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. "El Arbitraje de Derecho Administrativo". *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997, págs. 75-106.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. *Recensión del libro "El arbitraje de Derecho Público"*, de Ballesteros Panizo. *Revista de Administración Pública*, 206, mayo-agosto (2018), págs. 389-418.

VICENTE-ARCHE COLOMA, P. *El arbitraje en materia tributaria en España: viabilidad de su implementación*, en *Arbitraje y sector público. Tomo II*. RUIZ RISUEÑO, F. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (coords), editado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA). Madrid, 2024, págs.451-464.



**DE LA PRÁCTICA, EN EL ORDEN
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, DE
ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS DE
CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA
UNIÓN EUROPEA**

**The implementation, within the
spanish constitutional framework, of
administrative activities to ensure
compliance with european union law**

«Una persona que no lee, no tiene ninguna ventaja
sobre la que no sabe leer.» (Mark Twain)

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global.
Investigador colaborador del Centro de Investigación
para la Gobernanza Global (CIGG) de la Universidad de
Salamanca (USAL). Consejero Evaluador Externo de la
Revista Gabilex. ORCID iD: 0009-0004-6395-532X



Resumen. Ha de recordarse que el Derecho de la Unión Europea no impone ni recomienda un determinado procedimiento, ni designa los órganos que deberán asumir las medidas necesarias para su aplicación cuando ésta se confía a las autoridades internas. De esta forma, en general, el Tribunal Constitucional ha atribuido a las Comunidades Autónomas, y no al Estado, la realización de actividades administrativas de cumplimiento del Derecho comunitario cuando cuenten con una competencia específica sobre la materia en cuestión. (STC 79/1992, FJ 6.º)

Abstract. It should be borne in mind that European Union law neither imposes nor recommends a specific procedure, nor does it designate the bodies responsible for taking the necessary measures for its implementation when this is entrusted to national authorities. Consequently, in general, the Constitutional Court has attributed to the Autonomous Communities, rather than to the State, the responsibility for carrying out administrative activities to ensure compliance with Community law where they have specific competence in the matter in question. (Constitutional Court Judgment 79/1992, Ground 6)

Palabras clave: Derecho, Constitución, Unión Europea, Primacía, efecto directo.

Key Words: Law, Constitution, European Union, Primacy, direct effect.



Sumario. 1. APROXIMACIÓN PANORÁMICA AL ESTADO DE LA CUESTIÓN. 2. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 3. LA PRIMACÍA. 4. EL EFECTO DIRECTO. 5. DE LA PRÁCTICA, EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS DE CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: CONCLUSIÓN. 6. CONSULTAS.

1- Aproximación panorámica al estado de la cuestión.

La integración de España en la Unión Europea se materializó el 1 de enero de 1.986, tras un largo y eminentemente complejo proceso de negociación política.

La prestación del consentimiento, por parte del Reino de España, exigió, en los términos previstos por el artículo 93 de la Constitución Española de 1.978, la pertinente autorización parlamentaria en forma de Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas.

La dimensión puramente procedimental que se aprecia en el propio artículo 93 de la Carta Magna española, centró los primeros análisis de la Justicia Constitucional (*vid.* STC 28/1991, de 14 de febrero, en su FJ 4.º; así como la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio, FJ 4.º).

Más allá de esta aproximación, resulta imprescindible fijar la atención en la dimensión material del citado precepto y, más concretamente, detenerse y así poder valorar las consecuencias que la utilización de este provoca en el propio ordenamiento nacional:



Así, como vino en señalar, posteriormente, y con el mejor criterio, el mismo Tribunal Constitucional (TC), el citado artículo 93 de la Constitución: «Opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias» (*vid.* Declaración del Tribunal Constitucional n.º 1/2004, de 13 de diciembre, en su FJ 2.º).

La ejecución del Derecho Comunitario es, por lo tanto, y en efecto, un «elemento constitutivo» de la propia esencia de la «integración europea».

La especificidad del ordenamiento comunitario de la Unión no radicará, de tal modo, tanto en su origen, en cuanto que las Comunidades Europeas son organizaciones internacionales constituidas por Estados, como en su procedimiento de aplicación: El «modelo de ejecución» “adoptado” en la Unión Europea, es, así, preferentemente descentralizado, de tal modo que se encomienda, básicamente, a las autoridades nacionales la misión de asegurar la ejecución normativa y/o administrativa del Derecho de la Unión.

2- El Derecho de la Unión Europea.

El Derecho de la Unión Europea, calificado así como ordenamiento jurídico propio, fue asumido pronto por el Tribunal Supremo, que, en sentencia de 30 de noviembre de 1.990, vino en aducir que: «Como advirtió hace más de un cuarto de siglo el TJCE, los Tratados Fundacionales de ésta, en su triple aspecto, han configurado un ordenamiento jurídico propio que a su vez es asumido por los sistemas de los Estados miembros, a diferencia



de lo que venía sucediendo en los demás pactos internacionales (*vid.* Sentencia de 15 de julio de 1.984, en el caso *Costa-Enel*).

En consecuencia, ese Derecho originario o primario actúa con una función constitucional y de tales normas fundamentales derivan, a su vez, otras, trabadas en una estructura coherente jerarquizada, que se ofrecen en el art. 189 del Tratado. A tal efecto, esta Sala puso ya de relieve, hace cuatro años, en Sentencia de 28 de abril de 1.987, que el Derecho Comunitario Europeo tenía eficacia directa y carácter prevalente en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la adhesión de España a la Comunidad, autorizada por la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, en cumplimiento del art. 93 de la Constitución Española, hecho a la medida para esta circunstancia».

El ordenamiento jurídico europeo, está constituido en su definición por el Derecho originario, así denominado, y por el llamado Derecho derivado:

1. El Derecho originario, está formado por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas [El Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, TCECA, (que expiró ya, en 2002), el Tratado de la Comunidad Económica Europea o TCEE (convertido en el TCE, en 1.992 y, desde el Tratado de Lisboa, en el TFUE), y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), TCEEA], así como las reformas que tales Tratados han ido sufriendo a lo largo del proceso de construcción europea (Acta Única Europea, Tratado de Maastricht, Tratado de



Ámsterdam, Tratado de Niza y Tratado de Lisboa), además de las Actas de Adhesión de los Estados miembros [Reino Unido (fuera ya de la Unión Europea tras el Brexit), Dinamarca e Irlanda; Grecia; España y Portugal; Austria, Suecia y Finlandia; Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Chipre, Malta, Estonia, Letonia y Lituania; Bulgaria y Rumania y Croacia].

También forman parte del Derecho originario una serie de reformas, de carácter sectorial, que han sufrido ocasionalmente los Tratados, como ejemplos y a saber:

2. La incorporación del Sarre a Alemania, en 1.956,
3. El Convenio relativo a ciertas instituciones comunes, de 1.957, o
4. El Tratado de fusión de ejecutivos, de 1.965.

Además, los Tratados constitutivos han sido objeto de reformas «flexibles» efectuadas sin la necesidad de recurrir a la celebración de un Tratado de reforma en sentido estricto, sino mediante Decisiones atípicas adoptadas por las instituciones de la Unión, pero sometidas a la ratificación de todos los Estados miembros.

Finalmente, el Derecho originario se ve completado, en los términos que detalla el propio artículo 51 del Tratado de la Unión Europea (TUE), con Protocolos y Anexos que acompañan a los Tratados.

5. En segundo término, hallamos el conjunto de normas (Reglamentos, Directivas y Decisiones, entre otras), que las instituciones europeas (Comisión, Parlamento Europeo y Consejo de la



Unión) elaboran de acuerdo con los procedimientos legislativos establecidos al efecto en los Tratados y que, en aplicación de las competencias atribuidas a la Unión Europea, dan lugar al llamado «Derecho derivado». Así el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dispone que:

«Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

6. *El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.*
7. *La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*
8. *La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.*
9. *Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.»*

Derecho originario y Derecho derivado conforman, de tal modo, un nuevo y cierto ordenamiento jurídico, plenamente autónomo del Derecho nacional y del Derecho Internacional (*vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJCE, de 05 de febrero de 1.963, *Van Gend and Loos*, as. 26/62); que obliga a los



Estados (y, también, a las Comunidades Autónomas, en el ordenamiento jurídico español), y se relaciona con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (en su dimensión nacional y, también, en la dimensión autonómica, para aquellos Estados descentralizados como es el caso de España) en virtud de los principios de primacía y efecto directo.

Quepa partir, a dichos efectos, de que la Constitución Española de 1.978 omite el concepto de «Estado autonómico» que, en puridad, no se identifica con ninguno de los conceptos clásicos de Estado federal o de «Estado regional».

Así, la estructura del Estado, en España, resulta de dos procesos a saber, uno constituyente (1.978) y otro «estatuyente» (1.979 -).

Se trata de un modelo inacabado que, al fundarse en el principio dispositivo, queda abierto a un proceso de reivindicación y/o negociación por parte de las Comunidades Autónomas.

Tras la aprobación de la Constitución, en efecto, los Pactos autonómicos de 31 de julio de 1.981 pretendieron la generalización y armonización del proceso de descentralización territorial, dándose lugar a la aprobación, en los dos años siguientes, de todos los Estatutos de Autonomía. El resultado final, fue la configuración de tres categorías de Comunidades Autónomas:

- El País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía, que accedieron al máximo grado de autonomía inicialmente



posible, dentro del marco delimitado por el artículo 149 de la Constitución.

- La Comunidad Valenciana y Canarias, que asumieron, además de las competencias permitidas por el artículo 148 de la Constitución, todas las demás hasta el límite del artículo 149, virtud de sendas Leyes Orgánicas de Transferencia al amparo de lo previsto en el artículo 150.2 de la Carta Magna española.

Igualmente, la Comunidad Foral de Navarra que ya contaba con un régimen especial derivado de la ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral; y

- Las diez restantes Comunidades Autónomas, denominadas, así, de «régimen común», que habrían de esperar, conforme a lo dispuesto en el artículo 148.2 de la Constitución, un plazo mínimo de cinco años para poder ampliar su grado de autonomía asumiendo nuevas competencias.

Esta primera etapa «estatuyente», se caracterizó por un proceso intenso y correlativo de traspaso de funciones y servicios a las Comunidades Autónomas, si bien ralentizado desde 1.982.

A partir de los Acuerdos autonómicos de 28 de febrero de 1.992, se han venido reformando, por su parte, los distintos Estatutos de Autonomía, de forma que las Comunidades Autónomas han asumido y venido ejerciendo un nivel sustancialmente similar de competencias hasta la aprobación de los llamados Estatutos de autonomía de «segunda y tercera generación».



Las materias derivadas de aquella etapa se denominan «materias generales o comunes», a las que se deben de añadir las que traen causa de las competencias reconocidas por la evolución legislativa en relación, en varios supuestos, con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, siendo traspasadas a las diferentes Comunidades Autónomas.

Merezca destacarse la asunción de funciones y servicios en materia de sanidad, educación, servicios sociales, medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia y políticas activas de empleo por las Autonomías.

El bloque de la constitucionalidad, queda, pues, así definido como el marco general atributivo de titularidad de competencias, formado por la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular y/o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas, según lo establece el vigente artículo 28.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Por consecuencia, se halla conformado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, las leyes dictadas al amparo del artículo 150 de la Constitución y las llamadas «leyes competenciales».

La Unión Europea no es, debe puntualizarse, sin embargo, un ente soberano y, por consecuencia, no tiene más atribución competencial que aquella que le ha



sido asignada, expresamente, desde los Estados miembros.

La cesión del ejercicio de competencias a la Unión Europea es, en suma, una consecuencia admitida por la propia Constitución que, una vez materializada, incide de manera directa en nuestro sistema constitucional condicionando el modo en el que el Estado y las Comunidades Autónomas podrán ejercer las competencias establecidas en la doble lista de los artículos 148 y 149 de la Carta Magna española y, en general, por el bloque de constitucionalidad definido.

Tal atribución se realiza en el mismo momento en el que entra en vigor la adhesión (ex art. 49 del Tratado de la Unión Europea) y, posteriormente, en cada una de las reformas de los Tratados (ex art. 48 del TUE), siendo las más significativas en lo que a nuevas atribuciones competenciales se refiere la del Acta Única Europea (1.985), el Tratado de Maastricht (1.992), el Tratado de Ámsterdam (1.997), el Tratado de Niza (2021) y, finalmente, el Tratado de Lisboa (2007).

De esta manera, los Estados miembros traspasan o «transfieren» a la Unión Europea el «ejercicio» de las competencias cuya titularidad, sin embargo, corresponde a cada uno de ellos, al ser la misma un atributo residenciado, siempre y sólo, en el ámbito de la soberanía nacional.

En este sentido, no obstante, quepa matizar que podamos estar asistiendo a una doble «fragmentación» de ese claro principio (jurídico) de soberanía:



10. Por un lado, por la integración en entes supranacionales, de la cual se deriva su cesión directa «hacia arriba», produciéndose lo que algunos autores han llamado «internacionalización del Derecho administrativo» o, en palabras de E. Schmidt-Aßmann, «relaciones administrativas internacionalizadas»¹ a su vez, en formas de cooperación bilateral, formas organizativas regionales, formas organizativas de alcance mundial y redes «informales» de autoridades.
11. Y, por otro, por procesos de descentralización política que han dado lugar a que aparezcan como titulares de la soberanía entes territoriales de ámbito inferior al Estado, que legislan, como así lo hacen las Comunidades Autónomas, sobre asuntos sobre los que se les ha dotado de competencia. Es criterio mayoritario de la doctrina, por su parte, citando la STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 3º), que solo las Comunidades Autónomas gozan de autonomía de naturaleza política, cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los entes locales, por ostentar aquellas, y no estos, potestades legislativas.

¹ SCHMIDT-ABMANN, E. La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. Revista de Administración Pública (RAP.), n.º 171 (2006).



La cuestión ha obligado, desde el punto de vista de la práctica del Derecho, a que se incluyan principios de actuación relativos a una necesidad de coordinación y/o lealtad institucional «cooperativa» entre las distintas Administraciones.

Pero mientras que la descentralización política puede justificarse por un acercamiento de las instancias de un mismo Estado, hacia la ciudadanía, la integración de éste en organizaciones supranacionales deriva en cierto déficit democrático, ya que la influencia de los ciudadanos en la toma de decisiones por parte de dichas organizaciones resulta realmente limitada en la práctica y medida de que, muchas veces, en efecto, las decisiones se adoptan con base en negociaciones intergubernamentales sobre aspectos que difícilmente se incluyen en los debates públicos nacionales.

3- La primacía.

Según este conocido principio, de «primacía del Derecho de la Unión sobre el ordenamiento jurídico de los Estados miembros», un principio, como digo, muy discutido y de construcción jurisprudencial, dirigido a los jueces de los Estados miembros; el ordenamiento jurídico de la Unión ha de prevalecer sobre las normas internas de aquellos, que han de dejarse «inaplicadas» cuando se aprecie contradicción entre uno y otras. Su formulación, en sede jurisdiccional, en efecto, puede sintetizarse en los términos siguientes:

12. Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 2003:



«El principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno se proclama por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (la Sentencia de 9 de Marzo de 1978), Simmenthal, 106/1977, declara que: "El Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional" y la Sentencia de 4 de Abril de 1974, Comisión c. Francia, 167/1973, declara que el Ordenamiento comunitario engendra derechos a favor de los particulares que las autoridades internas deben proteger, y que, por consiguiente, "cualquier disposición contraria del Derecho nacional les resulta, por ello, inaplicable"); en la jurisprudencia del Tribunal Supremo /cfr., entre otras muchas, Sentencias de la Sala Tercera de 17 de Abril de 1989 y de la Sala Cuarta de 13 de Junio de 1991 y de 13 de Julio de 1991); y en la del Tribunal Constitucional (cfr. Sentencia de 14 de Febrero de 1991, la cual declara que, a partir de su adhesión: "España se halla vinculada al derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, que constituye un Ordenamiento jurídico propio».

13. Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2013:

«La Sentencia contraviene lo dispuesto en el art. 12 del Tratado de Roma que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad y, por extensión, por razón de



la residencia; en el artículo 43 de dicho Tratado que establece la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro, y en el art. 56 que establece la libertad de circulación de capital entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, así como la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establecida entre otras, en sus Sentencias de 15 de Julio de 1964 (asunto 6/64, "Costa Enel", y de 19 de Junio de 1990 (asunto C-213-89, "The Queen y Secretary of Statefor Transport, ex parte: Factortame Ltd and Others"), y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada, entre otras, en sus sentencias de 3 de Noviembre de 1997 y 23 de Julio de 2001, que establecen la primacía, prevalencia y eficacia vertical del Derecho comunitario sobre el Ordenamiento interno de los Estados miembros de la Unión Europea, y la relativa a la inaplicación de la normativa española contraria al Derecho Comunitario o aplicación conforme a los principios y normas de Derecho Comunitario, Sentencias, entre otras, de 24 de Julio de 2003, 15 de Enero de 2004, 21 de Febrero de 2008 y 17 de Marzo de 2011».

- Sentencia del Tribunal Constitucional, n.º 145/2012, de 12 de julio:

«En este sentido debemos recordar (como ya lo hicéramos en ATC 228/2005, de 1 de Junio), que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de Agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su



efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de Julio de 1964, asunto Costa contra Enel (6/64, Rec.pp.1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270) habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones».

La primacía, por consecuencia, es uno de los rasgos esenciales que definen al ordenamiento jurídico de la Unión en su conjunto, y que determina, de una manera definitiva, su relación con el ordenamiento jurídico nacional. También, y por extensión, con todo el conjunto de normas que surgen de los poderes (ejecutivo y legislativo) de las Comunidades Autónomas.

Es un principio creado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia del TJCE, de 15 de julio de 1.964, *Costa c. ENEL*, as. 6/64), virtud del cual si una norma de Derecho originario o derivado de la Unión entra en conflicto con otra de Derecho nacional deberá aplicarse, en todo caso, y sin excepción, la norma prevista en el ordenamiento de la Unión (Sentencia del TJCE, de fecha 9 de marzo de 1.978, *Simmenthal*, as. 106/77).

Ello, con independencia tanto del origen y/o rango de la norma de Derecho interno de que se trate (incluida la propia Constitución), como del momento temporal en que tal norma nacional haya sido adoptada (sea ésta anterior o posterior a la norma de Derecho de la Unión Europea).



La consecuencia jurídica es la inaplicación de la norma nacional por parte de jueces y tribunales ordinarios, tal y como ya se ha venido a relacionar (incluso a través de la adopción de medidas cautelares, *vid.* Sentencia del TJCE, de 19 de junio de 1990, *Factortame*, C-213/89), pero, también, por parte de las Administraciones Públicas (Sentencia del TJCE, de 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo*, 103/88), y su sustitución por la norma de la Unión a los efectos de que la misma pueda aplicarse al caso concreto.

Es también pertinente traer a colación la doctrina fijada en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional, *vid.* FJ 4.º, en la que se precisa que la primacía no se sustenta, necesariamente, en la jerarquía, «sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debido a diferentes razones», lo que obliga al juez del Estado miembro o a la Administración Pública concernida, en su caso, a aplicar la norma «prevalente» siempre, y a dejar sin efecto a la norma «desplazada», ello aun cuando ésta no haya sido expulsada del ordenamiento interno.

En modo alguno, así y en efecto, el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea genera la nulidad de la norma nacional, pues ello, simple y llanamente, conculcaría directamente el principio de autonomía institucional de los Estados.

Con todo, el necesario respeto al principio de seguridad jurídica sí obligaría al Estado miembro, entiendo, a tener



que «depurar» de su ordenamiento —de conformidad con los mecanismos que determine su propio sistema de fuentes— aquellas normas que entren en contradicción con el Derecho de la Unión (*vid.* Sentencia del TJCE, de 4 de abril de 1.974, *Comisión/Francia*, 167/73).

La aceptación del principio jurídico descrito, en fin, ha encontrado algunas resistencias, sin lugar a duda, por parte de los Tribunales Constitucionales de algunos de los Estados miembros, que no han dudado en apelar, con más o menos acierto y sofisticación técnica, al principio de «identidad nacional» previsto en el artículo 4.2. del Tratado de la Unión Europea, como justificación en orden a matizar su concepción. Alemania, Italia, Dinamarca, Estonia y, más recientemente, Polonia, ofrecen, en este sentido, algunos ejemplos de muy cierto interés.

4- El efecto directo.

Virtud del principio de «efecto directo», algunas normas del ordenamiento jurídico de la Unión crean derechos y obligaciones directamente exigibles por los nacionales de los Estados miembros, ante sus tribunales, o ante la propia administración, de tal forma que ambos, tribunales y administración, quedan obligados a aplicar dicha norma con el fin de poder garantizar, así, los derechos y/o intereses en ella reconocidos.

Se trata de un antiguo principio, que enlaza con lo expuesto por el Tribunal de Justicia en su, ya citada, Sentencia, de 5 de febrero de 1.963, *Van Gend en Loos*.

La Sentencia contiene, por primera vez en efecto, una serie de elementos que van a ser posteriormente la base



de la construcción jurisprudencial del Derecho de la Unión Europea:

1. el principio de la «aplicabilidad directa»,
2. la existencia de un nuevo ordenamiento jurídico, distinto del Derecho internacional de tipo clásico,
3. el reconocimiento de los particulares como sujetos de derechos y de obligaciones, y
4. el papel central del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

El «efecto directo», sin embargo, no se predicará —a diferencia de lo que sí ocurre con el principio de primacía— de todo el Derecho de la Unión.

En el caso del Derecho originario, así, en efecto, habrá que atender a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para precisar qué partes de los Tratados pueden ser aplicadas directamente por tratarse de disposiciones claras, precisas e incondicionales de las que se pueden derivar derechos (o incluso obligaciones) para los particulares (vid. Sentencia del TJCE, de 5 de febrero de 1.963, *Van Gen en Loos*, tantas veces ya citada, as. 26/62).

En el caso del Derecho derivado, son los propios Tratados constitutivos los que ya otorgan este rasgo al Reglamento y a la Decisión, y lo excluyen, de una forma expresa, para las Directivas.

El contenido de una Directiva requiere, por tanto, ser transpuesto en tiempo y forma al ordenamiento nacional (art. 288 TFUE) recurriendo para ello a los medios que



cada Estado considere más adecuados y eficaces para garantizar el objetivo de esta (*vid.* Sentencia del TJUE, de 14 de diciembre de 1.995, *Peterbroeck* as. C-312/93; Sentencia del TJUE, de 08 de abril de 1.976, *Royer*, as. 48/75; y también Sentencia del TJUE, de 12 de septiembre de 1.996, *Gallotti y otros*, as. ac., C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C- 154/95 y C-157/95).

No obstante, quepa finalmente añadirse que, en aquellos supuestos de no transposición o transposición incorrecta del contenido de una directiva al Derecho nacional en el plazo previsto a tal efecto, vuelve a ser la jurisprudencia la que, en determinadas ocasiones, convierte la obligación incumplida por el Estado destinatario en derechos directamente alegables ante los tribunales por sus propios nacionales, siempre que se cumplan tres requisitos signados:

1. no transposición, o transposición incorrecta;
2. que se trate de una disposición clara, precisa e incondicional, y
3. que afecte a las relaciones verticales (particular-Estado) y en sentido ascendente (reclamación del particular al Estado).

En el supuesto de relaciones verticales (Estado - particular) y en relaciones horizontales (particular - particular), los tribunales tendrán la obligación de aplicar la norma nacional, realizando una interpretación de conformidad con lo establecido en la Directiva (*vid.* Sentencia del TJUE, de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, as. C-144/04) a partir del momento en que se



haya agotado el concreto plazo de transposición (Sentencia del TJUE, de 04 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, as. C-212/04).

Para cualquier caso, la teoría de la interpretación conforme en los supuestos y términos indicados no podrá aplicarse:

1. *contra legem*, ni
2. con vulneración de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad.

5- De la práctica, en el orden constitucional español, de actividades administrativas de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea: Conclusión.

De un modo preliminar, en fin, deba partirse de la reiterada jurisprudencia constitucional (*vid.*, entre otras, Sentencia 158/2004, de 21 de septiembre, FJ 7.º), en el sentido de que la titularidad de las competencias es asignada a las Comunidades Autónomas por obra de la Constitución y de la Ley Orgánica por medio de la cual se aprobó el correspondiente Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de su asignación adicional a través de las leyes orgánicas de transferencia o delegación (*ex art.* 150.2 de la Constitución).

Esta atribución de competencias actúa *ope legis* o *ipso iure*, haciendo posible un ejercicio inmediato por las Comunidades Autónomas de todas aquéllas que para su efectividad no requieran especiales medios personales o materiales, sin que exista una suerte de *vacatio* o regla de entrada en vigor diferida de las mismas.



Corresponderá, pues, a las Comunidades Autónomas, el ejercicio de las competencias establecidas en su Estatuto de Autonomía.

Con carácter general, debe reiterarse que el marco general atributivo de la titularidad de dichas competencias se halla definido por el bloque de constitucionalidad.

Dicho bloque está formado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas, según así lo establece el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, como así ha quedado relacionado.

En todo caso, la ya expresada atribución se «cimenta» sobre el principio de «irrenunciabilidad» de las competencias, dentro del mutuo respeto de las respectivas, en el marco establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía (STC 168/2009, de 9 de julio), es decir, por el consabido bloque de constitucionalidad, deba de entenderse *in fine*.

Así lo exige el carácter indisponible de las competencias constitucionales, cuya distribución, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, responde a la forma de organización territorial del Estado configurada por la Constitución Española (*vid.* STC 26/1.982, de 24 de mayo).



En esta línea, las relaciones del Estado con las Comunidades Autónomas, dotadas de autonomía política, se sustentan en la fijación de esferas de competencia indisponibles e irrenunciables por imperativo constitucional (SSTC 194/2004, de 4 de noviembre, y 247/2007, de 12 de diciembre).

Las competencias de las Comunidades Autónomas se han visto claramente afectadas, en este contexto de descentralización, por la adhesión de España a la Unión Europea.

De hecho, algunas de las competencias que el Estado atribuyó a la Unión Europea, eran, en efecto, competencias cuya titularidad correspondía a las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido por los artículos 148 y 149 de la Constitución, así como, en cada uno de los Estatutos de Autonomía.

De esta forma, bien pueda decirse, los poderes centrales del Estado (poder ejecutivo y legislativo), han podido recuperar «parte» de la capacidad para la toma de decisiones en ámbitos de la competencia de las Comunidades Autónomas, dado que, por efecto, son los representantes del Estado los que participan y/o comprometen al Reino de España, con su voto en el Consejo de la Unión, como institución con competencias legislativas en Europa junto al Parlamento Europeo.

En contexto, los Estados descentralizados —como es el caso de España— han explorado fórmulas para poder ampliar la capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas en aquellas materias que resultan de su competencia, reforzando:



1. su capacidad para influir en la configuración de la posición del Estado sobre asuntos vinculados con la Unión Europea (Conferencia de Asuntos Relacionados con la Unión Europea, CARUE), o
2. garantizando su participación directa en los grupos de trabajo del Consejo, así como en aquellas formaciones del Consejo [Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores; Agricultura y Pesca; Medio Ambiente; Educación, Juventud, Cultura y Deporte; Competitividad-Consumo (desde 2009), y Juego (desde 2010)] en que se discutan materias cuya titularidad competencial corresponde a las citadas autonomías.

Las condiciones en las que se materializan los mecanismos de participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea se detallan, en efecto, por el Acuerdo, de 09 de diciembre de 2004, adoptado en el marco de la CARUE.

Lo expuesto, permite identificar, así, la complejidad que representa para los Estados esta estructura de gobierno multinivel a la que ha dado lugar la Unión Europea, así como los potenciales puntos de conflicto que pueden surgir entre los niveles de decisión a escala europea, nacional y autonómica para el mejor desarrollo de las competencias; habiendo de recordarse que el Derecho de la Unión Europea no impone ni recomienda un determinado procedimiento, ni designa los órganos que deberán asumir las medidas necesarias para su aplicación cuando ésta se confía a las autoridades internas.



En efecto, de esta forma, en general, el Tribunal Constitucional ha atribuido a las Comunidades Autónomas, y no al Estado, la realización de actividades administrativas de cumplimiento del Derecho comunitario cuando cuenten con una competencia específica sobre la materia en cuestión (STC 79/1992, *vid.* FJ 6.º)

6- Consultas.

SCHMIDT-ABMANN, E., (2006), La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. *Revista de Administración Pública (RAP)*, n.º 171

En las citas de jurisprudencia del TC., su texto completo se encuentra disponible en la dirección: <http://hj.tribunalconstitucional.es/> (buscador de Jurisprudencia Constitucional del Tribunal Constitucional)

Gabilex

Nº 46

Junio 2026



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Castilla-La Mancha



LA PERMANENTE TRANSITORIEDAD PATRIMONIAL DEL VALLE DE CUELGAMUROS (VALLE DE LOS CAÍDOS) Y SU TRASCENDENCIA EN LA PROTECCIÓN COMO PATRIMONIO HISTÓRICO

D. Fernando Luque Regueiro

Letrado de la Comunidad de Madrid
Cruz Distinguida (1ª Clase) de la Orden de San
Raimundo de Peñafort

Resumen: Siendo la transitoriedad la cualidad de lo pasajero, resulta sorprendente la indeterminación que a día de hoy sigue arrastrando el régimen jurídico patrimonial del Valle de Cuelgamuros, anteriormente denominado Valle de los Caídos. Podremos comprobar, a lo largo de las presentes líneas, cómo el legislador ha ido demorando de manera indefinida la definición de su régimen jurídico, sembrando inopinadamente dudas sobre su titularidad y naturaleza jurídica.



No se trata de una cuestión puramente dialéctica, en cuanto podría ser determinante para dirimir la competencia estatal o autonómica para su protección como patrimonio histórico. Entreveremos los requisitos legalmente establecidos para discernir esa competencia y ahondaremos en el devenir normativo por el que ha transitado el estatus patrimonial del conocido monumento.

Palabras clave: Patrimonio Nacional; Patrimonio del Estado; competencias ejecutivas en materia de protección histórica; Memoria Histórica; Memoria Democrática.

Abstract: Transience being the quality of the temporary, the indeterminacy that the legal patrimonial regime of the Valle de los Cuelgamuros continues to show today is surprising, previously called Valle de los Caídos. Throughout these lines we will have the opportunity to contrast how the legislator has been delaying indefinitely, even lazily, the delimitation of its legal regime, unexpectedly sowing shadows on its ownership and legal nature.

This is not a purely dialectical issue, as it could be decisive in resolving state or regional jurisdiction for its protection as historical heritage. We will glimpse the legally established requirements to discern this competence and we will delve into the regulatory evolution through which the heritage status of the well-known monument has passed.

Key words: National Heritage; State Heritage; Executive Powers regarding historical protection; Historical Memory; Democratic Memory.



Sumario: 1. Planteamiento. 2. El inicial régimen patrimonial del Valle de los Caídos. 3. Etapa constitucional. El nuevo régimen del Patrimonio Nacional. 4. La denominada Ley de Memoria Histórica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 5. La Ley de Memoria Democrática. 6. Ideas finales a modo de recapitulación.

1. Planteamiento.

La Asociación de defensa del Valle de los Caídos ha solicitado recurrentemente su declaración como Bien de Interés Cultural¹, siendo renuente la Comunidad de Madrid a reconocer su competencia para iniciar dicho procedimiento y es aquí donde adquiere especial relevancia la determinación del régimen patrimonial del

¹ La Sentencia 840/2023, de 15 de diciembre de 2023 (rec.1193/2022), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se pronunció sobre la desestimación presunta de la solicitud presentada por la Asociación para la defensa del Valle de los Caídos en la que se interesaba la incoación del procedimiento de declaración de Bien de Interés Cultural del Conjunto Monumental del Valle de los Caídos. Dicha sentencia condenó a la Comunidad de Madrid a dictar una resolución en la que se motivara su parecer. Frente a la resolución que se dictó en ejecución de la sentencia, también de inadmisión por falta de competencia, se interpuso nuevamente un recurso contencioso administrativo, siendo un asunto *sub iudice* en el momento actual.



Valle de Cuelgamuros², de cuyo estudio nos ocupamos en el presente trabajo.

Efectivamente, la Constitución Española, en su artículo 44.1, establece la obligación de los poderes públicos de promover y tutelar el acceso a la cultura. A este mandato constitucional se le une lo dispuesto en el artículo 46, de suerte que los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad.

En concreto, su artículo 149.1. 28º atribuye al Estado la competencia exclusiva en defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; y en su artículo 148.1. 16º y 17º establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma y de fomento de la cultura.

La Comunidad de Madrid asumió la plenitud de la función legislativa en materia de fomento de la cultura de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.1.20 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero. De la misma manera, se le

² El artículo 54.1 de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, modifica la denominación "Valle de los Caídos" por la de "Valle de Cuelgamuros". Para mayor claridad, emplearemos la primera denominación en el estudio histórico de su régimen patrimonial, haciéndolo así más compatible con los textos normativos objeto de estudio. A partir del análisis de la precita Ley de Memoria Democrática, utilizaremos la nueva denominación legal.



atribuyó estatuariamente, según lo dispuesto en el artículo 26.1.19, la competencia exclusiva en materia de patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico y científico de interés para la Comunidad, sin perjuicio de la competencia del Estado para la defensa de los mismos contra la exportación y la expoliación.

En el ejercicio de sus competencias, se aprobó inicialmente la Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid³, debiendo estarse en la actualidad a la vigente Ley 8/2023, de 30 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid.

De otro lado, en el ámbito estatal ha de tenerse presente la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE).

La doctrina constitucional en esta materia, cultura, reconoce una concurrencia de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ordenada a un fin, que es la preservación y estímulo de los valores culturales. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2016, de 20 de octubre (FJ 5): "*(...) el punto de partida acerca de la distribución competencial en materia de cultura es la existencia de competencias concurrentes entre Estado y Comunidades Autónomas, tal como hemos señalado desde la STC 49/1984, de 5 de abril, FJ 6, lo que justifica la*

³ Derogada por la ulterior Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.



intervención estatal en esta materia ex art. 149.2 CE (...)”.

Dentro de este marco competencial, el artículo 6 de la precitada LPHE adquiere especial interés, en cuanto actúa como eje delimitador de las competencias ejecutivas en esta materia, de manera que *“a los efectos de la presente Ley se entenderá como Organismos competentes para su ejecución:*

a) Los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico.

b) Los de la Administración del Estado, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español. Estos Organismos serán también los competentes respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional”.

Como puede leerse, las competencias ejecutivas que corresponden a la Administración General del Estado (art.6.b) tienen un alcance limitado y suponen una excepción a las competencias ejecutivas que como regla general corresponden a las Comunidades Autónomas (art.6.a).

En definitiva, la competencia autonómica para iniciar el procedimiento de protección y, en su caso, alcanzar la declaración de un determinado bien como Bien de Interés Cultural sólo está condicionada a que no concurra alguno de los tres presupuestos identificados en el transcrito artículo 6.b).



Dicho precepto ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, señalando que, como regla general y en principio, la competencia para emitir dicha declaración de Bien de Interés Cultural corresponde a las Comunidades Autónomas que tengan reconocida estatutariamente la competencia, pero no es menos cierto que, por excepción, cuando concorra alguno de los presupuestos referidos en el meritado artículo 6.b), la competencia se residencia en el Estado. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2014, de 17 de julio⁴.

⁴ *"También procede examinar, con carácter previo, la doctrina de este Tribunal sobre el reparto competencial en la materia patrimonio histórico, que ha destacado que las Comunidades Autónomas que la hayan asumido estatutariamente tienen una competencia general enmarcada por ciertas competencias estatales (SSTC 17/1991, de 31 de enero, FFJJ 2 y 3; 6/2012, de 18 de enero, FJ 5).*

a) En primer lugar, el art. 149.1.28 CE asigna en exclusiva al Estado dos aspectos concretos de esta materia: a) la defensa del patrimonio histórico contra la expoliación y b) museos, bibliotecas, y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas.

Solo la primera de esas atribuciones adquiere aquí relevancia. Sobre ella hemos declarado que lejos de comprender la materia patrimonio histórico en su integridad se refiere únicamente a su defensa frente a la expoliación, entendida esta actuación en los términos amplios que, como quedó dicho en el fundamento jurídico anterior, habíamos afirmado en la STC 17/1991, FJ 7. Sin embargo, matizamos este alcance limitado afirmando que esta competencia exclusiva también «comporta la necesidad de regular el ámbito concreto de esa



Estos criterios competenciales han sido también sostenidos por el Tribunal Supremo. Así, la Sentencia 1165/2011, de 16 de marzo, (rec. 2645/2009) (FJ 4), con cita de otras precedentes, señala que *“la competencia para la declaración de un bien de interés cultural corresponde con carácter general a las Comunidades Autónomas en las que el bien radique, y el mismo forma parte de su patrimonio artístico, si bien, excepcionalmente, posee el Estado competencia para*

actividad de protección y, en relación con la misma, aquellos aspectos que le sirven de presupuesto necesario» (STC 17/1991, FJ 3).

De acuerdo con este criterio doctrinal, hemos resuelto que, por ser la categoría «bienes de interés cultural» la que otorga un mayor nivel de protección, hay un nexo evidente entre su previsión por la legislación estatal y la defensa del patrimonio histórico contra la expoliación, pero al mismo tiempo hemos destacado que, al no servir exclusivamente a este objetivo, no todas las actuaciones relativas a dicha categoría corresponden al Estado.

Así apreciamos en la citada STC 17/1991 (FJ 10), y hemos reiterado en la STC 136/2013, de 6 de junio, que «la amplitud de consecuencia de la resolución que califica y declara un bien de interés cultural tiene, por lo tanto, un alcance general respecto al régimen del mismo y no sólo en relación con su defensa frente a la expoliación y la exportación. La categoría legal de los bienes de interés cultural dentro del Patrimonio Histórico Español está integrada por los más relevantes del mismo, normalmente situados en alguna de las Comunidades Autónomas. Y a ellas, en cuanto la tengan asumida estatutariamente, debe corresponder la competencia para emitir su declaración formal, sin perjuicio de la del Estado en los supuestos singulares en que a éste le viene atribuida por la Constitución y se señalan en el apartado b) del citado art. 6» (FJ 3).



efectuar esa declaración según la doctrina del Tribunal Constitucional interpretando el Art. 6.b) de la Ley 16/1985, Sentencia 17/1991, respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional”⁵.

Posteriormente nuestro Alto Tribunal ha corroborado este mismo criterio en la Sentencia 1183/2016, de 25 de mayo (rec.2755/2014).⁶

⁵ Su FJ 4 así lo refleja: “*conviene recordar que como ya hemos declarado en sentencias de esta Sala y Sección como las de 6 de noviembre de 2007, recurso de casación núm. 5141/2002, 5 de octubre de 2008, recurso de casación núm. 294/2006 y 3 de diciembre de 2008, recurso de casación núm. 3373/2006 , la competencia para la declaración de un bien de interés cultural corresponde con carácter general a las Comunidades Autónomas en las que el bien radique, y el mismo forma parte de su patrimonio artístico, si bien, excepcionalmente, posee el Estado competencia para efectuar esa declaración según la doctrina del Tribunal Constitucional interpretando el Art. 6.b) de la Ley 16/1985, Sentencia 17/1991 , respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional”.*

⁶ Su FJ 4 aclara que “*la indicada [Ley 16/1985](#), en lo relativo a los” organismos competentes ” dispone, en el artículo 6, (...). Previsión legal que no supone la creación indirecta de un título competencial a favor del Estado, como ya declaró la [STC 17/1991, de 31 de enero](#) , por la simple adscripción de un bien a un servicio público gestionado por su Administración, pues las partes recurrentes no aducen que dicha afectación al servicio público haya sido posterior a dicha declaración. Por*



En consecuencia, uno de los criterios dirimientes de la competencia estatal u autonómica para la incoación del procedimiento de declaración del Valle de Cuelgamuros como Bien de Interés Cultural viene dado por su

ello, ha de estarse a lo declarado en la citada [STC 17/1991](#), respecto del citado [artículo 6.b\) de la Ley 16/1985](#), cuando declara que "(...) de la redacción de tal precepto tan sólo cabe deducir que tendrán competencia en la ejecución de la Ley en general (y no sólo para la defensa o protección) respecto de un bien ya adscrito a un servicio público estatal, los órganos también estatales encargados de la gestión del servicio, lo cual no es más que una consecuencia de la plenitud de ejercicio de la competencia de dichos órganos, que si la tienen exclusiva para la gestión del servicio, deberán extenderla también al régimen de uso y gestión de los bienes afectos al mismo y necesarios por ello para su prestación; lo contrario condicionaría dicho ejercicio y sería perturbador para la gestión del servicio mismo. El precepto, pues, en sí no vulnera el orden competencial en la materia, porque no nace de esta disposición un derecho del Estado a invadir competencias autonómicas más allá de lo que supone la estricta gestión de un bien de necesaria utilización y afectado a un servicio de su titularidad. La cuestión, que esta Ley no aborda, se planteará en su caso, en un momento previo o sea en el de la decisión de adscribir el bien al servicio y habrá de resolverse entonces conforme al régimen jurídico que rija el modo de afectación de cada cosa en concreto y por los cauces adecuados en cuanto a los procedimientos establecidos para ello..." (fundamento jurídico octavo).

De modo que la protección del patrimonio histórico respecto de los órganos de la ahora Administración General del Estado, cuando se trata de bienes afectos a un servicio público estatal, es una consecuencia derivada de la plenitud de ejercicio de las competencias de dichos órganos estatales en la gestión del servicio público, pues de no ser así la gestión del servicio público se vería condicionada o perturbada".



titularidad, y en particular, si formara parte del Patrimonio Nacional se le anudaría inmediatamente la competencia ejecutiva estatal para ello, denegando simultáneamente la autonómica. Por tanto, la indagación de su régimen patrimonial no es una cuestión puramente teórica, sino que adquiere una indubitada virtualidad práctica.

1. El inicial régimen patrimonial del Valle de los Caídos.

Para principiar debidamente el tema que nos congrega debemos remontarnos al Decreto de 1 de abril de 1940, por el que se ordenó el alzamiento de la *“Basílica, Monasterio y Cuartel de Juventudes en la finca situada en las vertientes de la Sierra del Guadarrama (El Escorial), conocida por Cuelgamuros”* con el objeto de *“perpetuar la memoria de los caídos en nuestra gloriosa Cruzada”*⁷, declarándose la urgente ejecución de las

⁷ Su parte expositiva ensalza *“la dimensión de nuestra Cruzada, los heroicos sacrificios que la victoria encierra y la trascendencia que ha tenido para el futuro de España esta epopeya”*, justificando así que no puedan *“quedar perpetuados por los sencillos monumentos con los que suelen conmemorarse en villas y ciudades los hechos salientes de nuestra Historia y los episodios gloriosos de sus hijos”*, por lo que *“es necesario que las piedras que se levanten tengan la grandeza de los monumentos antiguos que desafíen al tiempo y al olvido, y que constituyen lugar de meditación y de reposo en que las generaciones futuras rindan tributo de admiración a los que les legaron una España mejor”*. Y son a estos fines a los que *“responde la elección de un lugar retirado donde se levante el templo grandioso de nuestros muertos que, por los*



obras, para cuya consecución se creó el Consejo de Obras del Monumento Nacional de los Caídos⁸.

Su construcción se prolongó durante diecinueve años, y antes de su finalización se dictó el Decreto-Ley⁹, de 23 de agosto de 1957, por el que se constituyó la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos (en lo sucesivo, la Fundación), a la que se le atribuyó, como dotación "el Valle de Cuelgamuros (incluidos mobiliarios y ajuares) terrenos y derechos accesorios", entre otros bienes. Se les reconocía su demanialidad por mandato expreso de su artículo 3.

Se trataba de una Fundación con "*plena personalidad jurídica para administrar sus bienes (...)*" cuyo "*Patronato y representación corresponde al Jefe del Estado. Este Patronato, al igual que los Patronatos a que se refiere la*

siglos, se ruegue por los que cayeron en el camino de Dios y de la Patria. Lugar perenne de peregrinación, en que lo grandioso de la naturaleza ponga un digno marco al campo en que reposan los héroes y mártires de la Cruzada".

⁸ Dicha Comisión se constituyó por mor del Decreto de 31 de julio de 1941.

⁹ En la parte expositiva de este Decreto Ley se puede leer: "*Próximamente a su terminación las obras de construcción del Monumento, y fieles al espíritu fundador de los mejores tiempos españoles, es llegado el momento de crear una Fundación que, colocada bajo el Alto Patronato del Jefe del Estado, ejerza la titularidad del Monumento, con todos sus bienes y pertenencias, asegure su conservación, vele por el cumplimiento de los fines religiosos* y sociales a que está destinado y celebre el oportuno convenio con la Abadía Benedictina de Silos, según las normas del Derecho Canónico y con, arreglo a las bases establecidas por el presente Decreto-Ley.*"



Ley de 3 de marzo de 1940, queda integrado en el Patrimonio Nacional.” (artículo 2).

El voto particular emitido al informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 7 de junio de 2021¹⁰, sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, nos recuerda que dicho Decreto-Ley, de 23 de agosto de 1957 anunciaba *“un acuerdo entre el Patronato de la Fundación y el Monasterio de Silos”*¹¹. Ciertamente, su artículo 5 establecía que *“el Patronato de la Fundación concertará con la Abadía Benedictina de Silos el establecimiento en el Valle de Cuelgamuros - previos los oportunos requisitos canónicos- una Abadía Benedictina de la ‘Santa Cruz del Valle de los Caídos’...”*, con la finalidad de *“mantener el culto con todo el esplendor que la Iglesia recomienda...”* previniéndose, por tanto, la celebración de un convenio entre ambas partes¹².

¹⁰ Voto particular emitido por los Vocales Juan Manuel Fernández Martínez, Juan Martínez Moya y Nuria Díaz Abad al acuerdo de 7 de junio de 2021, por el que se aprueba el informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.

¹¹ El acta de erección pontificia de la Abadía de S.S. Pío XII de 27 de mayo de 1958 constituyó la nueva abadía con el título de *“Santa Cruz del Valle de los Caídos”* con todos los derechos y privilegios que corresponden a la Orden de San Benito.

¹² El artículo 7 establecía a estos efectos que: *“se estipulará el Convenio definitivo entre la Fundación, representada por el Consejo de Administración de Patrimonio Nacional y la Abadía Benedictina de Silos, que especificará con el debido detalle los*



Dicho convenio alcanzó su firma el 29 de mayo de 1958, y se encomendó a la Abadía la realización de los fines propios de la Fundación (artículos 3 y 4), para cuyo cumplimiento se le entregaron la Basílica y los “*edificios existentes en el Valle*”, así como la administración de los mismos y la de todo el Valle e “*instalaciones de todo orden existentes*” (artículos 7, 8 y 10)¹³.

De manera antecedente, la Ley de 3 de marzo de 1940, bajo de la denominación de “*restablecimiento a la plenitud de su tradicional significación los bienes constitutivos del antiguo Patrimonio de la Corona*”, confería a éstos su calificación como Patrimonio Nacional, y quedaban sujetos al uso y servicio del entonces Jefe del Estado (artículo 6). Sus artículos 1 a 3 realizaban una relación *nominatim* de los bienes que se erigían en Patrimonio Nacional, debiendo significarse que entre ellos no figuraba el Valle de los Caídos, lo que resultaba lógico por razones temporales, ya que su construcción fue ordenada poco más tarde, como hemos apuntado.

Sin embargo, cabe conjeturar que si el legislador de entonces hubiera deseado su incorporación sobrevenida al Patrimonio Nacional así lo hubiera dispuesto, bien en el citado Decreto-Ley de 1957, bien a través de una modificación *ad hoc* de la Ley de 3 de marzo de 1940. Más al contrario, se dejaron al margen de dicho

derechos y obligaciones recíprocos y cuanto concierne a sus relaciones contractuales”.

¹³ El convenio tenía una duración indefinida y los monjes podrían permanecer mientras cumplieran los compromisos consignados en el Decreto-Ley de 23 de agosto de 1957 y en ese convenio.



Patrimonio Nacional, manteniendo el Valle de los Caídos en la dotación de la Fundación para el cumplimiento de los fines a los que se orientaba.

Nótese, por tanto, que la regulación embrionaria del Valle de los Caídos lo desligaba dominicalmente del Patrimonio Nacional, al no incluirlo en el inventario de sus bienes y al no afectarse al uso y servicio del Jefe del Estado. Tan sólo se prevenía que el Patronato de la Fundación se integraría en Patrimonio Nacional, cuestión distinta y ajena a su atribución patrimonial, que es lo que aquí nos concierne.

Se puede asumir sin ningún género de dudas, que los bienes, en aquel momento, eran titularidad de la Fundación y no del Patrimonio Nacional.

3. Etapa constitucional. El nuevo régimen de Patrimonio Nacional.

Ya vigente la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, se acometió la regulación del Patrimonio Nacional a través de la Ley de 16 de junio de 1982. El artículo 2 definía sus bienes integrantes en consideración a dos atributos fundamentales e indisolubles: su titularidad estatal y su afectación al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Familia Real para el ejercicio de su alta representación¹⁴.

¹⁴ Dicho artículo 2 dispone que *“tienen la calificación jurídica de bienes del Patrimonio Nacional los de titularidad del Estado afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las leyes les atribuyen. Además, se integran en*



Abundando en el esquema diseñado por la precedente Ley de 3 de marzo de 1940 se formula una enumeración de los elementos constitutivos del Patrimonio Nacional en sus artículos 4 y 5¹⁵, resultando, como sucedía en

el citado Patrimonio los derechos y cargas de Patronato sobre las Fundaciones y Reales Patronatos a que se refiere la presente Ley”.

¹⁵ El artículo 4 establece la enumeración de los bienes integrantes del Patrimonio Nacional: “*Integran el Patrimonio Nacional los siguientes bienes: Uno. El Palacio Real de Oriente y el Parque de Campo del Moro. Dos. El Palacio Real de Aranjuez y la Casita del Labrador, con sus jardines y edificios anexos. Tres. El Palacio Real de San Lorenzo de El Escorial, el Palacete denominado la Casita del Príncipe, con su huerta y terrenos de labor, y la llamada «Casita de Arriba», con las Casas de Oficios de la Reina y de los Infantes. Cuatro. Los Palacios Reales de la Granja y de Riofrío y sus terrenos anexos. Cinco. El monte de El Pardo y el Palacio de El Pardo, con la Casita del Príncipe. El Palacio Real de la Zarzuela y el predio denominado «La Quinta», con su Palacio y edificaciones anexas; la Iglesia de Nuestra Señora del Carmen, el Convento de Cristo y edificios contiguos. Seis. El Palacio de la Almudaina con sus jardines, sito en Palma de Mallorca. Siete. Los bienes muebles de titularidad estatal, contenidos en los reales palacios o depositados en otros inmuebles de propiedad pública, enunciados en el inventario que se custodia por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional. Ocho. Las donaciones hechas al Estado a través del Rey y los demás bienes y derechos que se afecten al uso y servicio de la Corona. Para la exacta delimitación de los bienes enumerados en los seis primeros apartados de este artículo, se atenderá al perímetro fijado por los correspondientes Decretos de declaración de conjunto histórico-artístico. En su defecto, se seguirá el criterio de preservar la unidad del conjunto monumental. A los efectos de esta Ley se entiende por «Monte de El Pardo» la superficie de terreno que, bajo este nombre,*



aquella, que no se incluía al Valle de los Caídos entre los relacionados. Tampoco ha conestado en ningún momento su afectación al uso y servicio de la Corona (artículo 8.2.j)¹⁶, circunstancias ambas ya decisivas *per se* para desechar su configuración como bienes del Patrimonio Nacional.

Tampoco cobrarían virtualidad las previsiones contempladas en su disposición transitoria segunda, en la que se abordaba la integración en el Patrimonio Nacional de aquellos bienes que, sin estar relacionados en la enumeración del artículo 4, estuvieran afectados a

aparece descrita en los planos del Instituto Geográfico Nacional”.

Por su parte, el artículo 5 complementa el anterior, disponiendo que forman parte del Patrimonio Nacional los derechos de patronato o de gobierno y administración sobre las siguientes Fundaciones, denominadas Reales Patronatos: “Uno. La Iglesia y Convento de la Encarnación. Dos. La Iglesia y Hospital del Buen Suceso. Tres. El Convento de las Descalzas Reales. Cuatro. La Real Basílica de Atocha. Cinco. La Iglesia y Colegio de Santa Isabel. Seis. La Iglesia y Colegio de Loreto, en Madrid, donde también radican los citados en los apartados precedentes. Siete. El Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, sito en dicha localidad. Ocho. El Monasterio de Las Huelgas, en Burgos. Nueve. El Hospital del Rey, sito en dicha capital. Diez. El Convento de Santa Clara, en Tordesillas. Once. El Convento de San Pascual, en Aranjuez. Doce. El Copatronato del Colegio de Doncellas Nobles, en Toledo”.

¹⁶ Este artículo atribuye al Consejo de Administración de Patrimonio Nacional “la propuesta al Gobierno de afectación de bienes muebles e inmuebles al uso y servicio de la Corona”.



aquel en tiempos pretéritos¹⁷, porque, como ya hemos aclarado, el precedente régimen propiciado por la Ley de 3 de marzo de 1940 había sido reticente en la integración del Valle de los Caídos al Patrimonio Nacional. Desde esta óptica debe también descartarse la discutida inclusión.

Prueba consagratoria de estas aseveraciones es la dicción y significación de la disposición final tercera¹⁸ de

¹⁷ Dicho precepto responde al siguiente tenor: “*los bienes afectados al Patrimonio Nacional con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, no incluidos en la relación del artículo cuarto, se integrarán en el Patrimonio del Estado, salvo en el caso de los montes, cuya titularidad quedará transferida al Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza*”.

¹⁸ La referida Disposición establece: “*Uno. Las funciones atribuidas al Jefe del Estado por el Decreto-ley de veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, en el Patronato de la Fundación que constituye, se entenderán referidas al Consejo de Administración del Patrimonio Nacional.*

Dos. El Gobierno constituirá una Comisión en la que estarán representadas las entidades titulares de relaciones jurídicas con la Fundación creada por el Decreto-ley de veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta y siete. Dicha Comisión deberá elaborar y elevar al Gobierno una propuesta sobre el régimen jurídico de los bienes integrados en el patrimonio de la Fundación y sobre las situaciones jurídicas derivadas del mencionado Decreto-ley.

Tres. Se autoriza al Gobierno para, mediante Real Decreto, regular las materias objeto del Decreto-ley de veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta y siete con las finalidades siguientes:

a) Adecuar la Fundación a los preceptos de esta Ley y establecer el nuevo régimen jurídico de sus bienes, disponiendo, cuando proceda, su integración en el Patrimonio del Estado.



la propia Ley de Patrimonio Nacional, destinada precisamente a perfilar la situación del Valle de los Caídos. Se extraen de dicha norma tres reglas de interés. Por un lado, el traslado al Consejo de Administración del Patrimonio Nacional de las funciones que -por mor del Decreto-ley de 1957- eran atribuidas al entonces Jefe del Estado en el Patronato de la Fundación.

Se disponía la futura constitución de una Comisión cuya función era elaborar y elevar una propuesta sobre el régimen jurídico de los bienes integrados en el patrimonio de la Fundación. Dicha previsión fue cumplimentada por el posterior Real Decreto 663/1984, de 25 de enero¹⁹, por el que se creó dicha Comisión²⁰, pero su inacción hizo inerte el mandato legal.

b) Proveer, especialmente, al régimen jurídico de los bienes que deban quedar sometidos a la legislación aplicable sobre cementerios y sepulturas.

c) Proceder, en lo demás, a resolver o novar en los términos que correspondan las relaciones y situaciones jurídicas a las que se refiere el número anterior”.

¹⁹ Se trata del Real Decreto 663/1984, de 25 de enero, por el que se crea la Comisión encargada de elaborar y elevar al Gobierno una propuesta sobre el régimen jurídico de los bienes de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos y situaciones derivadas al Decreto- Ley de 26 de agosto de 1957.

²⁰ Su composición se acomodó al siguiente diseño: “*Presidente: El Ministro de la Presidencia y, por su delegación, el Subsecretario de este Departamento.*

Vocales: Los Directores generales del Patrimonio del Estado, de Bellas Artes y Archivos y del Libro y Bibliotecas, o funcionarios en quienes deleguen.



Finalmente se habilitaba al Gobierno para regular el nuevo régimen jurídico de dichos bienes, “*disponiendo, cuando proceda, su integración en el Patrimonio del Estado*”. El legislador de 1982 se cuida muy mucho de desligar la titularidad de los bienes dotacionales de la Fundación respecto del Patrimonio Nacional y del Patrimonio del Estado, posponiendo para un momento ulterior una regulación de su régimen jurídico, previendo que, si procediera, aquellos bienes podrían integrarse en el Patrimonio del Estado, divisándose así una inicial preferencia por su incorporación en este último cuerpo patrimonial.

Lo cierto es que dichas propensiones nunca se llevaron a efecto. Jamás se afrontó regulación alguna al amparo de dicha habilitación²¹ – han pasado más de cuarenta años – por lo que ninguna integración formal ha tenido lugar ni en el Patrimonio Nacional ni en el Patrimonio del Estado. De esta manera, la situación jurídico provisional y *sui generis* atribuida al Valle de los Caídos se ha consolidado en el tiempo con el beneplácito de los sucesivos gobiernos, muy posiblemente llevados por una

Un representante de la Comunidad Benedictina, designado conforme a las normas canónicas que procedan.

Un representante de la Comunidad Autónoma de Madrid, designado por la misma.

Un representante del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, designado por dicha Corporación.

Un representante del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, designado por el mismo, que será Secretario de la Comisión”.

²¹ Advertimos además que dicha habilitación ha decaído en el momento actual, pues ha sido derogada por la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (disposición derogatoria única).



determinación voluntaria y premeditada fundada en razones más políticas que jurídicas, para distraer cualquier regulación sobre un monumento de tanto simbolismo que pudiera resucitar o remover las distintas sensibilidades, y bajo el entendimiento, quizá, de que la reconciliación y concordia tan difícilmente obtenida en la *Transición* aconsejaba cierta incuria normativa.

En consecuencia, el Valle de los Caídos seguía conservando el mismo estatus jurídico que ostentaba antes de la Ley de Patrimonio Nacional, y por tanto, su titularidad seguía radicada en la Fundación – situación que no se ha trastocado ni por la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida como de Memoria Histórica, ni por la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, en los términos analizados posteriormente-.

Tales conclusiones son confirmadas por las modificaciones posteriores de la Ley de Patrimonio Nacional²² y por el Real Decreto 496/1987, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Patrimonio Nacional, pues tanto las primeras como el segundo confirman la no inclusión ni de la Fundación ni de sus bienes en las enumeraciones que relacionan los elementos constitutivos del Patrimonio Nacional (artículos 4 y 5, tanto de la Ley como del Reglamento de Patrimonio Nacional).

²² La Ley de Patrimonio Nacional se ha modificado en cuatro ocasiones: por Ley 21/1986, de 23 de diciembre; por Ley 13/1996, de 30 de diciembre; por Ley 66/1997, de 30 de diciembre; y por Ley 40/2015, de 1 de octubre.



Por otro lado, el Reglamento de Patrimonio Nacional aclaraba en su disposición transitoria tercera que, hasta que se cumplimentaran los propósitos de una futura reglamentación patrimonial del Valle de los Caídos, se aplicarían las reglas de las Fundaciones Culturales privadas a las funciones del patronato de la Fundación²³. Se remitía en este punto al Reglamento 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas y Entidades análogas, vigente en aquel momento. Tal reenvío normativo, previsto inicialmente con carácter provisional, se ha apuntalado también hasta tiempos recientes²⁴ ya que las sucesivas leyes rectoras de las fundaciones excluyeron expresamente de su ámbito de aplicación a las fundaciones referidas en la Ley de Patrimonio Nacional²⁵.

²³ *"en tanto se aprueban las disposiciones previstas en la disposición final tercera de la Ley reguladora del Patrimonio Nacional, el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, en el ejercicio de las funciones de patronato y representación a que se refiere el artículo 58 del presente Reglamento, se ajustará a lo establecido en la legislación vigente sobre Fundaciones Culturales Privadas"*.

²⁴ En concreto, hasta su derogación por la precitada Ley de Memoria Democrática.

²⁵ La disposición adicional segunda de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, señalaba que *"las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley, con excepción del régimen tributario de las aportaciones efectuadas a entidades sin fines lucrativos contenido en el capítulo II del Título II, que les será aplicable"*. En idéntico sentido, la disposición adicional primera de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de



Pudiera plantearse, siquiera a efectos puramente dialécticos, y en atención al origen público de los bienes dotacionales, si la Fundación, en su devenir temporal habría de haberse configurado como una Fundación del Sector Público de las previstas en el artículo 128.1.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Tal planteamiento encontraba, a nuestro juicio, serias dificultades.

En primer lugar, porque la LRJSP, como ley general, no podía alzarse en el instrumento jurídico al que conducía la disposición final tercera de la Ley de Patrimonio Nacional, puesto que, como ya hemos reseñado, remitía a una norma especial para la regulación de los bienes de la Fundación y de las situaciones jurídicas derivadas del Decreto-ley de 1957.

Dicha norma especial se sujetaba además a un procedimiento de elaboración igualmente particular (requería de la previa constitución de una Comisión en la que estarían representadas las entidades titulares de relaciones jurídicas con la Fundación); *iter* que no se ha seguido en la elaboración de la LRJSP. Por tanto, todo lo concerniente a la Fundación se hallaba excluido de cualquier regulación general como la que pudiera plantear la LRJSP.

