

DESAFÍOS DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD ACTUAL REFLEXIONES Y PROPUESTAS



Editores

Irene Merino Calle
Alejandro Hernández López
Elena Laro González

Universidad de Valladolid



**DESAFÍOS DEL DERECHO
EN LA SOCIEDAD ACTUAL:
REFLEXIONES Y PROPUESTAS**

IRENE MERINO CALLE
ALEJANDRO HERNÁNDEZ LÓPEZ
ELENA LARO GONZÁLEZ

(Editores)

DESAFÍOS DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD ACTUAL: REFLEXIONES Y PROPUESTAS



EDICIONES
Universidad
Valladolid

INFORMACIÓN SOBRE LA EVALUACIÓN DE LOS TEXTOS SELECCIONADOS EN ESTA OBRA COLECTIVA

Los textos originales que forman parte de esta obra colectiva han sido seleccionados siguiendo un exhaustivo proceso de revisión en dos fases. En la primera fase, los autores de las mejores comunicaciones defendidas oral y públicamente en el I Congreso de Noveles Juristas fueron invitados a participar en esta obra con un capítulo de libro sobre el tema objeto de su investigación. Tras la revisión formal y material de los manuscritos presentados, se concedió a los autores un plazo para la subsanación de los errores advertidos y/o la inclusión de los cambios propuestos para alcanzar el estándar de calidad de la obra. Todos los capítulos de libro finalmente calificados como aptos para su publicación cumplen así con los requisitos de calidad exigidos, mostrando los autores los resultados de sus investigaciones de forma adecuada, clara y coherente.



Este libro está sujeto a una licencia "Creative Commons Reconocimiento-No Comercial - Sin Obra derivada" (CC-by-nc-nd)

Irene Merino Calle, Alejandro Hernández López, Elena Laro González, VALLADOLID,

2022 ISBN: 978-84-1320-201-3

Diseño: Ediciones Universidad de Valladolid

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
BLOQUE PRIMERO: El rol de la historia y la filosofía en la evolución del derecho	15
LA FE DE LOS FÍSICOS. ECOS DE LA REFLEXIÓN JURÍDICA DE LOS PRIMEROS FILÓSOFOS GRIEGOS	17
Valentín Navarro	
LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE BRUNO LEONI EN LA ERA DE LA HIPERREGULACIÓN..	23
Luca Moratal Roméu	
EL REFORMISMO ILUSTRADO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO Y EL PROCESO PENAL	31
Irene Yáñez García-Bernalt	
APROXIMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA DECOLONIAL AL TRATAMIENTO JURÍDICO-CHILENO DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. ANÁLISIS INTERCULTURAL DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS ENTRE PERSONAS DEL PUEBLO MAPUCHE	45
Sheila Fernández Míguez	
BLOQUE SEGUNDO: Internacionalización del derecho en la sociedad global	57
PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS ECONÓMICOS EN UNA SOCIEDAD SIN FRONTERAS. MÁS ALLÁ DE LA CONVENCIONAL TRANSNACIONALIDAD	59
Alicia Rodríguez Sánchez	
TOWARDS NEW FORMS OF COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS	69
Oscar Calavita	
OTRA INICIATIVA EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS: SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS Y RESPONSABILIDAD CORPORATIVA.....	77
Daniela Bardel	
SUCESIONES INTERNACIONALES Y DERECHO APLICABLE. UN CAMBIO DE PARADIGMA ANTE LOS RETOS DE LA SOCIEDAD ACTUAL	89
Celia Araujo Quintero	
BLOQUE TERCERO: El Estado de Derecho en tiempos de pandemia	101
VACUNACIÓN FORZOSA Y AUTONOMÍA DEL PACIENTE	103
Javier Parrilla Vergara	
DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DE LA STC 148/2021 DE 14 DE MARZO	113
Fernando Babi Ruiz	
OS RISCOS PSICOSSOCIAIS DO TRABALHO G/G INTENSIFICADOS COM A PANDEMIA...125	
Ângela Barbosa Franco	

