

ANNALES

de la Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

31

2014



Anales de la Facultad de
DERECHO

Anales de la Facultad de
DERECHO

Universidad de La Laguna

DIRECTORA

María Victoria Sansón Rodríguez

SUBDIRECTOR

Francisco L. Hernández González

SECRETARIO DE LA REVISTA

Juan Antonio García García

CONSEJO DE REDACCIÓN

María Asunción Asín Cabrera (ULL), Marcel Bonnet Escuela (ULL),
Etelvina de las Casas León (ULL), Ulises Hernández Plasencia (ULL),
Francisco Clavijo Hernández (ULL), Tomás López-Fragoso Álvarez (ULL),
Margarita I. Ramos Quintana (ULL), María Elena Sánchez Jordán (ULL).

CONSEJO ASESOR

Andrea Bonomi (Université de Lausanne, Suiza), Francisco Clavijo Hernández (Universidad de La Laguna), José Manuel Díaz Lema (Universidad de Valladolid), Martín Diego Farrell (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Antonio Fernández de Buján (Universidad Autónoma de Madrid), José Luis Goñi Sein (Universidad Pública de Navarra), Tomás López-Fragoso Álvarez (Universidad de La Laguna), Cesare Maioli (Università di Bologna, Italia), María Elvira Méndez Pinedo (University of Iceland, Islandia), Manuel Carlos Palomeque López (Universidad de Salamanca), María Ángeles Parra Lucán (Universidad de Zaragoza), Johann-Christian Pielow (Ruhr-Universität Bochum, Alemania), Carlos M.^a Romeo Casabona (Universidad del País Vasco), María del Carmen Sevilla González (Universidad de La Laguna), Esteban Sola Reche (Universidad de La Laguna), Rolando Tamayo Salmorán (Universidad Nacional Autónoma de México), Francisco José Villar Rojas (Universidad de La Laguna) Stefan Vogenauer (University of Oxford, Reino Unido).

EDITA

Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna
Campus Central. 38200 La Laguna. Santa Cruz de Tenerife
Tel.: 34 922 31 91 98

DISEÑO EDITORIAL

Jaime H. Vera
Javier Torres/Luis C. Espinosa

PREIMPRESIÓN

Servicio de Publicaciones

ISSN: 0075-773X (edición impresa) / ISSN: e-2530-8319 (edición digital)

Depósito Legal: TF 734/81

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin permiso del editor.

Anales de la Facultad de
DERECHO

31

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA, 2014

ANALES de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. —La Laguna: Universidad,
Servicio de Publicaciones, 1991-

Anual

Es continuación de: Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.

ISSN 0075-773X

1. Derecho-Publicaciones periódicas I. Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.
34(05)

La correspondencia relativa a intercambios, debe dirigirse a:

Anales de la Facultad de Derecho

Servicio de Publicaciones

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Campus Central

38200 LA LAGUNA (TENERIFE, ESPAÑA)

SUMARIO/CONTENTS

ARTÍCULOS/ARTICLES

El factor de sostenibilidad del sistema de pensiones en España: análisis crítico <i>Margarita I. Ramos Quintana</i>	9
Crisis económica, burbuja inmobiliaria y derecho a la vivienda en España: Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre cláusulas abusivas y crédito hipotecario <i>M. Elvira Méndez-Pinedo</i>	29
Protección de datos de carácter personal, apostasía y doctrina de santi romano <i>Sergio González Rodríguez y José Miguel Hernández López</i>	53
El deber de conservación tras la ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas de 2013 <i>Alicia Espejo Campos</i>	67
Bitcoin e schemi sequenziali di Hashing <i>Maria Letizia Perugini</i>	83
Scope of protection of the freedom of conscience under the european convention on human rights <i>Adam Jakuszewicz</i>	101

ARTÍCULOS

EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES EN ESPAÑA: ANÁLISIS CRÍTICO.

Margarita I. Ramos Quintana

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

RESUMEN

En España, las reformas en relación con la sostenibilidad del sistema de pensiones adoptadas a finales del año 2013 han procedido a efectuar modificaciones de impacto y consecuencias sobre el propio modelo de Seguridad Social. Este trabajo realiza un análisis exhaustivo de las medidas introducidas sobre la base de la contención del gasto público en pensiones, el incentivo de planes y fondos privados de pensiones y la consiguiente reducción de la cuantía de las mismas.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, pensiones, reducción de gasto público, Planes y Fondos privados de pensiones.

ABSTRACT

In Spain, the reforms on the Factor of Sustainability of the Pensions System adopted at the end of 2013 have implied noteworthy and important amendments on the model of Social Security. This paper provides a comprehensive analysis of the implemented measures, which are based on the containment of public spending of pensions, the promotion of plans and private pension funds, and the consequent reduction in the amount of the measures themselves.

KEYWORDS: Social Security, pensions, reduction of public expenditure, plans and funds deprived of pensions.

1. LA INTRODUCCIÓN DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN EL SISTEMA DE PENSIONES: DIMENSIÓN EUROPEA Y SOPORTE CONSTITUCIONAL

El nuevo factor introducido por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (BOE del 26) admite, desde luego, un análisis centrado



en sus complejos aspectos técnicos, pero demanda de forma especial la comprensión global de su alcance y dimensión dentro del sistema de pensiones, así como de los efectos derivados de su aplicación para la población pensionista, a fin de efectuar la correspondiente valoración jurídico-constitucional de la reforma emprendida con el objetivo primordial de reducción de costes del sistema de Seguridad Social¹.

Vincular los límites de la acción protectora del sistema de Seguridad Social a aspectos demográficos como el envejecimiento de la población y la evolución de la esperanza de vida parece una opción legislativa razonable, especialmente a la luz de lo dispuesto en el reformado art. 135 CE y en el contexto de las circunstancias demográficas de un país como España que, al igual que sus homónimos integrantes de la Unión Europea, llaman a la adopción de medidas orientadas a garantizar la viabilidad del régimen público de pensiones.

La Ley 23/2013, de 23 de diciembre ha procedido a adelantar el proyecto normativo de regulación específica que, sobre el futuro del factor de sostenibilidad en el cálculo de las pensiones, contemplaba la Ley 27/2011 en su art. 8. Se trata de cambios verdaderamente sustanciales en el régimen de las pensiones de jubilación de la Seguridad Social española (única contingencia –la vejez– que se ve afectada por la reforma) en su modalidad contributiva, en particular, «unos mecanismos de ajuste automático de la cuantía de las pensiones de jubilación»² que entrañan una revisión profunda del régimen hasta entonces establecido con elementos novedosos que difieren notablemente del anterior. La Ley, en apariencia, se presenta como garante de la solvencia del sistema público de las pensiones de jubilación y la solidez financiera del propio sistema de Seguridad Social, si bien, paralelamente, los instrumentos de aseguramiento provenientes de la iniciativa privada parecen estar detrás de la reforma acometida por la Ley de 2013, instrumentos que la Constitución admite como complementarios del sistema de protección social, aun cuando la Ley parece abrir la posibilidad de que dicha participación pueda llegar a ser, incluso, suplementaria necesariamente de un sistema de prestaciones escasas e insuficientes, como las que se proyectan para el inmediato futuro en España.

La noción de sostenibilidad financiera aparece por vez primera en el Pacto Europeo de Estabilidad y Crecimiento Renovado (año 2005): el Consejo animó a los Estados miembros a definir objetivos financieros a medio plazo con el fin de reducir la deuda pública, teniendo en cuenta la vinculada a los procesos de envejecimiento, fomentar el crecimiento económico y aumentar los niveles de empleo, especialmente de los trabajadores de mayor edad y revisar y reformar los sistemas de pensiones como elemento indispensable para el objetivo de crecimiento y estabilidad.

¹ Sobre la necesidad y conveniencia de haber acometido una reforma íntegra del régimen de prestaciones, vid. Desdentado Bonete, A., «Reflexiones sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones», RDS, núm. 64, 2013, especialmente, p. 224 a 227.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., «El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad», RL, núm. 5, 2014, Monográfico sobre «La profunda reforma de las pensiones de 2013», la cita textual en p. 1.

En febrero de 2012, la Comisión lanzó el Libro Blanco titulado «En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros», el cual se orienta en la misma línea de actuación, esto es, reformar los sistemas de pensiones para tratar de asegurar un nivel de vida razonable tras el cese definitivo de la vida laboral activa como consecuencia de la jubilación, limitando el riesgo de pobreza, dado el aumento de la esperanza de vida (en proyecciones realizadas hasta los años 2050/2060). Ha de recordarse en este punto que el art. 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (adaptada, 2007) al establecer el derecho a las prestaciones de Seguridad Social lo delimita en atención a las modalidades establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales.

La crisis financiera, sin duda, ha contribuido a la disminución de ingresos de la Seguridad Social por la pérdida significativa de empleo en toda Europa, y especialmente en España. El sistema de reparto mediante el cual los activos sufragan con sus cotizaciones el gasto de pensiones de los pasivos, vigente en España desde el año 1997, se resiente, indefectiblemente, entre otras causas, por la reducción de la tasa de sustitución, esto es, por el déficit progresivo de altas y bajas.

El Libro Blanco postula la necesidad de que hombres y mujeres trabajen durante más tiempo a lo largo de su vida laboral activa, prolongando el tiempo de retiro y fortaleciendo la capacidad de ahorro, en suma, promueve una mayor participación de los trabajadores mayores en el mercado de trabajo y el retraso de la edad de jubilación como medidas de regulación del mercado de trabajo, medidas que conllevan un claro efecto de reducción del gasto público en Seguridad Social, especialmente, por lo que a la reducción del gasto en pensiones de jubilación se refiere. Vinculación de la pensión de jubilación al aumento progresivo de la esperanza de vida es otra variable considerada por la Comisión Europea para postular más reformas, fomentando planes de ahorro de carácter complementario a las pensiones públicas, considerados éstos más seguros y rentables.

Para España, el Libro Blanco recomendaba como medida específica retrasar la edad legal de jubilación, aumentando, asimismo, el número de años de cotización para alcanzar derecho a la pensión, acompañada de la revisión de los parámetros de edad conforme a la evolución de la esperanza de vida, con medidas novedosas para garantizar la formación permanente de los trabajadores de mayor edad.

En el mismo año 2012 se dio publicidad al informe elaborado por la Dirección General de Asuntos Sociales y el Comité de Protección Social titulado «La adecuación de las pensiones en la UE: 2010-2050». El informe no deja de poner el énfasis en las dificultades a que se enfrentan los Estados de la UE para garantizar pensiones adecuadas tras la jubilación y asegurar al mismo tiempo la sostenibilidad de los sistemas de protección social, tratando de reducir el número de personas cuyas pensiones les puedan colocar en situaciones de pobreza. Las pensiones se consideran adecuadas en la medida en que supongan el reemplazo de rentas dejadas de percibir por el cese en el trabajo y protejan frente a la pobreza, según dicho Informe. Con el fin de que tal adecuación se produzca, las pensiones han de ser sostenibles, seguras y adaptadas a las circunstancias cambiantes, entre las cuales destaca el aumento de personas de mayor edad, así como el cambio de circunstancias económicas (la crisis) que tiene especial impacto en el capítulo de ingresos y gastos de los sistemas de Seguridad Social.



Sin duda, la jubilación es la pensión «estrella» de todo sistema de Seguridad Social, por el coste que supone y el juego de equilibrios que representa, especialmente, en los sistemas de reparto como el español, en que los actuales cotizantes cubren con sus cuotas (calculadas sobre salarios, que han sufrido un proceso de devaluación en el período de la crisis³) la financiación de las pensiones de jubilación. En consecuencia, el sistema de pensiones de jubilación se apoya en la columna vertebral del empleo, esto es, sobre cotizaciones, por lo que la falta de empleo (de cotizantes) y la reducción salarial (menores cuotas de cotización) han terminado por desestabilizar los ingresos.

En países como España la financiación de las prestaciones por desempleo depende exclusivamente de las cotizaciones, lo que explica el conjunto de reformas emprendidas con la finalidad de reducir la cuantía de tales prestaciones. Un proceso reformador que se aparta del objetivo de atender adecuadamente una situación social alarmante (tasa de paro a finales de 2013: 26,03%) y que, por el contrario, ha respondido a criterios de contención de gasto público y de disminución del déficit público. El modelo seguido no ha favorecido hasta ahora la recuperación del empleo y tampoco ha aportado protección social suficiente y adecuada, aspecto ya criticado y frente al cual se ha propuesto el incremento de la contribución impositiva general a través de las correspondientes transferencias por parte del Estado⁴. Ha de recordarse en este punto que, ya a mediados de los años 80 del siglo anterior, la OIT publicó un Informe que, bajo el título «La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000»⁵, abordaba la futura evolución de los sistemas de Seguridad Social en los países industrializados y contenía específicas recomendaciones para que los regímenes públicos de Seguridad Social de carácter contributivo se financiaran con el producto de impuestos socialmente progresivos.

En la Constitución española, el sistema de Seguridad Social se presenta como componente esencial del Estado social, «indispensable para el cumplimiento de objetivos y principios constitucionales», del cual deriva la vertiente subjetiva manifestada en forma de derecho social que requiere de una concreción legislativa para que el mismo sea efectivo (STC 126/1994); se trata de un derecho de estricta configuración legal «disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquélla» (STC 37/1994). Por tanto, es función del Estado organizar y hacer efectiva la tutela prestacional (es un asunto «de competencia pública» (STC 121/1983, 65/1987, 134/1987, 208/1988, 3/1993, 37/1994, 121/1994, 38/1995), si bien el legislador en cada momento puede determinar el nivel y los requisitos de las prestaciones adaptándolas a las circunstancias cambiantes (STC 65/1987). Puede coexistir, en fin, más de un sistema prestacional,

³ RAMOS QUINTANA, M. I., «Devaluación salarial en España tras la reforma de 2012», Documentación Laboral, núm. 100, 2014, Vol. 1, p. 85-100.

⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.^a E., «El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad», *op. cit.*, p. 4.

⁵ OIT. Ginebra, 1984.

distintos requisitos de acceso a las pensiones y diferentes circunstancias que hagan obligada la cobertura por parte del sistema de Seguridad Social (STC 114/1987).

El legislador ha de contraer su actividad al respeto de la garantía institucional que la Seguridad Social representa, entendida como «institución» que se manifiesta en unos «términos reconocibles para la imagen que de ella se tiene en la conciencia social» (STC 32/1981). Sin duda, el sistema de Seguridad social admite cambios, si bien éstos deben ser acometidos sin que por ello «se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución» (STC 37/1994). Y entre esos rasgos destacan de forma sobresaliente su carácter público, universal y la suficiencia de sus prestaciones. La garantía institucional que encierra el art. 41 CE supone, entre otras cosas, que el núcleo indisponible para el legislador ordinario que aquélla incorpora⁶ representa un deber constitucional de garantizar pensiones adecuadas (y suficientes, ex art. 50). Adecuación y suficiencia de las pensiones forman, por tanto, parte del núcleo esencial del sistema de Seguridad Social.

La reforma introducida en España en el año 2013 mediante la figura del nuevo Factor de Sostenibilidad, así como el nuevo sistema de revalorización de pensiones se sustenta sobre la aplicación de mecanismos de estabilización de carácter automático, lo que «constituye un primer paso hacia el cambio de modelo de pensiones»: las fórmulas de capitalización van a introducirse «en el brazo contributivo» del sistema mediante los instrumentos de ahorro privado como complementarios de exiguas pensiones públicas, contribuyendo a dinamizar el mercado de planes y fondos de pensiones y «haciendo que dichos instrumentos sean más visibles y necesarios»; el paso siguiente será «incorporarlos al sistema de forma obligatoria»⁷.

2. ALCANCE JURÍDICO Y CONCRECIÓN NORMATIVA DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

Las características definitorias del FS, observado en su conjunto, responden a un triple orden de consideraciones en la Ley 23/2013. En primer lugar, se contempla su aplicación sobre el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, sin diferenciar ni discriminar supuestos diversos, por ejemplo, largas carreras de cotización o retraso notable en la edad de acceso a la jubilación. Afecta, pues, a todas las pensiones de forma indiscriminada y generalizada, lo que representa una contradicción con las políticas de envejecimiento activo y retraso de la edad de retiro del mercado de trabajo. En segundo lugar, el único parámetro utilizado ha sido la evolución de la esperanza de vida, el cual es tan sólo una de las variables

⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales», RSS, 1982, núm. 15, p. 76 y SS. Igualmente, J. Aparicio Tovar, J., *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 73.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., «Estabilizadores automáticos en el sistema de seguridad social: factor de sostenibilidad e índice de revalorización», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm.1, cuarto trimestre, 2014, p. 81 y SS.; los entrecomillados en p. 104.



que intervienen en el cambio demográfico, por lo que su utilización en exclusiva ni resuelve los problemas del envejecimiento poblacional ni es, desde luego, el único factor causante del mismo. Además, su aplicación está prevista de forma generalizada: en períodos de crecimiento económico y aún con aumentos de población activa, al ser variables no consideradas en la fórmula matemática empleada para su cálculo. En tercer lugar, la previsión de su aplicación de forma directa y con carácter automático a todas las pensiones conduce en todos los casos a la reducción o devaluación de la pensión inicial de jubilación, lo que puede provocar sacrificios innecesarios y desproporcionados a la población en general⁸.

Así configurado, el FS producirá una reducción directa y automática en la cuantía de las pensiones de jubilación reconocidas en España a partir de 2019, operando como instrumento eficaz para la reducción del gasto público en pensiones. Se erige en motivo, explicitado en la Exposición de Motivos de la propia Ley 23/2013, para invitar a los futuros pensionistas a «hacer sus cálculos», anticiparse al momento de la jubilación y «adoptar medidas» de prevención ante la expectativa de una vejez empobrecida, si se compara con las pensiones de periodos anteriores a la aplicación del FS. Por ello, la introducción del FS en los términos expuestos abre una serie de interrogantes con respecto a su acomodación constitucional⁹, especialmente, en relación con la exigencia de mantener un régimen público que ofrezca pensiones adecuadas y suficientes, conforme disponen los arts. 41 y 50 CE.

No sería cuestionable la introducción de un FS como instrumento de garantía de la viabilidad económica del sistema, puesto que la Constitución «no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar»¹⁰, pero sí que lo haga comprendiendo siempre y en todos los casos una reducción de la cuantía inicial de la pensión, con independencia de la situación de la economía española, el crecimiento del empleo y, en general, el equilibrio financiero del sistema, provocando en todos los casos una tendencia cierta y clara hacia «un sistema de pensiones menguantes».

Mal puede decirse que la suficiencia y adecuación queden aseguradas cuando se opera con un factor de cálculo sobre la cuantía de la pensión cuya aplicación en todos los casos e indefectiblemente produce la reducción del montante total de la misma (hasta que la esperanza de vida comience a decrecer), sin atender en ningún caso a las variables circunstancias económicas que pueden repercutir positivamente en el capítulo de ingresos de la Seguridad Social u otras condiciones de carácter personal o familiar.

⁸ Vid. SUÁREZ CORUJO, B., «Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad», RL, núm. 5, 2012, Monográfico sobre «La profunda reforma de las pensiones de 2013», en particular, p. 138 y SS.

⁹ Acomodación de la que, en forma crítica, duda LÓPEZ GANDÍA, J., «La dimensión constitucional de la reforma de las pensiones», R. L., núm. 5, 2014, Monográfico sobre «La profunda reforma de las pensiones de 2013», p. 25 y SS.

¹⁰ SUÁREZ CORUJO, B., «Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad», *op. cit.*, p. 150.



2.1. EL PRINCIPIO FINANCIERO DE REPARTO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Tras la reforma del art. 135 CE, los objetivos de equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social han pasado a convertirse en mandato jurídico de primera magnitud: «Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria», señala el apartado primero del citado precepto constitucional. Este objetivo de equilibrio de ingresos y gastos del sistema de Seguridad Social resulta especialmente difícil de alcanzar en situaciones de crisis económica debido al impacto negativo en la cuenta de ingresos vía cotizaciones como consecuencia de la caída del empleo. A ello se suma el número creciente de pensionistas derivado del proceso de envejecimiento de la población en España, al igual que sucede en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Por consiguiente, las pensiones en general, pero de forma muy específica, las de jubilación, se han colocado en el punto de mira de todas las propuestas de reforma de los sistemas de pensiones por parte de los respectivos Gobiernos a fin de garantizar el equilibrio financiero y la sostenibilidad de los sistemas de protección social.

En España, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera supuso la primera y una de las más decididas fórmulas de concreción normativa del mandato contenido en el art. 135 CE; una norma encaminada a materializar la reforma constitucional sobre las finanzas públicas. El precepto constitucional de referencia en su apartado 2 también señala que «Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto», y su apartado 5 dispone que también por ley orgánica serán desarrollados «los principios a que se refiere este artículo». Finalmente, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre representa no otra cosa que la aplicación en el ámbito específico del sistema de la Seguridad Social de las medidas que, con mayor alcance sobre gasto público y control del déficit, fueron contempladas por la Ley Orgánica 2/2012. El equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social ha sido una cuestión siempre presente en los procesos de reforma del mismo a lo largo de más de treinta años, y de forma más agudizada desde que en el año 1997, mediante la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, se estableciera la separación de las fuentes de financiación del sistema.

A tal efecto, se reformó el art. 86 TRLGSS incorporando en él un apartado 2 conforme al cual las prestaciones contributivas, los gastos derivados de su gestión y los de funcionamiento de los servicios correspondientes serían financiadas «básicamente» con recursos propios de la Seguridad Social, particularmente, con las cotizaciones de empresarios y trabajadores (por cuenta ajena y empleados públicos) y de los propios trabajadores tratándose de autónomos, mientras que las prestaciones y servicios sanitarios incluidos en la acción protectora del sistema de Seguridad Social y los correspondientes a servicios sociales, así como la pensiones no contributivas y los complementos a mínimos serían sufragadas mediante aportaciones del Estado.

Contempla también el citado art. 86.2 en su inciso final, con la redacción proveniente de la Ley 24/1997, que la financiación puede producirse, asimismo y, «en su caso, por las aportaciones del Estado que se acuerden para atenciones espe-





cíficas». Cabe recordar en este punto que los apartados Uno y Dos del art. 13 de la Ley 22/2013, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE del 26) establecen que las aportaciones del Estado a la Seguridad Social tienen carácter finalista a efectos de la financiación de la asistencia sanitaria, por una parte, y de la financiación de los complementos a mínimos de las pensiones del sistema de Seguridad Social, por otra¹¹.

La estabilidad financiera de la Seguridad Social es un principio económico deseable en tanto que de él depende la garantía de pensiones adecuadas, en función de su cuantía, y seguras, en cuanto a su reconocimiento y duración. Los ajustes necesarios entre calidad de las pensiones y la salud económica del sistema son, por lo demás, tan obvios que la existencia de recursos y el control sobre el gasto se manifiestan como exigencias imprescindibles para asegurar a los ciudadanos el acceso a pensiones dignas.

El sistema español de Seguridad Social funciona de acuerdo con el principio financiero «de reparto». Según señala el art. 87.1 TRLGSS, el sistema financiero de todos los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social será el de reparto, para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos...», con la única salvedad de la capitalización de las pensiones causadas por incapacidad permanente y muerte derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional cuya responsabilidad corresponda a las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo o empresas declaradas responsables, debiendo constituir a tal efecto las capitalizaciones correspondientes (capital/coste) ante la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 87.3 TRLGSS). Esta opción de política social entraña un compromiso intergeneracional mediante el cual los activos actuales asumen el coste de las pensiones de los actuales pasivos. Los sistemas de capitalización –que, como tales, han entrado a formar parte de los debates de la reforma del sistema de pensiones no sólo en España, sino también en el ámbito de la UE– por consiguiente, se encuentran extramuros del actual marco legal de nuestro sistema, excepto la cabida que pueden encontrar en los de previsión social complementaria de carácter privado.

Los sistemas de reparto admiten esquemas contributivos mediante las cotizaciones realizadas por el trabajador mediante la aportación de una parte de sus ingresos anuales o esquemas de universalidad en los que la pensión de jubilación no guarda relación con las cuotas sociales previas a lo largo de la carrera profesional¹².

Los sistemas de reparto tienen en su lógica interna el inconveniente de requerir periódicamente revisiones y, en su caso, ajustes para asegurar en todo momento el equilibrio deseable y necesario que permita garantizar, mediante la cobertura suficiente de ingresos, pensiones suficientes y adecuadas. Desde el punto de vista presupuesta-

¹¹ Comentando las medidas legislativas establecidas para garantizar la solvencia y estabilidad del sistema de pensiones en relación con el Plan Nacional de Reformas 2014, véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Aspectos socio-laborales del Plan Nacional de Reformas 2014», Trabajo y Seguridad Social, CEF, junio, 2014, núm. 375, p. 9 y 10.

¹² Véase GARCÍA DÍAZ, M. A., «La revalorización de las pensiones públicas en España» en AA. VV., Los retos financieros del sistema de Seguridad Social», Libro homenaje al Prof. A. OJEDA Avilés, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, 2014, p. 133-134.

rio, estos sistemas precisarían asegurar en cada anualidad el equilibrio indispensable entre las aportaciones económicas (o capítulo de ingresos) en relación a la demanda de pensiones y la cuantía de las mismas (capítulo de gastos). Por ello, considerando la difícil cuerda de la que pendería el equilibrio del sistema, la propia Ley 24/1997, de 15 de julio estableció la creación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, con cargo a los excedentes de ingresos sobre gastos en los diferentes ejercicios económicos (art. 91 TRLGSS). Asimismo, quedó abierta la posibilidad, excepcional, de eventuales aportaciones del Estado consignadas en los Presupuestos Generales anuales.

El envejecimiento de la población, que es el factor tomado en cuenta por la Ley 23/2013, obliga a adoptar medidas y poner en marcha actuaciones que, superando el umbral temporal de la anualidad (ámbito natural en el sistema de reparto), tomen en consideración períodos temporales más extensos a fin de estabilizar ingresos suficientes con pensiones adecuadas. Nuestro sistema de Seguridad Social responde a la regla de prestación definida, mediante la cual ofrece prestaciones de determinadas características tanto en lo que se refiere a su cuantía como al tiempo de percepción. En el caso particular de la jubilación, al tratarse de una pensión cuyas previsiones sólo se hacen efectivas muchos años más tarde y con amplios períodos de percepción de la misma, resulta imprescindible realizar cálculos susceptibles de revisión cada cierto período de tiempo a fin de asegurar el objetivo implícito en el sistema de reparto: disponer siempre de ingresos suficientes para cubrir las pensiones necesarias. Si la prestación económica está predeterminada, la fluctuación de ingresos se erige en factor decisivo, pudiendo alterar el equilibrio del sistema a lo largo del tiempo. En consecuencia, el referido equilibrio financiero del sistema bascula fundamentalmente sobre la disminución o incremento de los ingresos. Este elemento representa una de las mayores desventajas de los sistemas de reparto con prestación definida.

El informe más reciente de la OCDE en materia de pensiones ha venido a poner de manifiesto cómo, debido a las reformas que han adoptado los países OCDE en los últimos 20 años, las pensiones de los trabajadores que se incorporan al mercado de trabajo en la actualidad «serán más bajas que las prestaciones de generaciones anteriores», y aun cuando trabajar «durante más años podría compensar en parte esas reducciones» en general, «cada año que los trabajadores cotizan para la pensión futura acumulan menos prestaciones en los regímenes de prestación definida que antes de las reformas»¹³.

La revisión periódica de aquellos elementos que conforman las características de las pensiones, en particular, la de jubilación, se convierte en requisito inherente y consustancial en los sistemas de reparto: ajustar los compromisos de gasto a las previsiones de ingresos forma parte del nuevo marco constitucional de equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social (art. 135 CE), al quedar inhabilitadas fórmulas de incremento del gasto por endeudamiento, salvo aportaciones extraordinarias por parte del Estado con cargo al sistema impositivo.

¹³ «Panorama de las pensiones 2013. Indicadores de la OCDE y el G20», Informes OCDE, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2014, entrecomillados en p. 61.



¿Cuáles son los elementos que han de ser sometidos a revisión periódica? En buena lógica, un sistema de protección social debe asegurar los ingresos necesarios para asumir el gasto en pensiones contributivas. Los elementos indispensables para alcanzar dicho objetivo, serían, al menos, cuatro: 1) la cuantía de las aportaciones/cotizaciones (períodos de carencia); 2) la edad de acceso a la prestación; 3) la cuantía de la pensión (operando sobre la fórmula de cálculo de la misma: determinación de la base reguladora, cuantificación del valor de las aportaciones previas, porcentajes aplicables según años de cotización, cuantías máximas o mínimas), y 4) la actualización periódica de las mismas. Para llevar a cabo la oportuna revisión, el legislador cuenta con varias opciones:

1. En relación con las aportaciones económicas previas para el acceso a la pensión, se puede aumentar el período de carencia previo cuando, en umbrales temporales amplios, se considere que no queda debidamente garantizado el equilibrio financiero del sistema (si el aumento se presenta de forma gradual y progresivo, naturalmente, el impacto sobre cotizantes y pensionistas se experimenta con una intensidad menor).
2. La edad es un elemento que permite fomentar el acceso a la jubilación ordinaria (adelantándola o retrasándola; retrasar el inicio de la pensión permite la reducción del coste global de la misma y su duración total, mientras amplía el plazo de aportación) y, al mismo tiempo, facilitar o dificultar las jubilaciones anticipadas (la reducción o la eliminación de vías de acceso a las mismas evita adelantar el compromiso de gasto y obliga a mantener aportaciones al sistema, robusteciendo la fuente de ingresos).
3. Intervenir sobre la cuantía permite efectuar operaciones diversas:
 - a) ampliar la carencia exigiendo carreras de cotización elevadas es una opción que incide positivamente sobre los ingresos y disminuye el gasto.
 - b) modificar las escalas progresivas del porcentaje de la pensión sobre los períodos cotizados igualmente afecta a la aportación económica previa para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora de la pensión.
 - c) modificar la fórmula de cálculo de la base reguladora: ampliar los tramos temporales tomados en consideración dentro de la misma puede alterar el coste total de la pensión ya que los tiempos de cotización anteriores normalmente responden a retribuciones más bajas.
 - d) modificar directamente la cuantía de la prestación reconocida (especialmente, alterando las cuantías mínimas y máximas).
4. La actualización periódica: aspecto susceptible de desarrollarse atendiendo a diferentes parámetros a fin de no desestabilizar el poder adquisitivo de los pensionistas y asegurar la exigencia constitucional de la suficiencia de las pensiones de los ciudadanos durante la tercera edad.

Sin duda, todos estos elementos característicos de la pensión de jubilación están contruidos sobre la base de un principio contributivo, robustecido por medio de



diferentes y sucesivas reformas, si bien esas reformas hasta ahora habían estado presididas por la generación de un consenso económico y social previo vinculado a acuerdos específicos al respecto con los interlocutores económicos y sociales, o bien respaldados por un consenso político articulado en torno al Pacto de Toledo. No ha ocurrido así con la última y profunda reforma mediante la cual se ha introducido el Factor de Sostenibilidad y el Índice de Revalorización de pensiones del sistema de Seguridad Social, por medio de la Ley 23/2013, rompiéndose toda expectativa de alcanzar un verdadero Pacto de Estado para llevar a cabo una reforma tan profunda del sistema de pensiones¹⁴. Una reforma que, añadidamente, ha dejado fuera de la misma a los empleados públicos integrados en el régimen de clases pasivas, pese a tratarse de una cuestión de magnitud universal (introducir el factor de sostenibilidad para afrontar los retos derivados del aumento de la esperanza de vida) lo que, con gran honestidad, ha sido denunciado por voces autorizadas¹⁵, pero que no ha sido suficientemente denunciado y dado a conocer a la ciudadanía por los grupos políticos parlamentarios.

La reforma acometida por la Ley 23/2013 no altera ni modifica la mayoría de estos elementos: no se tocan las aportaciones previas para adquirir el derecho a la pensión; no se modifica la edad de acceso a la jubilación ordinaria, sino que continúa siendo de aplicación la escala progresiva ya establecida en el art. 4.º de la Ley 27/2011, actual Disposición transitoria vigésima TRLGSS; no es objeto de revisión alguna la fórmula de cálculo de la cuantía de la pensión (se mantiene la composición de la Base reguladora y los porcentajes aplicables según años de cotización). Sí que se han visto alteradas las reglas de actualización periódica de las pensiones, aspecto al que se dedicará el último apartado de esta aportación. Más allá de estas opciones posibles, la Ley reformadora introduce un concepto, no nuevo, puesto que ya figuraba en la Ley 27/2011 (es más, ya figuraba en el Preámbulo de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, BOE del 5), donde se reafirmaba la necesidad de mantener y reforzar los principios básicos del sistema, como el principio de solidaridad y de garantía de suficiencia, pero también se produjo el refuerzo del principio contributivo, aumentando la proporcionalidad entre cotizaciones realizadas y prestaciones obtenidas, con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema). La ley 23/2013 sí procede al adelanto de la fecha de implantación del Factor de Sostenibilidad, configurándolo como elemento de adición a la fórmula del cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación llevada a cabo conforme los parámetros establecidos para la determinación de la base reguladora en el art. 162 y con los porcentajes fijados para extraer la cuantía de la pensión en el art. 163. TRLGSS.

¹⁴ Sobre el consenso en materia de reformas de Seguridad Social, Monereo Pérez, J. L., «Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?», R. L., núm. 5, 2014, Monográfico sobre «La profunda reforma de las pensiones de 2013», p. 73 y SS.

¹⁵ TORTUERO PLAZA, J. L., «Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico», R. L., núm. 5, 2014. Monográfico sobre «La profunda reforma de las pensiones de 2013», p. 116-117.



2.2. EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD: SU INFLUENCIA EN EL COSTE GLOBAL DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La Ley 23/2013 desarrolla el Factor de Sostenibilidad y acelera su entrada en vigor respecto de lo establecido por el art. 8 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, precepto que vino a añadir una nueva Disposición adicional (la número 59.^a) al TRLGSS. En la misma se establecía que «con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad a partir del año 2027, los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027». Las revisiones se llevarían a cabo en períodos de cinco años teniendo en cuenta las previsiones y proyecciones efectuadas por los organismos oficiales, siendo pues su fecha de inicio el año 2032, cinco años después de concluida la escala progresiva de retraso de la edad de jubilación ordinaria.

Sin duda, el principio de sostenibilidad constituye, como acertadamente se ha dicho, la manifestación «más extrema y sintética» de los criterios de contributividad en el sistema de pensiones¹⁶. El FS parece erigirse sobre la base de un único elemento: el aumento de la esperanza de vida y consiguiente envejecimiento de la población, lo que incide de forma directa sobre la duración de la pensión de jubilación (al ser vitalicia), es decir, en el coste global de la misma. Extramuros de la reforma de 2013 han quedado otros aspectos que la Ley 27/2011 había ordenado tomar en consideración a la hora de delimitar el FS: el nivel de empleo y su evolución, el crecimiento económico, la evolución de los salarios, de la inflación o de la productividad – y que, en su correspondiente Dictamen, fueron recordados y reforzados por las consideraciones a través de él formuladas por parte del CES¹⁷.

En la Ley Orgánica 2/2012 aparecen referencias al sistema de Seguridad Social que se encuentran en la base de la reforma operada en materia de pensiones por la Ley 23/2013: en primer lugar, en el art. 2.1, d) con relación a «las Administraciones de Seguridad Social», las cuales –se dice– quedan afectadas por los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Los presupuestos anuales del Estado deben ser elaborados conforme a dichos principios (arts. 3, 4 y 11) lo que afecta, asimismo, a la Seguridad Social, puesto que el objetivo último es combatir el déficit estructural, de tal modo que el que pueda corresponder a la Seguridad Social ha de compensarse con el Fondo de Reserva (art. 91 TRLGSS), sin que la Ley haga mención alguna a aportaciones extraordinarias del Estado. En caso de existir superávit en las cuentas de la Seguridad Social el art. 32.2 establece que el excedente debe reconducirse prioritariamente hacia el Fondo de Reserva,

¹⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El nuevo régimen de revalorización de las pensiones», RL., núm. 5, 2014. Monográfico sobre «La profunda reforma de las pensiones de 2013», cita textual en p. 158.

¹⁷ Dictamen 7/2013. Sesión ordinaria del Pleno de 26 de septiembre de 2013.

previendo necesidades futuras. Por último, el art. 18.3 de la Ley Orgánica 2/2012 señala que «El Gobierno, en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando, de forma automática, el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social». Este mismo precepto remite a la ley a fin de que ésta regule «los mecanismos de revalorización y ajuste necesarios para la garantía del equilibrio presupuestario y de la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social», y adelanta que dicha Ley podrá establecer mecanismos de seguimiento por parte del Gobierno de los mecanismos de revalorización y de ajuste del sistema de pensiones.

No ha de olvidarse que las previsiones establecidas en el art. 18.3 de la Ley Orgánica 2/2012 constituyen la respuesta promovida desde el Gobierno español en relación con las Recomendaciones del Consejo Europeo para España, de 28 de junio de 2013, entre las que se señalaba la de culminar al final de ese mismo año la regulación del factor de sostenibilidad, a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema de pensiones, aumentando, entre otras cosas, la edad efectiva de jubilación y con obligado ajuste de la edad de jubilación o el pago de las pensiones de jubilación a las modificaciones de la esperanza de vida.

Tales previsiones constituyen el objeto de regulación de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, cuyos antecedentes hay que encontrarlos en la Disposición Adicional 9.ª del RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, por la que se crea el Comité de Expertos para el estudio del Factor de Sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social, dando al Gobierno el plazo de un mes para su creación. El informe debía, asimismo, ser remitido a la Comisión del Pacto de Toledo, en coherencia con lo establecido en la Disp. Adicional 59.ª TRLGSS, introducida por la Ley 27/2011. Finalmente, el Informe fue presentado el 7 de junio de 2013 sin unanimidad en la formulación de sus propuestas definitivas. Fue defendido, junto con los votos particulares (3) en la Comisión del Pacto de Toledo y remitido a los interlocutores económicos y sociales. Con posterioridad, el gobierno presentó el Proyecto de Ley y, concluido el trámite parlamentario, que incorporó algunas modificaciones y adiciones, la Ley 23/2013 fue publicada en el BOE de 26 de diciembre, produciéndose su entrada en vigor al día siguiente: por efecto de la misma, el FS se aplicará a las pensiones a partir del 1 de enero de 2019 (Disp. Adicional 5.ª).

2.3. EL AUMENTO DE LA ESPERANZA DE VIDA COMO NOCIÓN «NUCLEAR» DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

Conforme a las proyecciones efectuadas por los organismo oficiales y que fueron dadas a conocer a finales de 2012, el número de personas mayores de 65 años en 2052 será de 15,2 millones frente a los 8 millones registrados en el año 2012; en consecuencia, la tasa de dependencia de los mayores de 64 años sobre la población comprendida entre 20 y 64 años se elevará hasta el 73% en 2052, frente a la registrada



en 2012, que fue de un 26,24 %¹⁸. Estos datos permiten al Gobierno acelerar la puesta en marcha del Factor de Sostenibilidad apoyándose en que tales cifras son reveladoras de un eventual peligro del equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, lo que, a su vez, se convierte en pieza de justificación de la necesidad de recortar los gastos del sistema (impulsando de esta manera el objetivo de control de gasto público).