A mayor abundamiento, y en sintonía con lo anterior, la propia LRJSP se preocupó de marginar de su regulación a cualquier entidad que contara con un régimen jurídico

Fundaciones, cuando dice que *"la presente Ley no será de aplicación a las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional"*.



específico (y la Fundación lo tenía, en los términos ya señalados), a la luz del juego que aportaba su disposición transitoria segunda, apartado primero, en relación con su disposición adicional cuarta. Esta última preceptuaba que las entidades con régimen jurídico específico a su entrada en vigor seguirían rigiéndose por su legislación específica, manteniendo su naturaleza jurídica, y únicamente de forma supletoria, y en tanto resulte compatible con su legislación específica, devendría de aplicación la LRJSP. También debe considerarse que su artículo 133.1 mandata que la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de forma sobrevenida hace necesaria una ley, que en el presente supuesto no ha concurrido.

En definitiva, en consideración a todo lo anterior, hasta este momento cronológico, los bienes integrantes del Valle de los Caídos seguían siendo titularidad de la Fundación.

Análoga conclusión alcanzó la Abogacía del Estado, en un dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, de 13 de agosto de 1998 (FJ I), en el que se sostenía igualmente que los bienes del Valle de los Caídos no formaban parte del Patrimonio Nacional, afirmando que eran titularidad de la Fundación²⁶.

²⁶ El referido dictamen realiza ciertas disquisiciones para diferenciar entre la integración en el Patrimonio Nacional de los derechos y cargas del Patronato de la Fundación y la integración de los bienes dotacionales de ésta, que por su interés reproducimos: *"Así pues, y al igual que ocurría con la Ley de 1940, se integra en el Patrimonio Nacional el Patronato de las Fundaciones en cuestión, esto es, como ahora se dice expresamente en el artículo 2, párrafo segundo, de la LPN, "los*



derechos y cargas propios del Patronato” sobre determinadas Fundaciones, pero en ningún caso se integran en el Patrimonio Nacional los bienes pertenecientes a dichas Fundaciones. Solamente se integran los derechos y obligaciones de administración que corresponden al Patronato, como resulta, también, de lo establecido en el artículo 7.1 de la LPN (...) En este último caso se encuentra el Patronato sobre la Fundación de que trata este informe, porque se menciona en la disposición final tercera de la LPN, atribuyendo las funciones propias del Patronato, que en el Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1957 correspondían al Jefe del Estado, al Consejo de Administración del Patrimonio Nacional. A este Consejo solamente le competen los derechos y cargas del Patronato (cfr. art. 2 de la LPN), pero no la titularidad de los bienes de la Fundación, que siguen perteneciendo a ésta, sin haber sido integrados en el Patrimonio Nacional. Por esta razón la disposición final tercera, apartado 3, de la LPN autoriza al Gobierno para regular, mediante Real Decreto, «las materias objeto del Decreto-Ley de 23 de agosto de 1957», con la finalidad, entre otras, de establecer un nuevo régimen jurídico de los bienes de la Fundación, «disponiendo, cuando proceda, su integración en el Patrimonio del Estado»”.

Cabe añadir que, examinando, con carácter general, el alcance de los derechos de patronato, este Centro Directivo, en informe de 3 de junio de 1996 (referencia: A.G. Entes Públicos 2/96), manifestó que: «(...) tanto en el Derecho histórico como en el vigente los reiterados derechos de patronato comportan las facultades de administración de las respectivas Fundaciones, pero no la propiedad de los bienes de éstas.»

En conclusión, puede afirmarse que los bienes de la Fundación no están integrados, en ningún caso, en el Patrimonio Nacional. Solamente forman parte de este patrimonio los derechos y cargas de Patronato sobre la Fundación, que corresponde ejercer al Consejo de Administración del



1. **La denominada Ley de Memoria Histórica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

La situación jurídica del Valle de los Caídos quedó desamparada de mayor atención hasta la promulgación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura²⁷, más conocida como Ley de Memoria Histórica, que retomó en dicho contexto ciertas previsiones referidas al Valle de los Caídos.

Efectivamente, su artículo 16, bajo la rúbrica "*Valle de los Caídos*", establecía ciertas reglas, aunque atinentes a aspectos completamente ajenos a su titularidad patrimonial. Se pretendía, en particular, acotar los usos que podían desenvolverse en el recinto, de modo que se sujetaba estrictamente a las normas aplicables con carácter general a los lugares de culto y a los cementerios públicos, y se proscribía que se llevaran a cabo "*actos de naturaleza política ni exaltadores de la Guerra Civil, de sus protagonistas, o del franquismo*".

Patrimonio Nacional, con la peculiaridad de que, al no tratarse de un Real Patronato de los enumerados en el artículo 5 de la LPN, el Protectorado no corresponde al Rey

(...) Esta consideración de la aludida fundación (...) explica la excepcional caracterización de la finca Valle de Cuelgamuros, con todos sus edificios, terrenos y derechos accesorios (...) cuya titularidad corresponde a la Fundación y no a la Administración General del Estado (...)".

²⁷ Esta Ley fue derogada por la disposición derogatoria única, apartado segundo, letra a) de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.



Lo que adquirió mayor trascendencia y controversia fue una prohibición, de aplicación retroactiva²⁸, respecto de los restos mortales que podían yacer en el Valle de los Caídos, de manera que sólo podían descansar en dicho lugar *“las personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda”*, lo que conturbó y abrió la espita de mediáticas exhumaciones por todos conocidas²⁹.

²⁸ La retroactividad eslabonada en dicho mandato podría haberse discutido en el marco constitucional vigente en cuanto, como sabemos, proscribía la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución). El concepto de retroactividad se identifica con aquellos supuestos en los que la norma anuda *“efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad”* a su entrada en vigor, cuando incide sobre los *“efectos jurídicos ya producidos”* de situaciones jurídicas nacidas bajo la norma anterior, sobre *“derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio”*, sobre *“relaciones consagradas”* o *“situaciones agotadas”* conforme a la legislación antigua. En estos casos se habla de verdadera retroactividad, retroactividad auténtica o retroactividad de grado máximo prohibida constitucionalmente, y es ésta precisamente la que parece acontecer en el precepto analizado con posible afección de derechos individuales, y en esta medida, cercenaría la indicada prohibición de retroactividad que preside nuestro Ordenamiento Jurídico.

²⁹ En las justificaciones de esta iniciativa legal, reflejadas en su Exposición de Motivos, tras reconocer que *“el espíritu de reconciliación y concordia, y de respeto al pluralismo y a la defensa pacífica de todas las ideas, que guió la Transición, nos*



Por otro lado, la ley incorporaba también un mandato, en su disposición adicional sexta, al propósito de acomodar los fines de la Fundación a los principios incorporados en dicho texto legal³⁰.

Posteriormente, el Real Decreto Ley 10/2018, de 24 de agosto, añadió una disposición adicional sexta *bis* a la

permitted dotarnos de una Constitución, la de 1978, que tradujo jurídicamente esa voluntad de reencuentro de los españoles, articulando un Estado social y democrático de derecho con clara vocación integradora" considera después que "quedan aún iniciativas por adoptar para dar cumplida y definitiva respuesta a las demandas de esos ciudadanos, planteadas tanto en el ámbito parlamentario como por distintas asociaciones cívicas. Se trata de peticiones legítimas y justas, que nuestra democracia, apelando de nuevo a su espíritu fundacional de concordia, y en el marco de la Constitución, no puede dejar de atender". Concluye que "en definitiva, la presente Ley quiere contribuir a cerrar heridas todavía abiertas en los españoles y a dar satisfacción a los ciudadanos que sufrieron, directamente o en la persona de sus familiares, las consecuencias de la tragedia de la Guerra Civil o de la represión de la Dictadura. Quiere contribuir a ello desde el pleno convencimiento de que, profundizando de este modo en el espíritu del reencuentro y de la concordia de la Transición, no son sólo esos ciudadanos los que resultan reconocidos y honrados sino también la Democracia española en su conjunto".

³⁰ "(...) la fundación gestora del Valle de los Caídos incluirá entre sus objetivos honrar y rehabilitar la memoria de todas las personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil de 1936-1939 y de la represión política que la siguió con objeto de profundizar en el conocimiento de este período histórico y de los valores constitucionales. Asimismo, fomentará las aspiraciones de reconciliación y convivencia que hay en nuestra sociedad".



Ley de Memoria Histórica, referida a la regulación del procedimiento para dar cumplimiento a las exhumaciones que pudieran resultar de conformidad con lo dispuesto en el precitado artículo 16.3 de aquella³¹, pero también se mantenía silente sobre el régimen patrimonial del Valle de los Caídos. Dicho procedimiento pasaba por un inicio incoado de oficio por el Consejo de Ministros, con designación de un órgano instructor, audiencia de los interesados, y concluía con un acuerdo del máximo órgano colegiado de gobierno.

En lo que aquí nos concierne, es claro que la referida Ley de Memoria Histórica, como decimos, eludió nuevamente discernir sobre el régimen patrimonial del Valle de los Caídos, pero sus previsiones propiciaron, en su aplicación y al ser discutida judicialmente, ciertos pronunciamientos del Tribunal Supremo, debiendo repararse en las Sentencias 1279/2019, de 30 de septiembre (rec.75/2019), 952/2020, de 8 de julio (rec. 79/2019), 954/2020, de 8 de julio (rec.88/2019) y 959/2020, de 9 de julio (rec.108/2019) todas ellas de la Sala Tercera.

³¹ Se declaraba urgente y de excepcional interés público, así como de utilidad pública e interés social, la inmediata exhumación y el traslado de los restos mortales que no reunieran los requisitos señalados en dicho artículo. En particular se hacía referencia a la necesaria e inmediata exhumación de los restos mortales del anterior Jefe del Estado, puesto que su presencia, según explicaba su parte expositiva, *"dificulta el cumplimiento efectivo del mandato legal de no exaltación del franquismo y el propósito de rendir homenaje a todas las víctimas de la contienda"*.



En la primera de las Sentencias citadas, que vaticina la pauta argumental de las posteriores, los recurrentes alegaron la inconstitucionalidad del citado Real Decreto Ley 10/2018, de 24 de agosto, cuestionando la concurrencia de los presupuestos habilitadores característicos de este instrumento normativo (extraordinaria urgencia y necesidad ex artículo 86.1 de la Constitución)³², sin que se discutiera, sin embargo, al asunto de la retroactividad antes mencionado.

Igualmente se refutaba la ilegalidad de la actuación del Consejo de Ministros en la tramitación del procedimiento de exhumación diseñado por la precitada disposición adicional sexta bis (FJ 6). Esta segunda alegación a su vez se desglosaba en varias invocaciones; la ruptura de la inviolabilidad de la Basílica del Valle de los Caídos, la

³² Tal apelación no fue compartida, sin embargo, por la Sala, porque entendió que se había vertido una justificación suficiente de la urgencia y de la necesidad, identificándola con la del cumplimiento de los objetivos fijados por la propia Ley de Memoria Histórica, que requería reservar la sepultura en la Basílica del Valle de los Caídos a los restos de quienes fallecieron como consecuencia de la Guerra Civil. Había un *“propósito de poner fin sin más demora a una situación prolongada durante décadas, en sintonía con el que el Gobierno entiende que es el sentir mayoritario de la sociedad, completa esa justificación”*. Bien es cierto que el Tribunal Supremo apunta que *“puede atribírsele un marcado significado político pero el Gobierno es el órgano constitucional llamado, bajo el control de las Cortes Generales, a dirigir la política interior y exterior, según los artículos 97 y 66.2 de la Constitución, y esa naturaleza no priva de idoneidad a la explicación ofrecida pues la necesidad política no está excluida de las que puede considerar el Gobierno siempre que revista entidad suficiente”* (FJ 5).



infracción de la legalidad urbanística, e infracción de la legalidad en materia la sanidad mortuoria, siendo la primera de ellas la que cobra relieve en esta sede.

De partida, la Sentencia reconoce la evidencia de que *“para llevar a cabo la exhumación es preciso acceder a la Basílica del Valle de los Caídos, lugar de culto de la religión católica”* y que el Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre Asuntos Jurídicos reconoce, en su artículo 1.5), la inviolabilidad de los lugares de culto con arreglo a las leyes.

En este punto se confrontan las posiciones de los recurrentes con las de la Abogacía del Estado. Los primeros consideran que *“esta garantía comporta no sólo la necesidad de contar con el consentimiento de la autoridad eclesiástica para entrar en la Basílica sino, también, para acordar la exhumación”* de lo que deducen la incompetencia del Consejo de Ministros. En cambio, el Abogado del Estado, reconociendo que es precisa la autorización eclesiástica o judicial para el acceso a la Basílica, niega que sea necesaria esta autorización para decidir la exhumación.

La Sala resuelve el conflicto considerando que la inviolabilidad del lugar de culto *“no excluye la vigencia y aplicabilidad de las leyes en el interior de la Basílica”* puesto que así resulta de la propia literalidad del artículo 1.5) del Acuerdo de 3 de enero de 1979, y en ese contexto vierte un aserto de especial relevancia en el aspecto dominical que estamos analizando, en cuanto señala que *“la Basílica, el conjunto del Valle de los Caídos, es un bien de titularidad pública estatal integrado*



en el Patrimonio Nacional, aunque se haya confiado su administración a la Comunidad Benedictina”.

No obstante, cierra su razonamiento, concluyendo que *“parece claro que la inviolabilidad (...) no puede ir en contra de la aplicación de las “Leyes” cuando en ellas no haya nada que afrente, coarte o impida el pleno ejercicio de la libertad religiosa. Y no la afrenta la actuación recurrida pues no está movida por ningún propósito antirreligioso sino por la significación extrarreligiosa del monumento de titularidad estatal en que yacen los restos a exhumar y por la que, inevitablemente, acompaña a estos últimos”.*

De la atenta lectura de la trabazón desgranada se puede apreciar que la afirmación referida a la titularidad del Valle de los Caídos y su integración en el Patrimonio Nacional no constituye el fundamento principal del fallo en cuestión. La *ratio decidendi*, por el contrario, se halla en la conclusión final trascrita, según la cual la Ley de Memoria Histórica aplicada por el Consejo de Ministros y lo acordado por éste es respetuoso con la libertad religiosa y, por tanto, con el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Santa Sede.

Debemos convenir en este punto sobre la falta de vinculación de las formulaciones *obiter dicta* contenidas en una sentencia. Así nos lo indica el Tribunal Supremo, cuando señala que *“lo que vincula del precedente es la ratio decidendi de la decisión anterior, sin que tenga esa fuerza lo que en ella se contiene como obiter dicta”*³³, en el entendido de que este tipo de pronunciamientos se

³³ Así se expresa el voto particular formulado a la Sentencia 687/2008, de 8 de abril, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (rec. 408/2007).



identifica con la *“cuestión que se aborda en una resolución judicial de manera tangencial para corroborar o ilustrar la decisión que se toma, con la que no está, sin embargo, directamente relacionada”*³⁴, o con *“los criterios expuestos a mayor abundamiento”* en contraposición con los criterios que han de ser utilizados como razones básicas o sustanciales para adoptar la solución de que se trate (ratio decidendi).

Por tanto, el mencionado pronunciamiento *obiter dicta* sobre la titularidad del Valle de los Caídos carece de la fuerza vinculante propia del concepto estricto de jurisprudencia, en el sentido dispuesto por el artículo 1 apartado séptimo del Código Civil.

Bien es cierto que hubiera sido deseable, incluso necesario, que tal aseveración se hubiera fundado en una justificación jurídica, siquiera mínima, arrojando así algo de luz para comprender su sentido argumental. Su ausencia nos obliga a aguardar futuros pronunciamientos que resuelvan de manera frontal la cuestión, valedores o no del criterio tan sintéticamente expuesto en la sentencia analizada.

En las posteriores Sentencias 952/2020, de 8 de julio (rec. 79/2019)³⁵, 954/2020, de 8 de julio (rec.88/2019)³⁶ y 959/2020, de 9 de julio (rec.108/2019)³⁷ se remeda el referido pronunciamiento

³⁴ Según la definición del Diccionario panhispánico del español jurídico

³⁵ En su FJ 4, letra d).

³⁶ En su FJ 5, letra a).

³⁷ En su FJ 5.



obiter dicta en términos idénticos y en similar contexto, desprovisto igualmente de una justificación jurídica que le diera, al menos, un exiguo soporte.

1. **La Ley de Memoria Democrática.**

En el marco de las nuevas políticas iniciadas por la denominada Ley de Memoria Histórica, germina la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática. Se funda en la idea de reclamar y exigir una suerte de contrapeso o compensación al proselitismo vertido durante el régimen preconstitucional, recordando así – en su Preámbulo- los monumentos conmemorativos, panteones y otros análogos erigidos en aquella época, de entre los cuales se identifica al Valle de los Caídos como *“el proyecto memorial más importante (...), inaugurado por el dictador Francisco Franco en el vigésimo aniversario de la «victoria» militar (1 de abril de 1959)”*. Tal relevancia le hace acreedor en esta Ley de *“una especial atención al estar llamado a ser un eje fundamental de la resignificación democrática contemporánea de las políticas franquistas de memoria (...)”*.

Su Título Segundo hace referencia a las denominadas *“Políticas Integrales de Memoria Democrática”*, entendiendo por tales *“las medidas y actuaciones necesarias para el conocimiento y conmemoración de los hechos representativos de la memoria democrática y el reconocimiento de las personas que lucharon por la libertad y la democracia”* (artículo 10). Se impone un deber de memoria –así se rubrica el artículo 34-³⁸, y

³⁸ De manera que *“las administraciones públicas desarrollarán todas aquellas medidas destinadas a evitar que las violaciones*



dentro de ese marco se crea una nueva categoría jurídica de contornos poco ciertos, denominada Lugar de Memoria Democrática³⁹.

Su régimen de protección (artículo 52) anida una obligación de *"garantizar su perdurabilidad, identificación, explicación y señalización adecuada"*, sin perjuicio de la protección que le corresponda según la normativa de patrimonio histórico, urbanística u otra sectorial.

El artículo 53, por su parte, señala las funciones a las que han de orientarse estos Lugares de Memoria Democrática, y así se les reconoce *"una función conmemorativa, de homenaje, didáctica y reparadora"* para a continuación disponer que *"el departamento*

de derechos humanos que se produjeron durante el golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura, puedan volver a repetirse".

³⁹ La Exposición de Motivos refiere que *"la sección 4.ª regula los lugares de memoria democrática, que tendrán una función conmemorativa y didáctica, para los que se crea un inventario como instrumento de publicidad y conocimiento de los mismos"*. Su artículo 49, efectivamente, define el Lugar de Memoria Democrática como *"aquel espacio, inmueble, paraje o patrimonio cultural inmaterial o intangible en el que se han desarrollado hechos de singular relevancia por su significación histórica, simbólica o por su repercusión en la memoria colectiva, vinculados a la memoria democrática, la lucha de la ciudadanía española por sus derechos y libertades, la memoria de las mujeres, así como con la represión y violencia sobre la población como consecuencia de la resistencia al golpe de Estado de julio de 1936, la Guerra, la Dictadura, el exilio y la lucha por la recuperación y profundización de los valores democráticos"*.



competente en esta materia establecerá medios de difusión e interpretación de lo acaecido en el mismo". Su ulterior precepto (artículo 54), encumbra al Valle de los Caídos como el Lugar de Memoria Democrática por excelencia⁴⁰.

Su primera preocupación es cambiar su tradicional denominación, de modo que, por orden legal, el Valle de los Caídos debe renombrarse como Valle de Cuelgamuros. La segunda es declarar su "resignificación", de modo que, como Lugar de Memoria Democrática, irá destinado "a dar a conocer, a través de planes y mecanismos de investigación y difusión, las circunstancias de su construcción, el periodo histórico en el que se inserta y su significado, con el fin de fortalecer los valores constitucionales y democráticos".

Por otro lado, se reproducen las prohibiciones ya contempladas en la anterior Ley de Memoria Histórica atinentes a la realización de actos de naturaleza política o exaltación de la Guerra, sus protagonistas o de la Dictadura, y en lo referido a que solo pueden yacer los

⁴⁰ Su Exposición de Motivos sigue señalando que "en cuanto al Valle de los Caídos, además de modificar su denominación como Valle de Cuelgamuros y mantener las normas ya recogidas en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, que permitieron la salida de los restos del dictador Francisco Franco del mausoleo, se enfatiza su resignificación como lugar de memoria democrática con una finalidad pedagógica y se reconoce el derecho de los familiares a recuperar los restos de sus ascendientes. Finalmente, se declara extinguida la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, disponiendo que se establezca por real decreto el nuevo marco jurídico aplicable."



restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra.

Asimismo, se declara extinguida la Fundación, bajo la justificación de que sus fines resultan incompatibles con los principios y valores constitucionales⁴¹, aunque difiere los efectos de dicha extinción hasta la aprobación de un real decreto en el que se establezca el nuevo marco jurídico aplicable, el cual ha de determinar la organización, funcionamiento y su régimen patrimonial. Transitoriamente, se señala que el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional continuará ejerciendo las funciones de patronato y representación de la Fundación (disposición transitoria primera)⁴².

⁴¹ Lo que resulta ciertamente contradictorio, por cuanto la denominada Ley de Memoria Histórica parecía haber acomodado los fines de la Fundación al orden constitucional, ya que, como hemos visto *ut supra*, su disposición adicional sexta señalaba que *"la fundación gestora del Valle de los Caídos incluirá entre sus objetivos honrar y rehabilitar la memoria de todas las personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil de 1936-1939 y de la represión política que la siguió con objeto de profundizar en el conocimiento de este período histórico y de los valores constitucionales. Asimismo, fomentará las aspiraciones de reconciliación y convivencia que hay en nuestra sociedad"*.

⁴² *"Hasta la aprobación del real decreto contemplado en el artículo 54.6, el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional continuará ejerciendo las funciones de patronato y representación de la Fundación de la Santa Cruz del Valle los Caídos, rigiéndose para ello transitoriamente por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se*



Finalmente se deroga la normativa que hasta ahora regía el Valle de los Caídos, conforme apunta la disposición derogatoria única ⁴³.

Por tanto, a pesar de la extinción *ope legis* de la Fundación, se vuelve a generar una situación transitoria (similar a la que ya se previno en la Ley de Patrimonio Nacional), de modo que mientras ésta subsista se impide cualquier efecto traslativo de la titularidad dominical de los bienes del Valle de los Cuelgamuros, manteniéndose en la dotación de la Fundación.

aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

Dichas funciones se orientarán, además de a la conservación y mantenimiento de la finca y de los edificios e instalaciones, a la preparación de la liquidación de la actual fundación al objeto de determinar los inventarios, presupuesto y cuentas de la misma, considerando de forma integral la totalidad de la gestión económica de las actividades desarrolladas en el Valle de los Caídos por la fundación o por su administrador delegado. A estos efectos, el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional contará con la colaboración de los órganos de la Administración General del Estado competentes por razón de la materia”.

⁴³ *“sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria primera, quedan derogados el Decreto de 1 de abril de 1940; el Decreto-ley de 23 de agosto de 1957 por el que se establece la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos; la disposición final tercera de la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional, y el artículo 58 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 496/1987, de 18 de marzo, que asignan al Consejo de Administración del Patrimonio Nacional las funciones de patronato y representación de la fundación creada por el Decreto-ley de 23 de agosto de 1957”.*



Su titularidad sigue correspondiendo a la Fundación en tanto su extinción no cobre potencia. Debe reconocerse, empero, que desde el momento en que se implemente el referido real decreto, la titularidad de los bienes se postrará en el Patrimonio del Estado –como ya augurara la Ley de Patrimonio Nacional-, o en el Patrimonio Nacional, según se deslice una u otra opción en el futuro desarrollo reglamentario. Sorprende, no obstante, que, una vez más, se optara por dilatar en el tiempo la decisión sobre dónde residenciar definitivamente la titularidad de estos bienes.

Y desconcierta aún más la aparente dejadez de los últimos tiempos, puesto que a pesar de que en los sucesivos planes anuales normativos de 2023, 2024 y 2025, de la Administración General del Estado, se había programado aprobar el real decreto de organización, funcionamiento y régimen patrimonial del Valle de Cuelgamuros, se ha incumplido dicho propósito año tras año hasta la fecha.

1. Ideas finales a modo de recapitulación.

Sigue sin concluir el proceso de regularización patrimonial del Valle de Cuelgamuros. Como hemos columbrado, en un primer periodo preconstitucional se atribuyó, sin balbuceos, su titularidad dominical a la Fundación gestora, alejándolo del Patrimonio Nacional y aún más del Patrimonio del Estado.

En una segunda etapa, coincidente con los inicios del vigente régimen constitucional, aun siendo conscientes de esa anomalía o especialidad patrimonial, se demoró su solución a un momento más tardío con una



determinación posiblemente premeditada para evitar reabrir las heridas que acababan de cerrarse en el decurso de la *Transición*.

Con posterioridad, se develan unas nuevas políticas denominadas de Memoria Histórica o Memoria Democrática, en las que se moteja la concordia sellada en nuestra Carta Magna, vindicando las culpas del pasado con unas leyes con vocación redentora, en las que se propenden medidas compensatorias de los pasados oprobios y agravios⁴⁴ que hubieran requerido,

⁴⁴ Una de las principales complicaciones de estas leyes memorialistas se halla en la determinación de su ámbito de aplicación subjetivo y alcance temporal, lo que se ha puesto de manifiesto en determinadas iniciativas legislativas. Así, la Ley 1/2024, de 15 de febrero, de derogación de la Ley 14/2018, de 8 de noviembre, de Memoria Democrática de Aragón, en la que se discute el radio de actuación de la Ley que se deroga en cuanto ésta suponía –en palabras del Preámbulo de la ley derogatoria- *"la idealización extrema de la Segunda República, pretendiendo enlazar este período convulso de nuestra historia con el modelo de democracia actual; la condena de crímenes y atrocidades cometidas por un bando durante la guerra civil, pero la relativización de los cometidos por el otro, y la limitación de la definición de "víctimas" a los que sufrieron muerte y represión por una parte, pero no por la otra. El texto olvida y excluye de su ámbito de aplicación otros periodos, como el período de la Segunda República (1931-1936), cuando es notorio que en aquel y en otros periodos, la violencia política ejercida merecería su inclusión, a modo de lección histórica"*-así se justifica la derogación operada-. En esta misma línea, la Ley 5/2024, de 26 de julio, de Concordia de la Comunitat Valenciana o la Ley 1/2024, de 8 de octubre, de derogación de la Ley de Cantabria 8/2021, de 17 de noviembre, de Memoria Histórica y Democrática de Cantabria.



quizá, un tratamiento más discreto y menos utilitarista desde el punto de vista partidista. Pero incluso en esta tercera etapa no se termina de perfilar el régimen patrimonial del Valle de Cuelgamuros, perpetuándose su peculiar provisionalidad. Parece persistir entre los departamentos ministeriales afectados⁴⁵ una suerte de pulsión inhibitoria o reticencia a asumir su titularidad dominical. Lo cierto es que, por unas razones u otras, la denunciada indeterminación del régimen patrimonial ha permanecido latente desde los años cuarenta del pasado siglo hasta el presente.

Ha de convenirse, no obstante, que el proceso de extinción de la Fundación ya está iniciado, lo que presagia una solución más cercana que desenrede de una vez esa estable y contradictoria transitoriedad.

Las leyes autonómicas citadas cuestionan, en definitiva, los riesgos del presentismo histórico y la ideologización o adoctrinamiento mediante la interpretación histórica en la que pueden incurrir las leyes memorialistas reduccionistas.

⁴⁵ Patrimonio Nacional es un organismo público cuyo Consejo de Administración depende orgánicamente de la Presidencia del Gobierno, a través del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, según el artículo 1.5 del Real Decreto 204/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes; mientras que las funciones concernientes al Patrimonio del Estado se ejercitan por la Dirección General de Patrimonio del Estado, que actualmente depende de la Subsecretaría de Estado de Hacienda, según el artículo 12.5.b) del Real Decreto 206/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda.



Desde el momento en que se afronte la regulación pendiente quedará reforzada la controvertida competencia estatal para iniciar el procedimiento de declaración del Valle de Cuelgamuros como Bien de Interés Cultural, en su caso, descartándose definitivamente, por tanto, la competencia autonómica.



EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA: ESPECIAL REFERENCIA A LOS GRUPOS VULNERABLES

D^a Esther Molina Castañer

Letrada de la Administración de Justicia del Tribunal de Instancia de Paterna

Resumen: En el presente artículo se analiza la relación de la Administración de Justicia con personas que tienen alguna discapacidad física visual o auditiva o psíquica. Se tratan los problemas que surgen por las especiales necesidades que adaptación al lenguaje, a la comprensión de los procedimientos e incluso al acceso a los edificios o contenido de los documentos y las posibles soluciones que dota el sistema para garantizar el acceso a la justicia. Se menciona la inclusión de nuevas figuras como el facilitador y la necesidad de formación y adaptarse a las nuevas tecnologías que conceden herramientas útiles para conseguir este objetivo de justicia accesible. Las garantías procesales deben otorgarse al ciudadano tanto que actúa como parte activa como pasiva en el proceso.

Summary: This article analyzes the relationship of the Administration of Justice with people who have some physical, visual, auditory, or mental disability. It addresses the problems that arise from the special needs



related to language adaptation, understanding of procedures, and even access to buildings or the content of documents, as well as the possible solutions provided by the system to ensure access to justice. It mentions the inclusion of new roles such as facilitators and the need for training and adaptation to new technologies that provide useful tools to achieve the goal of accessible justice. Procedural guarantees must be granted to citizens both when they act as active participants and as passive participants in the process.

Palabras clave: Vulnerabilidad, facilitador, Reglas de Brasilia, accesibilidad, discapacidad, garantías procesales.

Keywords: Vulnerability, facilitator, Brasilia Rules, accessibility, disability, procedural guarantees.

1.- Normativa legal

El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001 tuvo como objetivo elaborar una Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia que atiende a los principios de transparencia, información y atención adecuada y que estableciera los derechos de los usuarios de la Justicia.

La Carta fue aprobada por el Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002. La Carta consta de un preámbulo y se subdivide en 41 preceptos y tres apartados, el primero aboga por una justicia abierta y moderna para los ciudadanos que se guíe por los principios de los principios de transparencia, información y atención adecuada y responsable al ciudadano; el segundo se centra en la protección de los más débiles, víctimas del



delito violencia doméstica , menores de edad, personas que sufran una discapacidad sensorial, física o psíquica, así como extranjeros inmigrantes en España y el tercero, en crear una relación de confianza con los abogados y procuradores.

En el ámbito en de la UE el siete de junio de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la UE la Carta de los derechos fundamentales de la UE en cuyo Título VI se regula la justicia, aunque tal vez sea más relevante en esta materia el art. 20 que fija el reconocimiento de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y en el art. 21 la no discriminación por cualquier condición o circunstancia. A su vez, el art. 26 que reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a garantiza su autonomía, su integración y su participación en la vida de la comunidad, así como el art. 41 que reconoce el derecho a una buena administración ,con lo que se garantiza el derecho de las personas a ser oídas y a acceder a los expedientes.

Si el ciudadano se encuentra en la situación procesal de víctima adicionalmente la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito¹, pretende aglutinar en

¹ El art. 26 del Estatuto de la víctima aprobada por Ley 4/2015, de 27 de abril y desarrollado por Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, menciona a grupos necesitados de una especial protección "En el caso de las víctimas menores de edad, víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de violencias sexuales, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en



un solo texto legislativo el catálogo de derechos de las víctimas, dentro del proceso y también los extraprocesales.

La Ley 15/2015, de 2 de julio², de la Jurisdicción Voluntaria buscó la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006³, que afecta a la nueva terminología, en la que

la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito” evitando así una victimización secundaria.

² Previamente se había dictado la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos a las personas con discapacidad. También han existido otras reformas relevantes en la materia como la Ley 4/2017, de 24 de junio, sobre el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones y donde se cambió la denominación a proceso de modificación de la capacidad de obrar. En el ámbito penal la L.O. 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado garantizó la participación en esta institución de personas con discapacidad. En el ámbito electoral la L.O 2/2018, de 5 de diciembre, que modificó la L.O. 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General permitió garantizar el derecho al sufragio de las personas con discapacidad.

³ La Convención está supervisada por el Comité de Expertos de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. La convención cuenta con 164 signatarios, 94 signatarios del Protocolo Facultativo, 192 ratificaciones de la Convención y 107 ratificaciones del Protocolo. Se trata del primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI y la primera convención de derechos humanos que se abre a la firma de las organizaciones regionales de integración.



se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente. Especialmente relevante es la introducción del art. 7 bis por la Ley 8/2021, de 2 de junio⁴, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En España por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁵.

Destaca en el ámbito de la UE el Convenio de la Haya de 13 de enero de 2000 de protección internacional de adultos vulnerables cuyo objetivo es "asegurar la protección en situaciones internacionales de los adultos que, debido a una alteración o insuficiencia de sus

⁴ Según STS 589/2021, de 8 septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3276) pueden adoptarse medidas de apoyo "en contra" de la voluntad de la persona afectada a la luz de la propia ley que deben ser proporcionadas y ajustadas al tiempo que resulte necesario. La reforma operada por la Ley 8/2021 no está exenta de polémica al hacer desaparecer el interés superior de la persona con discapacidad, sustituir la capacidad jurídica por la capacidad de obrar o eliminar la figura del tutor que solo se conserva para los menores según ARNAU.F., "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad". Revista Boliviana de Derecho, nº 44, 2017, pág.350.

⁵ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a partir de la Convención de la ONU de Madrid*, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, 2012.



facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses”⁶.

2.- Vulnerabilidad.

En las normas procesales españolas no existe una definición de vulnerabilidad. Ni el Pacto de Derecho Social, Económico y Cultural, no la Carta Social Europea definen lo que debe entenderse por vulnerable o grupo vulnerable. Hay autores como LA BARBERA⁷ que lo consideran un jurídico indeterminado cuyo contenido se completará según su ámbito de aplicación y la concurrencia de factores endógenos o exógenos que coloquen al ciudadano en una situación que haga probable que pueda padecer un perjuicio sin que cuente con medios para poder protegerse de él.

El TEDH aludió a la vulnerabilidad por primera vez en su jurisprudencia en un voto disidente de *Buckley c. Reino Unido* de 29 de septiembre de 1996 en la que se formuló un voto particular por parte del juez Pettiti, al reconocer como grupo vulnerable a los gitanos como minoría cuyas

⁶ El 31 de mayo de 2023, se publicó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de medidas y la cooperación en asuntos relacionados con la protección de adultos.

⁷ LA BARBERA, M., aclara que puede que la vaguedad o indeterminación del término sean los causantes del éxito de esta noción. No obstante, esta misma situación *a priori* positiva puede generar efectos perversos en su implementación en su utilización en decisiones judiciales “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos : límites y potencialidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 2019, págs. 235-257.



necesidades y estilo de vida y ser estos factores determinantes para definir el marco legislativo aplicable así como la decisión del Tribunal. Este sentencia supuso el germen de análisis de situaciones de vulnerabilidad , así en la *Chapman c. Reino Unido* , de 18 de enero de 2001, en la que los jueces disidentes añadieron que el Estado no solo tiene la obligación de evitar la discriminación formal en su ordenamiento, sino también comprometerse a eliminar las formas de discriminación materiales que obstaculizan de hecho el igual disfrute de derechos y libertades. Especial relevancia tienen las sentencias referidas a personas con discapacidad intelectual *Shtukaturov c. Rusia* de 4 de marzo de 2010, Alajos Kiss c. Hungría de 20 de mayo de 2010 o las sentencias referidas a mujeres víctimas de violencia de género *Opuz c. Turkey* ,de 9 de junio de 2009, *Hajduova c. Eslovaquia* de 30 de noviembre de 2010. Las acciones eternas de la UE en las últimas décadas se han adaptado a los términos de vulnerabilidad, grupos vulnerables y se relacionan con los derechos humanos⁸.

No es sencillo de definir el concepto de vulnerabilidad. La RAE define vulnerable como "Que, con mayor riesgo que el común, es susceptible de ser herido o lesionado, física o moralmente". Estas circunstancias pueden ser coyunturales o persistentes en el tiempo por lo que tal vez mejor que hablar de personas vulnerables hay que

⁸ MORONDO TARAMUNDI,D., "Vulnerabilidad y Derechos Humanos", *Tiempos de paz*, nº 138, 2020, págs. 20-27.



hablar de personas en situación de vulnerabilidad según PEREÑA⁹

LARA ESPINOSA¹⁰ aporta una definición de vulnerabilidad " condición de ciertas personas o grupos por lo cual se encuentran en riesgo de sufrir violaciones en sus derechos humanos"

Una definición de la vulnerabilidad se encuentra en las "Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" o también conocidas como las Reglas de Basilea¹¹ aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvo lugar en Basilea en el año 2008. Según las Reglas se considera persona en situación de vulnerabilidad "las personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnica y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de Justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". No obstante , como establece ZOTA BERNAL A.C.¹², "la

⁹ PEREÑA VICENTE, M., "Vulnerabilidad y Derecho", Revista del Colegio de Abogados de Madrid, 2021, págs. 30-33.

¹⁰ LARA ESPINOSA , D., "Aproximación al concepto de vulnerabilidad", Grupos en situación de vulnerabilidad. Comisión Nacional de Derechos Humanos , 2015.

¹¹ Para las Reglas de Basilea hay varios grupos que adquieren la condición de vulnerables , como las Reglas 15 y 16 que refieren que la pobreza en el plano económico, social o cultural es un obstáculo para el acceso a la justicia y se promueve la cultura y la alfabetización de las personas en situación de pobreza y las condiciones para mejorar su efectivo acceso a la justicia.

¹² ZOTA BERNAL, A.C., "Incorporación del análisis intersectorial en las sentencias de la CIDH sobre grupos



vulnerabilidad no es una característica intrínseca, existencial o natural de estos colectivo, sino el resultado de las mencionadas relaciones de poder”.

Para SUAREZ LLANOS¹³ “definir la vulnerabilidad jurídicamente relevante es tanto como identificar las causas que injustamente entorpecen el disfrute real de sus derechos por los individuos”.

La Asamblea General de la ONU el 25 de septiembre de 2015 adoptó los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, entre ellos se encuentran como primer objetivo el de poner fin a la pobreza, como quinto objetivo, la igualdad de género y como objetivo decimosexto la paz, la justicia y las instituciones sólidas. En 2023 se ha celebrado una cumbre de seguimiento para ver el trabajo realizado en relación con estos objetivos que favorecen la eliminación de grupos vulnerables.

3.- Acceso al proceso.

Recordemos que el art. 24 de la CE reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. El problema es articular la efectividad del acceso a este derecho para las personas vulnerables o con necesidades especiales para que puedan disfrutar del mismo con una igualdad efectiva

vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”, *Economía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 9, octubre 2015-marzo 2016, pág.75.

¹³ SUAREZ LLANOS, L., “Caracterización de las personas y grupos vulnerables”, *Protección jurídica de Personas y Grupos Vulnerables*, Oviedo: Procuradora General del Principado de Asturias, 2013, pág.46.



con el resto de los ciudadanos. El proceso debe facilitar la entrada de los ciudadanos y adaptarse a estas circunstancias¹⁴. Hay que eliminar cualquier elemento que pueda suponer una discriminación, donde la comprensión la escucha y la participación del ciudadano son la clave para una adecuada aplicación de la justicia. Para autores como TRINIDAD NUÑEZ¹⁵ alguien correctamente protegido ya no será vulnerable. No es lo mismo debilidad que vulnerabilidad.

Las personas vulnerables pueden encontrar obstáculos por su movilidad, condición económica o educativa¹⁶.

No en vano es copiosa la normativa que trata de eliminar estas barreras y quiere concienciar a los operadores jurídicos de esta realidad que les es desconocida por no encontrarse en la posición del justiciable. En el ámbito penal, por ejemplo se han dictado los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal donde se trata en el párrafo 115 el derecho a la igualdad

¹⁴ DE LOS SANTOS, M., "El debido proceso ante los nuevos paradigmas" *Diario La Ley* de nueve de abril de 2012.

¹⁵ TRINIDAD NUÑEZ, P., "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los derechos humanos" *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 4, pág. 129.

¹⁶ Aunque se trate del ámbito administrativo es un claro ejemplo el libro de ficción basado en hechos reales escrito por la autora SARA MESA llamado "Silencio Administrativo. La pobreza en e laberinto burocrático" de la Editorial Anagrama en la que la narradora explica la dificultad de ayudar a conseguir una prestación económica a una mujer si techo por el mero hecho de no contar con un empadronamiento, al que no puede acceder por carecer de domicilio.



de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de los grupos vulnerables, así como el compromiso en la adopción de medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios, responsables y que promuevan el acceso a la justicia para todos y destacando entre estos derecho el de la asistencia jurídica¹⁷. Recordemos que a igualdad ante la ley que consagra el art. 14 CE se consigue removiendo los obstáculos que encuentren los ciudadanos que pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad para minimizar las dificultades que les impiden el ejercicio de este derecho de acceso a la justicia¹⁸. Las dificultades

¹⁷ El derecho al acceso a la justicia es un derecho fundamental como expresa CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL.A., en "El acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: un reto para los Derechos Humanos" , *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal*. Edit. Tirant lo Blanch, 2019, págs.. 287-310.

¹⁸ https://www.abc.es/economia/abci-atencion-presencial-sin-limite-cita-previa-y-cajeros-mas-sencillos-lucha-anciano-desafio-banca-202202221256_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Feconomia%2Fabci-atencion-presencial-sin-limite-cita-previa-y-cajeros-mas-sencillos-lucha-anciano-desafio-banca-202202221256_noticia.html

Existen diversas formas de discriminación que agrupan diferentes perfiles poblaciones pero que tienen un elemento común, por ejemplo la edad y la escasa utilización de las nuevas tecnologías : la lucha de este caballero por conseguir atención personalizada en oficinas bancarias para gente de avanzada edad . la Administración de Justicia tiene, con buen criterio , a adaptarse a las posibilidades que ofrece la tecnología actual o futura, por ejemplo la IA; no obstante, no



pueden ser de diversa índole, financiera, material o cultural por ejemplo¹⁹. El Estado reconoce en el art. 119 CE el derecho a la asistencia jurídica gratuita desarrollando su aplicación a través de la Ley 1/196 ,de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita²⁰.

debe dejar atrás a los ciudadanos que por falta de uso, capacidad económica o simple reticencia al cambio o falta de oportunidades de acceso no puede relacionarse de este modo con la Administración de Justicia y evitar la creación de una especie de "vulnerabilidad informática". MOLINA CASTAÑER E., "Implementación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia", Revista Aranzadi Doctrinal , nº 11, 2024. Algunos autores como PÉREZ CAÑIZARES,M.E., "El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El nuevo Derecho Procesal Geriátrico" TraHs nº 5. Adultas y adultos mayores: ¿población vulnerable?, 2019, hablan de la necesidad de desarrollar un derecho procesal geriátrico en los que el eje central es el desarrollo de procesos en los que estén inmersas personas de la tercera edad.

El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia de 2022 fue la antesala de la Ley Orgánica 1/2025 de 2 de enero de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia que entró en vigor el 3 de abril de 2025.

¹⁹ La Regla 4 de Basilia considera como causas de vulnerabilidad la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad.

²⁰ La STEDH caso *Airey versus Irlanda* de 3 de octubre de 1979 analizó la situación de Airey , que instó la separación judicial de su marido, quien la maltrataba físicamente. Como no pudo llegar a un acuerdo de separación con él, solicitó al juez que



La Regla 3 de Basilia²¹ regula el acceso a la Justicia de las personas vulnerables " Una persona o grupo de personas²² se encuentran en condiciones de

ordenara la separación. No contaba con los medios económicos necesarios , ni había obtenido asesoramiento jurídico gratuito ni obtuvo un abogado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que se trataba de una violación a su derecho a tener acceso al sistema judicial para que se dictaminara sobre sus derechos y obligaciones civiles (Artículo 6).

²¹ Las Reglas de Brasilia pretenden cuatro objetivos diferentes: facilitar información sobre derechos y procedimientos; dotar de asistencia legal gratuita de calidad; derecho al intérprete; revisión de procedimientos y requisitos para garantizar la accesibilidad, incluyendo medidas procesales, de gestión judicial y de impulso de métodos alternativos de resolución de conflictos. Las principales causas de vulnerabilidad están asociadas al envejecimiento, la discapacidad, la pobreza y el género.

²² Destaca especialmente la STC 214/1991, de 11 de noviembre publicada en el BOE del núm. 301, de 17 de diciembre de 1991, sentencia que estimó el recurso de amparo interpuesto por Doña Violeta Friedman y por la que se le reconoció su derecho al honor como víctima que se sintió ofendida por las manifestaciones públicas de León Degrelle en la revista «Tiempo» en un reportaje titulado «Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle», que recogían las manifestaciones de ex Jefe de las Waffen S.S., en relación con la actuación nazi con los judíos y con los campos de concentración. Es la primera vez que el TC considera una lesión contra el honor no por manifestaciones vertidas directamente contra la demandante, sino de forma indirecta , como miembro de un grupo, en este caso como judía que



vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les situé en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

La Cumbre Judicial Iberoamericana define los objetivos a los que deben tender las políticas públicas, estando entre ellas el derecho al acceso a la justicia, entendiéndolo como tal “el derecho fundamental que tiene toda persona para acudir y promover la actividad de los órganos encarados de prestar el servicio público de impartición de justicia, con la finalidad de obtener la tutela judicial de sus intereses a través de una resolución pronta, completa e imparcial”.

4.- El Facilitador

El ordenamiento jurídico español, conocedor de las dificultades de relación con la Administración de justicia por parte de algunos de colectivos ha introducido la figura del “facilitador”²³ como medida para superar

estuvo en un campo de concentración en el que fueron asesinados todos sus familiares.

²³ El cuaderno de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad define persona facilitadora como la persona que trabaja, según sea necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar una comunicación eficaz durante todas las fases de los procedimientos judiciales. La persona facilitadora apoya a la persona con discapacidad para que comprenda y tome decisiones informadas, asegurándose de que todo el proceso se explique adecuadamente a través de un lenguaje comprensible y fácil, y de que se proporcionen los ajustes y el apoyo adecuados. La persona facilitadora es



obstáculos. El lenguaje jurídico y los procesos judiciales son explicados de manera sencilla al ciudadano de modo que alcance una mayor comprensión de la realidad procesal a la que se enfrenta. Esta figura está disponible para personas sujetas a medidas de apoyo o con capacidades psíquicas que requieran de este complemento o ayuda en aras a hacerle más sencilla su relación y comprensión de las actuaciones judiciales. Ya la Ley 18/2011 en su regulación del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia prevé en la disposición adicional cuarta que las personas mayores o con algún tipo de discapacidad puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos . La materialización de este acceso se consigue , en parte, a través de un la autorización para que la persona con discapacidad esté acompañada de una persona de su elección²⁴ desde el primer contacto

neutral y no habla en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirige o influye en las decisiones o resultados.

²⁴ Es especialmente reseñable que en la exposición de motivos se reconoce que las personas con discapacidad suelen estar rodeadas de un entorno que les protege y ayuda " La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más



con las autoridades y funcionarios Esta opción ha sido introducida en la regulación de la Ley 15/15 , de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria en su artículo 7 bis, apartado segundo D con desde el 3 de septiembre de 2021, por el art. 7.1 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Esta ayuda existirá con independencia de si la persona interviene en calidad de parte o en otra distinta y que se llevará a cabo en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación según la exposición de motivos.

Se menciona expresamente a continuación en el art. 7 bis apartado segundo , punto C , en el que se permitirá que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste. Me parece que esta regulación cae en dos errores de base, el primero , que la persona con discapacidad pida ayuda y la comparecencia de un facilitar, figura que lógicamente desconocerá y su intervención devendrá cuando sea, en su caso sugerida por alguno de los operadores jurídicos. El segundo error, es que la presencia del facilitador dependa del abono por parte de la persona con discapacidad de la que se desconoce el

vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias”.



patrimonio y la posibilidad de abono de este ayudante²⁵, pudiendo en caso de carencia de recursos repercutir en la obligación del pago por parte de algún familiar.

El facilitador no es un perito, es un colaborador independiente con la Administración de Justicia que realiza las funciones de intermediario entre ésta y la persona que necesita sus servicios. Aporta sus conocimientos especializados y extrajurídicos y que son necesarios para el buen fin del procedimiento. Cuando la actividad del facilitador recaiga sobre un acto probatorio no buscará convencer al órgano jurisdiccional, en relación con los hechos litigiosos, sino poner a su disposición las técnicas y los medios precisos para aumentar la eficacia probatoria de un medio de prueba²⁶.

²⁵ El abono del facilitador dependerá de la regulación específica que efectuó cada Comunidad Autónoma . Por ejemplo , la Comunidad Autónoma de Madrid ha dictado en RD 52/2024, de 8 de mayo donde prevé que la remuneración será a costas de fondos públicos, idea que casa con la tutela judicial efectiva a la que debe tender la Administración de Justicia . Esta regulación autonómica es pionera al regular la figura del facilitador, careciendo muchas otras Comunidades de regulación al efecto. Ello conlleva no solo desconocer la cualificación de dicho profesional, los requisitos para que realice su función correctamente o la forma de abono de este. Se desconoce a qué colectivo profesional debe pertenecer o cuál es mecanismo y plazo para realizar su nombramiento.

²⁶ HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ J., *Los vulnerables ante el proceso civil*. Edit. Atelier ,2022,pág. 369.



El facilitador²⁷ tampoco es un intérprete ni un acompañante " realiza tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida". Su intervención se puede dar en cualquier tipo de proceso, declarativo o ejecutivo.

En todo caso, todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible²⁸, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. También debe adoptarse un ritmo de habla adecuado al receptor. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Mientras al facilitador se le presupone comprensión del lenguaje jurídico y de los procesos judiciales, el acompañante no tiene por qué estar familiarizado con los mismos y habrá que adaptar el lenguaje y la explicación a dicha persona. Otra idea que puede facilitar esta tarea es la de crear guías de información para la personas con discapacidad que se adapten a su posición procesal, bien sea testigo, perjudicado, investigado si es en el ámbito penal o demandante o demandado si es en el ámbito civil. Estas

²⁷ De momento no es posible implementar un facilitador basado en la IA desde el punto de vista de la legalidad, desde la perspectiva del lenguaje y la comprensión según HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ J., *Los vulnerables ...op.cit.*, pág. 315.

²⁸ Consejo General del Poder Judicial reconoce que más del 80% de la ciudadanía encuentra el lenguaje que usan las Administraciones especialmente complejo y difícil de entender.



guías tendrán un lenguaje claro²⁹, pueden utilizar recursos visuales o ejemplos para mejorar la comprensión de la información.

De hecho, el Real Decreto 396/2013, de 7 de junio, que regula el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica en el art. 4 regula el fomento, difusión y empleo de medios electrónicos en sus relaciones internas y externas garantizando que sean accesibles para personas con personas con discapacidad y promocionando el acceso de estas personas a la Administración de Justicia. Garantizar este acceso es un servicio de calidad que debe ser autorizado³⁰. No

²⁹ El Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (A/HRC/37/25), en el párr. 24, señala: «El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha presentado varios ejemplos de lo que podrían ser, en la práctica, ajustes de procedimientos para las personas con discapacidad, como la prestación de servicios de interpretación en lengua de señas, información jurídica y judicial en formatos accesibles y medios de comunicación diversos, como las versiones de documentos en lectura fácil o braille y las declaraciones por vídeo, entre otros.

³⁰ El art. 27 del Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público dispone que "1. Los servicios de información y orientación al público de las Administraciones públicas, tales como oficinas de información o atención, puntos o canales de información y otros similares, tanto de naturaleza presencial como telefónica o servicios electrónicos, deberán diseñarse y prestarse de



obstante, como recuerda FERNANDEZ BUJÁN³¹ este control no suele ser vinculante para la Administración al tratarse de *soft law* y no ser de aplicación obligatoria.

forma que quede garantizada la accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Las condiciones, características y especificaciones de accesibilidad serán las establecidas en el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, y en sus disposiciones de desarrollo.

En lo relativo a la Administración de Justicia se garantizará la accesibilidad universal y la prestación de apoyos que sean necesarios en las oficinas públicas, los dispositivos, los servicios de atención y participación del ciudadano. Se promoverá la incorporación de la figura de la persona facilitadora para aquellas personas con discapacidad incurso en procedimientos judiciales.

2. Cuando los servicios de información sean de naturaleza electrónica o telefónica, se asegurará especialmente que el diseño, la estructura, los interfaces, los programas, los canales y los flujos de información o comunicación sean accesibles, de modo que la persona con discapacidad reciba el servicio con normalidad y con el mayor grado de autonomía. En el caso de servicios telefónicos, el prestador ofrecerá servicios alternativos adecuados para garantizar el acceso de personas con discapacidad sensorial o con dificultades en el habla. En cualquier caso, se ofrecerá a la persona el servicio de forma presencial cuando así lo requiera.

3. Las Administraciones públicas y los servicios de uso público que dispongan de planes de formación para el personal de atención al público incluirán la formación relativa a la atención a las personas con discapacidad y la utilización de los productos de apoyo que tengan disponibles”.

³¹ FERNÁNDEZ BUJÁN , A., “ Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del letrado de la administración de justicia conforme a la Ley



5.- Discapacidad física y acceso a la justicia.

-Accesibilidad a los edificios públicos:

La primera traba³² que encuentran las personas con discapacidad para ejercer sus derechos como la igualdad ante la ley o el debido proceso es arquitectónica, existiendo múltiples barreras como ausencia de ascensores o rampas en algunas sedes, generalmente las más antiguas, aunque estas deficiencias se han ido eliminando con la adaptación de las sedes judiciales a la normativa dictada al efecto³³. El art. 5.3 del Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público dispone como obligación general que "Los

8/2021", *Revista Acta judicial*, nº 9 tercera época, 2022, págs. 2-16.

³² LORENZO GARCIA,R. " El derecho fundamental de acceso a la justicia .Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad", *Anales de Derecho y Discapacidad*, vol . 4, 2019.

³³ Real Decreto 193/2023: sobre las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y uso de bienes y servicios públicos o el Real Decreto 505/2007 que aprueba las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y uso de espacios públicos urbanizados y edificaciones. El Código Técnico de la Edificación (CTE) establece las exigencias que los edificios deben cumplir para en materia de accesibilidad, seguridad y habitabilidad establecidos en la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (LOE).



edificios y espacios públicos urbanizados en los que se sitúen las instalaciones, dependencias, oficinas, recintos y demás espacios físicos en los que se provea de bienes o se presten servicios al público, deberán reunir las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación establecidas en el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. En lo no previsto en dicho real decreto, será de aplicación el Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, y en la Orden TMA/851/2021, de 23 de julio, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de los espacios públicos urbanizados”.

-Personas ciegas:

La discapacidad visual es un elemento que determina la dificultad el acceso a la justicia, por ello muchas fundaciones y asociaciones tratan de mejorar el sistema de acceso para miembros de su colectivo ³⁴. Incluso la

³⁴ Una fundación referente en España de este colectivo , la Fundación ONCE prepara el lanzamiento de 'Just4ll', un proyecto que pretende mejorar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad mediante acciones como la sensibilización y formación de juristas en la atención y necesidades específicas de este grupo de ciudadanos. <https://www.fundaciononce.es/es/noticia/fundacion-once-lanza-just4all-un-proyecto-para-mejorar-el-acceso-la-justicia-de-las>

La ONCE en el art 6.e) de la Orden SCB/1240/2019, de 18 de diciembre, por la que se publica el texto refundido de los



misma Administración ha tenido que adaptarse tras aprobar las oposiciones de Fiscalía una persona ciega siendo pionera en este acceso a la Administración de Justicia y abriendo una vía efectiva de acceso de todos los ciudadanos a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad con base a los principios de igualdad , mérito y capacidad como dispone el art. 23.2 CE³⁵. Trabaja con una impresora de Braille y una funcionaria que le describe en juicio lo que está sucediendo y le ayuda un perro guía en sus desplazamientos por la Ciudad de la Justicia de Valencia.

Estatutos de la Organización Nacional de Ciegos Españoles manifiesta que tiene como fin "articular políticas integrales y transversales de accesibilidad universal y diseño para todos, de conformidad con la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 y el Acta Europea de Accesibilidad en el marco del Pilar Europeo de los Derechos Sociales, en cuanto derecho humano, germen de un futuro concepto político y funcional, con independencia de las condiciones de situación visual, edad, sexo, lugar de residencia y de cualquier otra circunstancia de las personas afiliadas". La Once también ha creado Protocolos y orientaciones para el acompañamiento a mujeres con ceguera, deficiencia visual y sordoceguera es facilitar información suficiente para contribuir a garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la justicia a estas mujeres.

https://biblioteca.fundaciononce.es/system/files/guia_para_profesionales_del_ambito_judicial_en_el_acompanamiento_a_mujeres_con_discapacidad_visual_y_sordoceguera.pdf

³⁵ <https://noticiasciudadanas.com/hector-melero-primer-fiscal-ciego-de-espana/>



Respecto del acceso a la documentación judicial en Braille existen online conversores gratuitos de traducción a Braille pero no existen dentro de los programas de gestión procesal de la Administración de Justicia , por lo que la persona ciega puede ser informada de forma oral de las actuaciones procesales pero no puede leer por si misma ni tan siquiera su propia declaración si ha sido transcrita; en estos casos sería más recomendable efectuar una grabación de la declaración para que el ciudadano pueda acceder a la copia de la misma³⁶. Tal vez exista una forma de transcripción a través de asociaciones pero lo que no puede efectuarse es esa transcripción en actuaciones urgentes como las que se ejercen en funciones de guardia donde falta la previsión o facilidad para solicitar algunos recursos y en las que se puede realizar funciones de instrucción en días como domingos y festivos y horas nocturnas .

-Personas sordas:

La falta de audición o la dificultad en la misma, pueden suponer una traba para el acceso a la justicia.

³⁶ El art. 146 de la LEC establece que : “. *Las actuaciones procesales que no consistan en escritos y documentos se documentarán por medio de actas y diligencias. Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, estos deberán asegurar la autenticidad, integridad e inalterabilidad de lo grabado en los términos que establezca la normativa que regule los usos de la tecnología en la Administración de Justicia. El letrado o letrada de la Administración de Justicia velará en todo caso por el uso adecuado de los mismos, y a los fines anteriores hará uso de la firma electrónica u otro sistema de seguridad que sea conforme a la ley*”.



El Real Decreto 674/2023, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las condiciones de utilización de la lengua de signos española y de los medios de apoyo a la comunicación oral para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas regula en su art. 20 el acceso a los bienes y servicios a disposición del público. En el punto d regula de forma específica la Violencia contra las mujeres:

"Las administraciones públicas, en sus ámbitos de competencia:

1.º Asegurarán, de acuerdo con las comunidades autónomas, la accesibilidad a la información y a la comunicación a través de los medios de comunicación oral durante todas las fases del proceso de salida de la violencia.

2.º Garantizarán que las campañas sobre violencia contra las mujeres sean accesibles, tanto a través de subtulado como de texto escrito, para todas las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

3.º Los servicios de información, asesoramiento jurídico, atención, protección, asistencia social integral y acogida para la atención a mujeres víctimas de violencia deberán ser accesibles para personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas contando con las medidas de confidencialidad y protección de datos oportunas".

Destaca especialmente la regulación del art. 22 del mismo texto legal que se refiere a las relaciones con las administraciones públicas.



"1. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, promoverán la disponibilidad de los medios de apoyo a la comunicación oral a las personas sordas³⁷, con discapacidad auditiva y sordociegas, en sus relaciones con las mismas, incluyendo las relaciones con

³⁷ Ley 27/2007, de 23 de octubre reconoce las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. En el ámbito de la UE encontramos la Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de noviembre de 2016, sobre las lenguas de signos y los intérpretes profesionales de lengua de signos (2016/2952(RSP). Destaca el considerando H por el que " *la accesibilidad no se limita únicamente a la accesibilidad física del entorno, sino que comprende la accesibilidad de la información y la comunicación, también en forma de contenidos presentados en lengua de signos*" ; en el art. 9 se " *destaca que los ciudadanos sordos, sordociegos e hipoacúsicos deben tener acceso a la misma información y comunicación que el resto a través de la interpretación en lengua de signos, los subtítulos, el reconocimiento vocal o formas de comunicación alternativas, incluida la interpretación de lenguas orales*"; el art. 10 " *hace hincapié en que los servicios públicos y gubernamentales, incluidos sus contenidos en línea, deben ser accesibles a través de intermediarios en directo, como intérpretes de lengua de signos presentes in situ, y también de servicios alternativos por internet y remotos, cuando resulte conveniente*" y se aboga por el uso de las nuevas tecnologías como medida de accesibilidad en el art. 12 " *Destaca el creciente papel de las tecnologías lingüísticas para ofrecer a todo el mundo acceso en igualdad de condiciones al espacio digital*"; y en el 13. " *Reconoce la importancia de unas normas mínimas para garantizar la accesibilidad, especialmente con miras a las tecnologías nuevas y emergentes, como la prestación de servicios por internet de interpretación en lengua de signos y de subtítulo*".



las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con los servicios de intervención y asistencia en emergencias de protección civil.

2. Las administraciones públicas promoverán la atención adecuada a las personas sordas³⁸, con discapacidad auditiva y sordociegas, así como el respeto al uso de los medios de apoyo a la comunicación oral a través de la formación de su personal³⁹.

3. Las administraciones públicas garantizarán la accesibilidad a los servicios de atención telefónica de las administraciones públicas y otros no presenciales, dependientes de ellas, a través de canales de voz y de texto.