LA RESPUESTA LEGISLATIVA DESDE EL ÁMBITO CONCURSAL A LA CRISIS DEL COVID-19	135
Alberto Sanz Sanz	
LA INFLUENCIA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DEL ESTADO DE ALARMA SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES DICTADOS A SU AMPARO	151
Alberto Picón Arranz	
CÓMO LA PANDEMIA HA AFECTADO A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LA RESPUESTA DE LAS INSTITUCIONES.....	161
Yolanda López Nieto	
BLOQUE CUARTO: Los retos de la agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible para el derecho nacional y europeo	173
TRATAMIENTO PROCESAL DEL INVESTIGADO AFECTADO POR “DEMENCIA” SOBREVENIDA: A VUELTAS CON EL ARTÍCULO 383 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.....	175
Belén Hernández Moura	
PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DEL MERCADO DE ALIMENTOS TRANSGÉNICOS: EFECTOS MEDIOAMBIENTALES Y COMPETENCIAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	189
Juan Francisco Rodríguez Ayuso	
LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS DISCURSOS DE ODIOS IDEOLÓGICOS EN EL CONTEXTO ACTUAL DE LOS ODS 2030.....	203
Gonzalo Barrera Blanco	
LAS ALTAS TASAS DE TEMPORALIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE: UNA NECESARIA INTERRELACIÓN	213
Jorge Baquero Aguilar	
LA LUCHA CONTRA LA APOROFOBIA COMO FORMA DE ERRADICACIÓN DE LA POBREZA.....	225
Mercedes Barragán López	
LA ALIANZA DEL PACÍFICO SUSTENTABLE Y LA NECESARIA ERRADICACIÓN DEL HAMBRE EN LA SUBREGIÓN	235
Jaime Gallegos Zúñiga	
EL LITORAL ANDALUZ ANTE LOS OBJETIVOS DE LA AGENDA 2030	245
Constanza-Belén Sánchez García	
LA ACTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO “QUIEN CONTAMINA PAGA”: LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO “QUIEN SE BENEFICIA PAGA” Y SU IMPORTANCIA PARA EL FUTURO DE LA PROTECCIÓN AL MEDIOAMBIENTE.....	255
Sara García García	

BLOQUE QUINTO: Digitalización e Inteligencia Artificial en la administración de justicia	265
INVESTIGAR LOS DELITOS EN LA RED A TRAVÉS DEL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO	267
Susana Sánchez González	
SOBRE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN BASADOS EN DATOS PROTEGIDOS DEL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	279
Juan A. Muriel Diéguez	
APROXIMACIÓN A UN MARCO LEGAL DE LAS CRIPTOMONEDAS COMO OBJETO DE INVERSIÓN	293
Jaime Criado Enguix	
ACORDOS DE COLABORAÇÃO NOS CRIMES TRANSNACIONAIS E A VALIDADE DA PROVA EM MÚLTIPLAS JURISDIÇÕES	307
Renata Machado Saraiva	
EL USO DE LOS CONTRATOS INTELIGENTES (<i>SMART CONTRACTS</i>): NUEVOS CAMINOS PARA EL DERECHO CONTRACTUAL (?)	317
Fernanda de Araujo Meirelles Magalhães	
EL CONTROL INMEDIATO Y PERMANENTE DE LA TECNOVIGILANCIA POLICIAL POR EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN	331
Francisco Vega Agredano	

PRÓLOGO

Es un placer para mí poder prologar esta obra colectiva publicada por Ediciones de la Universidad de Valladolid y fruto de la selección de los mejores trabajos presentados en el I Congreso Internacional de Noveles Juristas celebrado los días 13 y 14 de diciembre de 2021. Evento que se gestó gracias a la iniciativa de tres jóvenes doctores que hoy coordinan esta obra. Junto con el apoyo institucional de las Facultades de Derecho de Valladolid y Sevilla y el respaldo de los miembros de los comités científico, organizador y colaborador, consiguieron reunir a más de medio centenar de investigadores españoles y extranjeros procedentes de todas las ramas y áreas del derecho. Los interesantísimos y prolíficos debates que se produjeron entonces en el seno de dicho evento se ven afortunadamente hoy aquí plasmados en los diferentes capítulos que forman parte de este libro.