Los arts. 3 y 4 de la Ley 23/2013 regulan mediante una fórmula matemática el denominado FS, lo que ha obligado a modificar el art. 163.1 TRLGSS (según señala la Disp. Adicional 2.ª de la Ley 23/2013). Como se dijo, el elemento nuclear de la fórmula utilizada lo constituye la esperanza de vida tomada en consideración respecto de un determinado año, según el momento en que se solicita la pensión de jubilación, y la esperanza de vida a los 67 años en 2027 (umbral temporal que estableció la Ley 27/2011 para hacer efectivo el retraso gradual de la edad ordinaria de jubilación: a los 67 años y con 38 años y medio de cotización para alcanzar el 100% de la cuantía de la pensión). Para el primer quinquenio de aplicación del FS, esto es, 2019-2023, se medirá la relación existente entre la esperanza de vida a los 67 años en 2012 (2012-2017 es el primer quinquenio tomado como referencia para calcular la esperanza de vida en el primer tramo quinquenal de aplicación del FS) y la esperanza de vida a la misma edad en el año 2027. Con igual fórmula y con la misma referencia quinquenal se operará en los períodos sucesivos (2017-2023 será el quinquenio de referencia para calcular la esperanza de vida en el tramo siguiente, es decir, la de 2017 para quienes accedan a la pensión en el período 2024-2028) y la esperanza de vida a los 67 años en el año 2027.

Si la esperanza de vida continúa aumentando al final de cada período quinquenal, el efecto será un aumento de la relación entre la esperanza de vida en un momento determinado (2012/2017, etc.) y la que existirá cinco años más tarde. Esa relación determina que el FS produzca un efecto «reductor»¹⁹ o «de devaluación»²⁰ de la cuantía de la pensión, dado que el cociente de la fracción de la fórmula matemática siempre dará como resultado un valor inferior a 1.

A pesar de las proyecciones realizadas por los organismo oficiales, eventualmente pueden producirse circunstancias sobrevenidas que hagan variar el sentido y la intensidad de tales proyecciones: a modo de ejemplo, la situación de desempleo en un gran número de unidades familiares, la disminución de los niveles de atención a la dependencia, el deterioro de determinados servicios públicos, como la sanidad, principalmente, circunstancias todas ellas características del período de crisis y recesión económica, que hacen probable la incidencia de los mencionados factores en los resultados de medición de la esperanza de vida en el futuro; igualmente, cabe considerar la relevancia de otros posibles factores vinculados con comportamientos y

¹⁸ INE, noviembre de 2012.

¹⁹ SUÁREZ CORUJO, B., «Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad», *op. cit.*, p. 149.

²⁰ RAMOS QUINTANA, M. I. «La nueva Ley Reguladora del Factor de Sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social: impacto y consecuencias sobre las mujeres», *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2014, p. 248.

conductas sociales relativamente «nuevos»: el tabaquismo en las mujeres, su exposición a enfermedades profesionales y enfermedades causadas por el trabajo son elementos novedosos que representan «otros» escenarios de salud y bienestar para el género femenino y que pueden determinar nuevos comportamientos en la esperanza de vida.

En todo caso, el FS sólo podría afectar positivamente a la cuantía de la pensión si se produjera una inversión del sentido de las proyecciones demográficas y que, además, lo hiciera en un grado importante. Ya se ha advertido cómo el envejecimiento de la población es un elemento que por fuerza tendrá un efecto temporal limitado, puesto que en algún momento la esperanza de vida dejará de crecer y comenzará a ralentizarse «requiriendo períodos cada vez más amplios para subir algunas décimas o puntos en la medida en que ese incremento tiene unos topes biológicos» y precisará, además, una ralentización de las tasas de natalidad, «haciendo que la proporción de personas mayores de 65 años se incremente respecto del total de la población»²¹. Por consiguiente, cuando el FS deje de cumplir su finalidad devaluadora perderá eficacia respecto del fin para el que fue creado.

El FS se aplicará a las nuevas pensiones de jubilación que se reconozcan a partir de 2019 en el sistema de Seguridad Social y su régimen jurídico viene establecido en los arts. 1 a 6 de la Ley 23/2013, preceptos en los que se contiene su definición, fórmula, ámbito de aplicación, elementos de cálculo, y revisión. Por su parte, desde el punto de vista de la técnica normativa, la Disp. Adicional segunda de la Ley da nueva redacción al art. 163.1 LGSS.

La definición legal del FS: ajustar la pensión de jubilación a la esperanza de vida como objetivo específico.

Las Recomendaciones del Consejo Europeo en relación con la situación de las pensiones en España apuntaron varias posibilidades: aumentar la edad de jubilación (algo innecesario, pues ya la Ley 27/2011 procedió a elevarla progresivamente); ajustar la edad de jubilación a la esperanza de vida (algo que el legislador descarta por similares razones, que obviamente guardan relación con el supuesto anterior); ajustar el pago de las pensiones de jubilación a las modificaciones de la esperanza de vida (opción definitiva legalmente contemplada).

El FS se define como «un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en esta norma. Ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes» (art. 1).

La definición legal contiene una serie de elementos cuya referencia puede encontrarse, asimismo, en preceptos sucesivos, a fin de dotar a los mismos de precisión y contenido, anticipándose los ámbitos de aplicación, el elemento de referencia (esperanza de vida), su carácter automático, explicitando su finalidad, esto es, la equidad intergeneracional, así como el instrumento a utilizar a tal efecto, un co-

²¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El nuevo régimen de revalorización de las pensiones», *op. cit.*, p. 161.



eficiente «de ajuste de la pensión»²². La relevancia de este nuevo factor aparece de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 23/2013: con el FS se implanta «un instrumento de reequilibrio o de ajuste automático de las pensiones de jubilación, en función de la esperanza de vida, aspecto hasta ese momento inexistente en nuestro sistema de pensiones; no se trata de un cambio puntual y concreto de los elementos característicos del régimen de la jubilación (E de M). Ajustar la cuantía de la pensión a la evolución de la esperanza de vida es la finalidad última y explícita del FS, algo que, por otra parte, ha sido muy utilizado en las recientes reformas llevadas a cabo en los sistemas de pensiones de los países UE.

De ese modo, el valor de la pensión que el pensionista recibe a lo largo de su vida será, por aplicación del FS, «equivalente al del valor de la pensión que recibirá quien se jubile con anterioridad», de manera que si vive durante más tiempo –por evolución positiva de la esperanza de vida– deberá hacerlo con una pensión equivalente a la que percibió quien en periodos anteriores vivió menor número de años. El FS, por consiguiente, «contrae» el aumento del coste global de la pensión impidiendo que su montante total aumente ante una eventual vejez más prolongada. En suma, el FS produce un efecto de neutralización del riesgo asociado al incremento del período de la vejez.

La fórmula matemática de cálculo: la aplicación del cociente a la cuantía de la pensión con la finalidad de «devaluarla»

Para conseguir el efecto neutralizador del aumento del coste global de la pensión por efecto del proyectado aumento de la esperanza de vida, la Ley (art. 2) contempla la aplicación automática del cociente-resultado de la fórmula matemática que permite calcular el FS sobre todas las pensiones a partir del momento de su entrada en vigor. La aplicación del FS, del cociente (que siempre será inferior a 1), permite realizar «el ajuste» de la pensión, contrayendo el compromiso prestacional de la Seguridad Social con el pensionista a un montante equivalente al que pudo percibir otro pensionista en circunstancias similares en períodos anteriores. Es el elemento mediante el cual se produce la determinación de la «prestación definida», coherentemente con el principio financiero de reparto. Su carácter automático provoca, asimismo, su efectividad «inmediata» en correspondencia con los requerimientos de urgencia planteados por el Consejo Europeo en sus Recomendaciones de 28 de junio de 2013, a fin de adoptar medidas eficaces que permitan controlar el gasto público de las Administraciones de la Seguridad Social y asegurar el equilibrio financiero de sus cuentas de ingresos y gastos. No hay, por tanto, períodos transitorios ni interferencias con otras reformas ya implantadas o que en el futuro puedan sobrevenir.

Los elementos para el cálculo: la evolución interanual de la esperanza de vida a los 67 años en los últimos cinco años precedentes.

²² TORTUERO PLAZA, J. L., «Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico», *op. cit.*, p. 114.

La Ley 23/2013 ha tratado de armonizar lo establecido en la Disp. Adic 59.º TRLGSS –introducida en el art. 8 de la Ley 27/2011– recurriendo a un período quinquenal y la evolución dentro del mismo del factor esperanza de vida a los 67 años. Para determinar esta última se acudirá a las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación elaboradas por la propia Seguridad Social (siendo éstas más beneficiosas que los datos estadísticos aportados por el INE en las tablas correspondientes, aspecto ya apuntado por el Comité de Expertos en su Informe). Como quiera que los tramos quinquenales comienzan a ser utilizados en 2019, por referencia a la evolución de la esperanza de vida a los 67 años en el período comprendido entre 2012 y 2017, se ha suscitado una cierta «desconfianza» con respecto a esta construcción legal, puesto que en el año 2019 todavía en España la edad ordinaria de jubilación no se corresponde con los 67 años de vida, siguiendo la escala progresiva contenida en la Disp. Transitoria vigésima TRLGSS, conforme redacción dada por el art. 4.2 de la Ley 27/2011. Algo que tampoco ocurrirá en el quinquenio siguiente, cuando en 2014 se utilice la esperanza de vida registrada entre 2018 y 2022, pues en ese período todavía la edad de jubilación ordinaria no ha llegado a establecerse en 67 años, circunstancia que sólo acontecerá a partir del año 2027. ¿Supone ello que el legislador de 2013 está pensando en una posible reordenación de los períodos de progresión en el retraso de la edad de jubilación establecidos con carácter transitorio?²³ No cabe la menor duda de que el legislador puede jugar con estos períodos progresivos, adelantándolos o retrasándolos en función de los cambios sociales y económicos con repercusión en el régimen de pensiones. Por consiguiente, esa duda está, cuando menos, fundadamente planteada.

El ámbito de aplicación del Factor de sostenibilidad: ámbito subjetivo y temporal.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, el art. 2 de la Ley 23/2013 señala que el FS «se aplicará, en los términos establecidos en esta ley, por una sola vez para la determinación del importe inicial de las nuevas pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social». Se trata de un ámbito de aplicación de carácter restrictivo, puesto que se limita a las pensiones de jubilación y únicamente afecta al sistema de Seguridad Social, es decir, a los trabajadores por cuenta ajena y asimilados, quedando excluidas las pensiones de jubilación del sistema de clases pasivas del Estado. Esta última limitación no responde a criterios «de ética y de equidad» pues, aunque estas pensiones tengan «ordenación financiera propia», la introducción del elemento de cálculo, como es la esperanza de vida, constituye una «variable universal»²⁴.

Por otra parte, ha habido voces críticas respecto del ámbito de aplicación elegido, la pensión de jubilación, exclusivamente²⁵. Ciertamente es que operar sobre otras

²³ RAMOS QUINTANA, M. I. «De la garantía institucional a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social en España» en RAMOS, M. y ROJAS, G., (Coord.), Homenaje al Prof. M. ALVAREZ DE LA ROSA, con motivo de su jubilación. Ed. Comares, Granada, p. 193-197.

²⁴ TORTUERO PLAZA, J.L., «Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico», *op. cit.*, p. 116.

²⁵ DESDENTADO BONETE, A., Reflexiones sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones», *op. cit.*, p. 224 y ss.



pensiones, como la invalidez permanente, resultaba altamente controvertido por su propia configuración jurídica, postulándose que en los casos en que se accede a la jubilación por el cumplimiento de la edad de los inválidos permanentes no puede operar el FS, o cuando se compatibiliza la invalidez permanente con el trabajo y, finalmente, se accede a la jubilación. Igual ocurre con las pensiones de viudedad, especialmente, cuando el sujeto causante es pensionista de jubilación: en tales casos, la cuantía de la pensión se verá incrementada mediante la aplicación de las mejoras o revalorizaciones que para prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia hayan tenido lugar hasta la fecha del hecho causante de la pensión de que derivan²⁶.

La fórmula matemática empleada para determinar el FS no toma en cuenta en ningún momento «la modalidad» de acceso a la jubilación: la ordinaria, el adelanto de la edad de jubilación, la jubilación anticipada, la jubilación parcial, así como la gradual y flexible y, por último, la compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación (incluso, trabajando a tiempo completo). Ya se ha advertido este extremo, absolutamente relevante, encontrándose en el período dilatado para su entrada en vigor (2019) la justificación de tal decisión, así como la necesidad de someter estos aspectos a ulterior desarrollo normativo y reglamentario²⁷.

En cuanto al ámbito temporal de aplicación del FS, aunque el Comité de Expertos aconsejaba en su Informe acometer su puesta en práctica en el plazo más corto posible, dentro del umbral temporal comprendido entre 2014 y 2019, La Ley 23/2013, finalmente, la deja fijada en el año 2019 (Disp. Final 5.^a, párrafo segundo), extendiéndola a las pensiones de jubilación del sistema de Seguridad Social «que se causen a partir de 1 de enero de 2019». Esta decisión aparece justificada en la Exposición de Motivos bajo elementos que dan cuenta de los supuestos beneficios del desplazamiento temporal del momento inicial de aplicación: que mientras tanto los futuros pensionistas puedan ser informados (¿por quién?) de forma adecuada (¿con qué medios o instrumentos?) de las posibles consecuencias (¿negativas?) de la entrada en vigor del FS, asimismo, puedan «tomar medidas en relación con las mismas» (¿suscribir pólizas de seguro privado con carácter complementario a la mermada pensión?), en caso de estimarlo conveniente (¿una vez se les ha hecho un cálculo aproximado de la reducción que supondría la aplicación del FS en comparación con el momento de pedir esa información?). Esta forma de contemplar el nuevo escenario al que se verán sometidos los pensionistas a partir de 2019 no señala quién es el titular del deber de informar: ¿la empresa para la cual se está trabajando?, ¿la Entidad Gestora?. Esa información adecuada sobre las consecuencias de aplicar el FS ¿lleva incorporada la de ofrecer al trabajador o trabajadora la alternativa de una pensión privada complementaria, suscribir un plan de pensiones, participar en un fondo de pensiones de la empresa?. En definitiva, quién es el obligado a informar y

²⁶ Art. 7.3 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

²⁷ TORTUERO PLAZA, J. L., «Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico», *op. cit.*, p. 117.



el contenido de la información suministrada son aspectos que la Ley destaca como objetivo de la posposición en el tiempo de la aplicación del FS hasta 2019, pero su articulado nada indica acerca de cómo, ante quién y de qué modo esta información le ha de ser suministrada a los potenciales pensionistas.

Se ha querido enviar a la población el mensaje de la necesidad de buscar sistemas privados complementarios a las decrecientes pensiones del sistema público de la Seguridad Social, precisamente, en un momento especialmente difícil debido a la falta de empleo, a la generalización de su precariedad y al proceso de devaluación salarial experimentado en nuestro país tras la reforma laboral de la Ley 3/2012²⁸. El segmento de la población que se integra en el sistema protector de la Seguridad Social afectado por el FS difícilmente va a poder soportar las consecuencias económicas del deterioro del mercado de trabajo en España, lo que hará casi imposible que puedan acudir a la complementariedad de los seguros privados, entre otras razones y fundamentalmente, por falta de capacidad de ahorro.

La transparencia es otro de los elementos destacados en la Exposición de Motivos de la Ley: la Disposición adicional primera establece que el FS se aplicará «con absoluta transparencia», para lo cual se contempla la publicación de «un seguimiento sistemático de la esperanza de vida». Igualmente, y con ocasión del reconocimiento de la pensión inicial –continúa diciendo la citada Disposición adicional– «se informará a los pensionistas sobre el efecto del factor de sostenibilidad en el cálculo de la misma», lo que obligará a la Resolución administrativa de la Dirección Provincial del INSS correspondiente a especificar, de una parte, la cuantía de la pensión extraída del porcentaje aplicado a la Base reguladora y, de forma clara y separada, cómo actúa la aplicación del FS sobre aquella cuantía inicialmente fijada. Este régimen de transparencia permite dar respuesta a algunos de los interrogantes planteados con anterioridad y, en concreto, cómo llega la información al trabajador sobre la repercusión del FS en la pensión que eventualmente le correspondería. De ese modo, el pensionista podrá verificar en qué medida la aplicación del FS le ha reportado una determinada disminución en el cálculo de la pensión que hubiera podido cobrar en caso de no haberse aplicado el FS.

El FS siempre supondrá una disminución de la cuantía de la pensión de jubilación a partir de 2019, lo que, sin duda, provocará un efecto colateral de «huida» tras la entrada en vigor de la Ley 23/2013, es decir, precipitaciones de jubilaciones anticipadas, especialmente, entre aquellos cotizantes con largas carreras de seguro²⁹. Tal efecto se agudizará con el incentivo a las jubilaciones anticipadas que ya se produjo por efecto de la Ley 27/2011, primero, así como por la disp. Adicional

²⁸ Desde el año 2010 y hasta junio de 2013, las cifras oficiales daban cuenta de una pérdida de poder adquisitivo de la población trabajadora española (considerando la variación interanual del IPC) cuantificada en una caída de 10,1 puntos porcentuales, vid. RAMOS QUINTANA, M. I., «Devaluación salarial en España tras la reforma de 2012», *op. cit.*, p. 99.

²⁹ TORTUERO PLAZA, J. L., «Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico», *op. cit.*, p. 124.



1.^a del RDL 29/2012, después, y con posterioridad, por el RDL 5/2013, de 15 de marzo al permitir, especialmente, la primera y el tercero, una especie de «cláusula de descuelgue» para determinados colectivos, al quedar fuera del ámbito de aplicación de la Ley 27/2011 hasta 31 de diciembre de 2018.

Sin duda, las dificultades y limitaciones financieras del sistema de Seguridad Social no acabarán por la aplicación del factor de sostenibilidad así configurado u otro de naturaleza similar, tales limitaciones proseguirán, primero, por la falta de cotizantes, segundo, por la presión que ejerce la crisis sobre la Seguridad Social generadora de aumento de gastos en prestaciones sociales, tercero, por el envejecimiento de la población. Pero también, y no es éste un elemento menor a tomar en cuenta, por la nueva composición de las bases de cotización «que evolucionarán de manera distinta y peor que hasta ahora», puesto que «se verán afectadas negativamente por el auge de determinados tipos de contratos, más precarios, y de sus bajos salarios, en concreto los contratos a tiempo parcial y los temporales»³⁰.



³⁰ AIBAR BERNARD, J., «Qué se puede exigir a la Seguridad Social en época de crisis y cómo se puede favorecer su sostenibilidad económica, política y social?», Trabajo y Seguridad Social, CEF, Junio, 2014, núm. 375, citas textuales en p. 83.

CRISIS ECONÓMICA, BURBUJA INMOBILIARIA Y DERECHO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CRÉDITO HIPOTECARIO

M. Elvira Méndez-Pinedo

Catedrática de Derecho Europeo. Universidad de Islandia

RESUMEN

El TJUE ha dictado recientemente una serie de sentencias dedicadas a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que han tenido un impacto profundo en España al incidir sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria y la protección de los deudores en el ámbito de servicios financieros.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas – crédito hipotecario – UE– jurisprudencia Tribunal de Justicia – España.

ABSTRACT

The European Court of Justice has recently issued a number of decisions about the interpretation of 93/13/CEE Directive, 5-04-1993, on unfair terms in contracts negotiated with consumers, that have a deep impact on Spain's foreclosure proceedings and the protection of debtors in the financial services field.

KEYWORDS : Unfair terms – mortgage credit – EU – case – law Court of Justice – Spain.

1. CRISIS ECONÓMICA Y SOBRE-ENDEUDAMIENTO POR CRÉDITO HIPOTECARIO EN ESPAÑA¹

A la crisis financiera que llega a Europa a finales del 2008 le siguen otras crisis económica, política y social profundas que impregnarán la memoria de los ciudadanos al inicio del siglo 21. En este contexto, surge en España una nueva forma de precariedad: la de consumidores y deudores hipotecarios. Por una parte, la crisis



priva a estos individuos de la capacidad de generar ingresos y afrontar el pago de sus obligaciones financieras contractuales. Por otra parte, tras los años de la bonanza económica fundados sobre el crédito accesible que otorga la pertenencia a la zona euro, estalla la burbuja inmobiliaria y se devalúa el valor de sus inmuebles. Miles de familias quedan atrapadas así en una situación de sobre-endeudamiento por un crédito hipotecario contratado de buena fe y sobre su vivienda habitual. Los procedimientos de ejecución forzosa y desahucio de vivienda habitual pasan a ocupar los titulares de la información y a constituir un grave problema que amenaza la paz social. Las cifras son impactantes. Unas 49.700 familias perdieron su casa en 2013, un 11% más que en 2012, según cifras estadísticas oficiales, especificando que casi el 80% de ese total era la vivienda habitual de los afectados (Banco de España, 2014).

¹ Bibliografía general: ALCALÁ DÍAZ, María Angeles. La Protección del Deudor Hipotecario: Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Madrid: Aranzadi, 2013. ALTER-EU (Alliance for Lobbying Transparency and Ethics Regulation). A captive Commission: the role of the financial industry in shaping EU Regulation. Bruselas: ALTER-EU, 2009. BARBA, A., y PIVETTI, M. «Rising household debt: Its causes and macroeconomic implications-a long-period analysis», Cambridge Journal of Economics 33(1) (2009): 113-137. BEN-SHAHAR, O. y SCHNEIDER, C.E. More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure. Princeton: Princeton University Press. BELINCHÓN, Gregorio. «Confesiones de un banquero arrepentido». El País, 18 de mayo de 2014: Economía 24-25. CARTWRIGHT, Peter. The Vulnerable Consumer of Financial Services: Law, Policy and Regulation. Nottingham University: Financial Services Research Forum Publication, 2011. CARTWRIGHT, Peter. «Conceptualising and understanding fairness: lessons from and for financial services». Unconscionability in European private financial transactions: protecting the vulnerable. KENNY, M, DEVENNEY, J., y FOX O-MAHONY, L. editores. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 205-226 Castles, F. G. «The Really Big Trade-off: Home Ownership and the Welfare State in the New World and the Old», Acta Politica 33 (1) (1998): 5-19. DEVENNEY, James y KENNY, Mel. Consumer Credit, Debt and Investment in Europe. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. DOMURATH, Irina. «The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law», Journal of European Consumer and Market Law 3 (2013):124-137. GLOUKOVIEZOFF, Georges. L'Exclusion Bancaire: Le Lien Social à l'épreuve de la rentabilité. Paris: Presses Universitaires De France, 2010. HYNTER, Richard y POSNER, Eric. «The law and economics of consumer finance», Chicago Law & Economics Working Paper 117 (2001). ITURMENDI MORALES, J., y PATTARO, Enrico. Filosofía del Derecho: Derecho y ciencia jurídica. Madrid : Reus, 1980. Kempson, Elaine y otros. «Towards a common operational European definition of over-indebtedness». Bruselas-Luxemburgo: European Commission. Directorate General for Employment, Social Affairs, and Equal Opportunities, 2008. LUSARDI, A. y MITCHELL, O. «Financial literacy around the world: An Overview». Netspar Discussion paper 02 (2011) 23. Mbl (Morgunblaðið). «8.694 fasteignir boðnar upp frá 2008», 16 de mayo de 2014. Respuesta del Ministro de Interior a la pregunta del diputado Árni Páll Árnasson en el período de sesiones parlamentarias (143) 2013-2014. Þingskjal 1229-305. mál um nauðungarsölur á fasteignum. McLeay, Michael, Radia, Amar y Thomas, RYLAND. «Money creation in the modern economy». Bank of England. Monetary Analysis Directorate. Quarterly Bulletin Q1 (2014). MICKLITZ, Hans y otros. The Many Concepts of Social Justice in European Private Law. Glod: Edward ELGAR Publishing Limited, 2011. MÉNDEZ-PINEDO, M. E. The cost of credit in Iceland under European judicial review: may legality and transparency justify unfairness? Europarättslig Tidskrift nr 2/2014. MÉNDEZ-PINEDO, M. E. The effectiveness of European law. A comparative study between EC and EEA law. Groningen: Europa Law publishing, 2009. MÉNDEZ-PINEDO y DOMURATH. «Iceland: case-study». Social inclusion of Over-Indebted Consumers in the



En este contexto de crisis económica, y ante la pasividad inicial del legislador nacional, muchos particulares acuden a los tribunales e invocan sus derechos como consumidores apoyados o no por asociaciones como la Plataforma de afectados por la hipoteca (PAH) así como su derecho constitucional a la

Aftermath of the Economic Crisis in Europe. MICKLITZ, Hans y DOMURATH, Irina (editores). Próxima publicación. Oxford: Ashgate, 2015. Méndez-Pinedo, «Tras la crisis financiera y económica: la precariedad de deudores hipotecarios desde una perspectiva de Derecho europeo», en ÁLVAREZ-BLANCO, P., y GÓMEZ L-QUIÑONES, A. (editors.) Precariedad: La crisis del capitalismo neoliberal y la cultura española contemporánea, Carleton College-Dartmouth College: 2015. NAÍM, Moises, «Hablemos de dinero», El País, 4 de mayo de 2014. El Observador global: 12 Niemi, J. y A. Henrikson. Report on Legal Solutions to Debt Problems in Credit Societies, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2005. NÚÑEZ IGLESIAS, Alvaro. La protección del deudor hipotecario. ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio y Martos Calabrús, María Angustias coordinadores. Granada: Editorial Comares, 2014. Pistor, Katharina. «Towards a Legal Theory of Finance». Centre for Economic Policy Research Discussion Paper no. 9235, London, 2012. Ramsay, Iain. «Between Neo-Liberalism and the Social Market: Approaches to Debt Adjustment and Consumer Insolvency in the EU». Consumer bankruptcy in Europe. Different paths for debtors and creditors. Anderson, Robert, Dubois, Hans, Koark, Anne, Lechner, Götz, Ramsay, Iain, Roethe, Thomas y Micklitz, HANS-W. editores. European University Institute. Department of Law. Working Paper 9 (2011) . REICH, Norbert. General principles of EU Civil law. Intersentia: Cambridge, 2013. Rodhe, K. Adjustment of contracts on account of changed conditions. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 1959. Rott, Peter. Consumers and services of general interest: Is EC consumer law the future? Journal of Consumer Policy 30 (1) 2007: 49-60. RUIZ FABRI, Hélène. «Droit international économique». Traité de droit du commerce international. BEGUIN, J., y MENJUCQ, M. directores. Paris: Litec, 2005. Stiglitz, Joseph y otros. The Stiglitz Report: Reforming the International Monetary and Financial Systems in the Wake of the Global Crisis. Report for the United Nations. New York: New Press, 2010. Willet, Chris y Morgan-Taylor, MARTIN. «Recognising the limits of transparency in EU consumer law». European Consumer Protection. DEVENNEY, James y KENNY, Mel. editores. Cambridge: Cambridge University Press, 2012: 143-163. ZUNZUNEGUI, Fernando. «Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos». Revista de Derecho del Mercado Financiero (2013) y La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades. AA. VV. Bilbao: Artarteko, 2013. Otros: Autoridad Bancaria Europea. Opinión sobre buenas prácticas de crédito hipotecario responsable y sobre buenas prácticas para el tratamiento de deudores hipotecarios en dificultades, 13 de junio de 2013 disponible en inglés en internet <http://www.eba.europa.eu/-/eba-publishes-good-practices-for-responsible-mortgage-lending-and-treatment-of-borrowers-in-payment-difficulties>; Banco de España. Nota informativa sobre los procesos de ejecución hipotecaria sobre viviendas de 19 de mayo de 2014. Documento accesible en internet http://www.bde.es/ff/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/es/notabe190514.pdf; Banco Central Europeo. Dictamen de 22 de mayo de 2013 sobre protección de deudores hipotecarios. Doc. CON/2013/33 disponible en inglés en internet http://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2013_33_f_sign.pdf; Banco Mundial. Buenas prácticas para la protección de consumidores en sector financiero. 2011 y 2012. Documentos disponible en inglés en internet www.siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/Good_Practices_Financial_CP.pdf; Comisión Europea. Towards A Common Operational European Definition of Over-Indebtedness, Directorate General for Employment, Social Affairs, and Equal Opportunities. 2008.; G20 y OCDE. Principios fundamentales de protección de consumidores en ámbito financiero. 2011 (borrador) y 2012. Documento disponible en inglés en internet <http://www.oecd.org/daf/financialmarketsinsuranceandpensions/financialmarkets/48892010.pdf>; Fondo Monetario Internacional. Leigh, Daniel y otros. Chapter 3. Dealing with household debt. IMF Abril 2012 disponible en inglés en internet <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2012/01/pdf/c3.pdf>.



vivienda. Así las cosas, pocos imaginaban el impacto que tendría el Derecho europeo de consumo, y más concretamente la Directiva 93/13/CEE en el ordenamiento jurídico español a través del procedimiento prejudicial de interpretación establecido por los Tratados de la Unión Europea. En este estudio se analizan dos cuestiones fundamentales: el impacto de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito del crédito y ejecución hipotecaria en España que activa un cambio jurídico y los límites del propio Derecho europeo aplicable para solucionar todos los problemas de estos consumidores/deudores hipotecarios.

En realidad, las razones de la precariedad de los deudores hipotecarios en España anteceden a la crisis financiera y económica. La crisis no hace sino materializar los riesgos (previsibles) que en su día las instituciones financieras desplazaron a los consumidores (Zunzunegui, 2013). El régimen jurídico europeo –y en muchos casos nacional– ha resultado insuficiente para prevenir el sobre-endeudamiento y las prácticas comerciales abusivas, lo que es obvio a la luz de los datos empíricos (Micklitz y Domurath, 2015) así como las cuestiones jurídicas de interpretación que han solicitado los jueces nacionales ante el Tribunal de Justicia de la UE. Por otra parte, el procedimiento de ejecución hipotecaria tiene en el Derecho español un carácter neutral y expeditivo como garantía de la deuda sin consideraciones sobre otras consideraciones relativas a la validez intrínseca (no sólo formal) del título ejecutivo. No es de extrañar, por tanto, que la precariedad de los consumidores hipotecados haya derivado en una reforma –vía europea– de la legislación procesal española.

Algunas cuestiones que se discuten en España son la necesidad de reconocer y abordar los problemas sobreendeudamiento de buena fe de personas físicas y la revisión del derecho de garantías tras la crisis económica, cuestiones que la Ley 1/2013 no ha acabado de solucionar (Núñez Iglesias y otros, 2014)². Este derecho debería ser adaptado al presente buscando un nuevo equilibrio entre las partes contratantes de préstamo hipotecario que, preservando el carácter esencial de la garantía, mejore su ejecución para evitar que deudores particulares sean abocados a una situación de insolvencia permanente de por vida. En este sentido, hay que señalar que esta nueva ley 1/2013 ha sido ya cuestionada ante el TJUE, lo que veremos más adelante. En todo caso, las novedosas resoluciones judiciales nacionales y europeas no pueden reemplazar la labor de los legisladores, aunque sí indicar una reforma de lege ferenda y corregir ciertos errores vía interpretativa.

² Ver proyecto de investigación «Crisis económica y derecho de garantía» financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación dentro del Plan Nacional de I+D+i y jornadas «La protección del deudor hipotecario. Primera aproximación a la Ley 1/2013» Almería, 23-24 de mayo de 2013.



EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL JUEZ NACIONAL COMO MÁXIMO GARANTE

El TJUE ha dictado recientemente una serie de sentencias dedicadas a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores³ (en adelante, Directiva 93/13) que han tenido un impacto profundo en España al incidir sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria y la protección de los deudores en el ámbito de servicios financieros. Para entender debidamente esta jurisprudencia, es necesario resumir en primer lugar los rasgos esenciales de la propia Directiva 93/13.

En primer lugar, es preciso apuntar que se basa en una armonización de mínimos, tal y como se desprende de su preámbulo (1), lo que permite que los Estados miembros puedan establecer una legislación más protectora, pero no más restrictiva (2). Al tratarse de una armonización parcial, surgen dudas sobre la interpretación que debe darse respecto de algunos de sus preceptos, en relación con los diversos órdenes nacionales en los que se integra. La segunda cuestión sustancial es su ámbito de aplicación: esta normativa se aplica respecto de las cláusulas no negociadas individualmente entre el profesional y el consumidor, considerando como consumidor únicamente «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional». Por otra parte, no se aplica a cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas al suponer que no contienen cláusulas abusivas (apartado 2 del artículo 1). Esto incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo. En tercer lugar, hay que recordar que la Directiva establece que –en la medida que hay una parte más vulnerable en el contrato entre consumidor y profesional– en caso de duda, debe prevalecer «la interpretación más favorable al consumidor».

De igual modo, es preciso tener en cuenta la importancia de la normativa procesal nacional para el ejercicio de los derechos sustantivos que la Unión Europea reconoce a los consumidores. En principio, los Estados miembros gozan de autonomía procesal, por lo que el juez nacional está sujeto a las normas procesales nacionales. Sin embargo, para evitar que las normas procesales de los Estados miembros puedan poner en peligro los derechos europeos de los ciudadanos, el TJUE exige que se cumpla con dos principios fundamentales: los principios de equivalencia y efectividad. El primero supone tratar del mismo modo las controversias de derecho nacional, y aquéllas cuyo origen es el derecho de la Unión. El segundo principio exige que no se obstruya o se dificulte la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los particulares.

Es el juez nacional, el que interpreta de forma ordinaria la normativa europea como parte de su Derecho, pudiendo en casos en los que así se exija dar primacía o prevalencia al Derecho de la Unión, si ello resulta imprescindible para la tutela del

³ Diario Oficial UE n.º L 095 de 21.04.1993 p. 29-34.



consumidor. El Tribunal de Justicia ha sido particularmente severo a la hora de analizar los distintos procedimientos procesales nacionales desde el punto de vista del principio de eficacia y efectividad, al estimar que el juez nacional, último garante de los derechos europeos al día a día, ha de tener la oportunidad de tomar en cuenta y enjuiciar en toda su amplitud la normativa nacional y europea, y pueda conocer y valorar los diferentes hechos, circunstancias del asunto en litigio y legítimos intereses en juego.

Estas cuestiones previas son esenciales para entender y situar en su justo contexto la jurisprudencia más reciente del TJUE a la hora de interpretar la Directiva 93/13 en relación con los asuntos de crédito hipotecario enviados por tribunales nacionales españoles, objeto de este trabajo.

LA FILOSOFÍA Y PARADIGMAS QUE INSPIRAN AL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO APLICABLE AL CRÉDITO

El Derecho europeo de protección de los consumidores –que se integra después directa o indirectamente en el ordenamiento jurídico nacional⁴– presenta ciertos rasgos específicos. No sólo está fragmentado en diversas directivas sino que además se construye sobre una tendencia bipolar entre la autonomía y la regulación. Por una parte es un derecho privado que reconoce la autonomía contractual con valor de ley entre las partes; pero, por otra, exige igualmente a estos acuerdos situarse dentro de los límites del respeto a la legalidad. La regulación construye un sistema de supervisión y sanción pública de operadores económicos que abusen de su posición.

En primer lugar y con carácter general, el Derecho de consumo europeo se ha construido sobre un paradigma que equipara la protección con la obligación de información previa y la transparencia. La Directiva 48/2008 sobre contratos de crédito al consumo⁵ es el ejemplo más reciente de este paradigma. La normativa se construye sobre la presunción de un consumidor plenamente informado que otorga su consentimiento válido comprometiéndose a obligaciones financieras futuras mediante contrato. La obligación principal del acreedor es la de informar sobre el coste total del crédito en la forma prevista por la normativa europea (definición común, modelo y metodología armonizados a través del TAE o tipo anual equivalente). La armonización de la metodología y los requisitos de información previa permite a los consumidores comparar ofertas entre competidores, a nivel nacional y europeo. Esta directiva no menciona explícitamente el requisito de trato justo o equitativo por el profesional hacia el consumidor al ser implícito y estar regulado por otras dos directivas aplicables.

⁴ Directamente en el caso de Reglamentos, decisiones y recomendaciones que tienen aplicabilidad directa e indirectamente en el caso de las Directivas que necesitan ser transpuestas por una normativa nacional.

⁵ Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. Diario Oficial UE no L 133, 22.5.2008, p. 66-92.

Por otro lado, existe asimismo un paradigma de control de equidad sobre el contenido de contratos entre profesionales y particulares. Éste derecho contractual europeo es aplicable al sector de servicios financieros e impone la nulidad de cláusulas contractuales abusivas y prácticas comerciales desleales (Directiva 93/13 y Directiva 2005/29⁶ respectivamente). En estas directivas el requisito esencial de equidad es explícito. El abuso se define como la falta de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento de los consumidores cuando los contratos no hayan sido negociados individualmente. La información parcial o engañosa es una práctica desleal. La sanción del Derecho europeo es explícita: las cláusulas abusivas no son vinculantes para los consumidores.

La nueva Directiva europea sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante Directiva sobre crédito hipotecario 2014/17)⁷ intenta conciliar dichas perspectivas entre información como protección y trato equitativo y justo hacia los deudores. Se basa en el mismo paradigma de la obligación de información previa que posibilita a un consumidor debidamente informado otorgar un consentimiento válido contractual regulado por el derecho privado. El profesional tiene la obligación de informar del coste total del crédito ex-ante con una definición, modelo y metodología armonizada. Ahora bien, también se añade un objetivo de crédito responsable. Este se articula mediante la comprobación obligatoria de la capacidad de pago del deudor y su historial de crédito y la obligación de la entidad financiera de tener en cuenta los intereses económicos de los consumidores. Han de evitarse las falsas expectativas por parte de los deudores y se incrementa la información que han de proporcionar los acreedores. Se menciona explícitamente la necesidad de una equidad en el contrato (quizás como respuesta a la crítica de que, junto a la información, es necesario asimismo una regulación del contenido del mismo apuntada por la doctrina).

Las directivas comunitarias se trasponen después a los distintos ordenamientos jurídicos de los 28 Estados miembros de la UE y otros 3 del Espacio Económico Europeo (EEE). A efectos de aplicación práctica, la autonomía procesal nacional supone que los consumidores podrán invocar y ejercer sus derecho a través de distintas acciones en cada país (diversidad de normativas procesales). En todo caso, la jurisprudencia del TJUE ha establecido que se ha de otorgar efectividad al Derecho europeo de tal manera que los ciudadanos puedan gozar de sus derechos de forma similar en todos los países (Méndez Pinedo, 2009).

Domurath (2013) ha estudiado los paradigmas en vigor del Derecho europeo aplicable en materia de consumo y crédito. Para esta investigadora, es obvio que la normativa se articula alrededor de un principio fundamental como es la provisión de

⁶ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Diario Oficial UE no L 149, 11.6.2005, p. 22-39.

⁷ Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010. Diario Oficial UE no L 60, 28.2.2014, p. 34-85.



información completa y transparente por parte del proveedor de servicios financieros (acreedor) al que, en algunos países, se suman las agencias independientes de crédito (*credit bureaux*). Por el contrario, al consumidor (deudor) se le supone una cultura suficiente para leer, entender y rubricar contratos y se le motiva a obtener -de hecho- una educación financiera. La libertad contractual queda salvaguardada sobre la base de este paradigma de información general y un estándar normativo que asume a un consumidor prudente como un «buen padre de familia», bien informado, autónomo e independiente. Sobre todo, un consumidor que actúa de forma racional en la gestión de sus decisiones financieras de largo plazo. Siguiendo la estela de otros autores, Domurath (2013) apunta a la falacia de dicho paradigma. Hace tiempo ya que los estudios empíricos de conducta demuestran que los consumidores no siempre actúan de forma racional y son a menudo víctimas de sus propias decisiones inconscientes/irracionales.

Domurath (2013) sostiene como el Derecho europeo de consumo falla a la hora de proteger a los consumidores y promover el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. A su juicio, ello sucede porque pone el énfasis en el derecho privado sobre la regulación pública. El paradigma de la información determina el nivel protector de casi todo el Derecho europeo de consumo mientras que el principio de equidad podría dar lugar a un mayor control sobre el contenido real de los contratos. En el ámbito del crédito al consumo y crédito hipotecario se olvidan así otros paradigmas como la precariedad o la vulnerabilidad, que darían lugar a una protección mayor de los consumidores.