4. Se asegurará la comunicación e información a través de los medios de apoyo a la comunicación oral, incluido el subtulado, en todos aquellos servicios específicos que estén a disposición de la ciudadanía en situaciones de emergencias o crisis, incluidos los estados de alarma, excepción y sitio. Para ello se elaborarán protocolos de actuación en los que se garantice la accesibilidad a la

³⁸ Existe una página web <https://www.svisual.org/> que facilita el servicio de intérprete de lengua de signos por medio de videoconferencia.

³⁹ Es importante comunicarse y coordinarse con la Federación de Asociaciones de Personas Sordociegas de España (FASOCIDE) y sus asociaciones miembro, como entidades especializadas y referentes del movimiento asociativo liderado por personas sordociegas, así como en la prestación de servicios de atención al colectivo.



información y comunicación para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

5. Las administraciones públicas promoverán las condiciones adecuadas para el uso de los medios de apoyo a la comunicación oral con objeto de hacer accesible la comunicación en las actuaciones notariales, registrales, en los procedimientos administrativos y en los procesos judiciales y extrajudiciales de todos los órdenes jurisdiccionales en los que intervengan personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, en aplicación de lo dispuesto en las leyes sustantivas y procesales vigentes en cada materia.

6. Se elaborarán protocolos para la atención⁴⁰ a personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, así como para el acceso a la información que se traslada desde la administración de justicia a la Administración penitenciaria garantizando la comunicación e información.

⁴⁰ Es esencial la empatía con los colectivos. Se recomienda ver películas que cumplen con creces esta misión como la española "Sorda" del año 2025 que con gran sensibilidad y acierto ha dirigido por Doña Eva Libertad y que ha sido nominada al premio lux que concede el Parlamento Europeo, habiendo afirmado la Presidenta de dicha organismo Doña Roberta Metsola que " Estas películas reflejan el compromiso del Parlamento Europeo con la defensa de la democracia, la libertad y la diversidad, al tiempo que abordan los desafíos a los que se enfrentan nuestras sociedades, desde la inclusión y los derechos humanos a la salud mental de los jóvenes".
<https://www.europapress.es/murcia/noticia-pelicula-murciana-sorda-nominada-premio-lux-publico-concede-parlamento-europeo-20251007180613.html>.



7. Las instituciones penitenciarias, así como aquellas en las que se cumplan medidas de seguridad que comporten privación de libertad, dispondrán de medios de apoyo a la comunicación oral para garantizar la comunicación de la población reclusa que así lo precise. En todo caso, contarán con medios de apoyo a la comunicación oral en las siguientes fases del proceso de internamiento:

- a) En todas las actuaciones del ingreso en prisión.*
- b) Cuando se le facilite la información que deba conocer el interno sobre su situación penal-penitenciaria, familiar o de otra índole.*
- c) En la atención sanitaria que reciba la persona interna, dentro y fuera del centro penitenciario.*

8. En los centros penitenciarios se implementarán sistemas accesibles de alerta tanto visuales como sonoros y protocolos de seguridad que incorporen medios de apoyo a la comunicación oral.

9. Se elaborarán protocolos de detención y atención e información accesibles, seguros y respetuosos con las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas que garanticen la comunicación con los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”.

6.- Discapacidad psíquica y acceso a la justicia.

La importante reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica permite analizar



los cambios jurídicos que se han realizado en relación con las personas con discapacidad con el objetivo de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. El objetivo es el respeto a su voluntad y sus preferencias ,convirtiéndose en el encarado de tomar sus propias decisiones.

Esta reforma acoge los principio de la Observación general Número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴¹ de la Organización de Naciones Unidas. El art. 12 reconoce que "Todas las personas tenemos derecho a tener capacidad jurídica, aunque tengamos una capacidad mental diferente⁴²" así como que "Capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones y que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti

⁴¹ El art. 49 CE establece que "1.Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.

2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».

⁴² El TEDH en *Dragan Kovačević v. Croatia*, Application No. 49281/15, Judgment of 12 August 2022 ha expresado que la denegación de capacidad jurídica a personas con discapacidad constituye una violación a un proceso equitativo y a un juicio justo



mismo, aunque necesites ayuda. Significa que tomas tus decisiones y eres responsable de las consecuencias. La capacidad jurídica es necesaria para participar en la sociedad. La capacidad mental es la habilidad para tomar decisiones. Capacidad mental es un concepto confuso. Los profesionales y los países lo entienden de manera distinta. No es un concepto objetivo y científico. Las personas tenemos capacidades mentales diferentes. Hay personas que necesitan más ayuda para tomar decisiones que otras. Nuestra capacidad mental puede variar según los criterios que la valoran". El mismo artículo en su párrafo tercero establece que "Los países están obligados a dar los apoyos necesarios para ejercer la capacidad jurídica a las personas con discapacidad. Los apoyos pueden ser muchos y muy distintos. Las personas somos diferentes y necesitamos apoyos diferentes. Algunos apoyos son:

- Persona de apoyo. Una persona de apoyo es una persona de confianza que te ayuda a decidir.
- Apoyo entre pares. Significa recibir ayuda y ayudar a personas que son parecidas a ti y viven situaciones parecidas a la tuya.
- Diseño universal y medidas de accesibilidad. Decimos que un espacio tiene un diseño universal cuando ese espacio lo pueden usar todas las personas.
- Métodos de comunicación diferentes a los métodos habituales. Por ejemplo, el lenguaje de signos o el Braille.
- Planificación anticipada. Significa tener la oportunidad de planificar lo que vas a hacer. Tener la información que



necesitas y tiempo suficiente para decidir. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir apoyos para ejercer su capacidad jurídica. Pero pueden rechazar este derecho si quieren”.

El artículo 13 se refiere al derecho al acceso a la justicia. “Las personas con discapacidad necesitan capacidad jurídica para exigir el cumplimiento de sus derechos y sus obligaciones en igualdad de condiciones que las demás personas. Los países deben garantizar la representación legal a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás. Las denuncias y declaraciones de personas con discapacidad valen lo mismo que las denuncias y declaraciones de otras personas. Los países deben dar formación y sensibilizar a policías, trabajadores sociales y a otras personas que participan en los procesos judiciales para que las den el mismo valor. Muchas veces, se ha impedido a las personas con discapacidad participar en los procesos judiciales de muchas maneras⁴³. Por ejemplo, no han podido ser testigos o miembros de un jurado. Las personas con discapacidad tienen derecho a ser testigos y a recibir los apoyos necesarios para ser testigos⁴⁴”.

⁴³ La Carta Social Europea protege los derechos de las personas con discapacidad en su artículo 15 reconociendo el derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, la integración social y a la participación en la vida de la comunidad.

⁴⁴ El art. 416 de la LECRIM reconoce el derecho a declarar como testigo a los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al



La reforma de la Ley 8/2021⁴⁵ no solo supuso la introducción de un cambio de lo términos tradicionales

testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia. No obstante, esta dispensa no se aplica según el apartado 3 cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver. Esta reforma fue introducida por la Ley 8/2021. La STS , sala de los penal, de 23 de febrero de 2023, recurso 37/2021 (Roj: STS 652/2023 - ECLI:ES:TS:2023:652) en una condena por un abuso sexual frente a una menor tarta el asunto de la dispensa por minoría de edad, que se equipara a la falta de entendimiento por discapacidad y que estableció que " Con anterioridad a la reforma no había una previsión legal , lo que no significa que no tuviera amparo la excepción que nos ocupa, como la tenía, a través de la jurisprudencia, en la que se la reconocía como un derecho del menor, cuyo ejercicio estaba en función de sus condiciones de madurez, que es lo que, en el caso, valoró el Tribunal, cuando dice que la testigo "no está en condiciones de decidir, de conocer la importancia y relevancia de la dispensa"

⁴⁵ Se fomenta el uso de figuras como el guardador de hecho (art. 263), se cambia la tutela por curatela (art. 268 y ss. CC) , se promueve en los casos necesarios el nombramiento de defensores judiciales (art. 271) ; respecto de las personas mayores de edad, especificando el ámbito de actuación de su apoyo, se establece la necesidad de revisión de estas medidas en el plazo de tres años y se fomenta la autocuratela pudiendo la persona mayor de edad o menor emancipada proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o



de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino lo que es más importante, supuso la voluntad de eliminar las limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad⁴⁶ y su entorno como son las barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. La reforma pretende un cambio del entorno, una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores– que prestan sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas⁴⁷. Existe un cuaderno de buenas

varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador entre otras medidas. Se introduce un procedimiento de jurisdicción voluntaria para adoptar medidas de apoyo en el art. 42 bis y un procedimiento contencioso para cuando se dé oposición en los art. 567 a 762 de la LEC.

⁴⁶ La STS 589/2021 de 8 de septiembre (Roj: STS 3276/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3276) reconoce la autonomía de la voluntad del afectado y el respeto a sus deseos y preferencias pero el Tribunal que toma en consideración su voluntad no debe seguirla siempre al adoptar su decisión.

⁴⁷ Por ejemplo, el día 21 de marzo es el día mundial del Síndrome de Down, fecha elegida por el simbolismo numérico relacionado con la naturaleza genética del síndrome de Down, ocasionado por una trisomía cromosómica del par 21. De ahí la concordancia con 3 del 21. Para DOWN ESPAÑA "una comunidad incluyente es más sabia, utiliza el talento compartido y construye entornos, tecnología y aprendizaje válidos para todos, también para las personas que tienen peores cartas en la baraja de la vida y construir una sociedad



prácticas fue desarrollado por Plena inclusión España basándose en los resultados de la investigación nacional sobre las barreras de las personas acusadas con discapacidad intelectual y psicosocial en el sistema de justicia penal, llevada a cabo en el marco del proyecto ENABLE.

Destaca la publicación por la Comisión Europea de la Recomendación sobre las garantías procesales de las personas vulnerables sospechosas o acusadas en un proceso penal en el año 2013 y la Recomendación sobre los derechos procesales de sospechosos y acusados sometidos a prisión preventiva y sobre las condiciones materiales de detención en el año 2022.

Aunque no existe ningún instrumento específico de la UE dirigido a los derechos de los acusados con discapacidad, sí existe la estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas, que establece una serie de salvaguardias importantes para las personas con discapacidad en los procesos penales⁴⁸.

incluyente es una cuestión de justicia”, afirma Agustín Matía, director de DOWN ESPAÑA.

⁴⁸ Según el cuaderno de buenas prácticas del proyecto Enable en España no existen datos ni estadísticas oficiales sobre las personas con discapacidad que se encuentran inmersas en un proceso judicial. De acuerdo con el informe A cada lado⁵⁰, únicamente el 51.4% de las personas que participaron del informe contaban con certificado de discapacidad de forma previa al procedimiento y únicamente en el 3,3% de los casos se detectó la discapacidad durante el procedimiento judicial. Además, de los 743 procedimientos analizados en el informe, solo en el 31.5% de los procedimientos se ha tenido en cuenta



Aunque no existe ninguna ley que incorpore específicamente la recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 2013 sobre garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas al ordenamiento jurídico español, si que existen reformas legislativas que incorporan de cierta forma el contenido de la recomendación⁴⁹, como la obligación de realizar adaptaciones y ajustes en los procedimientos en los que participen las personas con discapacidad, independientemente de que lo hagan como parte o en un papel diferente.

7.- Especial referencia al autismo.

Para HERERRO PEREZAGUA y LÓPEZ SÁNCHEZ se aglutinan de forma indebida en la misma situación todas las discapacidades psíquicas , físicas y sensoriales y se diluyen las diferencias entre ellas. Incluso el término

la discapacidad en algún momento. En el 57.7% no se ha tenido en cuenta, y en el 10.8% se desconoce.

⁴⁹ En la LECRIM el artículo 118 establece el derecho a la defensa, que incluye el derecho a ser informado de los cargos, a participar en el proceso, a solicitar asistencia jurídica gratuita y el derecho a permanecer en silencio. El artículo 109 reconoce la obligación de realizar las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios con relación a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. También reconoce que se debe permitir la participación de un personal experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajustes necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. Si bien este artículo se incorpora en el ámbito de las víctimas, se debería realizar una interpretación amplia de este precepto que permita también aplicarlo en el caso de las personas con discapacidad cuando participan como acusadas.



discapacidad psíquica constituye una fórmula simplificada que alberga un conjunto muy heterogéneo de realidades, teniendo cada situación sus propias especificaciones⁵⁰. No es lo mismo una persona con esquizofrenia, con trastorno bipolar, con parálisis cerebral, con Alzheimer, con anencefalia congénita, con síndrome de Down , con trastorno del espectro autista de alto funcionamiento como síndrome de Asperger, o de bajo funcionamiento como el autismo clásico⁵¹.

En relación con el autismo se ha desarrollado la estrategia española en trastornos del espectro del autismo de 2015 cuya Línea 13 trata de Justicia y Empoderamiento de derechos. Los principales desafíos que deben orientar el trabajo de las instituciones son entre otras: abordar la dificultad para identificar a las personas con autismo, dado que faltan métodos consistentes y basados en la evidencia para la detección del autismo. En segundo lugar existe un gran desconocimiento sobre el autismo⁵², por ello es habitual

⁵⁰ Penalmente es muy relevante el estudio y valoración de estas diferencias, siendo inimputable quien no puede comprender la ilicitud de un hecho, su tipicidad y antijuridicidad. Se constatan los diagnósticos psicopatológicos, anomalías o alteraciones psíquicas, trastornos mentales transitorios, ingesta de bebidas alcohólicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes o alteraciones de la percepción desde la infancia o nacimiento.

⁵¹ HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ J., *Los vulnerables ...op.cit.*, pág. 57.

⁵² Existen series como *Atypical* , *The good doctor* o *As we see it* que nos acercan a la realidad de las personas neurodivergentes donde las luces o sonidos intensos o los



que los operadores jurídicos carezcan de las herramientas necesarias para atender a personas con autismo, principalmente, por carecer de los conocimientos básicos para entender la condición y a las personas en el espectro. Sus comportamientos pueden ser malinterpretados y generar situaciones tensas y violentas. La ausencia de apoyos, como los destinados a favorecer la comunicación expresiva y para la mejora de la accesibilidad cognitiva, se convierten en una barrera.

Las personas en el espectro del autismo que se comunican de formas muy variadas, hay personas sin dificultades para expresarse de forma oral, hay otras que pueden tener una comunicación de tipo no verbal o enfrentar periodos de mutismo en los que se prefiere la comunicación escrita. También hay muchas personas autistas que son pensadoras visuales y prefieren una comunicación basada en imágenes, PECs o pictogramas⁵³.

Además lo entornos físicos que ocupan las administraciones no suelen ser sitio comunes o familiares para las personas, solo se acude a ellas de forma extraordinaria en caso de necesidad. Esta característica supone un desafío de entrada para las

cambios de rutinas son elementos que alteran su normalidad . Es muy interesante ver el reality *Love on the spectrum* para entender aunque sea levemente la dificultad de relación social de algunas personas neurodivergentes para encontrar amigos y el amor debiendo en ocasiones acudir a un profesional que comprenda su comportamiento y les de herramientas para iniciar, entablar y mantener una conversación.

⁵³

https://centroautismo.es/wp-content/uploads/2024/06/AccesoJusticia_LaFiguraDeLaPersonaFacilitadoraProcesal_Informe_CentroAutismo.pdf, pág. 15.



personas en el espectro. Además, son espacios en los que se dirimen cuestiones relacionadas con derechos y obligaciones, lo que puede resultar intimidante. Estos entornos pueden contar con elementos que dificulten el estado relajado de una persona neurodivergente como son los estímulos sensoriales como la luz, el sonido o el tránsito de personas.

El Informe de Barreras de Acceso a la Justicia de las personas con autismo del año 2023, aporta algunas estrategias facilitadoras:

- Mejorar los sistemas para identificar a las personas con autismo lo antes posible.
- Crear un turno especializado en el Colegio de Abogados para personas con discapacidad o para personas neurodivergentes, como se hace ya con la violencia de género.
- Difundir la lista de fiscales especializados en personas con discapacidad, con el objetivo de que se pueda comunicar con ello y se les acerquen esos casos.
- Formar a los operadores jurídicos tanto en la nueva ley como en entender y conocer a personas con autismo.
- Mejorar la accesibilidad cognitiva de la información y de los entornos.
- Ampliar el ámbito de actuación de la figura de la persona facilitadora a toda la "vida jurídica" de las personas⁵⁴.

⁵⁴ Rodrigo Gutiérrez de la Cámara, P. y Hernández Layna, C. (2023). Informe de barreras de acceso a la justicia de las



El facilitador puede ayudar en las siguientes tareas:

a. Cubrir posibles necesidades relacionadas con la anticipación o preparación previa que en ocasiones precisan las personas con autismo: acudir a las instalaciones unos días antes, preparar las entrevistas judiciales o las tomas de declaración...

b. Controlar los estímulos sensoriales, cuando proceda, para garantizar un adecuado acceso a las instalaciones y procedimientos judiciales y policiales. En ocasiones las personas con autismo pueden presentar hipersensibilidad al ruido, iluminación, etc., y la falta de adaptación de los espacios a estas necesidades puede resultar desagradable, e incluso generarles malestar.

c. Sortear posibles barreras comunicativas: hacer uso de los SAAC cuando proceda.

d. Sortear posibles barreras relacionadas con las dificultades cognitivas: garantizar que la persona entiende todo el proceso y se hace entender, desplegando medidas de accesibilidad cognitiva, universal y ética.

e. Actuar como mediadora o figura "nexo" para que también los operadores jurídicos y profesionales implicados comprendan y se sensibilicen sobre los ajustes razonables de procedimiento y necesidades de personas con autismo: posibles comportamientos disruptivos, anticipación, respeto a las pausas y silencios o tiempos de respuesta más extensos, etcétera.

CONCLUSIONES

personas con autismo. Centro Piloto sobre Trastorno del Espectro del Autismo.



1.- Parece más acertado hablar de personas o grupo en situación de vulnerabilidad, que de personas o grupos vulnerables . La coyuntura que hace que un ciudadano se encuentre en un grupo de vulnerabilidad puede desaparecer.

2.- No hay que confundir debilidad con vulnerabilidad . Remover los obstáculos que dificultan el acceso a sus derechos a las personas o grupo de personas es efectuar una protección que garantice el correcto ejercicio de los mismos.

3.- La protección de grupos vulnerables es esencial para evitar la victimización secundaria que se genera , en parte, por una mala praxis durante la tramitación del procedimiento.

4.- Garantizar el acceso a la justicia para la reclamación de los derechos requiere dotar a los ciudadanos de los medios para ello, entre los que se encuentra garantizar el derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la designación de letrado y procurador del turno de oficio que le permitan acceder al proceso legal pertinente.

5.- La figura del acompañante y del facilitador son novedosas y esenciales para que el ciudadano con edad avanzada o discapacidad pueden comprender de modo más sencillo y con un lenguaje y claro los procesos y las actuaciones judiciales en las que intervienen, velando así por el correcto ejercicio de sus derechos.

6.- Es necesaria la regulación de normativa que establezca la cualificación para ser facilitador, labores de este y mecanismos para su designación e ir habituando



a los operadores jurídicos a la utilización de esta necesaria figura en los procesos judiciales.

7.- El gran avance de las nuevas tecnologías recomienda su utilización como mecanismo garante de acceso de los ciudadanos a la justicia en condiciones de igualdad.

8.- Es esencial facilitar formación, recursos y potenciar sus habilidades para relacionarse con todos los grupos vulnerables, dotarles de técnicas para hacer accesible y comprensible la justicia así como que se sirvan de la tecnología y medios existentes para lograr este fin.

9.- El establecimiento de estas garantías y necesidad de comunicación son importantes cuando se ocupa la posición de demandante o denunciante pero son esenciales cuando se ocupa la posición procesal de demandado o denunciado. En el ámbito penal existen medidas cautelares, penas privativas de libertad o medidas de seguridad que suponen una privación de derechos fundamentales cuya imposición condiciona un cambio vital que debe ser explicado de modo accesible para el ciudadano.

10.- No se pueden tratar igual distintas situaciones, incluso las discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales requieren de un tratamiento personalizando, llegando a aglutinarse bajo una misma categoría realidades muy distintas y diametralmente opuestas que requieren atender unas necesidades distintas. En tercer lugar, los entornos judiciales son contextos altamente técnicos y especializados en los que se dirimen cuestiones que atañen al ejercicio de derechos y obligaciones. Sus códigos, su lenguaje y sus procedimientos resultan completamente ajenos a la mayoría de la población, que no se encuentra con ellos en otros entornos.



BIBLIOGRAFÍA.

ARNAU.F., "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad". *Revista Boliviana de Derecho*, nº 44, 2017.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL.A., "El acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: un reto para los Derechos Humanos", *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal*. Edit. Tirant lo Blanch, 2019.

CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a partir de la Convención de la ONU de Madrid*, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, 2012.

DE LOS SANTOS,M., "El debido proceso ante los nuevos paradigmas" *Diario La Ley* de nueve de abril de 2012.

FERNÁNDEZ BUJÁN , A., " Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del letrado de la administración de justicia conforme a la Ley 8/2021", *Revista Acta judicial*, nº 9 tercera época, 2022.

HERNÁNDEZ GÓMEZ,I., *Proceso, garantías y vulnerabilidades*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia , 2024.

HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ J., *Los vulnerables ante el proceso civil*. Edit. Atelier ,2022.

LA BARBERA, M., "La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos : límites y potencialidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 2019.



LARA ESPINOSA ,D., "Aproximación al concepto de vulnerabilidad", Grupos en situación de vulnerabilidad. Comisión Nacional de Derechos Humanos , 2015.

LORENZO GARCIA,R. " El derecho fundamental de acceso a la justicia .Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad", *Anales de Derecho y Discapacidad*, vol . 4, 2019.

MORONDO TARAMUNDI,D., "Vulnerabilidad y Derechos Humanos", *Tiempos de paz*, nº 138, 2020.

PEREÑA VICENTE,M., "Vulnerabilidad y Derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, 2021.

PÉREZ CAÑIZARES,M.E., "El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El nuevo Derecho Procesal Geriátrico" *TraHs* nº 5.Adultas y adultos mayores: ¿población vulnerable?, 2019.

SUAREZ LLANOS, L., "Caracterización de las personas y grupos vulnerables", *Protección jurídica de Personas y Grupos Vulnerables*, Oviedo: Procuradora General del Principado de Asturias, 2013.

TRINIDAD NUÑEZ, P., "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los derechos humanos" *Revista Española de Relaciones Internacionales* , nº 4.

ZOTA BERNAL, A.C., "Incorporación del análisis intersectorial en las sentencias de la CIDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos", *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 9, octubre 2015-marzo 2016.



VEINTICINCO AÑOS DE COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA: SU CONTRIBUCIÓN A LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA

D. Camilo Villajos de Silva

Letrado de la Entidad Pública Empresarial Renfe-Operadora. Profesor asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. Doctorando en Derecho internacional y europeo

Resumen: La institución del Comisario de Derechos Humanos ha cumplido en 2025 su vigesimoquinto año de actividad en el seno del Consejo de Europa. A pesar de los avatares que supuso su concepción y puesta en marcha, a lo largo de este tiempo ha sabido hacerse un hueco en dicha organización internacional y convertirse en adalid de la defensa de los derechos humanos, cuya promoción en los Estados miembros le compete y se encarga de supervisar. Con ocasión de esta efeméride, este artículo sistematiza y analiza la actividad del Comisario en relación con España, desde su primera visita a nuestro Estado -marcada por la actividad terrorista aún existente-, hasta sus más recientes intervenciones ante el TEDH, sin obviar su continuo



contacto con las autoridades españolas por los derechos de la población migrante y refugiada.

Abstract: The institution of the Commissioner for Human Rights has celebrated its twenty-fifth year of activity at the heart of the Council of Europe. Despite the ups and downs involved in its conception and implementation, over this time it has managed to carve out a niche for itself and become a leading figure in the defence of human rights, whose promotion and supervision in member states falls within its stint. To mark this anniversary, this article analyses the Commissioner's activity in relation to Spain, from his first visit to our country – marked by the ongoing terrorist activity – to his most recent interventions before the European Court of Human Rights, without overlooking his continuous contact with the Spanish authorities regarding the rights of migrants and refugees.

Palabras clave: Comisario de Derechos Humanos, Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Key Words: Commissioner for Human Rights, Council of Europe, European Court of Human Rights

Sumario

- 1.- El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Su origen y actividad.
- 2.- La práctica del Comisario en relación con España
 - 2.1.- Visitas a España y sus informes al respecto



2.2.- Las intervenciones ante el TEDH siendo España el Estado demandado

2.3.- Otras actuaciones del Comisario en relación con la situación de los derechos humanos en España

2.4.- Influencia del Comisario de Derechos Humanos en los debates parlamentarios, la normativa y la jurisprudencia en España

2.5.- Valor jurídico de los informes del Comisario de Derechos Humanos. La aportación fundacional de Álvaro Gil-Robles.

3.- Conclusiones

4.- Bibliografía

1.- El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Su origen y actividad.

Considerando que el objetivo del presente trabajo es analizar una institución defensora y protectora de los derechos humanos como es el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y, más concretamente, su actividad en relación con España, no podemos dejar de exponer, primeramente, el contexto y la organización internacional en los que surge, así como su misión, funciones y mecanismos de actuación.

En este sentido, el Consejo de Europa es una organización regional creada por diez Estados en 1949, siendo su Estatuto (también denominado Tratado de Londres) el tratado constitutivo de la misma¹, atribuyéndosele como fin el "realizar una unión más

¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, v. 87, pág.103.



estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social". Hasta la actualidad es la que ha conseguido un mayor apoyo por parte de los Estado europeos, en tanto en cuanto son ya 46 los que forman parte de esta², exceptuándose tan solo Bielorrusia y -más recientemente- Rusia³, como consecuencia de no cumplir con la finalidad establecida por los Estados miembros en el artículo 1 de su Estatuto.

Teniendo en el mismo contemplada como competencia expresamente atribuida para la consecución de los fines de la organización la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades, ya desde el año siguiente a su establecimiento el Consejo de Europa dio a luz un tratado internacional que se ha convertido en la piedra angular regional en la materia: el Convenio para la protección de los derechos humanos y la salvaguarda de las libertades fundamentales (en adelante, también, el Convenio, Convenio Europeo de Derechos Humanos o CEDH)⁴. Con el mismo, se creaba

² España depositó su instrumento de adhesión al Consejo de Europa el 24 de noviembre de 1977, fecha desde la que es miembro de dicha organización internacional, según el artículo 4 del Estatuto.

³ Desde el 23 de marzo de 2022, habiéndose adoptado la Resolución CM/Res (2022)3 del Comité de Ministros, la Federación rusa ya no es un Estado miembro del Consejo de Europa.

⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, v. 213, pág.221. España es Estado parte desde el 4 de octubre de 1979.



el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, también el Tribunal o TEDH) con el fin de asegurar el cumplimiento por los Estados parte de los derechos humanos contenidos en el Convenio.

No obstante, no se tardó mucho en advertir los primeros problemas derivados de ser el órgano preeminente en velar por los derechos humanos en el Consejo de Europa, de tal forma que, en 1972, la Asamblea Parlamentaria propuso la creación de una figura ya asentada en algunos Estados⁵, como es la del ombudsman o Defensor del Pueblo. A él se le encomendaría asistir a la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos en la recepción y presentación de reclamaciones bien fundamentadas tras una investigación preliminar.

La propuesta fue retomada en 1996 por el gobierno finlandés, concibiendo al Comisario como una institución que complementara o asistiera al Tribunal en sus funciones, de tal forma que proporcionara información y consejo a individuos que presentasen quejas acerca de vulneraciones de derechos humanos, les ofreciera un procedimiento no judicial para solventarlas y tuviese la capacidad para actuar como *amicus curiae* ante el Tribunal, en línea con lo establecido en el artículo 36 del CEDH.

Este último planteamiento ha de entenderse en un contexto de expansión del Consejo de Europa, tras la masiva incorporación de Estados de Europa Central y del Este, siendo además coetánea con la entrada en vigor

⁵ Council of Europe, PA, 1971 23rd Session (Third Part), *Need for a Commissioner of Human Rights or Equivalent Solution at European Level*, Motion for a recommendation, Doc 3092 (1972).



del Protocolo 11 al CEDH⁶, con el que se permitió la presentación de demandas individuales ante el Tribunal, así como con la entrada en vigor de la Carta Social Europea (revisada)⁷.

Finalmente, fue con la Resolución (99) 50, adoptada por el Comité de Ministros el 7 de mayo de 1999⁸, que se creó la institución del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, considerándolo como una instancia no judicial encargada de promover la educación y la sensibilización sobre de los derechos humanos, según quedan configurados en los instrumentos del Consejo de Europa, así como su respeto por los Estados miembros del mismo.

Además de su definición en negativo, que denota ya desde el primer artículo de la Resolución la necesidad y la determinación de considerar al Comisario como una figura diferenciada del Tribunal, resalta también la rotunda afirmación de que no puede recibir demandas individuales. De esta forma, se desechaba la idea de que el Comisario fuera un mero alivio de la carga de trabajo que ya pesaba al TEDH y que se vería continuamente incrementada con la reciente posibilidad de recibir demandas individuales.

A lo largo de su existencia, al frente de la institución del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa

⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, v. 2061, pág.7.

⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, v. 2151, pág.277.

⁸ Résolution (99) 50 sur le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, adoptée par le Comité des Ministres le 7 mai 1999 alors de sa 104e Session.



han estado, por orden cronológico: Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado (1999-2006), Thomas Hammarberg (2006-2012), Nils Muižnieks (2012-2018) y Dunja Mijatović (2018-2024). Actualmente, desde el día 1 de abril de 2024 es Michael O' Flaherty el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa⁹. Esta enumeración, que no es un simple capricho, resulta pertinente dado el protagonismo que reviste quien se encuentra al frente de la institución que nos encontramos analizando, máxime cuando tan solo puede apoyarse en una oficina exigua tanto en medios materiales como humanos.

La labor del Comisario -que debe ejercer bajo las premisas de independencia, imparcialidad y cooperación con los Estados miembros del Consejo de Europa- se centra en llevar a cabo los objetivos fundamentales contenidos en la Resolución, cuales son:

1. el fomento de la educación y sensibilización en materia de derechos humanos en todos los Estados miembros del Consejo de Europa,
2. la identificación de las posibles insuficiencias en el Derecho y la práctica de los Estados miembros en lo concerniente al respeto de los derechos humanos, tal y como están contenidos en los instrumentos del Consejo de Europa, fomentando la aplicación de estas normas por parte de los

⁹ Michael O'Flaherty takes up office as Council of Europe Commissioner for Human Rights: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/michael-o-flaherty-takes-up-office-as-council-of-europe-commissioner-for-human-rights>. (Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2024).



Estados miembros y, con su acuerdo, colaborar con ellos para subsanar dichas insuficiencias,

3. la contribución al fomento del respeto efectivo y el pleno goce de los derechos humanos en los Estados miembros.

El Comisario, en el ejercicio de sus funciones y para el cumplimiento de sus objetivos, puede emitir Recomendaciones, Opiniones e Informes. Hasta el momento, se han emitido por parte del Comisario nueve recomendaciones, doce opiniones (a las que añadir dos reflexiones consideradas como tales) y 330 informes (de los cuales, 198 son de visitas realizadas a los Estados miembros, 109 de su actividad periódica y 23 de su actividad anual). También ha emitido 21 documentos temáticos.

A todo ello cabe añadir que, a raíz de la entrada en vigor del Protocolo nº 14 al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰, que se produjo el 1 de julio de 2010, el Comisario de Derechos Humanos también tiene la facultad de intervenir *motu proprio* en los procedimientos que se sustancien ante el TEDH. Esta novedad incrementa sus competencias y permite asegurar una mayor protección y defensa de los derechos humanos contemplados en el Convenio. Y ello porque, con carácter previo a dicho Protocolo nº 14, el Comisario tan solo podía hacerlo en caso de que el Tribunal le invitase a remitir sus observaciones escritas en los casos que considerase oportuno, tal y como sucedió en tres de ellos, viendo por tanto limitado su

¹⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, v. 2677, pág.27.



ámbito de actuación en sede contenciosa, pues no quedaba concebido como un derecho del Comisario a intervenir en los asuntos que desee, sino que estaba supeditado al requerimiento del Tribunal.

Asimismo, con la modificación realizada el 18 de enero de 2017 de las Reglas del Comité de Ministros para la vigilancia de la ejecución de las sentencias (Regla 9), el Comisario puede enviar al Comité de Ministros comentarios por escrito acerca del cumplimiento de las sentencias del Tribunal por parte de los Estados.

Por último, la institución del Comisario está facultada, por mor del artículo 3 del Protocolo N.º 16 al CEDH¹¹, tanto para presentar observaciones por escrito como para participar en las audiencias relacionadas con la tramitación de una opinión consultiva ante el TEDH. Estas opiniones consultivas pueden ser formuladas, desde el 1 de agosto de 2018, por los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados parte en el CEDH, acerca de cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos. De esta forma, se le ha concedido al Comisario una prerrogativa equivalente a la que detenta en sede contenciosa ante el Tribunal.

Con todo, es remarcable que la totalidad de las Opiniones se han emitido en el periodo de 1999 a 2015, lo que denota un desuso por parte de los últimos Comisarios en el cargo de este instrumento. Por lo que a las Recomendaciones respecta, tras un impasse de diez años, fueron recuperadas por la Comisaria Mijatović como instrumento de ayuda a los Estados miembros para

¹¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, v. 3262.



cumplir con sus obligaciones de respeto a los derechos humanos por las que están obligados y con el mayor grado de protección posible para las personas.

Por su parte, la elaboración de informes -ya sea por razón de la materia de derechos humanos a tratar, por la realización de visitas a diferentes Estados o como resumen anual de su actividad- sí que se ha mantenido constante y proporcional por los diferentes Comisarios, siendo el principal medio utilizado para destacar las inobservancias en el respeto a los derechos humanos por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Esta situación contrasta con el constante aumento de intervenciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹², así como de la supervisión de la ejecución de sus sentencias en base a las competencias que se han atribuido al Comisario tras la enmienda de la Regla 9 del Comité de Ministros. Sin duda, el Comisario de Derechos Humanos ha observado que, con las últimas modificaciones operadas, dispone de otros mecanismos que, más allá de su utilidad, resultan ser en ocasiones más eficaces para poner en escena y reforzar su figura y

¹² Las últimas se han presentado el día 22 de octubre de 2024, en relación con tres demandas, contra Polonia, Lituania y Letonia por devoluciones sumarias a Bielorrusia de solicitantes de asilo; cuestión que, como se abordará posteriormente, ha sido objeto de intervenciones previas del Comisario, concretamente en relación con España. Puede consultarse en: <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/commissioner-of-flaherty-intervenues-in-three-cases-concerning-summary-returns-of-asylum-seekers-from-lithuania-latvia-and-poland-to-belarus> (Fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024).



actividad de defensa y promoción de los derechos humanos, dado el conocimiento y autoridad de los que ya goza el Tribunal.

2.- La práctica del Comisario en relación con España

Una vez presentada y analizada la institución del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, hemos de continuar profundizando en cuáles han sido sus aportaciones a la protección, defensa y promoción de los derechos humanos en España.

Para ello, abordaremos en primer lugar las diferentes visitas realizadas y los informes concretos sobre España publicados a raíz de las mismas. Posteriormente, trataremos los contenciosos sustanciados ante el TEDH en los que ha intervenido el Comisario y que tenían al Estado español como demandado. Por último, haremos mención a las recomendaciones y opiniones en los que España ha sido mencionada como ejemplo en la protección y promoción de determinados derechos humanos, sin dejar de lado los casos en los que el Comisario ha debido comunicarse con nuestras autoridades ante violaciones puntuales y situaciones críticas para los derechos humanos en nuestro país.

2.1.- Visitas a España y sus informes al respecto

Al albur de que el primer Comisario tuviese origen español y de que además previamente hubiese ocupado el cargo de Defensor del Pueblo en nuestro Estado nos encontramos con las dos primeras visitas del Comisario en los primeros años de existencia de la institución. Así las cosas, D. Álvaro Gil-Robles visitó España como Comisario en dos ocasiones, estando la primera circunscrita a un ámbito territorial y material concreto,



mientras que en la segunda se llevó a cabo una visita más amplia, en lo concerniente al ámbito material o temático de la misma.

La primera de las visitas tuvo lugar del 5 al 8 de febrero de 2001 y su destino fue tanto Madrid como el País Vasco¹³. Siendo conocedor de la situación que se vivía como consecuencia de la intensa actividad terrorista por parte de ETA y de la amenaza que suponía para los derechos humanos, el Comisario pudo valorar con diferentes organizaciones de víctimas del terrorismo, la sociedad civil y el poder político estatal y autonómico las actuaciones llevadas a cabo para erradicar la violencia, su enaltecimiento, la protección de las víctimas y la prevención de violaciones de derechos humanos en el ámbito policial y penitenciario. Fruto de esta visita, el Gobierno español abasteció de más información al Comisario¹⁴, para dar cuenta de la magnitud que alcanzaba la tragedia terrorista tanto en daños humanos como materiales. La segunda de las visitas de D. Álvaro Gil-Robles aconteció entre el día 10 y el 19 de marzo 2005¹⁵, examinando por primera vez en el conjunto del

¹³ CommDH (2001)2, Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos, sobre su viaje a España y, en particular, al País Vasco, 5 al 8 de febrero de 2001, para el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria, Estrasburgo, 9 de marzo de 2001.

¹⁴ Rapport sur les suites données aux recommandations du Commissaire aux Droits de l'Homme après sa visite au Pays Basque espagnol (5-8 février 2001).

¹⁵ CommDH (2005)8, Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España, 10-19



Estado el respeto de los derechos humanos en áreas que van desde la situación de la población gitana, hasta la violencia de género, no sin antes detenerse en el contexto derivado de la actividad terrorista todavía existente en aquel momento, el sistema penitenciario o la necesidad de reformas legislativas y presupuestarias en la Administración de Justicia.

Posteriormente, siendo Nils Muižnieks el Comisario, visitó nuestro país entre los días 3 y 7 de junio de 2013¹⁶, alarmado por las consecuencias que podría tener en el disfrute de los derechos humanos la situación de grave crisis económica que se vivía en el país desde hacía ya varios años, especialmente por parte de la población más desfavorecida. También abordó el uso de la fuerza policial para mantener el orden público, asunto que, como después se mencionará, mereció el envío de una misiva una vez aprobada la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Ya más recientemente, la Comisaria Dunja Mijatović visitó España del 21 al 25 de noviembre de 2022¹⁷, destacando que debe "promover los derechos sociales, garantizar mejor las libertades de expresión y reunión,

de marzo de 2005, a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2005.

¹⁶ CommDH (2013)18, Informe por Nils Muižnieks, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, tras su visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013, Estrasburgo, 9 de octubre de 2013.

¹⁷ CommHR(2023)9, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Dunja Mijatović, Report following her visit to Spain from 21 to 25 november 2022, Estrasburgo, 13 de abril de 2023.



así como mejorar los derechos humanos de refugiados, solicitantes de asilo y migrantes”. En su posterior informe, la Comisaria destacó la necesidad de que el Estado español luche contra las desigualdades que pudo comprobar en España en materia de salud y vivienda, de proteger las libertades antes mencionadas y de permitir a las personas que buscan asilo entrar en el territorio por vías legales y seguras.

A mayor abundamiento, la Sra. Mijatović destacó que los derechos concernidos no se aseguran de la misma forma en las diferentes regiones de España: sirva de ejemplo que refería mejoras en la atención a los migrantes en Canarias, mientras deploraba que -todavía- el acceso a Melilla únicamente pudiera hacerse a nado o escalando la valla existente; o que las disparidades existentes en los sistemas sanitarios podían comprometer los avances realizados recientemente en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Mención especial requiere, al menos por su candencia, la alarma que le generó a la Comisaria el problema estructural existente en el acceso a la vivienda, marcado por la escasa proporción de viviendas sociales, el coste elevado para alquilar o comprar una casa, los desahucios y el aumento de personas sin hogar, llegando incluso a recalcar que “el acceso a un alojamiento adecuado es un derecho humano que condiciona el disfrute de la mayoría del resto de derechos”.

Tal y como se puede constatar, la temática tratada en los informes elaborados tras las visitas a España es amplia y variada, muestra de la extensa labor del Comisario en su defensa de los derechos humanos.



Algunos temas han sido recurrentes y constantes en los informes de los distintos Comisarios, como la situación y el trato recibido por los inmigrantes y los solicitantes de asilo y refugio tras su llegada a territorio español o las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y el régimen de detención con incomunicación o los malos tratos recibidos durante la misma. Según se observará en otros ámbitos de actuación del Comisario en relación con España, dicha preocupación por la situación de las personas migrantes y solicitantes de asilo en nuestro país ha sido constante por parte del Comisario, pues fue abordada ya por D. Álvaro Gil-Robles en su segundo informe sobre España, de 9 de noviembre de 2005, llegando a formular hasta veinte recomendaciones al efecto, como evitar las devoluciones colectivas y en caliente y facilitar el acceso de los migrantes a la asistencia sanitaria, letrada y de las ONG.

Por el contrario, otros temas han sido tratados únicamente con ocasión de situaciones de urgencia para el respeto de determinados derechos humanos según el contexto político, económico o social del momento. Así las cosas, los informes del primer Comisario muestran una clara preocupación por las acuciantes vulneraciones de derechos en el marco de la violencia terrorista de ETA (no ya solo por la propia banda, sino que también en la respuesta del Estado ante la actuación terrorista), mientras que el informe del Comisario Muižnieks denota el apremio por conseguir que la grave crisis económica vivida a comienzos de la segunda década del siglo XX no supusiera una merma en el disfrute de los derechos de los colectivos más vulnerables, como la infancia o las personas con discapacidad.



2.2.- Las intervenciones ante el TEDH siendo España el Estado demandado

El Comisario ha intervenido en 41 ocasiones en asuntos sustanciados ante el TEDH. De ellas, una ha sido en relación con la supervisión del cumplimiento de una sentencia por remisión del Comité de Ministros ex artículo 46.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, mientras que cuatro veces lo ha hecho por invitación del propio Tribunal, en relación con dieciocho asuntos. Finalmente, en 36 ocasiones ha intervenido *motu proprio*, en relación con 119 casos (a los que añadir que, en tres de ellos, cuales son *N.D. y N.T. c. España y R.A y otros c. Polonia* ha vuelto a intervenir cuando se han recurrido ante la Gran Sala).

Según el artículo 44 del Reglamento de Procedimiento del TEDH¹⁸, para que el Comisario pueda intervenir debe informar de su intención por escrito al Secretario del Tribunal en el plazo de doce semanas desde que se notifica al Estado parte la demanda o la decisión de celebrar una audiencia. En caso de que no pueda comparecer personalmente, tiene que indicar al miembro de su oficina que haya designado como representante.

En el presente trabajo nos centraremos en los dos casos en los que el Estado demandado ante el Tribunal era España y el Comisario Europeo de Derechos Humanos ha ejercido su derecho de intervenir. Se trata de los Asuntos

¹⁸ Règlement de la Cour, Strasbourg, 28 mars 2024.



N.D. y N.T. c. España y María del Mar Caamaño Valle c. España.

En los *Asuntos N.D y N.T c. España*¹⁹, el Comisario Muižnieks intervino inicialmente ante la Sección Tercera del TEDH²⁰, continuando su labor la Comisaria Mijatović²¹, una vez que fueron remitidos ante la Gran Sala a solicitud del Estado español, que había sido condenado por vulneración del CEDH. Se trata de la acumulación de dos demandas interpuestas por un ciudadano de Malí y otro de Costa de Marfil que, tras saltar una de las vallas que separan Melilla de Marruecos y escalar la segunda, fueron descendidos por la Guardia Civil, detenidos y devueltos a Marruecos sin ser oídos individualmente, asistidos por letrados ni siquiera identificados. Una vez se encontraron en el territorio del Estado vecino fueron abandonados, sin contar con asistencia alguna²².

¹⁹ STEDH, Gran Sala, Asuntos N.D. y N.T. c. España, demandas n.º 8675/15 y 8697/15, 13 de febrero de 2020.

²⁰ CommDH (2015)27, Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 3, of the European Convention on Human Rights, Applications No. 8675/15 and No. 8697/15, N.D. v. Spain and N.T. v. Spain, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2015.

²¹ CommDH (2018)11, Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 3, of the European Convention on Human Rights, Applications No. 8675/15 and No. 8697/15, N.D. v. Spain and N.T. v. Spain, Estrasburgo, 22 de marzo de 2018.

²² Los hechos descritos en este caso realmente no difieren mucho de los ya alertados por el primer Comisario en el informe redactado tras su segunda visita a España, allá por el año 2005. Calificándolos como "inadmisible y gravemente



Ambos Comisarios alertaron al TEDH de que los hechos relatados por los demandantes trascienden más allá del caso concreto, pues se trata de una práctica asentada por parte de las autoridades españolas el devolver de forma sumaria a cualquier migrante que, siendo parte de un grupo más numeroso, entre en Melilla escalando la valla. Todo ello sin llevar a cabo un procedimiento individualizado ni de identificación de estas personas. Estas prácticas, que se intentaron fundamentar jurídicamente con la reforma normativa operada en 2015, suponen para la Comisaria una clara imposibilidad de proteger los derechos humanos de los migrantes, concretamente el de solicitar asilo, pues las devoluciones en caliente privan a los migrantes de su derecho a un recurso efectivo con el que impugnar su expulsión. Con todo, apremiaba a efectuar los cambios legales y administrativos que fueran necesarios para que la legislación interna española fuese acorde a la normativa internacional y europea en materia de asilo.

atentatorio a los derechos humanos de los emigrantes”, el Sr. Gil-Robles y Gil-Delgado aludía a la devolución a Marruecos por parte de España, “de forma expeditiva, de un grupo de más de setenta personas, constituido de entre los llegados a Ceuta y Melilla después de saltar el muro fronterizo”, no sin antes haber relatado que las autoridades marroquíes trasladan a estos emigrantes “en autobuses y camiones a puntos lejanos de su territorio, en pleno desierto, aparentemente abandonándolos a su suerte, sin agua y sin alimentos, con el fin de forzarles a cruzar la frontera con Argelia o Mauritania y regresar hacia sus países de origen”. Vid. CommDH (2005)8, Informe de Álvaro Gil-Robles, op.cit., Estrasburgo, 9 de noviembre de 2005, par. 120-123.



Ante el temor de que con la sentencia de la Gran Sala - declarando que en el caso de estos dos ciudadanos no se había vulnerado el CEDH- se diese vía libre a continuar con esta práctica de devoluciones en caliente por las autoridades españolas y se adoptara como ejemplo por otros Estados europeos que se encuentren en la misma situación, la Comisaria Mijatović emitió una Recomendación el 7 de abril de 2022²³. Gracias a su visión y misión, la Comisaria aborda este problema común a muchos Estados miembros del Consejo de Europa, recalcando la necesidad de colaborar en esta materia con los ombudsmen nacionales y que los Estados no han de coartar ni reprimir la actuación que los defensores de derechos humanos lleven a cabo con los solicitantes de asilo.

De igual modo analiza el estado de esta cuestión tras la sentencia *N.D y N.T c. España*, destacando que la misma se refiere a un caso concreto y que no puede entenderse como un aval del Tribunal a la práctica estatal (que sigue llevándose a cabo en Ceuta y Melilla), en tanto en cuanto los derechos humanos requieren de una necesaria individualización para ser realmente garantizados por los Estados (asistencia letrada para cada persona, procedimiento de solicitud de asilo individual, etc.) en cuyo territorio están realmente produciéndose las violaciones de derechos humanos, por mucho que en él se hayan construido vallas fronterizas y se intente descargar la responsabilidad en los propios migrantes por no haber utilizado los cauces legales oportunos (en

²³ CommDH (2022)6, Recommendation "Repoussés au-delà des limites: quatre domaines d'action urgente pour faire cesser les violations des droits de l'homme aux frontières de l'Europe", Strasbourg, 7 de abril de 2022.



este sentido, la Comisaria recalca que, ante ulteriores casos, el TEDH deberá analizar si el no recurrir a esa “vía legal” es por causa imputable al propio Estado)²⁴. La Comisaria también recuerda que la sentencia no se ha de utilizar para justificar actuaciones similares en cualquier frontera ni ante interceptaciones de migrantes en el mar, así como que los Estados no pueden aludir a situaciones de salud pública ni a la llegada masiva de personas migrantes para proceder a su devolución sin cumplir con las obligaciones derivadas de los derechos contemplados en los artículos 2 y 3 del CEDH.

Por lo que respecta al *Asunto María del Mar Caamaño Valle c. España*²⁵, relativo a la privación del ejercicio del derecho de voto a personas con discapacidad intelectual²⁶, la Comisaria Mijatović manifestó una

²⁴ En esta línea, se ha de poner de manifiesto que, aunque en la frontera de Beni-Enzar es posible tramitar una solicitud de asilo, la efectividad de esta con los medios existentes actualmente no es proporcional a la cantidad de personas concernidas que afluyen a las fronteras terrestres de España con Marruecos. Asimismo, la Comisaria ya recalcó en su intervención ante el Tribunal que “el acceso a este puesto fronterizo sigue siendo imposible para las personas procedentes de África subsahariana que se encontraban en el lado marroquí de la frontera, por lo que la única opción para llegar a España es escalando las vallas”.

²⁵ STEDH, *Caamaño Valle c. España*, demanda n.º 43564/17, 11 de mayo de 2021.

²⁶ Esta vulneración de derechos humanos ya había sido remarcada por el Comisario Nils Muižnieks, en su informe de 9 de octubre de 2013, destacando que alrededor de 800.000



posición contraria a la restricción del derecho al sufragio con base en la discapacidad mental de una persona, incluso mediando una decisión judicial, dado que, quienes se encuentren en dicha situación, pueden ejercer su derecho al voto con las medidas necesarias para hacerles accesibles los procedimientos electorales²⁷. A mayor abundamiento, alertó de que esta práctica no era exclusiva de España, sino que también se llevaba a cabo en otros Estados miembros del Consejo de Europa, urgiendo a su abandono para que los Estados realmente cumplieren con los estándares internacionales de respeto a las personas con discapacidad por los que se han obligado y que las necesidades de este colectivo se garanticen de forma efectiva.

Si bien la intervención ante el TEDH de la Comisaria únicamente fue acogida de buen grado por el juez Lemmens en su opinión disidente²⁸, la práctica posterior es la que ha dado la razón a su interpretación del CEDH a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁹ (de la que también son parte la práctica totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa): el 7 de diciembre de 2018 entraba

personas con discapacidad estaban privadas del ejercicio de su derecho al sufragio.

²⁷ CommDH (2018)16, Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 3, of the European Convention on Human Rights, Application No. 43564/17, María del Mar Caamaño Valle v. Spain, Estrasburgo, 9 de julio de 2018.

²⁸ STEDH, Caamaño Valle c. España, demanda n.º 43564/17, 11 de mayo de 2021, opinión disidente del juez Lemmens, par. 10.

²⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2515, pág. 3.



en vigor la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, por la que se modificaba el Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. El título de la norma es más que ilustrativo de dicho triunfo.

2.3.- Otras actuaciones del Comisario en relación con la situación de los derechos humanos en España

Aun siendo las visitas realizadas a nuestro Estado y sus subsiguientes informes, así como la intervención en asuntos ante el TEDH en los que España ha sido demandada, los mecanismos más sobresalientes de la actuación del Comisario respecto a España, hemos de reseñar también que, en ocasiones, ha tanto alabado como afeado determinadas prácticas, normas o políticas, según su nivel de cumplimiento con los estándares de derechos humanos.

En este sentido, el Comisario Hammarberg remarcó positivamente en una de sus Recomendaciones, relativa a la implantación de los derechos humanos en el ámbito nacional³⁰, la existencia en España de Defensores del Pueblo regionales como muestra de la necesaria cercanía y popularidad que ha de tener la institución del

³⁰ CommDH (2009)3, Recommendation on systematic work for implementing human rights at the national level, by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Estrasburgo, 18 de febrero de 2009, pág. 14.



ombudsman, especialmente en los Estados más grandes³¹.

Asimismo, en su Opinión relativa a las visitas familiares a personas privadas de libertad³², el Comisario elogió nuestro sistema penitenciario, pues aquellos presos a los que no se les permite la salida, tienen la posibilidad de recibir cada mes una visita privada de tres horas como máximo, en una habitación separada, donde no pueden ser vistos ni escuchados por los funcionarios de la prisión.

En otro orden de cosas, negativas más bien, el Comisario, a falta de una constatación *in situ* de cuestiones apremiantes en relación con el cumplimiento de España en materia de derechos humanos, se ha visto en la tesitura de enviar misivas a las autoridades responsables de las mismas. Es esta otra de las vías que tiene para llamar la atención sobre determinados asuntos candentes que, antes de que deriven en un grave incumplimiento por parte del Estado y de que supongan un daño irreparable para las víctimas, emplea para situaciones concretas de violaciones de derechos humanos que llaman su atención por la suma gravedad y perentoriedad que revisten.

³¹ Ejemplo de ello son los Síndic de Greuges (valenciano y catalán), el Ararteko, el Valedor do Pobo Galego, el Justicia de Aragón, el Defensor del Pueblo Andaluz, el Diputado del Común de Canarias, el Defensor del Pueblo de Navarra y el Procurador del Común de Castilla y León.

³² CommDH (2008)15, Avis du Commissaire aux Droits de l'Homme sur les visites familiales aux personnes privées de liberté, Estrasburgo, 16 de junio de 2008, pág. 7.



Por lo que a España respecta, el Comisario ha tenido que dirigirse en ocho ocasiones a autoridades de nuestro Estado, a causa de motivos aún de actualidad y que van desde la protección de los migrantes y solicitantes de asilo a la aprobación y modificación de la Ley de Seguridad Ciudadana, pasando por cuestiones de nuestra legislación penal, el uso de la fuerza contra manifestantes o la situación social en la que se encuentra la población gitana en España.

Considerando una vez más la importancia que el Comisario ha otorgado, en relación con nuestro Estado, tanto en sus informes como en las intervenciones ante el TEDH, a la protección de las personas migrantes y solicitantes de asilo, nos centraremos en las tres cartas dirigidas al Ministerio del Interior español en esta materia. Así las cosas, el 1 de julio de 2016, el Comisario Muižnieks envió una carta al ministro del Interior de aquel entonces³³, preocupado por la situación generada en Ceuta y Melilla al no establecer la legislación española garantías suficientes contra las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente ni las salvaguardas necesarias para que el derecho de toda persona a pedir asilo sea disfrutado, indistintamente de la forma de llegada a territorio español. También urgía la adopción de un marco procedimental para asegurar que los

³³ CommDH(2016)26, CommHR/NM/sf 033-2016, Letter from the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Nils Muižnieks, to Mr Jorge Fernández Díaz, Minister of the Interior of Spain, concerning the human rights of immigrants and asylum-seekers in Spain, Estrasburgo, 1 de julio de 2016.



oficiales de las fronteras tuvieran instrucciones claras acerca de cómo lidiar con los flujos migratorios.

Este escrito se envió por el Comisario teniendo en cuenta las pruebas que se le remitieron sobre la expulsión en la frontera ceutí, en junio de 2016, de personas a las que no se les había ni siquiera identificado ni mucho menos prestado la debida asistencia. En esta línea, el Comisario recordaba las obligaciones de España en materia de protección de los solicitantes de asilo, derivadas tanto del CEDH como de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y reiteraba la necesidad de poner fin a la práctica de las devoluciones en caliente. Además, solicitaba que se le aportase más información sobre la normativa que se fuera a adoptar para regular las actuaciones de la policía fronteriza en Ceuta y Melilla.

A mayor abundamiento, el Comisario incidía en que había intervenido - hacía escasamente unos meses - en los *Asuntos N.D. y N.T. contra España*, exponiendo estas cuestiones. Así las cosas, observamos una clara intención de ligar entre sí sus diferentes mecanismos de actuación siempre en pro de la defensa de los derechos humanos, más aún en una materia que le es de suma importancia por las graves violaciones que podrían estar produciéndose de forma sistemática en relación con las personas que intentan llegar a Estados europeos a solicitar asilo.

Desafortunadamente, la respuesta gubernamental española no fue más allá de las buenas palabras³⁴, sin

³⁴ CommDH/GovRep(2016)15, Reply from the Spanish authorities to the letter of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Nils Muižnieks, concerning the human rights



proveer de más información sobre las medidas legislativas solicitadas, limitándose a exponer que se cumplía con la normativa internacional en lo que a refugiados y solicitantes de asilo respecta. Incluso se podía atisbar la infravaloración del Comisario frente a otro órgano del Consejo de Europa, como el TEDH, en la medida en que el Gobierno español supeditó la continuidad de los rechazos en frontera a la decisión que finalmente tomase el Tribunal en los Asuntos a los que se ha hecho referencia y que no aconteció hasta cuatro años después. Es decir, se prefirió por parte de España continuar aplicando dichas medidas a los refugiados y solicitantes de asilo, a pesar de ser presuntamente atentatorias contra los derechos humanos tal y como daba a conocer el Comisario, hasta obtener un pronunciamiento jurisdiccional que tener en cuenta y utilizar como espaldarazo a las prácticas de las devoluciones en caliente.

Posteriormente, la Comisaria Mijatović tuvo que hacer lo propio en sendas cartas de 27 de agosto de 2020³⁵, dirigida tanto al Ministro del Interior como al Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y de 1 de julio

of immigrants and asylum-seekers in Spain, 12 de julio de 2016.

³⁵ CommDH(2020)17, CommHR/DM/sf 016-2020, Letter to Mr José Luis ESCRIVÁ BELMONTE, Minister for Inclusion, Social Security and Migration, and Mr Fernando GRANDE-MARLASKA, Minister for Home Affairs of Spain, by Dunja Mijatović, Council of Europe Commissioner for Human Rights, concerning the situation of migrants and asylum seekers in Melilla, Estrasburgo, 3 de septiembre de 2020.



de 2022³⁶, enviada a aquél únicamente. En la primera ponía de manifiesto el hecho de que los solicitantes de asilo estuviesen albergados -cuando no, hacinados- en la Plaza de Toros de Melilla tras el cierre prolongado del CETI (Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes) de dicha ciudad. Por lo que a la segunda carta concierne, la Comisaria hacía alusión a la tragedia acontecida el 24 de junio de 2022 en la valla que demarca la frontera de Melilla con Marruecos, donde 23 personas perdieron la vida al intentar llegar a territorio español.

En ambas relataba que la situación de estas personas migrantes y solicitantes de asilo era totalmente inadecuada si se tienen en cuenta los estándares de derechos humanos por los que se ha comprometido España. Si bien en la primera honraba la acogida en hoteles y traslados a la Península de algunas de las personas migrantes o refugiadas que se encontraban en Melilla, solicitaba más información sobre el alojamiento de las restantes, las medidas tomadas para remediar el problema de alojamiento existente y el acceso de abogados y actores sociales a la Plaza de Toros de dicha localidad. Por su parte, en la segunda el tono era más elevado, acorde con las dramáticas circunstancias acaecidas, reclamando la Comisaria una investigación independiente por parte de las autoridades españolas que incluso fuera más allá y reevaluara las políticas y circunstancias que rodean la cooperación entre

³⁶ CommDH(2022)16, CommHR/DM/sf 020-2022, Letter to Fernando Grande-Marlaska Gómez, by Dunja Mijatović, Council of Europe Commissioner for Human Rights, concerning the human rights of refugees, asylum seekers and migrants in Spain, in particular at the borders of Ceuta and Melilla, Estrasburgo, 8 de julio de 2022.



Marruecos y España en materia de inmigración, de tal forma que se prevengan futuras tragedias y se cumpla con los estándares de derechos humanos.

Así las cosas, el ministro del Interior suscribió sendas respuestas a la Comisaria: la primera de ellas³⁷, sin ofrecer mayor detalle ni precisión, salvo por lo que respecta a un escaso número de personas que sí se consideraron aparentemente acreedoras del derecho de asilo; la segunda³⁸, de tenor más diplomático que de mostrar vinculación por lo relatado por la ombudsman del Consejo de Europa, a pesar de aportar datos estadísticos remarcables, incurría en el error de extender los efectos de la sentencia *N.D. y N.T. c. España* a todas las situaciones de "rechazo en frontera" y de considerar a Marruecos como un Estado respetuoso con los derechos humanos.

En dichas cartas la Comisaria recordaba igualmente el contenido de sus Recomendaciones más recientes en materia de protección de los derechos de los refugiados, solicitantes de asilo y migrantes. A este respecto, en su

³⁷ CommDH/GovRep(2020)9, Reply by Fernando GRANDE-MARLASKA, Minister for Home Affairs of Spain, to the letter of Dunja Mijatović, Council of Europe Commissioner for Human Rights, on issues relating to the situation of migrants and asylum seekers in Melilla, 3 de septiembre de 2020.

³⁸ CommDH/GovRep(2022)8, Reply of the Minister of Interior of Spain, Fernando Grande-Marlaska, to the letter of Dunja Mijatović, Council of Europe Commissioner for Human Rights, concerning the human rights of refugees, asylum seekers and migrants in Spain, in particular at the borders of Ceuta and Melilla, 13 de julio de 2022.



Recomendación de 18 de junio de 2019³⁹, la Comisaria destacaba la necesidad de que los Estados protejan y colaboren con las ONGs que tienen como misión la defensa de los derechos de estas personas y, especialmente, su derecho a la vida y de que colaboren con los terceros Estados de donde provienen.

Remarcable resulta además que, alarmada por la cantidad de ahogamientos de personas tratando de llegar a las costas Canarias, la Comisaria indicara, tanto en la misiva de 27 agosto de 2020 como en el informe de seguimiento de la Recomendación que nos concierne, de fecha de 23 de marzo de 2021⁴⁰, que las recomendaciones sobre búsqueda y salvamento efectivos y sobre desembarque seguro y rápido en relación los problemas migratorios en el Mediterráneo central podían hacerse extensivas a la situación que se vivía -y sigue viviéndose- en el archipiélago atlántico.