La obra está compuesta por cinco grandes bloques temáticos que sirven de hilo conductor y conector para los diversos estudios. Los textos han sido redactados en castellano, portugués e inglés, lo que demuestra la diversidad cultural de los autores y la enorme riqueza lingüística de las contribuciones.

El primer bloque analiza la incidencia que la historia y la filosofía han tenido en la evolución del derecho hasta nuestros días. Ambas disciplinas, maestras de los tiempos y las edades, nos permiten tener consciencia del origen y el fin de la ciencia jurídica, de los principios que la regulan.

El bloque segundo se dedica a la reflexión de los desafíos del derecho en una sociedad cada vez más globalizada. La delincuencia económica transnacional, los mecanismos de cooperación para combatirla, la responsabilidad empresarial o las relaciones sucesorias en un contexto transnacional son los temas seleccionados en esta obra.

El tercer bloque examina los múltiples riesgos y la crisis que la pandemia ha causado en nuestro actual Estado de Derecho. Temas tan de actualidad como son la vacunación obligatoria, la constitucionalidad de las

restricciones adoptadas por el Estado o los riesgos añadidos que la pandemia ha supuesto para determinados colectivos son analizados críticamente en este bloque.

El cuarto bloque afronta los retos que la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible suponen para el derecho nacional y europeo. La Agenda hace un llamamiento concreto a los países en aras de actuar en favor de la humanidad, el planeta y la economía, en definitiva, buscando que el mundo tome una nueva dirección hacia la sostenibilidad y resiliencia.

Bajo el título “digitalización e inteligencia artificial en la administración de justicia”, el quinto bloque y final de esta obra explora las últimas tendencias del derecho en la era digital. Cuestiones como el uso de criptomonedas, los *Smart contracts* o la aplicación de las nuevas tecnologías a la investigación y prevención de la criminalidad son tratadas con el rigor propio de quiénes han crecido en el auge de la sociedad de la información.

En definitiva, el lector encontrará en esta obra un magnífico compendio de estudios vanguardistas que, desde las diversas disciplinas jurídicas, aportan las claves para entender y formular las respuestas que debe dar el derecho a algunos de los problemas más acuciantes de nuestra sociedad. El éxito de convocatoria del congreso y de buen seguro que de esta obra colectiva invitan a la celebración de próximas ediciones que sirvan de plataforma para que las jóvenes promesas de cada disciplina reflexionen y aporten su visión sobre los problemas del presente y del mañana.

Prof. Dr. JAVIER GARCÍA MEDINA

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid

Valladolid, 1 de mayo de 2022



BLOQUE PRIMERO

**El rol de la historia
y la filosofía
en la evolución del derecho**

LA FE DE LOS FÍSICOS. ECOS DE LA REFLEXIÓN JURÍDICA DE LOS PRIMEROS FILÓSOFOS GRIEGOS

VALENTÍN NAVARRO
Universidad Isabel I de Castilla
valentin.navarro@ui1.es

Pese a que la reflexión filosófica nace en Jonia (Zubiri, 2018), en torno al s. VI a.C., la mayor parte de los historiadores, filósofos y iusfilósofos tienen la convicción de que los primeros pensadores griegos se centraron únicamente en la búsqueda del *arjé*. Y que fue ésta una búsqueda física – *quasi* científica – centrada en los fundamentos de la naturaleza (*physis*) y no preocupada por las cuestiones antropológicas (*lato sensu*), que irrumpirían – posteriormente – con los sofistas y que serían elevadas a su máxima expresión por Sócrates, Platón y Aristóteles.