La precariedad en el ámbito del Derecho europeo de consumo se ha venido estudiando bajo el concepto de «vulnerabilidad», pero únicamente referido al ámbito de los servicios de interés general o universales hoy privatizados (agua, energía, telefonía, etc.)⁸. Domurath (2013) propone adoptar un enfoque similar en el sector del crédito al consumo e hipotecario: hacer bascular el énfasis del derecho privado al derecho público, incluyendo un cambio de estándar normativo: desde el consumidor informado y prudente al consumidor vulnerable. Al igual que otros autores, propone que la legislación debería contemplar –al menos– esa vulnerabilidad como exposición al riesgo en caso de contratos que impliquen un riesgo de endeudamiento o compromiso financiero considerable y tengan una larga duración como es el crédito hipotecario.

El problema del paradigma protección: información no es exclusivo del ordenamiento europeo sino común a otras jurisdicciones como pueden ser los Estados Unidos donde la doctrina ha criticado su ineficacia (Ben-Shahar y Schneider, 2014)⁹. Así las cosas, la doctrina ha demostrado ya la precariedad de la educación financiera mínima en el mundo desarrollado como un factor preocupante (Lus-

⁸ Artículo 20 (2) Directiva sobre relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas 2002/22; Artículo 3 (3) Directiva sobre sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural 2009/73 y Artículo 3 (3) Directiva normas comunes para el mercado interior de la electricidad 2009/72. Estas directivas reconocen el derecho de acceso a los servicios para consumidores vulnerables o con necesidades sociales específicas.

⁹ Ver simposio virtual sobre el libro en internet: <http://recent-ecl.blogspot.nl/2014/09/more-than-you-wanted-to-know-virtual.html>.

sardi y Mitchell, 2011) apuntando una necesidad urgente de luchar contra este «analfabetismo financiero» a nivel mundial (Naím, 2014).

LA INSUFICIENCIA DEL DERECHO EUROPEO/NACIONAL DE CONSUMO APLICABLE AL CRÉDITO PARA PREVENIR/SOLUCIONAR CASOS DE SOBRE-ENDEUDAMIENTO Y PRECARIEDAD

Es un hecho como el ordenamiento jurídico comunitario, en su formulación actual, se ha mostrado claramente insuficiente para prevenir un problema del sobre-endeudamiento en diversos países que afecta a amplios sectores de la población empujando a los más vulnerables a la exclusión social. Con exclusión de la jurisprudencia del TJUE que ha ido construyendo progresivamente un marco europeo que delimita una protección mínima, la normativa europea ha evitado entrar en el derecho contractual civil y tampoco ha aportado soluciones efectivas ni principios comunes de forma inmediata en materia de derecho hipotecario y de garantías. Las soluciones a estos problemas, si las hay, siguen siendo nacionales. La ausencia del concepto de vulnerabilidad en el ámbito de la protección de consumidores de servicios financieros no es el único problema. El Derecho europeo/nacional de consumo aplicable al crédito tampoco se ha preocupado de forma vinculante sobre el problema del sobre-endeudamiento hasta la Directiva 2014/17 sobre crédito hipotecario¹⁰. La nueva normativa anuncia como objetivo promover un crédito responsable y permite a las partes negociar la dación en pago. Es quizás tarde para las miles de familias atrapadas por la deuda hipotecaria.

De cara a la prevención futura, la Directiva 17/2014 se limita a promover las siguientes medidas y recomendaciones en materia de demoras y ejecuciones hipotecarias. En su artículo 28.1 obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para incentivar a los acreedores a hacer un esfuerzo razonable de composición antes del inicio del procedimiento de ejecución (observé sin embargo el grado de obligatoriedad y la redacción). Este artículo también posibilita a los Estados miembros a limitar los intereses de demora así como otros costes ligados al incumplimiento a la ejecución. Los artículos 28.4 y 28.5. contienen disposiciones sobre el proceso de subasta para ejecutar la garantía declarando que el consumidor podrá abonar el crédito mediante la devolución o transferencia de la garantía (dación en pago si es acordada por las partes) o la cantidad obtenida tras la subasta, que se perseguirá obtener el mejor precio para el inmueble embargado y se facilitará el pago de la deuda restante tras el procedimiento de ejecución¹¹.

¹⁰ Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010. Publicada en Diario Oficial UE L no. 60 de 28 de Febrero de 2014.

¹¹ Artículo 28 de la Directiva 2014/17: 1. Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de



El marco jurídico comunitario existente olvida cuestiones esenciales de la vulnerabilidad o precariedad de los consumidores como son: los riesgos objetivos de créditos hipotecarios otorgados a 20-30 años, la especial fragilidad de ciertos grupos sociales por sus circunstancias (ie: bajos ingresos, falta de educación financiera), la necesidad de acceso al crédito como condición previa y necesaria de acceso a la vivienda y como elemento de inclusión social promovido por el Estado. Y, lo más importante: se ha excluido el control del coste del crédito (abusivo, desproporcionado o incluso usurario) de la normativa europea por lo que queda a merced de los legisladores nacionales.

La crisis económica ha forzado a la sociedad europea a reconsiderar sus regímenes nacionales aplicables a esta nueva forma de precariedad. En este momento la situación es de diversidad (Ramsay 2011, p. 36). Mientras algunos países como Islandia permiten la re-estructuración de la deuda y la quiebra/insolvencia de particulares bajo un proceso tutelado (bien por la Administración bien por el juez) en otros como España se permite a los acreedores mantener a los deudores obligados con una deuda de por vida –tras un incumplimiento de pago por crédito hipotecario. La situación en nuestro país es grave. En un contexto de crisis es corriente que una subasta concluya con la venta del inmueble– con un precio de venta muy inferior al valor de tasación usado inicialmente por lo que el consumidor no sólo perderá la vivienda sino que será responsable de la deuda por principal, intereses devengados, intereses de mora y gastos de ejecución. La entidad financiera, por otra parte, una vez concluido el proceso de ejecución, puede vender ese bien a un precio superior y realizar ganancias sobre dos operaciones sucesivas pero un mismo inmueble. No existe una regulación europea ni principios comunes sobre concurso y quiebra de particulares, la «dación en pago» ni la llamada «segunda oportunidad».

Los debates de filosofía política y ético sobre el tema en Europa oscilan entre dos extremos: la culpabilización del deudor o la expropiación del acreedor (Ramsay 2011, p. 36). Sin embargo, la regulación del sobre-endeudamiento es esencial en el marco de las políticas económicas y sociales (Ramsay 2010a) formando parte integrante de lo podría llamarse una «constitución del mercado» (Ramsay 2003; Ramsay 2010a). La paradoja es evidente. La Unión Europea promueve el crédito de consumo como un «lubricante de la vida económica» en un contexto de una «economía social de mercado competitiva» (Ramsay 2011, p. 6). Pero, hasta el momento, la UE se ha concentrado más en la creación de un mercado de crédito

ejecución. 2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago. 3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos. 4. Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito. 5. Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria. Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.



competitivo que en la regulación de sus aspectos y costes sociales, lo que refleja quizás la influencia de ideas neo-liberales más protectoras de intereses financieros que de los ciudadanos (ALTER-EU 2009, Ramsay 2011).

La regulación del crédito de consumo por la UE refleja así una tensión entre el liberalismo y el mercado social en la que prevalece la liberalización y la competencia (Ramsay 2011, p. 36) mientras que la protección a los consumidores se refleja en el paradigma de una provisión de información ex-ante. Ramsay apunta que la faceta social del mercado no ha sido desarrollada lo suficiente ya que, en materia de sobre-endeudamiento, la UE ha adoptado un enfoque «suave» basado en estudio y análisis de las mejores prácticas existentes en Europa por el método de la coordinación (Comisión Europea, 2008). Así concluye que, si bien el Consejo de Europa y otros estudios académicos han propuesto principios generales para el tratamiento de las deudas de particulares (Ramsay, 2011; Reifner, Niemi y otros, 2003; Niemi y Henrikson, 2005), se necesita más investigación en Europa para proponer a un marco jurídico común o al menos principios fundamentales.

Como la realidad ha venido a demostrar, y su fase actual de desarrollo, la normativa europea no proporciona soluciones para los deudores de buena fe que se encuentran en situación de sobreendeudamiento tras la crisis financiera en diversos países: Islandia, España, Hungría, etc. (Micklitz y Domurath, 2015). Junto a las causas tradicionales que empujan a los deudores a incumplir sus obligaciones contractuales (fallecimiento de cónyuge o pareja, divorcio, separación, enfermedad, accidente, incapacidad o dependencia de un menor o mayor a su cargo...); tras la crisis nos encontramos con nuevas causas: prácticas comerciales y cláusulas contractuales abusivas (cláusulas suelo, intereses moratorios excesivos), a-legales (avales cruzados); legislaciones nacionales obsoletas para la realidad del crédito en el siglo 21 o simplemente una macroeconomía de crisis que priva a los deudores de su capacidad de generar ingresos por medio de su trabajo. Todas estas nuevas situaciones nos llevan a la precariedad. (Méndez Pinedo, 2015; Cartwright, 2011; y Zunzunegui, 2013).

En definitiva, el Derecho europeo de consumo en el ámbito del crédito (tanto al consumo como hipotecario) es ciego, sordo y mudo hacia esta nueva forma de exclusión social. Si bien esta normativa alcanza a dar solución a los abusos flagrantes del sector bancario... no proporciona necesariamente equidad para los consumidores ni entra en el derecho civil hipotecario y de garantías ni en el derecho procesal aplicables a las ejecuciones forzosas. Faltan derechos sustantivos e instrumentos procesales para que los deudores puedan articular una defensa basada en la precariedad sobrevenida resultante de un cambio de circunstancias externo y extremo para deudores de buena fe con hipoteca constituida sobre su residencia habitual. A pesar de una jurisprudencia importante desarrollada por el TJUE los últimos años para otorgar la máxima equidad a los consumidores-deudores, el tribunal alcanza los límites de la interpretación del Derecho europeo por lo que la labor compete a los legisladores. La reciente jurisprudencia ejemplifica a la perfección los límites del ordenamiento comunitario para solucionar la precariedad de deudores hipotecarios condenados por una legislación nacional que ha quedado obsoleta en las circunstancias de crisis económica actual y estallido de burbuja inmobiliaria.



EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO Y LOS LÍMITES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia han dado respuesta a los problemas planteados por los órganos judiciales españoles en relación con los problemas de crédito a consumidores a la luz de la Directiva 93/13/EEC cuyo artículo 6.1 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Cláusulas abusivas son aquellas que imponen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones del contrato (en perjuicio de los consumidores). El control de los abusos ha sido sea particularmente casuístico pero se puedan establecer criterios normativos claros que otorgan seguridad jurídica a todos los afectados (consumidores, profesionales y jueces).

El Tribunal de Justicia justifica el carácter imperativo y de orden público de la Directiva en la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al profesional en su capacidad de negociación e información entendiendo que ello le lleva a adherirse sin ninguna posibilidad de modificación o influencia en la redacción del contrato. Por ello, las cláusulas abusivas han de declararse nulas de pleno derecho y, en caso de controversia, un tercero —el juez— podrá restablecer el equilibrio en el contrato¹².

El examen concreto del carácter abusivo de una cláusula corresponde al juez nacional en función de las circunstancias propias del caso. Debe garantizarse el control de oficio por el Juez sujeto a ciertos límites, en particular el derecho de defensa de la otra parte sentencia (*BANIF PLUS BANK*¹³), la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes y la seguridad jurídica. El control del juez también es posible, dentro de límites procesales, en el caso de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme con efecto de cosa juzgada (*ASTURCOM*¹⁴).

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado ya sobre la competencia del órgano judicial del domicilio del profesional (préstamo de consumo) frente al domicilio del consumidor (Sentencia *OCÉANO Grupo editorial*¹⁵), la cláusula de redondeo al alza en el cálculo de los intereses variables de los préstamos hipotecarios (asunto *CAJA de MADRID*¹⁶), el mecanismo de modificación de los gastos de los servicios que debe prestarse

¹² Jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13. Ver, entre otras, Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08), Sentencia *Banco Español de Crédito* (C-618/10), Sentencia *VB Pénzugyi Lízing* (C-137/08), sentencia *Banif Plus Bank* (C-472/11), o la Sentencia *Pannon GSM* (C- 243/08).

¹³ TJUE, sentencia de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank* (C-472/11).

¹⁴ TJUE, sentencia de 6 de octubre de 2009, *ASTURCOM Telecomunicaciones* (C-40/08).

¹⁵ TJUE, sentencia de 27 de junio de 2000, *OCÉANO Grupo Editorial* (C-240/98 y acumulados).

¹⁶ TJUE, sentencia de 3 junio 2010 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* (C-484/08) [2010] ECR I-4785.



al consumidor (*INVITEL*¹⁷), la imposición de una indemnización a favor del acreedor excesivamente amplia en caso de incumplimiento del deudor (*POHOTOVOST*¹⁸), cláusulas que se remiten a normas previstas para otro tipo de contratos e incrementan el precio unilateralmente en materia de suministro de gas (*RWE Vertrieb*¹⁹). Estas últimas cuestiones han sido enviadas por jueces de otros países aunque las sentencias tienen carácter vinculante para los 28 Estados de la Unión Europea.

Más particularmente en materia de crédito hipotecario, podemos destacar la sentencia *BANESTO*²⁰ en la que se aborda la compatibilidad del procedimiento monitorio de nuestra LEC con el Derecho Europeo y el control ex-officio que el juez debe realizar²¹. El alto tribunal entiende que la regulación española no era conforme al principio de efectividad, pues no permitía que el juez nacional pudiera declarar el carácter abusivo de una cláusula salvo que el deudor hubiera planteado la oposición, considerando que esta circunstancia hacía particularmente difícil defender sus derechos, pues el control que realizaba el juez era un control puramente formal. Resuelve además que el juez no podrá modificar la cláusula abusiva sino únicamente deberá dejarla sin efecto. Prima la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva declarada por la Directiva frente a la doctrina nacional de la facultad integradora del contrato.

4.1. LA SENTENCIA *AZIZ* Y LA POSTERIOR REFORMA LEGISLATIVA (LEY 1/2013) POR INCOMPATIBILIDAD DEL DERECHO PROCESAL CON LA NORMATIVA EUROPEA DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES

La sentencia *Aziz*²² es quizás la más importante en materia de tutela de consumidores, ejecución de crédito hipotecario y facultades del juez del procedimiento declarativo. Fue enviada por un juez de Barcelona²³. El juez comunitario declara que la

¹⁷ TJUE, sentencia de 26 de abril de 2012, *INVITEL* (C-472/10) sobre contratos de fidelidad o adhesión y acciones de cesación para otorgar a los consumidores inicialmente no afectados por la sentencia igual protección frente a la misma cláusula abusiva.

¹⁸ TJUE, auto de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost's* (C-76/10).

¹⁹ TJUE, sentencia de 21 marzo 2013, asunto, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* (C-92/11).

²⁰ TJUE, sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (C-618/10). Ver igualmente Sentencia de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank* (C-472/11) y Sentencia de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis* (C-473/00).

²¹ Recurso de apelación interpuesto por *BANESTO* contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Sabadell que declaraba abusiva la cláusula de intereses de demora que fijaba en el 29% en un préstamo para la adquisición de un vehículo.

²² TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz* (C-415/11).

²³ El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona planteó varias cuestiones prejudiciales en el marco de una demanda de nulidad contra algunas cláusulas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. El Juez nacional pregunta si la limitación de los motivos de oposición en el procedimiento de ejecución suponía una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos, en los términos previstos en la Directiva 93/13. Lo particular de este asunto es que se refería a un procedimiento que no era el que debía aplicar el Juez remitente.



normativa española (anterior a la Ley 1/2013) es contraria a la Directiva 93/13/ECC, a la vista de la limitación de los motivos de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria y al mismo tiempo, la imposibilidad del juez del procedimiento declarativo de adoptar medidas cautelares como puede ser –a título de simple ejemplo– la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria para garantizar la plena eficacia de su decisión final. Paralelamente, también se pronuncia sobre la desproporción de las cláusulas sobre los intereses de demora, vencimiento anticipado y liquidación unilateral del saldo ofreciendo unos criterios de interpretación al juez nacional.

Tras dicha sentencia, resulta imprescindible modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil a efectos de proceder a su adaptación aunque la sentencia no obliga a ninguna modificación concreta, en la medida que los Estados miembros gozan de autonomía procesal. En caso de que se declare la nulidad de una cláusula que constituya el fundamento del título, debe establecerse los mecanismos necesarios para que el deudor hipotecario-consumidor pueda recuperar su vivienda. Dicha reforma se ha realizado en la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social²⁴.

4.2. TRAS LA SENTENCIA *AZIZ*: JURISPRUDENCIA DEL TJEU SOBRE EL NIVEL DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y DEUDORES HIPOTECARIOS EN ESPAÑA A LA LUZ DEL DERECHO EUROPEO

Tras la sentencia *Aziz*, hay otras tres sentencias que profundizan en esta línea jurisprudencial proporcionando criterios de apreciación a los jueces nacionales en materia de contratos celebrados con los consumidores, compraventa de inmuebles, préstamos hipotecarios, y cláusulas abusivas bajo la Directiva 93/13/EEC. Son los asuntos *BANCO POPULAR ESPAÑOL*²⁵, *BANCO DE VALENCIA*²⁶ y *CONSTRUCTORA PRINCIPADO SA*²⁷.

Recientemente, nos encontramos también con los límites del Derecho europeo para solucionar problemas sociales que no encuentran una respuesta equitativa en el ordenamiento nacional y que no han sido armonizados (asunto *BARCLAYS*) o que han sido regulados de forma incompatible con el orden jurídico europeo (continuación de la doctrina *Aziz* en el asunto *Sánchez Morcillo y Abril García v BANCO BILBAO* sobre procedimiento de ejecución hipotecaria y asunto *UNICAJA-CAIXABANK* sobre limitación por ley de intereses de demora con efectos retroactivos). Veamos estas tres sentencias.

²⁴ B.O.E. 15 de mayo de 2013.

²⁵ TJUE, auto de 14 de noviembre de 2013, *Banco Popular Español SA contra Maria Teodolinda Rivas Quichimbo y Wilmar Edgar Cun Pérez* (C-537/12).

²⁶ TJUE, *Banco de Valencia SA contra Joaquín Valldeperas Tortosa y María Ángeles Miret Jaume*, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13.

²⁷ TJUE, sentencia de 16 de enero de 2014, *Constructora Principado SA contra José Ignacio Menéndez Álvarez* (C-226/12).

La sentencia *BARCLAYS*²⁸ se refiere al préstamo hipotecario de la familia Sánchez con la garantía de su vivienda y la deuda por impago e intereses que resulta de su impago. Al incumplir sus obligaciones de pago durante +90 días, la situación derivó no sólo en la pérdida de la vivienda a favor del banco sino en una deuda superior a 100 000 euros (calculada sobre los 153 000 que habían tomado prestado). Esto es posible por la combinación de una cláusula contractual de penalización por intereses de demora y de la legislación española que permitía al acreedor adjudicarse la vivienda por el 50% de su valor tras una subasta sin éxito. El juez nacional pregunta si es posible considerar la conducta del acreedor como abusiva, teniendo en cuenta la Directiva y los principios generales de protección al consumidor del Derecho europeo.

Desgraciadamente, el Tribunal europeo recuerda que la normativa nacional está explícitamente excluida de la Directiva 93/13/EC (art. 1(2) al suponer que el legislador nacional ya alcanzó un equilibrio al regular los derechos y obligaciones de las partes en ciertos contratos (para. 41). Al excluir el derecho nacional contractual de su ámbito de aplicación, lo coloca asimismo más allá del alcance de los principios generales (del Derecho europeo de consumidores) (para. 44) según la aplicación de la doctrina de *lex specialis derogat lex generalis*. A diferencia del asunto que dio lugar a la sentencia *RWE Vertrieb*²⁹, en el cual las partes se pusieron de acuerdo sobre la extensión del ámbito de aplicación de un régimen previsto por el legislador nacional, en este asunto las disposiciones legales y reglamentarias nacionales resultan aplicables por su carácter general sin que su ámbito de aplicación o su alcance hayan sido modificados en virtud de una cláusula contractual. En este sentido, el Tribunal presume que no se ha alterado el equilibrio contractual establecido por el legislador nacional. Y el legislador de la Unión optó expresamente por preservar dicho equilibrio, tal como se deduce de los términos del considerando decimotercero y del artículo 1 (2) de la Directiva 93/13. Están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.

En otras palabras, la propia Directiva no resulta aplicable y ni siquiera el TJEU puede ser de ayuda a la familia Sánchez y a otros consumidores-deudores que se encuentran en una posición similar a la suya. La intervención ha de ser a nivel nacional por el legislador competente. Este razonamiento, sin embargo, se basa en la hipótesis de que el poder legislativo protege suficientemente los derechos (sustantivos) de los consumidores en las áreas no armonizadas por el Derecho europeo, lo cual no es siempre cierto. En este sentido, el TJUE aplica otro criterio del aplicado a los derechos (procesales) de los consumidores donde no duda de declarar la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho comunitario en aras de su efectividad y por encima del principio de autonomía procesal de los Estados miembros.

²⁸ TJEU, sentencia *Barclays Bank SA v Sara Sánchez García* (C-280/13).

²⁹ TJUE, sentencia de 21 marzo 2013, asunto *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* (C-92/11).



Es pues en el ámbito procesal donde la jurisprudencia europea es rompedora a favor de los deudores hipotecarios. A lo largo de 2014, el TJUE sigue interpretando la normativa europea –en relación con el ordenamiento jurídico español– dada la gravedad de las consecuencias de la crisis económica sobre el mercado inmobiliario y sobre la situación financiera de los hogares. Se desarrolla aún más la jurisprudencia *Aziz*³⁰ por la que Tribunal declaró que el ordenamiento procesal violaba la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores al no permitir al juez ordinario adoptar medidas provisionales –tales como la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria– para examinar el carácter abusivo de provisiones del contrato. El deudor podía ser expulsado y privado de su vivienda sin poder oponerse en el mismo proceso. Una vez adoptada la Ley 1/2013 que reforma el procedimiento de ejecución hipotecaria, el Tribunal vuelve a examinar la compatibilidad de algunos de sus preceptos con el Derecho comunitario.

En el asunto *Sánchez Morcillo y Abril García v BANCO BILBAO*³¹, el Tribunal vuelve a declarar la insuficiencia del derecho procesal civil con la protección al consumidor fijada por la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos. Establece que se opone al derecho de la Unión Europea un procedimiento de ejecución que establece que la ejecución hipotecaria no podrá suspenderse por el juez que conozca del proceso ordinario declarativo paralelo, quien en su resolución final solo puede acordar una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que, dicho consumidor, en su condición de ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución que desestima su oposición a la ejecución. Por invitación del juez remitente, el Tribunal explícitamente fundamenta su razonamiento jurídico sobre el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que asegura el derecho a una tutela judicial efectiva, es decir, un procedimiento justo, independiente, neutral y garantista del Derecho europeo basado sobre el principio de igualdad procesal.

La sentencia confirma una vez más la posición débil de los consumidores/deudores en relación al procedimiento de ejecución hipotecaria que otorga una protección mayor al acreedor (normalmente institución financiera). En el contrato se permitía al banco reclamar el importe total del crédito, más los intereses y de demora, tras una serie de sucesivos impagos así como la venta en pública subasta de la finca hipotecada. Dada la crisis económica, una proporción más alta de deudores afrontan dificultades financieras para atender los pagos y, dado el desplome del mercado inmobiliario, son evidentemente incapaces de devolver el importe total más los intereses vencidos y la penalización por demora en un plazo que suele ser breve. La ejecución forzosa sobre una vivienda embargada supone el desahucio y, dependiendo de las circunstancias del caso, la consecuente exclusión social. El Tribunal toma en cuenta este contexto y acelera en la medida posible la resolución de la cuestión prejudicial para evitar la pérdida de la vivienda habitual durante el proceso.

³⁰ TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz* (C-415/11).

³¹ TJUE, sentencia de 17 de julio de 2014, asunto *Sánchez Morcillo y Abril García v Banco Bilbao* (C-169/14).

Concretamente, el Tribunal resuelve que, tras la reforma del Artículo 695 (1) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) adoptada tras la sentencia *Aziz* en relación con el procedimiento expeditivo de ejecución hipotecaria y el ordinario donde el consumidor puede impugnar la eventual nulidad de una cláusula, el artículo 695(4) LEC no asegura los derechos de los consumidores/deudores en igual medida que los acreedores. Si bien el banco puede apelar contra la decisión del juez ordinario que suspende el proceso de ejecución debido a defectos de forma/sustancia, el deudor hipotecario no puede apelar si la decisión del juez le es contraria (para. 30). Esta desigualdad procesal es contraria al Derecho europeo al privar de una protección adecuada y efectiva a los deudores hipotecarios (Artículo 7 Directiva 93/13 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales UE). Tal y como resume el TJUE en el apartado 42 de la sentencia, «el sistema procesal español en materia de ejecución hipotecaria se caracteriza por el hecho de que, tan pronto como se incoa el procedimiento de ejecución, cualesquiera otras acciones judiciales que el consumidor pudiera ejercitar, incluso las que tengan por objeto cuestionar tanto la validez del título como la exigibilidad, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en otro juicio y serán objeto de una resolución independiente, sin que ni aquel ni ésta puedan tener como efecto suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución en curso de tramitación...». El procedimiento de ejecución hipotecaria no evita desahucios injustificados en base a cláusulas abusivas que el Derecho europeo declara nulas de pleno derecho. Por otra parte, si un juez ordinario viniera a establecer al final el carácter abusivo de una cláusula sobre el que se fundamenta el procedimiento de ejecución hipotecaria, el consumidor sólo tiene derecho a una compensación monetaria como ocurrió en el caso *Aziz* (para. 43).

Una vez más, el juez europeo resuelve la incompatibilidad de las nuevas disposiciones procesales adoptadas en la Ley 1/2013 con la normativa comunitaria. Se observa además como el diálogo judicial entre el juez nacional y el TJUE, junto al principio de eficacia/efectividad del Derecho europeo, sirve para incrementar el nivel de protección a los consumidores –al menos desde el punto de vista formal que no sustantivo– a pesar del principio general de autonomía procesal que rige en el ordenamiento europeo. Esto ha sido definido como un proceso de «constitucionalización» indirecto por cierta doctrina (Reich, 2013). La influencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE es positiva en este sentido.

El Tribunal declara y concluye en este caso:

51 A la luz de las consideraciones expuestas, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutado, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.



En este sentido, la Ley 1/2013 no parece mejorar los derechos de los consumidores/deudores hipotecarios. No siempre el legislador nacional da primacía a los intereses de los consumidores/deudores sobre los intereses de operadores económicos/acreedores proveedores de servicios financieros. Sin embargo, hace tiempo ya que el Tribunal de Justicia ha clarificado expresamente que el Estado podía otorgar una protección mayor que la prevista en la Directiva 93/13 en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español³².

La sentencia UNICAJA-CAIXABANK³³ se refiere al cobro de las deudas no pagadas derivadas de los contratos de préstamo hipotecario celebrados entre las partes y a la limitación por ley de los intereses abusivos que introdujo la Ley 1/2013.

Esta es la segunda vez que el Tribunal de Justicia examina la nueva ley. En esta ocasión se trata de dilucidar si las normas procesales españolas en materia de ejecución hipotecaria respetan la obligación impuesta por la Directiva 93/13 con arreglo a la cual los Estados miembros deben garantizar que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y otorgar al juez nacional el papel de garante en última instancia.

Más concretamente, las cuestiones remitidas al Tribunal de Justicia se refieren a una de las disposiciones transitorias de la Ley 1/2013. Dicha disposición impone un límite a los intereses que pueden exigirse durante la ejecución de una hipoteca, de forma que el tipo de intereses de demora no puede ser superior a tres veces el interés legal del dinero. La ley dispone que, en caso de que se haya superado ese límite, los jueces deberán dar al acreedor la posibilidad de ajustar el tipo de intereses de demora para que no supere el límite legal.

En uno de los casos, a la hipoteca se le aplicó un tipo de intereses de demora del 18 %, que podría aumentarse en determinadas circunstancias, al límite máximo del 25% nominal anual. En el resto de hipotecas, el tipo de interés de demora aplicable era del 22.5 %. Todos los contratos contenían una cláusula de vencimiento anticipado (en caso de incumplimiento de las obligaciones de pago por los prestatarios se permite a los bancos anticipar la fecha de vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital adeudado, más los intereses, intereses de demora, comisiones, gastos y costas pactados).

El juez remitente estima que las cláusulas relativas al tipo de intereses de demora y al vencimiento anticipado podrían ser abusivas y desea clarificar sus obligaciones conforme a la Ley 1/2013 y a la Directiva 93/13. ¿Es posible a la luz del Derecho europeo obligar al juez por medio de una norma nacional a sustituir intereses abusivos (que podrían ser nulos) por el interés legal máximo (cláusula moderadora)?

En su sentencia, el Tribunal recuerda en primer lugar su jurisprudencia clásica. En principio, la normativa europea obliga a los jueces nacionales a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva, de modo que ésta no produzca efectos

³² TJUE, sentencia de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (C-484/08).

³³ TJUE, sentencia de 21 de enero de 2015, UNICAJA y otros, CAIXABANK y otros, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

vinculantes para el consumidor sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. La Directiva 93/13 es aplicable a un procedimiento de ejecución forzosa de un contrato hipotecario (comúnmente denominado desahucio). Los jueces no tienen capacidad de modificar el contenido de estas cláusulas, por lo que en principio el contrato debe mantenerse sin más cambios que la supresión de las cláusulas abusivas, siempre que sea viable. En resumen, la normativa europea no permite a los jueces sustituir una cláusula contractual «abusiva» por otra que no lo sea.

En segundo lugar, tras un razonamiento largo y complejo, se enfrenta a una reciente normativa nacional que regula y modera los intereses de forma legal y que ha de ser igualmente considerada por los jueces. Por ello concluye en el apartado 39 que, en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de cláusulas abusivas, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional.

El Abogado General había señalado ya que la Directiva 93/13 no se refiere a disposiciones de Derecho nacional con arreglo a las cuales los tipos de intereses moratorios deben recalcularse a efectos de los procedimientos de ejecución hipotecaria cuando tales disposiciones sean aplicables con independencia del carácter no abusivo del tipo de los intereses en cuestión³⁴. En sus propias palabras «si una disposición de Derecho nacional (como la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013) limita, en el contexto de los procedimientos de ejecución, el importe de los intereses de demora exigibles a través de la ejecución de una hipoteca, ello redundará en beneficio de todos los deudores hipotecarios (sean o no consumidores)». De este modo, esta disposición vendría a complementar los derechos que la Directiva 93/13 les reconoce garantizando un mayor nivel de protección, tal como preconiza el artículo 8 de la Directiva.

De este modo, el Tribunal concilia la legislación nacional con el Derecho europeo. Si bien se respeta en principio la decisión del legislador español, se deja a discreción al juez nacional remitente la determinación en última instancia del carácter abusivo de los tipos de intereses moratorios para los contratos en cuestión. El Tribunal aclara que no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva. En el supuesto contrario de intereses superiores, el juez tendría una doble opción: aplicar esa medida moderadora si estima que se trata de cláusulas no-abusivas o anular las cláusulas abusivas de interés. En efecto, si, tras una apreciación global, el juez estimara que los intereses son abusivos a la vista de todas las circunstancias del caso, se aplicaría la nulidad que impone de forma general la Directiva 93/13 que obliga al órgano jurisdiccional remitente a garantizar que los consumidores no se encuentren vinculados por esas cláusulas sin que sea posible moderar el propio tipo o sustituirlo por un tipo establecido por la legislación española.

³⁴ TJUE, ver asimismo Opinión AG Wahl de 16 de octubre de 2014 en asuntos UNICAJA y otros, CAIXABANK y otros, apartado 45.



LA NECESARIA CREACIÓN DE UN DERECHO EUROPEO COMÚN DE CRÉDITO Y GARANTÍA HIPOTECARIOS SEGÚN DOCTRINA « PACTA SUNT SERVANDA... REBUS SIC STANTIBUS»

Los jueces europeos y nacionales están limitados por un ordenamiento jurídico evidentemente desfasado al respecto de necesidades actuales en sociedades donde el acceso al crédito es necesario para el acceso a una vivienda en propiedad y donde la normativa es severa en los supuestos de incumplimiento (aunque las causas del incumplimiento sean ajenas a la voluntad del consumidor/deudor como lo son una situación macroeconómica de crisis y estallido de burbuja inmobiliaria). Necesitamos por lo tanto construir un marco teórico y normativo a nivel europeo para entender y prevenir la precariedad/vulnerabilidad así como ofrecer soluciones a los deudores que se encuentren ya en dicha situación de dificultades financieras y/o directamente de exclusión social. Hay un margen para ampliar el concepto de crédito responsable a nivel nacional europeo (Domurath, 2013) y el Derecho comparado ofrece numerosos ejemplos de buenas prácticas en este sentido (Devenney y Kenny, 2012).

Por ello, este ensayo propone la creación de un Derecho europeo común articulado sobre dos ejes diversos:

- Prevención y sanción de prácticas de crédito irresponsable que conducen al sobre-endeudamiento (construcción de la dimensión social de la economía de mercado).
- Solución a la situación de sobre-endeudamiento individual en determinadas circunstancias (liberación de la situación de dependencia de los deudores condicionados por sus circunstancias y las de su ordenamiento jurídico).

En definitiva, la protección del deudor hipotecario ha de articularse a través de un sistema de normas protectoras *ex-ante* y *ex-post*. Existe la necesidad de proteger al deudor antes de serlo, al exigir que conozca el contenido y el alcance de su compromiso, los riesgos que asume e intentar prevenir el sobre-endeudamiento. Los paradigmas de información previa, crédito responsable y prohibición de abusos unilaterales por medio de cláusulas y/o prácticas comerciales abusivas van en esta dirección.

En este sentido podemos referirnos a un nuevo estándar normativo en emergencia en el Derecho internacional. Las recomendaciones de la OCDE, los principios adoptados por el Banco Mundial o el G-20 van en esta dirección. Hay que tratar a los consumidores de forma justa, honesta y equitativa. El crédito responsable es esencial para la estabilidad y sostenibilidad del sistema monetario y financiero.

El Derecho comparado ofrece un laboratorio de buenas prácticas en materia de protección a los consumidores en el ámbito de crédito al consumo y crédito hipotecario (Devenney y Kenny, 2012). Ello es así porque se adoptan otras perspectivas de política filosófica o política (basados en estudios sobre comportamientos empíricos que justifican un paternalismo suave). En todo caso, la investigación ya ha demostrado como el paradigma de la protección a través de la información es suficiente y se necesita una mayor protección desde un enfoque de un mercado «social». Puesto que la UE no



ha legislado de forma exhaustiva en el ámbito del crédito, los legisladores nacionales siguen en posesión de las competencias necesarias para incrementar el nivel de protección para los consumidores en sus territorios. En este sentido, es posible adoptar cualquiera de estas medidas a discreción a través de un derecho público que limita la autonomía de la voluntad de las partes:

- Mejora de la definición del concepto de consumidor, extendiendo la protección a los pequeños y medianos empresarios sin responsabilidad limitada.
- Extensión del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias 2008/48 y 2014/17 de forma retroactiva en beneficio de los consumidores (sentencia *Volksbank România*³⁵).
- Mejora de la protección a consumidores en situación de vulnerabilidad/precariedad o riesgo de exclusión.
- Regulación del contenido del contrato para prevenir abusos en el sector financiero y, en particular, con respecto al coste del crédito.
- Prohibición de la usura (aplicación de un test de equidad en lugar de un test de comparabilidad en el mercado).
- Adopción de límites legales al interés.
- Regulación de ciertas prácticas de crédito (tarjetas de crédito con amortización negativa).
- Prohibición de cambios unilaterales por parte de los acreedores sobre el coste de crédito.
- Prohibición de sobre-costes no armonizados por las Directivas y/o límites sobre otro tipo de cargas ligadas al crédito.
- Regulación de las consecuencias de la violación de la obligación de información previa y de la falta de equidad en los contratos.
- Introducción de un test de equidad en materia de crédito e inversión de la carga de la prueba.
- Regulación de la responsabilidad por crédito irresponsable. Adopción de sanciones efectivas para los acreedores (pérdida del derecho de exigir interés u otros costes) o para los deudores (incumplimiento planeado de forma estratégica).
- Regulación por medio del derecho penal de los fraudes en materia de crédito.
- Regulación de la terminación de contratos en caso de crédito irresponsable e intereses de demora.
- Regulación del mercado de servicios financieros incrementando la supervisión e introduciendo un marco administrativo que posibilite a los consumidores una acción por omisión de las autoridades.
- Promoción de códigos de conducta ética y responsable.
- Regulación del micro-crédito y de préstamos entre particulares y prestamistas.
- Mejora del acceso a la justicia mediante un enfoque integral: procedimientos judiciales, administrativos, existencia y ejercicio de acciones individuales, defensa de intereses individuales y/o colectivos por asociaciones, mejora de la información, educación, asistencia jurídica gratuita, exención de tasas judiciales, etc.

³⁵ TJUE, asunto *Volksbank România SA* C-602/10, sentencia de 12 de junio 2012.



- Creación de instituciones públicas de protección a los consumidores con jurisdicción competente para ejercitar funciones de mediación, conciliación y arbitraje entre las partes.
- Creación de un Ombudsman para los servicios financieros y los deudores.
- Promoción de la educación financiera y el apoderamiento de los consumidores.
- Apoyo público a las asociaciones de consumidores y mayor participación en la redacción de normas legislativas o reglamentarias.

Aun así estos principios y ejemplos, por sí solos, son insuficientes en los casos que circunstancias externas llevan a un sobre-endeudamiento sobrevenido de buena fe y ajeno a la voluntad del deudor. Por ello son necesarias asimismo medidas que ayuden al deudor de buena fe a reorganizar sus obligaciones financieras ex-post, una vez que la deuda resulta difícil de asumir pero antes de la ejecución hipotecaria.

- Atribución de competencias a los tribunales nacionales para otorgar una solución equitativa y/o modificar cláusulas no esenciales del contrato de crédito que no se refieran al principal de la deuda (Francia e Inglaterra).
- Reforma del derecho civil y procesal para facilitar la nulidad parcial/total del consentimiento contractual mediante acciones.

En último extremo, si la ejecución resulta inevitable y no hay otra manera de prevenir este desenlace, es preciso ofrecer igualmente protección mediante la dación de pago, la restructuración de la deuda en incluso la quita mediante un proceso de quiebra individual en ciertas circunstancias (buena fe, sobre-endeudamiento pasivo por circunstancias inevitables y ajenas a su voluntad, residencia habitual, menores o mayores a cargo, etc.). En este sentido, podrían considerarse:

- Regulación del sobre-endeudamiento y restricciones a los procedimientos de ejecución forzosa sobre particulares.
- Promoviendo la equidad en una reforma del derecho hipotecario y de garantías.
- Posibilitar la quiebra/concurso de los consumidores de buena fe en caso de circunstancias externas imprevisibles.

La justificación de dicha intervención es la siguiente. En general, el contexto histórico de crisis financiera económica que incrementa exponencialmente el problema de la deuda privada es similar a otros períodos históricos que Europa ha vivido en este siglo. Rodhe (1959) ya concluyó en su día como se han alternado dos vías alternativas para la solución del problema de los deudores/acreedores tras crisis similares: la vía judicial o la vía legislativa. A más eficacia por parte del legislador, menos jurisprudencia «creativa» o intervencionista en relaciones de derecho privado.

Más en particular, y a efectos de justificar una creación de una normativa europea común de crédito y garantía hipotecarios y de insolvencia individual sobre la doctrina «pacta sunt servanda... rebus sic stantibus» que se avanza con este ensayo para ciertos casos, es necesario justificar su fundamento ético. En Francia se hace una



distinción entre sobre-endeudamiento activo y/o pasivo (Ramsay, 2011, p. 22). Cuando el deudor es víctima pasiva de circunstancias externas, está más justificado el uso de una reestructuración y quita de deuda privada como instrumento de política social en contraposición a la rigidez del principio de derecho civil de obligaciones y contratos. La «rehabilitación» del deudor ha sido reconocida como un objetivo de los sistemas de re-organización de deuda por el informe para el Consejo de Europa (Ramsay, 2011; Niemi y Henrikson, 2005). Tras las crisis económicas y bancarias en Escandinavia a principios de los 90, ciertos sistemas nórdicos atenúan la responsabilidad individual de acreedores/deudores sobre la base de la doctrina de fuerza mayor (de tipo social) al mismo tiempo que evitan los incentivos al endeudamiento irresponsable (Ramsay 2011, p. 22). Aún así, esta distinción no resuelve todos los problemas puesto que, en numerosos casos, el sobre-endeudamiento se debe a una combinación de factores, circunstancias y eventos compleja (Ramsay, 2011 y Gloukoviezoff, 2010).