Además de las comunicaciones enviadas por asuntos relacionados con la situación de las personas migrantes a la hora de entrar y permanecer en territorio español, a través de este mecanismo, los diferentes Comisarios también han intentado contribuir a mejorar la regulación y la protección de los derechos humanos en determinados grupos de población o en situaciones

³⁹ CommDH(2019)2, Recomendación "Vidas salvadas. Derechos protegidos. Superar los problemas en la protección a los refugiados y migrantes en el Mediterráneo", Estrasburgo, 5 de julio de 2019.

⁴⁰ CommDH(2021)6, Informe de seguimiento a la Recomendación elaborada en 2019, "Una llamada de socorro por los derechos humanos. La creciente brecha en la protección de las personas migrantes en el Mediterráneo", Estrasburgo, 23 de marzo de 2021.



adversas. Así, el Comisario Hammarberg identificó un nutrido número de buenas prácticas en relación con los derechos de la población gitana en materia de acceso al empleo, a los servicios de salud y la vivienda, a una educación de calidad para los niños y lucha contra prácticas discriminatorias, no sin antes advertir que la crisis económica del momento no debía de menoscabar dichos avances ni cesar en la lucha contra las vulneraciones de derechos que aún seguían sucediendo⁴¹. Esta misiva se envió tras una breve visita realizada a España entre el 4 y 6 de abril de 2011, centrada exclusivamente en la protección de los derechos humanos de la población gitana y que, a diferencia de otras de mayor duración, no fue subseguida de un informe⁴².

Por su parte, el Comisario Muižnieks se cartegó con el Ministerio del Interior con ocasión de los sucesos acontecidos en Cataluña el 1 de octubre de 2017⁴³, reconociendo que, a pesar de la dificultad que entrañaba

⁴¹ CommDH(2011)19, CommHR/JAK/sf 018-2011, Letter from the Council of Europe Commissioner for Human Rights to Ms Leire Pajin, Minister of Health, Social Policy and Equality of Spain (9 May 2011), Estrasburgo, 1 de junio de 2011.

⁴² CommDH(2011)28, 2e rapport trimestriel d'activités 2011 par Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme (1er avril au 30 juin 2011), Estrasburgo, 7 de septiembre de 2011, págs. 7, 18-19.

⁴³ CommDH(2017)30, CommHR/NM/jp 036-2017, Letter to the Spanish authorities concerning disproportionate use of force against demonstrators (freedom of assembly) by Nils Muižnieks, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Estrasburgo, 3 de octubre de 2017.



la situación, debía de proporcionarse en todo momento a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado las instrucciones necesarias para asegurar que la fuerza empleada fuera proporcionada y sin material antidisturbios que no cumpliera con los estándares establecidos en los diferentes tratados del Consejo de Europa. Apenas dos días después, se confirmó por parte del Ministro que la actuación realizada se había caracterizado por la prudencia y la proporcionalidad, enmarcándose en lo instado por las diferentes resoluciones judiciales⁴⁴.

Finalmente, la Comisaria Mijatović aprovechó dos iniciativas legislativas de reforma de la Ley de Seguridad Ciudadana, tanto en 2018 como en 2022⁴⁵, para trasladar a los presidentes de las Cortes Generales la necesidad de que la normativa española no contemplara sanciones administrativas desproporcionadas que coartaran la libertad de expresión y manifestación⁴⁶.

⁴⁴ CommDH/GovRep(2017)13, Reply of the Minister of Interior of Spain to the Commissioner's letter concerning disproportionate use of force against demonstrators (freedom of assembly), 5 de octubre de 2017.

⁴⁵ CommDH(2018)27, CommHR/DM/sf 087-2018, Letter to Ana PASTOR JULIÁN, President of the Congress of Deputies of Spain, and to Pío GARCÍA ESCUDERO, President of the Spanish Senate, concerning the review of the 2015 Law on Citizens' Safety, by Dunja Mijatović, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Estrasburgo, 22 de noviembre de 2018.

⁴⁶ CommDH(2022)4, CommHR/DM/sf 005-2022, Letter to Mr José Luis ÁBALOS MECO, President of the Interior Committee of the Congress of Deputies of Spain, Ms Ana Meritxell BATET LAMAÑA, President of the Congress of Deputies and to Mr Ander GIL GARCÍA, President of the Senate, by Dunja Mijatović, Council of Europe Commissioner for Human Rights,



Asimismo, se comunicó con el Ministro de Justicia en el año 2021 solicitando que los delitos de enaltecimiento del terrorismo, de calumnias e injurias a la Corona y de ofensas a los sentimientos religiosos se adecuaran en su tipicidad a lo previsto en la jurisprudencia del TEDH⁴⁷, a lo que si bien se respondió por el remitente que era la intención del Gobierno iniciar la reforma de los mismos⁴⁸, hasta el momento la normativa penal española en dicha materia no ha sufrido modificación alguna.

Con todo, se puede advertir que, por medio de estas comunicaciones con las autoridades nacionales, el Comisario puede ejercer una actuación más temprana dentro de sus competencias, sin tener que llegar a personarse *in loco*, lo que le permite supervisar de forma inmediata y amplia el cumplimiento de los derechos humanos en cada Estado, frente al control más restringido y subsidiario que realiza el TEDH. Asimismo, le permite reforzar las consideraciones expuestas por dicho tribunal -o por otros órganos del Consejo de Europa, como el Comité Europeo para la Prevención de

concerning the resumption by the Congress of Deputies of the review of the 2015 Law on Citizens' safety, Estrasburgo, 11 de febrero de 2022.

⁴⁷ CommDH(2021)9, CommHR/DM/sf 015-2021, Letter to Mr. Juan Carlos CAMPO, Minister of Justice of Spain, by Ms Dunja Mijatović, Council of Europe Commissioner for Human Rights, regarding several provisions of Spain's criminal legislation, Estrasburgo, 22 de marzo de 2021.

⁴⁸ CommDH/GovRep(2021)3, Reply of Mr. Juan Carlos CAMPO, Minister of Justice of Spain, to the letter of Ms Dunja Mijatović, Council of Europe Commissioner for Human Rights, 22 de marzo de 2021.



la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes- en sus sentencias, respecto a la protección de determinados derechos humanos.

2.4.- Influencia del Comisario de Derechos Humanos en los debates parlamentarios, la normativa y la jurisprudencia en España

La actividad del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa no se ha limitado a la elaboración de informes o a su intervención ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que ha proyectado una influencia tangible en la producción normativa, los debates parlamentarios previos, tanto en el ámbito estatal como autonómico, así como en diferentes sentencias.

En el plano legislativo, resulta especialmente significativo que algunas normas autonómicas en materia de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales hayan incorporado referencias a informes y recomendaciones del Comisario, utilizándolos como fundamento o apoyo argumental en sus exposiciones de motivos. Así, aunque ambas hayan sido ya superadas por la normativa en vigor en la materia, la Ley 14/2012, de 28 de julio⁴⁹, del País Vasco, reconoció la relevancia del informe "Derechos Humanos e Identidad de Género"⁵⁰, elaborado

⁴⁹ BOE-A-2012-9664, Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, «BOE» núm. 172, de 19 de julio de 2012.

⁵⁰ CommDH/IssuePaper(2009)2, Derechos Humanos e Identidad de Género, Issue Paper de Thomas Hammarberg,



en julio de 2009 por el Comisario Hammarberg como marco interpretativo en materia de derechos de las personas trans. Y, de igual modo, la Ley 8/2014, de 28 de octubre⁵¹, de Canarias, mencionó también dicho informe como referencia internacional relevante en la protección de los derechos humanos vinculados a la identidad de género.

Esta línea de recepción normativa se consolida con la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Aragón⁵², cuya exposición de motivos no solo remite nuevamente al informe del Comisario de Derechos Humanos de julio de 2009, sino que lo integra junto con la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁵³, evidenciando la progresiva asimilación de los estándares promovidos por el Comisario en el ordenamiento jurídico español.

Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Estrasburgo, 29 de julio de 2009.

⁵¹ BOE-A-2014-11995, Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, «BOE» núm. 281, de 20 de noviembre de 2014.

⁵² BOE-A-2018-7154, Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, «BOE» núm. 131, de 30 de mayo de 2018.

⁵³ Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, adoptada por el Comité de Ministros el 31 de marzo de 2010 en la 1081ª reunión de Delegados de los Ministros.



Junto a la producción normativa, la documentación parlamentaria estatal revela que los informes y comunicaciones del Comisario con nuestras autoridades han sido traídos a colación en debates sobre leyes y la situación en España de determinados derechos humanos. En el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados se constata la mención por parte de nuestros representantes electos a informes del Comisario tras visitas oficiales a España, particularmente en debates relativos a las consecuencias de las medidas de austeridad adoptadas durante la pasada década en los derechos de las personas más vulnerables⁵⁴.

Por su parte, en el Senado también se ha hecho referencia al Comisario y a sus instrumentos de actuación en sesiones dedicadas a la política migratoria y de asilo⁵⁵, en preguntas al Gobierno sobre el cumplimiento de las medidas recogidas en el informe del Comisario del año 2013⁵⁶, así como en el todavía entonces proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana⁵⁷, reconociendo su función como

⁵⁴ Al menos en seis ocasiones se aludió a las medidas propuestas por el Comisario, señalándole como una institución internacional clave en la protección de los derechos humanos. Entre otros, se pueden consultar los Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados, X legislatura, nº 147, 151, 152, 158, 1987 y 248.

⁵⁵ Diario de Sesiones del Senado, XI legislatura, nº 4, sesión nº 3, 30 de marzo de 2016, págs. 84 y 92.

⁵⁶ Diario de Sesiones del Senado, X legislatura, nº 81, sesión nº 40, 22 de octubre de 2013, págs. 7238 y 7239.

⁵⁷ Diario de Sesiones del Senado, X legislatura, nº 147, sesión nº 68, 12 de marzo de 2015, págs. 14056, 14098 y 14105.



mecanismo esencial de supervisión y promoción de los derechos humanos en el continente europeo.

La influencia del Comisario en la protección de los derechos humanos en España también se aprecia en el ámbito jurisdiccional. De esta forma, los informes concernientes a España y a la tutela de diversos derechos humanos en el marco del Consejo de Europa han sido argüidos en distintas instancias y órdenes jurisdiccionales.

Así las cosas, se mencionan los informes elaborados sobre la situación en Chechenia con ocasión de la solicitud de extradición pasiva instada por la Federación de Rusia contra un ciudadano de dicho Estado, accediéndose a ella (auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 73/2007, de 25 de mayo); el informe elaborado por el comisario Muižnieks sobre la situación en Ucrania en el año 2016⁵⁸, para intentar conseguir la protección internacional en España de dos ciudadanos de dicho Estado (sentencias de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional 2307/2019, de 6 de junio y 4015/2019, de 23 de octubre); el informe elaborado en 2013 sobre la situación de los derechos humanos en España con ocasión de la desproporción de una sanción administrativa impuesta con base en la ya derogada Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Galicia 725/2015,

⁵⁸ CommDH(2016)27, Report by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, following his visit to Ukraine, from 21 to 25 March 2016, Estrasburgo, 11 de julio de 2016.



de 18 de diciembre); así como su informe de 2012⁵⁹, con motivo de sendos procedimientos sobre guarda de hecho de personas de mayor edad o con motivo de su ingreso no voluntario en un centro de tratamiento de trastornos psíquicos (autos de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona 371/2017, de 26 de septiembre y 305/2018, de 18 de mayo).

Concretamente en otros tres ámbitos los informes han sido citados en mayor ocasión y con éxito desigual. En primer lugar, por lo que respecta a la detención incomunicada e investigación de denuncias sobre tortura, pues se hace alusión a las constataciones del Comisario tras su visita a España en 2013, en cuyo informe posterior adujo que “seguían produciéndose violaciones de derechos humanos -en particular, malos tratos- en el contexto de la detención incomunicada” y exhortaba a las autoridades españolas a erradicar la práctica de la detención incomunicada, en cuanto que hacía probable que se produjeran más violaciones de derechos humanos (sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 31/2014, de 5 de diciembre; 5/2022, de 7 de marzo y 9/2022, de 11 de mayo; así como la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 620/2016, de 12 de julio).

En segundo lugar, en relación con la devolución de personas migrantes, se citaba al Comisario -junto con otras instituciones del Consejo de Europa- a propósito de la necesidad de que estas personas, expuestas a

⁵⁹ CommDH/IssuePaper(2012)2, A qui appartient-il de décider? Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales, Estrasburgo, 1 de noviembre de 2012.



semejante riesgo, puedan acceder a un recurso de carácter suspensivo contra la medida de expulsión (sentencias de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Andalucía 711/2023, de 22 de marzo; 1741/2023, de 3 de julio; 1889/2023, de 10 de julio; 1137/2024, de 22 de abril y 1343/2024, de 14 de mayo).

En tercer y último lugar, con motivo de proteger los derechos de los menores transexuales y transgénero se aludió al informe del Comisario en materia de identidad de género ya mencionado en las sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid 460/2018, de 4 de octubre; la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 685/2019, de 17 de diciembre y la de la Audiencia Provincial de Barcelona 365/2022, de 16 de noviembre.

De hecho, este tema fue objeto inicialmente de un auto por el que se planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por presunta vulneración de los artículos 15, 18 y 43.1, en relación con el 10.1, todos ellos de la Constitución, en tanto en cuanto solo se reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre. La sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, por la cual se estimó dicha cuestión recoge la asunción por parte de la Fiscal en sus alegaciones de dicho informe del Comisario, si bien únicamente se falló declarando inconstitucional la inclusión en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con "suficiente



madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”. Hubo que esperar a que la vigente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁶⁰, ya sí legitime (artículo 43), de forma adecuada y proporcional a su edad y situación, a los menores transexuales para ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo, en línea con la mayor protección que el Comisario pretendía brindar en su informe al no discriminar a los menores transexuales en el ejercicio de sus derechos.

Este conjunto de referencias parlamentarias, normativas y jurisprudenciales pone de relieve que la institución del Comisario de Derechos Humanos ha trascendido su naturaleza estrictamente internacional para convertirse en un actor con incidencia real en la configuración del Derecho interno español y en la orientación de los debates legislativos y las resoluciones judiciales, reforzando con ello la permeabilidad del ordenamiento jurídico de nuestro Estado a los estándares europeos de derechos humanos del Consejo de Europa.

2.5.- Valor jurídico de los informes del Comisario de Derechos Humanos. La aportación fundacional de Álvaro Gil-Robles.

El estudio de la incidencia del Comisario de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español no puede limitarse a la mera identificación de referencias explícitas

⁶⁰ BOE-A-2023-5366, Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, «BOE» núm. 51, de 1 de marzo de 2018.



a sus informes en normas o debates parlamentarios. Resulta imprescindible, desde una perspectiva científica, exponer el valor jurídico, doctrinal e institucional de dichos informes, así como la metodología que subyace a su elaboración y que explica su progresiva recepción en los ordenamientos internos de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Aunque los informes, recomendaciones y opiniones del Comisario carecen formalmente de fuerza jurídica vinculante, su relevancia no puede entenderse al margen del marco constitucional español. El artículo 10.2 de la Constitución española conmina a que las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades fundamentales se interpreten por parte de todos los órganos del Estado de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. En este contexto, tanto los informes como las recomendaciones e intervenciones ante el TEDH del Comisario constituyen un paradigma de los estándares contenidos en el CEDH y en otros instrumentos normativos del Consejo de Europa de los que España es Estado parte, lo que les confiere un indudable valor hermenéutico.

La autoridad material de estos informes se encuentra estrechamente vinculada al diseño institucional del Comisario de Derechos Humanos y a la práctica desarrollada desde su creación en 1999. A este respecto, resulta especialmente relevante la aportación doctrinal y testimonial de Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado, primer Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, quien ha explicado cómo la consolidación de la institución



se basó en la independencia, la credibilidad y el diálogo permanente con los gobiernos de los Estados miembros⁶¹.

Frente al carácter *ex post* del control jurisdiccional que realizan órganos como el TEDH o el Comité Europeo de Derechos Sociales, el Comisario actúa mediante visitas *in situ*, informes temáticos y recomendaciones dirigidas a detectar deficiencias sistémicas y a promover reformas normativas, administrativas e institucionales antes de que se produzcan violaciones reiteradas de derechos humanos.

Desde esta perspectiva, los informes del Comisario desempeñan una función anticipadora de tendencias interpretativas que, en algunos casos, han sido posteriormente asumidas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello permite calificarlos como una forma cualificada de *soft law*, dotada de una capacidad real de influencia sobre los ordenamientos internos, especialmente cuando existe una recepción progresiva de sus estándares por parte de los poderes públicos, ya sean del orden legislativo, ejecutivo o judicial.

En el caso español, esta dinámica resulta claramente perceptible en ámbitos como la protección de las personas migrantes y solicitantes de asilo, los derechos de las personas con discapacidad, la igualdad y no discriminación por razón de identidad de género o el

⁶¹ Gil-Robles y Gil-Delgado, Á., "Testimonio de los trabajos del primer Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa", *Presencia y aportación española en el Consejo de Europa*, Colección Foros y Debates del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 51, 2025, págs. 177-178.



ejercicio de las libertades de expresión y reunión. La incorporación de referencias al Comisario en exposiciones de motivos de normas estatales y autonómicas, así como su mención en debates parlamentarios y resoluciones judiciales, evidencia la existencia de un diálogo multinivel en materia de derechos humanos.

La principal aportación científica de este enfoque consiste en poner de relieve que la influencia del Comisario no se agota en la cita formal de sus informes, sino que se manifiesta en un proceso de sedimentación normativa y cultural en el seno del ordenamiento jurídico español. Tal y como subraya Gil-Robles, la eficacia del Comisario no descansa en la coerción jurídica, sino en la autoridad moral y en la capacidad de generar consensos en torno a estándares comunes de protección de los derechos humanos en el marco del Consejo de Europa⁶².

En definitiva, el análisis del valor jurídico y doctrinal de los informes del Comisario de Derechos Humanos permite afirmar que esta institución constituye un instrumento esencial de promoción y garantía de los derechos humanos en Europa, cuya incidencia en España ha sido progresiva en el tiempo, pasando de una ausencia o tibieza inicial a una notable consolidación como mecanismo complementario e indispensable al control jurisdiccional ejercido por el TEDH.

3.- Conclusiones

⁶² *Ibidem*.



PRIMERA. - A pesar de que después de un cuarto de siglo, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa sea uno de los órganos de esta organización internacional menos conocido, la realidad es que desde el comienzo de su actividad ha venido defendiendo sin ambages los derechos humanos en el continente europeo, dando debido cumplimiento a la misión encomendada. Desde la visita a Chechenia a finales de 1999, en el marco del conflicto armado que la asolaba, hasta la reciente carta enviada al presidente azerí por los arrestos indiscriminados de personas defensoras de los derechos humanos, el Comisario ha conseguido focalizar su actuación en aquellos asuntos más acuciantes para el estado de los derechos humanos en el conjunto del Consejo de Europa, sin dejar de lado las problemáticas propias de cada Estado. Todo ello sin olvidar su labor divulgadora de los derechos humanos y la continua comunicación con instituciones similares de otras organizaciones internacionales, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Sus informes, recomendaciones e intervenciones ante el TEDH no solo sirven para constatar deficiencias, sino que son elementos de estudio en los que pueden apoyarse las autoridades y órganos nacionales para mejorar el respeto de los derechos humanos en sus respectivos Estados y el nivel de cumplimiento de los tratados que han consentido en este ámbito.

SEGUNDA. - Asimismo, como se ha podido observar, su labor en materia de promoción y defensa de los derechos humanos es, además, omnicomprensiva, en tanto en cuanto no solo se centra en los derechos civiles y políticos contenidos en el CEDH y susceptibles de



conocimiento por el TEDH, sino que también vigila el cumplimiento por los Estados de otros de índole social, cultural o económico, que se ubicarían en la esfera de la Carta Social Europea (revisada).

TERCERA. - A mayor abundamiento, ha de recalcarse que el Comisario ha sabido ofrecer una visión más garantista para los individuos de los derechos humanos de los que son titulares, trascendiendo tanto el ámbito estatal de protección como el ámbito regional del Consejo de Europa, pues considera también en sus instrumentos los tratados de derechos humanos del marco normativo de Naciones Unidas por los que, en muchas ocasiones, los Estados europeos se han obligado también.

CUARTA. - Finalmente, por lo que en su relación con España respecta, teniendo en cuenta la reciente ratificación por parte de nuestro país del Protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶³, mediante el que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional podrán formular opiniones consultivas ante el TEDH sobre la interpretación o aplicación de los derechos y libertades consagrados en él en el seno de un caso del que estén conociendo, el Comisario tendrá la facultad de intervenir en las mismas aportando observaciones por escrito o participando en las audiencias. Se abre, en

⁶³ BOE-A-2025-18339, Instrumento de ratificación del Protocolo n.º 16 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Estrasburgo el 2 de octubre de 2013, «BOE» núm. 224, de 17 de septiembre de 2025, páginas 120227 a 120239.



consecuencia, una nueva vía para que el Comisario pueda aportar su conocimiento sobre el respeto a determinados derechos humanos en nuestro país ya desde el momento en que se está sustanciando un contencioso en nuestros tribunales internos, quienes en última instancia podrán beber de sus contribuciones siempre que el TEDH las acoja en su resolución sobre la cuestión prejudicial.

En definitiva, tal y como se ha expuesto en el análisis de su actividad en relación con España, la institución del Comisario permite configurar una visión de conjunto, integral y *pro homine* de los derechos humanos en el Consejo de Europa.

4.- Bibliografía

BAUTISTA CARTES, J.B., "¿Derechos Humanos en la frontera sur? A propósito de la STEDH de 13 de febrero de 2020 en el Asunto N.D. y N.T. c. España", *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, Dykinson, eBook, 2020, págs. 834-854.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., "El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa", *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2010, págs. 481-524.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Á., "La defensa de los derechos humanos a través de la acción del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa", *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Pizza Escalante*, Tomo II, 2003, págs. 749-769.



GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Á., *Un Comisario en el Consejo. Recuerdos en la bruma del olvido*, Ediciones Universidad de Valladolid: Instituto de Estudios Europeos, Valladolid, 2024.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Á., "Testimonio de los trabajos del primer Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa", *Presencia y aportación española en el Consejo de Europa*, Colección Foros y Debates del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 51, 2025, págs. 171-182.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., "Las modificaciones en el sistema de protección de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa tras la entrada en vigor del Protocolo 14", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, nº 1, 2011, págs. 15-38.

LOZANO CONTRERAS, F. "Enforcement of the Notion of Due Diligence in the Report of the Human Rights Commissioner of the Council of Europe Regarding his Visit to the Autonomous Basque Community". *Spanish Yearbook of International Law*, n.º 8. 2001-2002, págs. 53-69.

MIJATOVIĆ, D. Y WEBER, A., "The Council of Europe Commissioner for Human Rights and the European Court of Human Rights: an ever-closer relationship", *Revue québécoise de Droit International*, edición especial, 2020, vol. 33, págs. 79-98.

MUIŽNIEKS, N., "'Commissionating': My Stint as Commissioner for Human Rights", *European Convention on Human Rights Law Review*, 2025, págs. 1-17.



PASTOR PALOMAR, A., "El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Comisión Europea informan sobre los nuevos socios de la Unión", en *Anuario de Derecho Europeo*, vol. 3, 2005, Sevilla, págs. 136-160.

SCHMAHL, S. Y BREUER, M., *The Council of Europe. Its Law and Policies*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

SIVONEN, L., "The Commissioner for Human Rights", *Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe*, Taylor&Francis Group, 2011, págs. 17-41.

WASSENBERG, B., *Histoire du Conseil de l'Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2013.



PONDERACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO MANUEL VICENT

D. Martín Bajatierra Ruiz

Graduado en Derecho y Máster en Derecho
Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este artículo analiza la resolución del Tribunal Constitucional en el caso Manuel Vicent, donde existió una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. La disputa surgió tras la publicación de la obra *Jardín de Villa Valeria*, en la que se mencionaba a un personaje real. A partir de este caso, el artículo explora el uso de la ponderación en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales y su distinción con la subsunción, aplicada a reglas jurídicas. También se examina la influencia de Robert Alexy en la teorización de la ponderación, destacándose la racionalidad del método ponderativo a través de, entre otras cosas, las teorías interna y externa de los derechos fundamentales. En este sentido, se subraya que los derechos fundamentales no tienen límites predefinidos, sino que éstos deben ser valorados en cada caso concreto. Finalmente, se cuestiona si la ponderación en este caso fue correctamente realizada por el Tribunal



Constitucional, y se argumenta porqué la ponderación constituye el instrumento más adecuado para garantizar soluciones justas y proporcionales en lo referente a la protección de los derechos fundamentales.

Abstract: This article analyzes the Constitutional Court's ruling in the case Manuel Vicent, where a conflict arose between freedom of expression and the right to honor. The dispute emerged following the publication of the novel *Jardín de Villa Valeria*, which mentioned a real person. Using this case as a starting point, the article explores the role of balancing in resolving conflicts between fundamental rights and distinguishes it from subsumption, which applies to legal rules. It also examines the influence of Robert Alexy in theorizing balancing, highlighting the rationality of the method through, among other aspects, the internal and external theories of fundamental rights. In this regard, it emphasizes that fundamental rights do not have predefined limits but must be assessed in each specific case. Finally, it questions whether the balancing carried out by the Constitutional Court in this case was properly executed and argues why balancing is the most suitable tool for ensuring fair and proportional solutions in the protection of fundamental rights.

Palabras clave: Ponderación, subsunción, libertad de expresión, derecho al honor, Manuel Vicent, Tribunal Constitucional, derechos fundamentales.

Keywords: Balancing, subsumption, freedom of expression, right to honor, Manuel Vicent, Constitutional Court, fundamental rights.



Sumario:

1. El caso Manuel Vicent: una colisión entre derechos fundamentales
2. Cómo resolver una colisión entre derechos fundamentales
 - 2.1. Reglas y principios: subsunción y ponderación
 - 2.2. La ponderación como método racional
 - 2.3. Las teorías interna y externa de los derechos fundamentales
 - 2.4. El principio de proporcionalidad y la fórmula del peso de Robert Alexy
3. ¿Resolvió correctamente el Tribunal Constitucional el caso Manuel Vicent?
 - 3.1. El caso en el Tribunal Supremo
 - 3.2. La opinión del Tribunal Constitucional
 - 3.3. Un límite a tener en cuenta: el caso León Degrelle
 - 3.4. ¿Fue acertada la decisión del Tribunal Constitucional?
4. El rol de la ponderación en la protección de derechos fundamentales: lecciones del caso Vicent
5. Referencias bibliográficas.

El caso Manuel Vicent: una colisión entre derechos fundamentales

El 7 de septiembre de 2004, Annie Arraud Milbeau, viuda de Pedro Ramón Moliner, presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este recurso tenía como objetivo impugnar una sentencia del Tribunal Supremo,



que había desestimado el recurso interpuesto contra una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid. A su vez, la Audiencia Provincial había confirmado la decisión tomada previamente por un Juzgado de Primera Instancia de Madrid. El origen de este caso se remonta a abril de 1996, cuando el reconocido escritor Manuel Vicent publicó la novela *Jardín de Villa Valeria*, que fue editada por la editorial Santillana. En dicha obra, el autor incluyó el siguiente fragmento:

«Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón Moliner, hijo de María Moliner, un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo»¹.

Tras percatarse de la existencia de este párrafo literario, Annie Arraud Milbeau, viuda de Pedro Ramón Moliner, interpuso demanda en el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid contra el autor de *Jardín de Villa Valeria* y contra la editorial Santillana. Sostenía que los demandados habían vulnerado ilegítimamente el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de su esposo. Sin embargo, el tribunal desestimó su

¹ STC 51/2008, de 14 de abril de 2008, A. 2º



demanda. Después de ello, y a pesar de que el recurso formulado por la demandante ante la sentencia del Juzgado de Primera Instancia fue evaluado positivamente por la Audiencia Provincial de Madrid, el Tribunal Supremo² dio la razón a los demandados, tras interponer éstos recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial. Según el Supremo, el juzgado de primera instancia había resuelto correctamente el litigio, pues el caso no implicaba una colisión de derechos fundamentales, sino una mera cuestión de calificación jurídica. En su argumentación, el alto tribunal concluyó que el relato en cuestión era subjetivo y ficticio, y que no contenía «en ningún caso expresiones o manifestaciones que puedan calificarse de injuriosas o denigrantes»³. Por tanto, consideró que el fragmento no suponía una vulneración del derecho al honor, dado que no tenía la suficiente relevancia o impacto para ello.

Por el contrario, en su sentencia, el Tribunal Constitucional sí consideró que el caso planteaba una colisión de derechos fundamentales, concretamente entre el derecho al honor y el derecho a la creación literaria. La relevancia jurídica de esta colisión resulta especialmente interesante, ya que, aunque el Tribunal Constitucional falló en contra de la demandante y reconoció que el relato literario contenía referencias favorables al catedrático, también afirmó que «[l]os personajes y los sucesos descritos en la novela son reales y no ficticios, por lo que la proyección de ideas o actitudes sobre los mismos, sean éstas reales o ficticias, afectan a su consideración y existencia real»⁴. No

² En la STS 822/2004, de 12 de julio de 2004.

³ STS 822/2004, de 12 de julio de 2004, F.J. 3º.

⁴ STC 51/2008, de 14 de abril de 2008, A. 19º.



obstante, el Tribunal concluyó que no era posible aislar los juicios de valor presentes en el pasaje novelesco del derecho a la creación literaria, reconocido en el artículo 20.1 b) de la Constitución Española.

Con todo, aunque el Tribunal Constitucional había establecido en diversas sentencias previas⁵ que el honor es un «concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento», también había reconocido que este derecho, en términos abstractos, «ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio»⁶. En cualquier caso, para el Tribunal no cabía duda de que la resolución de este conflicto exigía un ejercicio de ponderación. A su juicio, la naturaleza indeterminada del derecho al honor (y, cabría añadir, de cualquier derecho fundamental) hace de la ponderación judicial «un método interpretativo prácticamente consubstancial a la concreción del ámbito de protección del derecho al honor y a la concreción de su ámbito de protección»⁷.

Dado que el Tribunal Constitucional determinó que se encontraba ante un caso de colisión de derechos que debía resolverse mediante el método de ponderación,

⁵ Como las STC 180/1999, de 11 de octubre de 1999 y STC 2/2002, de 25 de febrero de 2002.

⁶ Además de en las sentencias recientemente citadas, esto se reitera en la STC 185/1989, de 13 de noviembre de 1989 y en la STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995.

⁷ STC 51/2008, de 14 de abril de 2008, F.J. 3º.



resultaba necesario precisar cuáles eran los derechos en conflicto. En este sentido, señaló que se trataba del derecho al honor, reconocido en el artículo 18.1 de la CE, y del derecho a la producción y creación literaria, previsto en el artículo 20.1 b). Una vez identificados los derechos afectados y confirmado que el caso debía resolverse mediante ponderación, el Tribunal falló a favor de los demandados. Así, estimó que, aunque el fragmento literario en cuestión identificaba de manera clara a Pedro Ramón Moliner, el posible ilícito «no puede considerarse lesivo de su honor, teniendo en cuenta su fallecimiento once años antes, que no nos encontramos ante un supuesto de sucesión procesal, y que [...] las frases aparentemente vulneradoras de dicho honor no pueden considerarse ni en sí mismas vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas»⁸.

Cómo resolver una colisión entre derechos fundamentales

Reglas y principios: subsunción y ponderación

De acuerdo con esta sentencia del Tribunal Constitucional, así como con otras similares, se evidencia que la ponderación se ha consolidado como un criterio comúnmente empleado por los altos tribunales para resolver conflictos entre derechos fundamentales. Sin embargo, esto plantea dos cuestiones clave: ¿qué es exactamente la ponderación? y ¿por qué debe utilizarse como herramienta para solucionar este tipo de conflictos? Antes de resolver estas dudas, deberemos observar qué diferencias existen entre los principios y las

⁸ STC 51/2008, de 14 de abril de 2008, F.J. 7º.



reglas, y, por consiguiente, entre la subsunción y la ponderación.

La distinción entre reglas y principios ha sido objeto de debate en la teoría del Derecho, ya que no todos los autores coinciden en que existan diferencias significativas entre ellos. Algunos sostienen que no hay distinción alguna, mientras que otros aceptan diferencias, aunque discrepan sobre su naturaleza. En este sentido, pueden identificarse tres posturas principales. La primera es la tesis de la conformidad, que niega cualquier diferencia entre reglas y principios. La segunda es la tesis débil de la separación, que reconoce la existencia de diferencias, pero sostiene que éstas no son cualitativas, sino de grado. La tercera es la tesis fuerte de la separación, que defiende que existen diferencias cualitativas entre reglas y principios, de modo que toda norma pertenece exclusivamente a una de estas categorías y no puede ser considerada parte de la otra⁹. Probablemente, la postura más adecuada sea la tesis débil de la separación, especialmente si se toma en cuenta el proceso de constitucionalización del Derecho y el efecto de irradiación normativa que genera la Constitución al resto del ordenamiento jurídico¹⁰.

En este contexto, la distinción rígida entre reglas y principios pierde parte de su sentido, ya que la aplicación del Derecho ha demostrado que las normas no siempre

⁹ GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, pág. 140.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 145.



operan de manera categórica y absoluta. Como se verá más adelante con el caso Noara, el carácter derrotable de las normas impide trazar una línea tajante entre reglas y principios. Si bien los principios suelen caracterizarse por su flexibilidad y capacidad de ser derrotados frente a otros principios en conflictos concretos, también existen reglas que pueden ser derrotadas bajo ciertas circunstancias. En consecuencia, la tesis fuerte de la separación resulta difícil de sostener, ya que no permite captar la complejidad del sistema jurídico. Sin embargo, una separación débil es defendible, pues permite reconocer diferencias entre reglas y principios sin excluir la posibilidad de que, en determinadas situaciones, ambos puedan compartir características similares y ser objeto de ponderación en función del caso específico.

Una vez hemos observado que existen diferencias entre reglas y principios (si bien no cualitativas), es importante examinar en qué consisten. Según Robert Alexy, uno de los iusfilósofos más relevantes en lo referente a la teoría de los derechos fundamentales, los principios (dentro de los cuales incluye los derechos fundamentales), constituyen mandatos de optimización. Esto significa que ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas¹¹. En caso de colisión entre principios, es necesario recurrir al método de ponderación, ya que estos no establecen soluciones absolutas, sino que deben ajustarse en función del caso concreto.

¹¹ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, págs. 77 y ss.



Por el contrario, las reglas están diseñadas para evitar la ponderación. Para comprender su funcionamiento, resulta útil partir del enfoque de Kelsen, cuya teoría de la norma jurídica ha ejercido una enorme influencia en la forma en la que hoy concebimos las reglas. Kelsen considera que la norma jurídica tiene una estructura lógica similar a un silogismo hipotético, expresado en la forma «si es A, entonces debe ser B»¹², donde A representa el acto ilícito y B la sanción correspondiente¹³. De este modo, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se articulan mediante un enunciado condicional que da lugar a una proposición jurídica. Así, la norma jurídica se concibe como un juicio hipotético en el que la sanción estipulada depende del cumplimiento de determinadas condiciones¹⁴. En definitiva, la norma jurídica completa se configura a partir del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, unidos por una relación de deber ser. A partir de esta concepción básica, autores como Atienza y Ruiz Manero han profundizado en el estudio de las reglas, aportando un desarrollo más preciso sobre su funcionamiento. Según ellos, las reglas vinculan su solución normativa a condiciones de

¹² KELSEN, H., *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica (1ªed.)*, trad. de Gregorio Robles Morchón / Félix F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011, pág. 56.

¹³ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 300.

¹⁴ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª ed., trad. de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, pág. 45.



aplicación específicas y establecen obligaciones o prohibiciones de manera concluyente, no meramente *prima facie*, en todos los casos en los que se cumplan dichas condiciones. Frente a los principios, cuya aplicación depende de una ponderación entre valores en conflicto, las reglas operan como disposiciones categóricas que buscan garantizar certezas jurídicas. No obstante, matizan los autores recién mencionados, ello no implica que una regla no pueda ser derrotada frente a un principio en caso de que la regla entre en conflicto con un principio que, en el contexto concreto, tenga mayor peso que el principio o principios subyacentes a la regla¹⁵.

Tras haber explorado las diferencias entre reglas y principios y sus implicaciones en la interpretación jurídica, es relevante abordar los procedimientos que se utilizan en la resolución de conflictos judiciales. Como es sabido, existen principalmente dos procedimientos para resolver los conflictos entre disposiciones jurídicas: la subsunción y la ponderación. Ambos métodos son fundamentales para abordar los conflictos normativos, pero se aplican de manera diferente según la naturaleza de las normas involucradas. La subsunción, tradicionalmente vinculada al tratamiento de las reglas (es decir, a la colisión entre éstas), consiste en aplicar una norma al caso concreto de forma mecánica, sin necesidad de valorar otros factores, dado que las reglas

¹⁵ ATIENZA, M. / RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ªed., Ariel, Barcelona, 2007, pág. 32.



contienen mandatos definitivos¹⁶. En otras palabras, si se cumplen las condiciones que establece una regla, el juez está obligado a actuar de acuerdo con ella. El esquema de la subsunción se basa en la lógica del *modus ponens*, donde la regla actúa como la premisa mayor y el caso específico como la premisa menor. Según Atienza, el esquema de la subsunción se estructura de la siguiente manera:

«- Si se dan una serie de propiedades, X (que configuran un caso genérico), entonces es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.

- En este caso se dan las propiedades X (o sea, el caso concreto se subsume en el caso general).

- Por lo tanto, es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y»¹⁷.

Por otro lado, la ponderación es un método que se emplea únicamente cuando existe un conflicto entre dos o más principios, lo que implica que uno de ellos deberá ceder temporalmente ante el otro. Es por ello por lo que la ponderación puede definirse como un procedimiento a través del cual se indican las *relaciones de precedencia* entre los principios afectados¹⁸. El resultado de este

¹⁶ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 576.

¹⁷ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012, pág. 165.

¹⁸ Estableciéndose así entre los principios una relación de *precedencia condicionada*, en la que se indican las condiciones



proceso no es otro que la formulación de una regla que determinará la prevalencia de uno de los principios en función de las circunstancias concretas del caso¹⁹. Dado que los principios son mandatos de optimización, la decisión judicial en un conflicto de derechos fundamentales debe evaluar el grado de afectación o no satisfacción de los principios involucrados en el caso. Según Atienza, el esquema de la ponderación sería el siguiente:

«- En la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 —que tienen condiciones de aplicación abiertas— establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido q y prohibido q).

- En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo, P2 sobre P1).

- Por lo tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C), entonces está prohibido q»²⁰.

La ponderación como método racional

Con el concepto de ponderación ya definido, o, al menos, perfilado de alguna manera, debemos contestar a la segunda pregunta a la que hacíamos referencia más arriba: ¿por qué el método ponderativo ha de ser

en las que un principio precede a otro (ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 80-81).

¹⁹ *Ibid.*, págs. 86 y ss.

²⁰ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, op. cit., pág. 171.



utilizado para solucionar conflictos entre derechos fundamentales? De forma muy breve, podríamos responder a esta cuestión afirmando que la ponderación es el método más racional para resolver conflictos iusfundamentales. Sin embargo, esta es una afirmación que, evidentemente, ha de ser argumentada. Que un procedimiento pueda ser considerado como racional en el ámbito jurídico no es tarea fácil, pero desde luego no es algo imposible. Ya Bobbio²¹ advertía de que la relación entre el Derecho y la razón puede ser observada desde, principalmente, dos perspectivas diferentes. La primera comprende a la "ley" como sustantivo y a la "razón" como adjetivo calificativo, mientras que la segunda entiende a la "razón" como sustantivo y al "Derecho" como complemento calificador. Desde la primera perspectiva, Bobbio alude a la razón en un sentido fuerte, pues parte de la premisa de que pueden existir leyes irracionales o incluso una "ley de la razón". En cambio, la segunda perspectiva adopta una visión más flexible de la razón, entendiéndola en sentido débil, lo que equivale a hablar de la razón en el Derecho o, en términos más actuales, del razonamiento jurídico.

No obstante, y situados ahora en el punto de vista del razonamiento jurídico (o de la razón en sentido débil), se ha sostenido que, por lo general, para que un elemento que forma parte del Derecho sea aceptado como racional, su fundamentación debe estar: 1) enunciada en términos conceptualmente claros y

²¹ BOBBIO, N., "La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº2, 1985, págs. 17-26; págs. 18-19.



consistentes; 2) las premisas que la conforman deben encontrarse completas y saturadas; y 3) las reglas de la lógica, las cargas de argumentación, y los requerimientos que imponen la consistencia y la coherencia han de ser respetados²². Estos son requisitos que, aunque merecerían un examen más detallado, el procedimiento ponderativo ayuda a cumplir.

De forma quizá algo más simple pero más didáctica, algunos autores han sostenido que los principios de universalidad, coherencia o integridad son principios objetivamente válidos desde un plano constitucionalista²³. Ello equivale a afirmar que, si la objetividad de la *praxis* jurídica se encuentra de algún modo vinculada a la *praxis* general por medio de la unidad de la razón práctica²⁴, no parece aventurado

²² BERNAL PULIDO, C., "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº77, 2006, págs. 51-75; págs. 58-59.

²³ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho**, * *op. cit.*, pág. 323.

²⁴ En términos generales, la unidad de la razón práctica señala que la aplicación de la razón al ámbito moral comparte características similares con diversos enfoques prácticos, ya sea el jurídico, el económico, el deportivo o cualquier otro (*Vid.*, GARCÍA FIGUEROA, A., *Moral de victoria: Una filosofía del deporte*, Hexis, Terrasa, 2021). Por ello, la argumentación jurídica es, como defiende Alexy, un caso especial de argumentación práctica general (ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, 2º ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pág. 34), pues la forma de razonar en Derecho es ciertamente similar (aunque con algunas particularidades) a la manera en la que se razona en el ámbito de la *praxis* general, esto es, en el plano moral.



sostener que un principio que respete tanto la universalidad de las máximas morales²⁵ como los principios de coherencia o integridad será objetivamente más racional que uno que no lo cumpla. En este sentido, la ponderación satisface ampliamente los principios de coherencia e integridad, ya que los derechos fundamentales en conflicto forman parte de la Constitución. Así, este método permite no solo armonizar derechos fundamentales entre sí, sino también articular su relación dentro del conjunto del ordenamiento jurídico, garantizando su compatibilidad con el resto de principios constitucionales. De este modo, la ponderación no solo se presenta como un instrumento válido, sino como un mecanismo necesario para preservar la unidad y racionalidad del sistema jurídico.

Más sencillo aún parece argumentar a favor de que la ponderación satisface el principio de la universalidad de las máximas morales. Esto es así porque tras aplicar el método ponderativo lo que ocurre es que se genera una nueva regla de precedencia condicionada, esto es, una

²⁵ No es pertinente adentrarse en un análisis exhaustivo de la universalidad de las máximas morales en este contexto. Sin embargo, cabe resaltar que, según Kant, una máxima es universalizable si puede ser considerada un imperativo categórico, es decir, si es un principio válido para cualquier ser racional, independientemente de sus circunstancias particulares (*Vid.*, KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, trad. de Emilio Miñana y Villagrasa y Manuel García Morente, Tecnos, Madrid, 2017 págs. 137-138, y KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Austral, Barcelona, 2016, pág. 84).



regla conformada por los principios afectados y las circunstancias concretas del caso. Sin embargo, más allá de su carácter particular, esta regla sigue siendo universalizable, pues podrá aplicarse a todos aquellos casos en los que concurren derechos en colisión y condiciones fácticas similares.

4. **Las teorías interna y externa de los derechos fundamentales**²⁶

A pesar de haber definido el proceso de ponderación y argumentado su racionalidad, no parece posible resolver adecuadamente una colisión entre derechos fundamentales sin antes examinar las teorías interna y externa de los derechos fundamentales. Según la teoría interna, los derechos fundamentales se encuentran delimitados en su origen, por lo que su extensión se conoce *ex ante*, mientras que la teoría externa sostiene que los derechos fundamentales no se hallan delimitados de forma exacta, por lo que sus límites han de descubrirse cada vez que éstos colisionan (caso por caso), es decir, *ex post*. Es evidente que desde el primer prisma teórico la distinción entre reglas y principios tiende a desaparecer, pues esta concepción fundamental aplica los derechos fundamentales como si fueran reglas²⁷. Una de las mayores ventajas de este modelo es

²⁶ Se sigue a lo largo de este epígrafe la exposición al respecto de ambas teorías tal y como ha sido presentada por García Figueroa en: GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad... op. cit.*, págs. 111-115.

²⁷ Que los derechos fundamentales han de ser interpretados como reglas es algo que han defendido autores como Rodríguez-Toubes. *Vid.*, RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., "En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales",



que aumenta considerablemente el grado de seguridad jurídica y de protección de los derechos fundamentales, y por ello los convierte en derechos prácticamente infranqueables. Sin embargo, dado su carácter fuertemente formalista, no puede enfrentarse correctamente a la realidad jurídico-social en la que las decisiones se ven ampliamente afectadas por las circunstancias de los casos concretos.

Si, por el contrario, consideramos que los derechos fundamentales no pueden imponerse de manera absoluta sobre todo el ordenamiento jurídico, la teoría externa parece la opción más adecuada. No obstante, esta perspectiva no está exenta de dificultades, ya que su adopción implica asumir una menor seguridad jurídica, debido a la mayor imprevisibilidad de las decisiones judiciales, a cambio de una mejor adaptación de los derechos fundamentales a la realidad. Para mitigar este déficit, resulta esencial procurar la mayor objetivación y racionalización posible de los fallos judiciales en casos de colisión de derechos. En este sentido, el principio de proporcionalidad formulado por Alexy desempeña un papel fundamental, al proporcionar un criterio estructurado para la resolución de estos conflictos. Este principio será analizado en detalle en el siguiente apartado.

Así, además de autores no positivistas, incluso algunos positivistas (tradicionalmente más inclinados al formalismo y al uso de reglas como garantía de los

Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos, 1998, nº6, págs. 397-410.



derechos) se han sumado a la defensa de la teoría externa de los derechos fundamentales. Un ejemplo de ello es Prieto Sanchís, quien ilustra su postura con el siguiente caso²⁸: supongamos un sistema normativo en el que existen dos obligaciones: se deben cumplir las promesas y se debe ayudar al prójimo en caso de necesidad. En abstracto, ambos principios son perfectamente compatibles. Sin embargo, en la práctica pueden entrar en conflicto. Si, de camino a una entrevista a la que he prometido asistir, presencio un accidente de tráfico, me enfrento a un dilema: o cumplo mi promesa y dejo de socorrer al accidentado, o presto ayuda y falto a mi compromiso. Este ejemplo muestra que, aunque los principios sean coherentes en abstracto, cuando colisionan en un caso concreto es necesario determinar sus límites y justificar cuál debe prevalecer²⁹. En este sentido, Prieto Sanchís acierta al señalar que los principios, a diferencia de las reglas, nunca se excluyen mutuamente en abstracto; su delimitación solo puede

²⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3º ed., Trotta, Madrid, 2014, págs. 177 y ss. Luis Prieto toma este ejemplo de: GÜNTER, K., "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", trad. de J. C. Velasco, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº17-18, 1995, págs. 271-302; págs. 274 y ss. No es casualidad que para estudiar la ponderación entre derechos fundamentales Luis Prieto se haya fijado en alguna ocasión precisamente en el caso que estamos tratando aquí (*Vid.*, PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo y positivismo", *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho*, 14, págs. 263-279).

²⁹ *Ibid.*, pág. 179



resolverse atendiendo a la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en conflicto³⁰.

El principio de proporcionalidad y la fórmula del peso de Robert Alexy

Para los defensores de la teoría alexyana de los principios jurídicos no cabe duda de que entre éstos y el principio de proporcionalidad existe una conexión. Esto es así porque, según Alexy, el principio de proporcionalidad puede deducirse a partir del carácter de lo que es un principio³¹. Pero ¿cuál es el contenido del principio de proporcionalidad? Como bien se sigue de lo expuesto en la ya citada *Teoría de los Derechos Fundamentales*, dicho principio puede dividirse en tres subprincipios que se aplican de manera secuencial: i) el de idoneidad; ii) el de necesidad; y iii) el de proporcionalidad en sentido estricto. Los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren a que los principios han de ser optimizados teniendo en cuenta las posibilidades fácticas, mientras que el de proporcionalidad en sentido estricto hace referencia a la optimización en cuanto a las posibilidades jurídicas.

El subprincipio de idoneidad, también denominado en ocasiones como subprincipio de adecuación³², alude a la búsqueda de medidas eficaces para la satisfacción de un principio. Lo que procura este subprincipio es averiguar

³⁰ *Ibid.*, pág. 191.

³¹ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 101-102.

³² BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 689.



qué medios son adecuados para el cumplimiento de un fin. De este pequeño apunte puede inferirse que «toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo»³³. Una vez determinados los medios idóneos para la satisfacción de un principio, debe aplicarse el subprincipio de necesidad, el cual hace referencia a que, de entre medidas igualmente idóneas para alcanzar el fin propuesto, debe escogerse la más benigna con el derecho fundamental afectado³⁴. Sin embargo, y como ya se habrá podido intuir, las soluciones a los problemas de colisiones iusfundamentales no siempre (o casi nunca) pueden resolverse tomando únicamente como instrumento los subprincipios de idoneidad y necesidad, sino que, forzosamente, en muchas ocasiones se necesitará realizar una ponderación en sentido estricto para lograr optimizar los principios en juego.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, que es idéntico al mandato de la ponderación propiamente dicho, indica que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de un principio tanto mayor debe ser el grado de satisfacción del otro³⁵. Para poder aplicarlo correctamente es necesario llevar a cabo una ponderación mediante la ley de colisión, que ha de ser implementada teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. De esta forma, puede establecerse entre los principios implicados una *relación de precedencia*

³³ *Ibidem.*

³⁴ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 534-539.

³⁵ *Ibid.*, pág. 539.



*condicionada*³⁶ que adquirirá, como ya vimos, el carácter de una regla. Ahora bien, ¿cómo es la estructura de la ley de colisión?

Siguiendo a Alexy, para estructurar correctamente la ley de colisión hemos de establecer primero un modelo triádico de tres intensidades, que pueden catalogarse de forma leve, media y grave (en adelante *l*, *m* y *g*). Tras ello, hemos de asignar una nomenclatura para los principios en pugna, a los que denominaremos *Pi* y *Pj*. La intensidad de la intervención que la medida concreta produzca en los principios afectados se denotará como *Ii* o *Ij*. Por otra parte, a la hora de hacer referencia al peso abstracto de un principio se utilizará la forma *Gi* o *Gj*, por lo que, para enunciar el peso en concreto de *Pi*, se empleará la expresión *Gi*, *j*³⁷, cuyo valor deberá ser mayor que 1 para que *Pi* resulte ganador en la colisión. Teniendo en cuenta esto, parece que debiéramos entonces establecer unos valores a las intensidades *l*, *m* y *g*. Para ello, resulta bastante sencillo e instructivo servirse de una escala geométrica que se corresponda con los valores 2^0 , 2^1 y 2^2 , con la que se exprese el crecimiento exponencial de afectación que se extrae de la propia naturaleza de los principios. No obstante, para ganar precisión, nos serviremos aquí de la sugerencia de Alexy consistente en ampliar la escala triádica a un modelo triádico doble que comprenda las intensidades 2^0 - 2^8 , las cuales serán aplicadas tanto a la intensidad de intervención (*Ii* o *Ij*) como al peso abstracto de los

³⁶ *Ibid.*, pág. 83.

³⁷ O *Gj*, *i* si queremos determinar el peso en concreto de *Pj*.



principios (*Gi* o *Gj*). Todo ello puede verse mejor en la siguiente tabla:

Tabla de intensidades

Intensidad	Valor exponencial	Valor numérico
Levemente leve (<i>ll</i>)	2^0	1
Levemente medio (<i>lm</i>)	2^1	2
Levemente grave (<i>lg</i>)	2^2	4
Medianamente leve (<i>ml</i>)	2^3	8
Medianamente medio (<i>mm</i>)	2^4	16
Medianamente grave (<i>mg</i>)	2^5	32
Gravemente leve (<i>gl</i>)	2^6	64
Gravemente medio (<i>gm</i>)	2^7	128
Gravemente grave (<i>gg</i>)	2^8	256

Fuente: elaboración propia

Finalmente, con el objetivo de completar la fórmula del peso, hemos de considerar un elemento de seguridad de los presupuestos empíricos, esto es, el grado de probabilidad de que la medida en concreto satisfaga o afecte los principios en cuestión. A este elemento lo denominaremos como *Si* o *Sj*. Los grados de afectación, que también pueden ser refinados con un modelo triádico doble³⁸, responderán a las letras *s* (seguro), *p* (plausible) y *e* (no evidentemente falso). De esta manera, la fórmula del peso tendría la siguiente forma:

³⁸ Es decir, de la misma manera que ocurre en la *Tabla de intensidades*. La única variación, dado que los valores exponenciales y numéricos sería idéntica, es la referente a las nomenclaturas, las cuales podrían mostrarse, en orden descendente, como *ss*, *sp*, *se*, *ps*, *pp*, *pe*, *es*, *ep* y *ee*.



$$G_i, j = \frac{I_i * G_i * S_i}{I_j * G_j * S_j}$$

Es importante recordar que, como resultado del proceso ponderativo, se genera necesariamente una regla. Según Atienza³⁹, la ponderación entre principios se puede dividir en tres pasos fundamentales, los cuales conducen a la creación de una regla. El primer paso, basado en la adopción de la teoría externa de los derechos fundamentales, establece que, frente a una situación concreta, existen principios o valores que se orientan en direcciones opuestas, lo que requiere un procedimiento para equilibrarlos. El segundo paso consiste en identificar, dadas las circunstancias específicas del caso, qué principio debe prevalecer sobre el otro, sustentando esta decisión con argumentos adecuados. Finalmente, en el tercer paso, se formula una regla que toma en cuenta tanto los principios en conflicto como las circunstancias particulares del caso. Esta regla debe aplicarse a situaciones futuras que sean idénticas o muy similares en términos de los derechos implicados y las circunstancias relevantes.

¿Resolvió correctamente el Tribunal Constitucional el caso Manuel Vicent?

El caso en el Tribunal Supremo

Llegados a este punto, considero oportuno hacer un breve repaso sobre el recorrido judicial del caso Vicent hasta su llegada al Tribunal Constitucional. Como se

³⁹ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, op. cit., pág. 170.



recordará, el Juzgado núm. 40 de Madrid desestimó en primera instancia la demanda de la viuda de Pedro Ramón Moliner. En apelación, fue la Audiencia Provincial la que dio la razón a la demandante entendiendo que había habido una intromisión ilegítima en el derecho al honor. Sin embargo, cuando el caso llegó al Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia fue anulada y la del primer Juzgado confirmada. No obstante, aunque al inicio de este texto se han mencionado parcialmente algunas de las razones presentadas por el Tribunal Supremo para justificar su fallo, resulta necesario analizarlas con mayor profundidad. En particular, merece especial atención el razonamiento empleado en relación con el uso de la subsunción y la ponderación:

«No se trata tanto de hacer una correcta ponderación de la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión o el derecho a la información veraz, como de considerar si se ha producido una intromisión, proscrita legalmente, a aquel derecho, protegido constitucionalmente. Es decir, no es un tema de colisión, sino de calificación. En éste, se ha de tomar en consideración si lo expuesto o informado y si las expresiones tienen entidad suficiente para poder ser consideradas como intromisión ilegítima, sancionada por la ley como responsabilidad civil»⁴⁰.

Como puede observarse, el Tribunal Supremo parte de la premisa de que los derechos fundamentales están delimitados *ex ante*, lo que implica que, en esta sentencia en particular, adopta la teoría interna de los derechos fundamentales. Sin embargo, como hemos visto, esta teoría no parece ser la más adecuada para

⁴⁰ STS 822/2004, de 12 de julio de 2004, F.J. 2º.



solucionar colisiones entre principios, ya que no toma en cuenta las circunstancias específicas del caso, incluidas aquellas no previstas por el legislador. En un comentario al respecto de esta sentencia, Moreso⁴¹ ha señalado que el Tribunal Supremo se muestra reacio a abandonar el ideal del positivismo jurídico, que se basa en la aplicación mecánica de una regla general al caso concreto. No obstante, este enfoque conservador del positivismo no debe confundirse con la subsunción ponderativa (el tercer paso del proceso de ponderación). La diferencia fundamental radica en que, en la ponderación, se parte

⁴¹ MORESO, J. J., "Regreso a Villa Valeria. Sobre el constitucionalismo de Luis Prieto Sanchís", en: IBÁÑEZ, P. A., / GRÁNDEZ CASTRO, P. P. / MARCIANI BURGOS, B., / POZZOLO, S. (Editores), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Palestra, Perú, 2020, pág. 50. Es interesante observar cómo incluso en los Estados de Derecho Constitucionales contemporáneos sigue siendo predominante la visión positivista de los derechos fundamentales, considerándolos simplemente como reglas. Aunque no carece de fundamento la afirmación de Atienza, quien sostiene que «el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución» (ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, op. cit., pág. 44), tampoco son incorrectas las palabras de Santiago Sastre y Miguel Ángel Pacheco, quienes sugieren que, tal vez, «al tercer día, después de la primera norma inconstitucional o injusta dictada, resucitó» (SASTRE ARIZA, S. / PACHECO RODRÍGUEZ, M. A., "Derechos, puntos de vista y pesos: (elementos para el debate)", en: IBÁÑEZ, P. A., / GRÁNDEZ CASTRO, P. P. / MARCIANI BURGOS, B., / POZZOLO, S. (Editores), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, op. cit., pág. 471).



del reconocimiento de una colisión entre principios, por lo que se valoran las circunstancias particulares del caso antes de establecer una regla de precedencia condicionada. En cambio, la postura del Tribunal Supremo prescinde de este análisis y se limita a aplicar una norma de manera rígida, sin atender a la necesidad de armonizar los principios en conflicto.

La opinión del Tribunal Constitucional

Una vez analizado el recorrido del caso hasta el Tribunal Constitucional y los argumentos expuestos por el Tribunal Supremo, resulta pertinente detenerse en las consideraciones más relevantes de la sentencia del Constitucional, especialmente aquellas que marcan una diferencia sustancial con la argumentación subsuntivista del Supremo. Para el Tribunal Constitucional, el caso Vicent representa un claro supuesto de colisión entre derechos fundamentales, lo que exige recurrir a la ponderación como método de resolución del conflicto. Así, el Constitucional defiende que:

«Como suele ser habitual, pues, en los conflictos entre particulares que afectan al artículo 18.1 CE, la concurrencia de otros derechos fundamentales y el carácter no absoluto, sino principal y, por lo tanto, apriorístico, de todos ellos hacen de la ponderación judicial el método interpretativo materialmente empleado para resolver dichos conflictos, otorgando prevalencia a uno de ellos a la luz de las circunstancias del caso»⁴².

La diferencia entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional resulta, a mi juicio, profunda. Mientras

⁴² STC 51/2008, de 14 de abril de 2008, F.J. 3º.



que el primero aborda la resolución del caso desde una perspectiva subsuntiva, considerando que la cuestión debe resolverse mediante la aplicación de reglas definidas *ex ante*, el segundo lo concibe como un supuesto de colisión entre derechos fundamentales, cuyos límites deben determinarse *ex post* a la luz de las circunstancias del caso concreto. En este sentido, Moreso sugiere que la postura del Tribunal Supremo refleja una cierta añoranza por un modelo jurídico concebido como un *corpus* cerrado de reglas, más afín a una interpretación estrictamente positivista del principio de legalidad⁴³. Esta visión, según el autor recién mencionado, podría rastrear su origen en la concepción del poder judicial formulada por Montesquieu, quien lo concebía como un poder esencialmente pasivo, cuya función se limitaba a la aplicación mecánica de la ley, sin margen para la ponderación o la interpretación flexible del derecho⁴⁴.

No obstante, esta concepción del Derecho presenta múltiples inconvenientes, no solo en relación con la resolución de conflictos entre derechos fundamentales (ámbito en el cual, como hemos analizado, su aplicación resulta problemática) sino incluso en aquellos casos que, en apariencia, podrían resolverse mediante una simple subsunción normativa. Un claro ejemplo de ello es el

⁴³ MORESO, J. J., "Regreso a Villa Valeria. Sobre el constitucionalismo de Luis Prieto Sanchís", *op. cit.*, pág. 51.

⁴⁴ MONTESQUIEU, C.-L., *Del espíritu de las leyes*, 5ª ed., trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 110.



denominado caso Noara⁴⁵. De forma sucinta, los hechos del caso se desarrollaron en torno a Noara, una niña sevillana que requería un trasplante de hígado para poder sobrevivir. Su madre, de 17 años, era compatible y se encontraba en condiciones de donar parte de su órgano sin que ello implicara un riesgo grave para su propia vida. Ante esta situación, la solución parecía evidente: la madre estaba dispuesta a realizar la donación, lo que permitiría salvar a su hija. Sin embargo, el proceso se vio obstaculizado por la existencia de una norma en el ordenamiento jurídico español que prohibía expresamente la donación de órganos por parte de menores de edad, lo que generó un conflicto jurídico que tuvo que ser resuelto en sede judicial. Finalmente, la jueza competente emitió un Auto en el que autorizó la donación, inaplicando en este caso concreto la norma que, en principio, resultaba formalmente aplicable.