Una corriente minoritaria, sin embargo, encabezada por autores de la talla de Guido Fassò defiende, no obstante, que ya estos primeros filósofos se preocuparon por cuestiones jurídicas y que es rastreable en ellos una filosofía del Derecho.

El presente capítulo, a través de la revisión bibliográfica, busca en los textos originales y en las obras principales de la doctrina los ecos de esta primera Filosofía del Derecho, nacida en Grecia a la par y de la mano que las otras ramas de la Filosofía.

1. INTRODUCCIÓN

La reflexión filosófica nació en Grecia¹ (realmente, en Jonia), en torno al s. VI a.C. (Zubiri, 2018). Sin embargo, existe en la mayor parte de la doctrina iusfilosófica la convicción de que los primeros pensadores griegos – los llamados físicos – se centraron únicamente en la búsqueda del *arjé*² (del “principio”, entendiéndose por tal el de naturaleza ontológica y cronológica). Y que fue ésta una búsqueda metafísica – si se quiere usar esta palabra –, centrada en los fundamentos de la naturaleza (*physis*) y

¹ La cuestión del lugar de nacimiento de la filosofía – si bien ha periclitado con los años – sigue siendo debatida en los círculos académicos, existiendo la división entre lo que defienden su origen griego (Laercio, 2020) u oriental (Hazony, 2012).

² En contra, la original teoría de Colli (2009), que – trasladando al nacimiento de la filosofía los elementos apolíneo y dionisíaco – presenta el nacimiento de la reflexión filosófica vinculado a la adivinación y al enigma.

no preocupada por las cuestiones antropológicas (*lato sensu*), que irrumpirían – posteriormente – con los sofistas y que serían elevadas a su máxima expresión por Sócrates, Platón y Aristóteles³.

Y es correcto afirmar que estos autores buscaron explicar por qué la materia eterna estaba sometida a la transformación y que, para ello, centraron su atención en fijar el *arjé*, aquello eterno que permanece estable por encima – o por debajo – de la apariencia del cambio

Sin embargo, hay una doctrina minoritaria dentro de la Filosofía que, aceptando lo anterior, señala que los problemas éticos, políticos y jurídicos no fueron (totalmente) ignorados por estos primeros filósofos, sino que, si bien no los trataron de forma sistemática, sí que estaban latentes en ellos estas cuestiones que, posteriormente, serán desarrolladas por otros autores (Fassò, 2001)⁴.

Efectivamente, en el centro de la cultura y del pensamiento griego se situó siempre el Derecho, por lo que no es dable pensar que las cuestiones jurídicas fuesen ajenas a la reflexión de los primeros filósofos (Fassò, 2001). Así, una cosa es decir que los primeros filósofos se centraron en el *arjé*, y otra muy distinta sostener que este fuera el único objeto de su reflexión, que fue plural y se extendió a otros campos⁵.

Es por ello por lo que esta investigación se preguntará si de verdad es posible rastrear las bases de un pensamiento jurídico en los primeros filósofos griegos; de ser así, cuáles eran los rasgos básicos del mismo; y, finalmente, si de tales rasgos puede sacarse alguna utilidad para la reflexión jurídica actual.

Para responder a estas cuestiones, seguiremos el método de la revisión bibliográfica en perspectiva histórica, acercándonos a las obras de los iniciadores de la filosofía griega y de sus más reputados intérpretes y comentaristas.

Antes de comenzar, sin embargo, conviene señalar dos aspectos que nos parecen destacables: el primero, que lo que ha llegado de estos autores hasta nosotros son solo algunos fragmentos. Es difícil, por consiguiente, hacerse una idea cabal de su pensamiento completo; el segundo, que en este período no existe división de las diferentes áreas del pensar (Elías de Tejada, 1997)⁶, por lo que la reflexión jurídica no se ve

³ Cliché recogido – para atacarlo duramente – por Fernández Galiano (1957). Puede verse el mismo también en Stammler (2007).