La Unión Europea se encuentra en una posición inmejorable para diseñar un marco jurídico que prevenga y dé respuesta a esta nueva precariedad. Se puede disciplinar el poder económico privado y reclamar el potencial del derecho para superar la división conceptual entre política y mercado que ha llevado a la supremacía de los mercados económicos en confrontación con la autoridad pública soberana (Muir-Watt, 2011). Puesto que además la UE ha recibido competencias en materia de crédito y protección de consumidores, es natural que otorgue a los deudores la protección que merecen al firmar contratos de crédito (especialmente hipotecario). Ante la situación de sobre-endeudamiento existente en numerosos países europeos, es cuestionable la presunción del legislador europeo que una economía basada en el crédito es beneficiosa para la sociedad y los individuos. La justificación de la regulación de la insolvencia de consumidores a nivel europeo es la contrapartida del sistema de crédito que la Unión Europea y muchos de sus países promueven para incentivar el crecimiento económico sobre la base del sector privado (Ramsay, 2011). Mientras el modelo económico no cambie, el sobre-endeudamiento no va a desaparecer por lo que la normativa europea con controles ex-ante de información previa tendrá un efecto muy limitado para prevenir estos problemas (Ramsay 2011, p. 35). Quizás en un futuro no muy lejano la UE decida trabajar en esta dirección si la presión de las clases medias atrapadas por la deuda en los países de la periferia de Europa así lo reclama (ie. iniciativa ciudadana creada tras el Tratado de Lisboa) o si el modesto fenómeno de un «turismo» del régimen jurídico de quiebra más favorable a los particulares se empieza a generalizar (Ramsay, 2011, p. 36).

La solución radica en la determinación de la responsabilidad origen del endeudamiento (una especie de auditoría de la deuda, examen de prácticas abusivas, riesgos, circunstancias... caso por caso) y de una reforma jurídica horizontal que posibilite la re-organización de la deuda y la insolvencia en caso extremo de los particulares debido a un cambio de circunstancias (Pistor, 2012). El Banco Central Europeo ya ha solicitado reformas de la legislación española que permitan una segunda oportunidad a las familias sobre-endeudadas (Zunzunegui, 2013; y Banco Central Europeo, 2013). La Autoridad Bancaria Europea ha propuesto ya un código de buenas prácticas ante las dificultades del deudor hipotecario (Zunzunegui, 2013 y Autoridad Bancaria Europea, 2013) El Fondo Monetario Internacional también ha recomendado la reestructuración



de la deuda privada de las familias como medida encaminada a despertar a Europa de su letargo económico (2012). El ejemplo de Islandia puede ser una vía a seguir en Europa (European University Institute EUI, 2014). La reforma europea ha de prevenir asimismo que esta situación vuelva a surgir en el futuro y aquí es preciso tener en cuenta la necesaria estabilidad monetaria y financiera de la zona euro y las asimetrías potenciales entre distintos mercados nacionales (coste del crédito para particulares).

En definitiva, es necesario reformar el *modus operandi* de un capitalismo financiero que abusa de un ordenamiento jurídico que se pretende neutralista pero que –tras la crisis económica– es fundamentalmente injusto hacia los deudores de buena fe por castigar el impago con severidad y ejemplaridad sin considerar circunstancias externas (Pistor, 2012). La recuperación de doctrinas como la muerte del crédito, conceptos como «pacta sunt servanda... rebus sic stantibus», o «cambio de circunstancias» avanza en esta dirección. Junto a una reforma contractual a nivel europeo, hay que reconsiderar los derechos procesales civiles en el ámbito de ejecuciones forzosas de créditos hipotecarios. Lo primero, hay que determinar el bien jurídico a proteger. En este caso, procede proteger a los deudores en situación de precariedad, el orden social y otros derechos fundamentales (derecho a la vivienda, dignidad). Para no perjudicar la estabilidad del sistema financiero y bancario basados en una economía de crédito, hay que otorgar a los jueces competencias para adaptar los contratos ya firmados a las nuevas circunstancias de precariedad sobrevenida siempre que se den determinadas circunstancias. En todo caso, la futura legislación europea y nacional contra la precariedad ha de superar un test triple (Iturmendi Morales, 1980): la legalidad, la justicia y la legitimidad.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El contexto de crisis económica y el estallido de la burbuja inmobiliaria en España han cuestionado el derecho a la vivienda para una generación de ciudadanos atrapados por un derecho de crédito y garantía hipotecario desfasado y pretendidamente neutral que no contempla la incapacidad de pago por causas macroeconómicas y condena a los deudores a la precariedad y la exclusión social. La situación de emergencia social es innegable por lo que urge una respuesta tanto nacional como europea contra esta nueva forma de precariedad y exclusión. La jurisprudencia del TJUE, si bien innovadora y rompedora del status quo, ofrece soluciones limitadas para erradicar las causas del sobre-endeudamiento y solucionar los problemas de derecho constitucional a la vivienda. La jurisprudencia de los jueces nacionales, por muy progresista y garantista que sea, tiene sus límites en la formulación actual del derecho positivo. Así las cosas, se necesita un nuevo contrato social que sólo la reforma del derecho puede garantizar. Nuestro futuro como sociedad está en juego. El legislador nacional no debe ignorar este clamor que pide un ordenamiento justo y una segunda oportunidad para los deudores de buena fe. Como reza la máxima islandesa que hoy decora la sala de audiencias del Tribunal Supremo: con el derecho se construye el país, con la injusticia se destruye («*með lög skal land byggja, með ölog eyðileggja*»).



PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, APOSTASÍA Y DOCTRINA DE SANTI ROMANO

Sergio González Rodríguez

Licenciado en Derecho
Cuerpo Superior de Administradores Generales
de la Comunidad Autónoma de Canarias

José Miguel Hernández López

Máster Universitario en Derechos Fundamentales
Experto Universitario en Protección de Datos

RESUMEN

El trabajo que presentamos tiene como objeto de estudio la colisión entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la protección de datos personales, con motivo del ejercicio del derecho a abandonar la religión profesada por personas bautizadas en la Iglesia católica. Este conflicto se analiza desde la perspectiva del pensamiento de Santi Romano, expresado en su obra de mayor divulgación, *El Ordenamiento Jurídico*.

PALABRAS CLAVE: protección de datos de carácter personal, apostasía, ordenamiento jurídico, Santi Romano.

ABSTRACT

The work we present aims to study the collision between the right to freedom of religion and the right to protection of personal data, on the occasion of the exercise of the right to apostatize by people baptized in the Catholic Church. This conflict is analyzed from the perspective of the thought of Santi Romano, expressed in his work of greater disclosure, the legal order.

KEYWORDS: protection of personal data, apostasy, law, Santi Romano.

«— Maestro Moro, todo el mundo sabe que sois un hombre callado y sabio, instruido en las leyes del reino. Por eso, perdonad mi audacia, sir, al plantearos sin ninguna mala intención una pregunta. Supongamos el caso, sir, de que una Ley del Parlamento me hiciese rey. ¿Me aceptaríais como tal, maestro Moro? — Sí, sir, lo haría.

— Ahora supongamos que una Ley del Parlamento me hiciese Papa. ¿Me reconoceríais como tal, maestro Moro?



– Volviendo al primer caso que me habéis presentado, maestro Rich, quiero deciros que el Parlamento bien puede intervenir en el status de los soberanos terrenos. Y en lo referente al segundo caso quiero contestaros dándoos por mi parte a decidir lo siguiente: Imaginaos que el Parlamento aprobara una ley según la cual Dios no debería ser Dios ¿Diríais por eso que Dios no es Dios, maestro Rich?

– No, sir, eso no lo diría; pues ningún Parlamento puede aprobar tal ley».

(Conversación entre Thomas Moro y Richard Rich, abogado de la Corona, 12 de junio de 15351).

1. LÍMITES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Desde las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que afectan a la «autodeterminación informativa», hasta la actualidad, se ha ido configurando gradualmente y otorgando finalmente carta de naturaleza al derecho de protección de datos personales como un derecho fundamental autónomo².

Los derechos fundamentales no son absolutos y así lo establece el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias:

En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 de abril) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. (STC 2/1982, FJ 5).

El derecho a la protección de datos personales no es una excepción y, en consecuencia, tampoco es absoluto. Ya el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su sentencia de 15 de diciembre de 1983, estableció el carácter limitado del derecho a la autodeterminación informativa:

Este derecho a la «autodeterminación de la información no se garantiza ilimitadamente. El individuo no tiene un derecho en el sentido de un señorío ilimitado, absoluto, sobre «sus» datos; el individuo es ante todo una personalidad que se desa-

¹ Testimonio de William ROPER, recogido en Peter BERGLAR, *La hora de Tomás Moro. Solo ante el poder*, 2005, p. 374.

² Sobre la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional puede consultarse José Miguel HERNÁNDEZ LÓPEZ, *El derecho a la protección de datos personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 2013, donde se distinguen una fase inicial (1981-1993), de preocupación por los peligros de las nuevas tecnologías y su incidencia en los derechos fundamentales; una fase de transición (1993-2000), en la que la «libertad informática» se reconoce como expresión positiva del derecho a la intimidad y, por último, una fase de reconocimiento pleno (2000-hasta la actualidad), donde la protección de datos personales es un derecho fundamental autónomo.

rolla en el interior de una comunidad social y que está obligada a la comunicación. La información, en la medida que también está vinculada a la persona, representa una imagen de la realidad social, la cual no puede atribuirse de manera exclusiva sólo a los implicados. Como se ha subrayado reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la Ley Fundamental ha decidido la tensión que existe entre el «individuo» y la comunidad destacando la referencia y vinculación de la persona con la comunidad (BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27,1 [7]; 27, 344 [351 y SS.]; 33, 303 [334]; 50, 290 [353]; 56, 37 [49]). El individuo debe admitir ciertas restricciones a su derecho a la autodeterminación de la información, principalmente en aras del interés general preponderante.» (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, del 15 de diciembre de 1983)³.

Igualmente el Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 292/2000, ha subrayado la existencia de límites para el derecho a la protección de datos personales:

«Más concretamente, en las Sentencias mencionadas relativas a la protección de datos, este Tribunal ha declarado que el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del art. 18, la STC 110/1984, FJ 5)» (STC 292/2000, FJ 11). Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental.

En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2).» (STC 292/2000, FJ 11).

³ J. SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Fundación Konrad Adenauer, México, 2009, p. 97.



2. LIBERTAD RELIGIOSA Y PROTECCIÓN DE DATOS

La colisión entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la protección de datos ha dado lugar a numerosas resoluciones de la Agencia Española de Protección de datos (en adelante AEPD), a diversas sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, y a un auto del Tribunal Constitucional en relación con la modificación de datos en los libros de bautismo y a su controvertida consideración como fichero, cuestión sobre la que el máximo intérprete de la Constitución no se ha pronunciado sobre el fondo de la materia.

La AEPD, mediante resolución de 23 de mayo de 2006, acordó estimar la reclamación formulada por un ciudadano e instar al Arzobispado de Valencia para que remitiera al reclamante certificación en la que se hiciera constar que se había anotado en su partida de bautismo el hecho de que había ejercido el derecho de cancelación o motivara las causas que lo impiden.

En definitiva, la Iglesia Católica no posee ficheros de sus miembros, ni relación alguna de ellos, puesto que el asiento en el Registro Bautismal no es identificable con la pertenencia a la Iglesia Católica.

No obstante lo anterior, debe hacerse notar que el artículo 4.3 de la LOPD establece que «Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado», lo que, en el caso que nos ocupa, debe verificarse mediante anotación marginal en la partida de bautismo del reclamante, a fin de que se haga constar el ejercicio del derecho de cancelación, hecho éste que no fue llevado a cabo por el Arzobispado, tal y como éste ha declarado, por lo que procede, en consecuencia, estimar la reclamación presentada.» (Resolución, AEPD, de 23 de mayo de 2006, núm. R/00319/2006, FJ 6)

El Arzobispado interpuso recurso contencioso-administrativo que fue tramitado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. En dicho recurso se alega, por un lado, la inviolabilidad absoluta de los libros y registros de la Iglesia Católica frente a la acción del Estado y, por otro, que dichos libros no tienen la consideración de ficheros de datos en el sentido expresado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD). El recurso fue desestimado por Sentencia de 10 de octubre de 2007, debiendo procederse a la cancelación del asiento del Libro de Bautismo de un particular, cancelación amparada tanto en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 de la Constitución Española –en adelante CE–), como desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia (art. 16.1 CE).

OCTAVO. Invoca igualmente la entidad actora su plena autonomía en el establecimiento de sus formas de organizarse y funcionar, en cuanto manifestación de su derecho fundamental a la libertad religiosa (Art. 16.1 CE y Art. 6 LO 7/1980, de Libertad Religiosa). La llevanza de sus libros y su intangibilidad sería por tanto una manifestación de ese derecho fundamental, que operaría como límite del derecho a la protección de datos del afectado, en cualquiera de sus manifestaciones, de suerte que una Administración integrada en el Estado, como es la Agencia Española de



Protección de Datos, encargada de velar por este último derecho, no podría cursarle órdenes que fuesen contrarias a sus propias normas de funcionamiento.

Resulta, no obstante, que el artículo 16 CE reconoce la libertad religiosa y pretende garantizarla respecto de las comunidades y de los grupos, pero también respecto de los individuos.

(...)

En definitiva, el Tribunal Constitucional fija como límites a las distintas manifestaciones de la libertad reconocida en el Art. 16 CE, cuando se trata de manifestaciones externas que afectan a terceros, tanto los derechos fundamentales de esos terceros, como aquellos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Límites que en el caso enjuiciado operan en dos direcciones y exigen un ejercicio de ponderación.

(...)

Ya dijimos anteriormente que los asientos registrales del Libro de Bautismo constituyen al menos una apariencia de pertenencia a la Iglesia Católica por lo que es legítimo que quien se sienta inquietado por el contenido de dicho asiento, en el ejercicio de su libertad de conciencia, quiera que de alguna manera se deje constancia de su oposición a ser considerado como miembro de la misma, de suerte que lo interesado por DON Miguel Ángel, en la forma en que fue acogido por la Agencia Española de Protección de Datos en la parte dispositiva de su resolución no puede considerarse, en ese ejercicio de ponderación, ni desproporcionado ni constitutivo de una restricción intolerable de la autonomía de la Iglesia para organizarse libremente, por lo que ninguna tacha puede hacerse a la Administración desde la perspectiva del derecho fundamental consagrado en el artículo 16.1 de la Constitución Española. Como tampoco puede hacerse reparo alguno con la forma con la que la Agencia ha amparado el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal pues la resolución garantiza el contenido esencial de dicho derecho sin que se derive de su ejecución una alteración sustancial del Libro de Bautismo. (SAN, Sección 1.ª, de 10 de octubre de 2007, recurso 171/2006, FJ 8).

El Arzobispado interpuso recurso de casación, tramitado por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, insistiendo en sus argumentos contra la decisión de la AEPD. El recurso fue estimado por Sentencia de 19 de septiembre de 2008, al considerar que los libros bautismales carecen del carácter de ficheros de datos en el sentido de la LOPD.

No cabe olvidar tampoco que salvo el Tribunal «a quo», nadie, ni la propia Administración como recoge en su Resolución, ni siquiera el propio solicitante de la cancelación, que se aquieta con aquella, han considerado los Libros de Bautismo como ficheros, según la redacción dada por la LO 15/99 y a los efectos de la aplicación de esta Ley, según prescribe su art. 2.1 Pero es que a mayor abundamiento no cabría estimar tampoco aplicable el art. 4.3 de la citada Ley, en que se funda el acto administrativo impugnado y se confirma por la Sentencia.

Ese precepto señala que los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado. Pues bien, en los Libros de Bautismo no cabe apreciar ninguna inexactitud de datos, en cuanto en los mismos se recoge un dato histórico cierto, salvo que se acredite la falsedad, cual es el referente al bautismo de una persona y cuando esta solicita la



cancelación de ese hecho, no está pretendiendo que se corrija una inexactitud en cuanto al mismo, sino que en definitiva está intentando y solicitando un sistema nuevo y diferente de registro de nuevos datos personales.

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, debemos concluir que los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/99 (art. 3.b.), recogiendo igualmente la definición de estos plasmada en el art. 2 de la Directiva 95/46 CE.» (STS, de 19 de septiembre de 2008, recurso 6031/2007, FJ 4).

La AEPD promovió entonces un incidente de nulidad de actuaciones, al considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE). El incidente fue inadmitido por Providencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 2008, al considerarse que la AEPD, en tanto que Administración pública, sólo es titular del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su concreta dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción, que en el presente caso ha sido respetado. Posteriormente la AEPD interpuso recurso de amparo contra la citada Providencia.

Mediante el ATC 20/2011 se inadmite el recurso de amparo por carecer la AEPD de legitimación activa, de acuerdo con el artículo 50.1 a), en relación con el art. 46.1 b) LOTC, argumentando el Alto Tribunal que la AEPD no es titular del derecho fundamental del artículo 18.4 CE y que, a diferencia del Defensor del Pueblo o del Ministerio Fiscal, no tiene facultad de representación o sustitución de la persona cuyo derecho fundamental se considera conculcado.

«En atención a lo expuesto, teniendo en cuenta que la Agencia española de protección de datos dictó una resolución administrativa resolviendo una controversia entre particulares, su posición era la de mero aplicador imparcial del Derecho en que no se ponderaba ningún interés público, lo que excluye la existencia de interés alguno que lo legitime para acudir a esta jurisdicción de amparo. En última instancia, en una controversia como la que resolvió la Agencia española de protección de datos y dio lugar al posterior procedimiento judicial, aparte de los titulares de los derechos enfrentados, sólo cabe entender legitimados al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo en virtud del art. 162.1 b) CE, que disponen de tal legitimación por disposición constitucional sin necesidad de acreditar interés alguno distinto del genérico en la defensa de los derechos fundamentales.» (ATC 20/2011, FJ 3).

El conflicto, como puede comprobarse, está lejos de haber quedado zanjado, toda vez que es más que previsible que termine llegando nuevamente al Tribunal Constitucional, que deberá pronunciarse sobre la aplicabilidad de la LOPD a los libros de bautismo. De ahí el interés que tiene conocer la doctrina de SANTI ROMANO sobre las relaciones entre ordenamientos, que pasamos a exponer, y que entendemos que puede dar luz a la solución de este conflicto.

3. LAS RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS

«En materia espiritual y disciplinaria tiene la Iglesia una potestad normativa que desde luego no le deriva del Estado, sino que es propia y originaria. Sin embargo el Estado no sólo reconoce (...) los efectos que el Ordenamiento eclesiástico atribuye



a sus leyes y a los actos emanados en virtud de tales leyes, sino que con frecuencia añade otros que se denominan, precisamente efectos «civiles», esto es «estatales», y que el Derecho de la Iglesia en modo alguno podría conseguir por sí mismo. Tenemos así un ejemplo típico –que si no nos equivocamos puede servir para la valoración exacta de figuras similares–, de un ordenamiento relevante respecto de otro, no sólo por lo que se refiere al momento de su existencia o de su contenido, sino también por cuanto concierne a sus efectos. Tanto más, si se tiene en cuenta que para el Estado no coinciden estos efectos con los propios de su ordenamiento mismo, efectos que son no sólo mayores o menores sino también intrínsecamente diferentes». (Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*)⁴.

Como es sabido, Santi Romano dedica la segunda parte de su libro *El ordenamiento jurídico* a la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y sus relaciones. En esta parte, volviendo sobre la tesis central de la primera, a saber, que toda institución es un ordenamiento jurídico⁵, impugna, en coherencia con ella, las doctrinas que limitan el concepto de ordenamiento al estatal o al de las comunidades de carácter necesario.

Interesa especialmente aquí el rechazo de esta última concepción, esto es, que sólo puede considerarse ordenamiento jurídico al que se relaciona o es producido por comunidades de carácter necesario, y no por las de naturaleza voluntaria.

Santi Romano resume la razones de la doctrina alemana partidaria de la necesaria vinculación del ordenamiento jurídico a las comunidades necesarias en, por un lado, la tesis de que en la idea de fuente de derecho está ínsita la de autoridad, ausente de las comunidades voluntarias, y, por otro, en la afirmación de que en las comunidades voluntarias no existe la subordinación de la voluntad individual a una superior sino, todo lo más, una limitación de la libertad semejante a la que experimenta cualquier contratante que asume una obligación.

No obstante, ¿cómo se clasifica una comunidad en voluntaria o necesaria si no es por el derecho que la regula? A juicio de nuestro autor, y como se verá más abajo, es este derecho el que configura el carácter de la comunidad y no al revés. En otras palabras, la juridicidad o no de un ordenamiento no es consecuencia de la naturaleza necesaria o voluntaria, respectivamente, de la comunidad, sino que todo ordenamiento, por constituir la expresión de una comunidad o institución, es ya jurídico y es precisamente a este ordenamiento al que compete configurar las notas de la comunidad.

⁴ Consultamos la edición traducida por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963 (traducción de la reimpresión de la segunda edición italiana, editorial Sansoni, Firenze, 1951). En concreto, la cita está recogida del parágrafo 42, dedicado a la «Relevancia de un Ordenamiento para con otro en relación con sus efectos; eficacia interna y externa de un ordenamiento», pp. 297-298.

⁵ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en el estudio que antecede a la edición en español de la obra, sintetiza esta tesis diciendo que «la idea matriz a la que, en última instancia, reduce Santi Romano el concepto de derecho objetivo, no es otra que la del ordenamiento jurídico. Ordenamiento jurídico, sinónimo de institución, resaltándose así, fundamentalmente, el carácter esencialmente organizativo que aquél presenta. En la organización radica la esencia última de lo jurídico» (Estudio preliminar de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo», en Santi Romano, *op. cit.*, p. 17).



Y si esto es así ¿no podría una comunidad ser necesaria de acuerdo con su derecho y al mismo tiempo ser voluntaria por el derecho que constituye una segunda institución y que considera la primera comunidad relevante por alguna razón concreta?

Efectivamente, en el parágrafo 32 de su obra, denominado «Doctrinas que limitan el concepto de Ordenamiento Jurídico al ordenamiento de las comunidades en general, y en especial a las de las comunidades de carácter necesario», se indica lo siguiente:

En base al derecho del Estado que admita la libertad religiosa, la Iglesia católica es una comunidad libre, por lo menos en el sentido de que cualquiera puede salirse de ella; en cambio en el derecho eclesiástico, el bautismo tiene carácter indeleble, de modo que al apóstata se le considera siempre como perteneciente a la Iglesia ¿se trata pues de una comunidad necesaria o de una comunidad voluntaria? Prescindiendo ahora de la relación que une a los fieles con la Iglesia, ésta se considera a sí misma como necesaria e indefectible en consideración a su origen y a sus fines, mientras que quien pertenezca a otra comunidad religiosa será naturalmente contrario a tal opinión⁶.

Con más claridad si cabe, analizando la cuestión desde el campo del derecho y, por tanto, más allá de las opiniones personales, afirma después en el mismo parágrafo:

El problema se refiere, pues, a la juridicidad intrínseca del ente que ha de determinarse in se y per se, independientemente de sus relaciones con otros entes o con el Estado, y, por tanto, tal carácter no puede deducirse sino del ordenamiento interno del ente mismo. Éste será necesario o voluntario según que, a través de su derecho, se presente con una u otra cualidad. Toda clasificación que se intente desde otros puntos de vista será jurídicamente indiferente⁷.

Es claro que el autor no se refiere a la materia de protección de datos de carácter personal, cuyo régimen jurídico se origina, como lo conocemos, en momento muy posterior y en una cultura jurídica distinta. Se trata, como es obvio, de una cuestión ajena a las tratadas por los textos legales italianos que en ocasiones utiliza SANTI ROMANO en los análisis que se contienen en su libro.

No obstante, entendemos que ello no impide apreciar una relación profunda entre la controversia que se reseña al principio de este artículo y el problema que aborda nuestro autor: la dualidad voluntariedad/necesidad de la vinculación de una persona respecto a un ordenamiento jurídico, dualidad que se origina por el distinto carácter de esta vinculación para ese ordenamiento y para otro que contempla esa relación bajo el prisma de sus propias normas.

En realidad, y desde esta perspectiva, la concreta problemática del derecho de protección de datos de carácter personal parece solo el detonante o, mejor, la ocasión en la que se plantea una cuestión más amplia: la incompatibilidad entre la libertad de asociación de las personas que reconoce el ordenamiento estatal —y la consideración de la Iglesia como una asociación más— y el carácter permanente del vínculo personal del

⁶ Santi Romano, *op. cit.*, pp. 238-239.

⁷ Santi Romano, *op. cit.*, p. 239.

fiel con la Iglesia, incluso mediando la declaración de apostasía, dado que la misma no puede privar de todo efecto al bautismo, por su carácter de signo indeleble que comparte solo con otros dos sacramentos: confirmación y orden.

Así, la Carta Circular del Consejo Pontificio para los Textos Legislativos de 13 de marzo de 2006, denominada «*Actus formalis defectionis ab Ecclesia Catholica*», tras ordenar en su apartado 6 que la formalización de la defección, una vez apreciados sus requisitos, debe hacerse constar en el libro de bautizados, señala a continuación, apartado 7, que el vínculo sacramental no se pierde por el acto de defección que expresa la apostasía.

Por tanto, SANTI ROMANO comprueba ya la existencia de una contradicción entre la libertad del asociado, que comprende obviamente la libertad de abandonar la asociación, y el vínculo necesario y permanente con la misma. Entendemos que SANTI ROMANO podría haberse planteado incluso una hipótesis similar si la Iglesia considerara que no concurren los requisitos para entender producida la defección, requisitos que se establecen en la misma Carta Circular y cuya presencia se deja a la valoración de la autoridad eclesiástica, pues también en este caso existiría la contradicción o incompatibilidad entre la libertad de abandonar la asociación y la permanencia de la que hablamos.

Tal vez sea incluso más interesante que esta constatación de SANTI ROMANO, la solución que propone al conflicto, que deja de ser tal si no consideramos que debe ser solucionado a la luz de uno de los dos ordenamientos que, de esa manera, impone su concepción al otro.

Ciertamente, la propuesta no consiste en negar la aplicación de un ordenamiento, el estatal, que aparece concernido en segundo lugar o de forma colateral al conflicto inicial entre el fiel y su Iglesia, teóricamente el primer ordenamiento –Institución– ante el que se sustancia el debate, de manera que la norma estatal se repliegue o suspenda su eficacia ante la norma canónica.

La propuesta parece dirigirse a admitir una doble situación, en principio paradójica pero finalmente lógica, ante la circunstancia de la existencia de dos ordenamientos independientes y válidos que contemplan una misma cuestión: la voluntariedad y necesidad de un vínculo, de manera que el vínculo puede ser necesario para uno de los ordenamientos y voluntario para el otro, sin que sea preciso reducir esta dualidad a unidad.

La virtualidad de esta dualidad se verá clara por los efectos que se deducen de cada una de las respuestas: para el derecho canónico sigue existiendo vinculación, pese a las importantes consecuencias de orden espiritual que la excomunión supone para el apóstata; para el derecho estatal no existe ya relación entre apóstata e Iglesia, si es que algún efecto civil derivara de esta relación o se generara con su terminación.

4. LA HIPÓTESIS DEL CASO CONTRARIO. RELEVANCIA Y EFECTOS

Es curioso observar como SANTI ROMANO se plantea más adelante lo que a nuestro juicio sería, en cierta medida, el caso contrario o inverso al que hemos examinado. No se trata de dilucidar si un particular puede exigir ante un tribunal estatal que se le bautice ante la negativa de la autoridad eclesiástica, pero sí si puede



reclamar ante ese tribunal su derecho a contraer matrimonio canónico, esto es, si el bautizado puede exigir que se le administre un sacramento que supone, dicho sea en términos coloquiales, una mayor integración en la Iglesia.

En el parágrafo 47 de su obra, dedicado al «Examen crítico de la doctrina contraria. Las limitaciones del ordenamiento estatal; sus distintas figuras y consecuencias», afirma con respecto a la regulación de los matrimonios de las confesiones religiosas lo siguiente:

De forma que esta materia, *in se y per se*, permanece ajena al derecho estatal, para el que son indiferentes los ordenamientos de las diferentes Iglesias o de los otros entes de culto que la regulan por su cuenta. Este principio nos sirve para resolver la cuestión de si para el derecho del Estado existe un derecho de los fieles a obtener de la autoridad religiosa competente la celebración de matrimonio. En nuestra opinión el problema debe ser resuelto de modo negativo por el hecho de que se trata de una materia indiferente para el derecho estatal. Por ello que no sirva, como alguien ha intentado, el tratar de ver si tal derecho, que desde luego no es atribuido directamente por el Estado, lo es en cambio por las distintas comunidades religiosas; aunque se pudiera probar esta última atribución, habría siempre que considerar que se trata de un ordenamiento que no existe para el Estado, quien no puede tutelar por tanto derechos que de ese ordenamiento derivan⁸.

Por tanto, tampoco, en principio, el hecho de ser titular de un derecho frente al ordenamiento original –eclesiástico– habilita al ordenamiento estatal y a sus órganos para acceder a lo pedido en este peculiar debate. Decimos en principio por la salvedad que el autor establece a continuación:

El reconocimiento por parte del Estado, del derecho eclesiástico como derecho objetivo, está preordenado a los efectos civiles que de él puedan derivar; entonces aquellas otras partes que no produzcan tales efectos son irrelevantes para aquél a no ser que existan disposiciones especiales, quizá mejor excepcionales, que dispongan lo contrario⁹.

Se completa así la afirmación inicial. La existencia de ese hipotético derecho subjetivo, según el Ordenamiento canónico, es insuficiente para apoderar al Estado¹⁰,

⁸ Santi Romano, *op. cit.*, p. 325.

⁹ Santi Romano, *op. cit.*, p. 325.

¹⁰ Es interesante observar que también puede suscitarse la cuestión de si el reconocimiento de derechos es título suficiente para la modificación de las instituciones dentro de un mismo ordenamiento. Tal vez el ejemplo más cercano en el tiempo puede ser ofrecido por los razonamientos que se contienen en la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Aunque ciertamente la palabra institución no se utiliza en la sentencia en el sentido en el que la emplea SANTI ROMANO, esto es, como organización que constituye en sí un Ordenamiento, sino como realidad social secularmente contemplada por el Derecho, no deja de existir cierta relación de semejanza. ¿El reconocimiento del derecho a la cancelación de la inscripción, que verdaderamente es «estatal» y no «canónico», podría modificar la institución de la apostasía?, ¿podría crear este derecho a la cancelación de datos una suerte de apostasía «civil», en el sentido de que tuviera reflejo en un fichero de los previstos en la LOPD y que conviviera con una apostasía «canónica» que no genera cancelación de datos?



salvo que lo que se pida ante la Iglesia tenga «efectos civiles» y convierta la cuestión en «relevante»¹¹ para este.

Este principio no es sólo aplicable a comunidades religiosas, sino como dice en el mismo párrafo también para otras instituciones distintas de la estatal, sin que sea necesario además para apreciar la incompetencia de los tribunales estatales que el ordenamiento de esas instituciones impida a sus miembros acudir a ellos, debiendo llegarse a la misma conclusión incluso si no hay disposición en tal sentido, según se aclara más adelante.

En uno de los estudios recientes sobre la controversia de la modificación de datos en los libros de bautismo y a su consideración como fichero, se llega a una conclusión similar. Así, GONZÁLEZ MORENO, indica que:

Esa declaración de abandono por acto formal produce en el ámbito canónico plenos efectos, siendo precisamente en el ámbito eclesiástico el único en el que tiene eficacia el dato del bautismo recibido. Por tanto parece lógico que quien quiera extinguir unas relaciones jurídicas que solo despliegan efectos en el seno de la Iglesia Católica deba hacerlo por los cauces establecidos en el ordenamiento jurídico de la propia Iglesia. Ya que el bautismo no tiene efectos civiles, la cancelación de ese dato, aún en el caso de que se llevará a cabo no tendría ninguna eficacia civil¹².

Por tanto, no se trata sólo de verificar, por el órgano jurisdiccional estatal, si los archivos bautismales se configuran como un fichero de los que entran en el ámbito de aplicación de la LOPD, sino también de examinar la relevancia en el Ordenamiento estatal de la formalización de la apostasía¹³.

¹¹ Importa destacar que, según el texto transcrito en el párrafo anterior, es la regulación de efectos la que, en el caso que analiza Santi Romano, determina que algún aspecto de un Ordenamiento sea relevante para el que otro que así regula. En realidad, no es el único concepto de relevancia que se muestra en la obra. También se examina la relevancia de un ordenamiento en otro sin analizar el problema de la eficacia del primero en el segundo. Así, en el párrafo 42 de la obra (p. 291 y SS.) se aborda el concepto de relevancia como título jurídico que deriva de la simple posición que ocupa un ordenamiento frente a un segundo. También se enumeran los casos de superioridad; de presupuesto; dependencia de tercero, sucesión etc. en el párrafo 35 (p. 250 y SS.).

Igualmente se valora el concepto de relevancia con respecto, no a los efectos, sino al contenido de un ordenamiento, en el que estudia los problemas que derivan de la regulación de las fuentes del derecho de un ordenamiento que reenvían a otro, párrafos 38 a 41 (p. 268 y SS.).

¹² Beatriz GONZÁLEZ MORENO, «Derecho Fundamental a la protección de datos personales: su contenido y límites respecto al bautismo y la apostasía», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 19, enero 2009, p. 43.

¹³ Isabel CANO RUIZ, en su Tesis Doctoral *Los datos religiosos en el marco del tratamiento jurídico de los datos de carácter personal*, Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho, Alcalá, 2010, señala que «el Tribunal centra exclusivamente su argumentación en el tercero de los motivos alegados por el recurrente –los libros de bautismo no son ficheros–, sin entrar en el estudio de los dos anteriores. Todo ello por una razón lógica: si confirma que los libros de bautismo no son ficheros, la cuestión de la aplicación de la LOPD queda resuelta.» (p. 158). Los otros argumentos del Arzobispado a los que se refiere la autora son los relativos a la protección de la libertad religiosa y a la prohibición de alegar el derecho interno como



La declaración de no profesar la fe católica¹⁴ tuvo efectos civiles en España en otro tiempo, concretamente, hasta la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978, y era requerida para la celebración de matrimonio civil. En la actualidad, la declaración también tiene efectos en otros Ordenamientos, como en el alemán, a la hora de determinar los sujetos pasivos de lo que en aquel Derecho se llama impuesto religioso o eclesiástico, pero carece de tal relevancia en España simplemente porque la norma estatal no le anuda ningún tipo de efecto.

En cualquier caso, la existencia de estos efectos –que Santi Romano llama civiles–, y, por tanto, la existencia de relevancia en el ordenamiento del Estado de la relación canónica, no afecta al modo en el que esta se regule en el propio Ordenamiento de la Iglesia.

Es más, partiendo de la idea de que «los efectos de un acto no derivan necesaria y totalmente de su contenido sino que pueden derivar de otros actos o de otras leyes», considera que los efectos civiles del matrimonio son «efectos que el Derecho de la Iglesia en ningún caso podría conseguir por sí mismo», y por ello «intrínsecamente diferentes» a los previstos por el Ordenamiento canónico¹⁵. ¿No podría considerarse la cancelación de los datos de un fichero algo similar a un efecto civil que se «añade» a la regulación y los efectos de derecho canónico pero que en ningún caso modifica una u otros? Pero ¿a qué afecta civilmente? En el caso del matrimonio canónico, el efecto se ve con claridad dado que lo que se contempla en la regulación civil del mismo es básicamente su acceso a un registro estatal. Resulta difícil encontrar un paralelismo como no sea el registro de ficheros que gestiona la propia AEPD, pero esto puede ser obtenido sin que se varíe el contenido de los libros bautismales.

Podría incluso considerarse la existencia del caso contrario, esto es, la regulación de efectos canónicos en consideración a hechos o relaciones previstos por normas estatales. Efectivamente, es significativo que en el llamado impuesto eclesiástico alemán la exención de su pago dependa exclusivamente de una declaración

justificación para la inaplicación de un tratado según el Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969, y ello en relación a los Acuerdos suscritos entre España y la Santa Sede en 1979.

Puede consultarse Isabel CANO RUIZ, *Los datos religiosos en el marco del tratamiento jurídico de los datos de carácter personal*, Comares, Granada, 2011.

¹⁴ Decimos declaración de no profesar y no apostasía, dado que el acto exigido en vía administrativa, al interpretar el artículo 42 del Código Civil sobre la no profesión de fe católica, no era propiamente la apostasía o defección formulada ante autoridad eclesiástica sino la declaración ante el Encargado del Registro Civil, presumiéndose incluso la acatolicidad por el solo hecho de la celebración del matrimonio civil, según los artículos 245 y 249 del Reglamento del Registro Civil en la redacción que establece el Real Decreto de 1 de diciembre de 1977. Seguimos en este punto la exposición de Rafael Navarro Valls *El Matrimonio Religioso ante el Derecho Español*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1984., p. 18 y SS.

Se trataba de regular las condiciones que dan acceso al llamado matrimonio civil subsidiario, institución cuya regulación compete efectivamente al Estado. A estos efectos el matrimonio civil requería la prueba de acatolicidad del contrayente, circunstancia que concurría no sólo en el apóstata, sino también en el no bautizado o el receptor de la decisión de excomunión.

¹⁵ Las frases y expresiones entrecomilladas se encuentran en el parágrafo 42, «Relevancia de un Ordenamiento para con otro en relación con sus efectos. Eficacia externa e interna de un ordenamiento», SANTI ROMANO, *op. cit.*, pp. 291 y SS.

del sujeto pasivo ante la administración fiscal de aquel país. Esto ha dado lugar a casos de declarantes que han seguido participando de su condición de fieles.

Correspondería en todo caso a la Iglesia la determinación de los efectos que tal declaración tenga en su seno al margen del cumplimiento de la norma fiscal que regula la exención. La solución que ha dado la jurisdicción alemana en un caso reciente ha sido justamente la señalada, esto es, a la vista de la declaración tributaria cabe que la Iglesia considere que se ha producido declaración de apostasía y que actúe en consecuencia sin que esté en su poder revocar la exención fiscal concedida¹⁶.

Tanto en un caso como en el otro se apunta a una dualidad de efectos que podría incluso no existir si el Estado, en el primer caso, o la Iglesia, en el segundo, deciden no considerar hechos ocurridos al margen de su propia actividad como productores efectos en sus propios ordenamientos. Esto es, es posible que la Iglesia considere que la declaración tributaria estatal no supone apostasía, o que el Estado considere que la apostasía no es precisa para el reconocimiento de la exención, al entender que es suficiente la declaración del sujeto pasivo de acogerse a la misma.

Tal vez podría incluirse en este contexto la llamativa determinación del artículo 1260 del Código Civil, a cuyo tenor «No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciera, se tendrá por no puesto».

Como explica RIVERO HERNÁNDEZ¹⁷, estas normas serían incomprensibles si no tuviéramos en cuenta su origen histórico que radica en la influencia del Derecho Canónico en la regulación de los contratos civiles, con el fin de permitir «la vestimenta» del pacto nudo o contrato fuera del *numerus clausus* del derecho romano. El juramento que se unía al contrato, que no seguía las formas establecidas, dotaba a éste de obligatoriedad.

Cuando el contrato era impugnado por quien prestó juramento ante el tribunal civil era preciso solicitar previamente al Ordinario la relajación del juramento, de manera que la autorización eclesiástica condicionaba la declaración de nulidad de contrato civil por los órganos estatales.