Este caso pone de manifiesto que no solo los principios, sino incluso las propias reglas, no pueden ser concebidas como disposiciones aplicables en términos absolutos bajo un esquema de "todo o nada". En consecuencia, aun si los derechos fundamentales se concibieran como normas delimitadas *ex ante*, no sería posible alcanzar una solución óptima y justificada en cada caso concreto, dado que sus límites no pueden establecerse de manera definitiva e inmutable. Por el contrario, estos límites solo se esclarecen a partir del análisis de cada situación específica, en la que las circunstancias particulares

⁴⁵ Resuelto en el Auto 785/07 de 18 de octubre de 2007 del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla número 17. El caso está expuesto de manera mucho más detallada en: GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad, op. cit.*, págs. 153 y ss.



permiten precisar hasta qué punto un derecho debe prevalecer sobre otro. Por ello, la interpretación de los derechos fundamentales exige un enfoque que reconozca su carácter dinámico y relacional, en el que su delimitación no es un dato previo, ya dado por el legislador constituyente, sino el resultado de un proceso argumentativo que tiene en cuenta tanto la colisión de principios como el contexto en el que ésta se produce. De este modo, la resolución de conflictos entre derechos fundamentales no puede depender exclusivamente de la aplicación mecánica de normas generales, sino que, en muchas ocasiones, requiere una evaluación ponderada que permita determinar, *ex post*, la solución más coherente con los principios del ordenamiento jurídico y las exigencias de justicia material.

En cualquier caso, la decisión del Tribunal Constitucional de resolver el conflicto mediante el método de la ponderación no implica, por sí misma, que el resultado alcanzado sea necesariamente correcto o justo. La validez de dicha decisión debe ser objeto de revisión y análisis crítico. No obstante, lo que aquí interesa es examinar las razones ponderativas que llevaron al Tribunal a desestimar las pretensiones de la parte demandante. Estas razones, previamente expuestas en la primera sección de este texto, serán ahora enunciadas de manera sintética. En términos generales, el Tribunal Constitucional consideró que el caso suponía una colisión entre el derecho al honor (art. 18 CE) y el derecho a la creación literaria (art. 20.1 b) CE), resolviendo en favor de este último en atención a las circunstancias del caso. Los argumentos que sustentaron esta decisión fueron los



siguientes: 1) la persona afectada había fallecido once años antes de la publicación de la obra; 2) no se trataba de un supuesto de sucesión procesal; 3) no era posible aislar los juicios de valor descriptivos del derecho a la creación literaria⁴⁶; y 4) las expresiones supuestamente vulneradoras del honor del fallecido no podían ser consideradas como vejatorias o lesivas para su reputación. Más adelante, procederemos a analizar en profundidad este caso, realizando nuestra propia ponderación sobre la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional.

Un límite a tener en cuenta: el caso León Degrelle

Si en el epígrafe anterior hemos examinado la manera en que el Tribunal Constitucional resolvió el caso Vicent mediante la ponderación, así como los argumentos que lo llevaron a fallar en contra de la demandante (quien sostenía que se había vulnerado el derecho al honor de su esposo), procederemos ahora a analizar, de forma más breve, un caso similar resuelto por el mismo Tribunal dieciséis años antes⁴⁷. Este análisis responde al propósito de estudiar un límite al derecho a la libertad de expresión, más que a un examen exhaustivo del caso en cuestión.

El caso, en resumidas sucedió como sigue: en el año 1985 Violeta Friedman, una mujer que estuvo internada

⁴⁶ Este argumento parece entrar en contradicción con lo afirmado por el Tribunal Constitucional en la misma sentencia, donde afirma que los personajes y acontecimientos narrados en la novela son reales y no ficticios, de modo que cualquier atribución de ideas o actitudes sobre ellos, ya sean verdícas o inventadas, incide en su percepción y existencia real.

⁴⁷ En la STC 214/1991, de 11 de noviembre.



en el campo de Auschwitz, lugar donde también asesinaron a su familia, interpuso demanda de protección civil del derecho al honor contra León Degrelle, ex jefe de las Waffen S.S. Friedman consideró que las declaraciones de Degrelle, que enseguida se expondrán, no solo constituían una negación de hechos históricos ampliamente probados, sino que además atacaban directamente la dignidad del pueblo judío al acusarlo de falsificar la verdad sobre las atrocidades cometidas por el régimen nazi⁴⁸. Las afirmaciones de Degrelle, recogidas en el número 168 de la revista *Tiempo*, merecen ser reproducidas en aras de un análisis argumentativo:

«¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios». El problema con los judíos –matiza Degrelle– es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan. Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa... Pero

⁴⁸ Según cuenta Jorge Trias Sagnier, abogado de Violeta Friedman en el caso, en el año 1995, cuando se conmemoraba el 50 aniversario de la liberación de Auschwitz, Violeta afirmó que: «Ni el viento, ni la lluvia, ni el agua de los ríos, ni tampoco el sol han logrado borrar de mi memoria todo aquello que viví hace 50 años y Dios es testigo de que lo he intentado» (SAGNIER, J. T., "La negación del holocausto: El caso de Violeta Friedman contra León Degrelle", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº10, 2017, págs. 48-55).



ya no surgen hombres como el Fürher.... Han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele... ¡Hasta dónde llega el odio! A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EE. UU., para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos»⁴⁹.

Frente a estas declaraciones, que Friedman consideró lesivas para su honor, el recorrido judicial del caso fue el siguiente: el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid desestimó la demanda interpuesta por Friedman, argumentando que carecía de legitimación activa, ya que, a su juicio, las declaraciones de Degrelle no hacían referencia directa a ella. Esta decisión fue posteriormente confirmada por la Audiencia Territorial de Madrid. Cuando el caso llegó al Tribunal Supremo, este también concluyó que las declaraciones del ex S.S. no vulneraban el derecho al honor de la demandante, manteniendo así la línea argumentativa de las instancias inferiores. Sin embargo, el Tribunal Constitucional adoptó una posición diferente. En primer lugar, reconoció la legitimación activa de Friedman, al considerar que las afirmaciones de Degrelle no solo afectaban a la colectividad judía, sino también a los supervivientes del Holocausto de manera individual. Además, el Tribunal sostuvo la teoría externa de los derechos fundamentales, manifestando que «no cabe considerar que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en la Constitución»⁵⁰. A partir de esta premisa, el Tribunal Constitucional abrió la puerta a la

⁴⁹ STC 214/1991, de 11 de noviembre, A. 2º.

⁵⁰ STC 214/1991, de 11 de noviembre, F.J. 6º.



ponderación como método de resolución del caso, al afirmar que «cuando, del ejercicio de la libertad de expresión e información reconocida en el art. 20.1 de la C.E., resulte afectado el derecho al honor de alguien, el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto»⁵¹.

Sin embargo, lo más relevante del caso radica en la delimitación que el Tribunal Constitucional hizo de la libertad de expresión, estableciendo un límite basado en «la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Sobre esta base, el Tribunal falló a favor de la demandante al considerar que las afirmaciones de Degrelle «conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas, esto es, las integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo». De este modo, el Tribunal impuso un criterio restrictivo que, en mi opinión, tiene un peso significativo: la inadmisibilidad de expresiones *indudablemente injuriosas e innecesarias para la exposición de la opinión*. En el siguiente epígrafe retomaremos este punto para un análisis más detallado.

¿Fue acertada la decisión del Tribunal Constitucional?

En este punto, resulta oportuno recapitular los argumentos expuestos hasta ahora en favor de una concepción de los derechos fundamentales como

⁵¹ STC 214/1991, de 11 de noviembre, F.J. 6º.



principios y no como reglas. En primer lugar, se ha señalado la incapacidad de la visión normativista para adaptarse a la realidad jurídico-social, caracterizada por su dinamismo y transformación constante; lo que hoy puede considerarse una vulneración del derecho al honor, en el futuro podría no serlo. En segundo lugar, se ha destacado la incorrección de resolver un caso sin atender a sus circunstancias materiales y particulares, argumento que fue ilustrado con el caso Noara. Además, también a partir de dicho caso, se argumentó que la aplicación estricta de las reglas puede conducir a soluciones legalmente correctas, pero sustancialmente injustas.

Como cuarto argumento para sostener que los derechos fundamentales deben ser concebidos como principios, podemos recurrir al ejemplo propuesto por Moreso⁵², que evidencia la posibilidad de la existencia de normas que, aun siendo constitucionales, resulten injustas. Supongamos el caso de un extranjero que, tras más de un lustro residiendo y trabajando en España, se ve impedido de ejercer su derecho al voto en elecciones generales debido a lo dispuesto en los artículos 13 y 23 de la Constitución Española. En principio, podríamos considerar que esta restricción busca garantizar que quienes eligen a los representantes políticos sean personas con un conocimiento arraigado de la realidad nacional. Sin embargo, al contrastarlo con el hecho de que un ciudadano español por *ius sanguinis*, que nunca ha estado en España, sí puede ejercer dicho derecho, se evidencia que una norma puede ser formalmente válida

⁵² MORESO, J. J., "Regreso a Villa Valeria. Sobre el constitucionalismo de Luis Prieto Sanchís", *op. cit.*, pág. 56.



desde el punto de vista constitucional, pero materialmente injusta.

Parece evidente que, a la luz de estos cuatro argumentos recogidos a lo largo del texto, el Tribunal Constitucional acertó (no solo en el caso Vicent, sino también en el de Degrelle) al utilizar la ponderación como método para resolver una colisión entre dos derechos fundamentales. No obstante, lo que queda ahora por preguntarse es si el Tribunal resolvió correctamente el caso Vicent, para lo cual nos serviremos, como ya se habrá intuido, del método ponderativo. Ha de adelantarse aquí que en lo que sigue se defenderá la postura contraria al Tribunal Constitucional respecto al caso Vicent, es decir, se apostará, en este caso concreto, por una victoria del derecho al honor sobre el derecho a la creación literaria. Para ello se utilizarán, principalmente, dos argumentos:

Argumento 1: Si consideramos que la intensidad de afectación al derecho al honor es significativamente mayor que la intensidad de afectación al derecho a la creación literaria (que, al fin y al cabo, puede entenderse como una de las ramificaciones del derecho a la libertad de expresión), y utilizamos, para resolver el conflicto, la fórmula del peso de Alexy, parece clara la superposición del derecho al honor sobre la libertad de creación literaria. Para desglosarlo de manera más precisa utilizaremos la fórmula de Alexy: la intensidad de afectación al derecho al honor (P_i) puede calificarse como gravemente leve (gl), dado que Pedro Ramón Moliner es acusado de homófobo, adúltero, y de odiar a los curas y a los catalanes. Solo cabe imaginar las repercusiones sociales que tendrían estas acusaciones



para la familia del difunto, ya que el uso de dicho pasaje novelístico ensucia profundamente la figura social del fallecido. En este caso, es posible que se reservasen las mayores intensidades (*gm* y *gg*) para acusaciones más graves, como violación, asesinato o genocidio, pero el daño ocasionado al honor del fallecido sigue siendo considerable.

Por otro lado, la intensidad de afectación al derecho a la creación literaria (*Pj*) parece ser extremadamente leve (*ll*), ya que una modificación sencilla del nombre y apellidos de la persona en la que se basa el personaje eliminaría el problema sin que el texto perdiera sustancialmente las sensaciones que el autor pretende transmitir. Este punto resalta que la alteración del personaje no implicaría una alteración significativa en la esencia de la obra, lo que hace que la afectación a la libertad creativa sea mínima. En cuanto a la proporcionalidad de la ponderación, es importante destacar que la afectación a los derechos no solo se mide por su intensidad, sino también por el interés legítimo que justifica esa afectación. En este caso, el derecho al honor del fallecido y su familia tiene un peso significativo debido a la naturaleza grave de las imputaciones, mientras que el derecho a la creación literaria está en juego en un contexto donde existen alternativas viables para el autor, como modificar el nombre del personaje, sin que se afecte la integridad de la obra. Este equilibrio refuerza la idea de que el derecho al honor prevalece en este caso, dada la posibilidad de encontrar una solución que minimice el daño a la persona y al mismo tiempo no cause un perjuicio irreparable a la creación literaria.

Una vez otorgado un valor las intensidades, solo cabe dar el mismo peso a los derechos afectados ($G_i = G_j$) y el



mismo valor al grado de seguridad de que la medida afecte a los principios en cuestión ($S_i=S_j$). Así, la fórmula daría una clara victoria ($64/1=64$) al derecho al honor. Pero ¿qué ocurriría si se otorgara un peso abstracto mayor a la libertad de expresión que al derecho al honor? En este caso, es cierto que, si se asigna un valor muy alto a G_j y un valor muy bajo a G_i , el resultado favorece al derecho a la creación literaria (P_j). No obstante, esta decisión no parece del todo correcta, ya que desvirtuaría el concepto de los derechos fundamentales, que deben ser ponderados con una visión equilibrada y respetuosa de su función constitucional. En todo caso, aunque se considerase que el derecho a la libertad de expresión posee el máximo peso (256) y el derecho al honor posee un peso mm (8) o mayor⁵³, el derecho al honor seguiría resultando victorioso:

$$G_i, j = \frac{64 \cdot 8}{1 \cdot 256} = 2$$

Argumento 2: Para el desarrollo del segundo argumento, recurrimos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el caso León Degrelle, en particular a la limitación de la libertad de expresión que establece el Tribunal en relación con las expresiones injuriosas. En este caso, el

⁵³ Considero que reducir aún más el peso del derecho al honor resultaría profundamente irrazonable, ya que ello generaría distorsiones significativas en el ámbito de los derechos fundamentales, hasta el punto de despojar al derecho al honor de su condición de derecho fundamental. A mi juicio, para que esto no ocurra, el peso de todos los derechos fundamentales debe situarse dentro de los tres niveles de intensidad grave (gl , gm y gg).



Constitucional indicó que el límite a la libertad de expresión se configura cuando las expresiones utilizadas son indudablemente injuriosas e innecesarias para la exposición de la opinión. Este planteamiento es de vital relevancia, ya que establece una distinción crucial: no toda expresión verbal constituye una vulneración al derecho al honor, sino solo aquellas que, además de ser lesivas, son innecesarias para la comunicación de la opinión en cuestión.

Este criterio resulta acertado por diversas razones. Dado que el derecho al honor es un derecho fundamental, podemos concluir que éste, al igual que otros derechos fundamentales, puede entrar en colisión con otros, y en particular con la libertad de expresión. De aquí que surja la necesidad de establecer límites claros para ambos derechos. En este contexto, cuando se produce una injuria en un acto de habla que es necesario para la exposición de la idea, o cuando la injuria es dudosa, pero podría ser relevante para la comunicación del mensaje, la libertad de expresión puede prevalecer *prima facie*. Sin embargo, cuando la injuria es claramente innecesaria (esto es, absolutamente irrelevante o meramente gratuita para la transmisión del mensaje o de las sensaciones que pretende generar el autor) el derecho al honor tiene, en principio, una mayor protección.

En el caso específico de Manuel Vicent, como ya hemos señalado, la cuestión esencial es que el autor podría haber alterado los nombres involucrados sin que esto afectara sustancialmente lo que pretendía transmitir. El pasaje literario, al cambiar el nombre y apellidos de la persona afectada, podría haberse mantenido sin perder la fuerza simbólica de la obra ni el contenido de lo que se deseaba comunicar. En otras palabras, el uso de la



figura de Pedro Ramón Moliner en la obra literaria parece innecesario para los fines de la narración, por lo que las expresiones que se le atribuyen resultan ser innecesarias y, por ende, no justifican una vulneración al derecho al honor de la persona involucrada.

Por lo tanto, tomando en cuenta el criterio expuesto en el caso León Degrelle, es evidente que, en el caso Vicent, el Tribunal Constitucional podría haber tomado una decisión diferente al haber considerado que las injurias expuestas en el fragmento literario eran irrelevantes para el propósito de la creación artística. El hecho de que el autor hubiera podido modificar fácilmente los nombres de los personajes involucrados sin perder la esencia de la obra refuerza la necesidad de que se dé prevalencia al derecho al honor, protegiendo así la dignidad de las personas y evitando la propagación de contenido que podría dañarlas injustamente.

El rol de la ponderación en la protección de derechos fundamentales: lecciones del caso Vicent

El análisis desarrollado a lo largo de este trabajo ha puesto de manifiesto la complejidad inherente a la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. En particular, entre el derecho al honor y la libertad de creación literaria. A través del estudio del caso Manuel Vicent, se ha observado que la ponderación, como método de resolución de conflictos entre derechos fundamentales, se presenta como una herramienta relevante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contribuyendo a garantizar la coherencia



del ordenamiento jurídico y una protección equilibrada de los derechos en conflicto.

Desde una perspectiva teórica, el debate abordado trasciende el caso concreto y se inscribe en una discusión más amplia sobre la delimitación y jerarquización de los derechos fundamentales. La contraposición entre la teoría interna y externa de los derechos fundamentales, así como la aplicación de la fórmula del peso de Alexy, permiten demostrar que no es posible establecer límites absolutos *ex ante*, sino que estos deben determinarse en función de las circunstancias particulares de cada caso. En este sentido, este trabajo ha intentado demostrar cómo el método ponderativo no solo es racional desde un punto de vista lógico y argumentativo, sino que también responde a la necesidad de garantizar soluciones justas y adaptadas a la realidad social. Para dar solución a los problemas derivados de los conflictos entre derechos fundamentales, resulta esencial defender la concepción externa de los derechos fundamentales, ya que la Constitución no establece límites predeterminados para cada derecho, lo que exige una evaluación específica y flexible en cada caso concreto. De este modo, la ponderación actúa como el instrumento jurídico más adecuado para garantizar una interpretación que respete la pluralidad y complejidad de los derechos en juego.

En términos prácticos, la problemática analizada reviste una importancia significativa, ya que la colisión entre derechos fundamentales (como la libertad de expresión y el derecho al honor) se encuentra en el centro de múltiples controversias jurídicas y sociales. En un futuro cercano, es previsible que surjan nuevos desafíos relacionados con el avance de tecnologías emergentes,



como la inteligencia artificial, la biotecnología y las plataformas digitales. La ponderación de derechos será crucial para abordar conflictos en áreas como la privacidad frente a la libertad de expresión en el ámbito digital, la protección de datos personales frente a la libre circulación de la información, o el equilibrio entre la libertad de creación y el respeto por la dignidad humana en el uso de tecnologías disruptivas. Además, en el ámbito social y político, otros conflictos entre derechos, como los relacionados con la libertad de conciencia y la no discriminación, podrían verse intensificados por debates sobre nuevas normativas de igualdad, el derecho de las minorías frente a mayorías políticas, o la regulación de expresiones en el marco de discursos de odio. Igualmente, cuestiones relacionadas con los derechos laborales, el derecho a la salud frente a la libertad empresarial o los derechos de los consumidores frente a prácticas empresariales también son áreas en las que la ponderación jugará un papel fundamental para garantizar el respeto a los derechos fundamentales en contextos complejos y cambiantes.

Por otro lado, las crisis geopolíticas, como los conflictos bélicos actuales, y los efectos del cambio climático también están generando nuevos conflictos entre derechos fundamentales. La creciente preocupación por el desplazamiento forzoso de personas debido a la guerra o al aumento de fenómenos climáticos extremos podría plantear tensiones entre el derecho de asilo, la protección de los derechos humanos y la seguridad nacional. Asimismo, los derechos relacionados con un medio ambiente saludable podrían entrar en conflicto



con el derecho a la libre empresa o con los intereses económicos de ciertos sectores, en un contexto global donde las políticas medioambientales se están redefiniendo constantemente.

Estos escenarios requieren soluciones basadas en una ponderación profunda de los principios en juego, ya que no es posible establecer límites absolutos *ex ante* sin considerar las circunstancias concretas de cada caso. En este sentido, la aplicación de la ponderación, lejos de ser un obstáculo, constituye la herramienta jurídica más adecuada para garantizar un equilibrio razonable entre los principios en conflicto. A ello debemos añadir el hecho de que la Constitución generalmente no define los límites exactos de cada derecho fundamental, lo que hace imprescindible llevar a cabo una valoración proporcional y contextualizada que permita resolver los conflictos sin desvirtuar la naturaleza de los derechos involucrados. Esta flexibilidad es esencial para adaptarse a los retos que presentan los nuevos avances tecnológicos y garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales sin sacrificar principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

Bajo esta óptica, y en relación con la decisión del Tribunal Constitucional en el caso *Vicent*, se ha argumentado que, si bien la ponderación fue el método correcto, su aplicación específica en este caso pudo haber conducido a una solución incorrecta. El derecho al honor, dadas las circunstancias, habría debido prevalecer sobre el derecho a la creación literaria, ya que la afectación a la reputación del fallecido era de una intensidad considerable, mientras que la obra pudo haberse mantenido intacta con modificaciones mínimas. En conclusión, este trabajo no solo pretende contribuir al



análisis crítico de una decisión judicial concreta, sino también ofrecer una reflexión más amplia sobre la forma en que el Derecho debe abordar los conflictos entre derechos fundamentales. La necesidad de articular soluciones que garanticen la protección de derechos sin desvirtuar el sistema jurídico es un reto constante, y la ponderación sigue erigiéndose como el mecanismo más adecuado para lograr dicho equilibrio. En este sentido, defender la teoría externa de los derechos fundamentales y aplicar la ponderación es crucial para adaptar el ordenamiento jurídico a los desafíos contemporáneos, que plantean nuevos conflictos y dilemas en la interpretación y balance de los derechos fundamentales.

Referencias bibliográficas

5. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, 2º ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.
6. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.
7. ATIENZA, M. / RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ºed., Ariel, Barcelona, 2007.
8. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012.
9. ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012.



10. BERNAL PULIDO, C., "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº77, 2006, págs. 51-75.
11. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
12. BOBBIO, N., "La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº2, 1985, págs. 17-26.
13. GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 200.
14. GARCÍA FIGUEROA, A., *Moral de victoria: Una filosofía del deporte*, Hexis, Terrasa, 2021.
15. GÜNTER, K., "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", trad. de J. C. Velasco, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº17-18, 1995, págs. 271-302.
16. IBÁÑEZ, P. A., / GRÁNDEZ CASTRO, P. P. / MARCIANI BURGOS, B., / POZZOLO, S. (Editores), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Palestra, Perú, 2020.
17. KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, trad. de Emilio Miñana y Villagrasa y Manuel García Morente, Tecnos, Madrid, 2017.



18. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Austral, Barcelona, 2016.
19. KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª ed., trad. de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.
20. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica (1ª ed.)*, trad. de Gregorio Robles Morchón / Félix F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011.
21. MONTESQUIEU, C.-L., *Del espíritu de las leyes*, 5ª ed., trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 2000.
22. MORESO, J. J., "Regreso a Villa Valeria. Sobre el constitucionalismo de Luis Prieto Sanchís", en: IBÁÑEZ, P. A., / GRÁNDEZ CASTRO, P. P. / MARCIANI BURGOS, B., / POZZOLO, S. (Editores), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Palestra, Perú, 2020.
23. PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo y positivismo", *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho*, 14, págs. 263-279.
24. PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3º ed., Trotta, Madrid, 2014.
25. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., "En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales",



Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos, 1998, nº6, págs. 397-410.

26. SAGNIER, J. T., "La negación del holocausto: El caso de Violeta Friedman contra León Degrelle",



LA EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY

D^a. Almudena Monge González

Funcionaria del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha

Resumen: El presente documento ha sido elaborado como trabajo Fin de Máster dentro del Máster en urbanismo, dinamización sostenible de los pequeños municipios de Castilla-La Mancha, llevado a cabo por la Universidad de Castilla-La Mancha, profundizando sobre la expropiación por ministerio de la ley, también llamada



expropiación rogada, consistente en un mecanismo legal por el que el propietario puede obligar a la Administración a expropiar y, en consecuencia, a adquirir, los terrenos afectados por el planeamiento urbanístico a dotaciones de carácter público cuando, dentro de los plazos legalmente establecidos, aquella no las ejecuta, impidiéndole obtener un aprovechamiento lucrativo. Se trata de un mecanismo excepcional y tuitivo que permite garantizar el contenido esencial del derecho de propiedad afectado, liberando el bien de la paralización que genera la inactividad administrativa.

Tratamos de ahondar en su evolución histórica, su objeto, requisitos, la incoación del expediente y la intervención de los órganos de valoración, su aplicación por la jurisprudencia internacional y nacional, así como su actual marco normativo que se encuentra comprendido por cada una de las legislaciones autonómicas que lo han desarrollado y la aplicación supletoria de la legislación estatal, lo que nos va a permitir percibir como la aplicación de las legislaciones autonómicas limitan su carácter tuitivo, para, finalmente, indicar otras alternativas del expropiante ante la inactividad de la Administración.

Abstract: This document was prepared as a Master's thesis within the Master's program in Urban Planning and Sustainable Development of Small Municipalities in Castilla-La Mancha, offered by the University of Castilla-La Mancha. It delves into expropriation by operation of law, also known as expropriation by request, a legal mechanism by which the owner can compel the Administration to expropriate and, consequently, acquire land designated for public facilities within the legally established timeframes when the Administration fails to



carry out the necessary development, thus preventing the owner from obtaining a profit. This is an exceptional and protective mechanism that guarantees the essential content of the affected property right, freeing the property from the paralysis caused by administrative inaction.

This is an exceptional and protective mechanism that guarantees the essential content of the affected property right, freeing the property from the paralysis caused by administrative inaction. We try to delve into its historical evolution, its purpose, requirements, the initiation of the proceedings and the intervention of the valuation bodies, its application by international and national jurisprudence, as well as its current regulatory framework which is comprised of each of the regional legislations that have developed it and the supplementary application of state legislation, which will allow us to perceive how the application of regional legislations limits its protective character, in order to, finally, indicate other alternatives for the expropriating party in the face of the inactivity of the Administration.

Palabras clave: Ope legis, expropiación rogada, expropiación por ministerio de ley, alternativas del expropiado, expediente expropiatorio.

Keywords: Ope legis, expropriation requested, expropriation by operation of law, alternatives of the expropriated party, expropriation file.

ABREVIATURAS

LEF: Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1.954.



LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LOTAU 2023: Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.

LS-56: Ley de 12 de mayo de 1.956 sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana.

TRLS 1976: Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1.346/76, de 9 de abril.

TRLS-92: Texto Refundido sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio

TRLSRU 2015: Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II LA PROPIEDAD Y EL INTERES GENERAL: CONCEPTO HISTORICO DE PROPIEDAD Y SU SUBORDINACION AL INTERES GENERAL. III. LA FIGURA DE LA EXPROPIACION. IV. LA EXPROPIACION POR MINISTERIO DE LA LEY O EXPROPIACION ROGADA:1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION: SU CARÁCTER EXCEPCIONAL Y TUITIVO.



2.- SUS ORIGENES Y EVOLUCION HISTORICA: 2.1. La Ley de Expropiación Forzosa. 2.2. La Ley de 12 de mayo de 1.956. 2.3. Real Decreto 1.346/1976, de 9 de abril. 2.4 Otras reformas. 3.- SU ACTUAL MARCO NORMATIVO: INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.4.- OBJETO. 5.- REQUISITOS. 6.- INCOACION DEL EXPEDIENTE EXPROPIATORIO. 7.- INTERVENCION DE LOS ORGANOS DE VALORACION. **V. BREVE REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE LA EXPROPIACION POR MINISTERIO DE LA LEY. VI. REGULACION AUTONOMICA DE LA EXPROPIACION POR MINISTERIO DE LA LEY:** 1.- Aquellas que han llevado a cabo adaptaciones menores en relación con lo dispuesto en el art. 69 de la LS-76. 2.- Aquellas con adaptaciones relevantes en relación con lo dispuesto en el art. 69 de la LS-76. 3.- Aquellas que prevén la expropiación por ministerio de la ley en el doble marco del modelo tradicional y de la ocupación directa. 4.- Aquellas previsiones de expropiación por ministerio de la ley en el marco de la ocupación directa. **VII. LIMITACIONES AL CARÁCTER TUITIVO POR APLICACIÓN DE LAS LEGISLACIONES AUTONOMICAS. VIII. OTRAS ALTERNATIVAS DEL EXPROPIANTE ANTE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION. IX. CONCLUSIONES. X. BIBLIOGRAFIA.**

28. INTRODUCCION

Nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los poderes públicos numerosas potestades administrativas



necesarias para cumplir el mandato constitucional de “*servir con objetividad los intereses generales*”, encontrándose entre las más gravosas la potestad expropiatoria, por la que se transmiten los derechos patrimoniales del expropiado a la Administración Pública mediante la justa indemnización para preservar el interés general cuando este choca con los intereses privados y siempre que se justifique la concurrencia de utilidad pública o interés social.

Dicha potestad encuentra su respaldo constitucional en el artículo 33 de la vigente Constitución Española y su desarrollo legal y reglamentario en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1.954 y Decreto de abril de 1.957 y su escenario habitual es el ejercicio de la misma a iniciativa de las Administraciones públicas territoriales, bien motu proprio o a instancia de los denominados beneficiarios.

Ahora bien, el desarrollo urbanístico exige la previa delimitación de espacios públicos en nuestros pueblos y ciudades destinados a infraestructuras de uso y servicio público, debiendo ser obtenidos por las Administraciones públicas los terrenos vinculados a estos destinos a través de distintas formas, entre ellas, la expropiación forzosa, bien a instancia de la Administración o los beneficiarios, o, excepcionalmente, promovida por los titulares de terrenos que quedan vinculados por el planeamiento urbanístico a esas dotaciones de carácter público y que no son ejecutadas por las administraciones actuantes en los plazos legalmente previstos, siendo esta modalidad expropiatoria excepcional el objeto del presente trabajo, figura excepcional denominada “*expropiación por ministerio de la ley*”.



Para centrar conceptos indicaremos que en el ámbito urbanístico han sido diferenciadas dos especies de vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos:

1. De un lado, la calificada como **vinculación de uso**, cuya idea central radicaba *“en la afectación de un bien que previamente estaba destinado a una determinada finalidad, perpetuándose para el futuro, cualquiera que fuese la voluntad del propietario y sin que la Administración, por el acto de la vinculación, asuma el compromiso de llevar a cabo su directa adquisición”*¹, vinculación que el legislador ha venido sujetando al resarcimiento del perjuicio que representa mediante la correspondiente indemnización siempre que, como indica el artículo 48.b del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2.015 *“no sea susceptible de distribución equitativa”*.
2. De otro, la calificada **vinculación de destino** cuya característica es *“la de tratarse de terrenos no edificables por los propietarios, cuya suerte final debe ser la de llegar a alcanzar la condición de bienes de dominio y uso público”*², así, en caso de la vinculación de destino o cuando no fuera

¹ LASO MARTINEZ, J.L., Derecho Urbanístico... Tomo III. Ed. Montecorvo.Madrid 1982,págs. 232

² LASO MARTINEZ, J.L., Derecho Urbanístico. La propiedad ante el planeamiento urbanístico. Tomo III. Ed. Montecorvo, Madrid 1.982, pág.207.



posible su obtención gratuita por sujeción a un proceso reparcelatorio, procede la expropiación de los suelos afectados, bien por acordarlo de oficio la Administración o por imponerlo la propiedad con los requisitos exigidos por el legislador autonómico o, supletoriamente, por el legislador estatal.

Así pues, es sobre la vinculación de destino y, más concretamente, la imposición de la expropiación por ministerio de la ley, sobre lo que recae el trabajo, que se compone de un análisis sobre el contenido del derecho de propiedad y la figura de la expropiación, los antecedentes de la figura expropiatoria por ministerio de la ley, su objeto, requisitos, los pronunciamientos sobre ella por la jurisprudencia internacional y nacional, su recepción por las legislaciones autonómicas y las limitaciones que las mismas imponen a su carácter tuitivo, así como, para finalizar, otras posibles alternativas del expropiante ante la inactividad de la Administración.

3. **LA PROPIEDAD Y EL INTERES GENERAL: CONCEPTO HISTORICO DE PROPIEDAD Y SU SUBORDINACION AL INTERES GENERAL**

Tomamos como punto de arranque el **artículo 17 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea ("Carta")** donde se reconoce el derecho de propiedad, pero teniendo como límite la función social, así dispone expresamente que *"1.- Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido 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 en que resulte necesario para el interés general.** 2.- *Se protege la propiedad intelectual”, siendo necesario destacar al respecto:**

4. La redacción de este artículo es coherente con su art. 52.3 que dispone que *“este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH, no pudiendo sobrepasarse las limitaciones previstas en este último”*.
5. El concepto de propiedad es amplio, así, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) ha incluido dentro del derecho de propiedad, los derechos derivados de un contrato de leasing sobre una aeronave (sentencia del TJUE de 30 de julio de 1.996, Bosphorus, recurso 84/95), o los rendimientos de trabajo de un arrendatario y las inversiones en él realizadas (sentencia del TJUE de 13 de julio de 1.989, Wachauf, recurso 5/88).
6. Se garantiza el derecho a disponer libremente de los bienes siempre que no interfiera con las limitaciones existentes por motivos de utilidad pública o interés social, por lo que no tiene un carácter absoluto, habiendo sido establecidos sus límites por la jurisprudencia del TJUE.³

³ Sentencia TJUE de 10 de julio de 2.003 (asunto Brooker Aquaculture e Hydro Seafood, asuntos acumulados 20/00 y



Seguidamente, hemos de tener en cuenta el **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** ("CEDH"), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1.950, al que se adhiere España en el año 1.977 que, en lo que aquí interesa, dispone el artículo 1 de su Protocolo nº 1 que *"Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas"*.

Por su parte, nos encontramos con el **Código Civil, aprobado a partir de la Ley de Bases del 11 de Mayo de 1.888**, regulando el derecho de propiedad como un derecho de configuración legal en el Título II del Libro II, bajo la rúbrica *"De la propiedad"*, disponiendo en sus artículos 348 a 391, dos reglas importantes:

64/00 " Este derecho no constituyen prerrogativas absolutas, sino que debe tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de tales derechos, en el ámbito de una organización común de mercados, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intención desmesurada e intolerable que lesione la propia esencia de estos derechos".



1. De una parte, el concepto del derecho de propiedad, cual es el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las previstas en las leyes, teniendo acción el propietario contra el tenedor y poseedor de la cosa para reivindicarla.
2. De otra, que nadie podrá ser privado de su propiedad sino es por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización, debiendo ser amparado por los jueces si no cumplieran este requisito y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado, lo que ha de ponerse en relación con el artículo 9 de la Ley de 16 de diciembre de 1.954 sobre Expropiación Forzosa que establece como **condición indispensable**, la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado; así como con el artículo 10 de su Reglamento (Decreto de 26 de abril de 1.957) que dispone que *"la declaración de utilidad pública o interés social ...llevará consigo la autorización para expropiar los bienes o derechos necesarios para la realización de las obras o el establecimiento de los servicios"*.

Finalmente, nos encontramos con la **Constitución Española de 1.978**, de forma que la propiedad privada, tras su aprobación, ya no gira en torno al artículo 348 Cc, sino del artículo 33 CE, donde **se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, si bien, será la función social de este derecho la que**



delimitará su contenido de acuerdo con las leyes, no pudiendo nadie ser privado de sus bienes y derechos sino es por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. De forma que al tratarse de un derecho constitucional no fundamental vincula a todos los poderes públicos y sólo por ley, que en todo caso deberá de respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio del mismo, protegiéndose a través de la vía del art. 53.2 C.E. Así pues, de la interpretación dada por el TC a este art. hemos de tener en cuenta las siguientes pautas:

1. Sobre la base del art. 128.1 C.E. ha de entenderse por función social que la propiedad se encuentra subordinada al interés general, de forma que de la lectura conjunta de ambos preceptos queda patente que la expropiación es una figura jurídica que se configura como una "*técnica de conversión de derechos*"⁴, dado que el derecho de propiedad sobre un bien concreto se transforma en el derecho de propiedad sobre su equivalente económico.
2. Sólo por ley, que en todo caso ha de respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de dicho derecho, por lo que:
3. Queda prohibida su regulación por reglamentos independientes o extra legem pero no que el

⁴ JAVIER DE LA AHUMADA RAMOS, F (febrero de 2.003. *El ejercicio de la potestad expropiatoria*. VLex <https://vlex.es/vid/ejercicio-potestad-expropiatoria-176566>.



legislador remita al poder normativo de la Administración para completar su regulación.

4. Por **contenido esencial** se ha de entender aquella parte del contenido del derecho subjetivo sin la cual pierde su peculiaridad o la desnaturaliza o bien, aquella parte que es absolutamente indispensable para que los intereses jurídicamente protegidos resulten real, concreta y efectivamente protegidos. **Este contenido esencial constituye un límite a la libertad configuradora de la Administración.**⁵

1. Corresponde a los poderes públicos determinar, de acuerdo con las leyes, el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes.

2. **LA FIGURA DE LA EXPROPIACION**

La expropiación forzosa constituye una de las potestades típicas de la Administración Pública, mediante la cual se manifiesta el máximo poder de limitación, cual es la privación singular de un derecho o interés patrimonial de

⁵ STC 111/1983, de 2 de diciembre considera que este contenido esencial de la propiedad privada debe ser considerado desde "la reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable". Por su parte, la STC 37/1987, de 26 de marzo considera que sería únicamente inconstitucional un medida de restricción total de la propiedad "si le privase de todo contenido útil (...) sin una indemnización adecuada".



un particular para servir al interés general, con reconocimiento constitucional en el artículo 33 CE y definida en el **artículo 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1.954 ("LEF"**) como *"cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio"*.

Por su parte, **el artículo 9 de dicho texto legal** exige que *"para poder proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social"* y **el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana ("TRLSU-15)** permite expropiar para ejecutar la normativa en materia de ordenación del territorio y urbanismo, potestad que ha de ejercerse conforme a lo dispuesto en la LEF y en el propio TRLSU-15, de forma que la simple aprobación de los instrumentos urbanísticos lleva aparejada la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes cuando tales instrumentos habilitan para su ejecución, pues como señala el artículo 42.2 TRLSU-15, *"se extenderá a los terrenos precisos para conectar la actuación de urbanización con las redes generales de servicios, cuando sean necesarios"*

Desde el punto de vista de las titularidades a las que afecta supone un cambio en la titularidad civil de unos bienes y derechos, accediendo al Registro de la Propiedad, una vez transferida la propiedad, así como a



otros registros públicos, por lo que es de carácter bilateral de tipo contractual, traslativo, oneroso, conmutativo, causal y sometida al Derecho Administrativo.

Ahora bien, como indicamos al inicio del trabajo, el desarrollo urbanístico exige que en nuestras ciudades y pueblos se lleve a cabo una previa delimitación de los espacios de uso y servicio público destinados a equipamiento, zonas verdes, equipamientos sociales, sanitarios, deportivos, educativos, de ocio, etc.. a fin de poder garantizar una adecuada calidad de vida, de forma que los terrenos vinculados a ello han de ser adquiridos por las Administraciones Públicas competentes para ser destinados a estas finalidades y siguiendo las previsiones del planeamiento urbanístico.

Así es, la posibilidad de pasear por un parque o acudir a una biblioteca implica un coste o gravamen para el propietario expropiado que ve sus terrenos destinados a dotaciones públicas por el planeamiento urbanístico, por lo que la calificación de un terreno como dotacional público supone una afección negativa para el propietario del suelo que no va a poder patrimonializar su aprovechamiento al estar destinado el suelo a un uso público.

La forma tradicional de obtención de esos terrenos privados para implementar servicios o infraestructuras públicas es la expropiación, realizando la Administración una "*compraventa forzosa*" de aquellos bienes que le son de interés y necesarios para ejecutar los sistemas generales, si bien, ésta tiene otras formas; así, estos terrenos calificados dotacionales de carácter público



resultado de la ejecución del planeamiento en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable sectorizado serán adquiridos:

1. **Por cesión obligatoria y gratuita por razón de urbanismo** en el proceso de reparcelación, lo que supone una carga urbanística que soportan los propietarios en justa compensación por el beneficio que obtienen gracias a la urbanización, viéndose compensada la cesión con la adjudicación de solares que se transforman a través del procedimiento de gestión urbanística.
2. **Por transferencias de aprovechamiento**, técnica de gestión urbanística que posibilita el traslado del aprovechamiento tipo no realizable en terrenos propios, a otros que deben servir de soporte a un aprovechamiento superior al tipo, de forma que los terrenos propios quedan liberados para el destino al que sirven (destino público) y las Administraciones obtienen unos terrenos que pueden destinar a dotaciones.
3. **Por ocupación directa**, lo que supone que la Administración ocupe un terreno destinado a dotación pública a cambio del derecho del propietario de los mismos a materializar el aprovechamiento que le corresponda en otro ámbito urbanístico. De esta forma la Administración adjudica en un futuro proyecto de reparcelación unos terrenos de valor equivalente al ocupado y, además, paga al propietario una indemnización por el tiempo que medie entre la fecha efectiva de la ocupación y la adjudicación de



los nuevos terrenos en el proyecto de reparcelación.

4. **Por convenio urbanístico**, tratándose de una técnica potestativa, ya que la Administración puede ejercitar sus poderes mediante actos unilaterales, de forma que ésta compensa la entrega del suelo con el reconocimiento de un derecho a un aprovechamiento urbanístico a materializar en el futuro
5. **O, excepcionalmente, por la Administración Pública a instancia de los titulares de los terrenos afectados por el planeamiento urbanístico a esas dotaciones de carácter público, cuando, dentro de los plazos legalmente previstos, aquella no las ejecuta.** Es la figura excepcional denominada "*expropiación por ministerio de la ley*" o "*expropiación rogada*", cuya particularidad se basa en que es el futuro expropiado quien obliga a la Administración a ejercer su potestad expropiatoria y a adquirir sus terrenos afectados por las previsiones del planeamiento urbanístico, al impedirle obtener al titular de los mismos un aprovechamiento lucrativo, operando cuando la equidistribución no es posible.

Por lo tanto, para la obtención de terrenos destinados a dotaciones públicas no existe un único método y la posibilidad de utilizar uno u otro depende de la clasificación del suelo, del tipo de dotación de que se trate y de la legislación urbanística aplicable, no permitiendo todas las Comunidades Autónomas los



mismos métodos de obtención, pero si son comunes a todas ellas la figura de la expropiación y la de cesión gratuita.

1. **LA EXPROPIACION POR MINISTERIO DE LA LEY O EXPROPIACION ROGADA**
2. **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION: SU CARÁCTER EXCEPCIONAL Y TUITIVO.**

Como he indicado anteriormente la institución de la *expropiación rogada o expropiación por ministerio de la ley* tiene carácter excepcional, pues constituye una excepción al régimen general de la discrecionalidad administrativa a la hora de decidir sobre el ejercicio de la potestad expropiatoria, siendo el propietario quien solicita a la Administración que le expropie su bien, buscando evitar la indefensión de los propietarios que han visto sus terrenos desprovistos de aprovechamiento urbanístico como consecuencia del planeamiento urbanístico, quedando vacío el contenido de su derecho de propiedad por la inactividad de Administración a la hora de ejecutar lo dispuesto en el planeamiento urbanístico.

Realmente la expropiación por ministerio de la ley ha mostrado poco interés en la doctrina administrativa, no habiendo muchas referencias a la misma en los manuales de derecho urbanístico, pero si ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como internacional, articulándose como un contrapeso frente a la inseguridad jurídica generada por la inactividad de la Administración que no ejecuta sus propias previsiones expuestas en el planeamiento urbanístico, tratándose de un *instrumento tuitivo y de*



*reequilibrio patrimonial*⁶, impidiendo que quede vacío el contenido del derecho de propiedad, constituyendo un claro mecanismo de cierre, pues cuando el contenido económico del derecho de propiedad no pudiera ser satisfecho por otra vía, como la equidistribución de derechos y cargas, ha de procederse a la expropiación.

2.-SUS ORIGENES Y EVOLUCION HISTORICA

3. La ***Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1.954, sobre Expropiación Forzosa*** (en adelante LEF) carece de mención alguna sobre la expropiación por ministerio de la ley, si bien, su artículo 85 dispone que "*Las expropiaciones que se lleven a cabo por razón de urbanismo y las que en cualquier caso realicen las entidades locales, se ajustarán a lo expresamente dispuesto en la Ley del Régimen Local y demás aplicables...*", de forma que asume el papel de regulación subsidiaria, que en realidad se circunscribe al procedimiento de fijación de justiprecio, la alteración de la composición del Jurado Provincial, incluyendo un miembro de la Corporación Local Expropiante, y la atribución a las Corporaciones Locales de las potestades que corresponden a la Administración o autoridades gubernativas mencionadas en la LEF, todo ello en aplicación de las modificaciones primera, segunda y tercera de la propia LEF.

⁶ SSTS de 28 de octubre de 2.013 (casación 3912/11) y 20 de diciembre de 2.011 (casación 5528/2008)



4. Esta institución encuentra su origen en el **artículo 56 de la Ley de 12 de mayo de 1.956, sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana** (en adelante LS-56), nacida para evitar la situación anterior, disponiendo que *“ 1.La expropiación e imposición de servidumbres sobre terrenos que no resulten edificables por sus propietarios particulares habrán de llevarse a efecto dentro del plazo máximo de 10 años, a contar de la fecha de entrada en vigor del Plan que las motivare. 2. Si no se hubiera procedido a la expropiación o imposición de servidumbre en el plazo indicado el propietario podrá requerir a la Administración para que lo efectúe en el de los tres meses siguientes y, si no la llevare a cabo, recobrará el libre ejercicio de sus facultades dominicales”*

Así pues, **lo que la ley concedía era la posibilidad al ciudadano de recobrar sus facultades dominicales en el caso de que la Administración no llevara a cabo la expropiación en el citado plazo**, siendo necesario concretar:

5. Necesidad de la existencia de la previsión de una expropiación o servidumbre sobre los terrenos afectados y que dichos terrenos no fueran susceptible de edificación privada, como los dedicados a terrenos de edificación pública, calles y plazas, parques y jardines, todo ello por aplicación del art. 63 LS-56.
6. Que la misma no se realizara en el plazo de 10 años desde la entrada en vigor del propio Plan, de forma que no permitía recobrar el ejercicio de las facultades dominicales si se ha iniciado el



procedimiento expropiatorio, aunque no se hubiese consumado este expediente en todas sus fases, hasta el pago del justiprecio y la toma de posesión.

7. Requerimiento por el propietario a la Administración para llevarla a cabo en el plazo de 3 meses; ahora bien, no existe plazo para que el propietario, transcurrido los 10 años, llevara a cabo el requerimiento, sino que transcurrido el mismo, el propietario puede llevarlo a cabo sin importar el tiempo transcurrido.
8. En cuanto al elemento subjetivo requerido es la Administración, pero ésta no determinaba el concreto órgano, por lo que resultaba de aplicación la cláusula general prevista en el art. 202 L-56, de forma que, en principio será competente el Ayuntamiento correspondiente, al disponer el mismo que *"la competencia urbanística de los Ayuntamientos comprenderá todas las facultades que siendo de índole local, no hubiesen sido expresamente atribuidas por la presente Ley a otros Organismos"*.
9. El elemento subjetivo requirente será el propietario del terreno afectado, limitándose a este la facultad de incoar el procedimiento, con independencia de la posible existencia de otras personas interesadas como los titulares de un derecho de arrendamiento, usufructo, servidumbre, etc....



10. Como supuesto de hecho se requería la existencia de un plan de ordenación que limitara las facultades dominicales y, en aplicación del art. 10.1.c L-56, debía ser un plan parcial, pues es el que preveía los emplazamientos en cada zona de edificios, servicios públicos y espacios libres.
 11. No establecía ningún procedimiento especial, sólo el requerimiento, por lo que resultaban de aplicación las reglas generales sobre el procedimiento administrativo.
 12. Transcurridos los tres meses, la resolución expresa en uno u otro sentido, no producía efecto alguno, pues la Corporación debía expropiar o imponer la servidumbre, pero, si en este plazo, procedía a iniciar el procedimiento administrativo expropiatorio el particular ya no tenía derecho a recuperar el libre ejercicio de sus facultades.
 13. Finalmente, si la Administración persistía en su actitud pasiva el propietario recobraba el libre ejercicio de sus facultades dominicales, extinguiéndose la potestad administrativa de expropiación o imposición de servidumbre, lo que no significa que quede liberado del Plan de Ordenación y sus Ordenanzas, continuando sometido a sus normas, pudiendo ejercer sus derechos dentro de las previsiones de los mismos, no pudiendo oponerse la Administración a ellos.
- 2.3. Es a través **de Real Decreto 1.346/1976, de 9 d abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana (en adelante TRLS-76)**, cuando se produce un **cambio de paradigma** y se introduce, ahora sí, la



modalidad de *la expropiación por ministerio de la ley*, a través de **su artículo 69**, disponiendo el mismo que:

"1.- Cuando transcurran cinco años, desde la entrada en vigor del Plan o Programa de Actuación Urbanística sin que se llevase a efecto la expropiación de los terrenos, que, con arreglo a su calificación urbanística, no sean edificables por sus propietarios, ni hayan de ser objeto de cesión obligatoria por no resultar posible la justa distribución de los beneficios y cargas en el polígono o unidad de actuación, el titular de los bienes o sus causahabientes advertirán a la Administración competente de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, que podrá llevarse a cabo por ministerio de la Ley, si transcurrieren otros dos años desde el momento de efectuar la advertencia.

2.-A tal efecto, el propietario podrá presentar la correspondiente hoja de aprecio, y si transcurrieren tres meses sin que la Administración la acepte, podrá aquél dirigirse al Jurado provincial de Expropiación, que fijará el justiprecio conforme a los criterios de esta Ley y de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos treinta y uno y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa.

3.-A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior, la valoración se entenderá referida al momento de la iniciación del expediente de justiprecio por ministerio de la Ley y los intereses de demora se devengarán desde la presentación por el propietario de la correspondiente tasación."



Así pues, se produce un cambio de filosofía, de forma que, excepcionalmente, el procedimiento expropiatorio se convierte en un procedimiento a instancia de parte⁷, estableciendo garantías frente al no ejercicio de la actividad expropiatoria que puede ocasionar perjuicio a los particulares, por la imprevisión, desidia o demora de la Administración, siendo necesario destacar y concretar:

14. El sujeto que ha de ser requerido es la Administración, entendiéndose por tal al Ayuntamiento, al igual que ocurría en la legislación anterior, y ello por aplicación del art. 214 TRLS-76 que atribuye la competencia en materia urbanística, siempre que no hubiera sido expresamente atribuida a otro Organismo, al Ayuntamiento.
15. El sujeto requirente, es decir, el legitimado para formular el requerimiento, es el propietario o sus causahabientes, ampliándose de esta forma los sujetos que puede efectuarlo, a diferencia de la legislación anterior, por lo que sigue sin permitir la entrada a otros sujetos que tengan interés legítimo, personal y directo a que se decida sobre la expropiación.
16. Es requisito indispensable la existencia de un Plan de Ordenación que determine la limitación de las facultades dominicales pero, a diferencia de la regulación anterior, no se restringe a la existencia de un plan parcial, sino que también incluye al Programa de Actuación, por lo que cabe su

⁷ El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Ley del Suelo. Comentarios del Texto Refundido de 1992. Tomo II. Madrid. Publicaciones Abella, 1993. P.287



aplicación al suelo urbanizable programado, aunque todavía no exista dicho Programa de Actuación. Así pues, y en aplicación del art. 11.1 TRLS-76 el plan puede ser general o parcial, dado que este artículo se refiere a los planes generales, permitiendo que en los mismos se lleve a cabo una regulación más detallada del suelo urbano, a diferencia de lo previsto en la legislación anterior.

17. Se requiere la producción de una determinada forma de afectación, no siendo aplicable a aquellos terrenos que, según el Plan, sean edificables por los propietarios, aunque sea mínimamente.
18. En cuanto a la inactividad de la Administración, al igual que en la legislación anterior, se ha de entender el no haber llevado a cabo la expropiación, no siendo necesario que se haya llevado a cabo el pago o depósito del valor de los terrenos, lo que se acentúa con esta nueva regulación, que prevé como consecuencia de esa inactividad la posibilidad del particular de poner en marcha el procedimiento de determinación del justiprecio, lo que no podría llevarse a cabo si se hubiera iniciado el citado procedimiento.
19. Por su parte, el plazo de dicha inactividad se reduce de 10 años con la anterior regulación, a 5 años, si bien, el trascurso de dicho plazo no le reconoce la posibilidad de incoar el procedimiento expropiatoria, sino de advertir a la Administración su propósito de iniciarlo, cuando no lo lleve a cabo en el plazo de 2 años desde el requerimiento.



20. A diferencia de la regulación anterior, en la presente se prevé un auténtico procedimiento expropiatorio, contando la Administración con la ventaja de incoar el procedimiento del justiprecio dentro de este segundo plazo, por lo que se dará por terminado, no pudiendo el propietario pasar a la siguiente fase, debiéndose de seguir el procedimiento expropiatorio previsto en el art. 31 de la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento. Ahora bien, si no lo efectúa, ante la persistencia de la inactividad de la Administración, se iniciará el expediente del justiprecio por Ministerio de la Ley con la presentación de la hoja de aprecio⁸.
21. En definitiva, a partir de esta reforma, se limitan las facultades del propietario a llevar a cabo la determinación del justiprecio conforme a los criterios del TRLS-76, pero a través del procedimiento establecido en la Ley de Expropiación Forzosa, por lo que se excluye el procedimiento de tasación conjunta, permitiéndose a la Administración evitar las consecuencias del art. 69 de la citada norma tramitando el procedimiento del justiprecio,

⁸ SSTS de 27 de marzo de 2001 / RJ\2001\2667) y 25 de mayo de 1993 (RJ\1993\3798) "la incoación del expediente expropiatorio tiene lugar, por ministerio de la ley, sin otro requisito que la presentación por parte del expropiado de la oportuna hoja de aprecio ante el Ayuntamiento. Esta presentación es el elemento que desencadena la iniciación del expediente expropiatorio", por lo que "el Ayuntamiento carece de facultades para decidir sobre la iniciación del expediente del justiprecio".



pudiendo llevar a efecto el pago en el momento que estime conveniente, de forma que, el reconocimiento al particular de posibilitarle para iniciar el procedimiento expropiatorio tan solo agrava su situación, que se ve avocada a un procedimiento en el que no tiene posibilidades de obtener un precio justo⁹.

2.4. Posteriormente ***se llevan a cabo dos reformas***

22. De un lado, el ***Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana*** (en adelante TRLS-92), que vuelve a hacer referencia a la expropiación por ministerio de la ley pero en relación a la adquisición de terrenos para la adquisición de sistemas generales, disponiendo su artículo 202 el plazo para llevarla a cabo, los efectos del incumplimiento, el momento de la valoración y el aprovechamiento a tomar en cuenta para determinar el justiprecio.

Ahora bien, dicho Real Decreto fue impugnado ante el Tribunal Constitucional, dando lugar a la ***STC 61/1997***, que decretó su nulidad al afirmar que la alusión a plazos y técnicas urbanísticas concretas invadía la competencia de las Comunidades Autónomas contenida en el art. 148.1.3ºCE, pero sí dejó a salvo la competencia del Estado para establecer garantías frente a la amenaza indefinida de una expropiación, al existir otros títulos

⁹ *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Comentario a la Ley del Suelo. Ob.at., pag.583



competenciales previstos en el art. 149.1.1CE que permiten a la competencia estatal incidir en la competencia autonómica, tales como por ejemplo, la expropiación forzosa, la regulación del orden económico, el derecho de propiedad o el establecimiento de las bases en el funcionamiento de la Administración¹⁰. En síntesis, dicha sentencia estableció que más allá de ese mínimo común normativo, el legislador estatal, en materia de ordenación de territorio y urbanismo, como es la expropiación por ministerio de la ley, carecía de competencia y su ordenamiento será meramente supletorio de cada uno de los autonómicos en virtud de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal recogida en el artículo 149.3 de nuestra Constitución.

23. De otro lado, **la Ley 6/1998 de 13 de abril, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones**, pues con la anulación por el Tribunal Constitucional resultaba urgente una regulación estatal que sustituyera el TRLS-92, aprobándose dicha normativa que permitía adscribir los terrenos designados por el planeamiento a sistemas generales en un ámbito concreto del suelo urbanizable y del urbano no consolidado, todo ello a efectos de gestión, sin hacer referencia a plazos.

Dicha Ley fue igualmente impugnada ante el Tribunal Constitucional, dando lugar a la **STC 161/2001**, que

¹⁰ La citada STC. Fundamento Jurídico 30ª, afirma que " el Estado, por virtud de sus competencias del artículo 149.1.1CE, puede establecer garantías a favor de los particulares frente a la inactividad expropiatoria de las Administraciones Públicas competentes en materia de urbanismo"



tan sólo anuló determinados artículos, sometiendo otros preceptos y expresiones a una interpretación acorde a la Constitución.

3.- SU ACTUAL MARCO NORMATIVO: INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ambas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, declarando la inconstitucionalidad del texto de 1.992 y parte de la del 1.998 **vuelve a dejar vigente el art. 69 del TRLS-76** y ello porque, al tratarse de una norma preconstitucional no regían las normas del reparto competencial, por lo que es una norma que ni las Comunidades Autónomas pueden derogar, al ser una ley estatal, ni tampoco el Estado, al carecer de competencias para ello. Por ello, el mecanismo de *expropiación por ministerio de la ley* ha permanecido vigente hasta la actualidad, ya sea por la aplicación supletoria del art. 69, ya por las leyes autonómicas que la han recogido, pues uno de los efectos distorsionadores de la Sentencia constitucional de 20 de marzo de 1.997 fue que las Comunidades Autónomas se vieron compelidas a promulgar su propia legislación urbanística general, en detrimento del mínimo común normativo estatal o, dicho en otras palabras, en lo relativo a esta institución jurídica, corresponde a las CCAA decidir si la ocupación directa ha de formar o no parte de su modelo urbanístico, estando obligadas a respetar las garantías expropiatorias que, con carácter mínimo, establece el artículo 149.1.18 CE, lo que ha sido asumido por las distintas legislaciones autonómicas, como más adelante exponemos.



Para finalizar este punto hemos de indicar que dicha potestad expropiatoria no es discrecional, sino reglada, al estar tasada por ley en todos sus elementos, ya sea autonómica o estatal con carácter supletorio, de forma que de darse el presupuesto básico de afectación del bien al planeamiento urbanístico, la Administración carece de margen para decidir, como a continuación veremos.¹¹

4.- OBJETO

Como hemos indicado anteriormente, la aprobación de planeamiento urbanístico lleva implica la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos objeto del ejercicio de la potestad expropiatoria, permitiendo a los titulares de los terrenos afectados promover la expropiación cuando, superados los plazos legalmente previstos, la Administración permanezca inactiva y las limitaciones impuestas por el planeamiento vacíen de contenido su derecho de propiedad sobre terrenos no susceptibles de aprovechamiento privado y de cesión obligatoria por resultar inviable su participación en la distribución de beneficios y cargas. Señalar al respecto que en la Comunidad de Castilla-La Mancha, el artículo 150.2 de la LOTAU exige, para que opere la expropiación rogada, justificar " *la imposibilidad de efectuar la justa distribución de beneficios y cargas*".

¹¹ PUERTA SEGUIDO, Francisco, "La expropiación forzosa y rogada de suelos no susceptibles de aprovechamiento privativo", en *El urbanismo como sector clave para un desarrollo sostenible*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos. ISBN 9788470529399, España, 2023, pp. 207-244.



Así, como indica el profesor Dr. FRANCISCO PUERTA SEGUIDO¹², pueden ser objeto de esta forma excepcional de expropiación:

1. De un lado, los terrenos destinados a dotaciones públicas por el planeamiento urbanístico no susceptibles de aprovechamiento lucrativo en el desarrollo de una unidad de ejecución, pero no cuando la limitación de edificar derive de otras limitaciones como la necesidad de hacer efectiva la protección de carreteras, aeropuertos, puertos, pues estas limitaciones legales no resultan indemnizables.
2. De otro, cuando se refiera a la adquisición de terrenos que el planeamiento ha previsto obtener mediante el sistema de expropiación, pero la Administración no lo lleva a cabo.

5.- REQUISITOS

Se ha de comprobar por la Administración inactiva y, posteriormente, por los órganos de valoración, los siguientes requisitos:

3. La identificación de los bienes objeto de expropiación, con su correcta delimitación física y jurídica, así como la acreditación de la titularidad de quienes la promueven. Este requisito de

¹² PUERTA SEGUIDO, Francisco, "La expropiación forzosa y rogada de suelos no susceptibles de aprovechamiento privativo", en *El urbanismo como sector clave para un desarrollo sostenible*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos. ISBN 9788470529399, España, 2023, pp. 207-244.



identificación del bien es ineludible para que pueda entrarse a su valoración.¹³.

4. El título y el tracto, tanto del propietario como del causahabiente.
5. Comprobación de los plazos legalmente establecidos para la ejecución del planeamiento, que será el establecido en la norma autonómica correspondiente y, en su defecto, el plazo previsto en el art. 69 TRLS-76, cual es de 5 años. Es decir, el cumplimiento de este plazo desde la entrada en vigor del Plan o Programa de Actuación Urbanística sin llevar a efecto la expropiación de los terrenos.
6. La formalización por el titular de la oportuna advertencia a la Administración, indicándole la necesidad de llevar a cabo las actuaciones urbanísticas programadas en el planeamiento o, en caso de no ejecución, exigiéndole la expropiación de los terrenos afectados por las limitaciones del planeamiento. Esta advertencia se trata de un requisito de procedibilidad, pero no implica su ejercicio¹⁴, no estableciéndose un plazo para que se lleve a cabo esta advertencia previa, no teniendo límite de tiempo, pudiéndose llevar a cabo una vez superado el plazo legalmente

¹³ STS 977/2017, de 2 de junio.