⁴ En la misma línea se expresa también Jaeger (1953), que llega a llamar a las reflexiones de Platón y Aristóteles, “tardías” o “de madurez”.

⁵ Puede tomarse como ejemplo la obra de Heráclito, que, según Laercio (2020), constaba de tres partes o tratados: uno sobre el universo, otro político y otro teológico.

⁶ Por ello, no puede encontrarse en Grecia una figura análoga al jurisprudente romano.

como disciplina autónoma (Copleston, 2021), sino como conectada orgánicamente a la totalidad de la *polis* y del *kosmos* (Jaeger, 1953).

Al final de estas páginas, que suponen una vuelta a los orígenes de la reflexión jurídica, advertiremos que el pensamiento de los físicos tiene mucho que decir al momento presente. En cierto modo – en la medida en que los presocráticos abrieron todos los caminos – también nosotros “somos presocráticos”, como diría Zubiri (2018).

2. LA *POLIS* COMO TELÓN DE FONDO DEL PENSAR GRIEGO

La filosofía jonia se origina en un contexto socio-político concreto, al que no siempre se presta atención: la consolidación de la *polis* griega, que cada filósofo vive desde su condición personal⁷. Algunos, como Heráclito – cuya familia ostentaba el cargo de *Basileus* (Copleston, 2021) – optarán por alejarse del plano público y arrastrar una vida en soledad; otros, como PARMÉNIDES, realizarán una función activa como legisladores de sus respectivas *polis*.

La *polis* griega se funda sobre el concepto de *isonomia* y está regida por el *nomos*, es decir, por el conjunto de lo que todos respetan como costumbre viviente acerca de lo justo o injusto (Jaeger, 1953).

La clave de su perpetuación será la consecución de la armonía entre los contrarios que forman su *ekklesia*. La justicia no será, por consiguiente, una *virtus* moral, sino social y se cifrará en la obtención y salvaguarda de un equilibrio en el que todos se sientan representados. La *polis* tiene una razón ordenadora, el *nomos*, que establece el lugar de cada uno de sus miembros, consiguiendo así la cooperación y la convivencia.

En este contexto, no es asumible (ni comprensible) que los primeros *sofoi* se desentendieran de las cuestiones jurídicas, sobre todo si se tiene en cuenta lo que señala Zubiri:

El *sofós* tradicional de Grecia no es un alejado de la vida, sino que por el contrario, la sabiduría está dirigida en buena parte a regular la vida de la *polis* y la suya propia” (2018, 173).

Así, los físicos, partiendo de lo que era sentir común en su tiempo, pensaron el *nous* – concepto clave de su filosofía física y jurídica – no como saber intelectual, sino como sabiduría práctica, cuyo objeto era el bien y el *telos* de la realidad humana.

⁷

Sobre el particular, puede verse la opinión de Copleston (2021), que señala expresamente que el primer filósofo es producto de la *polis*.

Cuando vuelvan su mirada a la naturaleza, a la *physis*, no lo harán haciendo *epojé* de sus conocimientos jurídicos o de su vivencia como ciudadanos activos de la *polis*, sino que proyectaran sobre el inicial caos la idea de un *logos* informador y ordenador de la realidad, lo que les permitirá ir transformando dicho *kaos* en un *kosmos* ordenado

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LOS PRIMEROS FILÓSOFOS GRIEGOS

Ya se ha señalado que no parece probable que las preocupaciones jurídico-políticas fuesen ajenas a los orígenes del pensamiento griego. Jaeger (1953) da buena prueba de ello con el análisis que hace de la obra de Homero y de Hesíodo, en la que aparece el Derecho como un orden establecido por los dioses⁸.

Desde esta idea de justicia como orden preestablecido van a partir los primeros filósofos para explicar la *physis*⁹. Así lo señalan Fassò (2001) y Jaeger (1953), cuando dicen que los físicos trasladan la idea del orden jurídico-político que viven en la *polis* a la naturaleza. Entienden que hay una inteligencia ordenadora –*logos/nous*–, un orden preestablecido, que da coherencia y regularidad a los fenómenos naturales.