Es interesante observar que, con la intención de modificar este estado de cosas, el legislador viene a concretar la consecuencia de la infracción del precepto en tener «por no puesto» el juramento, esto es, en no conceder efectos civiles a la institución que se origina y explica en otro Ordenamiento y, en ningún caso, apodera a los órganos estatales para valorar la validez del juramento, ante la posible existencia de vicio de consentimiento, o para disponer que la autoridad eclesiástica deba relajarlo o relevar de su cumplimiento, o incluso que deba examinar si ello procede, articulando un mecanismo similar a una

¹⁶ Resumen de la sentencia del Tribunal Administrativo de Friburgo que se ha difundido en diversos medios de prensa en septiembre de 2012. Llama la atención que el Arzobispo de Friburgo haya declarado que «corresponde a la Iglesia determinar la forma en la que se relaciona con los apóstatas», para referirse a su derecho a determinar si el interesado puede o no recibir sacramentos, derecho que había sido impugnado por éste ante el tribunal administrativo. La noticia se ha consultado en *El Correo* de 27 de septiembre de 2012.

¹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ EN LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil II*, Volumen Primero, José María BOSCH. Editor S. A., Barcelona, 1994, p. 347.



cuestión prejudicial devolutiva. Simplemente no se reconocen efectos civiles al juramento en materia de legitimación para la impugnación de contratos.

Cabe por tanto eximir «civilmente» del cumplimiento de un contrato a quien sigue estando obligado en virtud de juramento «canónico», y es posible también que habiéndose producido la liberación del juramento por la autoridad eclesiástica la autoridad estatal dictamine que debe cumplirse lo pactado.

En otras palabras, el juramento ha dejado de ser relevante para el legislador estatal a la hora de examinar si procede la impugnación, por quien juró, de los contratos civiles a los que afecta, de la misma manera que la apostasía ha dejado de ser relevante, ha cesado de producir efectos, en el momento de analizar si puede celebrarse matrimonio civil. Dejó de serlo incluso durante el último periodo de vigencia del matrimonio civil subsidiario, como se ha visto anteriormente en nota a pie de página.

CONCLUSIONES

Primera. En un supuesto como el analizado, en el que concurren dos Ordenamientos –dos Instituciones, según el concepto de Santi Romano– sobre una misma relación, que dispone así de dos regulaciones, es posible que estas dos regulaciones lleven a soluciones dispares, sin que deba necesariamente imponerse una homogeneidad de la respuesta jurídica.

Segunda. La óptica con la que los órganos de un Ordenamiento deben contemplar el conflicto que nace en una relación jurídica creada al margen del mismo, esto es, en el seno de otro Ordenamiento –Institución–, no debe ser solo la de considerar si el supuesto de hecho puede subsumirse en las normas del primer Ordenamiento, sino además la de valorar la relevancia que la cuestión tiene para este, sea por su posición, por su contenido, o, como aquí se ha desarrollado, por sus efectos, para asignarle otros que serán en todo caso, como se señala en la cita de SANTI ROMANO que abre el apartado 3 de este estudio, «intrínsecamente diferentes». Consideramos que son diferentes los efectos de la cancelación del dato del bautismo (si este figurara en un fichero al que fuera de aplicación la LOPD) y la constancia del sacramento del bautismo en el ordenamiento de la Iglesia y su permanencia¹⁸.

¹⁸ Debemos recordar aquí que el criterio de tener en cuenta la relevancia de las conductas puede incluso aconsejar la inaplicación de normas prohibitivas en un mismo Ordenamiento, cuando las razones que motivan la prohibición se dan en grado mínimo. Parece razonable tener presente también este criterio cuando de relaciones entre ordenamientos se trata con el fin de aquilatar la aplicación de sus normas más allá de lo que se describa en sus supuestos de hecho si ningún efecto parece que pueda derivarse. Véase Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 116 y SS., donde los autores desarrollan lo que llaman «la tolerancia jurídica», concepto que transformaría en lícito en atención a principios jurídicos, lo que es ilícito, según la mera lectura de las reglas. Aducen como ejemplo el principio de insignificancia de derecho penal, que convierte el hecho típico en acto no merecedor de sanción.

EL DEBER DE CONSERVACIÓN TRAS LA LEY DE REHABILITACION, REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS DE 2013

Alicia Espejo Campos¹

RESUMEN

Este artículo estudia la figura del deber de conservación a la luz de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. El objetivo es identificar las novedades introducidas y su alcance sobre los propietarios. Como principal conclusión se puede resaltar que las novedades introducidas por esta Ley son escasas, sin embargo se incluyen una serie de obligaciones que nada tienen que ver con el contenido natural del deber de conservación.

PALABRAS CLAVE: Deber de conservación, Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, rehabilitación urbana.

ABSTRACT

«The preservation duty after the Urban rehabilitation, regeneration and renewal Act of 2013». This article aims to study the legal concept of the preservation duty in light of the Urban rehabilitation, regeneration and renewal Act of 2013. The goal is to identify applied innovations and its impact on properties' owners. The evidences show that those applied innovations are limited, and furthermore, it takes into account a series of obligations that are not strongly related with the natural concept of the duty of preservation.

KEYWORDS: Duty of preservation, Urban rehabilitation, regeneration and renewal Act of 2013, urban rehabilitation.

PLANTEAMIENTO

«El tema central del urbanismo actual no es el de colonizar nuevos espacios intentando inventar nuevas formas de asentamiento, sino el de reconstruir, recuperar los viejos centros urbanos, rehabilitarlos y equiparlos» esto escribía García de Enterría en los años 80². Han pasado más de tres décadas y a la recuperación de la ciudad existente no se le ha prestado la atención que merece. Ello es debido, en parte, a



que la economía española ha sido motorizada de forma desmedida por el mercado inmobiliario, mercado que ha movido los hilos en la configuración del urbanismo en España. No obstante, con la burbuja inmobiliaria y la crisis, en los últimos años, la conservación y rehabilitación de la ciudad se ha convertido en uno de los temas centrales del Derecho Urbanístico español, lo que se refleja con la redacción y aprobación de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (LRRR, en adelante)³.

Tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de esta Ley, tras diversos estudios realizados, en España existían más de 700.000 viviendas nuevas vacías y no se prevé demanda suficiente para cubrirlas en los próximos años. Es por ello, que el legislador considera que es preciso cambiar el modelo urbanístico expansionista que ha caracterizado a nuestro país en las últimas décadas por un modelo urbanístico de conservación y rehabilitación de la ciudad existente. La situación de debilidad en la que se encuentra este mercado era y es el escenario adecuado para fomentar el cambio.

Con el objetivo de ayudar a la consecución de la rehabilitación de las ciudades, la LRRR ha introducido importantes modificaciones en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLS08, en adelante). Algunas de estas modificaciones afectan singularmente al contenido del derecho de propiedad del suelo y se proyectan principalmente sobre los deberes de los propietarios del suelo, en especial, sobre el deber de conservación.

Algunos autores⁴ consideran que la reforma efectuada por la LRRR ha supuesto un ensanche o ampliación del deber de conservación, entendiendo que se ha pasado de un deber de conservación a un deber de rehabilitación. No obstante, la propia Exposición de Motivos de la Ley afirma que «se completa la regulación del deber legal de conservación para sistematizar los tres niveles que ya lo configuran»⁵,

¹ Máster en Derecho Urbanístico (3.^a Edición) de la Universidad de La Laguna y alumna de doctorado de la Universidad de La Laguna.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural», en *REDA*, n.º 39, 1983, p. 575 y SS. (589). La misma idea defendía LÓPEZ Ramón, F., en «Perspectivas jurídicas de la rehabilitación urbana» en *Revista de Estudios de Derecho Administrativo (REDA)*, n.º 43, 1984, pp. 535 y SS.;

³ Antes de esta norma, se habían adoptado medidas sobre esta cuestión: artículos 107 a 111 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES, en adelante) y en los artículos 17 a 22 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (RDL2011).

⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^a, «Nuevo enfoque del deber de conservación en la Ley 8/2013, De 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», en *La Administración al día*. INAP, 22 de julio de 2013; GARCÍA ÁLVAREZ, G. «Deber de conservación, ruina y rehabilitación», *Monografías-Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013, pp. 73-108.

⁵ Estos tres niveles son: un primer nivel básico o estricto en el que el deber de conservación conlleva el destino a usos compatibles con la ordenación territorial y urbanística y la necesidad de garantizar la seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles. Además, con carácter particular, el deber legal de conservación también contiene la necesidad de satisfacer los requisitos básicos de la edificación establecidos en el artículo 3.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de

sosteniendo que la modificación realizada «no impone nuevas obras de conservación de inmuebles, ya que el deber de conservación ha tenido y sigue teniendo los mismos contenidos». Lo cierto es que el legislador da un giro con respecto a la LES. Aquella norma fomentaba la recuperación del sector inmobiliario mediante el impulso a la rehabilitación y la renovación urbana a través de políticas públicas. En cambio, la LRRR ha utilizado la figura del deber de conservación para imponer a los propietarios deberes urbanísticos que van más allá de la conservación de las edificaciones. El deber de participar en la rehabilitación y regeneración de las ciudades.

CONCEPTO, CONTEXTO Y CONTENIDO. LA CUESTIÓN

¿Qué es el deber de conservación? La respuesta a esta pregunta parece fácil pero como decía Shakespeare «todo depende del cristal con que se mira». En nuestro caso todo depende de la norma a la que se mire. Lo que sí es posible afirmar es que todas las normas, tanto las estatales como las autonómicas, tienen un mínimo contenido común que es la seguridad, salubridad y el ornato público. Lo que se denominará en este trabajo como deber de conservación en sentido estricto.

¿Ha sufrido el deber de conservación un aumento en su contenido? Para responder a esta pregunta es necesario analizar la evolución de esta figura en la normativa de suelo estatal y en la normativa urbanística autonómica.

NORMATIVA ESTATAL

El deber de conservación se instauró (desde el punto de vista urbanístico) en la primera Ley estatal del Suelo (Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana. En adelante, LS56), como el deber que tiene todo propietario de mantener las edificaciones y terrenos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. Junto a ello, el deber de conservación permitía la posibilidad de ordenar las obras de conservación y de reforma en fachadas o en espacios visibles desde la vía pública por motivos turísticos o estéticos. De igual modo se reguló en el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana

la Edificación (LOE). Un segundo nivel, en el que el deber de conservación incluye los trabajos y obras necesarios para adaptar y actualizar progresivamente las edificaciones, en particular las instalaciones, a las normas que les vayan siendo explícitamente exigibles en cada momento. Aclara el legislador que no se trata de aplicar con carácter retroactivo la normativa. Y por último, un tercer nivel referido a las obras adicionales incluidas dentro del propio deber de conservación, por motivos de interés general, las denominadas «mejoras». El legislador distingue aquí dos supuestos: los tradicionales motivos turísticos o culturales y la mejora para la calidad y sostenibilidad del medio urbano que introdujo la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, y que puede consistir en la adecuación parcial o completa a todas o a alguna de las exigencias básicas del Código Técnico de la Edificación.



(TRLS76) y en el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística (RDU).

Fue el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana⁶ (TRLS92) el que introdujo el deber de destinar los terrenos y construcciones a los usos establecidos en el planeamiento urbanístico (deber de uso) y el sometimiento a las normas de protección del medio ambiente, de patrimonio y rehabilitación urbana (deber de rehabilitación)⁷. Es en esta norma donde se amplía el deber de conservación en sentido estricto, pasando a ser un triple deber o un solo deber con un triple contenido.

Por su parte, la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (LS98) mantuvo prácticamente una redacción idéntica a su antecesora, no obstante, con respecto al deber de uso hace alusión a usos que no resulten incompatibles con el planeamiento urbanístico y suprime las órdenes de ejecución por motivos turísticos o culturales.

El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo⁸ (TRLS08) va más allá, y no sólo se refiere al deber de dedicar las edificaciones a los usos que no sean incompatibles con el planeamiento (urbanístico y territorial), sino que obliga a conservarlos en las condiciones legales para servir a dicho uso. Además, introduce junto a las condiciones de seguridad, salubridad y ornato, la accesibilidad. De igual modo establece la obligación de realizar trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber de conservación e incluye la posibilidad de ordenar obras por motivos turísticos o «culturales» (ya no

⁶ Este texto normativo fue declarado inconstitucional en gran parte de sus preceptos por la STC 61/1997 particularmente, aquellos con vocación de aplicación supletoria al entender el TC que la cláusula del art. 149.3 de la Constitución Española no supone una atribución de competencias, de tal modo que no cabe dictar Derecho estatal supletorio en aquellas materias en que las CCAA tengan competencia exclusiva, como es el caso del urbanismo. No obstante, por lo que se refiere a los preceptos que regulan el deber de conservación no fueron declarados inconstitucionales todos. Los arts. 21 (deberes legales de uso, conservación y rehabilitación), y en conexión con éste los arts. 245.1 (deber de conservación en sentido estricto) y 246.2 (límite del deber de conservación) tenían el carácter de legislación básica, en tanto que el resto de apartados, es decir, los arts. 245.2 (orden de ejecución), 246.1 (motivos estéticos o turísticos), 246.3 (cooperación administrativa edificios catalogados) y el 247 (declaración de ruina) eran de aplicación supletoria. De tal modo que la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 61/1997 se extendió a estos últimos preceptos de aplicación supletoria, con la consiguiente reviviscencia como Derecho supletorio de los artículos del TRLS76.

⁷ Tanto en la LS56, como en el TRLS76 y en el RDU el deber de conservación se incardinaba en la sección dedicada a las «órdenes de ejecución», no obstante, tras el TRLS92 se establece una sección dedicada a los derechos y deberes básicos de los propietarios (Sección 1.ª capítulo III) entre los que se encuentran los «deberes legales de uso, conservación y rehabilitación» (art. 21) que posteriormente se convierte en un artículo dedicado al contenido del derecho de propiedad (art. 9 TRLS08).

⁸ Siguiendo una redacción prácticamente idéntica a la de Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo (LS2007).

estéticos). También, define el deber de uso (en suelo urbanizado) como el deber de edificar en los plazos establecidos en la normativa aplicable⁹.

Finalmente, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (LRRR), introduce cambios en el deber de uso, conservación y rehabilitación.

En primer lugar, el deber de uso ya no supone el deber de edificar en los plazos establecidos¹⁰ sino el de: i) dedicar el suelo a usos que sean compatibles (antes a usos que no sean incompatibles) con la ordenación territorial y urbanística; ii) completar la urbanización de los terrenos con los requisitos y condiciones establecidos para su edificación; iii) participar en la ejecución, en el régimen de distribución de beneficios y cargas, de las actuaciones de rehabilitación edificatoria y regeneración urbanas¹¹, en los términos establecidos en el artículo 8.5. c) (art. 9.5).

En segundo lugar, al deber de conservación se añade que, cuando se trate de edificaciones (art. 9.1. tercer párrafo), el mismo comprenderá además la realización de los trabajos y las obras necesarias para satisfacer, con carácter general, los requisitos básicos de la edificación establecidos en el art. 3.1. de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE, en adelante), esto son requisitos referentes a la funcionalidad, la seguridad y la habitabilidad. Y para adaptarlas y actualizar sus instalaciones a las normas legales que les sean explícitamente exigibles en cada momento.

En tercer lugar, en cuanto al deber de rehabilitación, se trata de realizar obras adicionales por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación.

En síntesis, se evidencia la evolución paulatina del deber de conservación en la normativa estatal del suelo. Las normas preconstitucionales (LS56 y TRL76) recogían «el deber de conservación en sentido estricto». Mientras que las postconstitucionales pasaron a regular un deber de uso, conservación y rehabilitación. Fue el TRLS92 el que introdujo el gran cambio, «el triple deber», a partir de ahí el TRLS08 introdujo algunas modificaciones pero ha sido la LRRR la que ha convertido el

⁹ El deber de edificar (que no de uso) ya existía en las normas anteriores pero desvinculado del deber de conservación. La LS56 establecía que los propietarios de terrenos de suelo urbano debían edificar los solares, bajo la carga de expropiación, en el plazo que rija (art. 67), la LS76 obligaba a los propietarios de suelo urbano y urbanizable programado a edificar los solares cuando el Plan así lo estableciera dentro del plazo que éste señale, o, en su defecto, en los plazos fijados en la norma (arts. 83 y 84). El TRLS92, hablaba en su artículo 20 de «deberes legales para la adquisición gradual de facultades» entre los que se encontraba el deber de edificar en plazo. Por último, la LS98 también hacía alusión a este deber dentro de los deberes de los propietarios de suelo urbano y urbanizable.

¹⁰ El deber de edificar en plazos se establece, tras la LRRR, en el apartado 6 del artículo 9 TRLS08, sin incluirlo dentro del deber de uso.

¹¹ El art. 14.2 b) TRLS08 se refiere a actuaciones de rehabilitación edificatoria, como a aquellas obras y trabajos de mantenimiento o intervención en los edificios existentes, sus instalaciones y espacios comunes, en los términos dispuestos por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Sin embargo, la norma no define qué son las actuaciones regeneración y renovación urbanas, que si venían definidas en la LES y en el RDL2011.



deber de conservación en un deber de rehabilitación y la que ha dado un contenido al deber de uso que nada tiene que ver con su contenido de origen.

NORMATIVA AUTONÓMICA

En cuanto a las Comunidades Autónomas (CCAA) todas ellas regulan en sus normativas el deber de conservación, configurándolo, por regla general, de forma bastante similar. Algunas de ellas han introducido ciertas novedades y en particular se aprecia una tendencia rehabilitadora.

Prácticamente la totalidad de estas normas definen este deber refiriéndose a las clásicas condiciones de conservación, es decir, seguridad, salubridad y ornato público. Algunas añaden a estas condiciones, la «habitabilidad» y el «decoro»¹². Galicia y la Comunidad Valenciana además incluyen la «funcionalidad». Aragón añade condiciones de «calidad ambiental, cultural y turística». Y las Islas Baleares, además de lo anterior habla de la «accesibilidad universal».

La mayoría no sólo prevé el deber de conservación como el deber de mantenimiento de las condiciones anteriormente citadas, sino también del deber de destinarlos a usos compatibles con el planeamiento, siguiendo el modelo de las Leyes de Suelo postconstitucionales.

Con las evidencias anteriores se puede admitir, por el momento, que el contenido del deber de conservación ha sufrido un incremento en la normativa reciente. No obstante, es necesario ahondar en los distintos conceptos que forman el mismo para saber si se trata de una mera apariencia o de contenido.

CONCRECIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Ninguna de las normativas estatales analizadas define qué se entiende por mantener las edificaciones en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. No obstante, hoy encontramos en el artículo 3 LOE los requisitos básicos que

¹² Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (Ley Navarra); la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (Ley Andaluza); la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana (Ley C. Valenciana) y el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo Cataluña (Ley Catalana) tratan la habitabilidad. La Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (Ley Castellano Manchega), Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (Ley Extremeña), Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (Ley Canaria), Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (Ley Madrileña), Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (Ley Vasca) y la Ley C. Valenciana hablan del decoro.

deben de cumplir las edificaciones. Esta norma define la funcionalidad, seguridad y habitabilidad desde el punto de vista del proceso edificatorio.

Sin embargo, desde el punto de vista del deber de conservación se trata de conceptos jurídicos indeterminados que deben ser valorados en función de las diferentes circunstancias urbanísticas concurrentes en cada caso concreto.

La jurisprudencia ha mantenido una doctrina constante que afirma que el deber de conservación implica que los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones «habrán de mantenerlos en condiciones de seguridad, previniendo riesgos para las personas o las cosas, salubridad, para que no atenten a la salud e higiene y ornato públicos para que no perjudiquen lo que se ha llamado la imagen urbana»¹³. Por tanto, no existe una definición de seguridad, salubridad y ornato público, sino que detrás de estos conceptos existe una finalidad: evitar riesgos, evitar circunstancias que atenten a la salud e higiene y mantener la imagen urbana de la ciudad, pero habrá de atenderse a la normativa en cada caso aplicable y a las circunstancias del caso concreto.

En cuanto a la introducción por parte de las CCAA de algunos conceptos como la habitabilidad y funcionalidad, lo cierto es que la jurisprudencia ha las había ido incorporando sin necesidad de que la normativa los previera. Ejemplo de ello lo encontramos en la STS de 21 octubre 1980 (RJ 1980\3928) que establece:

para el cálculo del coste de las reparaciones necesarias en un edificio, hay que computar todas las precisas para dotarlo de las debidas condiciones de seguridad y de habitabilidad.

La doctrina jurisprudencial también mantiene una línea clara con respecto a las obras que quedan excluidas del deber de conservación. Estas son las obras dirigidas a proporcionar al inmueble un mayor ornato y embellecimiento, las que excedan de su reparación funcional y las que supongan su modernización y mejora, esto es, las que persigan conseguir en el edificio una mayor comodidad u ornato superior al que tenía la finca¹⁴.

Con lo expuesto, se puede afirmar que, dentro de las condiciones de salubridad, seguridad y ornato, se encuentran en cierto modo inmersas la habitabilidad y la funcionalidad. Esto nos lleva a concluir que la introducción hecha por el legislador en la LRRR con referencia a cumplir las condiciones establecidas en el art. 3 de la LOE, no es una alteración del deber, pues precisamente este artículo define la habitabilidad, seguridad y funcionalidad, ya exigidas por tanto con anterioridad. No obstante, la LRRR obliga a adaptar las edificaciones y actualizar sus instalaciones a las normas legales que les sean exigibles en cada momento. Siguiendo la jurisprudencia anterior. Esto último sí podría resultar un exceso del deber de conservación, pues se trata de obras de modernización y mejora.

¹³ Ver STS de 1 de julio de 2002 (RJ 2002/5947).

¹⁴ Ver STS 10 de noviembre de 1989 (RJ 1989/8182), STS de 7 de noviembre (RJ 1991/8802), STS 22 de marzo de 1994 (RJ 1994/1815), STS de 22 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9061) y STS de 28 de junio de 1999 (RJ 1999/5292) entre otras.



En cuanto al deber de uso introducido por el TRLS92, éste significa, como se ha visto, el deber de destinar los terrenos y construcciones a los usos establecidos. No obstante, el art. 9.5 TRLS08, tras la reforma efectuada por la LRRR, establece que el mismo supone «completar la urbanización», además de la obligación de los propietarios de «participar en la ejecución de actuaciones de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas» en el régimen de beneficios y cargas que corresponda. Es curioso como en la LES las actuaciones de renovación y rehabilitación urbana tenían la consideración de actuaciones de transformación urbanística, de conformidad con lo previsto en el artículo 14.1 TRLS08, siéndoles de aplicación el régimen legal establecido en dicho texto a las actuaciones de urbanización o de dotación. Aquella norma trataba de fomentar políticas públicas para un medio urbano sostenible. No obstante, el legislador del 2013 ha preferido cargar a los propietarios con esta obligación a través del deber de conservación.

Por lo que se refiere al deber de rehabilitación, el legislador aclara que las obras adicionales para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano pueden consistir en la adecuación parcial o completa a todas o a algunas de las exigencias básicas establecidas en el Código Técnico de la Edificación (art 9.1 último inciso del último párrafo).

Pues bien, a modo de balance, tanto el deber de uso como el deber de rehabilitación han sufrido un claro aumento en su contenido. Dicho contenido va más allá de la finalidad que persigue el deber de conservación. Se trata de nuevos deberes que nada tienen que ver con el contenido natural de ese deber.

FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El deber de conservación ha sido definido como un deber básico del propietario del suelo, cuyo contenido expresa una manifestación de la función social de la propiedad. Así lo precisaba el Tribunal Constitucional en su Sentencia 61/1997 de 20 marzo (RTC\1997\61)¹⁵.

No es objeto de este trabajo el estudio del contenido del derecho de propiedad ni de la función social de la propiedad, sin embargo se hace necesario hacer una mención respecto de las mismas pues será de gran utilidad para poder conocer la naturaleza del deber y sus límites.

¹⁵ El TC resuelve la impugnación por parte de la Generalidad de Cataluña del artículo 246.2 TRLS92 referido a las órdenes de ejecución por motivos turísticos o culturales. La Generalidad de Cataluña entendía que las órdenes de ejecución por motivos turísticos o culturales pertenecen a la «función urbanística» y por tanto su regulación era competencia de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, el alto tribunal conecta este precepto con el del deber de conservación (art. 21) llegando a la conclusión de que el mismo no es inconstitucional pues «salta a la vista» que la norma se limita a formular unos deberes genéricos y mínimos que han de ser colmados por la legislación sectorial aplicable y repite de nuevo que los «deberes de conservación son manifestación de la función social de la propiedad» y que sólo aquellos que traspasen su límite serán indemnizables (FJ 1 K) 34 b).

La Constitución española regula el derecho de propiedad en su artículo 33. En el apartado primero del art. 33 CE se reconoce el derecho a la propiedad, pero no se define el mismo. Es el Código Civil el que en su artículo 348 lo define como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». No obstante, es doctrina pacífica del TC¹⁶ que «la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado una transformación tan profunda que impide concebirla como una figura reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil». Además, en el ámbito urbanístico ya la LS56 estableció la propiedad como un derecho cuyas facultades se ejercerán «dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios¹⁷» (Art. 71). Por su parte, tanto la LS2007 como el TRLS08 establecían como contenido del derecho de propiedad «las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien. Comprende asimismo la facultad de disposición» (Art. 8). Por tanto, en el ámbito urbanístico el derecho de propiedad no es sólo el derecho de gozar y de disponer de una cosa.

El apartado segundo del art. 33, introduce la función social como delimitación del contenido del derecho de propiedad. La primera cuestión que cabe plantearse es ¿qué es la función social? La función social atiende a la tarea de interés público que el bien está llamado a cumplir sin que desaparezca la relación de propiedad¹⁸. Es el fundamento de la imposición de deberes y cargas sobre el propietario. Son numerosas las sentencias que así la definen, entre ellas destaca la STC 37/1987 de 26 de marzo, ya citada, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de la Reforma Agraria de Andalucía del año 1984¹⁹.

¹⁶ STC 37/1987 de 26 de marzo (FJ 2). Más reciente STC 141/2014 de 11 septiembre (FJ noveno B) 2).

¹⁷ De la misma forma lo establecieron los arts. 76 LS76, 8 TRLS92 y 2.1 LS98.

¹⁸ VILLAR ROJAS, F., *Derecho Urbanístico de Canarias, Capítulo II El derecho de propiedad del suelo*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 84; MENÉNDEZ REXACH, A. «La propiedad en la nueva Ley del Suelo», *Derecho privado y Constitución*, N.º 3, 1994 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el derecho de Propiedad Privada), pp. 63-130; Régimen jurídico del suelo y función social de la propiedad; SÁNCHEZ LANUZA, D., *Veinte años de derecho urbanístico canario. Régimen jurídico del suelo y función social de la propiedad*. Libro coord., por Carmelo PADRÓN DÍAZ, Francisco José VILLAR ROJAS y Luciano José PAREJO ALFONSO, 2007, p. 313-360.

¹⁹ Los recurrentes afirman que la Ley de Reforma Agraria quebranta el contenido esencial del derecho de propiedad privada, que comprende las facultades de usar, disfrutar, consumir y disponer de la cosa objeto del dominio, sin más limitaciones que las que, en virtud de la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución), sean impuestas por la Ley y consideradas razonables por la sociedad. El menoscabo del contenido esencial del derecho de propiedad se produciría porque el art. 2.º de la Ley impugnada habilita incondicionalmente a la Administración Autonómica para imponer deberes positivos a los propietarios de tierras rústicas, infringiendo así la reserva de la Ley establecida en los artículos 33.2 y 53.1 del Texto constitucional y generando por añadidura inseguridad jurídica (FJ. 2).





La función social debe de respetar siempre el contenido esencial del derecho de propiedad tal y como establece el artículo 53.1 de la Constitución²⁰. El problema radica en determinar cuál sea ese contenido esencial.²¹ De nuevo la solución nos la da el TC en la citada sentencia. La función social de la propiedad tiene como primer límite el contenido esencial de la propiedad, entendido éste como conjunto de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente a su categoría. Pero además tiene un segundo límite, tal y como afirma el Tribunal, y es que se rebasa el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección²².

Las cargas y obligaciones que traen causa de la función social deben respetar tres limitaciones²³: razonabilidad de las medidas limitativas, reconocibilidad del derecho y practicabilidad efectiva por su titular. Esto supone que las medidas limitativas, cargas y obligaciones que se impongan, deben tener su razón de ser en los fines públicos que se quiere proteger. Deben ser congruentes con los mismos e imprescindibles para su consecución o protección. Por ello, cuando para asegurar los fines públicos es preciso imponer tantas cargas que el derecho deviene inútil para su titular, este límite obliga a establecer mecanismos de compensación a los propietarios. Y es que, si bien es cierto que todas aquellas obligaciones que forman parte del contenido de la propiedad del bien no son susceptibles de indemnización o compensación²⁴, cuando se superan los límites estas cargas deben ser indemnizadas o compensadas.

El deber de conservación es una de esas cargas que traen causa de la función social de la propiedad. Es un deber público y como tal precisa de cobertura legal. En nuestro caso, el artículo 33 de la Constitución prevé un deber funcional, los que resultan de la propiedad como vinculada a la función social²⁵, tal y como se acaba de advertir.

Pues bien, el apunte realizado permite preguntarnos si el aparente aumento del contenido del deber de conservación del que hablan algunos autores está superando los límites del derecho de propiedad y hasta dónde podría llegar. La clave se encuentra en si ese nuevo contenido del deber de conservación persigue los mismos fines que se quiere proteger.

²⁰ Artículo 53.1: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a.)».

²¹ Para BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas-Junta de Andalucía, Madrid, 1988, p., 603-604 «el contenido esencial del dominio implica necesariamente dos elementos inescindibles: de un lado la rentabilidad económica, es decir, la explotación de los bienes en esa búsqueda del fin individual de su propietario, y de otro, el rendimiento social, la utilidad social. Y de la interconexión de ambos elementos, entiende este autor, que el contenido esencial de este derecho puede definirse como el aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusa.

²² STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 10), STC 37/1987 de 26 de marzo.

²³ Villar Rojas, F., *Derecho Urbanístico de...*, loc. cit. , p. 90.

²⁴ Ver FJ 11 STC 227/1988 de 29 de noviembre.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., en *Curso de derecho Administrativo II, Imposición de deberes*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, 9.ª edición, tomo II, p. 126 y SS.

LÍMITE. LA SITUACIÓN DE RUINA

De acuerdo con el derecho urbanístico tradicional, el deber de conservación termina donde comienza la situación de ruina²⁶. La declaración de ruina marca el momento en el que desaparece el deber de conservar y surge el deber de demoler la edificación ruinosa. Esto sucede, cuando se entiende que el deterioro es de tal envergadura que, por no permitir las condiciones para el uso y disfrute para el que fue construido o realizado, merece la declaración de ruina. La jurisprudencia ha declarado que los supuestos de hecho que dan lugar a la declaración de ruina constituyen «el techo máximo obligacional» del deber de conservación²⁷. Sin embargo, en algunas regulaciones como sucede en la normativa Canaria²⁸, la situación de ruina ya no supone la automática aparición del deber de demoler, sino la facultad del propietario de elegir entre la completa rehabilitación o la demolición.

La situación de ruina se recogía en la LS56, el TRLS76, el RDU78 y en el TRLS92. Sin embargo, tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia 61/1997 el desarrollo del hecho ruinoso en los edificios pasó a ser tratado por los legislativos autonómicos²⁹. El TRLS08 tampoco regulaba el hecho ruinoso, sin embargo, la LRRR introdujo un límite cuantitativo del deber de conservación. Por esto se hace necesario el estudio de la normativa estatal y autonómica.

NORMATIVA ESTATAL

Tanto en la LS56 como la LS76 (norma supletoria)³⁰ se declaraba el estado ruinoso en los siguientes supuestos:

a) Daño no reparable técnicamente por los medios normales.

²⁶ Se entiende que ruina, situación de ruina y estado ruinoso, es la misma realidad conceptual tal y como establece FERRANDO CORELL, J. V. *Edificios ruinosos, supuestos de declaración y procedimiento*, Thomson Civitas Pamplona, 2008, p. 83 y SS.

²⁷ STS 16 de junio de 1997 (RJ 1997\5044) (FJ 2).

²⁸ Artículo 155.3 b) 1.º Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias.

²⁹ La legislación estatal dejó de tratar el asunto por ser materia urbanística para lo que no se le reconocen competencias al Estado, motivo por el que la Ley 6/1998 de 13 de abril sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, obviara su tratamiento entre sus preceptos.

³⁰ Mientras no exista pronunciamiento autonómico al respecto rigen las determinaciones dadas en la Ley del suelo de 1976, así lo ha establecido el Tribunal Supremo en sendas sentencias: «Como ya hemos dicho en las sentencias de 26 de febrero y 23 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 1717 y 8752), esta norma resulta aplicable como «ius superveniens» tras la sentencia del Tribunal Constitucional 65/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 65), equivaliendo, en el caso, al artículo 247.2 a) del TRLS/1992 (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485), declarado inconstitucional en dicha sentencia». En esta situación se encontraban las Islas Baleares hasta que en el año 2014 aprobó Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo. Hoy en día es difícil imaginar un supuesto en el que sea de aplicación la LS76 para el estado ruinoso.



- b) Coste de la reparación superior al cincuenta por ciento del valor actual del edificio o plantas afectadas.
- c) Circunstancias urbanísticas que aconsejen la demolición del inmueble.

Junto a estos tres supuestos tradicionales, se añadía el de deficiencias constructivas que afectasen a la salubridad³¹.

El Reglamento que desarrolla esta norma (RDU78) introdujo algunos matices importantes en sus artículos 12 a 17³²:

- a) Ruina urbanística: junto a las circunstancias urbanísticas que aconsejen la demolición del inmueble debe darse una situación de deterioro.
- b) Ruina económica: el coste de la reparación sea superior al cincuenta por ciento del valor actual de la construcción (no del edificio) o plantas afectadas.
- c) El reglamento desarrolla el «cuarto» supuesto de ruina por condiciones de salubridad, estableciendo lo siguiente: «igualmente se entenderá que es ruinoso una construcción cuando presente deficiencias que afecten a la salubridad, que no sean subsanables por los medios técnicos normales o cuyo coste de subsanación supere el cincuenta por ciento del valor de la construcción».

A diferencia de la normativa anterior y de la normativa actual, el RDU78 establecía en su articulado cuándo se apreciaba la ruina económica, cuándo se apreciaba la ruina urbanística y qué se consideraban deficiencias de salubridad³³.

El TRLS92 en su art. 247³⁴ introdujo algunos matices:

- a) La exclusión del valor del terreno para calcular la ruina económica.

³¹ Artículo 183.5 «Las mismas disposiciones regirán en el supuesto de que las deficiencias de la construcción afectaran a la salubridad».

³² Artículos primeramente suspendidos por RD 2472/1978 de 14 de octubre tomando como fundamento el razonamiento de la suspensión que la disposición adicional del proyecto de Ley de Valoración de Suelo y Medidas para la Ejecución del Planeamiento Urbanístico introduce modificaciones que afectan al artículo ciento ochenta y tres de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Establece el texto de la norma lo siguiente: «existiendo, por tanto, fundadas razones para prever la modificación de aspectos sustantivos de la regulación legal del estado ruinoso de las construcciones y siendo este tema de gran incidencia en la política urbanística de conservación y rehabilitación de viviendas y edificios existentes, el Gobierno considera conveniente suspender la vigencia de determinados artículos de la sección segunda, capítulo II del título primero del Reglamento de Disciplina Urbanística, hasta tanto se conozcan las posibles consecuencias de las futuras disposiciones a que se ha aludido sobre la regulación jurídica del estado ruinoso de las construcciones». Y posteriormente derogados por el Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero, por el que se aprueba la tabla de vigencias de los Reglamentos de Planeamiento, Gestión Urbanística, Disciplina Urbanística, Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares y Reparcelaciones, en ejecución de la disposición final única del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

³³ Artículos 13, 14 y 15 RDU78. Preceptos que desarrollaban los conceptos y aclaraban la situación de ruina, que ninguna otra norma ha acogido y que parece interesante volver a acoger.

³⁴ Precepto declarado inconstitucional por la STC 61/1997 (Fallo 2.º).



- b) La ruina técnica se produce cuando el edificio presente agotamiento generalizado de sus elementos estructurales o fundamentales.
- c) La ruina urbanística se refiere a cuando se requiera la realización de obras que no pudieran ser autorizadas por encontrarse el edificio en situación de fuera de ordenación.

Tras la declaración de inconstitucionalidad de estos preceptos, como se ha apuntado en líneas anteriores, ni la LS98 ni el TRLS08 hacían referencia a la ruina como límite al deber de conservación. La novedad se encuentra en que tras la reforma efectuada por la LRRR se introduce un límite cuantitativo del deber de conservación en la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta equivalente al original en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio. Este límite cuantitativo recuerda a la tradicional ruina económica. Sin que sea posible detenerse en esta cuestión, baste ahora plantear dos cuestiones: ¿tiene el Estado competencia para establecer este límite cuantitativo? ¿Qué ocurre con aquellas CCAA cuyo límite no coincida?

La LRRR no sólo introduce este límite sino que además faculta a la Administración para que realice las obras de conservación de forma subsidiaria, aumentando en estos casos el límite máximo del deber de conservación hasta el 75% del coste de reposición de la construcción o el edificio correspondiente, pero sólo si así lo ha establecido la legislación autonómica. Por lo tanto, la norma estatal aumenta el límite del deber de conservación en caso de incumplimiento por parte del propietario. Cabe de nuevo dejar planteada otra pregunta ¿dónde está el límite del límite?

NORMATIVA AUTONÓMICA

El límite del deber de conservación, en la mayor parte de las CCAA, se fija cuantitativamente en la mitad del valor de una construcción de nueva planta, con similares características e igual superficie útil o de dimensiones equivalentes a la preexistente, realizada con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable, o en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinada al uso que le sea propio, en términos muy similares a lo establecido en la LRRR. Esto supone calcular el coste de un edificio nuevo, de similar tipología y superficie, pero con todos los requisitos actualmente exigibles, y aplicarle el cincuenta por ciento. Ello implica un incremento respecto a la legislación urbanística tradicional, que aplicaba el cincuenta al valor actual del edificio, sin añadir instalaciones ni requisitos exigibles a un edificio nuevo³⁵. Otras CCAA, como por ejemplo Galicia y Cantabria utilizan el límite tradicional, esto es, la mitad del coste de reposición del bien o de nueva construcción con características

³⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, G. «Deber de conservación, ruina y rehabilitación», *Monografías-Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013, p. 73-108.



similares. Navarra y Murcia, utilizan la técnica de la remisión a la normativa aplicable, es decir, no establecen un límite directo. Especial mención merece La Rioja, que ha adaptado sus preceptos a la LRRR, y recoge el límite establecido en la misma junto con el aumento al 75% en caso de incumplimiento. Por último, el País vasco, utiliza la distinción entre actuaciones aisladas (60% del coste de reposición del edificio) e integradas (50% del coste de reposición del edificio).

En cuanto a la redacción dada por las CCAA a la situación legal de ruina se puede agrupar el panorama legislativo autonómico en dos tipos de redacciones:

A) Comunidades Autónomas que mantienen prácticamente la literalidad del TRLS92 (Cantabria, Cataluña, Galicia, La Rioja, Navarra, Asturias y Murcia). Con escasas diferencias en la letra. Recogen, casi de manera equivalente, la siguiente redacción³⁶:

Se declarará el estado ruinoso en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el coste de las obras necesarias exceda de la mitad del coste de reposición de la edificación o de nueva construcción con características similares, excluido el valor del suelo.
- b) Cuando el edificio presente un agotamiento generalizado de sus elementos estructurales fundamentales.
- c) Cuando se requiera la realización de obras que no pudieran ser autorizadas por encontrarse el edificio en situación de fuera de ordenación.