¹⁴ STS de 10 de noviembre de 2.009 "... el anuncio del propósito de ejercitar el derecho, pero no su ejercicio, que se condiciona al hecho de que el propio interesado, transcurrido este último plazo, ejercite efectivamente su derecho mediante la presentación de la correspondiente hoja de aprecio, que desencadena la iniciación del procedimiento expropiatorio."



establecido y teniendo dicha petición carácter antiformalista, como ha declarado la jurisprudencia.¹⁵

7. La presentación de la hoja de justiprecio si transcurren 2 años desde el momento en que se presentó la advertencia previa, no estableciéndose plazos en que deban ejercitarse los derechos por el titular de los bienes, refiriéndose solamente al vencimiento de éstos para poder habilitar las actuaciones del interesado, siendo resuelta dicha laguna por diferentes pronunciamientos judiciales en el sentido de que no se fija ningún plazo preclusivo para su ejercicio.¹⁶
8. Se ha de comprobar la calificación y clasificación de los suelos, su vinculación a los destinos dotacionales y la inexistencia de aprovechamiento privativo que pueda compensar su afectación; en

¹⁵ SSTS de 8 de mayo de 1.985 y 26 de noviembre de 1.992 que indican "... siendo suficiente que quede constancia clara de la intención del propietario de que se inicie el procedimiento y la ausencia de motivación de la Administración para denegar, por motivos de fondo o materiales, la procedencia de la expropiación que impone el planeamiento".

¹⁶ STSJ de CLM 133/2022, recurso nº 522/2019 que señala "... Esto es así por la peculiaridad procesal de la expropiación por ministerio de la ley, que fija plazos mínimos que han de transcurrir, pero, después, no fija ningún plazo preclusivo para el ejercicio de los diversos actos que ha de realizar el expropiado..."



definitiva, ha de tratarse de suelos excluidos de ámbitos de distribución de beneficios y cargas.

9. Calificación dotacional y no integración real en áreas de reparto.
10. El Informe técnico de inviabilidad de la equidistribución, como exige expresamente en Castilla-La Mancha el artículo 150.2 de la LOTAU.

6.- INCOACION DEL EXPEDIENTE EXPROPIATORIO

El expediente expropiatorio se incoa automáticamente, es decir, se inicia el procedimiento expropiatorio por ministerio de la ley con la presentación de la hoja de aprecio ante la Administración expropiante por los titulares de los bienes afectados, previa formalización de la advertencia previa y sin actividad por la Administración en el plazo legalmente establecido, siendo necesario destacar que, a partir de ese momento, se ha de tener en cuenta:

11. La Administración ya no puede enervar el inicio del expediente expropiatorio, aunque manifieste su oposición expresa a la adquisición de los terrenos por el mecanismo de la expropiación forzosa. Ahora bien, esta incoación automática no impide que la Administración desestime la solicitud del titular de los bienes por no cumplirse los requisitos materiales y/o formales, si bien, dicha desestimación solo tiene el carácter de no aceptación expresa de la hoja de aprecio presentada. Por su parte, tampoco el silencio administrativo en este momento impide el pronunciamiento sobre el justiprecio, sin perjuicio de que este pueda ser impugnado en vía administrativa y/o judicial, a través de la



impugnación de la resolución del órgano de valoración.

12. Si la Administración competente inicia el expediente expropiatorio con posterioridad a la advertencia previa, determina que el procedimiento expropiatorio se tramite por vía ordinaria, pero impide al titular de los bienes afectados la iniciación *ope legis*, fijándose el justiprecio de común acuerdo o, en caso de desacuerdo, después del intercambio de las hojas de aprecio respectivas, mediante la intervención de los Jurados, provinciales o autonómicos, competentes.
13. La Administración competente puede aprobar modificaciones en el planeamiento llevando a cabo una recalificación de los suelos afectados, incluyéndolos en sectores del planeamiento que permitan su aprovechamiento lucrativo, excluyendo de esta forma la posibilidad de la expropiación *ope legis*, si bien, para enervar dicha posibilidad, la alteración del planeamiento con esa finalidad ha de estar aprobada y publicada con anterioridad a la presentación de la hoja de aprecio por los titulares de los terrenos. Por su parte, según la doctrina jurisprudencial, tampoco enerva la posibilidad de incoarlo la modificación del planeamiento en ese ínterin si mantiene la clasificación y calificación del suelo afectado y, con ello, las mismas limitaciones al aprovechamiento



urbanístico,¹⁷¹⁸ acarreado como consecuencia jurídica, la aprobación del nuevo planeamiento, la imposibilidad de rehabilitar el cómputo de los plazos y enervar la tramitación del expediente expropiatorio *ope legis*, que continuará por sus trámites, finalizando con la determinación del justiprecio.

14. Como pone de relieve el profesor FRANCISCO PUERTA SEGUIDO¹⁹ "Una de las cuestiones más controvertidas en el ejercicio del derecho a la expropiación *ope legis* ha sido la referida a la acreditación del cumplimiento de los plazos impuestos por la legislación urbanística". Así es, en síntesis, lo que se plantea es si incoado un procedimiento expropiatorio *ope legis* y desestimado el mismo por no cumplirse el requisito de los plazos, pero cumplidos todos los demás requisitos materiales y sustantivos, se vuelve a iniciar el cómputo de los plazos *ex novo* o, los ya transcurridos, han de ser abonados o computados en una pretensión posterior. Sobre este planteamiento numerosos pronunciamientos judiciales apuntan a la afirmación de que los ya consumidos en una pretensión judicial anterior

¹⁷ En Castilla-La Mancha el artículo 150.4 de la LOTAU prevé la interrupción por sometimiento a información pública o concertación administrativa.

¹⁸ STS de 14 de marzo de 2.007, rec. 10321/2003

¹⁹ PUERTA SEGUIDO, Francisco, "La expropiación forzosa y rogada de suelos no susceptibles de aprovechamiento privativo", en *El urbanismo como sector clave para un desarrollo sostenible*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos. ISBN 9788470529399, España, 2023, pp. 207-244.



sean abonados o computados en un proceso posterior.²⁰

7.- LA INTERVENCION DE LOS ORGANOS DE VALORACION. REFERENCIA EXPRESA AL ARTICULO 153 DE LA LOTAU

Una vez presentada la hoja de aprecio ante el órgano de valoración, ya sea estatal o autonómico, éste debe:

15. Revisar el cumplimiento de los requisitos sustantivos, formales y/o materiales para promover la expropiación por ministerio de la ley, pudiendo inadmitir la solicitud de valoración si los mismos no se cumplen.²¹

²⁰ Sentencia del TSJ de CLM 133/2022, de 27 de mayo de 2.022(recurso 522/2019) que invoca la STS de 4 de diciembre de 2.012(casación 1811/2010, indica que "... A nuestro juicio la sentencia del TS ilumina con claridad el presente asunto. En efecto, sus razonamientos nos sirven para entender que la solicitud de expropiación por ministerio de la ley, aunque puede dar lugar a una desestimación- incluso judicial- por falta de transcurso suficiente de los plazos obligatorios, no deja por ello de existir y permite perfectamente que el interesado, una vez que el plazo que la vez anterior no estaba consumado, se consuma, recupere la petición original, sin necesidad de una nueva petición, y prosiga con el trámite que corresponda..."

²¹ Sentencia del TSJ de CLM nº 395/2016, de 14 de junio, en recurso 195/2014, señalando en su fundamento de derecho que "El Jurado Regional de Valoraciones inadmitió la petición de fijación del justiprecio por entender que no se daban los requisitos precisos para que se entendiera incoado el procedimiento de expropiación por ministerio de la ley. El actor entiende que esto excede de las competencias del Jurado,



16. Cumplir su función tasadora o de valoración, siendo la fecha de la presentación del justiprecio la que determina la legislación aplicable para la determinación del valor de los bienes.
17. Resolver y notificar su decisión en los plazos previstos en su normativa reguladora, de forma que, superado los mismos sin efectuarlos se devengarán los **intereses de demora** hasta el momento de su fijación y liquidados con carácter retroactivo al momento de la presentación de la hoja de aprecio, al tratarse de un daño imputable al órgano tasador, no debiendo confundirse con los intereses devengados cuando el retraso se produce en el abono del justiprecio ya fijado, el cual es automático y sin necesidad de intimidación alguna por el expropiado, los cuales se computan, devengándose **el interés legal**, si determinado el justiprecio, se supera el plazo de los seis meses previstos para su pago.
18. El artículo 153.3 de la LOTAU establece el periodo en que dichos acuerdos han de ser adoptados y

dado que su labor es estrictamente tasadora. Sin embargo, creemos que, lo diga o no lo diga la norma, cualquier órgano administrativo posee una competencia inmanente e institucional para analizar si se dan las circunstancias fácticas y jurídicas precisas y regladas para ejercer su propia competencia, pues en otro caso debería ejercerla en cualquier situación en que se le solicitase por cualquiera. Es cierto que el procedimiento en cuestión se inicia por ministerio de la ley, pero no lo es menos que para que ello se produzca se exige que se den una serie de requisitos, que se convierten así en requisitos de la competencia del Jurado, de modo que es del todo aceptable que dicho órgano los revise.”



notificados, cual es de 3 meses a contar desde el día siguiente al de entrada en el registro de la solicitud de fijación del justiprecio, entendiéndose desestimada dicha solicitud una vez transcurrido el plazo, a los efectos de permitir la interposición de los recursos procedentes, estableciendo el artículo 150.8 de la LOTAU el régimen del devengo de intereses en esta modalidad de expropiación para el caso de haber superado el plazo para resolver y notificar, de forma que tanto si no cumple el plazo para resolver la solicitud de fijación del justiprecio como para resolver el correspondiente recurso de reposición que potestativamente se interponga, responderá del pago durante el plazo que exceda de ese máximo, en los términos establecidos en la LEF.

1. **BREVE REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE LA EXPROPIACION POR MINISTERIO DE LA LEY.**

La expropiación por ministerio de la ley no resulta extraña para el **TEDH**, quien lo ha analizado a través de varias sentencias que resultan necesario señalar:

1. **En su sentencia 2780/02 (Tarnawczyk frente a Polonia), de 7 de diciembre de 2.010**, que parte del supuesto de unos terrenos propiedad de la demandante que fueron calificados como dotacionales públicos pendientes de obtención por vía de la expropiación, sin establecer plazo para ejecutar el planeamiento y no atendiendo a las solicitudes de inicio de expediente expropiatorio, indicando:



2. Que si bien es cierto que quedan intactas las facultades de goce y disposición de los bienes, en la práctica dicho comportamiento reduce enormemente la posibilidad del libre ejercicio del derecho de propiedad, por lo que es necesario regular un tipo de compensación.
3. Que la ausencia de una correcta valoración de los derechos e intereses en juego constituye una violación del artículo 1 del Protocolo nº 1.
4. El efectivo ejercicio del derecho amparado en dicho Protocolo da lugar a obligaciones positivas consistentes en proteger la propiedad, actuando en tiempo razonable, de forma apropiada y con máxima coherencia, precisamente cuando el propio Estado está involucrado en el procedimiento.
1. **En su sentencia dictada a raíz de la demanda nº 19145/2008 (Ziya Cevik contra Turquía),** de 21 de junio de 2.011, que parte del supuesto de unos terrenos propiedad del demandante quien en 1.963 adquirió la copropiedad de un terreno dedicado a viñedos en Ankara. En 1.973 el municipio calificó los terrenos como dotacionales públicos no llevando a cabo la expropiación por falta de recurso. La futura expropiación fue inscrita en el Registro de la Propiedad, lo que implicó la imposibilidad de construir en la finca. El propietario instó solicitudes de expropiación, permuta e incluso reclasificación de los terrenos. La sentencia indica:
 2. Que se ha producido una injerencia en el derecho de propiedad desde 1.973 al estar sujeto los



terrenos del demandante a una futura expropiación para la implantación de una dotación pública por un plan urbanístico.

3. Que treinta años después sigue la incertidumbre sobre el futuro de su finca.
4. Que Turquía no prevé, ante la falta de ejecución del planeamiento urbanístico, ningún recurso indemnizatorio para los administrados afectados.
5. Esta ausencia de compensación llevó al demandante a soportar una carga desmesurada que rompió el justo equilibrio entre las exigencias del interés general y la salvaguarda del derecho a la propiedad privada.
1. En términos análogos se pronuncian las **STEDH Hakan Ari contra Turquía, de 11 de enero de 2.011 (demanda nº 13331/2007) y la STEDH Sporong y Lönnroth contra Suecia de 23 de septiembre de 1.982 (demanda nº 7151/1975 y 71521975)**, si bien, lo relevante en ellas es la compensación al propietario, pues tiene en cuenta todo el periodo de afección, es decir, el interés legal del dinero devengado sobre el valor del terreno al inicio de la afección, desde la aprobación del plan urbanístico y sin descontar ningún periodo del tiempo razonable para la ejecución del planeamiento.

Por su parte, a **nivel nacional es de destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2.018 (rec.2251/2016)** que resume la doctrina del Tribunal en lo relativo a la expropiación por ministerio de



la ley que prevé el artículo 69 de la Ley del Suelo Estatal de 1.976, indicando:

2. Que la misma está sujeta a dos condiciones; de un lado, que la ordenación urbanística haya concluido en la asignación a los terrenos de una calificación en virtud de la cual no sean edificables por sus propietarios; de otro, que tales terrenos no puedan obtenerse por las cesiones obligatorias impuestas en la normativa urbanística ya que ello eliminaría toda justificación de exigir a la Administración la expropiación de los terrenos que pudieran obtenerse por otro cauce menos gravoso.
3. *".. es la inactividad administrativa en la ejecución del planeamiento que ha definido suficientemente el alcance del derecho de propiedad, de ahí que el precepto se refiera al cómputo del plazo de advertencia, desde la entrada en vigor del Plan o Programa de Actuación Urbanística, y su finalidad es evitar que la inactividad administrativa perjudique o impida la efectividad del derecho del propietario en los términos definidos con carácter eficaz por el planeamiento.."*
4. Supone una garantía elemental frente a la posición abusiva de la Administración expropiante, ya sea por acción u omisión, siendo imprescindible esta institución en las circunstancias en las que el propietario queda inmerso en un limbo donde sus terrenos son materialmente expulsados del mercado.
1. **REGULACION AUTONOMICA DE LA EXPROPIACION POR MINISTERIO DE LA LEY**



Siguiendo el esquema ofrecido por VICENTE LASO BAEZA ²², dentro del marco de la legislación autonómica nos encontramos con cuatro grandes modelos por los que las Comunidades Autónomas han optado al regular la expropiación por ministerios de la ley, así:

1.- Aquellas que han llevado a cabo adaptaciones menores en relación con lo dispuesto en el art. 69 de la LS-76, dentro de las cuales nos encontramos:

1. *Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 2.001 (Ley 9/2001, de 17 de julio)*, concretamente su artículo 94, siendo de destacar las siguientes notas
2. Su objeto es el suelo destinado a redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos.
3. Establece como requisito de procedibilidad el requerimiento previo efectuado a tal fin por los titulares de los terrenos o sus causahabientes, una vez transcurrido el plazo de cinco años desde la aprobación del planeamiento urbanístico que legitime la actividad de ejecución.
4. Se incoa de forma automática si transcurrido un año desde el requerimiento previo la incoación por

²² LASO BAEZA, V. "Expropiación por ministerio de la ley: antecedentes, marco jurídico, jurisprudencia y relación con la expropiación ordinaria y las cesiones de inscripción unilateral". Revista crítica de Derecho Inmobiliario, nº 798. Págs.295 a 251. Año 2.023.



la Administración no se hubiera llevado a cabo y los titulares presentan su hoja de aprecio.

5. Transcurrido estos plazos los legitimados podrán dirigirse directamente al Jurado Territorial de Expropiación a fin de determinar definitivamente el justiprecio.
1. *Ley del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias de 13 de julio de 2017 (Ley 4/2017, de 13 de julio)*, concretamente en sus artículos 257, 258 y 323, denominándola "expropiación por demora", siendo de destacar las siguientes notas:
 2. Tiene por objeto el suelo destinado a sistemas generales cuando no se incluya o se adscriba al sector, ámbito o unidad de actuación.
 3. Establece como requisito de procedibilidad el requerimiento previo efectuado a tal fin por los titulares de los terrenos o sus causahabientes, una vez transcurrido el plazo de cuatro años desde la publicación del planeamiento que los ordene, con el grado suficiente de detalle para permitir su ejecución.
 4. Se incoa de forma automática si, transcurridos dos meses desde la advertencia previa, no se notifica por la Administración la hoja de aprecio y el titular de los bienes y derechos o sus causahabientes presenta la suya.
 5. Si la hoja de aprecio presentada por los titulares de bienes y derechos no es aceptada en el plazo del mes siguiente, éstos podrán dirigirse a la Comisión de Valoraciones de Canarias, que deberá



resolver en el plazo máximo de seis meses, transcurrido el cual sin resolución expresa, el interesado puede entender desestimada su solicitud.

1. *Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, de 15 de junio de 2.002 (artículo 87 Ley 2/2001, de 25 de junio); Ley de Urbanismo de Castilla y León de 8 de abril de 1.999 (artículo 93 Ley 5/1999, de 8 de abril); Ley de Suelo de Galicia de 16 de febrero de 2016 (artículo 86 Ley 2/2016, de 10 de febrero); Ley de Urbanismo de las Illes Balears de 19 de junio de 2017 (artículo 142 Ley 12/2017, de 29 de diciembre); y Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco de 30 de junio de 2006 (artículo 185 Ley 2/2006, de 30 de junio), las cuales presentan un contenido análogo a las leyes mencionadas, salvo alteraciones menores en la concreción de los plazos.*
2. *Ley de Urbanismo de Cataluña de 3 de agosto de 2010 (artículo 114 Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto), cuyo régimen se asimila a las anteriores legislaciones autonómicas pero que presenta como novedad lo concerniente al *dies a quo* para que el titular del suelo afectado pueda formular la advertencia de formular su propósito de iniciar el expediente del justiprecio, pues, al supuesto generalizado de cinco años que toma como referencia la fecha de entrada en vigor del Plan de Ordenación que contuviera dicha calificación, añade el supuesto del transcurso de dos años desde que, a su vez, se hubiera agotado*



el plazo establecido " por programa de actuación urbanística o la agenda de las actuaciones a desarrollar".

2.- Aquellas legislaciones autonómicas con adaptaciones relevantes en relación con lo dispuesto en el art. 69 de la LS-76

Nos referimos a la *Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2.023 (artículos 127 y 150 Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero) y Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana de 18 de junio de 2021 (artículo 110 Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio**),* que tienen textos prácticamente coincidentes, siendo necesario destacar las siguientes novedades:

3. La necesidad del transcurso de cinco años desde la entrada en vigor del planeamiento con la ordenación detallada para anunciar el propósito de solicitar la iniciación del expediente del justiprecio y de dos años desde dicha advertencia para presentar la hoja de aprecio.
4. La Administración dispone de tres meses desde la presentación de la hoja de aprecio para aceptar o remitir su hoja de aprecio contradictoria y, en caso de inactividad, el titular puede recurrir a la intervención del Jurado Regional de Expropiaciones.
5. Estos plazos se interrumpen en el caso de que se sometiera a información pública o concertación administrativa una innovación del planeamiento que incluya el uso dotacional en un área de reparto a los efectos de su gestión o en un



complejo inmobiliario urbanístico, plazos que se reanudan por el transcurso de dos años sin la respectiva aprobación definitiva o la autorización administrativa.

6. Para poder llevar a cabo la solicitud se requiere que el solicitante acredite su condición de propietario o causahabiente del correspondiente terreno dotacional y haber ostentado dicha condición durante los anteriores plazos, pues en caso de donación o transmisión onerosa de la propiedad durante el transcurso de los plazos se reiniciará su cómputo para el nuevo propietario.
7. Están sujetos los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración en caso de transmisión inter vivos de los terrenos afectos al dominio público sobre los que se den los presupuestos para el ejercicio de la expropiación rogada.
8. Finalmente, se puede declarar la imposibilidad de expropiación de los terrenos si comprometiera los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos o de responsabilidad, procediendo en todo caso la adquisición de los terrenos en el plazo máximo de cinco años y el devengo de intereses legales desde dicha declaración.

3.-Aquellos que prevén la expropiación por ministerio de la ley en el doble marco del modelo tradicional y de la ocupación directa, es decir, aquel en que se impone por el particular a la Administración la



expropiación conforme a supuesto distinto al tradicional contemplado en la legislación urbanística que convive con su previsión en relación con la regularización de la obtención por ocupación directa de los suelos afectos a redes públicas. Así, nos encontramos con

1. *Ley de Urbanismo de Aragón de 8 de julio de 2014 (artículos 193 y 202 Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, que contempla la expropiación obligada en dos supuestos:*
2. Como regularización de la previa obtención de los suelos afectos a redes públicas cuando no se hubiera aprobado definitivamente el instrumento reparcelatorio en el que los propietarios del suelo ocupado hubieran de hacer efectivos sus derechos urbanísticos, es decir, en el contexto de la ocupación directa.
3. En el caso de suelos meramente vinculados al dominio público desde el planeamiento sin que sea posible que puedan participar en un proceso de equidistribución y la Administración no tramite el correspondiente procedimiento expropiatorio, de forma que, una vez obtenidos, se prevé la participación de la Administración con dichos suelos en dicho proceso, supuesto que ya se contempla en el artículo 190 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones que dispone que *“Cuando los instrumentos de ordenación territorial incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscritos a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los*



organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.

1. *Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía de 1 de diciembre de 2021 (artículo 116 Ley 7/2021, de 1 de diciembre), donde se contempla la expropiación *ope legis* cuando los terrenos destinados a sistemas generales y locales no fueran obtenidos por expropiación u ocupación directa en el plazo de los cuatro años siguientes a la aprobación del planeamiento que legitimara su ejecución, transcurso de plazo que determina su incoación si, efectuado requerimiento a tal fin por la propiedad, transcurrieran otros seis meses y fuera presentada la correspondiente hoja de aprecio.*
2. *Ley de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura de 21 de diciembre de 2018 (Ley 11/2018, de 21 de diciembre), reproduciendo el mismo esquema, añadiendo como desencadenante para la incoación de la expropiación *open legis*, además de la falta de expropiación forzosa y de la ocupación directa en el plazo de cinco años, la falta de obtención por permuta forzosa.*

4.- Aquellas previsiones de expropiación por ministerio de la ley en el marco de la ocupación directa, es decir, aquellas legislaciones que,



prescindiendo de una regulación análoga a la del modelo tradicional, contemplan la expropiación por ministerio de la ley en relación con la ocupación directa, siendo necesario destacar:

1. Nos referimos a las siguientes legislaciones autonómicas
 2. *Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Rioja de 2 de mayo de 2.006 (artículo 170 Ley 5/2006, de 2 de mayo).*
 3. *Ley de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia de 30 de marzo de 2.015 (artículo 226 Ley 13/2015, de 20 de marzo).*
 4. *Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 30 de marzo de 2.017 (artículo 189 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio)*
 5. *Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias de 22 de abril de 2.004 (artículo 202 Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril).*
1. Todas estas legislaciones contempla la expropiación por ministerio de la ley dentro del marco previsto en el artículo 48 e) del texto refundido del TRLSRU15, que se refiere al supuesto indemnizatorio derivado de la ocupación de los suelos destinados a redes públicas, disponiendo "*por el tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se le adjudiquen al propietario otros de valor*



equivalente”, debiendo entenderse referida dicha regulación a la ocupación directa como modo de obtención de tales suelos afectos a redes públicas.²³

2. A este respecto, todas estas legislaciones establecen que si no tiene lugar la aprobación definitiva del correspondiente instrumento reparcelatorio en el plazo de cuatro años desde la ocupación de los suelos afectos a redes públicas, los interesados quedan facultados para advertir a la Administración su intención de iniciar el expediente del justiprecio, lo que tendrá lugar *ope legis*, transcurridos seis meses desde la advertencia mediante la presentación de la correspondiente hoja de justiprecio.

1. **LIMITACIONES AL CARÁCTER TUITIVO POR APLICACIÓN DE LAS LEGISLACIONES AUTONOMICAS.**

Las modificaciones de la legislación urbanística, en lo que a esta figura se refiere, restringen las facultades de los propietarios que no han sido expropiados en tiempo y forma, aliviando a las Administraciones Públicas Locales que no han sido capaces de ejecutar las previsiones de sus planeamientos, perfilando las legislaciones autonómicas esta figura con exigencias materiales a fin de que los propietarios afectados no puedan instar el ejercicio de la potestad expropiatoria, debilitando la

²³ *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario. Nº 798. Pags.2495 a 2516. Año 2013.*



facultad tuitiva de la expropiación *ope legis*, destacando como medidas previstas las siguientes:

1. Aquellas tendentes a suspender trámites o plazos que habilitan para concluir el expediente expropiatorio por ministerio de la ley y, en su caso, dejar sin efecto el procedimiento iniciado por pérdida sobrevenida de su objeto. Esto ocurre cuando, requerida la Administración, inicia un procedimiento de modificación o revisión del planeamiento municipal que implique la supresión de la expropiación de los terrenos, lo que afecta a la suspensión del procedimiento de fijación del justiprecio instado ante los órganos de valoración. Es el caso de la legislación de las Islas Baleares (artículo 142 LUIB), de Cataluña (artículo 114TRLU) y de Castilla-La Mancha (artículos 150.4-interrupción por innovación- y 150.7-imposibilidad por estabilidad financiera- de la LOTAU)
2. Otra medida que debilita el carácter tuitivo es la imposibilidad de instarla con éxito cuando los bienes afectados sean susceptibles de algún tipo de aprovechamiento que compense los detrimentos derivados de la inejecución del planeamiento, como ocurre con la legislación de Cataluña, de Valencia y de Castilla-La Mancha.
3. Otra de las medidas se centra en la exigencia de su condición de propietario o causahabiente legitimado, que alcanza no sólo al momento de presentar la hoja de aprecio y provocar la incoación del expediente, sino durante el transcurso de todos y cada uno de los plazos cuyo



vencimiento habilita para ello, pues si durante el transcurso de los plazos se realiza una transmisión onerosa o lucrativa de los bienes, se reinicia el cómputo de los mismos para el nuevo propietario, tratando con ello evitar la especulación, como ocurre con la legislación de Castilla-La Mancha.

4. Y finalmente, aquellas medidas que impiden la expropiación *ope legis* cuando su ejercicio comprometiera seriamente los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, de eficacia en la asignación y utilización de recursos públicos o de responsabilidad, como ocurre con la legislación castellano manchega.

1. **OTRAS ALTERNATIVAS DEL EXPROPIANTE ANTE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION**

No quisiera terminar este trabajo sin plantear en el mismo otra posibilidad que tiene el expropiante ante la inactividad de la Administración, la cual me ha surgido de toda la lectura llevada a cabo para realizar el mismo y, en especial, del profesor FRANCISCO PUERTA SEGUIDO²⁴, cual es la prevista en el artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo (LJCA), disponiendo que "*cuando la Administración, en virtud de una disposición*

²⁴ PUERTA SEGUIDO, Francisco, "La expropiación forzosa y rogada de suelos no susceptibles de aprovechamiento privativo", en *El urbanismo como sector clave para un desarrollo sostenible*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos. ISBN 9788470529399, España, 2023, pp. 207-244.



general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, estas pueden reclamar el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad administrativa”.

Así pues, no hay problema para que, ante la inejecución del planeamiento urbanístico, no expropiando los bienes en los plazos y condiciones previstas, los propietarios de los bienes afectados por las limitaciones del planeamiento urbanístico, puedan reclamar el cumplimiento de esta obligación si, efectuada la reclamación y transcurrido el plazo de tres meses desde el mismo, la Administración no diera inicio al procedimiento expropiatorio a fin de obtener los terrenos afectados o hubiera llegado un acuerdo con los interesados, pudiendo deducir el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

En definitiva, procede cuando el plan obliga a expropiar por ser sistema de ejecución con las debidas cautelas probatorias como requerimiento, prueba de inejecución, etc,,,y no procede en el caso de inactividad imputable al urbanizador o cuando no hay obligación concreta de prestación.

1. **CONCLUSIONES**

1.- La expropiación forzosa por ministerio de la ley es una especialidad en el ámbito urbanístico cuyo objeto



son los terrenos destinados a dotaciones públicas no susceptibles de aprovechamiento lucrativo en el desarrollo de una unidad de ejecución, así como la adquisición de terrenos que el planeamiento ha previsto obtener mediante el sistema de expropiación pero la Administración no lo lleva a cabo, institución por medio de la cual es el futuro expropiado quien obliga a la Administración a ejercer su potestad expropiatoria y a adquirir sus terrenos afectados por las previsiones del planeamiento urbanístico, al impedirle obtener al titular de los mismos un aprovechamiento lucrativo.

2.- La potestad expropiatoria es reglada, al estar tasados todos sus elementos, siéndoles de aplicación leyes autonómicas y, supletoriamente, el art. 69 del TRLS-76.

3.- Las distintas legislaciones autonómicas han sido perfiladas con exigencias materiales a fin de que los propietarios vean mermadas sus posibilidades de ejercitar dicha potestad expropiatoria, limitando así su carácter tuitivo, tales como suspender trámites o plazos o la imposibilidad de instarla cuando los bienes afectados sean susceptibles de algún tipo de aprovechamiento, entre otras.

4.- Ante la inactividad de la Administración de ejercer la potestad expropiatoria el expropiante cuenta igualmente con el mecanismo previsto en el artículo 29 de la LJCA.

5.- Centrándonos en la Comunidad de Castilla-La Mancha podemos perfilar, conforme a los artículos 150 y 153 de la LOTAU que:

1. Existe un control de viabilidad, dado que tanto el propietario afectado ha de justificar, como la



Administración comprobar la imposibilidad de efectuar la justa distribución de los beneficios y cargas en el marco del planeamiento vigente para poder incoar el expediente de expropiación ope legis.

2. Tanto el propietario afectado como la Administración se enfrentan con un límite temporal mínimo de 8 años (5 años desde la aprobación del plan sin proceder a ella + 2 años del anuncio del propietario afectado para llevarlo a efecto + 3 meses desde la presentación de la hoja de aprecio+ 3 meses de que dispone el Jurado Regional de Valoraciones para emitir su valoración+ 6 meses para, después de emitido, lleve a efecto la Administración el pago del justiprecio).
3. Estos plazos pueden verse suspendidos y, en definitiva, ampliados, e incluso, eliminados cuando:
4. Antes de transcurrir los anteriores plazos se somete a información pública o concertación interadministrativa una innovación del planeamiento que comporte la inclusión del suelo dotacional en áreas de reparto o unidad de gestión, en cuyo caso los plazos se suspenden, reanudándose si transcurren 2 años sin su aprobación definitiva o sin autorización administrativa.
5. Cuando los terrenos calificados como dotaciones públicas son transmitidos inter vivos, en cuyo caso están sometidos a los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración.



6. Cuando la expropiación rogada comprometa seriamente los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos o de responsabilidad, teniendo un plazo de 5 años la Administración, con la concurrencia de determinados requisitos, para hacer efectiva la adquisición de dichos terrenos dotacionales.

1. **BIBLIOGRAFÍA**

ALVAREZ MARCOS, JAVIER, " *A propósito de la expropiación por ministerio de la ley. Breve reseña de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de diciembre de 2.011.* 17-02-2012, Cátedra José María Cervelló.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., " *La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley de reforma agraria andaluza*", Revista Administración Pública nº 119,1989.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., " *La propiedad agraria en España*", en la obra colectiva por él coordinada con el título Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado, Tecnos, Madrid, 1.995.

BOIX PALOP, A., " *Reformas en materia de expropiación forzosa en un entorno de crisis*", VII Congreso de la Asociación española de Profesores de Derecho administrativo, año 2012



CARUZ ARCOS, E., *“Las garantías jurídicas de los propietarios de terrenos destinados por la ordenación urbanística a dotaciones públicas. La expropiación por ministerio de la Ley”*, Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno, coord. por Francisco López Menudo; Alfonso Pérez Moreno (hom.), 2011.

DE AHUMADA RAMOS, F. JAVIER (febrero de 2.003). *El ejercicio de la potestad expropiatoria*. VLex <https://vlex.es/vid/ejercicio-potestad-expropiatoria-176566>

ESTÉVEZ TORRES, *“¿Cómo evitar una expropiación por ministerio de la Ley ¿Es posible aprobar una modificación puntual del plan general de ordenación mientras está en tramitación una revisión general?”*, Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, nº. 7, 2022.

GIFREU I FONT, J., *“La expropiación por ministerio de la ley como garantía del titular dominical frente a la incierta ejecución del planeamiento urbanístico”*, en Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso / coord. por Marcos Vaquer Caballería, Angel Manuel Moreno Molina, Antonio Descalzo González; Luciano José Parejo Alfonso (hom.), Vol. 3, 2018.

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H. M., *“El peligro de la expropiación ministerio legis”*, Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, nº. 7 (julio), 2018.



HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H. M., "*La expropiación por ministerio de la ley o expropiación provocada*", Actualidad administrativa, ISSN 1130-9946, nº 1, 2015.

HERVÁS MAS, J., "*La cuestión de inconstitucionalidad de 8 de julio de 2022 frente a las moratorias en las expropiaciones rogadas en la Comunidad Valenciana. El fin de las prórrogas en cadena*", Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo, nº. 178, 2022.

HERVÁS MÁS, J., "*La expropiación rogada o por ministerio de la Ley en la Comunidad Valenciana. Novedades de las Leyes 1/2019 de 5 de febrero de modificación de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje*", Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo, nº 162, 2020.

MARTÍN REBOLLO, L., "*Comentarios a la Constitución Española*", en Leyes Administrativas, 15ª edición, Thomson Aranzadi, 2009.

MÓNER GONZÁLEZ, F. J., "*La expropiación por Ministerio de la Ley: el cálculo de la edificabilidad media*", En Derecho Administrativo 2020, coord. por Ramón Terol Gómez, Alberto Palomar Olmeda, Luis Moll Fernández-Fígares, Federico Pastor Ruiz, Pedro M. Rubio Escobar, Pedro González Torroba, Santiago González-Varas Ibáñez, Plácido Molina Serrano; Enrique Ortega Burgos (dir.), 2020.

LASO BAEZA, VICENTE, "*Expropiación por ministerio de la ley: antecedentes, marco jurídico, jurisprudencia y relación con la expropiación ordinaria y las cesiones de inscripción unilateral*". Revista crítica de Derecho Inmobiliario, nº 798. Págs.295 a 251.Año 2.023.



LASO MARTINEZ, J.L., " *Derecho urbanístico. La propiedad ante el planeamiento urbanístico*". Tomo III. Ed. Montecorvo. Madrid 1.93, pág. 207.

ORTIZ BALLESTER, J. Y DE LA TORRE VERA, F. J., " *La degradación de la garantía de la expropiación rogada en la normativa urbanística valenciana*", Revista de urbanismo y edificación, nº. 47, 2021.

PÉREZ SÁEZ, R., " *Expropiación. Obligación del beneficiario de la expropiación a asumir el justiprecio fijado en el procedimiento expropiatorio por ministerio de la ley*", La administración práctica: enciclopedia de administración municipal, nº 6, 2017.

PUERTA SEGUIDO, FRANCISCO," *La expropiación forzosa y rogada de suelos no susceptibles de aprovechamiento privativo*", en *El urbanismo como sector clave para un desarrollo sostenible*. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos. ISBN 9788470529399, España, 2023, pp. 207-244.

SANCHO CALATRAVA, J. A., " *La expropiación por ministerio de la ley en la legislación urbanística de Castilla-La Mancha. Viales en suelo urbano consolidado*", Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo, nº. 155, 2018.

XIOL RÍOS, C., " *Valoración del suelo urbanizado sin edificar del área de referencia debe excluirse la superficie afecta a dotaciones públicas. Expropiación por ministerio de la Ley*", La administración práctica: enciclopedia de administración municipal, nº. 2, 2022

2. TRABAJOS FIN DE MASTER

CENTANARO AGUADO, FRANCISCO " *La expropiación forzosa por ministerio de la ley. Una regulación*



incompleta y una aplicación problemática”, Universidad de la Laguna. Facultad de Derecho. Curso 2.0132014. Tutorizado por el profesor D. Francisco Hernández González.

LARIO GOMEZ CARMEN, *“Las reservas de aprovechamiento y su expropiación rogada. El caso de la Comunidad Valenciana”*. Universidad Europea de Valencia. Curso 2021/2022. Tutorizado por el profesor D. Carlos Morales Ruiz.

3. **RELACION DE JURISPRUDENCIA**

4. Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2.003.
5. Sentencia del TEDH 2780/02 de 7 de diciembre de 2.010.
6. Sentencia del TEDH de 21 de junio de 2.011 (demanda 19145/2008).
7. Sentencia del TEDH de 11 de enero de 2.011(demanda 13331/2007).
8. Sentencia del TEDH de 23 de septiembre de 1.982 (demanda 7151/1975 y 7152/1975)
9. Sentencia del TC 111/1983, de 2 de diciembre. Sentencia del TC 37/1987, de 26 de marzo.
10. Sentencia del TC 61/1997. Sentencia del TC 161/2001.
11. Sentencia del TS de 27 de marzo de 2.001(RJ/2001/2667).
12. Sentencia del TS de 25 de mayo de 1.993(RJ/1993/3798).



13. Sentencia del TS 977/2017, de 2 de junio.Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2.009.
14. Sentencia del TS de 8 de mayo de 1.985.
15. Sentencia del TS de 26 de noviembre de 1.992.
16. Sentencia del TS de 14 de marzo de 2.007, recurso 10321/2003.
17. Sentencia del TS de 12 de marzo de 2.018 (recurso 2251/2016)
18. Sentencia del TSJ de CLM 133/2022, recurso nº 5222019.
19. Sentencia del TSJ de CLM 395/2016, de 1 de junio, recurso 195/2014.

LA LEY 3/2019, DE GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL DE EXTREMADURA, Y LA FUNCIÓN ASISTENCIAL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES¹

¹ Este trabajo va dedicado al profesor Rafael Jiménez Asensio, del que tanto he aprendido leyendo sus escritos, y cuya influencia en el legislador extremeño pude apreciar claramente



D. Álvaro Casas Avilés

Secretario General de la Diputación Provincial de
Cáceres.

Resumen: las diputaciones provinciales españolas están fuertemente cuestionadas por la ciudadanía, en una crisis de legitimidad democrática que podría paliarse mediante una reforma de su sistema de elección indirecta. En realidad, esta reforma electoral no es estrictamente imprescindible para el funcionamiento interno de las corporaciones provinciales. Sin embargo, lo que sí que es indispensable para mantener la actual planta municipal española (ide más de 8.000 ayuntamientos!) es reforzar la prestación de servicios locales directos a la ciudadanía por parte de las diputaciones provinciales. En este trabajo explicamos por qué, según nuestra experiencia profesional, es fundamental que nuestras entidades provinciales tengan este tipo de competencias materiales, si se quiere seguir el actual modelo español de ayuntamientos, la gran mayoría de los cuales no tienen capacidad económica ni de gestión para la prestación de determinados servicios mínimos municipales. Carece de sentido mantener las actuales competencias instrumentales de las diputaciones si mantenemos el modelo actual de micromunicipios, muy alejado del modelo vecino portugués. La Ley 3/2019, de garantía de la autonomía

en algunas de las ideas-fuerza de la Ley 3/2019, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura.



municipal de Extremadura, ha perdido una ocasión magnífica para profundizar en la senda de prestación provincial directa de servicios locales, tal y como están haciendo la gran mayoría de países de la Unión Europea.

Palabras clave: micromunicipalismo, servicios públicos locales, competencias provinciales, servicios provinciales por sustitución municipal, principio democrático, entidades supramunicipales en la UE.

Abstract: spanish provincial councils (or “diputaciones provinciales”) are subject to significant public criticism, amid a crisis of democratic legitimacy that could be mitigated by reforming their system of indirect election. In practice, such electoral reform is not strictly indispensable for the internal functioning of provincial councils. However, what is indispensable in order to preserve the current Spanish municipal structure (with more than 8,000 municipal councils!) is to strengthen the direct provision of local public services to citizens by provincial councils. In this paper we explain why, in our professional experience, it is essential that provincial councils hold these substantive powers if the current Spanish municipal model is to be maintained, given that the vast majority of municipalities lack the financial and managerial capacity to deliver certain minimum municipal services. It makes little sense to retain the current merely instrumental competences of provincial councils while maintaining the existing model of micro-municipalities, which is far removed from the neighbouring portuguese model. Extremadura’s Law 3/2019 on the Guarantee of Municipal Autonomy missed an excellent opportunity to further advance the direct, provincial-level provision of local services, in line with



the approach adopted by the vast majority of European Union Member States.

Key words: micromunicipalism, local public service provision, provincial-level service delivery, provincial competences exercised under municipal substitution mechanisms, the democratic principle, supramunicipal governance entities in the EU.

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN: QUÉ HACEN Y QUÉ DEBERÍAN HACER LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES.

II. LOS GOBIERNOS PROVINCIALES EN EUROPA.

III. LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN ESPAÑA.

1. Competencias provinciales propias y competencias provinciales ejercidas por delegación.
2. Competencias impropias de las diputaciones provinciales.
3. La “provincialización” de servicios públicos municipales en función del coste efectivo del servicio.

IV. LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN EXTREMADURA.

1. Lo que dice sobre las diputaciones provinciales la Ley 3/2019, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura.



2. ¿Qué servicios prefieren nuestros ayuntamientos prestar ellos directamente y qué servicios prefieren encomendar a las diputaciones?
3. La asistencia jurídica, económica y técnica a los municipios en la normativa extremeña y en la normativa estatal.
4. ¿Qué no ha regulado la norma extremeña? La relación de las diputaciones provinciales con los municipios capital de provincia. La LGAMEX y el "efecto zoo".
5. La participación de otras Administraciones en los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal.

V. REFLEXIONES FINALES.

1. ¿Qué quieren ser de mayores las diputaciones provinciales españolas?
2. ¿Suprimimos las diputaciones provinciales o las reformamos?

VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: QUÉ HACEN Y QUÉ DEBERÍAN HACER LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES.

El artículo 325 de la Constitución Española de 1812 establecía que "en cada provincia habrá una diputación llamada provincial, para promover su prosperidad, presidida por el jefe superior". Y a este jefe superior, "nombrado por el Rey", correspondía "el gobierno político de las provincias" (art. 324 de la CE de 1812). Dada la condición secretarial de quien suscribe, añadimos con gusto que ya el artículo 333 también disponía que "la diputación provincial nombrará un



secretario, dotado de los fondos públicos de la provincia”.

Por tanto, durante todo el siglo XIX las diputaciones provinciales no tenían una función de cooperación y asistencia a los ayuntamientos, sino de control político de los mismos por parte del presidente de la diputación, que era nombrado directamente por el poder estatal. No es hasta el Estatuto Provincial de 1925 cuando nace la función de cooperación con los municipios, dado el escaso tamaño de muchos de ellos. Tras la Constitución Española de 1978 y con la llegada del Estado del Bienestar a nuestra sociedad, los ayuntamientos han ido cada vez asumiendo más competencias (por demanda ciudadana); competencias para las que en muchas ocasiones no tienen suficiente capacidad económica y de gestión, pues el micromunicipalismo español es cada vez más acuciante.

Como explica Enríquez Mosquera², la configuración municipal vigente en la Europa continental hunde sus raíces en la Revolución Francesa, que, (desde una óptica claramente liberal) consideraba imprescindible que todos los asentamientos poblacionales contaran con representantes políticos propios para, de esa forma, asegurar de manera real y efectiva su condición de ciudadanos de pleno derecho.

² ENRÍQUEZ MOSQUERA, J.J. «Las dos vertientes de la función de asistencia de las diputaciones provinciales», Revista digital CEMCI, núm. 68, diciembre de 2025.



No obstante, aquel modelo decimonónico respondía a un contexto marcado por la ausencia de comunicaciones fluidas y por las limitaciones del transporte, factores que dejaron de existir ya en la España del último cuarto del siglo XX. En este nuevo escenario, el desafío pasó a ser la prestación de servicios municipales que exigían estructuras organizativas más amplias y eficientes. Ante ello, surgieron dos vías: en el norte de Europa se optó por la fusión de municipios (la llamada *Estrategia del Norte*), mientras que en el sur se impulsó la creación de entidades asociativas para gestionar servicios locales de manera conjunta (la denominada *Estrategia del Sur*). España adoptó esta última opción, y durante los primeros años de la democracia proliferaron estas fórmulas asociativas para la gestión de servicios públicos locales, con especial protagonismo de las mancomunidades de municipios.

Sin embargo, este modelo se ha demostrado fallido en España, evidenciando las graves dificultades (tanto financieras como operativas) que tienen la gran mayoría de ayuntamientos rurales para prestar servicios públicos adecuados a la realidad de los tiempos. Con la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) el legislador apostó por las diputaciones provinciales para la prestación de servicios de los municipios. A nuestro juicio, ésta opción del legislador debería ser la vía preferente para la prestación de los mismos, pero antes exige una reforma de la normativa electoral, que legitime a los representantes provinciales por su elección directa, como explicaremos en el siguiente epígrafe ("Los gobiernos provinciales en Europa").



Las diputaciones (o entidades equivalentes en otros territorios, tales como los cabildos insulares canarios o los consejos insulares baleares) deberían ser fundamentales para la supervivencia de un inframunicipalismo que, en toda España, está herido de muerte, a la espera de su acta de defunción. Y ese momento, más tarde o más temprano, llegará, si no se toman remedios contundentes (y diferentes de los adoptados desde 1978). ¿Por qué nuestro pesimismo? La razón es sencilla y conocida por todos: si se quieren resultados diferentes, deben hacerse cosas diferentes. Y, en España, llevamos prácticamente cincuenta años tomando medidas para el mundo rural que, lamentablemente, no están mitigando su paulatina despoblación y pérdida de dinamismo. Obviamente, la solución a tal hecho no está únicamente en el fortalecimiento de las diputaciones provinciales, ni mucho menos. Pero creemos que dichas instituciones sí pueden (o más bien, deben) ayudar a que los ayuntamientos, cuna de la democracia local española, pervivan en el mundo rural. Los municipios de mayor población ya cuidan, ellos solos, de su pervivencia: para ellos no están (o no deberían estar) las diputaciones provinciales.

A menudo, en las provincias con menor número de municipios rurales en su territorio (entre las que no se encuentran, desde luego, diputaciones de la llamada "España vaciada"), nos encontramos con que los gobiernos provinciales son, en palabras de Ramió



Matas³, "diputaciones con soluciones en busca de un problema. Son instituciones con recursos financieros sin poseer unos objetivos claros, socios ideales para proyectos impulsados por las grandes ciudades y las comunidades autónomas, pero que no atienden a los intereses específicos de los pequeños municipios", razón de ser de toda diputación provincial en España.

La Constitución española, en su artículo 140, garantiza la existencia del municipio, pero no de los 8.132 municipios que existen hoy en día. Por tanto, solo hay dos modelos posibles para nuestro país: o bien (i) seguir como estamos, pero reforzando las diputaciones provinciales, para que éstas absorban servicios municipales que los pequeños ayuntamientos, por sí mismos, son incapaces de prestar; o bien (ii) fusionar todos los municipios diminutos con otros limítrofes, para que los servicios que prestan los ayuntamientos sean sostenibles financieramente. Esta última opción (la fusión municipal forzosa) fue la seguida por muchos países del norte de Europa en la segunda mitad del siglo XX, y no es incompatible con centralizar la gestión de servicios en la cabecera municipal, pero respetando la idiosincrasia propia de cada núcleo pedáneo, con una especie de "alcaldes pedáneos" para cuestiones culturales, de promoción y de representación, como sucede con las freguesías portuguesas o con las comunas francesas, donde tanto los presidentes/as de las "juntas de freguesia" como los "maire" (alcaldes) de las comunas

³ RAMIÓ MATAS, C., "El futuro de las Diputaciones", publicado el 9 de noviembre de 2016 en:

<https://www.administracionpublica.com/el-futuro-de-las-diputaciones/> (último acceso: 5 de mayo de 2026).



galas son elegidos directamente por los vecinos de la misma.

Debemos partir de un hecho. España (al menos, la práctica totalidad de sus partidos políticos con representación nacional) quiere mantener su actual micromunicipalismo. Por tanto, no queda otra vía que fomentar el papel de las diputaciones provinciales, toda vez que en los últimos cuarenta años ha quedado demostrado que las mancomunidades de municipios y los consejos comarcales tampoco cuentan con recursos suficientes como para prestar, en sustitución de los ayuntamientos, los servicios locales que fomenten la igualdad de prestaciones en todo el territorio español, ya se esté en el mundo rural o en el urbano.

Municipios y provincias conforman, tal y como establecía el Libro Blanco para la reforma local⁴, “un único nivel de gobierno”, por lo que ambas entidades locales *territoriales* (ex artículo 3.1 LRBRL) deben compartir objetivos. En otras palabras, la STC 82/2020, de 15 de julio, declara que la provincia debe ser considerada como una agrupación de municipios, cuyos intereses no pueden ser diferentes de los de los municipios que la forman. Hoy en día, en España, los ayuntamientos están dotados de competencias materiales (artículo 25.2 LRBRL), mientras que las

⁴ Accesible aquí:

<https://ws168.juntadeandalucia.es/revistaselectronicas/raap/article/view/328/327> (último acceso, 23 de mayo de 2026).



diputaciones provinciales tienen, principalmente, competencias instrumentales (art. 36 LRBRL), como medio para cooperar o asistir a quien tiene competencias materiales: los municipios. Sin embargo, insistimos, una gran parte de los municipios españoles no pueden, por sí solos, prestar adecuadamente todos los servicios locales que exige hoy en día la ciudadanía, por lo que necesitan la cooperación de otras instituciones supramunicipales. De hecho, más de 7.700 municipios (de los 8.132 que hay en España, esto es, el 94 % del total) tienen menos de 20.000 habitantes, por lo que son beneficiarios de la asistencia de las diputaciones provinciales o entidades equivalentes. Es más, según los datos del Instituto Nacional de Estadística (2025), el 84 % de los municipios españoles (6.827 municipios) tiene menos de 5.000 habitantes, población muy escasa si la comparamos con la población media de municipios con capacidad económica y de gestión suficiente para prestar adecuadamente servicios municipales; como sucede con Dinamarca (municipios con población media de más de 60.000 habitantes) o Países Bajos (municipios con población media superior a 50.000 habitantes). Pero no hace falta ir tan lejos, nuestros vecinos portugueses tienen municipios con una población media de 34.000 habitantes y, tras su gran crisis económica de 2011, otro país mediterráneo como es Grecia abordó una fusión forzosa de sus municipios, que alcanzan ya una población media de 32.000 habitantes, cifra que se considera suficiente para garantizar adecuadamente los servicios mínimos locales.

Pero, insistimos, no es éste el modelo elegido por España, que prefiere mantener su micromunicipalismo. Entonces, seamos consecuentes, y reforcemos el papel



de unos gobiernos locales intermedios que presten los servicios que los infraayuntamientos no son capaces de prestar por sí mismos. ¿Quiénes deben constituir esos gobiernos locales intermedios? En España, insistimos, los hechos han demostrado que la gran mayoría de las mancomunidades de municipios (especialmente, las integradas a su vez por municipios de escaso presupuesto) y de consejos comarcales no tienen recursos económicos suficientes, por lo que no disponen de capacidad de gestión para sustituir a los municipios en la prestación de los servicios locales. Esta falta de capacidad de las mancomunidades ha llegado a tal nivel, que las mismas, de forma habitual, solicitan habitualmente asistencia técnica, jurídica y económica a las diputaciones provinciales para la tramitación de sus propios expedientes de contratación pública o de selección de personal, e incluso son beneficiarias de subvenciones por parte de las diputaciones, que ayudan, por tanto, a su financiación. Así sucede, entre otros territorios, en Extremadura.

Descartados otros gobiernos locales intermedios, quedan por tanto las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares.

II. LOS GOBIERNOS PROVINCIALES EN EUROPA.

Si comparamos nuestra situación con la de los países miembros de la Unión Europea, vemos que el esquema básico existente en España (entidades municipales y entidades supramunicipales o provinciales, pero de ámbito inferior al regional-autonómico) es



también el mayoritario en el Viejo Continente. Así, Alemania posee 439 *Kreise* (o distritos), que están “por debajo” de sus 16 *Länder* (o estados federados) y “por encima”, territorialmente hablando, de sus 12.013 *Gemeinden* (o municipios). Por su parte, Francia tiene 101 departamentos, “por debajo” de sus 18 regiones y “por encima” de sus 36.965 comunas (o municipios); Italia tiene 110 provincias (“por debajo” de sus 20 regiones y “por encima” de sus 8.100 municipios); o Irlanda tiene 34 *counties* (o entidades provinciales), “por debajo” de sus 8 regiones y “por encima” de sus 151 *districts councils* (o municipios).

Así, en la mayoría de los países de la Unión Europea existe una segunda categoría de gobierno local. Sólo una minoría (9) de los 27 países de la Unión (tras la salida del Reino Unido) no posee un segundo nivel de autonomía local: se trata de países pequeños (como Luxemburgo, Malta o Chipre) o países que, por razones históricas, sólo tienen el nivel municipal básico (como Portugal, Dinamarca, Austria, Eslovenia, Bulgaria y Letonia). Por tanto, en 18 de los 27 estados miembros en la UE existen autoridades provinciales/supramunicipales. Además, salvo en España e Italia, en 16 de esos 18 países, sus órganos provinciales son de elección ciudadana directa y tienen, además, funciones administrativas propias (distintas de las municipales), adicionales a las funciones de apoyo y asistencia a los municipios que realiza la totalidad de dichos entes locales intermedios.

España e Italia van, por tanto, en sentido contrario al de la mayoría de la Europa comunitaria. No enjuiciaremos, de momento, si de forma correcta. Nos



limitaremos, en este epígrafe, a mostrar la siguiente tabla de gobiernos locales supramunicipales, la mayoría de los cuales gozan de mayores capacidades (competenciales y financieras) que las 38 diputaciones provinciales de régimen común que hay en España⁵:

PAÍS	GOBIERNOS SUPRAMUNICIPALES	PAÍS	GOBIERNOS SUPRAMUNICIPALES
Alemania	439 <i>Kreise</i>	Irlanda	29 <i>county councils</i>
Bélgica	10 provincias	Italia	110 provincias
Francia	101 departamentos	Hungría	19 provincias
Holanda	12 provincias	Suecia	21 condados
Lituania	10 provincias	Eslovenia	12 regiones
Finlandia	19 regiones	Rumanía	41 distritos
Polonia	380 comarcas	Eslovaquia	8 regiones
Croacia	21 condados	Chequia	14 regiones

III. LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN ESPAÑA: LO QUE HACEN Y LO QUE DEBERÍAN HACER.

Tal y como sostiene la exposición de motivos de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la

⁵ ENRÍQUEZ MOSQUERA, J.J., *op. cit.*



Administración Local (LRSAL), con dicha ley se refuerza el papel de las provincias y de las diputaciones provinciales. No podemos obviar que la propia existencia de las diputaciones provinciales estaba en entredicho en el contexto en que se aprobó la LRSAL.

Por tanto, las competencias de las diputaciones han dado un salto hacia adelante tras la LRSAL. Cuestión distinta es valorar la efectividad real de esta reforma, que no parece haber sido mucha.

Con carácter introductorio, podemos señalar que el artículo 7 de la LRBRL regula de forma genérica las competencias de las entidades locales, clasificándolas de la siguiente forma:

	COMPETENCIAS PROPIAS	→	Determinadas por Ley estatal o Ley autonómica
COMPETENCIAS genéricas de las DIPUTACIONES PROVINCIALES (art. 7 LRBRL)	COMPETENCIAS DELEGADAS	→	Delegadas por el Estado, las CCAA u otras entidades locales
			Siempre que no conlleven simultaneidad con otras Administraciones públicas y
	COMPETENCIAS IMPROPIAS	→	además no supongan un riesgo para sostenibilidad financiera de la entidad local

Como vemos, se trata de una clasificación competencial basada en su origen o nacimiento. Esta clasificación, en esencia, es la misma que para el resto de las entidades locales. No se trata de un agotamiento exhaustivo del reparto competencial. La LRSAL solo intentó limitar o reconducir las duplicidades de prestación de servicios públicos por las entidades locales, imponiendo requisitos concretos para el ejercicio de



competencias impropias, en los términos del artículo 7.4 de la LRBRL.

En definitiva, la LRSAL llevó a cabo un “intento” de reforma de los gobiernos locales. Sin embargo, para Sánchez Morón⁶ «la LRSAL fracasó en su intento de organizar la “supramunicipalidad” y, con ella, el papel de las diputaciones provinciales».

1. Competencias provinciales propias y competencias provinciales ejercidas por delegación.

En el próximo epígrafe (para ponerlo en relación con la normativa extremeña), analizaremos en mayor medida la clásica competencia propia de “asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios” que, en virtud del artículo 36.1.b) LRBRL, tiene toda diputación provincial. Pero ahora, en este epígrafe, nos detendremos a hacer la siguiente clasificación de competencias que ejercen, por delegación, las diputaciones provinciales. Así, tenemos:

(i) Delegación de competencias de “mera ejecución” por el Estado a favor de las diputaciones provinciales. El artículo 37.2 LRBRL establece que el Estado podrá, asimismo, previa consulta e informe de la

6 SÁNCHEZ MORÓN, M., «¿Deben suprimirse las diputaciones provinciales?», *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 65, 2017. Accesible aquí: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507162> (último acceso, 4 de mayo de 2026).



comunidad autónoma interesada, delegar en las diputaciones competencias de mera ejecución “cuando el ámbito provincial sea el más idóneo para la prestación de los correspondientes servicios”.

(ii) Delegación de competencias por las CCAA (art. 37.1 LRBRL). Sin perjuicio de lo que puedan establecer los Estatutos de Autonomía, las comunidades autónomas también pueden delegar competencias en las diputaciones, así como en los cabildos y consejos insulares. La realidad de las cosas nos dice que esta delegación de competencias es, en verdad, mucho más frecuente en las entidades insulares que en las provinciales, como describen casi a diario los boletines oficiales baleares y canarios. También pueden realizar “encomiendas de gestión ordinaria” de servicios propios de las CCAA a las diputaciones provinciales, ello en los términos previstos en los Estatutos correspondientes.

(iii) Delegación de competencias municipales en su respectiva diputación provincial, cuestión ésta a la que dedicaremos la mayor parte del presente epígrafe. Debemos tener en cuenta que “el ejercicio por las diputaciones de las facultades delegadas se acomodará a lo dispuesto en el artículo 27” de la LRBRL, que, a su vez, detalla la forma y alcance de las delegaciones de competencias en los municipios.

En este punto, queremos destacar el artículo 23 de la Ley 3/2019, de garantía de la autonomía local de Extremadura (LGAMEX), aunque el título de dicho precepto une conceptos que son diferentes (delegación y encomienda), pues intitula así “Encomienda de gestión o delegación de competencias a las diputaciones por



parte de los ayuntamientos". Pese a la aparente confusión conceptual, materialmente el precepto sí es relevante, toda vez que dispone que:

"1. Los municipios extremeños... podrán *encomendar la gestión de actividades* de carácter material o técnico derivadas de sus competencias propias a las diputaciones provinciales.

2. También, con idéntico presupuesto estatutario, los municipios podrán *delegar competencias propias* en las diputaciones provinciales.

3. La delegación de competencias propias municipales en las diputaciones tendrá por objeto mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos y evitar duplicidades administrativas...

4. La delegación establecida en el apartado anterior podrá comportar también el ejercicio de las potestades reconocidas en el artículo 4 de la Ley 7/1985... a favor de las diputaciones provinciales...

5. *La delegación* se establecerá mediante acuerdo plenario adoptado por mayoría absoluta del número legal de componentes y *deberá ser formalizada a través de un convenio* con la entidad provincial receptora de la misma, por medio del cual se manifestará la aceptación expresa de la diputación provincial de la competencia delegada y del alcance de la misma...

6. En el citado convenio se podrán establecer sistemas de compensación financiera como consecuencia del ejercicio de la competencia municipal por parte de la diputación...

7. La delegación respetará en todo caso la potestad de autoorganización de la diputación provincial...

8. El convenio que se suscriba para hacer efectiva tal delegación, deberá contener al menos los siguientes extremos: (...)

Y, sumado a todo lo anterior, queremos destacar una novedad importante que establece la normativa extremeña, toda vez que mitiga las limitaciones



temporales establecidas por la normativa estatal, cuando en el apartado 9 de dicho artículo 23 de la LGAMEX prevé que “

9. Atendiendo a las finalidades de mejora de la eficiencia en la gestión y de sostenibilidad financiera que especialmente cumplen, *los convenios suscritos para la delegación de competencias establecidos en el presente artículo no estarán sometidos al límite temporal determinado por el artículo 49 de la Ley 40/2015*, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Cada convenio, atendiendo a las funciones delegadas, establecerá el período de vigencia que sea aplicable en cada caso, no pudiendo tener en ningún caso carácter indefinido.”

En cuanto a las relaciones municipio-diputación, debemos señalar que, desde los orígenes de las diputaciones provinciales, a éstas se les han reconocido dos grandes grupos de competencias. Las primeras son las de colaborar con los municipios en la prestación de sus servicios y actividades. Y, por otro lado, se les reconocieron otras competencias propias, de gestión de sus propios bienes y servicios.

Pero, como ya hemos apuntado, la LRSAL conllevó una importante modificación del artículo 36 de la LRBRL. Dicho artículo establece que:

- Con carácter general: son competencias propias de las diputaciones provinciales las que expresamente les atribuyan las leyes del Estado o de las comunidades autónomas en los diversos sectores de la acción pública.