Lo dicho se trasluce, por ejemplo, de los fragmentos de Anaximandro¹⁰, que interpreta el movimiento/cambio dentro de la *physis* en términos de justicia/injusticia (Lan y Juliá, 2003), todo ello con arreglo a la ordenación del tiempo (Jaeger, 1953), que es visto como el Magistrado de una *polis*, que controla que se cumpla el orden eterno que rige la *physis*.

Se proyecta sobre la *physis* el orden de la *polis* y se proyecta sobre la *polis* el orden de la *physis*, toda vez que se entiende que los principios de la convivencia política deben ser deducidos de los principios eternos que rigen el cosmos.

Otro ejemplo paradigmático lo encontramos en Heráclito (Fernández. Galiano, año*), en cuyos escritos aparece por primera vez la idea de un fundamento absoluto de la ley positiva, el *logos*, germen del Derecho natural.

Heráclito entiende la ley como aquello de lo que depende la salvación de la ciudad (llega a decir que son los muros de la misma). El Universo está informado por

⁸ Sobre los orígenes religiosos del pensamiento griego puede verse Escohotado (2020).

⁹ Sobre el particular puede verse Elías de Tejada (1997), que presenta el origen religioso de los términos *Themis* y *Diké* y su progresiva “secularización”.

¹⁰ El maestro de Anaximandro, Tales, señaló como *arjé* el agua, que era objeto del juramento entre los dioses. Las connotaciones jurídicas son evidentes, sobre todo si se tiene en cuenta que Tales había desempeñado cargos políticos (sobre el particular, Laercio, 2020).

una ley¹¹ que todo lo abarca y de la que las leyes humanas reciben su validez (Jaeger, 1953).

También podría invocarse el ejemplo de Parménides, Empédocles o Demócrito¹², en los que no se ahonda por razones de espacio. En cualquier caso, es paladino que (algunos, al menos de) los primeros filósofos griegos estaban convencidos del imperio en el Universo de una ley cósmica (Copleston, año*), que daba equilibrio a la *physis*. Esta visión es hartamente importante, toda vez que demuestra que el Universo no es un campo para el capricho o el arbitrio de los dioses. Tampoco, por consiguiente, debe serlo la *polis* para el gobernante

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO JÓNICA Y ELEÁTICA HOY

Numeradamente se presentan ahora algunas conclusiones provisionales del estudio realizado, que pueden ayudar a actualizar las intuiciones de los primeros filósofos griegos:

1. Rasgo esencial del pensamiento iusfilosófico griego de este período es el nexo de unión que se percibe entre lo jurídico y la *physis* (Jaeger, 1953). La justicia es armonía con el orden “divino” (natural) del mundo.
2. Existe en estos pensadores la idea de un Derecho natural entendido como inteligencia – *nous/logos* – ordenadora del Universo¹³. Más que una ley física, es un orden preestablecido. Idea esta que informará – bajo otros aspectos – el pensamiento estoico (Pohlenz, 2022) y la escolástica cristiana. Y de esta guisa llegará hasta nosotros.
3. Se trata, por consiguiente, de un Derecho natural que es racionalista y teológico¹⁴. El *Theós* conoce el *agathós* y el *telós* del hombre y de la sociedad. A él ha de conformarse la ley.

¹¹ Heráclito usa el término *logos* en cinco sentidos, uno de los cuales es ley. Los otros son verdad, razón, inteligencia y palabra (Fernández-Galiano, 1957).

¹² Presocrático por intereses, aunque contemporáneo de Sócrates y Platón.

¹³ Lo que puede verse en el siguiente fragmento de Anaxágoras: “todas las cosas estaban juntas; luego se presentó la inteligencia y las ordenó”, recogido por: Laercio (años, p. 104).

¹⁴ Sobre la versión de los físicos al *Theos* y la interpretación teológica – en sentido etimológico y no religioso – de su filosofía, puede verse Zubiri (2018).