La legislación del principado de Asturias y la legislación Catalana, si bien pertenece al grupo de CCAA que siguen lo preceptuado en el TRLS92 presentan algunas diferencias³⁷.

B) Otras CCAA que han dado una nueva redacción al concepto, e incluso alteran los supuestos que pueden dar lugar a la declaración de ruina, intentando

³⁶ Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (Art. 201.2); Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (Art. 196.2); Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (Art. 199); Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (Art. 224); Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria (Art 202).

³⁷ En la legislación asturiana la diferencia se encuentra en el concepto de la denominada ruina económica, cuya redacción es idéntica a la que ofrece el segundo grupo de CCAA. Los supuestos de ruina técnica y ruina urbanística, salvo pequeños matices formales se mantienen.

En la legislación catalana, en la ruina técnica, en vez de utilizar «agotamiento generalizado de sus elementos estructurales» utiliza «daños que comportan la necesidad de una verdadera reconstrucción». En el supuesto de la ruina económica, habla del coste de las obras de reparación necesarias para cumplir las condiciones mínimas de habitabilidad, lo cual parece significativo. Y en cuanto a la ruina urbanística, explícita que las obras lo son para lograr la estabilidad de la edificación y la seguridad de las personas.



innovar pero siguiendo el mismo patrón (Andalucía, Aragón, Castilla la Mancha, Castilla y León, Extremadura, Islas Canarias, Madrid, País vasco y Valencia). Estas otorgan a la ruina la siguiente redacción³⁸:

«Procederá la declaración de la situación legal de ruina urbanística en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el coste de las reparaciones necesarias para devolver la estabilidad, seguridad, estanqueidad y consolidación estructurales a una edificación manifiestamente deteriorada, o para restaurar en ella las condiciones mínimas que permitan su habitabilidad y uso efectivo legítimo, supere el límite del deber normal de conservación, en los términos del artículo 153.2 de este Texto Refundido.
- b) Cuando el propietario acredite, al menos, el cumplimiento puntual y adecuado de las recomendaciones de los informes técnicos correspondientes a las dos últimas inspecciones periódicas preceptuadas en el artículo anterior, y el coste de los trabajos realizados como consecuencia de esas dos inspecciones, sumado al de las que deban ejecutarse a los efectos señalados en el apartado anterior, supere el límite del deber normal de conservación, con la comprobación de una tendencia progresiva y constante en el tiempo al incremento de las inversiones precisas para la conservación de la edificación.»

En este grupo no existen ni la ruina técnica ni la ruina urbanística. Sólo existe la ruina económica tradicional y una ruina económica «versionada».

Esta distinción es importante ya que no todas las CCAA prevén los mismos supuestos de ruina, además de que, como se ha dicho, no todas calculan el límite del deber de conservación de la misma forma. Asimismo, para su cálculo algunas excluyen el valor del suelo mientras otras no.

REFLEXIÓN FINAL

Con la elaboración de este trabajo se puede responder a la cuestión que se planteaba al principio del mismo ¿qué es el deber de conservación tras la LRRR? El deber de conservación tras la LRRR supone la obligación de mantener las edificaciones, construcciones e instalaciones en condiciones de seguridad, salubridad, accesibilidad universal y ornato legalmente exigibles, así como realizar las obras adicionales por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y

³⁸ Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (Art. 157); Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla la Mancha (Art. 139); Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (Art. 165); Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (Art. 155); Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (Art. 171).



sostenibilidad del medio urbano. Al mismo tiempo, obliga a realizar los trabajos y obras necesarios para satisfacer los requisitos básicos establecidos en la LOE. Además conlleva: dedicar las construcciones, edificaciones, etc. a los usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística; adaptar y actualizar las instalaciones a las normas exigibles en cada momento; completar la urbanización de los terrenos y participar en la ejecución de las actuaciones de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas que la Administración imponga.

Se está frente a lo que el legislador denomina en la Exposición de motivos de la LRRR «los tres niveles del deber de conservación». De ello se deduce que se está ante un solo deber con un triple contenido. Sin embargo, no es posible compartir dicha afirmación: es desproporcionado englobar dentro del deber de conservación la obligación de realizar actuaciones de regeneración y renovación urbanas. Es preciso delimitar de forma clara los deberes de conservación, de uso y de rehabilitación.

A la pregunta de si el deber de conservación ha sufrido un aumento en su contenido, la respuesta es que dicho aumento, si bien no ha sido desmesurado ya que gran parte de ese contenido que parece introducir la LRRR ya se exigía por la jurisprudencia y por las normativas autonómicas, ha supuesto que algunos de los contenidos actuales del deber de conservación nada tengan que ver con el contenido natural y los fines que persigue el mismo.

Asimismo debe destacarse la novedad en la situación de ruina. La ruina vuelve a estar presente en la normativa estatal tras haber desaparecido de la misma a consecuencia de la STC 61/1997. En realidad, la LRRR no regula la situación de ruina como tal, pero sí establece un límite cuantitativo del deber de conservación en la mitad del valor actual de la construcción de un inmueble de nueva planta, lo que se ha conocido tradicionalmente como la ruina económica. Además, la LRRR permite aumentar dicho límite al 75% en caso de incumplimiento. Esto da lugar a que existan algunas CCAA cuya ruina económica no coincide con la estatal, aquellas que aplican el 50% al valor actual del edificio, sin añadir instalaciones ni requisitos exigibles a un edificio nuevo. Además, se aprecia un claro intento por parte del legislador de aumentar el límite cuantitativo tradicional.

En definitiva, el legislador a través de la LRRR ha introducido cambios en el deber de conservación con el objetivo de fomentar la rehabilitación de las ciudades. Estos cambios, a pesar de que el legislador diga lo contrario, han supuesto una reforma en el mismo. Se han impuesto nuevos deberes urbanísticos a los propietarios a través del deber de conservación. Todo apunta, como decía Parada Vázquez³⁹, a que poco a poco, «la propiedad será como la margarita que el legislador deshoja, dejando en las manos del titular sólo el tallo de la flor y la espina del pago de los impuestos que toda titularidad en mayor o menor medida comporta».

³⁹ PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria*, Civitas, Madrid, 1991, p. 1278.

BITCOIN E SCHEMI SEQUENZIALI DI HASHING

di Maria Letizia Perugini¹

RESUMEN

Los motivos históricos y económicos que han llevado a programar el protocolo Bitcoin se encuentran en la actualidad con una interesante fase evolutiva de los algoritmos de encriptación para la identificación de datos y la transmisión de derechos, tratándose de un sistema que presenta aspectos jurídicos dignos de mención.

PALABRAS CLAVE: Bitcoin, hashing, algoritmos de encriptación.

ABSTRACT

Il tema di questo articolo richiama volutamente la definizione di analisi sequenziale propria delle scienze statistiche, nel cui ambito si procede formando un campione rappresentativo senza determinarne a priori l'ampiezza o la numerosità, che dipenderanno dai risultati ottenuti col progredire dell'osservazione o dell'esperimento. La ragione di questa scelta dipende dalla natura stessa del tema esaminato: si tratta di una materia nuova, in continua metamorfosi degli effetti, al punto da rendere particolarmente difficoltosa la determinazione astratta del campione di studio. Le ragioni storiche ed economiche che, nel tempo, hanno portato alla programmazione del protocollo Bitcoin hanno conosciuto oggi un'interessante fase evolutiva negli algoritmi di criptazione per l'identificazione di dati e il trasferimento di diritti, un sistema che presenta risvolti giuridici degni di nota.

KEYWORDS: Bitcoin, hashing, algoritmi di criptazione.

ABSTRACT

The theme of this paper is, on purpose, recalling the definition of sequential analysis typical of Statistics where the analysis goes on forming a representative sample with no predetermination of its magnitude or numerical amount, which will depend on the result gained as the observation or the experiment are going by. The reason for this choice is depending on the very nature of the topic we aim to analyse: a new subject matter, which effect are keeping on changing, thus making quite difficult the sample abstract determination. The historical reasons that, over time, have led to the Bitcoin protocol development are nowadays having an interesting implement in the encrypting algorithm for data identification and goods transferring, a system with remarkable legal effects.

KEYWORDS: Bitcoin, encrypting algorithm, hashing.



Il campione digitale su cui si basa l'analisi svolta in questo articolo è il prodotto di uno specifico modello matematico, studiato per offrire una risposta efficiente a una determinata congiuntura di mercato e alle esigenze del momento storico che quella contingenza avevano determinato. Come spesso accade, le conseguenze di questa innovazione si sono rivelate ulteriori e diverse rispetto alle aspettative che nutrivano coloro che avevano preso parte alla creazione del modello e alla sua implementazione e diffusione. Ad oggi vi sono alcuni interessanti risvolti dei protocolli di Hashing che sembrano andare oltre le previsioni dei programmatori originari e che a nostro parere meritano di essere analizzate dal punto di vista scientifico dell'Informatica Giuridica.

¹ Dottoranda in Diritto e Nuove Tecnologie, *curriculum* in informatica forense, presso il CIRSIFID (Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia, Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica) dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna. <http://www.unibo.it/SitoWeb/default.aspx?UPN=maria.perugini%40unibo.it>.

² Bibliografia general sobre el tema: Bank of America Merrill Lynch: Bitcoin a first assessment, 2013, <https://ciphrex.com/archive/bofa-bitcoin.pdf>; Bitcoin Senate Hearing, 2013, <http://www.hsgac.senate.gov/hearings/beyond-silk-road-potential-risks-threats-and-promises-of-virtual-currencies>; Cesare Maioli: Questioni di Informatica Forense, 2015, Aracne Editrice.

Colored Coins whitepaper https://docs.google.com/document/d/1AnkP_cVZTCMLI-zw4DvsW6M8Q2JC0lIzrTLuoWu2z1BE/edit.

David YERMAK: Is Bitcoin a Real Currency? 2013,; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361599; Eugenio RUGGIERO, Moneta, Cambio, Valuta in *Novissimo Digesto*, Utet Torino 1995, vol X; Gavin Wood: Ethereum yellow paper, 2014, <http://gavwood.com/Paper.pdf>; German Federal Financial Supervisory Authority: Trading in Bitcoins, 2014 http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Jahresbericht/2013/jb_2013_II_9_2_trading_in_bitcoins.html; Jean-Jacques Quisquater, Louis Guillou, Marie Annick, Tom Berson : How to explain zero-knowledge protocols to your children, 1989, CRYPTO '89, Proceedings on Advances in Cryptology.

Maria Letizia PERUGINI e Cesare MAIOLI 'Bitcoin: Between Digital Currency and Financial Commodity', 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2526472; Morgan Stanley, Commodity Book, 2007, http://www.morganstanleyiq.it/pdf/downloads/82_Commodity%20Book_Sett07.pdf; Nick Szabo: Formalizing and Securing Relationships on Public Networks, 1997, <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>; Nick Szabo: Secure Property Titles with Owner Authority, 1998, <http://szabo.best.vwh.net/securetitle.html>; Nick Szabo: The Idea of Smart Contracts, 1997, <http://szabo.best.vwh.net/idea.html>; S. CAPACCIOLI: Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin, in «Diritto e Pratica Tributaria Internazionale», CEDAM, – n. 1/2014; Satoshi NAKAMOTO: Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2008, <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>; STALLING W., Crittografia e sicurezza delle reti, 2^a ed Apogeo 2007 e TRAPPE W., WASHINGTON L. C. Crittografia con elementi di teoria dei codici, Pearson Ed. Italia 2009; Vitalik Buterin: Ethereum white paper, 2013, <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/>. White-Paper; Wei Dai: B-money, 1998, <http://www.weidai.com/bmoney.txt>.

RUOLO DELLA NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO

Si legge spesso che la storia dei bitcoin ha avuto inizio nel 2009, quando l'autore conosciuto con lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto ha implementato un'idea che in ambito informatico era oggetto di attenzione da oltre un decennio³; non vengono però delineati i motivi per cui questi protocolli erano rimasti latenti per più di due lustri, un tempo infinito a livello digitale, o per quale ragione le scelte di programmazione effettuate nel 2009 abbiano riscosso tanto successo in rete.

Per comprendere la natura dei protocolli di moneta virtuale⁴, occorre tenere presente che fra il 2001 e il 2009 l'ordinamento USA, punto di riferimento normativo dei Bitcoin, aveva apportato alcune radicali modifiche alla libertà economica dei cittadini, introducendo nelle disposizioni del Patriot Act⁵ l'obbligo per i servizi di trasferimento valuta di procedere all'identificazione dei propri clienti (Know Your Customer Rule). La previsione aveva suscitato immediati dubbi interpretativi⁶: a termini di un primo report emesso dal dipartimento del Tesoro nel 2006, i servizi di trasferimento operanti in metalli preziosi non erano da considerare money transfer e sfuggivano perciò all'applicazione della normativa⁷; re melius perpensa, tra il 2006 e il 2008 il FinCen⁸ e il Dipartimento di Giustizia hanno rivisto la propria valutazione, allargando progressivamente l'ambito di applicazione delle nuove regole fino a ricomprendervi il trasferimento di ogni genere di valore⁹.

La nuova definizione delle regole anti money laundering, estesa dal 2012 anche alle compagnie straniere che consentono ai cittadini USA di aprire un account¹⁰, ha comportato l'applicazione della KYCR a tutti i servizi value transfer, conducendo

³ I lavori di maggiore riferimento sono: *B-money*, paper del 1998 di Wei Dai e *Bit Gold* di Nick Szabo, articolo del 2005 che rielabora i concetti espressi dal primo autore introducendo il concetto di proof of work; scartata l'idea presentata da Hal Finney (programmatore PGP) nel paper del 2004 *Reusable Proofs of Work*, in cui le possibilità di ottenere il risultato dipendono dalla potenza computazionale della macchina impiegata, Szabo definisce la funzione applicabile in termini meramente matematici. <http://www.weidai.com/bmoney.txt>. <http://unenumerated.blogspot.kr/2005/12/bit-gold.html>. <http://cryptome.org/rpow.htm>.

⁴ L'analisi procede nel senso iniziato col lavoro *'Digital Currency'*, capitolo del libro *'Questioni di Informatica Forense'*, a cura di Cesare MAIOLI, Aracne Editrice. <http://www.unibo.it/SitoWebDocente/default.aspx?UPN=cesare.maioli%40unibo.it>. <http://www.cirfid.unibo.it/il-centro/le-aree-disciplinari/informatica-forense>.

⁵ <http://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>.

⁶ <http://www.venable.com/california-enacts-sweeping-new-law-targeting-money-transmitters-10-05-2010/>, <http://www.dgcmagazine.com/the-E-Gold-story/>.

⁷ <http://www.moneymakergroup.com/gold-Closed-Fbi-t106411.html&pid=2962379&mode=threaded> e <http://web.archive.org/web/20060322134922/http://www.E-Gold.com/letter2.html>.

⁸ Financial Crimes Enforcement Network <http://www.fincen.gov/>.

⁹ <http://www.irs.gov/Businesses/Small-Businesses-&Self-Employed/Cash-Intensive-Businesses-Audit-Techniques-Guide-Chapter-7>.

¹⁰ Questa impostazione restrittiva ha costretto la piattaforma *Goldmoney.com* alla chiusura preventiva del sistema di pagamenti diretti fra utenti, già nel dicembre 2011. <http://www.dgcmagazine.com/pdf/DGC-Dec11.pdf>.



alla sospensione delle attività di alcune importanti piattaforme on line; vi è stato, peraltro, anche un risvolto inatteso, consistito in un incentivo alla riscoperta dei protocolli di moneta digitale e alla loro implementazione no asset backed.

I SERVIZI VALUE TRANSFER: IL CASO E-GOLD

E-Gold era un protocollo di trasferimento valori, fondato nel 1996 dall'oncologo Douglas Jackson e dall'avvocato Barry Downey, che, secondo un'opinione piuttosto diffusa, rappresenterebbe l'antesignano dei Bitcoin. Il sistema basava le proprie operazioni su un controvalore in lingotti d'oro del peso di 3.8 tonnellate: nella fase iniziale dell'attività, la scorta depositata era idonea alla copertura dei movimenti di trasferimento, concretizzando un sistema con funzioni di moneta aurea virtuale; nel corso del tempo la piattaforma era arrivata a gestire pagamenti per un controvalore di \$20 miliardi l'anno la cui media di scambio giornaliera impegnava, da sola, l'intera riserva¹¹. Le ragioni di questo successo erano molteplici: per un verso, il servizio offriva la sicurezza del gold standard; per l'altro, risultava decisivo l'anonimato offerto, con gli account registrabili sotto nomi di fantasia, senza che vi fosse verifica dei dati indicati. Quest'ultimo elemento aveva, purtroppo, attirato al servizio anche clienti oggetto di indagini finanziarie da parte dell'FBI: a seguito dell'interpretazione estensiva delle norme del Patriot Act, nel 2007 i gestori del sito erano stati incriminati per violazione della KYCR; secondo l'accusa, l'anonimato offerto da E-Gold si era rivelato strumentale a una serie di attività di money laundering che venivano loro imputate in via concorsuale¹²; in conseguenza del processo, le attività del sito sono state congelate e nel 2009 è stato disposto un Value Access Plan per la restituzione dei fondi ai clienti identificati, con devoluzione al Governo USA dei valori non reclamati entro la fine del 2013¹³.

Indipendentemente dai risvolti giudiziari, l'anonimato offerto da E-Gold era stato particolarmente apprezzato anche dagli utenti con fini leciti: le moderne tecnologie rendono infatti sempre più auspicabile di potere svolgere i propri acquisti in maniera riservata, evitando le procedure di raccolta dati a fini commerciali poste in essere dagli intermediari di moneta elettronica; la piattaforma costituiva uno strumento efficiente la cui regolamentazione avrebbe, a nostro parere, consentito l'attuazione di una valida alternativa nel sistema dei pagamenti, con incremento della concorrenza di settore e incentivo alle iniziative derivate, portando a risultati di mercato decisamente migliori rispetto a quelli prodotti dalla sua chiusura ex abrupto.

¹¹ <http://www.wired.com/2009/06/E-Gold/all/>.

¹² http://redtape.nbcnews.com/_news/2007/05/02/6346006-feds-accuse-E-Gold-of-helping-cybercrooks?lite.

¹³ *Vide* <http://www.dgcmagazine.com/the-E-Gold-story/> *et.*, <http://blog.stakeventures.com/articles/2008/07/22/the-man-finally-brought-E-Gold-down>.

I PROTOCOLLI DI MONETA VIRTUALE

La posizione delle istituzioni USA nei confronti di E-Gold era stata particolarmente rigida: si era scelto di chiudere il servizio criminalizzandone l'attività, senza che fossero nemmeno poste in fase di studio le norme di diritto positivo idonee alla regolamentazione della materia: si era così aperto un vuoto di mercato, in cui lo spazio lasciato libero dalla piattaforma si rivelava idoneo ad accogliere una soluzione economicamente efficiente, vale a dire una protocollo implementato in modo da consentire il trasferimento anonimo nel rispetto delle disposizioni del Patriot Act, attuando le istanze di salvaguardia della privacy espresse dagli utenti della Rete.

Alla fine del 2008 un articolo a firma dello pseudonimo Satoshi Nakamoto¹⁴ presentava alla rete i bitcoin, un sistema distribuito fra i nodi di una rete peer-to-peer¹⁵, progettato allo scopo di mettere in sicurezza i pagamenti elettronici a prescindere dall'intervento di un garante esterno. L'utilità applica un algoritmo di crittografia che procede al trasferimento elettronico sulla base di un protocollo gestito dai peer della rete, con verifica e convalida delle transazioni e conseguente garanzia di spendita unitaria. Il sistema crea una serie di monete virtuali che a differenza delle monete a corso legale, rimangono estranee alla regolamentazione generale dello scambio di beni e servizi essendo carenti delle tre funzioni tipiche di pagamento, unità di conto e riserva di valore¹⁶: nel caso delle monete virtuali non sussiste, infatti, alcun dovere generale di accettare il pagamento, come invece accade con la moneta avente corso legale nello Stato che deve essere accettata secondo il valore nominale¹⁷; mentre la funzione di unità di conto, ovvero la definizione dei valori di scambio in maniera idonea alla creazione di un indice di prezzi al consumo, viene ostacolata dalla volatilità del loro prezzo di mercato; la funzione di risparmio appare, infine, inconciliabile con questo genere di investimenti che richiedono piuttosto grande esperienza e propensione al rischio: si pensi che nel 2013 i bitcoin, punto di riferimento nel sistema delle monete virtuali, hanno mostrato un comportamento di mercato talmente aggressivo da indurre l'Autorità Bancaria Europea a emettere il documento 'Warning to consumers on digital currencies'¹⁸. Indipendentemente

¹⁴ *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* by Satoshi NAKAMOTO 2008 <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

¹⁵ Una rete *peer-to-peer* è organizzata secondo un'architettura paritaria: i nodi differiscono tra loro solo per le capacità della macchina impiegata e l'ampiezza di banda di connessione di cui dispongono mentre le capacità di gestione sono del tutto analoghe e ognuno di essi è in condizione di portare a termine le medesime operazioni.

¹⁶ Per la teoria classica della funzione monetaria, *vide*: Eugenio RUGGIERO, *Moneta, Cambio, Valuta* in *Novissimo Digesto*, Utet TORINO 1995, vol x, p. 5 SS.

¹⁷ Nell'ordinamento italiano tale previsione è contenuta nell'art. 1277 cc.

¹⁸ <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/15971/EBA+Warning+on+Virtual+Currencies.pdf>. In quel periodo la volatilità media dei bitcoin si era attestata al 133%, con picchi intraday del 200%, quando, di norma, le valute tradizionali si muovono fra l'8% e il 12% e gli strumenti finanziari più scambiati hanno una volatilità compresa fra il 20% e il 30% mentre quelli più rischiosi raramente arrivano al 100% *Vide: Is Bitcoin a Real Currency?* by David Yermack, 2013, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers>.



dalle considerazioni appena esposte, le monete virtuali differiscono dalla valuta per costituzione: le monete a corso legale sono, infatti, sempre soggette alla riserva di produzione dello Stato e degli Enti da esso autorizzati¹⁹ e il loro valore dipende dalle politiche delle Banche Centrali; questi elementi sono estranei al sistema delle monete virtuali che rimangono espressione della più assoluta libertà di produzione, con variazioni di prezzo dettate dal mercato in maniera analoga alle commodity²⁰.

Il protocollo Bitcoin è stato di ispirazione a una lunga serie di monete virtuali: alcune sono state create ex novo implementando il progetto originario, come Litecoin, altre sono il risultato della riscrittura di algoritmi preesistenti, come il sistema Ripple: di seguito descriveremo il modello matematico originario e alcuni fra gli schemi derivati che riscuotono maggiore successo in rete.

BITCOIN ²¹. ATTIVITÀ DI MINING

Nella produzione dei bitcoin, detta mining, alcuni nodi della rete, i miner, utilizzano la propria potenza di calcolo per individuare e verificare le soluzioni dell'algoritmo crittografico a base del sistema; questi complessi calcoli matematici devono essere convalidati da una proof of work, un dato particolarmente difficile da ottenere²²: l'operazione genera in output un blocco di bitcoin²³ che viene attribuito al primo computer che ha risolto il problema e viene aggiunto alla catena logica (blockchain) insieme a tutte le transazioni associate. Il sistema è progettato per mantenere costante la velocità di produzione di un blocco ogni 10 minuti circa:

cfm?abstract_id=2361599; et., 'Bank of America Merrill Lynch: Bitcoin a first assessment' 2013 <https://ciphrex.com/archive/bofa-bitcoin.pdf>.

¹⁹ Direttiva 2009/101/CE, attuata in Italia con d.lgs. n.45 del 16/04/2012. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:267:0007:0017:it:PDF>. <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2012;045>.

²⁰ Morgan STANLEY, Commodity Book, 2007: «Tutti credono di sapere cos'è una commodity finché non provano a darne una definizione. Talvolta le commodity sono materie prime, ma più in generale si tratta di materiali destinati alla creazione di altri prodotti. Spesso le commodity sono dei beni fisici, ma non sempre è così: tra quelle meno tangibili si ricordano l'energia elettrica e le emissioni di carbonio.» http://www.morganstanleyiq.it/pdf/downloads/82_Commodity%20Book_Set07.pdf.

²¹ Questo paragrafo riprende l'analisi contenuta nell'articolo: 'Bitcoin: Between Digital Currency and Financial Commodity', 2014, scritto con Cesare MAIOLI e pubblicato in Social Science Research Network, id. 2526472, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2526472.

²² Vide https://fr.bitcoin.it/wiki/Preuve_de_travail: « La version la plus commune est basée sur celle imaginée par David Chaum, utilisant une fonction de hasage. L'épreuve consiste donc, pour une chaîne alphanumérique donnée, à y concaténer une chaîne alphanumérique aléatoire jusqu'à ce que le hash de l'ensemble soit inférieur à un seuil donné. » Per semplificare, si pensi all'operazione $2+X<5$: si tratta di un calcolo che può essere eseguito facilmente inserendo al posto della x un valore qualunque che sia minore di 3. Nelle operazioni seguenti bisognerà però tenere conto del valore individuato precedentemente, che chiameremo K , e l'operazione diventerà $(2+K)+X<5$. Poiché non si conosce K , inserito da uno qualunque dei *miner*, la risoluzione dell'operazione richiederà sempre maggior tempo man mano che ci si avvicina alla soglia data di 5.

²³ Stringhe alfanumeriche idonee al trasferimento in applicazione del protocollo.

l'effetto è dovuto all'aumento della difficoltà di produzione della proof of work che cresce man mano che nuovi blocchi vengono generati; a propria volta, la consistenza dei blocchi va soggetta a un decremento del 50% ogni 4 anni circa di modo che, col passare del tempo, si riduca sempre più la produzione di bitcoin²⁴. Il protocollo di Nakamoto stabilisce un numero massimo di 21.000.000 di unità da produrre entro l'anno 2140 e, allo stato dell'arte, ne sono state prodotte un numero superiore a 14.000.000²⁵; il limite alla produzione non è costituito da un numero casuale: ogni bitcoin rappresenta uno dei possibili valori digitali ottenuti applicando l'algoritmo crittografico di base che prevede esattamente 20.999.999,9769 di soluzioni²⁶. Col progredire delle operazioni, il mining richiede sempre maggior tempo ed energia: occorrono macchine dedicate²⁷ le cui spese di acquisto si sommano ai costi di estrazione, calcolati in elettricità e potenza di calcolo impiegate²⁸, fissando così un floor al valore di cambio dei bitcoin in moneta corrente.

VERIFICA DELLE TRANSAZIONI

La circolazione dei bitcoin implica ulteriori calcoli da parte dei nodi della rete i quali, in applicazione del protocollo crittografico adottato, procedono alla verifica e alla convalida dei pagamenti eseguiti, garantendo l'effettività delle transazioni: questa caratteristica peculiare evidenzia che il valore posto a base del bitcoin consiste non tanto in un bene, quanto nel servizio offerto. Ciascuna transazione viene convalidata dalla generazione di 6 blocchi di conferma, sottoposti a verifica dai peer che compongono la rete con un'operazione che può richiedere fino a un massimo di 50 minuti di tempo; la verifica avviene tramite l'applicazione dell'algoritmo di hash, funzione non reversibile che genera una stringa alfanumerica, detta digest, che varia al variare di ogni singolo elemento del file. Una volta applicato l'algoritmo di hash si può verificare in ogni momento che non siano state effettuate modifiche successive alla conclusione della transazione: eventuali alterazioni o manomissioni produrrebbero infatti un digest differente. Ogni operazione sui bitcoin viene convalidata dall'applicazione di una marca temporale, una procedura informatica che consente di associare data e ora certe al file, al fine di verificare che le attività si siano svolte secondo l'ordine tempo-

²⁴ Originariamente ogni blocco consisteva di 50 *bitcoin* mentre allo stato dell'arte vengono prodotti dei blocchi unitari di 25 *bitcoin*: la consistenza si è ridotta in questo senso a far data dal 28/11/2012, vide <https://blockchain.info/block-index/322335/000000000000048b95347e83192f69cf0366076336c639f9b7228e9ba171342e>.

²⁵ <https://blockchain.info/it/charts/total-bitcoins>.

²⁶ Il software di produzione ha dovuto essere riscritto nell'agosto 2010 quando, a causa di un *bug*, il sistema era incorso in un *integer overflow*, errore a causa del quale il blocco 74638 conteneva due transazioni la cui somma era superiore a 184 miliardi di *bitcoin*, una quantità evidentemente incompatibile con il numero di soluzioni finite dell'algoritmo.

Vide <http://bitcoinmagazine.com/3668/bitcoin-network-shaken-by-blockchain-fork/>.

²⁷ https://en.bitcoin.it/wiki/Mining_hardware_comparison.

²⁸ <http://www.rischiocalcolato.it/2014/01/bitcoin-costi-del-mining.html>.



rale dichiarato, evitando che il cedente possa procedere a una nuova transazione con unità che ha già trasferito in precedenza e con ciò offrendo una soluzione efficiente al problema del double spending.

SICUREZZA DEL SISTEMA

La sicurezza del sistema si basa sulla proof of work, un valore che, se da un lato riduce le possibilità dei miner di ricevere bitcoin in premio della loro attività, dall'altro rende particolarmente complesso invertire le operazioni eseguite sui bitcoin: ogni blocco contiene infatti la trascrizione della proof of work di tutti i blocchi precedenti e ogni modifica apportata su di esso si riflette su quelli successivi²⁹. In questo senso il whitepaper di Nakamoto sottolinea che il trasferimento dei bitcoin si svolge in sicurezza se la maggioranza della CPU nella rete peer-to-peer è controllata da nodi onesti³⁰; il sistema è, infatti, immune dagli attacchi con tecniche di forza bruta in cui si provano in sequenza tutti i codici possibili: l'applicazione dell'algoritmo SHA 256 genera in output un digest con una quantità esponenziale di chiavi di decifratura possibili, per la cui individuazione occorrerebbero secoli di lavoro di un supercomputer. La reversibilità delle transazioni in bitcoin può essere efficientemente portata a termine solo dall'interno: si tratta del così detto 51% attack che consentirebbe a un gruppo di nodi collusi di prendere il sopravvento sul

²⁹ L'11 marzo 2013, a causa di un aggiornamento del *software* di *mining* che era stato installato solo da una parte della comunità, si è verificato un problema denominato *blockchain fork* per cui si è avuta una biforcazione della catena dei blocchi durata circa 6 ore; durante questo tempo, parte dei *miner* hanno aggiunto i blocchi estratti con la versione 0.8 del programma a una derivazione autonoma della *blockchain* mentre il resto di loro proseguiva la catena originaria utilizzando la versione 0.7, senza riconoscere i nuovi blocchi: il problema è stato risolto con il *downgrade* generale del *software* alla versione 0.7. Nelle sei ore in cui è stata operativa, la *blockchain fork* ha causato un crollo del 24% del valore di cambio contro il dollaro, la perdita di 24 blocchi da 25 *bitcoin* minati con la versione 0.8 per il controvalore di \$ 26.000 e il *double spending* di \$ 10.000 sul sito okpay.com. Anche nel caso del *bug* del 2010 l'applicazione della nuova versione del *software* aveva prodotto una biforcazione della *blockchain*, rientrata in corso unitario con uno scarto di 53 blocchi da 50 unità ma a quel tempo il valore e la diffusione dei *bitcoin* erano di portata talmente ridotta da consentire una gestione agevole delle conseguenze. Vide <http://bitcoinnmagazine.com/3668/bitcoin-network-shaken-by-blockchain-fork/>.

³⁰ Satoshi NAKAMOTO: *Bitcoin A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, p. 4: «By convention, the first transaction in a block is a special transaction that starts a new coin owned by the creator of the block. This adds an incentive for nodes to support the network, and provides a way to initially distribute coins into circulation, since there is no central authority to issue them. The steady addition of a constant amount of new coins is analogous to gold miners expending resources to add gold to circulation. In our case, it is CPU time and electricity that is expended. [...] The incentive may help encourage nodes to stay honest. If a greedy attacker is able to assemble more CPU power than all the honest nodes, he would have to choose between using it to defraud people by stealing back his payments, or using it to generate new coins. He ought to find it more profitable to play by the rules, such rules that favour him with more new coins than everyone else combined, than to undermine the system and the validity of his own wealth». <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

sistema compromettendone definitivamente la stabilità³¹; ad oggi non vi è notizia di attacchi di questo genere, peraltro l'aumentare del valore di mercato dei bitcoin rappresenta un incentivo al comportamento disonesto dei nodi da non sottovalutare.

CONSERVAZIONE E TRASFERIMENTO DEI BITCOIN

La conservazione dei bitcoin avviene alternativamente in portafogli on line, c.d. hot storage, o su supporti esterni scollegati dalla rete, c.d. cold storage, eventualmente protetti con crittografia: i primi offrono praticità d'uso ma espongono maggiormente il proprietario a eventuali attacchi degli hacker; i secondi richiedono una procedura più lunga per l'uso ma soffrono in misura ridotta dei problemi indicati: per sottrarli occorre infatti impossessarsi del supporto che materialmente li contiene e delle chiavi di accesso eventualmente installate.

Il trasferimento dei bitcoin si basa su un protocollo crittografico a chiavi asimmetriche³² che garantisce l'anonimato dei contraenti: si utilizza cioè un sistema di comunicazione sicura che prevede un'alterazione dei messaggi inviati secondo uno schema predefinito sufficientemente complicato da evitare la decrittazione da parte di terzi non autorizzati. Il sistema a chiavi asimmetriche utilizza due chiavi alfanumeriche, una pubblica e distribuita di 34 caratteri e l'altra privata e strettamente personale di 51, per ognuno dei soggetti coinvolti nella trasmissione. Il mittente utilizza la chiave pubblica del destinatario come se fosse un lucchetto aperto che chiude sul messaggio da inviare, criptandolo; il destinatario compie l'operazione inversa, utilizzando la propria chiave privata per riaprire il lucchetto e decrittare il messaggio³³. Le parti vengono identificate tramite l'indirizzo IP, l'etichetta numerica che identifica in maniera univoca un dispositivo connesso a una rete che usa il protocollo internet, e un nome a loro scelta che può essere diverso per ogni transazione eseguita; quest'ultima caratteristica introduce la questione dell'anonimato, caratteristica permeante dei bitcoin: è l'utente che, impostando i parametri dell'indirizzo e variandoli a propria insindacabile valutazione, sceglie il grado di riservatezza di cui desidera fruire. La catena delle transazioni è pubblica e ininterrotta e consente di tracciare la storia dei blocchi di bitcoin e delle transazioni loro associate in tutti i

³¹ *Ibid.* p. 3: « If a majority of CPU power is controlled by honest nodes, the honest chain will grow the fastest and outpace any competing chains. To modify a past block, an attacker would have to redo the proof-of-work of the block and all blocks after it and then catch up with and surpass the work of the honest nodes».

³² *Vide* STALLING W., Crittografia e sicurezza delle reti, 2/ed Apogeo 2007 e Trappe W., Washington L. C. Crittografia con elementi di teoria dei codici, Pearson Ed. Italia 2009.

³³ Si ritiene che la prima transazione effettuata in *bitcoin* sia stata quella con cui il 21 maggio del 2010 Laszlo Hanyecz, uno dei primi sviluppatori del progetto *bitcoin*, acquistò due pizze da asporto alla pizzeria Papa John's di Jacksonville (FL) per 10.000 *bitcoin*. In realtà Hanyecz aveva venduto i *bitcoin* a un acquirente inglese il quale aveva, a propria volta, inviato alla pizzeria il controvalore concordato di \$25 con un trasferimento internazionale su carta di credito; al cambio della fine di novembre 2013 il prezzo in *bitcoin* delle due pizze sarebbe stato superiore a \$ 12.500.000.



passaggi che la compongono³⁴: ogni bitcoin è composto da 10.000.000 satoshi e può essere generato in blocco, secondo la procedura indicata, o acquistato sul mercato secondario dove tutte le unità e le loro frazioni possono essere spese.

ALTRI SCHEMI DI DIGITAL CURRENCY. LITECOIN

Litecoin³⁵ è una delle monete virtuali più diffuse, con capitalizzazione di mercato³⁶ ai primi posti del ranking; il valore di queste utilities è molto più ridotto di quello dei bitcoin, rispetto cui si muove in maniera proporzionale, e si aggira attualmente sui \$ 3, il che conferisce allo strumento una maggiore praticità d'uso, rendendolo forse più adatto alla funzione di moneta virtuale richiesta dagli utenti dalla rete che a quella di investimento di banche e fondi istituzionali.

Il sistema si basa su un'implementazione del progetto Bitcoin elaborata nel 2011 da Charles Lee, un programmatore MIT che nel 2013 ha lasciato il lavoro da Google per trasferirsi alla piattaforma di gestione di monete virtuali Coinbase³⁷. Pur mantenendo una struttura analoga alla previsione originaria, il nuovo protocollo introduce alcune rilevanti modifiche: il limite di produzione delle monete virtuali viene elevato a 85 milioni di unità, quadruplicando i numeri del sistema Bitcoin; anche la velocità di esecuzione dei calcoli di generazione delle monete viene quadruplicata con produzione di un blocco ogni 2'.30"; vi è un incremento analogo anche nella velocità di esecuzione dei calcoli di convalida delle transazioni che nel sistema Litecoin richiede un tempo massimo di 15' circa; l'innovazione più sensibile risiede, però, nella irreversibilità delle transazioni: questo principio risolve in radice il problema della doppia spesa dell'utility.

La maggiore frequenza di produzione dei blocchi ha però creato alcuni problemi a livello di generazione della proof of work: come evidenziato al paragrafo 3.1., l'hash di ogni blocco reca in sé la traccia del digest dei blocchi precedenti; nel sistema litecoin la computazione appare maggiormente complicata rispetto al modello bitcoin in ragione del fatto che il valore di convalida deve rimanere al disotto di una soglia che viene rideterminata con velocità quadrupla³⁸. Per ovviare a questa

³⁴ <http://blockchain.info/>.

³⁵ <https://litecoin.org/it/>.

³⁶ «Con riferimento ad una società, rappresenta il prodotto tra il numero di azioni in circolazione e il loro prezzo unitario; con riferimento ad un mercato rappresenta il valore complessivo - ai prezzi di mercato - di tutti i titoli quotati. La capitalizzazione di una società è data dal prodotto tra il numero di azioni in circolazione e il prezzo di mercato di ciascuna azione». Nel caso delle monete virtuali la capitalizzazione è data dal valore delle monete virtuali in circolazione moltiplicato per il loro prezzo. <http://www.borsaitaliana.it/bitApp/glossary.bit?target=GlossaryDetail&word=Capitalizzazione>.

³⁷ Coinbase è una società con base a San Francisco (Ca) che offre un servizio di gestione dei *bitcoin* che comprende compravendite agganciate a bonifici bancari, pagamenti, *wallet* di deposito e micro pagamenti gratuiti *user-to-user*. <http://www.coindesk.com/litecoin-creator-charles-lee-has-left-google-to-work-at-coinbase/>.

³⁸ *Vide* nota 21.

difficoltà, a partire dal mese di agosto 2014 Litecoin ha avviato un'attività di mining congiunto con Dogecoin, la quinta moneta virtuale per capitalizzazione di mercato.

RIPPLE

Ripple³⁹ è un protocollo precedente a Bitcoin nato nel 2005 da un'idea di Ryan Fugger, un programmatore di Vancouver (CA) che ha sviluppato le teorie di Michael Linton riguardo ai LETS, local exchange trading system⁴⁰; la struttura è gestita dai Ripple Labs, una società con base a San Francisco (Ca), fondata nel 2012 da Chris Larsen e Jed McCaleb con il nome originario di OpenCoin. Nel 2011, a seguito dell'interpretazione restrittiva delle disposizioni anti money laundering contenute nel Patriot Act, l'intero impianto di programmazione è stato ridisegnato in maniera da escludere ogni valore sottostante: ad oggi le monete no asset backed della piattaforma possono essere utilizzate con funzione solutoria user-to-user; come illustreremo meglio nel paragrafo 5.3., il protocollo consente anche degli interessanti risvolti in materia smart contract, non praticabili invece nel sistema Bitcoin, per via di un possibile sovraccarico della blockchain. La piattaforma Ripple funziona anche per il cambio fra valute di Paesi diversi, reperendo tra gli utenti coloro che sono disposti ad acquistare o a vendere una determinata valuta e mettendoli in contatto con chi intenda compiere l'operazione inversa; si può così immettere una moneta nel sistema che, eseguite le dovute operazioni, provvederà al pagamento in una divisa differente.