- Y, con carácter específico, el citado artículo 36 de la LRBRL enumera una serie de competencias propias de las diputaciones provinciales, y que son las tradicionales en relación con las corporaciones provinciales. En concreto, estas competencias son las



siguientes: a) competencias de cooperación con los municipios de la provincia, b) competencias de sustitución de los municipios en la prestación de servicios municipales, y c) actividades y servicios de carácter supramunicipal. A continuación, las explicamos someramente.

a) Competencias de cooperación con los municipios de la provincia.

Estas competencias de cooperación con los municipios de la provincia son:

(i) La coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado a) del artículo 31.2 de la LRBRL (precepto que, a su vez, se refiere también a “la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal”).

(ii) La asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión. En todo caso, reza la letra b) del artículo 36.1 LRBRL, “se garantizará en los municipios de menos de 1.000 habitantes la prestación de los servicios de secretaría e intervención”. Dicho límite poblacional puede ser mejorado, como mayor servicio de las diputaciones a los municipios, por la normativa autonómica. Así lo ha hecho el artículo 22.2 de la LGAMEX, aumentándolo hasta 5.000 habitantes.



(iii) La coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial, en línea con lo ya previsto por el artículo 26.2 LRBRL.

(iv) También debemos prestar atención al "seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia" (artículo 36.1.h de la LRBRL), pues "cuando la diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes"; costes efectivos de los servicios a que se refiere el artículo 116 ter de la LRBRL.

(v) Como última competencia de cooperación con los municipios de la provincia tenemos "el ejercicio de funciones de coordinación en los casos previstos en el artículo 116 bis" de la LRBRL, que a su vez se refiere a la "elaboración de planes económico-financieros por incumplimiento de alguna de las tres reglas fiscales, y seguimiento de la ejecución de las medidas incluidas en los mismos, en colaboración con los servicios de la Administración que ejerza la tutela financiera".

(iv) Un punto y aparte merece una muy relevante función (por la gran cantidad de medios humanos y materiales que la misma consume) que prestan las diputaciones provinciales: la "asistencia en la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria" (artículo 36.1.f de la LRBRL).



Este servicio provincial es obligatorio para los municipios de menos de 20.000 habitantes, aunque suele prestarse también a municipios mayores. Estamos, sin temor a equivocarnos, ante el servicio que con más éxito prestan las diputaciones provinciales españolas, junto al servicio de prevención y extinción de incendios, que también es obligatorio provincialmente para los municipios de menos de 20.000 habitantes. Además, queremos destacar que ambos servicios (gestión/recaudación tributaria y extinción/prevenición de incendios) desbordan totalmente el concepto de "cooperación con los municipios", pues la prestación por las entidades provinciales va mucho más allá de la mera asistencia a la actuación municipal, configurándose como auténticos servicios provinciales directos a la ciudadanía, lo que incide más aún en nuestra tesis de la necesidad de reforma del modo de elección de los miembros de las corporaciones provinciales, muy faltos de legitimidad a ojos del común ciudadano.

b) Competencias de sustitución de los municipios en la prestación de servicios municipales.

Evidentemente, no es lo mismo colaborar que sustituir. Esto último es un paso adelante, más necesario cuanto menor sea la población y capacidad de gestión del municipio. Pero en nuestro régimen local, la sustitución es subsidiaria/supletoria. Por ello, sin perjuicio de la colaboración con los municipios en la prestación de los servicios y actividades de competencia de estos últimos, el artículo 36 de la LRBRL, tras su



modificación por la LRSAL, atribuyó a las diputaciones provinciales (¡ojo, para el caso de que los municipios no las presten!) las siguientes competencias:

(i) La prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes (letra g del artículo 36.1 de la LRBRL, en relación con la D.A. 2ª, apartado 6, de la LCSP/2017, que ampara a los municipios de menos de 5.000 habitantes para encomendar los procedimientos de contratación a las diputaciones o entidades equivalentes).

Debemos tener en cuenta que el acuerdo de adhesión de un municipio a la central de compras de su diputación provincial no constituye, en puridad, una encomienda de gestión. Como explica el (vigente a estos efectos, pues en esto la LCSP/2017 no ha introducido modificaciones respecto a la LCSP de 2007) informe de la JCCA de Aragón 5/2010, de 14 de abril, en su considerando jurídico IV:

«La adhesión a la central de contratación, al igual que ocurre con la adhesión a los sistemas de contratación centralizada no implica necesariamente, por definición, una "transferencia de función o actividad alguna", ni mucho menos una cesión o delegación de competencia; sino una técnica de racionalización de la contratación pública que asume, y a la que se adhiere, la entidad local correspondiente. Y, en cuya virtud (ex artículo 197.2 de la LCSP de 2007), la central de contratación que se constituya a tal efecto podrá actuar adquiriendo suministros y servicios para otros órganos de contratación; y adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos.

Además, en el supuesto de la consulta, nos encontramos ante una manifestación típica del ejercicio, por parte de la Diputación Provincial de Huesca, de la



competencia de "asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión", que el artículo 36.1.b) de la LRBRL atribuye a las diputaciones provinciales. De manera que sería suficiente con la adhesión a la central de contratación, mediante un convenio, o instrumento jurídico similar, con el contenido y determinaciones que estime la Diputación de Huesca».

(ii) La prestación de los servicios de *tratamiento* (ino habla el precepto de recogida, sino de tratamiento!) de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes (letra c del artículo 36.1 LRBRL).

(iii) La prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes (aquí, aumenta el tramo poblacional con respecto al tratamiento de residuos), "siempre y cuando éstos no procedan a su prestación" (letra c del artículo 36.1 LRBRL). No obstante, también es posible (y no infrecuente, por un tema de economías de escala) que municipios incluso de población superior a 20.000 habitantes presten este servicio de prevención y extinción de incendios a través de consorcios provinciales o de la misma diputación provincial, como sucede con los municipios de Plasencia y Cáceres capital, en sus correspondientes convenios con la Diputación de Cáceres. En este caso, no estamos ante una obligación prestacional por parte de la diputación (que sólo está forzada a prestar el servicio en los municipios de menos de 20.000 habitantes), sino ante un acuerdo inter partes, a través del correspondiente convenio entre Administraciones, por el cual una de ellas (el municipio) delega su competencia en la otra (la diputación o entidad



equivalente). Obviamente, ello conlleva la correspondiente compensación económica por el servicio que se encomienda, pues dicha "transferencia de funciones" implica una "transferencia de recursos económicos", en función del coste efectivo del servicio (art. 116.ter de la LRBRL). Como ejemplo de la cuantificación de dicho coste, y las correspondientes transferencias económicas por el Ayuntamiento de Plasencia a la Diputación de Cáceres, véase el convenio publicado en el B.O.P. de Cáceres de 14 de mayo de 2024.

(iv) También tienen sustantividad propia los servicios de recaudación tributaria que, en nombre de los municipios, prestan directamente las diputaciones provinciales a los vecinos de su territorio, para aquellos ayuntamientos que hayan delegado tal competencia de gestión y recaudación tributaria. Así, aunque (como norma general) la colaboración de las diputaciones provinciales con los municipios lo es con aquellos de menor tamaño; sin embargo, en materia tributaria el artículo 36.1.f) de la LRBRL incluye la asistencia en la "*prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria*, en periodo voluntario y ejecutivo, y de servicios de apoyo a la gestión financiera de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes". Incluso, es frecuente que dicho servicio directo a la ciudadanía se preste también a municipios con población superior a ese umbral de 20.000 habitantes, mediante el correspondiente convenio de delegación.

Tres apuntes importantes a este respecto: (1) No estamos ante una "asistencia" de la diputación a los municipios; pues, en puridad, estamos ante la



prestación, por sustitución, de un servicio: el de recaudación. (2) La prestación de dicho servicio (ya sea por una diputación provincial, por un cabildo o consejo insular, o por una CCAA uniprovincial) debe ser conveniada entre las partes, lo que exige que ambas partes consientan dicha delegación. (3) Por último, destacamos que ninguna norma establece que la prestación de ese servicio por una diputación o entidad equivalente tenga que ser gratuito o a coste cero para el ayuntamiento delegante. Así, por la entidad provincial puede establecerse una tasa o figura equivalente por la prestación de los servicios de recaudación.

En este sentido, el artículo 7.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) determina que "(d)e conformidad con lo dispuesto en el art. 106.3 LRRL, las entidades locales podrán delegar en... otras entidades locales en cuyo territorio estén integradas, las facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación tributarias que esta ley les atribuye"; así como "las facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los restantes ingresos de Derecho público que les correspondan." Este precepto, que no ofrece mayor dificultad comprensiva, ha sido interpretado en el sentido propio de sus palabras (interpretación literal) por la sentencia del TSJ de Canarias (Tenerife) 159/2018, de 18 mayo, recurso 95/2017.

c) Actividades y servicios de carácter "supramunicipal".



Entre las competencias propias de las diputaciones, hemos analizado hasta ahora las de cooperación (con los municipios) y las de sustitución (de los municipios, en la prestación de sus servicios). Restan las actividades y servicios de carácter supramunicipal que el art. 36 encomienda a las diputaciones, que son:

(i) La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal. Por ejemplo: un plan de servicios culturales o de teatro, a nivel provincial.

(ii) La "cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial" (letra d/ del art. 36.1 LRBRL), aunque ello deberá hacerse "de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones públicas en este ámbito". Nos encontramos ante una competencia provincial instrumental, cuya ejecución depende directamente del ámbito competencial material de cada municipio. El carácter abierto y flexible de esta competencia instrumental provoca que su despliegue adopte configuraciones muy diversas según la provincia de turno, algo que responde, en buena medida, a las marcadas diferencias geográficas, demográficas y socioeconómicas existentes entre los distintos territorios de nuestro país. No obstante, esta función de impulso (que supone "el fomento del desarrollo económico y social... en el territorio provincial") es especialmente relevante en los municipios rurales, puesto que facilita iniciativas que evitan su desconexión respecto de los procesos de transformación socioeconómica en curso; como sucede, por ejemplo, con la alfabetización digital de las personas mayores de nuestros pueblos. En este marco, la competencia se ha utilizado también para



finalidades de toda índole, como la promoción turística, el fomento de actividades tradicionales y artesanales, denominaciones de origen protegidas, el apoyo a trabajadores autónomos o la concesión de ayudas a empresas, entre otras.

En ese sentido, véase la importante STS de 10 de febrero de 1996 (recurso 4617/1991). En esta relevante sentencia, el TS desestima el recurso de apelación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra acuerdo de la Diputación de Barcelona que crea el "Institut del Teatre", considerando que la creación del mismo ni excede las competencias de la diputación provincial (artículo 36.1.d de la LRBRL), ni por ello las competencias en materia de cultura de la Generalidad han resultado afectadas. Así, la competencia exclusiva de la CCAA en materia de cultura no priva a las entidades locales (incluidas las diputaciones) de sus competencias en materia de servicios culturales (ejemplo: una red de teatros provinciales).

(iii) Por último, también tiene carácter supramunicipal, "la *coordinación* mediante convenio, con la comunidad autónoma respectiva, de la prestación del servicio de mantenimiento y limpieza de los consultorios médicos en los municipios con población inferior a 5.000 habitantes" (art. 36.1.i de la LRBRL).

De esta forma, esta competencia ha de ser *convenida* con la CCAA, y la formalización de cualquier convenio requiere una actitud voluntarista por las dos partes firmantes del mismo. Han de ponerse de acuerdo.



En consecuencia, la competencia atribuida a las diputaciones en el art. 36.1.i/ de la LRBRL requiere de una intervención directa de éstas en su relación con las comunidades autónomas titulares de la competencia. Por tanto, el precepto comentado no implica una atribución competencial directa a las diputaciones, que necesitan en este caso de la venia de la CCAA.

2. Competencias impropias de las diputaciones provinciales.

El artículo 1 de la LRSAL modificó bastantes preceptos de la LRBRL y, entre ellos, el art. 7 LRBRL, dando carácter normativo (por primera vez) a las denominadas "competencias impropias". De acuerdo con esta idea, las entidades locales (y, por tanto, también las diputaciones provinciales) pueden ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, pero siempre y cuando "no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública" (art. 7.4 LRBRL). Para ello, se exige la emisión de informes previos con carácter necesario y vinculante por parte de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades; así como también de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.



En todo caso, el ejercicio de estas “competencias impropias” deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las comunidades autónomas. Éstas últimas han dictado numerosa normativa al respecto. Por ejemplo, puede verse el Decreto 15/2021, de 24 de marzo, por el que se regula el procedimiento de emisión del informe de inexistencia de duplicidad para el ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación por las entidades locales de Extremadura (D.O.E. de 30 de marzo de 2021).

Conviene reflexionar sobre el hecho de que esta modificación del art. 7 de la LRBRL (realizada por la LRSAL), en esencia, tenía un carácter limitativo; intentando enmarcar la realización de las competencias municipales en el cumplimiento de la sostenibilidad financiera de la entidad y en la evitación de duplicidades. Sin embargo, el reconocimiento explícito de la legalidad en la realización de “competencias impropias” solo lo estaba prevista en relación con los municipios (ino con las diputaciones!), ya que el artículo 25.1 de la LRBRL preveía que “el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. No existía habilitación residual similar para el resto de las entidades locales, diputaciones provinciales incluidas. Sin embargo, tras la LRSAL ya sí que la hay, despejando la duda de si las competencias locales estaban “tasadas” legalmente o no, quedando ahora claro que solo lo están



(tasadas) para las consideradas como “competencias propias”. Para el resto (competencias impropias), hay “barra libre”, siempre y cuando se cumplan los requisitos y el procedimiento previstos en el artículo 7.4 LRBRL y en la normativa autonómica correspondiente (ejemplo: el recién citado decreto extremeño 15/2021, de 24 de marzo).

3. La “provincialización” de servicios públicos municipales en función del coste efectivo del servicio.

La LRSAL, al relacionar en el artículo 26 de la LRBRL los servicios municipales obligatorios (en el apartado 1), atribuye a las diputaciones provinciales la asunción de estos servicios en casos concretos (apartado 2), al afirmar que “cuando la diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios, repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso”. Y esos servicios, refiere el propio artículo 26.2 LRBRL, son (en los municipios de menos de 20.000 habitantes) los seis siguientes: “a) Recogida y tratamiento de residuos. b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. c) Limpieza viaria. d) Acceso a los núcleos de población. e) Pavimentación de vías urbanas. f) Alumbrado público.”

Realmente, esto no es en sí mismo una ampliación competencial, puesto que la coordinación de los servicios municipales ya estaba dentro de las competencias que originalmente atribuyó a las diputaciones provinciales la versión original de la LRBRL en 1985. No obstante, con la LRSAL sí que se concreta el ejercicio de esta



coordinación, aunque solo restringida para la coordinación de estos servicios citados (artículo 26.2 LRRL). La STC 111/2016, de 9 de junio, considera que esto ha de interpretarse en el sentido siguiente. Si realizada la provincialización del servicio, con acuerdo del propio municipio, posteriormente éste quisiera recuperar la competencia prestacional, entonces deberá acreditar ante la diputación provincial que puede prestarlo a coste inferior al soportado por la propia diputación. Como vemos, resulta difícil de interpretar el precepto (pues, en realidad, habla de que “será la diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación” de dichos servicios. De ahí que la citada STC de 9 de junio de 2016 se haya encargado de aclarar que la coordinación o prestación de dichos servicios por parte de la diputación sólo será posible si así lo consiente el ayuntamiento correspondiente.

No parece sencilla la aplicación de este procedimiento de provincialización de ciertos servicios municipales. Además, hay que advertir que, pese a haber transcurrido ya casi quince años tras la aprobación de la LRSAL (y con la interpretación que la citada STC 111/2016 hizo de este polémico artículo 26.2 LRRL); sin embargo, no se ha hecho uso de tal potestad por ninguna de las diputaciones provinciales, por lo menos con carácter obligatorio hacia los municipios afectados. Tal vez, el único efecto significativo ha sido concienciar al poder político local de que en la prestación de servicios públicos debe tender a la minimización del coste, para lo que hay fórmulas colaborativas provinciales que pueden reducir los mismos en la prestación en los servicios



locales, tal y como explica la muy ilustrativa (y recomendable) sentencia del TS núm. 686/2024, de 24 de abril (recurso 3319/2021), a propósito de la constitución de un consorcio provincial de servicios medioambientales (ciclo integral del agua y recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, básicamente), por parte de la Diputación Provincial de Cáceres).

IV. LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN EXTREMADURA.

Dentro de las comunidades autónomas que han asumido en sus Estatutos de Autonomía competencias en materia de régimen local, podemos distinguir dos bloques. Por un lado, están aquellas que sólo han asumido competencias de desarrollo legislativo y ejecución (Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, La Rioja, Comunidad de Madrid y Región de Murcia). Estas últimas CCAA aplican totalmente, por tanto, la legislación estatal. Y, por otro lado, están las CCAA que han asumido como competencia exclusiva el "régimen local", respetando la normativa estatal básica: Andalucía, Aragón, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, Valencia, Extremadura. En este epígrafe, nos centraremos en esta última CCAA, analizando qué dice la LGAMEX en relación con las diputaciones provinciales y sus relaciones con los ayuntamientos respectivos.

En cuanto a las peculiaridades regulatorias de Extremadura, no haremos ni una loa ni una crítica de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, pues no es ése el objetivo de este trabajo. Nuestro propósito es más bien exponer qué



dice (¡y qué no dice, esto también es importante!) la citada LGAMEX acerca del papel de las diputaciones provinciales.

1. Lo que dice sobre las diputaciones provinciales la Ley 3/2019, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura.

El capítulo II del título II de la LGAMEX tiene por nombre "Competencias municipales, prestación de servicios y diputaciones provinciales". Dicho capítulo regula los principios generales de actuación por la provincia (art. 19), el ámbito competencial de la intermunicipalidad (art. 20), la garantía de las competencias municipales a través de las diputaciones provinciales (art. 21), las competencias de asistencia de las diputaciones a los municipios (art. 22) y la encomienda de gestión o delegación de competencias a las diputaciones provinciales por parte de los ayuntamientos (art. 23).

En cuanto a las funciones asistenciales de las diputaciones, y más allá de la sustitución de los ayuntamientos en la prestación de servicios municipales (posibilidad apuntada en el epígrafe anterior y que desarrollaremos, en mayor profundidad, en el subepígrafe siguiente), el artículo 20 de la LGAMEX reconoce que "para la dirección política de la intermunicipalidad..., la diputación provincial tiene competencias de asistencia, al objeto de proporcionar a los municipios la capacidad de gestión requerida para el ejercicio de las competencias de titularidad municipal y



la consiguiente efectividad del principio de subsidiariedad. Con análoga finalidad la diputación provincial dispone de competencias para el diseño, implementación, ejecución y evaluación de planes y programas de ámbito provincial que afecten los municipios”.

Por otra parte, declara con solemnidad el artículo 19 de la LGAMEX que “provincia y municipios integran un mismo nivel de gobierno”, toda vez que una provincia es una “entidad local determinada por la agrupación de municipios”. Por ello, la diputación provincial es el órgano de gobierno y administración de la provincia, “para garantizar la solidaridad y el equilibrio intermunicipales e impedir que la vecindad administrativa discrimine el acceso a los servicios públicos”. Y, como “gobierno intermedio” que es la provincia, afirma el apartado 3 de dicho artículo 19, a la provincia corresponde “articular las relaciones institucionales entre los municipios y la comunidad autónoma”. Ésta es la teoría, que las relaciones entre la Junta de Extremadura y los ayuntamientos deberían canalizarse a través de las diputaciones provinciales de Cáceres y Badajoz (recordemos, provincia y municipios integran un mismo nivel de gobierno”, según nuestra Ley 3/2019). La realidad de las cosas es bien distinta, sobre todo cuando Junta de Extremadura y ayuntamiento en cuestión son de un mismo signo político, distinto al partido político gobernante en la correspondiente diputación provincial.

Volviendo a la legalidad (y dejando atrás esas cuestiones de oportunidad) el citado capítulo II de la LGAMEX tiene por objeto no sólo la prestación de



servicios por los ayuntamientos, sino el papel de las diputaciones provinciales en la prestación de dichos servicios municipales. En este sentido, afirma el preámbulo de la LGAMEX, las diputaciones provinciales “conforman junto con los municipios una sola comunidad local articulada con la finalidad de salvaguardar el principio de subsidiariedad. Así, se *configura la garantía de la prestación de las competencias municipales en torno al papel institucional de las diputaciones provinciales* mediante la articulación de un elenco importante de competencias funcionales que se despliegan esencialmente sobre el ámbito de la asistencia técnica o de la prestación a solicitud de los propios municipios, y más concretamente a través de las técnicas de encomienda de gestión y delegación de competencias de los municipios (o de determinados municipios) en las diputaciones provinciales, como medio imprescindible de que la titularidad de las competencias siga en poder de los municipios, si bien la gestión o prestación pueda ser llevada a cabo en determinadas circunstancias por los entes provinciales”.

En este sentido, el apartado III de la exposición de motivos de la citada Ley 3/2019 afirma que:

“...el municipio por sí mismo (sobre todo si sus dimensiones son reducidas y su capacidad de gestión también) requiere necesariamente para la gestión eficiente de los servicios públicos de soluciones institucionales de gestión compartida o de un reforzamiento de la intermunicipalidad, especialmente a través del *papel complementario que deben jugar las diputaciones provinciales para hacer efectivo ese amplio elenco de competencias* asignadas a los municipios.



Conviene hacer referencia, por tanto, al *papel de las diputaciones provinciales como medio de garantía de la autonomía municipal*. Y, en este punto, no se puede perder de vista la realidad demográfica, socioeconómica y funcional del municipalismo extremeño, pues este particular contexto obliga necesariamente a tomar en consideración el nivel provincial de gobierno local como escala idónea para el desarrollo de las funciones de asistencia y cooperación técnica en la prestación de servicios por parte de los ayuntamientos (especialmente aquellos que disponen de menor peso poblacional, menos recursos y escasa capacidad de gestión). A todo lo anterior se añade la existencia de importantes retos para el municipalismo extremeño que difícilmente podrá asumir por sí solo, tales como el envejecimiento de la población y el despoblamiento rural. Para afrontar tales cuestiones se requerirá, tal vez, plantear más tarde o más temprano estrategias de redefinición de la planta municipal, pero en ese interin temporal que puede ser extenso el inframunicipalismo tiene que estar acompañado por el necesario papel de las diputaciones provinciales con el fin de que los ayuntamientos puedan ejercer de forma adecuada el amplio elenco de competencias que les reconoce la presente ley.

En efecto, *no cabe minusvalorar el importante papel que, en una planta municipal dominada por ayuntamientos de bajo peso demográfico, tienen las diputaciones provinciales* como instituciones encaminadas a salvaguardar, a través del arsenal de competencias funcionales que disponen, el correcto ejercicio de las competencias municipales. Esa asistencia y cooperación técnica, así como, en su caso, las facultades de coordinación que la legislación básica les reconoce en los términos que ha venido acotando la jurisprudencia constitucional, tienen la finalidad en última instancia de salvaguardar la autonomía local y el principio de subsidiariedad, evitando que tales competencias municipales salten a otro nivel de gobierno.../... En cualquier caso, esta ley, como se viene señalando, no persigue regular la autonomía provincial, sino más concretamente la autonomía municipal. Pero no cabe duda alguna de que, como también se ha reflejado, salvaguardar plenamente la autonomía



municipal exige, en no pocos casos, un activo papel por parte de las diputaciones provinciales como baluartes institucionales de un modelo de intermunicipalidad que pretende dar respuesta a necesidades objetivas de los ayuntamientos para la prestación efectiva de los servicios públicos. (...)

Es decir, que la LGAMEX es muy consciente (art. 4) de que son los ayuntamientos los que deben, en primer lugar, prestar los servicios públicos derivados de las competencias propias municipales. Pero, como en no pocas ocasiones los pequeños ayuntamientos (débiles en capacidad económica y de gestión) de Extremadura no pueden asumir tal carga, el apartado 2 de dicho precepto dispone que "en el caso de que tal prestación de servicios públicos no fuera viable, por razones de falta de capacidad de gestión con el objeto de mejora de la eficiencia", los citados servicios "podrán ser prestados por otras entidades locales de carácter asociativo" (se está pensando aquí en las mancomunidades de municipios) o "por medio de consorcios". Y la prestación de los servicios básicos municipales a través de los consorcios provinciales medioambientales adscritos a las diputaciones provinciales de Cáceres y Badajoz han demostrado:

- tanto ser un éxito de aceptación (a día de hoy, 189 de los 224 municipios de la provincia de Cáceres se han adherido a los servicios prestados por su consorcio provincial, MásMedio, con similar aceptación también en el consorcio provincial de Badajoz, Promedio);



- como ser una posibilidad respaldada por el Tribunal Supremo. Así, hasta en cuatro sentencias ha validado nuestro Alto Tribunal el actuar de las dos diputaciones extremeñas (entidades matrices y promotoras de los respectivos consorcios) para prestar servicios públicos municipales, por encomienda o encargo de los respectivos ayuntamientos. Véanse las SsTS de 29 de junio de 2022 (recurso de casación 4474/2020, contra el consorcio pacense), de 24 de abril de 2024 (casación 3319/2021, contra el consorcio cacereño), de 25 de abril de 2024 (casación 3470/2021, contra el consorcio pacense) y de 9 de mayo de 2024 (casación 7962/2020, contra el consorcio pacense).

2. ¿Qué servicios prefieren nuestros ayuntamientos prestar ellos directamente y qué servicios prefieren encomendar a las diputaciones?

Como es sabido (y no es necesario que nos lo recuerde el artículo 18.1 de la LGAMEX) "la titularidad de la competencia es irrenunciable". Por ello, el ayuntamiento debe ejercer las competencias propias que la Ley le atribuye (art. 25.2 LRBRL) y prestar los servicios mínimos obligatorios fijados por Ley estatal. Estos servicios mínimos obligatorios en Extremadura son, en función de su rango poblacional, los fijados en el artículo 26.2 LRBRL, toda vez que la LGAMEX no ha fijado ningún otro servicio mínimo obligatorio para los ayuntamientos, pudiendo haberlo hecho, tal y como hace el artículo 31 de la Ley 5/2010, de 11 de julio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA).



Debemos destacar que el citado artículo 31 de la LAULA determina que los denominados “servicios públicos básicos” son obligatorios en TODOS los municipios de Andalucía, independientemente del número de habitantes del mismo. Y “tienen la consideración de servicios públicos básicos los servicios enumerados en el artículo 92.2.d) del Estatuto de Autonomía para Andalucía”, a saber: “abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; alumbrado público; recogida y tratamiento de residuos; limpieza viaria; prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros”. En este sentido, debe advertirse que el artículo 26.2 de la LRBRL sólo fija como obligatorio:

- el transporte colectivo urbano de viajeros, en los municipios con población superior a 50.000 habitantes;
- la prevención y extinción de incendios, en los municipios con más de 20.000 habitantes; y
- el *tratamiento* de residuos (ique no *recogida* de residuos, que es obligatoria en todos los municipios!), en los municipios con más de 5.000 habitantes.

Pues bien, siendo irrenunciable la competencia por quien la ostenta (artículo 8.1 de la LRJSP), la realidad es que muchos municipios no pueden llevar a cabo de forma óptima el ejercicio de las suyas. Por ello, el artículo 18.2 de la LGAMEX prevé que los servicios públicos municipales puedan “llevarse a cabo por el propio



municipio o a través de fórmulas asociativas”, determinando los municipios afectados “las condiciones del ejercicio conjunto”, y pudiendo “las competencias municipales propias podrán ser ejercidas también a través de delegación a las diputaciones provinciales” (artículo 18.3 LGAMEX).

De esta forma, “con la voluntad previa expresa de los municipios”, cada vez es más habitual (al menos en la España interior, como es Extremadura) que sean las diputaciones provinciales las que lleven a cabo “la gestión integrada de los servicios básicos establecidos en el artículo 26.2 de la LRBRL”. Y esa gestión integrada es subsidiaria (dice el artículo 18.5 LGAMEX) y aplicable en aquellos casos (muy habituales en el inframunicipalismo español) “en que no proceda la prestación del servicio primariamente por el propio municipio o no sean factibles o viables, desde el punto de vista de la eficiencia o coste efectivo de los servicios, fórmulas de gestión compartida”.

Mi experiencia como secretario general de la Diputación de Cáceres es que son los propios ayuntamientos los que, voluntariamente, renuncian a dichas fórmulas de gestión compartida, optando el 85 % de los municipios integrados en el Consorcio Provincial MásMedio por la encomienda de la gestión de servicios municipales a dicho consorcio provincial, cuyos funcionarios son funcionarios propios de la Diputación de Cáceres. Ésa, y no otra, es la realidad de las cosas. Y muy similar es la situación en la provincia de Badajoz: los alcaldes y alcaldesas prefieren encargarse de otras competencias, más lúdico-festivas (cultura, turismo, deporte, etc.) o de mayor proximidad a la ciudadanía



(servicios a personas mayores, servicios sociales de todo tipo, etc.), que de competencias puramente técnicas (como son la recogida y tratamiento de residuos o la depuración de aguas residuales, que necesitan de profesionales ingenieros altamente especializados). Este tipo de servicios (que la diputación organiza por sí mismos, sin perjuicio de que los consorcios u organismos autónomos provinciales puedan, en su caso, integrar en sus consejos rectores a alcaldes de la provincia) se diferencian claramente de la función instrumental que es la asistencia a municipios; puesto que no se trata de un apoyo al servicio prestado por el ayuntamiento, sino la prestación directa por la entidad provincial, lo que incluye tanto la relación sin intermediarios con los usuarios como, en su caso, el cobro de tarifas.

Como ya hemos apuntado, y siguiendo la tendencia del derecho comparado (por ejemplo, los servicios supramunicipales que prestan los *Kreise* alemanes), la LRSAL ha implantado en las diputaciones provinciales españolas la obligación de prestación directa de algunos servicios municipales, más allá de la mera asistencia a los ayuntamientos, relacionándose las corporaciones provinciales directamente con los vecinos. Así sucede, con el tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes, con la prevención y extinción de incendios en los municipios de menos de 20.000 habitantes o con la recaudación tributaria en los municipios de menos de 20.000 habitantes (competencias todas ellas previstas en las letras c y f del art. 36.1 LRBRL). Estamos, de esta forma, ante servicios que (voluntariamente, dice el citado



precepto) son “externalizados” por los municipios en las diputaciones provinciales.

La razón de fondo detrás de esta tendencia (que se está acelerando en España en esta segunda década del siglo XXI) es que los municipios constatan que, en determinados servicios, la proximidad al vecino no genera ventajas comparativas en su prestación. Por su propia naturaleza logística y territorial, estos servicios resultan más eficientes cuando se organizan a escala supramunicipal. En particular, las características que justifican que una entidad provincial asuma la prestación de este tipo de servicios (como el ciclo integral del agua, la recogida de perros vagabundos, la recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, la gestión y recaudación tributaria, la prevención y extinción de incendios o, en algunos supuestos, incluso la disciplina urbanística, como sucede con las dos diputaciones extremeñas) son las siguientes:

(1) El alto grado de especialización técnica. Se trata de servicios que requieren conocimientos y recursos muy cualificados, constituyendo áreas funcionales diferenciadas dentro del propio ayuntamiento. Un ejemplo paradigmático es el servicio de gestión y recaudación tributaria.

(2) Los elevados costes fijos, puesto que la magnitud de los mismos hace que su prestación en ámbitos territoriales amplios genere economías de escala significativas. Así ocurre, por ejemplo, con el tratamiento y/o la recogida de residuos sólidos urbanos (RSU).



(3) La ausencia de mayor valor añadido en esos servicios por el mero hecho de prestarse con más proximidad a sus usuarios. Estamos ante servicios cuya calidad no se ve menguada por una menor cercanía al ciudadano o que, incluso, ganan eficacia cuando se gestionan desde ámbitos más amplios. Éste es el caso, entre otros, del servicio de prevención y extinción de incendios, donde el principio de territorialidad incrementa su eficiencia.

En consecuencia, los ayuntamientos tienden a externalizar en la diputación provincial este tipo de servicios territoriales (donde la relación con la persona es a través del territorio), de carácter menos personal y más logístico; concentrando así sus recursos en aquellos otros ámbitos donde la proximidad sí aporta un valor añadido significativo: los servicios a las personas; como son los educativos, sanitarios, culturales, deportivos o de acción social (residencias de mayores, centros de día, atención domiciliaria, entre otros). En este sentido, Enríquez Mosquera⁷ concluye que esta prestación de servicios territoriales directos al ciudadano por parte de las diputaciones provinciales "aporta, además, un plus de eficacia en la gestión de los fondos públicos de las mismas. Efectivamente, de las diputaciones siempre se ha dicho que reciben unos recursos con finalidad de distribuirlos, de una u otra forma, entre los municipios, pero que no está claro que una parte importante de dichos fondos se pierda en burocracia o mala gestión o,

⁷ ENRÍQUEZ MOSQUERA, J.J., *op. cit.*



en todo caso, se distribuya más con criterios políticos que otra cosa". Pero si las corporaciones provinciales comienzan a prestar servicios directamente al usuario final, entonces desaparecerá ese carácter de ente instrumental o intermedio, otorgando esto a su actividad un plus de eficacia, por destinar los fondos públicos directamente a la ciudadanía. Así, los vecinos pasarían a ser los nuevos "clientes" de las diputaciones provinciales, cuyos actuales "clientes" son los ayuntamientos, formados por los concejales que eligen a los diputados y diputadas provinciales (elección indirecta que abogamos por reformar).

3. La asistencia jurídica, económica y técnica a los municipios en la normativa extremeña y en la normativa estatal.

El artículo 4.2 de la LGAMEX reconoce la posibilidad de que los servicios públicos municipales no sean prestados por los ayuntamientos, en caso de "falta de capacidad de gestión", pero teniendo la prevención de que éstos sean "prestados preferentemente por los ayuntamientos" (artículo 4.1), si ello fuera posible. Y, en relación con ello, el apartado 3 del mismo precepto dispone que "las diputaciones provinciales podrán asimismo prestar u ofertar la prestación de servicios públicos municipales en el marco de sus competencias en el ámbito de la cooperación, asesoramiento y asistencia a municipios, establecidas en el artículo 56 del Estatuto de Autonomía de Extremadura". En la misma línea, prevé el artículo 18.4 de la LGAMEX que "las diputaciones provinciales ejercerán competencias en el ámbito de la cooperación, asesoramiento y asistencia a los municipios en los términos establecidos en el art. 22



de la presente ley, con la finalidad de garantizar ese ejercicio de las competencias propias en condiciones satisfactorias para la ciudadanía y con estándares de calidad y eficiencia”.

En este sentido, y con la finalidad de asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales, el artículo 22 de la LGAMEX dispone que:

“Las competencias de asistencia prestadas por las diputaciones provinciales a los municipios, por sí o asociados, adoptarán las siguientes vías:

1. Asistencia técnica de información, asesoramiento, realización de estudios, elaboración de planes y disposiciones, formación y apoyo tecnológico, entre otras, en estas materias: urbanismo; contratación pública: potestad normativa municipal; políticas y gestión de recursos humanos, formación y selección de personal; transparencia y acceso a la información pública; participación ciudadana en las entidades locales; administración electrónica y simplificación de procedimientos y trámites: actividades; innovación organizativa; formación de políticos locales y directivos públicos; haciendas locales y recaudación. *La asistencia deberá regularse por normativa provincial* atendiendo con preferencia a los municipios de menor población.

2. A petición del municipio y en los términos que determine la normativa provincial correspondiente, la diputación provincial prestará, al menos, estos servicios municipales: inspección, gestión y recaudación de tributos; disciplina urbanística y ambiental; disciplina del personal funcionario y laboral; negociación colectiva en el empleo público; representación y defensa judicial; derecho de acceso a la información pública; *asistencia en el ejercicio de funciones públicas necesarias de secretaría, intervención y tesorería en municipios con población inferior a 5.000 habitantes.*



3. Asimismo, las diputaciones provinciales asistirán a los municipios en la confección y ejecución o seguimiento de los planes económico-financieros y en los procedimientos de cálculo del coste efectivo de los servicios públicos. También podrán proponer algunas de las medidas establecidas en la legislación básica de régimen local, así como cualquier otra, para que sean valoradas voluntariamente por el municipio y, en su caso, incorporadas antes de la aprobación del plan económico-financiero.”

A estos efectos, la STC 105/2019, de 19 de septiembre (aunque dictada en relación con la Ley 21/2018, de 16 de octubre, de la Generalitat, de mancomunidades de la Comunitat Valenciana), nos recuerda que el artículo 137 CE garantiza la autonomía a la provincia para la gestión de sus intereses, aunque sin precisar ni cuáles sean estos intereses ni cuál es el haz mínimo de competencias que para atender a su gestión debe el legislador atribuir a la provincia. Añade que la concreta configuración institucional de la autonomía provincial corresponde al legislador (estatal o autonómico, como sucede con la LGAMEX), que debe especificar y graduar las competencias provinciales teniendo en cuenta la relación entre los intereses locales y supralocales en los asuntos que conciernan a la comunidad provincial (STC 27/1987, F.J. 2). Continúa dicha STC 105/2019 recordando que las competencias de las diputaciones provinciales serán las que decidan atribuirles el Estado y las comunidades autónomas, cada uno en el marco de sus respectivas competencias, sin perjuicio de la garantía constitucional de la “autonomía provincial” (STC 214/1989 F.J. 3, y STC 41/2016, F.J. 9). El TC en esta sentencia denomina como *“competencias instrumentales” de las diputaciones provinciales a aquellas que tienen como destinatario inmediato a los*



municipios, considerándolas como el “núcleo esencial” de sus competencias, entendiendo que las competencias provinciales de cooperación con los municipios (o de asistencia a éstos) no solo no vulneran la autonomía municipal, sino que facilitan su desarrollo efectivo.

Pero, a pesar de que esa cooperación y asistencia a los municipios es el núcleo esencial de las competencias provinciales, añade la mencionada STC 105/2019 que el modelo de autonomía provincial no queda limitado única y exclusivamente al desarrollo de ese contenido esencial de competencias provinciales que comprenden la función de cooperación económica a la realización de obras y servicios municipales, o el apoyo a los municipios; sino que, además, se extiende a todo aquello que resulte necesario para la definición del modelo común de autonomía provincial.

La normativa extremeña parte del artículo 36 LRBRL, regulador de las competencias de las diputaciones provinciales, entre las cuales establece destacadamente la de “asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios”, especialmente a los de menor capacidad económica y de gestión. Actualmente, ésta es la competencia más importante que prestan las diputaciones provinciales, pero no existe un desarrollo normativo concreto para la aplicación de esta competencia, salvo diversas referencias en la propia LRBRL y algunas otras normativas, tanto estatales como autonómicas. Con carácter general, para el conjunto de las Administraciones públicas, la asistencia y la cooperación son parte de las relaciones



interadministrativas. Sin embargo, su regulación y sistematización no es, ni ha sido, algo suficientemente claro y concreto. Este artículo 36 LRBRLL es temporalmente anterior a la normativa postconstitucional que, con carácter general, regulaba el régimen jurídico y el procedimiento administrativo de las Administraciones públicas. Ya la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, regulaba ligeramente las relaciones interadministrativas, que de alguna forma y con carácter general intentaba concretar las dudas doctrinales y jurisprudenciales que se había generado en el intento de diferenciar especialmente coordinación y colaboración. Actualmente, es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la que regula la materia en su título tercero. Y conocer esa diferencia conceptual tiene importancia a la hora de interpretar el artículo 36 de la LRBRLL.

No obstante, ni en la doctrina ni en la normativa administrativa ha existido unanimidad diferenciadora entre colaboración y cooperación. El artículo 140 LRJSP, al referirse a los principios de las relaciones interadministrativas, diferencia conceptualmente la colaboración, la cooperación y la coordinación, mientras que la asistencia la incluye como parte de la colaboración, de acuerdo con las siguientes ideas:

- *Colaboración*: entendida como el deber de actuar con el resto de Administraciones públicas para el logro de fines comunes. Y dentro de esta colaboración se encuentra la "asistencia".



- *Cooperación:* cuando dos o más Administraciones públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común.
- *Coordinación:* en virtud del cual una Administración pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé nuestra Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

Añade el artículo 140 de la LRJSP que la asistencia y colaboración requerida "sólo podrá negarse cuando el organismo público o la entidad del que se solicita no esté facultado para prestarla de acuerdo con lo previsto en su normativa específica, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones o cuando la información solicitada tenga carácter confidencial o reservado". Así, la negativa a prestar la asistencia requerida (dentro de las técnicas de colaboración) debe comunicarse motivadamente a la Administración solicitante.

Pero, volvamos a la normativa local, en lo que se refiere a la colaboración y cooperación de las diputaciones provinciales con los municipios (en concreto



las referidas en el artículo 36 LRBRL). Aquí, la función de *asistencia* a los municipios tiene un contenido diverso, que en todo caso y tal como añade el artículo 26.3 LRBRL, “se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios mínimos”. En la práctica, este contenido diverso tiene las siguientes clases: (A) asistencia jurídica, (B) asistencia económico-financiera y (C) asistencia técnica.

A) Asistencia jurídica.

Con carácter general, las diputaciones provinciales, en cumplimiento de las obligaciones que, como competencias instrumentales, les impone el art. 36 LRBRL, disponen de servicios especializados, que dan asesoramiento jurídico a las entidades locales (especialmente a los municipios de menor tamaño), concretándose estas funciones en:

- Servicio de *consultoría*, asesorando en relación con las cuestiones que en materia jurídica son planteadas desde las entidades locales de la provincia, especialmente los municipios de menor tamaño (procedimiento administrativo, régimen organizativo de los órganos colegiados, contratos, subvenciones, urbanismo, bienes, personal, etc.).
- Emisión de *informes* específicos para su incorporación al expediente administrativo, a solicitud de los municipios y demás entidades locales de la provincia.
- Servicio de *representación y defensa jurídica* ante órganos judiciales y administrativos



diversos, normalmente municipios de menor tamaño.

- La colaboración con las entidades locales de la provincia, especialmente con los municipios de menor tamaño en la elaboración de programas, planes, estudios, proyectos, programas; y *colaboración en la elaboración de normas*, en especial de ordenanzas y normas de organización municipales.
- La prestación de los “servicios de *administración electrónica y la contratación centralizada* en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes” (letra g del art. 36.1 LRBRL).
- Asistencia administrativa mediante la prestación del *servicio de secretaría e intervención*. El artículo 36 LRBRL impone como obligación de las diputaciones provinciales la de garantizar la prestación del servicio de secretaría e intervención en municipios de menos de 1.000 habitantes.

No obstante, este precepto actualmente hay que ponerlo en relación con el artículo 55 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, que regula la figura de la “comisión circunstancial” en los casos de ausencia, enfermedad o abstención legal o reglamentaria de funcionario con habilitación nacional en municipios de menos de 1.000 habitantes, que “se realizará a petición



de la Corporación interesada mediante el comisionando de un funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional para la realización de cometidos especiales de carácter circunstancial, por el tiempo imprescindible". Añade este artículo 55 del citado RD 128/2018 que "corresponderá su nombramiento a la Administración o corporación local que atienda los servicios de asistencia". No hay que perder de vista el carácter básico del artículo 36 LRBRL y, por tanto, deben ser las entidades provinciales las que obligatoriamente realicen el nombramiento de estas comisiones circunstanciales en municipios de menos de 1.000 habitantes, prestándola directamente las comunidades autónomas uniprovinciales, por sustitución de las anteriores diputaciones provinciales. Recordemos, en este punto, que el artículo 22.3 de la LGAMEX amplía dicho tramo poblacional, cuando establece que "la diputación provincial prestará... asistencia en el ejercicio de funciones públicas necesarias de secretaría, intervención y tesorería en municipios con población inferior a 5.000 habitantes". Otro acierto de la LGAMEX, pues ampliando dicho tramo poblacional se cobija a un enorme porcentaje de los municipios de Extremadura. Acierto exportable a otras normativas autonómicas, pues prácticamente el 85 % de los municipios españoles tienen menos de 5.000 vecinos.

En definitiva, las diputaciones provinciales dan soporte a los ayuntamientos para la tramitación de procedimientos administrativos y realización de actividades materiales y de gestión, asumiéndolas cuando aquéllos se las encomiendan.



En este sentido, es muy destacable el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja, dictamen 3/2015, de 9 de febrero, correspondiente a la consulta facultativa formulada por el Consejero de Política Local y Territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja (C.A.R.), sobre el alcance de las encomiendas de gestión que los pequeños municipios pretendan hacer a la C.A.R., ex artículos 26.2 y 36.1 a) y b), de la LRBRL, a propósito de una pretensión en tal sentido efectuada por el Ayuntamiento de Castañares de Rioja. Recordemos que el artículo 36.2, letra d), de la LRBRL dispone que “la diputación provincial o entidad equivalente: (...) d) Da soporte a los ayuntamientos para la tramitación de procedimientos administrativos y realización de actividades materiales y de gestión, asumiéndolas cuando aquéllos se las encomienden”. Pues bien, en relación con esto, el F.J. 3 del citado dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja, de 9 de febrero de 2015, acertadamente concluye que (sic) «los artículos 36.1.a), 36.1.b) y 36.2.d) de la LRBRL no pueden ser interpretados como atributivos a los municipios de una posición jurídica que les permita, unilateral e ilimitadamente, imponer a la CCAA de La Rioja que ésta tramite cuantos procedimientos y realice cuantas actividades materiales y de gestión les encomienden aquéllos».

B) Asistencia económico-financiera

Este tipo de asistencia se encuentra a mitad camino entre la propia asistencia administrativo-jurídica y la asistencia técnica. Dentro de este tipo específico de



asistencia, las diputaciones provinciales, con carácter general, canalizan esta colaboración con los municipios de esta forma:

- *Asesoramiento económico-financiero.* Aunque este asesoramiento tiene una gran relación con lo jurídico y administrativo, adquiere no obstante sustantividad propia, ya que se encuentra más próximo a la función de control interno de la actividad económica de la entidad local, es decir la función de intervención. Comprende el asesoramiento sobre la gestión, ejecución y liquidación presupuestaria, contabilidad, control interno, cuentas anuales, la auditoría, cumplimiento de las tres reglas fiscales, prudencia financiera y otras similares.
- Elaboración de *planes económico-financieros*, planes de ajuste, planes de saneamiento.
- *Concesión de subvenciones* diversas para la financiación por los ayuntamientos de servicios y obras. Dentro de ellas, adquieren especial relevancia las que se canalizan mediante los planes provinciales de obras y los más recientes planes de concertación.
- *Concesión de préstamos.* El artículo 30 del Texto Refundido de Régimen Local, aprobado mediante RDL 781/1986 (TRRL), además de incluir dentro de la colaboración de las diputaciones provinciales con los ayuntamientos la concesión de préstamos, establece la creación de cajas de crédito para facilitar a los ayuntamientos operaciones de este tipo.



C) Asistencia técnica.

La asistencia técnica por parte de las diputaciones provinciales es amplia en su objeto, tan amplia como el ámbito competencial de los municipios. Por ello, el artículo 62 del TRRL, en cuanto se refiere a las "relaciones interadministrativas" en el ámbito local, considera que la asistencia técnica "consistirá en cualquier ayuda prevista por las leyes, y, en especial, la elaboración de estudios y proyectos relativos a la ejecución de obras, prestación de servicios o cualquier otra actividad propia de las Entidades locales o de interés común."

El mismo TRRL, pero ya en el capítulo dedicado a las competencias de las diputaciones provinciales, más concretamente en su artículo 30.5, dispone que: "También cooperará la diputación en la elaboración de planes territoriales y urbanísticos, redacción de proyectos, dirección de obras o instalaciones, informes técnicos previos al otorgamiento de licencias y gestión tributaria, construcción y conservación de caminos y vías rurales y demás obras y servicios de la competencia municipal".

Por tanto, vemos que la colaboración técnica alcanza a la mayor parte de los servicios que prestan los ayuntamientos.

4. ¿Qué no ha regulado la norma extremeña? La relación de las diputaciones provinciales con los



municipios capital de provincia. La LGAMEX y el "efecto zoo".

Un problema que tienen las diputaciones provinciales españolas y que no existe, o existe en menor medida, en los países de nuestro entorno es el relativo a la relación de los gobiernos provinciales con las grandes ciudades sitas en su territorio. En este sentido, el artículo 36 de la LRBRL ha enfocado las principales competencias de las diputaciones a la asistencia a los municipios de menos de 20.000 habitantes. Los municipios con población mayor a ese umbral en España deberían caer fuera de la actuación de las diputaciones. Sin embargo, la realidad es que dichos "municipios mayores" reciben importantes prestaciones (como los servicios de prevención y extinción de incendios, servicios de recaudación tributaria o servicios de promoción turística y festivales financiados por las diputaciones y que, a menudo, se celebran en la capital provincial correspondiente). ¿Y por qué ese trato de favor a los municipios con mayores recursos económicos, si no era esa la intención del legislador de 1985? Por una razón sencilla: estos municipios con más de 20.000 habitantes son, precisamente, los que más votos aportan en sus respectivos partidos judiciales para la elección (indirecta) de los diputados provinciales. Y dicha dinámica electoral provoca que reciban servicios y actividades que, en principio, deberían dedicarse a los municipios rurales.

Como apunta Enríquez Mosquera⁸, "el peligro es que el peso de los municipios de mayor tamaño

⁸ ENRÍQUEZ MOSQUERA, J.J., *op. cit.*



condicione la prestación del servicio y, por ello, se olvide a los municipios pequeños, que son a los que se les debe dar la asistencia". Al contrario que en los países de nuestro entorno, la legislación española no soluciona el problema de las relaciones de las diputaciones con los municipios de más de 20.000 habitantes, existiendo un vacío normativo importante que, en Extremadura, la LGAMEX podía haber solucionado (regulando qué servicios podían prestarse a los municipios de más de 20.000 habitantes por las Diputaciones de Cáceres y de Badajoz) y no ha hecho. También podía haberse regulado a partir de qué población podía excluirse (o tarifarse en mayor cuantía) de la prestación de servicios públicos directos a la ciudadanía por parte de las diputaciones provinciales. Así, por ejemplo, si dicho límite se hubiera puesto en Extremadura en 50.000 habitantes, únicamente los municipios de Badajoz, Cáceres y Mérida habrían tenido que pagar un mayor importe (por los servicios recibidos) que el resto de los municipios. Precisamente porque se trata de los tres municipios con mayor capacidad económica, al ser los únicos que se acogen en Extremadura al régimen de financiación especial de los artículos 111 y siguientes del TRLRHL, puesto que sólo los municipios que son capital de provincia, capital de comunidad autónoma o con más de 75.000 habitantes, reciben un porcentaje (pequeño en términos relativos, no así en términos absolutos) de la recaudación del IRPF, IVA e impuestos especiales en su municipio.

En el derecho comparado, es frecuente que cuando los municipios superan una determinada



población, dejen de formar parte de la correspondiente entidad supramunicipal. Así, por ejemplo, en Alemania, cuando el correspondiente *Land* considera que un determinado municipio tiene capacidad suficiente para convertirse en una ciudad independiente, sale del ámbito del correspondiente *Kreis* (que es una entidad local supramunicipal, como son las provincias en España). No existe una población específica u obligatoria para que se produzca este proceso; pero, también en Italia⁹ y otros países de la Unión, suele ocurrir cuando superan los 100.000 habitantes. Por tanto, la LGAMEX ha perdido una buena oportunidad para regular el papel de las diputaciones extremeñas en los municipios de más de 20.000 habitantes, dados los importantes servicios que se les presta en la actualidad a Almendralejo, Badajoz, Cáceres, Don Benito, Mérida, Plasencia y Villanueva de la Serena.

Por otra parte, la LRBRL no conceptualiza con rigor los distintos tipos de asistencia que pueden prestar las diputaciones provinciales. Por tanto, era un buen momento para que el legislador extremeño hubiera diferenciado entre los dos principales tipos de funciones que puede prestar una diputación: por una parte, el simple apoyo a las actividades municipales (realizando informes, colaborando y poniendo a disposición personal provincial para la realización de trabajos propios municipales, etc.); y, por otra parte, la realización por la

⁹ En 2015, por ejemplo, las provincias de las principales ciudades italianas (entre ellas, Roma, Milán, Nápoles, Turín, Bari, Florencia, Bolonia, Génova, Venecia, Regio de Calabria, Palermo, Catania y Mesina) fueron suprimidas dando lugar a trece ciudades metropolitanas.



propia diputación de la organización y gestión íntegra del servicio público, relacionándose el ente provincial directamente con los vecinos.

A) La Ley extremeña 3/2019 y el "efecto zoo".

La LGAMEX (al contrario que la Ley de Autonomía Local de Andalucía) ha desaprovechado la ocasión para añadir nuevas obligaciones mínimas a las diputaciones extremeñas. Aunque es cierto que las diputaciones extremeñas prestan los servicios que a continuación se describen, ciertamente lo hacen de forma voluntarista y no obligadas ni por la normativa estatal ni por la normativa autonómica. Al contrario, en Andalucía, el artículo 14.2 de la LAULA dispone que las entidades provinciales andaluzas prestarán obligatoriamente estos servicios municipales (subrayamos aquellos que van más allá de los obligatorios por la LRBRL): "a) Inspección, gestión y recaudación de tributos. b) Disciplina urbanística y ambiental. c) Disciplina del personal funcionario y laboral. d) Representación y defensa judicial."

Asimismo, el artículo 15 de la LAULA añade que "la provincia tendrá competencias en las siguientes materias: 1. Carreteras provinciales. 2. Los archivos de interés provincial. 3. Los museos e instituciones culturales de interés provincial".

Las anteriores competencias se añadirían a las mínimas previstas por el artículo 36 de la LRBRL. En este



sentido, debemos partir de que, tras la LRSAL, la normativa básica estatal establece una serie de obligaciones mínimas a las diputaciones provinciales para evitar que los fondos públicos se destinen a finalidades no alineadas con las competencias provinciales (es decir, para evitar un "efecto zoo"). El llamado "efecto zoo" deriva del *teorema de Oates* (formulado por el economista estadounidense *Wallace Oates*, teorema que ha tenido un gran impacto en la teoría económica contemporánea) y se traduce en la tendencia de las entidades instrumentales (como son las diputaciones provinciales, pues sirven de instrumento a otras entidades, los ayuntamientos, para prestar servicios municipales) a realizar nuevas actividades y prestar nuevos servicios no existentes hasta ese momento, y que son accesorios, pero que crecen hasta desdibujar la finalidad inicial de la institución (provincial, en nuestro caso).

Coincidimos con Enríquez Mosquera¹⁰ en que este "efecto zoo" es especialmente acusado en las entidades instrumentales, porque que no existe en ellas un control democrático directo por los ciudadanos, por ser la elección de los diputados indirecta y porque el coste se reparte entre los contribuyentes de forma difusa (es decir, no pagan impuestos que se relacionen directamente con las mayores actividades que realiza la entidad instrumental que es la diputación provincial). Este "efecto zoo" es otro de los motivos por los que las corporaciones provinciales españolas realizan actividades muy diferentes entre sí. Además, hasta la Ley 27/2013, esta circunstancia era fomentada incluso

¹⁰ ENRÍQUEZ MOSQUERA, J.J., *op. cit.*



por la propia legislación estatal, que no establecía obligaciones concretas para las diputaciones provinciales, de forma que esa cooperación y apoyo a los municipios era realizada por cada una como consideraba más conveniente. Aunque, ciertamente, para contrarrestar este "efecto zoo" (en parte, pues la situación en cada diputación española sigue siendo muy heterogénea, ya que a día de hoy unas prestan el servicio de asistencia judicial o de bibliotecas locales y otras no, por poner dos de ejemplos), la LRSAL estableció unas obligaciones mínimas de asistencia que deben de ser cumplidas por todas las diputaciones provinciales. Sin embargo, dadas las enormes diferencias existentes entre los municipios y provincias de nuestro país, estas obligaciones son sólo un mínimo común denominador, que podrían haber sido completadas por el legislador extremeño (ilos municipios de Cáceres y Badajoz no son tan distintos entre sí como los municipios de Alicante o de Cádiz!). Insistimos, la LGAMEX ha desaprovechado aquí una estupenda ocasión de continuar paliando los muy diferentes servicios provinciales que prestan no sólo las diputaciones españolas entre sí, en general, sino las Diputaciones de Cáceres y de Badajoz entre ellas, mismamente.

5. La participación de otras Administraciones en los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal.

A nuestro juicio, ha acertado el legislador extremeño cuando afirma (art. 21 LGAMEX) que, "en garantía del ejercicio las competencias municipales y



para la efectividad del principio de subsidiariedad, las diputaciones provinciales aprobarán la normativa necesaria y observarán un determinado procedimiento en la elaboración de planes y programas”. Pero, más importante aún, continúa el precepto señalando que “la elaboración de tales planes y programas, siempre que afecten a competencias propias municipales, deberán ser adoptados *de forma concertada* con los municipios”.

Hagamos en este punto un “breve *excursus*”. El plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal (PPCOS) es el procedimiento esencial para canalizar la cooperación y coordinación de las diputaciones provinciales en las obras y servicios municipales. Actualmente, el PPCOS está regulado por el artículo 36 LRBRL y por los artículos 31 y 32 del TRRL. Su desarrollo (estatal) corresponde al RD 835/2003, de 27 de junio, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales. Las comunidades autónomas pueden regular también su propio desarrollo, cosa que la CCAA de Extremadura no ha hecho, desaprovechando así una ocasión en la citada Ley 3/2019.

Así, los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal son el instrumento de cooperación económica del Estado (y, potencialmente, también podrían serlo de las CCAA, como sucede en Cataluña) con las entidades locales, donde las diputaciones actúan de intermediarias.

Respecto de su financiación, fundamentalmente se realiza (i) con los medios propios de la diputación provincial, (ii) sin perjuicio de las aportaciones



municipales y (iii) las subvenciones que acuerde la comunidad autónoma correspondiente y (iv) la Administración del Estado, con cargo a sus respectivos presupuestos. No obstante, continúa la letra a) del artículo 36.2 LRBRL, tanto Estado como comunidades autónomas “pueden sujetar sus subvenciones a determinados criterios y condiciones en su utilización o empleo, y tendrán en cuenta además el análisis de los costes efectivos de los servicios de los municipios”. En este sentido, es importante también tener en cuenta que corresponde a las CCAA “asegurar en su territorio la coordinación de los diferentes planes provinciales”, de acuerdo con el art. 59 LRBRL. Pero, como veremos, la participación autonómica en los planes provinciales (tanto para financiarlos como para coordinarlos) es un reflejo más de las complejas relaciones entre CCAA y diputaciones provinciales, como reflejan, entre otras muchas, la STC 109/1998, de 21 de mayo, en relación con la Diputación de Barcelona y la Generalitat de Cataluña; o la más reciente STSJ de la C. Valenciana 255/2024, de 22 de abril (recurso 252/2023), entre la Diputación de Alicante y la Generalitat Valenciana, a propósito del recurso interpuesto por la Diputación de Alicante, contra el acuerdo de 24 de marzo de 2023, del Consell de la Generalitat Valenciana, que aprobó el Plan Sectorial de Financiación Básica del Fondo de Cooperación Municipal para el ejercicio 2024.

El plan provincial de cooperación se aprueba anualmente por cada diputación provincial, aunque en su elaboración deben participar los municipios de la provincia. Debe contener una memoria justificativa de



sus objetivos y de los criterios de distribución de los fondos, tal y como mandata la letra a) del artículo 36.2 LRBRL, en relación con el art. 164 del vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL). Estos criterios de distribución de los fondos, continúa el precepto, “en todo caso han de ser objetivos y equitativos y entre los que estará el análisis de los costes efectivos de los servicios de los municipios”, para lo que deberá tenerse en cuenta lo previsto por el artículo 116.ter de la LRBRL. Esta referencia al coste de los servicios se incorpora por la LRSAL, y permite que la diputación, cuando “detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella” (letra a del art. 36.2 LRBRL), incluya en el plan provincial “fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir esos costes efectivos”, en los términos previstos por la STC 111/2016, de 9 de junio.

Como explica Carbonell Porrás¹¹, esta sentencia «parte de que el artículo 36.2.a) LRBRL es una previsión básica que, en cuanto tal, no pretende agotar la regulación de la materia, al referirse a una submateria (competencias locales) en la que las CCAA disponen de amplios márgenes de desarrollo y en la que, en todo caso, concurren regulaciones sectoriales. En

¹¹ CARBONELL PORRAS, E., «Las diputaciones provinciales, garantes de servicios e infraestructuras en los municipios rurales: su posición institucional en la lucha contra la despoblación», *Cuadernos de derecho local*, núm. 56, 2021. Accesible aquí: https://www.gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL56/QDL56_03_Carbonell.pdf (último acceso, 5 de mayo de 2026).



consecuencia, la imprecisión de la norma impugnada sobre el alcance de las facultades de coordinación de la diputación debe completarse con la legislación autonómica sobre régimen local o con las regulaciones sectoriales, que habrán de predeterminar suficientemente aquellas facultades, ajustándose a las prescripciones básicas (que obligan a tomar en consideración el coste efectivo) y a la Constitución (que obliga a asegurar que la capacidad decisoria municipal sea tendencialmente correlativa al nivel de interés municipal involucrado). En conclusión, la interpretación conforme a la Constitución, que es llevada al fallo de la citada STC 111/2016, conlleva que la aplicación del precepto cuestionado requiere de complementos normativos que deben asegurar la participación de los municipios».