Le caratteristiche peculiari di Ripple rispetto al sistema Bitcoin consistono in premining: le monete virtuali, dette xrp, sono già tutte in circolazione nel numero di 100 milioni; di queste solo il 55% sono state messe in vendita al pubblico mentre la parte restante è divisa fra i creatori del progetto, cui è stato assegnato il 20%, e i Ripple Labs che detengono il rimanente 25%; irreversibilità dei pagamenti, fatto che, in maniera analoga a quanto accade nel sistema Litecoin, risolve in radice il problema della doppia spendita di queste monete virtuali; approvazione pressoché immediata dei pagamenti; verifica delle transazioni basata sul registro dei consensi, un sistema progressivo a percentuale di approvazione sempre maggiore da parte dei server del progetto che sostituisce le verifiche di hash del protocollo bitcoin.

Le monete virtuali di Ripple valgono pochi centesimi di dollaro e possono essere scambiate nel sistema senza che vengano applicati costi di transazione; le operazioni che coinvolgono valuta o monete virtuali diverse dagli xrp sono, invece, soggette all'applicazione di una piccola commissione: si tratta di una misura antisipam volta a evitare che il sistema vada soggetto a quella specifica forma di attacco informatico conosciuta come denial-of-service o network flooding⁴¹; i costi

³⁹ <https://ripple.com/>.

⁴⁰ <http://www.themoneyfix.org/interviewee/michael-linton>.

⁴¹ In questo tipo di attacco il server viene sommerso di richieste dall'esterno, fino ad impedirne il funzionamento.



di transazione richiesti non vengono, però, attribuiti a nessuno: gli xrp trasferiti a questo titolo vengono, infatti, annullati e rimossi dalla circolazione.

PROSPETTIVE ISTITUZIONALI E DI MERCATO

Prima di procedere all'illustrazione delle applicazioni derivate dai protocolli di moneta virtuale è bene fare un primo punto della situazione; gli studi giuridici ed economici sugli algoritmi di criptazione hanno avuto origine proprio da queste utility: nel 2013 il successo di mercato ottenuto dai bitcoin aveva addirittura fatto temere lo scoppio di una bolla speculativa; pur trattandosi di un'eventualità al momento scongiurata, la regolamentazione normativa del fenomeno rimane attuale, rispondendo a esigenze di garanzia dell'ordine sociale ed economico: il controllo dei flussi finanziari segue, infatti, l'evoluzione dei mezzi di pagamento e nel terzo millennio si sposta sul piano digitale.

De jure condendo, l'azione in un mercato globale prevede la creazione di regole di comportamento omogenee: gli algoritmi criptati di pagamento rappresentano un'interessante frontiera riguardo cui una regolamentazione di concerto internazionale ridurrebbe gli incentivi al free riding basati sulla scelta dell'ordinamento più conveniente (c.d. forum shopping). Si pensi solo al dato fiscale, materia in cui ogni Stato dello Spazio Economico Europeo detta principi autonomi⁴²: allo stato dell'arte, l'Autorità Danese opta per una completa esclusione del fenomeno dall'area di operatività della normativa fiscale⁴³; la Banca di Finlandia propende per una definizione di commodity finanziaria; l'Ufficio delle Tasse Britannico, ritiene non si tratti di valuta ma di un bene e si interroga sull'applicabilità dell'Imposta sul Valore Aggiunto⁴⁴; l'Autorità Federale Tedesca di Supervisione Finanziaria individua, invece, la natura dello strumento in dipendenza dell'uso che ne viene fatto⁴⁵; dal canto proprio, l'autorità Norvegese si limita a considerare il fenomeno come estraneo all'alveo della moneta legale mentre la Svizzera potrebbe addirittura riconoscere i bitcoin come valuta straniera.

Per quanto riguarda la normativa sostanziale, bisognerà tenere conto che l'utilizzo della crittografia rende praticamente impossibile intervenire in via diretta sui protocolli, rendendo necessario agire sui meta-elementi, le caratteristiche della

⁴² <http://www.investireoggi.it/economia/bitcoin-leuropa-non-sa-che-fare-in-finlandia-aperto-il-primo-bitcoin-atml>.

⁴³ <http://politiken.dk/oekonomi/dkoekonomi/ECE2244816/bitcoin-gevinster-kan-stikkes-direkte-i-lommen/> 2014 e., <http://www.coindesk.com/denmark-declares-bitcoin-trades-tax-free/> 2014.

⁴⁴ <http://www.bloomberg.com/news/2014-01-19/bitcoin-becomes-commodity-in-finland-after-failing-currency-test.html> 2014. Per un'interessante disamina riguardo l'applicabilità del regime IVA *vide* S. CAPACCIOLI: Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin, in «Diritto e Pratica Tributaria Internazionale», CEDAM, – n. 1/2014, pag. 27-68.

⁴⁵ http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Jahresbericht/2013/jb_2013_II_9_2_trading_in_bitcoins.html 'The creation of Bitcoins and their use as a means of payment does not require authorisation within the scope of BaFin's responsibilities. However, if the Bitcoins themselves are traded, contrary to their actual function, they are deemed to be financial instruments requiring authorisation in accordance with section 1 (1a) sentence 2 nos. 1 to 4 of the KWG'.

fattispecie che non dipendono in senso stretto dal sistema di pagamento utilizzato. Non è dato prevedere nel dettaglio i contenuti dei testi normativi che gli Stati adotteranno ma le linee di intervento con maggiori probabilità di applicazione sono quelle che riguardano una forma di equiparazione delle monete virtuali alla valuta: come evidenziato alla Bitcoin USA Senate Hearing del 2013, è in predicato la stabilità stessa del sistema finanziario⁴⁶. Si potrebbero, dunque, stabilire i presupposti di liceità delle transazioni, come la provenienza da indirizzi correttamente agganciati a dati reali; si potrebbe, altresì, intervenire sul valore delle transazioni stabilendo sotto quale cifra gli uffici finanziari perdano interesse all'accertamento delle transazioni intervenute, senza preclusione alcuna per le indagini di polizia, come avviene con gli acquisiti in contante: norme di questo genere presenterebbero il vantaggio di consentire un uso legittimo secondo parametri prestabiliti e avrebbero maggiori probabilità di essere accettate dagli utenti. Riteniamo che sarebbe inoltre opportuno intervenire a tutela degli investitori, introducendo l'autorizzazione istituzionale degli intermediari e la garanzia obbligatoria dei depositi: i furti on line a carico delle piattaforme BIPS (Bitcoin Internet Payment Services)⁴⁷ e Mt.Gox⁴⁸ hanno reso evidente che gli Stati non possono rimanere ai margini di un fenomeno che ha ormai assunto contorni di raccolta del risparmio. Un intervento di regolamentazione organica della materia offrirebbe un incentivo di mercato efficiente: la predisposizione di regole di concerto riguardo i termini e gli oneri delle nuove utility ridurrebbe sensibilmente gli incentivi al forum shopping; i controlli istituzionali sugli intermediari, l'assicurazione obbligatoria dei depositi e l'applicazione delle procedure di sicurezza standard compenserebbero, forse, in termini di costo alcuni dei vantaggi derivanti dall'uso delle monete virtuali ma la loro attuazione sarebbe in grado di offrire dei termini di garanzia, a nostro parere, particolarmente graditi agli investitori.

PROTOCOLLI DERIVATI

Come illustrato al paragrafo 3., il sistema Bitcoin applica l'algoritmo di Hash ad ogni passaggio della blockchain, in modo da assicurare l'identità del prodotto ottenuto: ogni blocco reca in sé la traccia del digest che identifica il precedente; la catena logica è rafforzata a ogni passaggio e un'eventuale manipolazione diviene immediatamente riconoscibile perché genera una biforcazione che da vita a un ramo di operazioni indipendente dal tracciato originario.

Il modello trova applicazione anche all'esterno del sistema dei pagamenti: gli algoritmi oggetto di questo studio sono, infatti, idonei all'identificazione di dati e al trasferimento di diritti in generale; utilizzando i protocolli derivati dal sistema

⁴⁶ <http://www.hsdl.org/?view&did=747209>.

⁴⁷ Ora acquisito da Coinfy <https://coinify.com/>.

⁴⁸ http://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2014-02-28/piattaforma-bitcoin-mt-gox-dichiara-bancarotta-persi-345-milioni-euro-160351.shtml?uuid=ABXu8tz&refresh_ce=1.



Bitcoin, è oggi possibile certificare digitalmente contratti, dichiarazioni sottostanti e dati relativi all'identità delle parti. L'idea originaria è stata espressa nel 1998 da Nick Szabo e Wei Dai nei due paper indipendenti *Secure Property Titles with Owner Authority*⁴⁹ di e *B-money*⁵⁰, entrambi gli autori, considerati dalla rete gli ispiratori del lavoro di Satoshi Nakamoto, che hanno teorizzato l'applicazione dei protocolli crittografici allo schema contrattuale predicendo addirittura degli esiti in cui la definizione computazionale delle clausole si sarebbe rivelata self-enforcing.

WOIN

Il primo sviluppo del sistema Bitcoin in questa direzione è stato attuato nel 2011 con la fork Namecoin⁵¹: la prima idea del progetto era contenuta in una serie di post, apparsi sul forum Bitcointalk.org alla fine del 2010⁵², che avevano messo

⁴⁹ Nick SZABO, *Secure Property Titles with Owner Authority*, 1998: «A group, called a property club, gets together on the Internet and decides to keep track of the ownership of some kind of property. The property is represented by titles: names referring to the property, and the public key corresponding to a private key held by its current owner, signed by the previous owner, along with a chain of previous such titles. Title names may «completely» describe the property, for example allocations in a namespace. (Of course, names always refer to something, the semantics, so such a description is not really complete). Or the title names might simply be labels referring to the property. Various descriptions and rules –maps, deeds, and so on– may be included. [...] To implement a property club, we set up a replicated database so that the club members, hereafter «servers», can securely maintain titles of ownership, and securely transfer them upon the request of current owners. Actually getting end users to respect the property rights agreed upon by this system will be dependent on the specific nature of the property, and is beyond the scope of the current inquiry. The purpose of the replicated database is simply to securely agree on who owns what. The entire database is public». <http://szabo.best.vwh.net/securetitle.html>.

⁵⁰ Wei Dai, *B-Money*, 1998: «3. The effecting of contracts. A valid contract must include a maximum reparation in case of default for each participant party to it. It should also include a party who will perform arbitration should there be a dispute. All parties to a contract including the arbitrator must broadcast their signatures of it before it becomes effective. Upon the broadcast of the contract and all signatures, every participant debits the account of each party by the amount of his maximum reparation and credits a special account identified by a secure hash of the contract by the sum the maximum reparations. The contract becomes effective if the debits succeed for every party without producing a negative balance, otherwise the contract is ignored and the accounts are rolled back. [...] 4. The conclusion of contracts. If a contract concludes without dispute, each party broadcasts a signed message «The contract with SHA-1 hash H concludes without reparations.» or possibly «The contract with SHA-1 hash H concludes with the following reparations: ...» Upon the broadcast of all signatures, every participant credits the account of each party by the amount of his maximum reparation, removes the contract account, then credits or debits the account of each party according to the reparation schedule if there is one. 5. The enforcement of contracts. If the parties to a contract cannot agree on an appropriate conclusion even with the help of the arbitrator, each party broadcasts a suggested reparation/fine schedule and any arguments or evidence in his favor. Each participant makes a determination as to the actual reparations and/or fines, and modifies his accounts accordingly. <http://www.weidai.com/bmoney.txt>.

⁵¹ <https://namecoin.info/>.

⁵² <https://bitcointalk.org/index.php?topic=1790.msg28696#msg28696> . <https://bitcointalk.org/index.php?topic=1790.msg22019#msg22019>. <https://bitcointalk.org/index>.



in luce come il registro di blockchain potesse servire, oltre che per implementare un sistema di pagamenti, anche per la creazione di una struttura di assegnazione dei top level domain alternativa all'ICANN. La discussione, cui avevano preso parte, fra gli altri, Satoshi Nakamoto, Gavin Andersen e Hal Finney, nasceva dalla considerazione che il protocollo Bitcoin sarebbe stato eccessivamente appesantito dalle registrazioni dei domain name; si era così ipotizzato di risolvere il problema con una fork dell'algoritmo base: in un interessante scambio di vedute fra Satoshi Nakamoto e Hal Finney riguardo l'opportunità di inserire dei costi di transazione, era stato delineato uno degli elementi distintivi del modello ipotizzando che ogni protocollo fosse dotato di una propria moneta⁵³; la proposta conteneva anche l'idea di un sistema di cessione volontaria dei nomi dei domini, con il solo limite della disponibilità effettiva⁵⁴, che avrebbe implicato transazioni nella moneta collegata, allargando gli orizzonti di mercato del progetto.

Namecoin, realizzazione pratica di quest'idea, è un sistema decentralizzato di registrazione e trasferimento dei domain name, basato sulla crittografia e su un sistema di indirizzi interno al network⁵⁵, resistente ai tentativi di manipolazione esterna, inclusi quelli di censura. L'acquisto degli indirizzi è temporaneo, rinnovabile e strettamente collegato al possesso della moneta di riferimento che viene alterata nel codice, in modo da impedirne la spendita accidentale; la chiave crittografica pubblica della moneta viene inserita nel registro di blockchain, consentendo una verifica analoga a quella del sistema Bitcoin. Per ragioni di protezione della privacy, gli amministratori del progetto stanno valutando di accettare in futuro le unità prodotte da zerocash, un protocollo che implementa l'anonimato del progetto Bitcoin introducendo il trasferimento basato su una dimostrazione a conoscenza zero⁵⁶. Per quanto le caratteristiche di Namecoin consentano un uso tradizionale del sistema, la proprietà che troviamo maggiormente interessante consiste nella possibilità di inserire atti e documenti nel registro di blockchain con codifica crittografica in un'unità di moneta. Le implicazioni di questo protocollo sono molteplici e si rivelano particolarmente interessanti anche

php?topic=1790.msg28917#msg28917.

⁵³ <https://bitcointalk.org/index.php?topic=1790.msg28917#msg28917>. Hal Finney: «*The rules have to be that you have to spend a certain amount of bitdnscoins/DCCs in order to register your names and/or do other BitDNS transactions. That's the only way to make this alternative currency desirable and valuable.*»

SATOSHI: «*I agree. All transactions, IP changes, renewals, etc. should have some fee that goes to the miners. You might consider a certain amount of work to generate a domain, instead of a fixed total circulation. The work per domain could be on a schedule that grows with Moore's Law. That way the number of domains would grow with demand and the number of people using it.*»

⁵⁴ *Ibid.* SATOSHI: «*Name change. A domain object could entitle you to one domain, and you could change it at will to any name that isn't taken. This would encourage users to free up names they don't want anymore. Generated domains start out blank and the miner sells it to someone who changes it to what they want.*»

⁵⁵ L'intero elenco degli indirizzi viene scaricato su ogni peer del sistema.

⁵⁶ In una dimostrazione a conoscenza zero una delle parti dimostra all'altra di possedere una determinata informazione senza svelarla ma ripetendo più volte un comportamento basato proprio sul possesso di quell'informazione; *vide*: Jean-Jacques Quisquater, Louis Guillou, Marie Annick, Tom Berson: *How to explain zero-knowledge protocols to your children*, 1989, CRYPTO '89, Proceedings on Advances in Cryptology, p. 628-631.



sotto il profilo istituzionale: adottando una soluzione di questo genere, infatti, gli enti che in ragione del proprio funzionamento rilasciano documenti potrebbero creare delle catene crittografate di emissione che renderebbero più agevole e maggiormente sicura la creazione dei titoli. Come già evidenziato, ogni eventuale manomissione del protocollo creerebbe una biforcazione della catena logica, rendendo immediatamente individuabili eventuali corpi estranei: si pensi all'emissione dei documenti di identità personale, caso in cui la possibilità di individuare digitalmente ogni falso si rifletterebbe positivamente sulla sicurezza nazionale, senza contare che l'applicazione di un algoritmo unico risulterebbe vantaggiosa anche in termini economici.

COLORED COIN

Colored coin⁵⁷ è una seconda implementazione del protocollo Bitcoin che consente di inserire nella blockchain elementi come l'identificazione di dati personali, messaggi o diritti digitali su beni: gli elementi indicati vengono computati nel codice di una moneta che anche questo sistema qualifica in maniera speciale, in maniera da impedirne la spendita accidentale; nel caso dei diritti trasferibili, il trasferimento della moneta comporta quello del diritto collegato. Funzionalmente, la piattaforma replica la struttura del protocollo Bitcoin, cui fa riferimento per ogni ulteriore dettaglio: per questa ragione le piattaforme analoghe a Colored Coin vengono anche identificate come Bitcoin 2.0.

Sotto il profilo istituzionale, i protocolli di questo genere contengono un forte potenziale di sviluppo dei registri della proprietà: una blockchain ad accesso riservato dei Pubblici Ufficiali competenti ben potrebbe digitalizzare i diritti sui beni registrati facilitando le iscrizioni e le trascrizioni e producendo come risultato un trasferimento rapido, sicuro ed economico. Anche nel settore privato le implicazioni sono di grande importanza: si pensi solo alla possibilità di digitalizzare in questi token azioni, obbligazioni e altri strumenti finanziari rendendo, in un prossimo futuro, le vicende collegate alla loro titolarità di rapida e sicura verificabilità, con conseguenze più che apprezzabili in termini di efficienza economica. In Colored Coin possono già essere digitalizzati i diritti trasferibili non soggetti a registrazione e la loro circolazione avviene secondo le regole di blockchain illustrate al paragrafo 3, nel rispetto dei limiti dell'ordinamento giuridico di riferimento. Hashing platform e smart contract

⁵⁷ <http://coloredcoins.org/>.

Il passo successivo, conosciuto anche come Bitcoin 3.0, è quello delle hashing platform come Ethereum⁵⁸, Omni⁵⁹ e Ripple, architetture internet la cui funzione consiste nell'individuazione univoca di dichiarazioni e accordi tramite applicazione dell'algoritmo di Hash: i digest così ottenuti vengono inseriti nel codice di una delle monete di riferimento consentendo la gestione tramite registro di blockchain di tutte vicende collegate. Ethereum e Omni sono applicazioni derivate dal protocollo Bitcoin, di cui replicano il registro logico tramite chainfork, mentre, come indicato nel paragrafo 3.2.2., Ripple costituisce un protocollo autonomo.

Una delle più interessanti innovazioni delle hashing platform consiste nella possibilità di dare attuazione ai c.d. smart contract: la categoria è stata teorizzata da Nick Szabo nel 1997⁶⁰, prendendo spunto dallo schema di vendita dei distributori automatici; la proposta dell'autore mette a servizio della contrattualistica la crescente potenza computazionale scrivendo alcune clausole direttamente nel software e rendendo così l'inadempimento di scarsa convenienza, se non addirittura proibitivo, in termini economici.

Lo schema, fondato sulla crittografia, consiste di quattro elementi base:

Una chiave idonea a un ingresso selettivo dei contraenti e all'esclusione di terzi non autorizzati; Una back door che consenta sempre l'ingresso alla parte creditrice;

L'attivazione della back door del creditore in dipendenza del mancato pagamento per un determinato periodo di tempo; e Il pagamento finale a disattivazione permanente della back door.

Nell'era digitale molti contratti vengono gestiti in Electronic Data Interchange, un protocollo che, in alcuni casi, rende addirittura automatica la loro conclusione ed esecuzione: si pensi, ad esempio, alle aste computerizzate per il posizionamento di banner pubblicitari sulle pagine visualizzate dagli utenti Internet. Lo smart management del contratto rappresenta un passo ulteriore su questa strada, idoneo a consentire forme di gestione dinamica che negli altri casi restano impraticabili per via dei costi di transazione: i servizi offerti dalle hashing platform sono in grado di implementare la fattispecie contrattuale aggiungendo alla caratteristica della veri-

⁵⁸ La creazione di questo protocollo è valsa al giovane programmatore Vitalik Buterin il premio World Technology 2014 <http://www.wtn.net/summit-2014/2014-world-technology-awards-winners>; il *white paper* <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper> del 2013 è stato implementato da uno *yellow paper* <http://gavwood.com/Paper.pdf> scritto da Gavin Wood nel 2014 e il progetto è stato finanziato con un *bitcoin crowdfunding* che ha realizzato un controvalore di oltre \$18.000.000 http://www.reddit.com/r/ethereum/comments/2fhmzm/ethereum_was_second_largest_crowdsale_in_history/.

⁵⁹ Omni, lanciata nel 2015, è la versione implementata di Mastercoin, hashing platform nota anche come 'Il secondo protocollo *Bitcoin*' <https://github.com/OmniLayer/spec>.

⁶⁰ Nick SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, 1997, <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469> e.

The Idea of Smart Contracts, 1997, <http://szabo.best.vwh.net/idea.html>.



ficabilità matematica il self enforcement di alcune clausole contrattuali; il sistema varia in funzione dei diritti dedotti e dei diversi termini pattuiti, con l'inserimento di trigger point osservabili in via immediata nel registro di blockchain, come l'esercizio di una determinata opzione.

Si tratta di un modello suscettibile di sviluppi interessanti che riduce i costi di gestione del contratto rendendo automatici alcuni eventi che si realizzano in conseguenza di fatti matematicamente accertati: riteniamo che questo schema soddisfi pienamente le esigenze della società contemporanea, offrendo rapidità e speditezza ai traffici giuridici. Resta aperta l'interessante questione della riferibilità a persona certa, un elemento che de jure condendo sarà imprescindibile chiarire se, come auspichiamo, le istituzioni decideranno di percorrere questa strada innovativa anche per il trasferimento dei beni registrati; negli altri casi essa degrada a mera utilità, lasciando le parti libere di contrattare nel modo che preferiscono.

CONCLUSIONI

Lo studio delle potenzialità di mercato degli algoritmi di criptazione è soltanto all'inizio: l'interessante modello matematico è stato sviluppato per fare fronte alle necessità libertarie sollevate dall'interpretazione restrittiva delle regole anti money laundering USA; la loro dimostrazione di efficienza li ha resi oggetto di attenzione in ambito istituzionale ed economico, contesti lontani più che mai dal principio che eleva la libertà totale di pensiero e di azione a massimo valore nella vita. E' proprio la razionalità del sistema binario che rende il dato digitale maggiormente idoneo di altri alle operazioni di governo del mercato e il diritto, in questo contesto, si limita a seguire l'evoluzione della società, ponendo regole di confine che, almeno in linea teorica, dovrebbero sostenere l'iniziativa privata, senza imbrigliarla. Inglobare i protocolli di hashing nelle regole di diritto generali rappresenta, a nostro parere, un vantaggio per i consociati: inserendo i dettagli delle transazioni nel registro di blockchain si potrebbe fruire di maggiore certezza nei traffici giuridici, con riduzione dei costi di gestione: l'introduzione di clausole self-enforcing renderebbe questi modelli ancora più efficienti; a conclusione della nostra analisi non possiamo che ribadire che la corretta attuazione di questi schemi innovativi passa imprescindibilmente per la messa in opera di regole di concerto internazionali che sottraggano ogni incentivo al forum shopping.



SCOPE OF PROTECTION OF THE FREEDOM OF CONSCIENCE UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Adam Jakuszewicz

Doctor of law, assistant professor at Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz, Poland

ABSTRACT

Due to increasing secularisation and individualisation of European societies there is a need for a broad interpretation of the freedom of conscience under Article 9 (1) ECHR that would comprise the right to act in conformity with mandates of one's conscience, including the right to conscientious objection. Such a right would be subject to the limitation clause of Article 9 (2), which would avert the danger of possible abuse. However, the adoption of such a broad interpretation requires a change in the approach to Article 9 in the jurisdiction of the European Court of Human Rights that would in greater extent take into account moral beliefs of minorities and of individuals.

KEYWORDS: conscientious objection, limitation on freedom of conscience, religion and belief, the doctrine of generally applicable and religiously neutral laws.

RESUMEN

«Ámbito de protección de la libertad de conciencia en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos». Debido a la creciente secularización e individualización de las sociedades europeas es menester que se adopte una amplia interpretación de la libertad de conciencia prevista en el Artículo 9 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos que comprendiera el derecho a actuar según mandatos de la propia conciencia, incluyendo el derecho a la objeción de conciencia. Este derecho estaría sujeto a la cláusula limitativa del Artículo 9 (2) CEDH lo que prevendría sus posibles abusos. Sin embargo, la adopción de tan extensiva interpretación de la libertad de conciencia requeriría el cambio del planteamiento respecto al Artículo 9 CEDH en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que de un modo más amplio tomaría en consideración las convicciones morales de grupos minoritarios y aquellas de los particulares.

PALABRAS CLAVE: objeción de conciencia, limitación de la libertad de conciencia, religión y de convicciones, doctrina de leyes ideológicamente neutrales de aplicación general.



1. INTRODUCTION

The inclusion of the freedom of conscience into a legal system of the protection of human rights, national or international, seems to create a paradox. On the one hand, the freedom of conscience has the potential to become a legal basis for establishing exemptions from generally applicable legal obligations in favour of individuals whose most profound moral convictions are irreconcilable with views on the right and wrong of a given majority entrenched in provisions of generally binding law. By guaranteeing the freedom of conscience, the lawgiver takes account of and shows respect for axiological beliefs that diverge from mainstream ideologies and thus protects human dignity and autonomy. What is of paramount importance, the protection offered by this freedom is not only directed to minorities, but extends to individual persons. In such a way, legal systems are enriched and humanised; at the same time, the perception of the enforcement of law based on the idea of formal legality is replaced by the endeavour to realise substantial justice¹. On the other hand, the individual who objects to comply with a legal norm by invoking the superior mandates of conscience seems to usurp the hegemony over the legal order, since from their perspective the binding force of the law depends on their subjective moral criteria. For this reason freedom of conscience is sometimes perceived “as quite anarchic in its tendencies”². Given that individual conscience is a deeply personal instance, the protection of its freedom may undermine the principle of democracy as well as the principle of rule of law and thus entail a danger for the stability of the legal order³.

The mentioned paradox is inherent in Article 9 of the European Convention on Human Rights (hereinafter: Article 9) which alongside the freedom of thought, religion and belief stipulates the right to freedom of conscience. Taking into account the developments of the theory and practice of human rights at the time of signing of the Convention, one can argue that its drafters could not regard the freedom of conscience as a separate right to moral self-determination and self-realisation, detached from the ‘traditional’ freedom of religion and belief. Nonetheless, according to constant jurisprudence of the Strasbourg bodies the rights and freedoms laid down in the Convention should be subject to dynamic and evolutionary interpretation. This means that the Convention is designed to guarantee not rights that are

¹ REINA, V., REINA, A., *Lecciones de derecho eclesiástico español*, PPU-Promociones Publ. Univ., Barcelona, 1983, pp. 415 ff.

² QUINN, G., *Conscientious objection in labour relations (civil service and liberal professions)*, in: Council of Europe, *Freedom of conscience*. Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the F. M. Van Asbeck Centre for Human Rights Studies of the University of Leiden. Leiden (Netherlands), 12-14 November 1992, Council of Europe, Strasbourg, 1993, p. 109.

³ As it has been concisely expressed by the Spanish Constitutional Court, the right to conscientious objection of a general character, i.e. the right to be exempted from a constitutional or statutory obligation whose compliance is contrary to convictions of the individual, is inconceivable; its recognition in a legal order whatsoever would therefore be tantamount to the negation of the idea of the statehood. See: Judgment of 27.10.1987 on conscientious objection to military service (STC 161/1987, F. J. 3.).



theoretical or illusory but rights that are practical and effective⁴. Such an approach is supposed to do justice both to dramatic changes occurring in modern societies and to increasing expectations as to standards of the protection of human rights. Referring the above-mentioned remarks to the freedom of conscience, it should be assumed that due to the increasing ideological pluralisation of modern European societies and the concomitant ‘privatisation’ or individualisation of ethical beliefs there is an emergent need to open Article 9 towards a wider interpretation that would afford a more effective protection to people that profess less common or even individualistic sets of beliefs, including the ethical ones. On the other hand, the attempts at deriving the right to conscientious objection from Article 9 are fraught with dogmatic difficulties resulting not only from its textual ambiguities but also from the need to harmonise individual interests with the principle of democracy and the principle of the rule of law. The objective of this paper is to show that despite these difficulties and a rather restrictive approach to the scope of freedoms laid down in Article 9 taken by the Strasbourg bodies, it is still possible and desirable to construe this provision in a way that includes the right to conscientious objection to generally binding legal obligations without the threat of a considerable detriment to general interests of the state and society.

2. INTERPRETATION OF THE FREEDOM OF CONSCIENCE UNDER ARTICLE 9 ECHR IN THE LEGAL DOCTRINE

2.1. INDIVIDUAL CONSCIENCE AS THE “OBJECT” OF THE PROTECTION UNDER ARTICLE 9 ECHR

The elucidation of the “substance” of the right to freedom of conscience is not possible without the presupposition of an understanding of the ‘object’ of its protection, i. e. of the phenomenon described as “conscience”, that would be satisfactorily operative in the realm of legal sciences. Although the issue of conscience has been discussed within various disciplines (theology, philosophy, psychology and sociology) since Antiquity, the views as to its nature and functions are highly divergent and fraught with ideological controversies. Legal theory and practice cannot directly and one-sidedly resort to one of them for the simple reason that the state, that is supposed to be impartial in matters of religious and philosophical beliefs, would thus take sides in ideological disputes⁵. On the other hand, the concept of conscience that would workable within the province of law cannot be completely subjectified. In other words, it cannot be left to the individual concerned to decide what conscience means, even if one assumes that the very function of the freedom of conscience

⁴ NOWICKI, M. A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Lex Wolters Kluwer Business, Warszawa, 2010, pp. 224 ff.

⁵ MUCKEL, S., Art. 4 Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Friauf, K. H., Höfling, W., *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Schmidt Verlag, Berlin, 2008, marginal number (Rn.) 57.



is to protect their moral autonomy and self-determination. The individual's perceptions are certainly to be taken into account when applying the human rights, however the law must at least define the limits of what it is willing to guarantee.

Given that a notion of conscience acceptable within the ambit of juridical sciences can be one-sidedly influenced neither by a religion or philosophy nor by subjective beliefs of the individual, the only possibility of its constructing is to draw upon an elementary understanding of conscience "as a phenomenon that occurs in social life and that an individual is able to experience"⁶. Such a formal approach to conscience has been propounded by German Constitutional Court that has described a decision of conscience as "any serious moral decision based on the categories of 'good' and 'evil' which the individual experiences as binding and absolutely obligatory for themselves in a particular situation, so that they could not act against it without suffering severe pangs of remorse."⁷ According to this approach, the 'substance' of conscientious decisions and judgments is determined by subjective and individual criteria, however, in order to be qualified as such, the decision of conscience has to meet some formal (objectified) requirements, especially it has to attain a considerable degree of seriousness and coherence⁸. What distinguishes conscience from other inner processes is the binding force of its precepts for the individual concerned. The mandates of conscience are experienced as serious moral obligations and not as mere opinions or preferences as to what kind of conduct in a particular situation would be appropriate, expedient, reasonable or desirable. As A. Peters has noted, the freedom of conscience protects the individual in the circumstances described by Martin Luther in his famous statement: "here I stand and I cannot do otherwise", pronounced at the Diet of Worms in 1521⁹. Some scholars influenced by the developments of the doctrine of German constitutional law¹⁰ have rightly pointed out that the discussed approach to conscience could be of assistance when interpreting Article 9. Indeed, given its formal and at the same time comprehensive character, the propounded definition could constitute a methodological foundation of the nascent protection of the right to conscientious objection at international level.

⁶ LOSCHELDER, W., The non-fulfillment of legally imposed obligations because of conflicting decisions of conscience – the legal situation in the Federal Republic of Germany (FRG), in: European Consortium for Church-State Research, Conscientious objection in the EC Countries. Proceedings of the Meeting Brussels-Leuven, December 7-8, 1990, Giuffrè, Milano, 1992, p. 30.

⁷ Decisions of the German Constitutional Court, volume 12, pp. 45 and 55 (BverfGE 12, 45, 55).

⁸ GRABENWARTER, Ch., Artikel 9, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention mit einschlägigen Texten und Dokumenten, Heymanns, Köln, München, 2007, p. 20.

⁹ PETERS, A., Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, C.H. Beck, München, 2003, p. 222.

¹⁰ VON UNGERN-STERMBERG, A., Religions- und Gewissensfreiheit, in: KARPENSTEIN, U., MAYER, F. C., Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten; KOMMENTAR, C. H. Beck, München, 2012, p. 254; Blum, N., Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Duncker und Humblot, Berlin, 1990, p. 156; FROWEIN, J. A., in: FROWEIN, J. A., PEUKERT, W., Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, Engel, Kehl 1996, Artikel. 9, marginal note (Rn.) 3.



It results from the foregoing remarks that the main characteristic of conscience is the orientation towards its “acting realization”¹¹. In other words, conscience can be described as an inner human faculty whose function consists not only in establishing criteria for moral evaluation of one’s decisions and conduct but first and foremost in urging the individual to a particular action or omission. For this reason, any attempt at reducing the scope of freedom of conscience to the inner sphere of individual beliefs concerning the morally right and wrong would not do justice to these functions of conscience. As N. Blum has rightly noted, “every decision of conscience urges to its practical realisation. Without freedom to act in conformity with one’s conscience, the right to freedom of conscience would be devoid of its essential element.”¹² Indeed, reducing the scope of freedom of conscience to the sphere of inner beliefs would render this right almost impractical and meaningless; such a right “can be guaranteed by every dictator as long as he does not resort to methods described by George Orwell”¹³. If the scope of the freedom of conscience were limited to the *forum internum*, its inclusion into the text of legal provision could be regarded as superfluous and dispensable¹⁴.

2.2. THE “EMANCIPATION” OF FREEDOM OF CONSCIENCE FROM FREEDOM OF RELIGION

Historically, the term “freedom of conscience and religion” was applied to describe one and indivisible freedom aimed at protecting human activity related to satisfying the religious needs. Within this approach the freedom of conscience was understood as a right to adopt and hold particular religious beliefs without any coercion on the part of the state. However, even when conflated with freedom of religion, the freedom of conscience has always been oriented to guarantee the right to behave in conformity with one’s deepest convictions. This historical experience indicates that every legal safeguard of this freedom must be construed as inclusive of the aspect of the *forum externum*, i.e. of the right to live in accordance with principles the individual is firmly convinced that they are true or morally right.

Nowadays, if freedom of conscience is to gain practical significance, it has to be construed as a separate right, conceptually detached and independent from the freedom of religion. In other words, freedom of conscience and freedom of religion are to be juxtaposed as individual rights, each one performing

¹¹ WALTER, Ch., Religions – und Gewissensfreiheit, in: Dörr, O., Grote, R., Maruhn, T., Konkordanzkommentar zum deutschen und europäischen Grundrechtsschutz, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 829.

¹² BLUM, N., *op. cit.*, p. 157.

¹³ WALTER, Ch., *op. cit.*, p. 829.

¹⁴ VON UNGERN-STERNBERG, A., *op. cit.*, p. 254.



its own specific protective function¹⁵. As noted above, the need for conceptual separation of freedom of conscience is the result of social and political changes towards the increasing secularisation and individualisation. The methodological consequence of this approach for the European Court of Human Rights would be that whenever it reaches the conclusion that an applicant's behaviour does not constitute a direct manifestation of a religion or belief and thus does not fall within the scope of the right to freedom of religion, there could be a religiously or philosophically motivated position of conscience that merits examination, since it may still be covered by the freedom of conscience. The latter freedom could therefore play the role of the "last resort", which means that cases of conscientious objection may require double examination under Article 9. This supplementary function of the freedom of conscience could go even further; namely, it could be relevant also in cases, where an individual conscientious decision is not based on a comprehensive or over-arching religious or philosophical system, but rather on a more individualistic pattern of thinking or conviction that is hardly subsumable into a traditional or commonly recognised set of beliefs¹⁶.

When determining the scope of freedom of conscience as a separate human right, one should take into account not only its relation to freedom of religion, but also to other rights and freedoms laid down in the Convention. Especially noteworthy in this context is the distinction between a stand-alone right and a relational right to freedom of conscience made by G Quinn. According to this approach, the freedom of conscience regarded as the stand-alone right protects both the inner sphere of conscientious beliefs and, up to a point, all their manifestations. By contrast, freedom of conscience conceived as a relational right comes into play when it is exercised in connection with some other established right or freedom, such as freedom of expression or freedom of assembly. Since in the latter case the individual conscience provides motivation behind particular uses of the other right, it can be assumed that in some specified areas of human activity, conscience is protected by means of other rights. The areas that are not covered by relational freedom of conscience are still protected through the right to freedom of conscience conceived as a stand-alone right. "Otherwise worthy manifestations would be caught between the ghetto of the *forum internum* and the particularised *forum externum* of specified rights¹⁷."

¹⁵ BLUM, N., *op. cit.*, p. 155.

¹⁶ GRABENWARTER, Ch., Artikel 9, in: Internationaler Kommentar..., *op. cit.*, p. 21; WALTER, Ch., *op. cit.*, p. 831.

¹⁷ QUINN, G., Conscientious objection in labour relations (civil service and liberal professions), in: Council of Europe, Freedom of conscience. Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the F. M., van Asbeck Centre for Human Rights Studies of the University of Leiden. Leiden (Netherlands), 12-14 November 1992, Council of Europe, Strasbourg, 1993, p. 109.



2.3. THE LITERAL INTERPRETATION OF THE FREEDOM OF CONSCIENCE UNDER THE ARTICLE 9 ECHR

Before embarking on the discussion on the interpretation of the wording of Article 9 with regard to the freedom of conscience it should be borne in mind that when agreeing on international standards relating to the protection of human rights, representatives of states concern themselves first and foremost with achieving a language that would be politically approvable. That is why the wording of many rights and freedoms is intentionally framed in an ambiguous or unclear way, which makes it capable of being understood in different terms. The right to freedom of thought, conscience, religion and belief has proved among the most sensitive rights to agree at the international level, it is therefore not surprising that compromise and deliberate ambiguity is inherent in all its formulations¹⁸, including that of Article 9.

The very ambiguity of this provision makes the determining of the scope of the freedom of conscience enshrined therein considerably difficult. The first part of Article 9 (1) stipulates the 'right to freedom of thought, conscience and religion' without mentioning belief, but it also lays down the right to change "religion or belief". The second part, in turn, guarantees the right to "manifest his religion or belief in worship, teaching, practice and observance", without mentioning "thought and conscience". This has led B. Vermeulen to the conclusion that "thought and conscience" is a concept with a separate meaning and substance that is to be distinguished from the notion "religion and belief"; whereas the former refers to the inner sphere of deep-seated personal convictions, the latter implies the freedom to their manifestation. For that reason the protection of freedom of conscience is limited to the inner sphere of personal convictions, i.e. to the sphere of the *forum internum*¹⁹.

Furthermore, as B. Vermeulen notes, if one assumes that freedom of conscience under Article 9 (1) includes the aspect of the *forum externum*, the issue

¹⁸ BOYLE, K., Freedom of conscience in international law, in: Council of Europe, Freedom of conscience. Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the F. M. van Asbeck Centre for Human Rights Studies of the University of Leiden. Leiden (Netherlands), 12-14 November 1992, Council of Europe, Strasbourg, 1993, p. 41.

¹⁹ VERMEULEN, B., Scope and limits of conscientious objection, in: Council of Europe, Freedom of conscience. Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the F. M. van Asbeck Centre for Human Rights Studies of the University of Leiden. Leiden (Netherlands), 12-14 November 1992, Council of Europe, Strasbourg 1993p. 82. In order to justify this standpoint the quoted Author makes reference to *travaux préparatoires* wherefrom it can be inferred that when including the freedom of conscience in the text of the Convention, the drafters intended to establish a guarantee against brainwashing and other inquisitorial methods rather than to proclaim a right to act in conformity with one's moral precepts. The relevant passage of the *travaux préparatoires* says that "it should be added that, in recommending a collective guarantee not only of freedom to express convictions, but also of thought, conscience, religion and opinion, the Committee wished to protect all nationals of any Member State, not only from 'confessions' imposed for reasons of State, but also from those abominable methods of police enquiry or judicial process which rob the suspected or accused person of control of his intellectual faculties and of his conscience". Collected edition of the "Travaux Préparatoires", vol. 1, Den Haag, 1975, p. 222.





of possible limitation on such a right inevitably emerges. The limitation clause of Article 9 (2) only allows restrictions on freedom to manifest one's religion or beliefs, which suggests that the freedom of conscience (as well as the freedom of thought) has not been subjected to any limitations. If the drafters of the Convention had wanted the freedom of conscience to comprise the right to act in accordance with one's imperative moral precepts, this freedom would be unlimited in the sense that every legal obligation would have to yield to an appeal to conscientious objection. Such an outcome would obviously be impractical and socially unacceptable. What is more, the creation of a workable limitation clause with regard to freedom of conscience embracing the sphere of the *forum externum* would not be feasible at all²⁰. The phenomenon of conscience is not perceived any more as "*conscientia*" i. e. as a source of common and objective knowledge about the right and wrong shared by the whole society. It is rather described as a pure individualistic and subjective phenomenon that constitutes a reservoir of the internalised values and patterns of behaviour held and practised in a social milieu one is born into. These values and norms are instilled in the individual in the process of education and socialisation. The consequence of this subjectivisation and individualisation of conscience is that the behavior mandated by it cannot be localised in a precisely identifiable or clearly determinable realm of human action. The fact that theoretically every type of action can amount to a manifestation of one's conscience means that conscientious objection can potentially be directed to every and each legal obligation. In this sense freedom of conscience would be boundless and amorphous. Other fundamental rights and freedoms, such as freedom of expression or freedom of assembly, have a well-determined object and scope of protection. They concern with certain specifiable areas of action, are connected to social institutions or refer to foreseeable patterns of behaviour, which makes possible to frame a general clause limiting their enjoyment for the protection of other legitimate rights and interests. Freedom of conscience, in turn, lacks such a clearly determinable object or area of protection, the formulation of a workable provision containing necessary restrictions on its manifestations would therefore not be viable²¹.

Nonetheless, this line of argumentation is not to be agreed with; if the scope of the freedom of conscience were to be interpreted restrictively, i.e., if it were to be understood as covering only the sphere of the *forum internum*, then the freedom of conscience would conflate into the freedom of thought. As a result, the term "conscience" would be devoid of its proper and separate meaning and would have to be regarded as superfluous²². What is more important, the sharp distinction

²⁰ VERMEULEN, B., Article 9: Freedom of thought, conscience and religion, in: VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p. 543.

²¹ VERMEULEN, B., Conscientious objection in Dutch law, in: European Consortium for Church-State Research, Conscientious objection in the EC Countries. Proceedings of the Meeting Brussels-Leuven, December 7-8, 1990, Giuffrè, Milano, 1992, p. 262.

²² VON UNGERN-STERNBERG, A., *op. cit.*, p. 254.

between the sphere of the *forum internum* and *forum externum* seems artificial from the perspective of practical human experience; people come to crystallise their beliefs by means of thought, religious or not. Beliefs, in turn, inform the conscience of an individual and prompt them to external action. Moreover, the exclusion of the term 'belief' in the first part and its mentioning in the second part of Article 9 seems to suggest a strange outcome that an atheist or an agnostic has the right to manifest their beliefs, but the right to hold them is not protected. To avoid such an outcome it is to be assumed that beliefs are a subset of the broader category of thought and conscience²³, which means that the second part of Article 9 (1) contains the right to manifest all freedoms enumerated in its first part²⁴.

This approach is confirmed by the words 'this rights include', or '*ce droit implique*' which seem to indicate that the function of the second part of Article 9 (1) is to single out and precise the meaning of some but not all rights mentioned in the first clause. The second part of Article 9 (1) plays therefore only the explanatory role with regard to its first part. The complete guarantee of freedom of thought, conscience, religion and belief, including their exercise in the outer sphere, is already contained in the first part of Article 9(1)²⁵. In other words, the phrase 'freedom of thought, conscience, religion and belief' from Article 9 is to be regarded as a succinct summation of the content of all freedoms guaranteed herein. One should therefore subscribe to the broad interpretation of Article 9 according to which the scope of this provision encompasses all personal, political, philosophical, moral and religious beliefs and convictions and safeguards "ideas and conceptions of all kinds, with specific reference to an individual's religious conceptions and his own way of perceiving his social and private life"²⁶. Within such an interpretation the "freedom of conscience would appear to lie halfway between freedom of opinion and freedom of worship or rather at the point where they intersect"²⁷. Furthermore, It should be noted that the term 'belief' is listed together and on an equal footing with the freedom of religion. It is therefore broad enough to encompass *inter alia* conscientious convictions²⁸. This broad interpretation of the notion 'belief' is in line with the jurisdiction of the Strasbourg bodies according to which a manifestation of a belief requires some coherent view of fundamental problems and must relate to "a weighty and substantial aspect of human life and behavior". Moreover, in order to be qualified as a 'belief' within the meaning of the Convention, the views in question have "to attain a certain level of

²³ EVANS, C., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 52 ff.

²⁴ FROWEIN, A. J., *op. cit.*, Artikel. 9, marginal number (Rn.) 10.

²⁵ BLUM, N., *op. cit.*, p. 159; approvingly: GRABENWARTER, Ch., Artikel 9, in: *Internationaler Kommentar...*, *op. cit.*, p. 23.

²⁶ RENUCCI, J. F., Article 9 of the European Convention on Human Rights, Freedom of Thought, Conscience and Religion, Council of Europe, Strasbourg, 2005, p. 12.

²⁷ *Ibidem*, p. 14.

²⁸ GRABENWARTER, Ch., *European Convention on Human Rights-Commentary*, München, 2014. pp. 236 and 240.





cogency, seriousness, cohesion and importance”²⁹. Such a broad interpretation of the term ‘belief’ underlies the jurisdiction of the Strasbourg bodies; for instance, in the case *Arrowsmith v. the UK*³⁰ the Commission has held “that pacifism is a philosophy and, in particular, as defined above, falls within the ambit of the right to freedom of thought and conscience. The attitude of pacifism may therefore be seen as a belief (conviction) protected by Article 9.1”. This decision shows that the Commission has equalised the freedom of conscience with freedom of belief, however, the issue of distinction between the two freedoms has not been discussed³¹.

If one accepts that the expression ‘freedom to manifest his religion or belief’ is to be interpreted broadly so that it covers all sorts of serious and coherent sets of convictions stemming from one’s thought and conscience, the problem of the lack of an explicit limitation clause referring to freedom of conscience indicated by B. Vermeulen ceases to exist. This is because Article 9 (2) becomes applicable not only to manifestations of a religion or philosophy, but also to issues related to conscientious objection. The described interpretation does not render the difference between the *forum internum* and the *forum externum* irrelevant, since, as Article 9 prescribes, no interference is permissible to control over the internal exercise of conscience³²; the restriction imposed by the authorities apply exclusively to the ambit of the manifestation of a conscientious belief³³. It is noteworthy that such an approach to the limitation clause was adopted by the Commission in the case *X. v. the United Kingdom* concerning the sentencing of the applicant for attempting to distribute among British soldiers a pamphlet that incited them to desert the army and to defect to IRA: “(...) the Commission finds that the restriction of the applicant’s freedom to thought or conscience ensured by Article 9 (1) was justifiable for the same reasons expressed above in relation to Article 10 and, in terms of Article 9 (2), it was justifiable in the interests of public safety, for the protection of public order and the rights of others.”³⁴ This assertion is consistent with the wording of Article 9 (2) provided that one accepts that the term ‘belief’ is to be interpreted as broadly as to include not only philosophical but also moral or “conscientious” convictions.

²⁹ MURDOCH, J., Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2012, p. 16.

³⁰ Appl. N.º 7050/75, Comm. Rep 1978, 19 DR 5.

³¹ WALTER, Ch., *op. cit.*, p. 829.

³² Similarly to the freedom of religion the right to freedom of conscience protects first and foremost the inner sphere of beliefs related to the morally good and wrong, including the right to negative freedom, i.e. the right not to reveal the content of one’s conscientious beliefs. (See: GRABENWARTER, Ch., Artikel 9, in: Internationaler Kommentar..., *op. cit.*, p. 21.) This entails the prohibition of indoctrination on the part of state authorities, which is relevant especially with respect to vulnerable groups such as pupils or prisoners or soldiers.

³³ Intervention by Sir Basil Hall relating to the theme: Scope and Limits of Conscientious Objection, in: Council of Europe, Freedom of conscience. Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the F.M. van Asbeck Centre for Human Rights Studies of the University of Leiden. Leiden (Netherlands), 12-14 November 1992, Council of Europe, Strasbourg, 1993, p. 129.

³⁴ xv the United Kingdom, Appl. N.º 6084/73, DR 3, p. 65.

This inclusive interpretation of the term “belief” has been criticised by N. Blum who has claimed that its adoption would result in blurring the boundaries between rights protected under Article 9. In particular, it would not be possible any more to differentiate between freedom of conscience on the one hand, and freedom of religion and of non-religious belief on the other. The freedom of conscience would again merge into one indivisible right with freedom of religion, which should be regarded as retrogression in its development. Instead of the inclusive interpretation of the term “belief” N. Blum suggests the analogous application of the limitation clause under Article 9 (2) to all rights set out in Article 9 (1). This approach seems acceptable when taking into consideration the structure and methodology of Articles 8-11 of the Convention. The limitation clauses enshrined in paragraph 2 of each of these Articles are designed to cover each and every right stipulated in their first paragraphs. The drafters of the Convention could not recognise freedom of conscience as a separate human right having its own scope of protection distinguishable from the scope of freedom of religion and belief. In order to uphold this distinction there is a need for a “supplementary and corrective interpretation” of the restriction clause by extending its applicability on the right to freedom of conscience. Nevertheless, N. Blum acknowledges that his approach is not free from methodological doubts arising above all from the wording of Article 9 (2). At the same time he defends his position by claiming that the very wording of the restriction clause hinders the adoption of any solution that would be “dogmatically pure”³⁵.

2.4. TELEOLOGICAL INTERPRETATION OF FREEDOM OF CONSCIENCE UNDER ARTICLE 9

The broad interpretation of the freedom of conscience under Article 9 that includes the right to conscientious objection, subject to the limitation clause of Article 9 (2), can be corroborated by teleological considerations. Namely, it should be noted that the essential core of the freedoms enshrined in Article 9 is the recognition of the moral autonomy of the individual human being. Freedom of conscience, religion and belief is an indispensable component of treating human beings as autonomous persons deserving of dignity and respect³⁶. This idea underlies the legal instruments aiming at protection of human rights, in particular of the freedom of conscience, adopted in international law. In this respect it is important to emphasise that “international law as it has developed defends the right of the individual to think for him or herself, to hold principles which concern fundamental convictions or moral principles and to live out those convictions or principles, subject only to the rights of others, including the right of others to enjoy freedom of conscience”³⁷. Since issues concerning religion and beliefs, including moral beliefs, are an essential element of self-identity and any improper interference with them

³⁵ BLUM, N., *op. cit.*, pp. 160 et. seq.

³⁶ EVANS, C., *op. cit.*, p. 29.

³⁷ BOYLE, K., *op. cit.*, p. 42.



is tantamount to an attack on the autonomy of the individual, freedoms set out in Article 9 should be given the possibly broadest scope of protection. This means that limitation on them should require especially serious justification.

The teleological argument from autonomy seems to be the most appropriate approach for the Court to adopt when applying Article 9. It is consistent with the ideas of pluralism, tolerance and the importance of religion to believers that the Court has already emphasised³⁸, as well as with the general assumption of the Strasbourg bodies that the Convention should be applied in a way as to ensure that the rights guaranteed by it are “practical and effective” and not merely “theoretical and illusory”. It is noteworthy that the importance of fulfilling the objects and purposes of the Convention has been viewed indispensable, even if that at times requires a very broad approach to the meaning of the words themselves. Above all, the Court has held that it should seek an interpretation of the rights and freedoms set out in the Convention that “is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, and not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the parties”³⁹. As far as the freedom of conscience is concerned, its all-embracing protection is possible only in case it extends to the practical realisation of one’s conscientious belief⁴⁰. The freedom of conscience within the meaning of Article 9 comprises therefore “the right to development and exercise of the conscience. The guarantee aims at protecting the inner core of the human self-determination and thereby the respect of the individual personality”⁴¹. As it has been shown, such a broad interpretation of the right to freedom of conscience is relatively widespread in the legal theory. However, as it will be discussed below, these doctrinal developments have exerted relatively little influence on the jurisprudence of the Strasbourg bodies.

3. THE SCOPE OF FREEDOM OF CONSCIENCE IN THE JURISDICTION OF EUROPEAN COMMISSION AND COURT OF HUMAN RIGHTS

3.1. THE ARROWSMITH TEST AS A TOOL TO A RESTRICTIVE INTERPRETATION OF THE FREEDOM OF CONSCIENCE

Above all, it should be noted that the Strasbourg bodies have not offered a thorough explanation of the ‘substance’ of the right to freedom of conscience⁴². Although the notions: thought, conscience, religion and belief at first glance seem to be broad, in

³⁸ EVANS, C., *op. cit.*, p. 32.

³⁹ WEMHOFF V. Germany, 7 Eur. Cr. H.R. (ser.A), p. 23 (1968).

⁴⁰ GRABENWARTER, Ch., Artikel 9, in: Internationaler Kommentar..., *op. cit.*, p. 23.

⁴¹ GRABENWARTER, Ch., European Convention..., *op. cit.*, p. 237.

⁴² KÜHLER, A., Das Grundrecht der Gewissensfreiheit. Ein Beitrag zum Verständnis von Art. 15 der Bundesverfassung unter Berücksichtigung der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK Organe, des UNO-Menschenrechtsausschusses und im Rechtsvergleich, Stämpfli, Bern, 2012, p. 99.

the Strasbourg jurisdiction they have been linked to a rather restrictive understanding of their manifestation. The leading statement on the scope of the freedoms under Article 9, that has permeated the whole jurisdiction of the Strasbourg bodies on freedom of religion and belief, has been formulated in the case *Arrowsmith v. the U.K* where the Commission has held that “[A]rticle 9 primarily protects the sphere of personal beliefs and religious creeds, i.e. the area which is sometimes called the *forum internum*. In addition, it protects acts which are intimately linked to these attitudes, such as acts of worship or devotion which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form.” However, it should be noted that the manifestation of religion or belief is not limited to such acts. The existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case. In particular, the applicant is not required to establish that he or she acted in fulfillment of a duty mandated by the religion in question⁴³. According to B. Vermeulen, the words: “the sphere of personal beliefs and religious creeds, i.e. the area which is sometimes called the *forum internum*” refer to the passages ‘the freedom of thought, conscience and religion’ and ‘the freedom to change his religion or belief’ in Article 9. In turn, the words: “acts which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form” refer only to the last part of the discussed provision that contains the freedom to manifest one’s religion and belief. The Commission advocates therefore the narrow interpretation of Article 9 according to which it covers only the inner sphere of freedom of conscience, whereas the right to live in conformity with mandates of one’s conscience remains beyond its scope⁴⁴.

Moreover, the view of the Strasbourg bodies that manifestation of religion and belief within the meaning of Article 9 is restricted to “aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form” suggests that not personal motivation but objective characteristics of the relevant act determine whether it falls within its scope⁴⁵. Indeed, a mere subjective statement of an applicant that a given conduct is imperatively prescribed by their religion or belief is not sufficient to be recognised as a manifestation of that religion or belief in ‘practice’⁴⁶. In the jurisdiction of the Stras-

⁴³ See for example: *Jewish Liturgical Association Cha’are Shalom Ve Tzedek v France* [GC], Appl. N.º 27417/95, ECHR 2000 VII, para. 73-74; *Skugar and Others v. Russia* (dec.), N.º 40010/04, 3 December 2009; *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], N.º 44774/98, ECHR 2005 XI, para. 78 and 105; *BAYATYAN V. Armenia* (GC), Appl. N.º 23459/03, ECHR 2011, para. 111.

⁴⁴ VERMEULEN, B., Freedom of religion in western Europe, in: JONNEKE, M., NABER, M., Freedom of religion: a precious human right; a survey of advantages and drawbacks, Assen, Van Gorcum, 2000, pp. 20 ff.

⁴⁵ KÜHLER, A., *op. cit.*, p. 103. The Strasbourg organs have occasionally resorted to expert evidence from religious authorities. Another approach would be a reference to religious set of rules. HOWEVER, as C. EVANS notes, in many cases decisions are not at all substantiated by referring to objective criteria, but instead involve a substitution of the Court or Commission’s judgment for that of the applicant. See: EVANS, C., *op. cit.*, p. 122.

⁴⁶ It should be noted that on the one hand, the term ‘practice’ is potentially open-ended and amenable to a broad interpretation including the right to put into action all of the dictates and teachings of one’s religion or belief. On the other hand, it could be interpreted narrowly by referring only to directly religious practices. The restrictive interpretation is suggested by its French counterpart ‘les pratiques’. The French word ‘pratique’, used in singular, means above all the application of



bourg bodies, from the decision in the case *Arrowsmith* onwards, the term “practice” has been interpreted in a narrow manner. It does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief nor does it encompass the observance of religious rules in practical life. It merely refers to actions which in themselves give direct expression to a religion or belief. This approach is obviously counterproductive as far as the development of the right to conscientious objection under Article 9 is concerned. Furthermore, it privileges committed and obedient members of well-known religious organisations over some minority groups or individuals. In consequence, applicants invoking individualistic (conscientious) beliefs have to face practically insurmountable evidentiary problems, since there may be no higher authority or set of rules that could be consulted to determine what behaviour is required by their belief⁴⁷. For these reasons the interpretation of Article 9 ECHR adopted in the constant jurisdiction of the Strasbourg bodies “at the least may be termed cautious”⁴⁸.

A problem connected with the application of the *Arrowsmith* formula is the need to determine whether a particular conduct constitutes a direct manifestation of a religion or belief or it has merely been motivated or inspired by it. In order to answer this question a potentially intrusive scrutiny of the sphere of individual belief and thus an interference with *forum internum* may result inevitable⁴⁹. Moreover, the emphasis given in the case-law to the primacy of internal beliefs is not consonant with the way in which many religious and philosophical systems define themselves. Not only do they demand a passive acceptance of a set of beliefs or ideas, but also dictate to their adherents ethical norms and standards of behaviour to be lived by in everyday life⁵⁰. The idea of the strict separation of the inner and outer sphere of freedom of conscience, religion and belief is therefore of little assistance for theoretical conceptualising of this right as well as for resolving knotty problems related to its application in practice.

An alternative approach to the *Arrowsmith* test has been propounded in the dissenting opinions in the cases *Efstathiou v. Greece* and *Valsamis v. Greece*. According to this view, the Court should abstain from making its own assessments of the validity of beliefs or the importance of an action to applicants. The ascertainment of whether being forced into a particular action or omission affects their religious or philosophical convictions should be left to the involved. The Court should accept their perception “unless it is obviously unfounded and unreasonable”⁵¹. This approach, if accepted by the majority of the Court, could serve as a solid starting point to the development of

a theory. When it takes the plural, as it is the case in Article 9 (1), then it strongly collocates with the word ‘religieuses’. Despite the religious flavour of the term ‘pratiques’ it is not much clearer than its English counterpart. Unfortunately, the Strasbourg organs have not directly addressed the issue of the possible inconsistency between two language versions (both of them are authoritative), but they have been wary of interpreting the notion ‘practice’ too expansively. See: EVANS, C., *op. cit.*, p.111.

⁴⁷ EVANS, C., *op. cit.*, p. 122.

⁴⁸ BOYLE, K., *op. cit.*, p. 43.

⁴⁹ MURDOCH, J., *op. cit.*, p. 23.

⁵⁰ GRABENWARTER, Ch., European Convention..., *op. cit.*, p. 237.

⁵¹ VALSAMIS V. Greece, Appl. N.º 21787/93; EFSTATHIOUS V. Greece, Appl. N.º 24095/94, Joint dissenting opinions of judges Thór Vilhjalmsón and Jambrek.



the right to conscientious objection under Article 9. The potential for abuse could be limited by the use of the limitation clause of Article 9(2) as well as by the exclusion of clearly fraudulent claims. Although this subjective approach holds some danger of fraud, it is preferable to a test that requires judges to make a determination, often with little evidence, as to requirements of a religion or belief, especially when one takes into consideration that the Strasbourg organs have been criticised for being unsympathetic to the claims of applicants from less known religions or traditions⁵².

3.2. THE DOCTRINE OF GENERALLY APPLICABLE AND NEUTRAL LAWS AS AN OBSTACLE TO RECOGNITION OF THE RIGHT TO CONSCIENTIOUS OBJECTION

The restrictive approach to the freedom of conscience resulting from the application of the *Arrowsmith* test has been strengthened by the argument adduced by Strasbourg organs that the obligation to obey laws of general character that apply to all individuals regardless of their religion or belief is not capable of interfering with the freedoms laid down in Article 9. In consequence, the Convention does not confer a right to evade legal obligations by alleging their incompatibility with one's religious beliefs or conscientious convictions⁵³. There have been a number of cases, where the applicants objected to abide by generally applicable and neutral laws (such as laws on obligatory selling of contraceptives when a patient produces the valid prescription⁵⁴, laws on taxation⁵⁵, compulsory vaccination⁵⁶, or pension schemes⁵⁷, the compulsory membership of a hunting association and the duty to tolerate hunting on one's own land that runs counter to the principles of one's conscientious objection against hunting⁵⁸) claiming that they interfere with their religion or belief. Similarly, some applicants challenged neutral and non-discriminatory contractual obligations resulting from employment relations (conscientious objection to carry out registration of same-sex marriages on the part of a civil registrar employed by a

⁵² As C. EVANS rightly notes: “[t]he role of the Court in determining what is and is not necessary to the religion or belief of an applicant increases the potential that it will single out for protection religious rites and practices with which the members of the Court are familiar and feel comfortable. This can have serious implications for minorities.” See: EVANS, C., *op. cit.*, p. 125.

⁵³ BARTOLE, S., de Sena, P., ZAGREBELSKY, V., Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’ uomo e delle libertà fondamentali, CEDAM, Padova, 2012, p. 377.

⁵⁴ Pichon and Sajous V. France, Appl. No 49853/99, Reports-x (decision on admissibility).

⁵⁵ Appl. N.º 10358/83, C. V., the United Kingdom, D&R 37, 142.

⁵⁶ Appl. N.º 1068/61, X V. the Netherlands, Yearbook V (1962), p. 278 (284).

⁵⁷ Appl. N.º 1497/62, Reformed Church of X V. the Netherlands, Yearbook V. (1962), p. 286 (297).

⁵⁸ Chassagnou and Others V. France [GC], Appls. Nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, judgment of 29 April 1999, especially paras. 103 and 117; Schneider v. Luxemburg, Appl. N.º 2113/04, judgment of 10 July 2007, para. 69 et., seq.; Hermann v. Germany [GC], Appl. N.º 9300/07, judgment of 26 June 2012, para. 63 et., seq.



municipality⁵⁹ or to give psycho-sexual counseling to homosexual couples by a therapist employed with a private company⁶⁰). These cases show clearly that according to the Strasbourg organs a general right to refuse to obey certain legal obligations relying on religious or ideological precepts cannot be derived from Article 9⁶¹. While it is true, that “neither the Court nor the Commission has ever explicitly held that general and neutral laws cannot breach Article 9 ECHR, the pattern of case law suggests that this is their *de facto* position”⁶². In most cases involving conscientious objection to neutral and general laws the Strasbourg bodies paid almost no attention to the specific facts of the case or the claims of the applicant that the obligation to comply such a law has amounted to the interference with their freedom of conscience⁶³. Instead, they would reiterate the passage from *Arrowsmith* decision that Article 9 does not give individuals the right to behave in the public sphere in compliance with all the demands of their religion or belief⁶⁴. “The summary way in which the Strasbourg organs have dealt with such cases suggests that the fact that a law is general and neutral is at least a powerful indication that it cannot interfere with freedom of religion or belief under the *Arrowsmith* test.”⁶⁵

Nevertheless, it is an undeniable fact that in some circumstances apparently general and neutral laws require people to behave in a manner which is contrary to their deep-seated beliefs and thus constitute an interference with their right to practise their religion or belief. Claiming that it is not the case, as the Strasbourg organs do, can contribute to exasperations of conflicts rather than to their solution. On the other hand, granting exceptions from generally binding legal duties in increasingly pluralistic European societies has the potential to become highly divisive since they are often perceived as irreconcilable

⁵⁹ *EWEIDA and OTHERS V. the United Kingdom*, Appls. nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, judgment of 15 January 2013, para 102-106.

⁶⁰ *Ibidem*, para. 107-112.

⁶¹ GRABENWARTER, Ch., *European Convention...*, *op. cit.*, p. 239.

⁶² EVANS, C., *op. cit.*, p. 180.

⁶³ An illustrative example of this approach are judgments concerning the conscientious objection to the obligation to join a hunters' association and to transfer to it the hunting rights over their land cited above in the footnote 58. The Court examined the applications in the light of the (negative) freedom of association and the protection of property. In the Court's view the freedom of conscience has a spillover effect on the mentioned rights, separate examination of the alleged breach of Article 9 was therefore not necessary.

⁶⁴ The routine application of sections of earlier decisions without real consideration of subtle differences in facts or review of whether the original decision was appropriate or remains appropriate in the current circumstances is to a considerable extent due to the big workload of the Strasbourg bodies. In considering the merits of cases the Court has to come to a consensual majority decision within a reasonable period of time. This can lead to decisions based on the lowest common denominator and, again, to repeating large sections of previous judgments. These problems are systemic and refer to other rights too, but given the highly controversial nature of the freedom of religion, it may be harder to achieve a consensus among the judges in this area than in cases addressing the breach of other rights. See: EVANS, C., *op. cit.*, p. 16.

⁶⁵ EVANS, C., *op. cit.*, p. 181.



with the principles of equality and democracy. Indeed, some people are of the opinion that such exemptions are both unfair to those who have to comply with the challenged law and potentially dangerous to social cohesion⁶⁶. It is therefore conceivable that states are concerned to protect their competence to make laws for the general welfare, to subject all members of society equally to all laws, and to ensure that any exemptions are narrowly construed to avoid undermining the law or encouraging fraud. This reasoning is reflected in the decision *N. v. Sweden*⁶⁷, where the Commission dealt with a claim by a pacifist who challenged the law that allowed conscientious objector status only to a person who could not perform military service in view of his affiliation to a religious community as discriminatory against people who could not prove the membership to any recognised religion. Since the applicant refused to carry out military service on the basis of his philosophical beliefs, he was not eligible to an exemption. The arguments of the Commission advanced to support its assertion that discriminatory treatment of the applicant was reasonably justified and objective under Article 14 ECHR merit to be quoted at length:

“Members of Jehovah’s Witnesses adhere to a comprehensive set of rules of behaviour which cover many aspects of everyday life. Compliance with these rules is the object of strict social control amongst the members of the community. One of these rules requires the rejection of military and substitute service. It follows that membership of Jehovah’s Witnesses constitutes strong evidence that the objections to compulsory service are based on genuine religious convictions. No comparable evidence exists in regard to individuals who object to compulsory service without being members of a community with similar characteristics. The Commission therefore finds that membership of such a religious sect as Jehovah’s Witnesses is an objective fact which creates a high probability that exemption is not granted to persons who simply wish to escape service, since it is unlikely that a person would join such a sect only for the purpose of not having to perform military or substitute service. The same high probability would not exist if exemption was also granted to individuals claiming to have objections of conscience to such service or to members of various pacifist groups or organisations. For these reasons the Commission considers that there are reasonable grounds for the distinction made”⁶⁸.

The discussed decision has found broad approval in the legal doctrine; for instance, B. Vermeulen has regarded the reasoning of the Commission as “satisfactory”, even though he has expressed some doubts as to the justifiability of the privileged treatment of members of a religious community in comparison with other objectors to military and substitute service against the principle of equality⁶⁹.

⁶⁶ Ibidem. p. 169.

⁶⁷ Appl. N.º 10410/83, D&R 40 203 (208).

⁶⁸ Ibidem, pp. 207 ff.

⁶⁹ VERMEULEN, B., Scope and limits of conscientious objection, in: Council of Europe, Freedom of conscience. Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe



R. Navarro Valls argues, in turn, that “even if the more advantageous treatment of the objectors motivated by religious grounds does not meet the requirement of strict justice, it certainly meets the requirement of equity”⁷⁰ (sic!).

The application of the *Arrosmith* test in combination with the doctrine of general and neutral laws results in a rather restrictive interpretation of Article 9, which is difficult to reconcile with general guidelines of interpretation to be applied in the area of human rights, in particular with the principle that orders to adopt a possibly broad interpretation of their substance and scope of protection⁷¹. The adoption of a more extensive interpretation of this provision does not necessarily mean that the freedom of conscience should be defined as a general right to behave in accordance with one’s innermost moral precepts. Otherwise, the objectively binding law would be amenable to the subjective acceptance of the individual. In order to avert this danger, the scope of the freedom of conscience has to be determined with more precision. When doing this, it should be borne in mind that the core function of this freedom is to protect the individual from coercion on the part of state authorities to actions or omissions that would be in contravention with individual moral beliefs. Taking into consideration that protective function of the freedom of conscience, it is to be assumed that it does not cover each act that is perceived by the individual in question as merely permitted or optional. The freedom of conscience can be invoked only in situations of unavoidable coercion, i.e. in cases where a conflict between a legal norm and a mandate of conscience is insolvable in other way. As long as an alternative action is possible and at the same time can be reasonably expected of the individual, no issue under the right to freedom of conscience arises. Similar reasoning has been adopted by the Commission in cases concerning compulsory participation in elections⁷². The applicant alleged that the obligation to go to the polls breaches his right to freedom of conscience, especially when he did not want to vote for either candidate. The Commission rejected the claim on the basis that the duty to participate in voting was not tantamount to the duty to vote for a candidate the applicant did not support. It could be expected of the applicant to cast an invalid vote, which would not have burdened his conscience.

Even if one assumes that Article 9 does not guarantee a directly applicable right to be exempted from general and neutral legal duties, it still contains a

in co-operation with the F. M. van Asbeck Centre for Human Rights Studies of the University of Leiden. Leiden (Netherlands), 12-14 November 1992, Council of Europe, Strasbourg, 1993 p. 90.

⁷⁰ NAVARRO-VALLS, R., *Objeción de conciencia*, in: NAVARRO-VALLS, R. (ed.), *Derecho eclesíastico del estado español*, EUNSA Ed. Univ. de Navarra, Pamplona, 1993, p. 488.

⁷¹ MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el derecho internacional y comparado*, in: SANCHO GARGALLO, I., *Objeción de conciencia y función pública*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, p. 126.

⁷² Appl. 1718/62, *x Austria*, Yearbook VIII (1965), p. 168 (172); Appl. 4982/71, *xv Austria*, Yearbook XV (1972), p. 468 (472-474).



positive obligation of the national legislator to shape the domestic law in such a way that serious conflicts of conscience be avoided or at least mitigated. The coercion on the individual conscience exerted by state authorities is permitted only as far as it is justifiable under the limitation clause of Article 9 (2)⁷³. Not only are state authorities free to bypass the issue of freedom of conscience by creating alternative obligations that would not affect the individual conscience, but they are recommended to take such measures by virtue of political prudence. An exemption from a legal obligation of a general and neutral character is to be regarded as the measure of last resort that should be granted only in case when an alternative (substitutive) duty is not available or the individual invoking the freedom of conscience cannot be expected to comply with it. For instance, this would be the case when such an alternative obligation was disproportionately burdensome in comparison with the objected one and thus irreconcilable with the principle of equality. Illustrative in this regard are decisions of the Commission on conscientious objection both to military and substitute civilian service. The Commission has held that it falls within the margin of appreciation of competent domestic authorities to make the length of civilian service greater than the length of military service as a form of disincentive to ensure that only those with a genuine conviction seek the purportedly less onerous option of alternative service⁷⁴. Nonetheless, such extension of time is subject to the test of proportionality, which means that state authorities must not use this measure in a manner that is unduly oppressive or punitive⁷⁵.

3.3. CONSCIENTIOUS OBJECTION TO MILITARY SERVICE – A PROBLEMATIC THOUGH DESIRABLE BREAKTHROUGH IN THE JURISPRUDENCE OF THE STRASBOURG BODIES ON THE FREEDOM OF CONSCIENCE

With respect to the exercise of the freedom of conscience, the most important place in Strasbourg case-law takes the issue of conscientious objections of a religious or other nature against military and substitute service. In the earlier decisions on that issue the Commission has held that although conscientious objections to military service fall into the realm of Article 9⁷⁶, this does not imply that the Convention contains an obligation for the Contracting States to exempt conscientious objectors from compulsory military service. For its position the Commission referred to the words in Article 4(3)(b): ‘conscientious objectors *in countries where they are recog-*

⁷³ GRABENWARTER, Ch., Artikel 9, in: Internationaler Kommentar..., *op. cit.*, p. 23.

⁷⁴ Conscientious objectors V. Denmark, Appl. N.º 7565/76, 9 ECHR Dec. & R 1985, pp. 155, 165; Autio V. Finland, App. N.º 17086/90, 72 ECHR Dec. & R 1990, p. 245, 249.

⁷⁵ Autio V. Finland, *op. cit.*, pp. 245, 250.

⁷⁶ Appl. 10410/83, *Nv. Sweden*, D&R 40 (1985), p. 203 (207); Appl. 17086/90, *Autio V. Finland*, D&R 72.

(1992), p. 245 (249); Appl. 20972/92, *Raninen V. Finland*, D&R 84-A (1996), p. 17.



nized' placed in the context of the prohibition of slavery and forced labour⁷⁷. The argument is evidently that, since the drafters of the Convention meant to leave the States free to recognise or not to recognize the right to conscientious objection to military service, they cannot have intended to deprive them of this same freedom in another provision. of the same Convention.

This position has been changed in the case *Bayatyan v. Armenia*, where the Court held that the law that did not provide an exemption from obligatory military service for conscientious objectors failed to strike a fair balance between the interests of society as a whole and those of the applicant, a member of Jehovah's Witnesses who had been sentenced to imprisonment for draft evasion. The Court deemed that the imposition of a penalty on the applicant in circumstances where no allowances were made for the exigencies of his conscience and beliefs, could not be considered a measure necessary in a democratic society. The Court thus abandoned the textual interpretation of the Convention in favour of the dynamic one by emphasising that due to the evolution of the law and practice of European states whose overwhelming majority have already introduced the alternative civilian service. it was now not appropriate to read Article 9 in conjunction with Article 4(3)(b). Since the Convention is a living instrument, it had to reflect such developments. "Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position. Thus, respect on the part of the State towards the beliefs of a minority religious group like the applicant's by providing them with the opportunity to serve society as dictated by their conscience might, far from creating unjust inequalities or discrimination as claimed by the Government, rather ensure cohesive and stable pluralism and promote religious harmony and tolerance in society"⁷⁸. However, it must be borne in mind that in opinion of the Court this approach is not extensible to obligations which have no specific conscientious implications in itself, such as a general tax obligation⁷⁹.

The quoted statement is promising to the further development of the emergent freedom of conscience under Article 9. Especially noteworthy is the assertion that the recognition of conscientious objection does not entail any danger to the democratic system, but rather serves as a means of its strengthening. Nonetheless, the outcome of the case, even if *per se* desirable, is difficult to be accepted in the light of the wording of the Convention and the directives of its

⁷⁷ ⁷¹ See the report of 29 June 1967, *Grandrath*, Yearbook x (1967), p. 626 (672-674). See also Appl. 5591/72, *xv Austria*, Coli. 43 (1973), p. 161; Appl. 7565/76, *Conscientious objectors v. Denmark*, D&R 9 (1978), p. 117 (118); Appl. 7705/76, *xv. Federal Republic of Germany*, D&R 9 (1978), p. 196 (203); Appl. 10640/83, *A. V. Switzerland*, D&R 38 (1984), p. 219 (223); Appl. 10410/83, *N v. Sweden*, D&R 40 (1985), p. 203 (206); Appl. 11850/85, *G. V., the Netherlands*.

⁷⁸ *BAYATYAN V. Armenia*, Appl. N.º 23459/03, par. 126.

⁷⁹ *Ibidem*, par. 111.



interpretation. In particular, it should be noted that starting point and limits to any dynamic or extensive interpretation of any legal instrument are to be sought in its very wording. This means first and foremost that the interpretation must not go beyond the text and systematic context of the provisions to be elucidated and thus surreptitiously create new rights that are not enshrined therein. In the discussed case the limits of the interpretation seem to be overstepped. The right to conscientious objection to military service should rather be guaranteed by an appropriate change to the Convention.

4. CONCLUSION

Given the processes of secularisation and individualisation of modern societies, there is a need that freedom of conscience be interpreted as a separate human right that would be endowed with its own scope of protection and thus detached from freedom of religion and belief. Human conscience, by its very nature, urges the individual to act in conformity with its mandates. This implies that freedom of conscience should be perceived as a right to moral self-determination and self-realisation whose extensive guarantee is indispensable for the protection and development of the identity, integrity and dignity of the individual. In order to properly fulfill this function, the right to freedom of conscience has to cover the sphere of the *forum externum*, otherwise its legal guarantee would be illusory and ineffective.

Defined in such a way, the right to freedom of conscience may seem amorphous, since theoretically each legal obligation can be challenged by an individual as inconsistent with one's imperative moral standards. Nevertheless, it should be borne in mind that due to imperative character and considerable gravity of moral precepts, the situation of the incompatibility of legal and moral norms is supposed to occur rather seldom and in relatively predictable circumstances whose regulation is legally manageable. Furthermore, the individual invoking the freedom of conscience is prone to fulfill an alternative legal duty, which serves as a compensation for the received privileged treatment. Last, but not least, like all freedoms laid down in paragraph 1 of Article 8-11, the freedom of conscience is not unlimited, but it is subject to limitation clause of Article 9 (2). The applicability of the limitation clause to the freedom of conscience is a consequence of the broad interpretation of the right to manifest one's 'belief' that includes the right to live by one's moral precepts. However, given the general need for ensuring the compliance with the law and the concomitant mistrust towards establishing exemptions from generally binding legal obligations, one should bear in mind that the limitation clause of Article 9 (2) is to be applied in a possibly restrictive manner. Admittedly, this directive applies to all rights and freedoms under the European Convention on Human Rights, but it is of special significance to freedom of conscience so that the broad interpretation of the scope of this freedom is not frustrated by means of too hasty or excessive use of the limitation clause.



INFORME DEL PROCESO EDITORIAL DE *ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO* DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA 31, 2014

El equipo de dirección se reunió a principios de noviembre de 2015 para tomar decisiones sobre el proceso editorial del número 31 de AFDULL. El tiempo medio transcurrido desde la recepción, evaluación, aceptación y edición e impresión final de los trabajos fue de doce meses.

Estadística:

Núm. de trabajos recibidos: 8.

Núm. de trabajos aceptados para publicación: 6 (75%). Rechazados: 2 (25%).

Media de revisores por trabajo: 1,5.

Media de tiempo entre envío y aceptación: 6 meses.

Media de tiempo entre aceptación y publicación: 12 meses.

Los revisores varían en cada número, en atención al tema de los trabajos presentados.



SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

ULL | Universidad
de La Laguna

ISSN: 0075-773X

Depósito legal: TF 734/81