Volviendo al origen, podemos afirmar que las tres principales competencias de las diputaciones provinciales son la *coordinación* de los servicios municipales (letra *a* del artículo 36.1 LRBRL), la *cooperación y asistencia* a los municipios (letra *b* del citado artículo 36.1 LRRBRL) y la *prestación de servicios* públicos de carácter supramunicipal (letra *c* de dicho art. 36.1, en los términos interpretados por la STC 111/2016, respecto a la necesaria participación municipal en la prestación de dichos servicios "supramunicipales"). Pues bien, para la efectividad de las competencias reconocidas en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 36 de la LRBRL, el apartado 2 de dicho artículo 36 se refiere a los planes que deben aprobar las diputaciones:



- el tradicional *plan provincial de cooperación a las obras y servicios en la letra a*); y
- otros planes o instrumentos específicos en la *letra b*). Esta letra b) se refiere a los *planes especiales* (y otros instrumentos específicos) de las diputaciones, que otorgan subvenciones, con cargo a sus propios recursos, para la realización de obras y otros servicios municipales.

En ambos casos (letras *a* y *b* del artículo 36.2 LRRL), estamos, además, ante instrumentos provinciales que sirven también para canalizar la cooperación económica del Estado a que se refiere el RD 835/2003.

Como señala Carbonell Porrás¹², «el plan provincial de cooperación a las obras y servicios municipales ha constituido desde sus orígenes un instrumento fundamental para atender a los municipios rurales, incluso en materias que no son de competencia municipal. Así, inicialmente incluía las vías provinciales y la extensión telefónica en áreas rurales (RD 688/1978), y en la actualidad se mantiene la financiación por el Estado de proyectos de obra de mejora y conservación de la red viaria de titularidad de las diputaciones. El plan se elabora anualmente por la diputación y debe ser objeto de publicación en el boletín oficial de la provincia para la formulación de alegaciones y reclamaciones, aprobándose por el pleno de la diputación, según dispone el artículo 33.2.d) LRRL».

¹² CARBONELL PORRAS, E., *op. cit.*



De esta forma, el plan provincial de cooperación es algo ya consolidado en las relaciones entre las diputaciones provinciales y los municipios, pero conviene resaltar que fue el precedente al modelo de actuación interadministrativa concertada que perfecciona el modelo de convocatoria de subvenciones provinciales. Como veremos luego al hablar del modelo concertado en los planes provinciales, no existe una imposición de actuaciones por la Administración que subvenciona total o parcialmente, sino que existe un acuerdo entre las partes.

A) Participación municipal y participación autonómica en los planes provinciales de cooperación: ausencia de normativa de desarrollo en Extremadura.

La letra a) del artículo 36.2 LRBRL exige la "participación" municipal en la elaboración de los planes provinciales e insulares. ¿Y, en qué se concreta esa "participación"? Ahí puede actuar la normativa autonómica de desarrollo, cosa que la Ley de garantía de la autonomía municipal de Extremadura no ha hecho.

La participación municipal en los planes provinciales se concreta en el trámite de información pública, por plazo de 10 días, previsto en el artículo 32.3 del TRRL. Cumplido dicho trámite, el principio de participación municipal quedaría salvaguardado (STS de 16 de mayo de 1991), no teniendo sus reclamaciones carácter vinculante para la diputación, si ello no se prevé expresamente, según la vigente Ley de Procedimiento



Administrativo Común (arts. 80.1 y 83 de la LPAC). Por ello, coincidimos con el profesor Gómez Puente¹³ cuando afirma que «las diputaciones, en ejercicio de su poder coordinador y dentro de los límites de su competencia (asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal, señaladamente de los mínimos) gozan de la facultad de decidir discrecionalmente tanto la inclusión como la exclusión en los planes provinciales de las obras o servicios propuestos por los respectivos ayuntamientos». Además, como es lógico e intuitivo, la STSJ de Galicia de 12 de octubre de 1991 (ponente: Arrojo Martínez, J.M.) ha declarado la imposibilidad de que las diputaciones provinciales incluyan en los Planes Provinciales de Cooperación a las obras y servicios de competencia municipal aquéllos que no hubieran sido acordados y solicitados por los ayuntamientos. Como explica el profesor Gómez Puente, «esta decisión impone un principio de petición municipal previa que limita el contenido de estos planes (las obras y servicios realizables), lo que reduce las posibilidades de actuación de las diputaciones a través de este instrumento, en detrimento de la autonomía de los entes provinciales».

En cuanto a la participación autonómica en los planes provinciales, ya hemos dicho que la financiación de los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios (PPCOS) de competencia municipal corre a cargo, fundamentalmente, de las diputaciones

¹³ GÓMEZ PUENTE, M., «El alcance objetivo de los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal», *Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria*, Diario La Ley, 1993, pág. 273.



provinciales. Sin perjuicio de ello, también pueden aportar una parte los propios municipios. Así, el artículo 31 TRRL dispone que “la aportación de los municipios para el establecimiento de servicios por el sistema de cooperación, se fijará en cada caso con arreglo a su capacidad económica, pudiendo hacerse efectiva con cargo a sus propios ingresos o por créditos de la diputación...”

Sin embargo, raramente aportan fondos las CCAA a los planes provinciales de obras y servicios. La colaboración autonómica a los planes provinciales tiene otro ámbito. Así, el art. 36.2 de la LRBRL, en relación con la participación de las comunidades autónomas en la prestación de estos servicios provinciales (y más en concreto en relación con el plan provincial de obras y servicios) establece que “...la comunidad autónoma asegura, en su territorio, la coordinación de los diversos planes provinciales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de esta ley”. Por tanto, podemos afirmar que estos planes provinciales son un instrumento de cooperación o colaboración interadministrativa con cierta tradición en nuestro derecho y donde han sido incluidas también las nuevas Administraciones territoriales surgidas con la Constitución de 1978: las comunidades autónomas, aunque tan solo sea en el plano de la coordinación.

Coordinación autonómica de los planes provinciales que se ejerce desde un nivel, digamos, de superioridad. Ejemplo de ello es el caso particular del Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña (PUOSC),



regulado por la Ley 23/1987, de 23 de diciembre, por la que se establecen los criterios de financiación del Plan único de obras y servicios de Cataluña a las Bases para la selección, distribución y financiación de las obras y servicios a incluir en el mismo.

Pues bien, a partir de la Constitución de 1978, los planes provinciales de obras y servicios han sido objeto de diversas sentencias del TC, especialmente en relación con la Comunidad Autónoma de Cataluña. Esta comunidad aprueba anualmente un "Plan Único de Obras y Servicios de la comunidad autónoma de Cataluña" (PUOSC), que integra y sustituye a los que debían ser aprobados por cada una de las cuatro diputaciones provinciales de Cataluña. Este "plan único" tiene como precedente el Real Decreto 2115/1978, de 28 de julio, de transferencia a la Generalidad de Cataluña de diversas competencias (también en materia de régimen local). El PUOSC se elevó de rango normativo (a nivel autonómico) con la Ley 5/1987, de 4 de abril, de Régimen Provisional de las Competencias de las Diputaciones Provinciales, complementado por la citada Ley 23/1987.

Este (polémico) sistema normativo catalán llevó a que las diputaciones provinciales catalanas quedaran obligadas a canalizar sus planes provinciales de obras y servicios a través del plan único autonómico (el PUOSC), aportando al mismo la financiación correspondiente. Esto dio lugar a enfrentamientos con las diputaciones provinciales, en particular con la de Diputación de Barcelona, que veía así limitada su autonomía en el destino de los fondos. Este conflicto fue la base de las ilustrativas sentencias sobre la naturaleza de los planes



provinciales. Así, la STC 109/1998, de 21 de mayo y la STC 159/2011, de 19 de octubre, ésta última en relación con diversos preceptos del Real Decreto 835/2003, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales.

Por su parte, la citada STC 109/1998 declaró que sí que era constitucional el hecho de que el Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña sustituyera a los planes provinciales, planes que en el resto de CCAA correspondían a las diputaciones provinciales, sin que ello vulnera el principio de autonomía local de las provincias, ya que la normativa reguladora de este PUOSC da participación a las cuatro diputaciones provinciales catalanas en su elaboración, mediante su integración en la Comisión de Cooperación Local. Además, continúa la sentencia, la aportación de la correspondiente diputación provincial se aplica únicamente a los municipios de su provincia. Sin perjuicio de ello, la propia sentencia consideró que la cooperación económica de las diputaciones a favor de los municipios puede darse también mediante otros procedimientos distintos del PUOSC, pues de lo contrario se vaciaría la autonomía provincial en sus de competencias con los municipios para la prestación de sus servicios (art. 36 LRBRL).

Por no llegar al extremo regulatorio de Cataluña con su PUOSC, a nuestro juicio prácticamente invasivo con la autonomía provincial (con los matices de las citadas sentencias del TC), la normativa autonómica extremeña ha acertado en no avanzar en el sentido del



legislador catalán, que coloca a la Administración autonómica (en la práctica) en una posición de superioridad con respecto a las diputaciones provinciales.

B) El trabajo en red entre diputaciones provinciales y ayuntamientos. La concertación entre ambos gobiernos locales.

Una parte del futuro de las relaciones entre las diputaciones provinciales y los ayuntamientos debe ser tanto el “trabajo en red” como “la concertación”. Estamos ante una tarea pendiente, que podía haber abordado la Ley de garantía de la autonomía municipal de Extremadura.

Para ello, podemos partir del “Libro Blanco sobre la Reforma del Gobierno Local”¹⁴. Y es que, aun cuando dicho documento no contribuyó finalmente a ninguna modificación normativa (no impregnó el espíritu economicista de la LRSAL); sin embargo, del mismo sí pueden extraerse interesantes aprendizajes, aplicables hoy día a las óptimas relaciones de gobierno (en red) entre diputaciones provinciales y ayuntamientos. Así, el Libro Blanco persigue que todo el potencial de las

¹⁴ En el ámbito local, el trabajo o gobernanza en red es un instrumento de mejora en las relaciones entre las diputaciones provinciales y los municipios, y entre ambos y los ciudadanos, según el “Libro Blanco de la Reforma del Gobierno Local” (puede verse en el BOE de 4 de agosto de 2004 la Orden APU/2648/2004, de 27 de julio, por la que se constituye la Comisión para la elaboración de Libro Blanco sobre la Reforma del Gobierno Local) conforman “un mismo nivel de gobierno”.



diputaciones se dedique a favorecer el gobierno municipal: “en el fondo, de casi todas las posibilidades de cooperación subyace la puesta a disposición de los municipios del trabajo del personal de las diputaciones provinciales”.

Como explica Villaescusa Soriano¹⁵, «el Libro Blanco planteaba como estructura óptima del trabajo conjunto de diputaciones y municipios el “trabajo en red”, entendiéndolo que trabajar en red significa hacerlo conjuntamente para conseguir unos objetivos comunes, sumando esfuerzos y recursos, optimizando rendimientos. Uno de los objetivos de las diputaciones en su misión de cooperación debería ser, según el Libro Blanco, la constitución de redes intermunicipales de gestión y prestación de servicios locales. En estas redes los municipios han de desempeñar también un papel mucho más activo, ya que la relación que se tiene que establecer entre los diferentes actores de la red es multidireccional. Los municipios se convierten en un agente más de la prestación de servicios que, entre otras tareas, aporta la recogida de información necesaria para el perfeccionamiento de la red. Las características del trabajo en red son: concertación, como base para la configuración de las redes entre los ayuntamientos y la diputación; intercambio de experiencias y conocimientos

¹⁵ VILLAESCUSA SORIANO, A., «La prestación de servicios locales por las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos insulares y CCAA uniprovinciales», en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (Dir.), *La gestión de los servicios públicos locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Barcelona, 2018.



que ayudan al establecimiento de vínculos entre los miembros; optimización de recursos humanos, técnicos y materiales al aplicar economías de escala; capacidad de respuesta más rápida dada la implicación de los ayuntamientos en la red; flexibilidad, pues cada red puede tener objetivos diferentes y miembros diferentes. El Libro Blanco planteaba una posición muy crítica respecto a las subvenciones, por entender que la misión de las diputaciones provinciales no debía ser la de financiar a los municipios, pues según el art. 142 de la Constitución, esta financiación consiste en tributos propios y participación en los estatales y autonómicos. Por eso, las aportaciones económicas de las diputaciones hacia los municipios deberían ir siempre ligadas a otros tipos de cooperación: técnica, económica, jurídica, etc.».

En este sentido, creemos que la aislada transferencia económica a los municipios (a través de los planes provinciales de cooperación) no aporta valor añadido a la intervención de la diputación provincial en la prestación de servicios obligatorios de competencia municipal. Las diputaciones provinciales tienen medios humanos y materiales que pueden aportar valor y mejorar la gestión de los servicios públicos municipales. Por ello, el mejor método para vehicular esa idea es el de la "concertación", que expresaba el Libro Blanco, y que se ha plasmado (entre otras normas) en la exposición de motivos tanto de la Ley 5/2014, de 30 de diciembre, del Consejo Andaluz de Concertación Local; como de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura. No obstante, legislación extremeña no ha ido más allá de ese preámbulo en la regulación de dicha concertación.



De esta forma, la concertación económica (que no ha regulado la LGAMEX) de las diputaciones provinciales a favor de los municipios es una parte más de las relaciones interadministrativas, un exponente más de ese “trabajo en red” o *networking*. Siguiendo aquí al profesor Medina Guerrero¹⁶, con las sucesivas y casi continuas crisis económicas que vive nuestro país, se pone en tela de juicio la existencia de las diputaciones provinciales, en la consideración de que sus funciones podrían perfectamente realizarse por las Comunidades Autónomas, disminuyendo los niveles de Administración pública y, con ello, ahorrando costes. Dice el autor: «... en la apuesta por la regeneración del Estado autonómico que llevan a cabo numerosas CCAA, las miradas se han dirigido al eslabón más débil de la cadena, con un mensaje simplista: “la función esencial de las diputaciones provinciales (esto es, la prestación de asistencia y cooperación económica a los municipios), puede ser perfectamente llevada a cabo por las propias comunidades autónomas, sin merma ninguna en su eficacia”. El prejuicio (en sentido literal) que subyace tras esta afirmación es también bastante evidente: si un escalón de gobierno (el provincial) se limita únicamente a transmitir los recursos que le llegan desde otro nivel de gobierno (el estatal) a sus beneficiarios finales (los

16 MEDINA GUERRERO, M., «Asistencia y cooperación económica a los municipios», *Anuario del Gobierno Local* 2011, núm. 21, 2012. Accesible en este enlace: https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1253/13_Medina_Asistencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso: 23 de mayo de 2026).



municipios), sin aportar en ese tránsito ningún valor añadido, ese eslabón intermedio deviene absolutamente superfluo y, por ende, prescindible... Por ello, que parece evidente que su reafirmación (la de las diputaciones provinciales) pasa necesariamente por maximizar su eficacia en el desempeño de sus tareas, señaladamente la relativa a la cooperación económica con los municipios, en cuanto constituye el núcleo duro de la autonomía provincial».

La idea-fuerza sobre la concertación provincial es que las provincias asuman que su posición «no es de superioridad jerárquica frente a los municipios, sino que tanto municipios como provincias integran una misma comunidad política local»; y, en consecuencia, las diputaciones provinciales «deben estar atentas a las demandas de los ayuntamientos, para que sean éstos quienes determinen en qué ámbito concreto necesitan la ayuda de su diputación». ¹⁷

Estas ideas (aplicables hoy en día, como demuestran un simple paseo por las sedes electrónicas de algunas diputaciones) implican que «las diputaciones provinciales deben concertar individualmente con los municipios el contenido de la cooperación; mediante la concertación, la diputación no impone a los municipios su línea de cooperación al modo en que lo hacen las subvenciones; y son los ayuntamientos quienes determinan qué cooperación quiere de la diputación, pudiendo así desarrollar las políticas propias para las que fueron elegidos democráticamente por los ciudadanos. La concertación incentiva el establecimiento de

¹⁷ MEDINA GUERRERO, M., *op. cit.*



prioridades políticas por parte de los ayuntamientos, estimulando así el buen gobierno».

Frente al modelo de subvención (típico de los planes provinciales de cooperación), en el que las entidades locales se acogen a una financiación condicionada regida por el principio de jerarquía, la concertación apuesta por la cooperación bilateral entre la diputación y los municipios para abordar de manera global las políticas públicas locales.

En definitiva, las relaciones interadministrativas de *coordinación* se enfocan desde una posición de supremacía del ente coordinador (la diputación provincial, en el caso del artículo 36 LRBRL) sobre el coordinado (el ayuntamiento), al que puede imponer su criterio. Por ello, la *concertación* supone una tercera vía, pues ni responde a la nota de voluntariedad, que es propia de las relaciones de *cooperación*, ni responde a la nota de imposición o supremacía, propia de las relaciones de *coordinación* (Zafra Víctor¹⁸).

Por el contrario, la “concertación” es un *tertium genus*, donde se realzan las funciones (obligadas) de asistencia económica de las diputaciones provinciales a las inversiones y servicios municipales, y se cohonestan con la autonomía municipal, que es la que en régimen de

¹⁸ ZAFRA VÍCTOR, M., «El debate sobre la supresión o reforma de las diputaciones en España», *Cuadernos de derecho local*, núm. 27, 2011.



igualdad concierta con la diputación provincial las actuaciones municipales deseadas por el ayuntamiento.

Como ejemplo de esto, el artículo 13.2.g) de la Ley 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía, dispone que "cualquier rechazo de las prioridades municipales será motivado, con especificación expresa del objetivo o criterio insatisfecho, y se propondrá derivar la asistencia para otra obra, actividad o servicio incluido en la relación de prioridades elaborada por el ayuntamiento, el cual podrá realizar una nueva concreción".

Como conclusión, coincidimos con Medina Guerrero¹⁹ cuando afirma que «pocas dudas hay que albergar acerca de que únicamente avanzando en líneas innovadoras como la descrita (concertación provincial-municipal, con gobernanza participativa, que añade valor añadido a la transferencia de fondos del Estado a los municipios, sin ser un mero "repartidor de fondos" mediante subvenciones...) podrá privarse de argumentos a aquellos que sostienen que la función de las diputaciones provinciales es perfectamente asumible por otro nivel de gobierno, resultando por tanto prescindibles».

V. REFLEXIONES FINALES.

1. ¿Qué quieren ser de mayores las diputaciones provinciales españolas?

Tras más de 10 años de la aprobación de la LRSAL, nuestros ayuntamientos han demostrado que no

¹⁹ MEDINA GUERRERO, M., *op. cit.*



contribuyen a un mayor endeudamiento público del país, todo lo contrario. El objetivo de racionalización y sostenibilidad del gasto público local se ha conseguido. Sin embargo, debemos reconocer que, a día de hoy, el papel de las diputaciones y su relación con los gobiernos locales no ha conseguido los fines propuestos por dicha Ley 27/2013, pese a la pacífica y constante jurisprudencia del TC que declara que la cooperación y la asistencia a los municipios forma parte del núcleo indisponible de la autonomía local²⁰.

Son muchas las posiciones (políticas y ciudadanas) que abogan por la supresión de las diputaciones provinciales. Sin embargo, las mismas son indispensables en una España con prácticamente el 85 % de sus municipios con menos de 5.000 habitantes. Este inframunicipalismo implica que dichos ayuntamientos tienen una escasa capacidad de gestión de servicios públicos y, por tanto, una alta dependencia de la asistencia y cooperación de sus respectivas diputaciones provinciales o entidades equivalentes (cabildos y consejos insulares). Y, allí donde este tipo de gobiernos locales supramunicipales han desaparecido (en las CCAA uniprovinciales) son recurrentes las quejas, por parte de alcaldes/as, sobre la falta de asistencia por parte de los centros directivos autonómicos, que se

²⁰ ZAFRA VÍCTOR, M., «La provincia y la intermunicipalidad: mirar el pasado con ojos de futuro», en MONTOYA MARTÍN, E., *Estudios sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local con motivo de su X aniversario*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2024, págs. 93-127.



limitan en numerosas ocasiones a canalizar subvenciones y ayudas económicas a municipios que, por sí mismos, no pueden asumir más carga burocrática. Por ello, coincidimos con Arenilla Sáez²¹ cuando afirma que “en la práctica, las diputaciones provinciales se configuran como instituciones de apoyo estructural a los municipios, proporcionando asistencia técnica y actuando como intermediarias esenciales para la prestación de servicios y la cohesión rural; a pesar de todo, mantienen así un nivel institucional sólido y desempeñan, aunque de forma desigual, funciones consideradas esenciales para que los servicios básicos lleguen a los municipios pequeños”.

Pero, ¿qué quieren ser de mayores las diputaciones provinciales españolas?

Ya hemos expuesto que el micromunicipalismo español (y la escasa capacidad de gestión que tienen todos aquellos municipios con menos de 1.000 habitantes; es decir, el 60 % de nuestros 8.132 ayuntamientos) exige que sean directamente las diputaciones provinciales las que se encarguen, si así se delega por los municipios (deseosos, por otra parte, de tal delegación de responsabilidades) de la prestación de servicios tan básicos como el ciclo integral del agua o la recogida de residuos sólidos urbanos o de perros abandonados.

²¹ ARENILLA SÁENZ, M. «Las diputaciones provinciales como soporte operativo del municipalismo: un enfoque de viabilidad», Revista de Estudios Locales, núm. 290, 2026, págs. 22-55.



Sin embargo, actualmente, las diputaciones españolas básicamente dan asistencia a la prestación de servicios públicos municipales. Es decir, las diputaciones prestan apoyo a los ayuntamientos, cuyos concejales (elegidos directamente por los vecinos) son en realidad los que prestan directamente los servicios. Por ello, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) prevé un régimen de elección indirecta para los diputados/as provinciales. Así, en función de los resultados de las elecciones municipales, los partidos políticos que han obtenido más concejales eligen a los diputados provinciales (elección indirecta). Ello justifica que las funciones de las diputaciones provinciales en la prestación de servicios públicos municipales también sean indirectas (o de apoyo y asistencia a los mismos). Podemos decir que si los clientes de los concejales son los vecinos (que eligen, democráticamente, a los concejales); los clientes de los diputados/as provinciales son los concejales, que en esa democracia indirecta que regulan los artículos 202 y ss. de la LOREG, son los que eligen a los miembros de las diputaciones provinciales, en una especie también de prestación indirecta (o de segundo grado de servicios municipales). Esta realidad contrasta con la necesidad ya expuesta de que sean las diputaciones (que tienen mayores recursos humanos y técnicos) las que provean directamente los servicios mínimos obligatorios a que hace referencia el artículo 26 de la LRBRL. Cada vez son más las diputaciones provinciales, como las de Cáceres y Badajoz (a través de sus consorcios provinciales de servicios medioambientales), que se encargan de servicios tales como el ciclo integral de agua o la recogida de residuos



de aquellos ayuntamientos que les encomiendan tales gestiones. Además, no sólo es una necesidad política (de delegación de responsabilidades para las que no se tiene capacidad técnica), sino que una parte importante de la doctrina administrativa aboga por que así sea²².

Sin embargo, como afirma Domínguez Martín²³, “el principio democrático (art. 1.1 CE) se debilita cuando las competencias se trasladan de una Administración con gobierno directamente elegido por los vecinos (art. 140 CE) a una Administración simplemente representativa como es la provincia (art. 141.1 CE), que es la estructura político-administrativa de menor soporte democrático directo de todo el sistema institucional español. No es óptimo, en términos democráticos, que una diputación (que rinde cuentas al conjunto de municipios que agrupa) decida sobre cuestiones o asuntos de un municipio y unos vecinos concretos”.

Así, existe en España un intenso debate acerca de qué competencias deben corresponder a la provincia y, por extensión, sobre cómo deben elegirse sus órganos de gobierno, si indirectamente (como sucede en la actualidad) o directamente (como se elige a los concejales de los ayuntamientos, así como a los miembros de los cabildos y consejos insulares). En

²² Entre otros, podemos citar el trabajo de VILLAESCUSA SORIANO, A., *op. cit.*

²³ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., «Los municipios: competencias y potestades», en VELASCO CABALLERO, T., *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, 2024.



particular, la doctrina española²⁴ discute si, tras la atribución de las nuevas funciones que ha hecho la LRSAL (tratamiento –que no recogida– de residuos, en municipios de menos de 5.000 habitantes y prevención y extinción de incendios, en municipios de menos de 20.000 habitantes, ex artículo 36.1.c/ de la LRBRL) la provincia:

(i) bien debe seguir entendiéndose como un ente de carácter principalmente instrumental (o de funciones de apoyo), cuyas actuaciones se orientan sobre todo a los municipios (la provincia como “ayuntamiento de ayuntamientos”, dedicada a la cooperación y asistencia municipal); o

(ii) si, por el contrario, debe dotársela de finalidades sustantivas propias y, por tanto, políticas; actuando como una Administración al servicio directo de la ciudadanía (la provincia como ente que presta también servicios públicos directamente a los vecinos), lo que exigiría una legitimidad ciudadana directa.

En este sentido, explica Gardini²⁵ que la opción por uno u otro modelo condiciona el tipo de legitimidad democrática que se atribuye a la provincia: (i) *legitimidad indirecta* o de segundo grado, si se la

²⁴ FONT LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., «Principio democrático, autonomía local, estabilidad presupuestaria y servicios públicos: ¿hacia la cuadratura del círculo?», Anuario del Gobierno Local núm. 1, 2015, págs. 11-31.

²⁵ GARDINI, G., “Las provincias italianas en la encrucijada”, publicado el 3 de octubre de 2022 en: <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/autor-post/gianluca-gardini/> (último acceso: 23 de mayo de 2026).



configura como un ente al servicio de los municipios, o (ii) *legitimidad directa*, si se la concibe como un prestador de servicios cuya actividad se proyecta de forma inmediata sobre la colectividad.

Por tanto, parece evidente que si tras la LRSAL, los artículos 26.2 y artículo 36.1.c) de la LRBRL atribuyen a las diputaciones provinciales (aunque sea subsidiariamente) la prestación de servicios mínimos municipales, debería ser directa por los vecinos la elección de los miembros de dichas corporaciones provinciales.

Sin perjuicio de ello, y con independencia de las distintas posiciones políticas existentes en España sobre las funciones que deberían tener las diputaciones provinciales, parece claro un hecho: 19 de los 28 Estados miembros de la UE tienen un segundo nivel político de gobierno local y, en 17 de esos 19, dicho ente supramunicipal cuenta, además, con competencias administrativas propias, diferenciadas de las municipales, y con órganos de gobierno elegidos directamente. En Europa, ese nivel intermedio suele asumir un conjunto de funciones básicas centradas en medio ambiente (planificación, protección, gestión de residuos y del agua), desarrollo económico (apoyo a empresas y políticas de empleo), transporte (tráfico, movilidad e infraestructuras), y educación (incluida la construcción de centros escolares). En algunos casos, a estas materias se añaden competencias sanitarias (como ocurre en Francia y Alemania). Además, estas funciones se sostienen con tributos propios provinciales, pues existe autonomía fiscal de dichas corporaciones supramunicipales (en España, las diputaciones



provinciales carecen de impuestos propios). Así, la gran mayoría de los entes intermedios europeos disponen de ingresos tributarios propios (o independientes de las transferencias estatales, que en España suponen el 90 % de los ingresos de las diputaciones provinciales). Y es que, como dice el profesor Gardini, "a veces, observar lo que hacen otros, ayuda a clarificar las ideas" (*guardarsi intorno, a volte, aiuta a chiarire le idee*).

2. ¿Suprimimos las diputaciones provinciales o las reformamos?

No evadimos la respuesta a la pregunta de este epígrafe (pues, en la línea de lo anteriormente señalado por el profesor Gardini, y por las razones que hemos expuesto en este trabajo): las diputaciones provinciales no deben seguir manteniendo una elección indirecta de sus miembros si prestan servicios directos a la ciudadanía (que es lo que se exige en los municipios rurales, para que sean las diputaciones, si aquellos quieren, las que se encargan de prestaciones como la recogida de residuos, el abastecimiento de agua potable, etc.). Si se prestan servicios directos a la ciudadanía (y no sólo servicios asistenciales a los ayuntamientos), la elección de los y las diputadas provinciales debe ser directa, tal y como ya sucede con los miembros de los cabildos insulares canarios o los consejos insulares baleares, que también son entidades locales



supramunicipales de asistencia a los ayuntamientos de su territorio.²⁶

De esta forma, abogamos por que las diputaciones se mantengan (lo que puede fácilmente deducirse de los argumentos que se exponen hasta el final de esta última reflexión): sí, pero reformadas en la forma de elección de sus miembros.

Es mucho (y bueno) lo que se ha escrito sobre las diputaciones provinciales y sus competencias de cooperación, coordinación, concertación (en definitiva, asistencia) a municipios. No pretendemos aquí inventar la rueda ni hacer una tesis innovadora al respecto. No obstante, sí queremos destacar las reflexiones del profesor Linde Paniagua²⁷, cuando afirma que:

«... las diputaciones provinciales son en la actualidad indispensables, dado el minifundismo municipal español. No obstante, nada impide que las diputaciones se extingan y sus funciones se pasen a

²⁶ En las diputaciones forales del País Vasco (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya) tampoco hay elección directa por los ciudadanos. Éstos, coincidiendo con las elecciones municipales, sólo eligen directamente a los miembros de las Juntas Generales (una en cada una de las tres provincias vascas, donde se eligen a los junteros, que eligen a su vez al diputado general, que es el jefe del gobierno foral y que es quien nombra directamente a los diputados forales que forman cada uno de las tres diputaciones forales del País Vasco).

²⁷ LINDE PANIAGUA, E., «Las diputaciones provinciales y su incierto futuro», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018. Accesible aquí: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6438501> (último acceso, 6 de mayo de 2026).



desempeñar por otro tipo de corporaciones representativas de los intereses locales.../... los que defienden la existencia de las diputaciones, las consideran necesarias para atender a los miles de pequeños municipios españoles que son incapaces de satisfacer, por sí mismos, las necesidades más elementales de sus vecinos. Los citados argumentos tienen escasa consistencia, tanto para fundamentar la supresión como para postular la existencia de las diputaciones provinciales, pues la reducción del gasto no puede contemplarse de un modo aislado, sin considerar aspectos sustanciales como la función que desempeñan las diputaciones desde la perspectiva de las necesidades de los ciudadanos.../... El debate político sobre el mantenimiento, la reforma o la supresión de las diputaciones pone de manifiesto posiciones de poder. Los partidos políticos que controlan las diputaciones provinciales en la actualidad, y desde el inicio de la etapa democrática, postulan su mantenimiento o reforma, mientras que los partidos políticos emergentes, que no controlan ninguna de las diputaciones españolas, se muestran, con mayor o menor claridad, contrarios a las mismas...»

A modo de cierre, y por estar de plena actualidad estas palabras (escritas a mediados del siglo XIX), queremos llamar la atención sobre estas ideas-fuerza del profesor Colmeiro y Penido, que ya hace casi 200 años se planteaba las mismas cuestiones que siguen vigentes en el debate político actual. En su España, la de los infinitos cambios políticos y constitucionales que envilecieron nuestro país en aquellos tiempos remotos,



ya se cuestionaba el papel de la provincia, pero no se encontró una solución mejor. Y es que, como dice Rivero Ysern²⁸, aunque el debate sobre la provincia no está exento de oportunismo, el tema no es nuevo ni, menos aún, su solución es pacífica. Es bueno asomarse al balcón de la historia de la mano de nuestros clásicos para recordar algo muy importante: la provincia arrastra tras sí siglos de existencia. Será por algo... Releamos a Colmeiro²⁹:

«En España, los confines de los antiguos reinos suelen ser hoy todavía la línea divisoria de las modernas provincias, entre las cuales hay no pocas cuyos naturales aún conservan el apego a sus costumbres, se explican en su lenguaje primitivo, se distinguen por su carácter y por su típica fisonomía y aman con pasión sus fueros particulares...

Las diputaciones, creadas por la Constitución de 1812, suprimidas al restablecimiento de la monarquía absoluta, partícipes de los cambios y mudanzas sucesivas en la forma de gobierno, próximas a experimentar novedades en su organización y atribuciones en 1837, organizadas en 1845 según el espíritu centralizador que entonces prevalecía,

²⁸ RIVERO YSERN, J.L., «La provincia en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 27 de diciembre de 2013», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, 2014.

²⁹ COLMEIRO Y PENIDO, M., *Derecho administrativo español. Tomo I*, páginas 208 y ss., 4ª edición, de 1876. Reproducción digital del original conservado en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, accesible aquí: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-administrativo-espanol-1059846>



reformadas en 1863, y ahora dotadas en 1869 con mayor libertad de acción y más vida propia, *son corporaciones populares, producto del sufragio universal, instituidas por la ley que les atribuye exclusiva competencia para entender en todo lo tocante al gobierno y dirección de los intereses peculiares de las provincias.* Síguese de aquí que a las diputaciones pertenece privativamente la administración provincial. Las diputaciones acuerdan, deliberan o informan según la naturaleza de los asuntos de que conocen, y la mayor o menor extensión que las leyes y reglamentos dan a sus facultades. El acuerdo supone fuerza ejecutiva sin necesidad de aprobación superior: la deliberación adquiere fuerza ejecutiva mediante la aprobación superior; y el informe la obligación de oír el dictamen o parecer de la diputación por vía de ilustración o consejo, antes de dictar la providencia o resolución definitiva la autoridad competente. Las diputaciones discuten y votan, y el gobernador lleva a efecto lo acordado.../... y dentro de las competencias susceptibles de ser desarrolladas por las provincias el fomento y gestión de los intereses particulares de la provincia; la prestación de servicios de carácter supramunicipal y/o supracomarcal, la ayuda y cooperación con los municipios, prestándoles asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica, especialmente a los de menor capacidad económica y de gestión, es esta última la de mayor transcendencia...

La provincia, pues, tiene en España entidad propia anterior al establecimiento del poder central, según lo demuestra la historia de nuestra monarquía, la cual



creció por agregaciones de territorios que, habiendo sido estados independientes, hoy son unidades administrativas. *Hay sin duda en las provincias españolas una individualidad administrativa y civil posterior a otra individualidad natural, si bien los vínculos de amor e interés que engendra esta comunidad, distan mucho de ser tan fuertes como los que nacen del municipio, cercano al hogar doméstico y semejante a la familia».*

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ARENILLA SÁENZ, M. «Las diputaciones provinciales como soporte operativo del municipalismo: un enfoque de viabilidad», *Revista de Estudios Locales*, núm. 290, 2026, págs. 22-55.

CARBONELL PORRAS, E., «Las diputaciones provinciales, garantes de servicios e infraestructuras en los municipios rurales: su posición institucional en la lucha contra la despoblación», *Cuadernos de derecho local*, núm. 56, 2021.

COLMEIRO Y PENIDO, M., *Derecho administrativo español. Tomo I*, páginas 208 y ss., 4ª edición, de 1876. Reproducción digital del original conservado en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, accesible aquí: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-administrativo-espanol-1059846>

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., «Los municipios: competencias y potestades», en VELASCO CABALLERO, T., *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, 2024.



ENRÍQUEZ MOSQUERA, J.J. «Las dos vertientes de la función de asistencia de las diputaciones provinciales», Revista digital CEMCI, núm. 68, diciembre de 2025.

FONT LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., «Principio democrático, autonomía local, estabilidad presupuestaria y servicios públicos: ¿hacia la cuadratura del círculo?», Anuario del Gobierno Local núm. 1, 2015.

GARDINI, G., "Las provincias italianas en la encrucijada", publicado el 3 de octubre de 2022 en: <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/autor-post/gianluca-gardini/>

GÓMEZ PUENTE, M., «El alcance objetivo de los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal», *Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria*, Diario La Ley, 1993.

MEDINA GUERRERO, M., «Asistencia y cooperación económica a los municipios», *Anuario del Gobierno Local 2011*, núm. 21, 2012.

LINDE PANIAGUA, E., «Las diputaciones provinciales y su incierto futuro», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018.

RAMIÓ MATAS, C., "El futuro de las Diputaciones", publicado el 9 de noviembre de 2016 en:



<https://www.administracionpublica.com/el-futuro-de-las-diputaciones/>

RIVERO YSERN, J.L., «La provincia en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 27 de diciembre de 2013», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, 2014.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «¿Deben suprimirse las diputaciones provinciales?», *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 65, 2017.

VILLAESCUSA SORIANO, A., «La prestación de servicios locales por las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos insulares y CCAA uniprovinciales», en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (Dir.), *La gestión de los servicios públicos locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Barcelona, 2018.

ZAFRA VÍCTOR, M., «El debate sobre la supresión o reforma de las diputaciones en España», *Cuadernos de derecho local*, núm. 27, 2011.

ZAFRA VÍCTOR, M., «La provincia y la intermunicipalidad: mirar el pasado con ojos de futuro», en MONTOYA MARTÍN, E., *Estudios sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local con motivo de su X aniversario*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2024.

Resumen: las diputaciones provinciales españolas están



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 46

Junio 2026

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Gabilex

Nº 46

Junio 2026



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Castilla-La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 46

Junio 2026

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



**FICCIÓN AUDIOVISUAL Y DERECHOS
DE LA PERSONALIDAD: LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA
PRIMERA) N.º 1761/2025, DE 2 DE
DICIEMBRE (ROJ: STS 5362/2025),
SOBRE EL CASO FARIÑA Y LA
AUTONOMÍA DEL DERECHO A LA
CREACIÓN LITERARIA FRENTE A
OBRAS "BASADAS EN HECHOS REALES"**



D^a. Paloma Cascales Bernabeu

Abogada, y Profesora de Derecho Constitucional de la
Universidad de Alicante

Resumen: La reciente sentencia aborda un conflicto cada vez más frecuente en el panorama audiovisual: la tensión entre la libertad de creación artística y los derechos al honor e intimidad cuando una ficción se inspira en personas reales. El Tribunal Supremo profundiza en la distinción entre el derecho a la creación literaria del artículo 20.1.b CE y la libertad de expresión, consolidando la doctrina sobre obras “basadas en hechos reales”. La sentencia establece criterios claros sobre reconocibilidad, necesidad narrativa y proporcionalidad de la intromisión en la esfera privada. Este trabajo analiza la resolución en el contexto de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo (SSTS 5352/2024 y 3/2025) y del Tribunal Constitucional (STC 1/2025), mostrando la evolución hacia un estándar más preciso que protege la creación artística sin desproteger la dignidad personal.

Palabras clave: Ficción audiovisual, reconocibilidad, vida privada, honor, creación artística, Tribunal Supremo, basado en hechos reales.

Abstract: The recent judgment addresses an increasingly common conflict in audiovisual production: the tension between artistic freedom and the rights to honor and privacy when fiction is inspired by real people. The Supreme Court delves into the distinction between the right to literary creation under Article 20.1.b of the Spanish Constitution and freedom of expression,



consolidating the doctrine on works “based on real events.” The ruling establishes clear criteria regarding recognizability, narrative necessity, and proportionality of intrusion into private life. This paper analyzes the decision in the context of recent Supreme Court case law (SSTS 5352/2024 and 3/2025) and the Constitutional Court (STC 1/2025), showing the evolution towards a more precise standard that protects artistic creation without leaving personal dignity unprotected.

Key words: Audiovisual fiction, recognizability, privacy, honor, artistic creation, Supreme Court, based on real events.

I. INTRODUCCIÓN: EL CASO FARIÑA Y EL PROBLEMA DE LAS FICCIONES “BASADAS EN HECHOS REALES”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) n.º 1761/2025, constituye una aportación relevante a la jurisprudencia sobre los límites entre la libertad de creación artística y los derechos de la personalidad. El litigio surge a raíz de la serie televisiva *Fariña*, producción que, bajo la etiqueta “basada en hechos reales”, recreaba el contexto del narcotráfico en Galicia durante los años ochenta y noventa, incluyendo personajes que, aunque ficticios en apariencia, resultaban identificables para quienes conocían la realidad subyacente.

El problema no es nuevo, pero sí cada vez más frecuente. La proliferación de series, películas y documentales que se nutren de acontecimientos reales



ha generado una zona gris donde la ficción y la realidad se entremezclan de forma deliberada. Los creadores buscan verosimilitud; el público, autenticidad. Pero esa búsqueda puede colisionar frontalmente con los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de personas que, sin haber consentido, ven aspectos de su vida privada expuestos bajo el barniz de la narrativa audiovisual.

La sentencia que nos ocupa se enmarca en una línea jurisprudencial que arranca con la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril¹, relativa a una novela que incluía pasajes reconocibles sobre una persona real, y que ha ido perfilándose, en resoluciones posteriores del Tribunal Supremo. Recientemente, las SSTS 1426/2024, de 29 de octubre (ROJ: STS 5352/2024)² y 26/2025 de 7 de enero (ROJ: STS 3/2025)³, han reforzado la distinción entre creación literaria y libertad de expresión, dotando de mayor precisión a los criterios aplicables. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2025, de 13 de enero⁴, reafirma la autonomía del derecho a la creación artística frente a la libertad de expresión stricto sensu.

Lo que distingue al caso *Fariña* es la intensidad de la intromisión denunciada y el tipo de contenido difundido. No se trata únicamente de utilizar elementos biográficos

¹ BOE-T-2008-8461 Sala Segunda. Sentencia 51/2008, de 14 de abril de 2008. Recurso de amparo 5351-2004.

² STS 5352/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5352 - Poder Judicial

³ STS 3/2025 - ECLI:ES:TS:2025:3 - Poder Judicial

⁴ BOE-A-2025-3110 Sala Segunda. Sentencia 1/2025, de 13 de enero de 2025. Recurso de amparo 1436-2022.



reconocibles, sino de incluir escenas que afectan a la esfera más íntima del demandante, cuya conexión con la trama principal resulta cuando menos discutible. El Tribunal Supremo se enfrenta así a la necesidad de concretar hasta dónde puede llegar la libertad creativa cuando la obra no se desconecta por completo de la realidad empírica.

II. EL DERECHO A LA CREACIÓN LITERARIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO.

1. Distinción constitucional: artículo 20.1.b frente a 20.1.a CE⁵.

El artículo 20.1 de la Constitución reconoce y protege, en sus apartados a) y b), dos derechos distintos aunque emparentados: la libertad de expresión y la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Esta diferenciación no es meramente formal. El Tribunal Constitucional ha insistido en que la creación literaria posee un contenido autónomo que va más allá de la simple manifestación de opiniones o ideas.

⁵ **Artículo 20.1.** Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.



La libertad de expresión del apartado a) ampara la transmisión de pensamientos, juicios de valor y opiniones. Está sujeta a ciertos límites derivados de su función en el debate público y, cuando se entrelaza con la libertad de información, exige veracidad. En cambio, el derecho a la creación literaria protege el proceso creativo en sí mismo, la capacidad del autor para forjar una nueva realidad a través de la palabra, la imagen o el sonido. No busca informar ni persuadir necesariamente, sino crear un universo narrativo que puede partir de elementos reales pero que se transmuta en ficción.

Esta distinción tiene consecuencias prácticas decisivas. Mientras que una información periodística debe ser veraz y una opinión debe tener un mínimo sustrato fáctico, una obra de ficción no está sometida al canon de la veracidad. Puede exagerar, distorsionar, inventar. Lo relevante no es si lo narrado ocurrió tal y como se presenta, sino si existe una auténtica transformación creativa que dé lugar a algo nuevo, diferenciado de la mera reproducción de hechos.

2. La doctrina del Tribunal Constitucional: la irrelevancia del canon de veracidad.

La STC 51/2008 marcó un punto de inflexión. En aquel caso se cuestionaba si una novela que contenía pasajes reconocibles sobre una persona real vulneraba su derecho al honor. El Tribunal Constitucional afirmó que la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad que no se identifica con la realidad empírica, y que por tanto resulta imposible trasladar a este ámbito el criterio de veracidad propio de la libertad de información. La



obra literaria, aunque incluya referencias a personas o hechos reales, construye un universo ficticio protegido constitucionalmente.

Esa doctrina ha sido reiterada y matizada en pronunciamientos posteriores. La STC 1/2025 refuerza la idea de que el derecho a la creación no es una mera faceta de la libertad de expresión, sino un derecho con perfiles propios cuya protección abarca tanto el proceso creativo como la difusión de la obra. No obstante, esa protección no es absoluta. El Tribunal Constitucional también ha señalado que cuando una obra de ficción incide en derechos fundamentales de terceros, debe realizarse un juicio de ponderación que atienda a las circunstancias del caso concreto.

Aquí radica la tensión. Si la ficción literaria no puede medirse con el rasero de la veracidad, ¿cómo determinar cuándo lesiona ilegítimamente el honor o la intimidad de alguien? La respuesta pasa por analizar el grado de transformación creativa, la reconocibilidad del personaje, la finalidad de la obra y la intensidad de la intromisión en la esfera privada. Todo ello exige un análisis casuístico donde ningún factor resulta por sí solo determinante.

III. ANÁLISIS DE LA STS 1761/2025 (CASO FARIÑA).

1.- Antecedentes de hecho.

La serie *Fariña* alcanzó notable repercusión mediática. Basada en un libro de Nacho Carretero, la producción estaba inspirada en los hechos relativos al contrabando de tabaco y la introducción de droga en las costas gallegas en los años 80 del siglo pasado. El demandante,



L.O., había sido condenado en firme por su participación en esa actividad.

En la serie de televisión, uno de los personajes estaba inspirado en el demandante y aparecía con su nombre y apellido. La serie contenía algunas escenas de contenido sexual entre los personajes que encarnaban al demandante y a la que fue su segunda esposa. Asimismo, en una de las escenas se insinuaba una cierta relación del demandante con el tráfico de cocaína. Aunque en los títulos de cada capítulo se advertía al espectador de que se trataba de una obra audiovisual "inspirada en hechos reales" y que "algunas escenas y personajes han sido dramatizados por razones narrativas", la identificación del personaje con el demandante resultaba evidente.

L.O. interpuso demanda contra Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A., Bambú Producciones S.L. y Netflix International BV, solicitando que se declarase la vulneración de sus derechos al honor, intimidad e imagen por la producción y emisión de la serie, y que se les condenase a cesar en la intromisión ilegítima y a indemnizarle conjunta y solidariamente en un millón quinientos mil euros (1.500.000 €), así como a publicar el fallo de la sentencia en varios medios de comunicación.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Villagarcía de Arousa dictó sentencia 24/2024, de 31 de enero, que desestimó la demanda con imposición de costas a la parte demandante.



La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por L.O. La Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia 342/2024, de 25 de junio, estimando en parte el recurso. La Audiencia Provincial declaró que las entidades codemandadas habían vulnerado el derecho a la intimidad personal de L.O. por la escena de contenido sexual y les condenó a cesar en tal intromisión, y les condenó a indemnizar al actor en la suma de 15.000 euros, además de publicar el fallo de la sentencia.

Las partes recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo. El demandante impugnaba que no se hubiera extendido la calificación de intromisión ilegítima a otras escenas de contenido sexual y que la indemnización fuera insuficiente. Las codemandadas impugnaban la declaración de vulneración del derecho a la intimidad, sosteniendo que se trataba de una obra de ficción amparada por el artículo 20.1.b CE.

2. La reconocibilidad inequívoca del personaje.

A diferencia de otros casos en los que la identificación del personaje de ficción con una persona real resulta controvertida y constituye el núcleo del debate jurídico, en el caso *Fariña* la reconocibilidad del demandante no ofrecía dudas. Como señala expresamente el Tribunal Supremo:

“En el presente caso, la reconocibilidad del demandante por el espectador en el personaje de la serie «Fariña» no ofrece dudas pues aparece identificado con su nombre y apellidos, el personaje es encarnado por un actor que, adecuadamente caracterizado, se asemeja al demandante, y aparece vinculado a la actividad del narcotráfico en Galicia, por los cuales el demandante



había sido condenado por la jurisdicción penal, como recogieron de forma prolija los medios de comunicación”.

Esta identificación inequívoca se sustentaba en la convergencia de varios elementos: el uso del nombre y apellidos reales del demandante, la caracterización física del actor para asemejarse a él, la vinculación del personaje con el narcotráfico en Galicia por el que el demandante había sido condenado penalmente, y la notoriedad pública de estos hechos ampliamente difundidos por los medios de comunicación.

Por tanto, no hubo debate sobre la reconocibilidad en este caso. La cuestión central que debía resolver el Tribunal Supremo no era si el espectador podía identificar al demandante en el personaje, sino si la inclusión de determinadas escenas íntimas en una obra de ficción inspirada en hechos reales constituía una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad pese a estar amparada por la libertad de creación artística del artículo 20.1.b CE.

3. Los derechos en conflicto y la resolución del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo analiza separadamente las tres pretensiones del demandante referidas a la vulneración de sus derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad.

a) Derecho al honor.

Respecto de la vulneración del derecho al honor, el demandante alegaba que la escena en que se relaciona



al personaje con el transporte de cocaína constituía una falsa imputación de un delito que empeoraba su imagen pública.

El Tribunal Supremo desestima esta pretensión. En primer lugar, señala que no es aplicable una exigencia de veracidad en los términos más estrictos en que se exige para el ejercicio del derecho de información, pues se trata de una obra audiovisual en la que se ejercita el derecho fundamental a la producción y creación artística amparado por el artículo 20.1.b de la Constitución. Al afirmarse que está "inspirada en hechos reales", el espectador es consciente de que pueden emplearse algunos recursos narrativos que no reflejen fielmente lo sucedido en la realidad en la que se inspira la obra.

En segundo lugar, relacionar al demandante con el tráfico de cocaína, siquiera indirectamente, no puede considerarse que constituya un menoscabo relevante de la reputación de quien ya había sido condenado por narcotráfico y cuyas conductas relacionadas con el narcotráfico habían sido gravísimas, ampliamente conocidas por la generalidad de las personas. Se trataba, además, de un asunto de interés general.

b) Derecho a la propia imagen.

También desestima el Tribunal Supremo la pretensión relativa a la vulneración del derecho a la propia imagen, que el demandante consideraba causada por el uso no consentido del nombre del demandante en la serie.

La sentencia señala que el uso del nombre real en una serie inspirada en hechos reales no constituye por sí mismo una intromisión ilegítima en la propia imagen, toda vez que se trata de una serie inspirada en hechos reales que toma aspectos de la realidad para elaborar las



tramas que representa. El uso del nombre del demandante no es más que un instrumento narrativo útil para situar el hilo narrativo en un contexto sociohistórico determinado, con el fin de ubicar al espectador y facilitar el seguimiento de la trama.

c) Derecho a la intimidad: el núcleo del debate.

El análisis más relevante del Tribunal Supremo se refiere al derecho a la intimidad. El demandante cuestionaba únicamente la primera escena del Capítulo 1º (la más explícita, de aproximadamente dos segundos de duración), y pretendía que se extendiera la calificación de intromisión ilegítima a otras dos escenas de contenido sexual que afectaban al personaje del demandante.

El Tribunal Supremo parte de varias consideraciones generales. En primer lugar, recuerda que la obra audiovisual en cuestión, la serie televisiva *Fariña*, no es un documental u otro formato puramente periodístico que trate de reflejar estrictamente la realidad de unos hechos, sino una obra que ficciona situaciones, hechos y personajes a partir de otros que efectivamente ocurrieron. Se trata, por tanto, de una obra de ficción basada en hechos y personajes reales, que son dramatizados siguiendo pautas cinematográficas.

En esta dramatización, los autores de la obra audiovisual utilizan licencias creativas, de modo que la narración no tiene por qué corresponderse estrictamente con la realidad. Entre esas licencias creativas se encuentran las de recrear la supuesta vida privada de los personajes, sus diálogos, sus actividades cotidianas, sus relaciones



sociales y familiares, y también sus relaciones íntimas de pareja.

Las relaciones íntimas forman parte del ámbito protegido por el derecho a la intimidad. Por tanto, como señala el Tribunal, la reproducción o divulgación de grabaciones reales de las relaciones sexuales del demandante con la que fue su segunda esposa, o la revelación de datos auténticos sobre dichas relaciones que el demandante hubiera mantenido fuera del conocimiento público, constituirían una intromisión ilegítima en ese derecho.

Sin embargo, el objeto del presente recurso no es la comunicación pública de grabaciones reales ni la divulgación de hechos verdaderos, sino la inclusión en la serie de escenas íntimas interpretadas por actores en el marco de una obra audiovisual.

d) La tesis de las productoras y su rechazo por el Tribunal Supremo.

Las productoras sostenían que, para apreciar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, es necesario el requisito de veracidad. Argumentaban que no se refieren a la correspondencia entre lo comunicado y lo realmente sucedido, ni a la diligencia en la comprobación de los hechos, sino que afirmaban fundamentalmente que los hechos que se presentan como ficticios (esto es, que no se imputan como hechos o conductas realmente realizadas por los personajes verdaderos, sino que se trata de escenas en una obra audiovisual de ficción, representadas por actores) no pueden atentar contra la intimidad del demandante.

Según las productoras, el espectador puede entender que las escenas son imaginarias, que no están



protagonizadas por los personajes reales sino por actores, por lo que no habría intromisión, pues no se desvela nada que sea real o veraz.

El Tribunal Supremo rechaza esta tesis. Señala que estas afirmaciones son matizables en el caso de obras en las que la reconocibilidad de los hechos y de los personajes que los protagonizan es clara porque se dramatizan hechos reales o al menos verosímiles, protagonizados por personas reales, que en el caso de la obra audiovisual son representados por actores. En estos casos, la "excepción de ficción" no puede servir siempre como título legitimador de la actuación del creador y del divulgador de la obra.

4. El análisis concreto de las escenas: entre la ficción y la intimidad real.

El Tribunal Supremo realiza un análisis detallado de las escenas cuestionadas. Reconoce que, en obras donde la reconocibilidad de hechos y personajes es clara, la mera circunstancia de que en la obra de ficción se recreen, mediante los actores que encarnan los personajes de la obra que representan a esas personas, escenas que versen sobre aspectos de la intimidad de una persona suficientemente identificada, ya no puede predicarse de modo absoluto la inmunidad jurídica del creador y en todo caso.

Como señala la sentencia, si en la obra audiovisual de ficción se recrean escenas que representan a esas personas mediante actores que las encarnan, y tales escenas atribuyen perfectamente identificado, la "excepción de ficción" no puede servir de título



legitimador en todo caso. Ha de realizarse un juicio de ponderación que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes para valorar si la afectación de la intimidad es proporcionada y, por tanto, legitimada por el ejercicio de la libertad de creación artística y literaria conforme a parámetros constitucionales.

El Tribunal analiza específicamente las escenas de contenido sexual cuestionadas y reconoce que las escenas cuestionadas muestran conductas íntimas de pareja, pero NO es especialmente explícito (excepto la inicial, que fundamentó la condena en la instancia), siendo extremadamente breve (dura dos segundos), los actores permanecen vestidos y solo se muestra la parte superior de sus cuerpos. Todas las secuencias se integran de forma natural en el relato, sin adquirir especial significación dramática ni configurarse como elementos definitorios del protagonista. Tampoco se presentan como episodios auténticos de la vida sexual del demandante.

Estas circunstancias llevan razonablemente al espectador medio a entender que no se está ante una exposición real de la intimidad del demandante, sino ante una licencia creativa y dramática que no pretende divulgar hechos auténticos relativos a su vida sexual, por lo que la eventual afectación a su intimidad carece de la gravedad necesaria para prevalecer sobre la libertad de creación artística de los demandados.

5. El fallo del Tribunal Supremo: prevalencia de la libertad de creación.

La sentencia consolida la doctrina según la cual, en obras audiovisuales de ficción inspiradas en hechos reales donde los personajes son identificables con personas



concretas, la mera existencia de escenas que afecten a aspectos íntimos no constituye automáticamente una intromisión ilegítima. Es necesario valorar si tales escenas, en su contexto narrativo y atendiendo a su tratamiento, duración, integración en la trama y modo de presentación, suponen una afectación grave de la intimidad que no pueda justificarse por el ejercicio legítimo de la libertad de creación artística.

En el caso de *Fariña*, el Tribunal Supremo concluyó que las escenas, pese a afectar a aspectos íntimos, no revestían la gravedad necesaria para prevalecer sobre la libertad creativa de los autores de la obra, teniendo en cuenta que se trataba de una obra de ficción inspirada en hechos reales, que las escenas se integraban naturalmente en la narrativa sin presentarse como revelaciones veraces de la vida sexual del demandante, y que su brevedad y tratamiento no configuraban una exposición desproporcionada de su intimidad.

IV. CONTEXTO JURISPRUDENCIAL: SSTS. Sala Primera Nº 1426/2024 Y Nº 26/2025.

1. STS. Sala Primera N.º 1426/2024: sátira en redes sociales y transformación creativa.

La sentencia abordó un supuesto diferente pero conceptualmente relacionado. Un periodista publicó en su cuenta de Twitter una serie de tuits que narraban una historia satírica protagonizada por un personaje cuyo apellido coincidía con el de una figura pública. La historia estaba claramente ambientada en los años setenta y ochenta, repleta de referencias culturales y situaciones



esperpénticas que distanciaban la narración de cualquier realidad actual.

El demandante alegaba que, pese al contexto temporal y al tono humorístico, el uso de su apellido le identificaba y que las conductas atribuidas al personaje (delitos varios, comportamientos reprobables) vulneraban su honor. El Tribunal Supremo desestimó la demanda, considerando que se trataba de una auténtica creación satírica que había dado lugar a un universo de ficción nuevo. La coincidencia del apellido no bastaba para establecer una identificación razonable, dado que el resto de elementos (época, circunstancias, caracterización) resultaban completamente ajenos a la biografía del demandante.

Esta sentencia refuerza la idea de que la transformación creativa puede ser suficiente para desvincular la ficción de la realidad, incluso cuando existan puntos de contacto evidentes. La sátira, por su propia naturaleza, exagera y distorsiona. El lector o espectador razonable comprende que no está ante una descripción veraz, sino ante una caricatura. Esa comprensión actúa como elemento protector tanto de la libertad del creador como del derecho al honor del afectado, en la medida en que diluye la posibilidad de una identificación lesiva.

2. STS. Sala Primera N.º 26/2025: creación literaria en prensa y los límites del género periodístico.

La resolución planteaba un escenario intermedio. Un artículo publicado en un diario de tirada nacional relataba, con tintes literarios y teatrales, el conflicto sucesorio en torno al archivo histórico de la Casa de Medina Sidonia. El texto contenía diálogos imaginados,



descripciones irónicas de los protagonistas y una estructura narrativa propia de un guion cinematográfico. Al inicio del artículo se advertía expresamente que se trataba de una “propuesta para un guion basado en hechos reales”.

Los demandantes, hijos de la anterior duquesa, consideraban que el artículo vulneraba su honor al presentarlos como ocupas ilegales del palacio y al ridiculizar sus creencias religiosas. El Tribunal Supremo distinguió entre dos aspectos. Por un lado, desestimó la pretensión relativa al honor, entendiendo que las expresiones utilizadas, aunque irónicas, no traspasaban el umbral de lo tolerable en el marco de una creación literaria. El hecho de que el texto se publicase en un periódico no lo convertía automáticamente en un reportaje informativo; los medios de prensa también pueden albergar contenidos de ficción.

Por otro lado, estimó parcialmente la demanda en lo relativo a la intimidad, porque el artículo revelaba datos sobre las prácticas religiosas de los demandantes que no guardaban relación con el conflicto patrimonial y que pertenecían claramente a su esfera privada. Aunque el contexto del litigio sucesorio era de interés público, ello no arrastraba automáticamente todos los aspectos personales de los protagonistas al terreno de lo divulgable.

La sentencia resulta especialmente ilustrativa porque muestra que la distinción entre creación literaria y libertad de información no depende del medio en que se publique la obra, sino de su contenido y finalidad. Un texto periodístico puede ser una obra de ficción si así se



presenta y si cumple con los requisitos propios de la creación artística.

V. VALORACIÓN CRÍTICA Y CONCLUSIONES.

La STS 1761/2025 constituye un paso adelante en la delimitación del régimen jurídico aplicable a las ficciones “basadas en hechos reales”. Su principal aportación radica en la articulación de un test de proporcionalidad que va más allá de la mera constatación de la reconocibilidad, incorporando un análisis sustantivo sobre la necesidad narrativa de las intromisiones en la intimidad.

Este criterio de la necesidad narrativa, aunque pueda parecer subjetivo, aporta un filtro útil para distinguir entre el uso legítimo de elementos biográficos y la explotación gratuita de la vida privada ajena. No se trata de censurar la creatividad ni de imponer a los autores una determinada forma de contar sus historias, sino de exigir que, cuando se afecta a derechos fundamentales de personas identificables, exista una justificación que trascienda lo puramente sensacionalista.

No obstante, quedan cuestiones abiertas. La jurisprudencia aún no ha precisado con claridad cuánta transformación creativa resulta suficiente para considerar que una obra se ha desconectado de la realidad empírica. Tampoco se ha pronunciado de forma definitiva sobre el peso que deben tener los *disclaimers* o advertencias de ficción, especialmente en el ámbito audiovisual donde el impacto visual puede ser más intenso que en el texto escrito.

En todo caso, la línea jurisprudencial que arrancó con la STC 51/2008 y que se consolida con las recientes sentencias del Tribunal Supremo apunta en una dirección



clara: el derecho a la creación literaria es un derecho autónomo, no sometido al canon de veracidad, pero tampoco inmune frente a los derechos de la personalidad. La clave está en el equilibrio, en la ponderación caso por caso, atendiendo siempre a la dignidad de las personas y a la función social de la

Gabilex

Nº 46

Junio 2026



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Castilla-La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**BASES PARA LA
DIRECCIÓN**



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 46

Junio 2026

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.



II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

Capítulo 1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.

Capítulo 2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.

Capítulo 3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las



Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación



del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

- 1.1 Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
- 2.1 El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
- 3.1 Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:



- I. Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- II. Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- III. Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- IV. Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- V. Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS



Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.



Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana⁶. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

⁶ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en



mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

1. **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.

Capítulo 1. **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.

- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.



Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura “pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura “págs.” se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

**X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y
ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE
PUBLICACIÓN**



Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)



Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) *Tercer epígrafe.*- a) *Cuarto epígrafe*

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