4. Se trata de un Derecho natural que es proyección del orden de la *polis* y que debe proyectarse sobre ella. Esto nos puede llevar a una recuperación del concepto de *eunomia* como “armonización de la ley positiva con el orden natural y lógico de las cosas” (Jaeger, 1953, 25).

Es un Derecho natural que no regula comportamientos concretos, sino el orden de la comunidad. Se trata de un Derecho natural sin contenido moralista. El bien se entiende en sentido de fin. La justicia es equilibrio, armonización de los contrarios.

BIBLIOGRAFÍA

- COPLESTON, Frederick (2021). *Historia de la Filosofía vol. 1. De la Grecia Antigua al Mundo Cristiano*. Barcelona, Ariel.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco (1997). *Tratado de Filosofía del Derecho, tomo II. Parte I. Los saberes jurídicos*. Sevilla, Ed. Universidad de Sevilla.
- FASSÒ, Guido (2001). *Storia della filosofia del diritto I. Antichità e medioevo*. Bari: Editori Laterza.
- FERNÁNDEZ-GALLIANO, Antonio (1957). Concepto de naturaleza y ley en Heráclito en *Anuario de Filosofía del Derecho*. Nº 5. pp. 259-322.
- JAEGER, Werner (1953). Alabanza de la Ley: los orígenes de la Filosofía del Derecho y los griegos en *Revista de Estudios Políticos*. Nº 67. pp. 17-48.
- LAERCIO, Diógenes (2020). *Vidas y opiniones de los filósofos ilustres*. Madrid: Alianza Editorial.
- LAN, Conrado; JULIÁ, Victoria (trad) (2003). *Los filósofos presocráticos. Fragmentos I*. Barcelona: Gredos.
- POHLENZ, Max (2022). *La Stoa: historia de un movimiento espiritual*. Madrid, Taurus.
- ZUBIRI, Xavier (2018). *Introducción a la Filosofía de los griegos*. Madrid: Alianza Editorial – Fundación Xavier Zubiri.

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE BRUNO LEONI EN LA ERA DE LA HIPERREGULACIÓN

LUCA MORATAL ROMÉU
Universidad del Atlántico Medio
luca.moratal@pdi.atlanticomedio.es

Una enumeración de los fenómenos más significativamente definitorios de nuestro tiempo no podría ignorar el de la hiperregulación. Nunca el volumen de normas de origen legislativo, gubernamental o administrativo había presentado dimensiones parangonables a las imperantes en las sociedades contemporáneas, ni se había extendido a tantos ámbitos de la conducta humana. El acceso a una profesión, el desarrollo de una actividad económica o la explotación de un mercado (por poner sólo algunos ejemplos) se encuentran hoy día sometidos a restricciones y condicionamientos cuya envergadura y complejidad carece de precedentes.

Se trata, por lo demás, de un hecho global. Según datos de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, existe un total de 26.020 actos legislativos comunitarios (acuerdos, reglamentos, directivas y decisiones) actualmente vigentes¹. En España, entre los años 2009 y 2016, el Boletín Oficial del Estado «publicó más de 1,6 millones de páginas de regulación», que –omitiendo la producción normativa en los niveles local e institucional– se añaden a las más de 6 millones emitidas por las Comunidades Autónomas en este mismo período². Esta media de casi un millón de páginas anuales hace palidecer el caso de Italia, cuya Gazzetta Ufficiale publicó en 2018 “sólo” 30.671 páginas de regulación. No es superfluo, sin embargo, puntualizar que la lectura de estas últimas requeriría un año de trabajo ininterrumpido³. En su libro *Normes, réglementations... Mais laissez-nous vivre!* (2020), Marie de Greef-Madelin y Frédéric Paya han calculado que en Francia, actualmente, habría cerca de 400.000 normas jurídicas en vigor⁴. En 2013, el presidente y CEO de la

¹ “Repertorio de actos jurídicos”, en: https://eur-lex.europa.eu/browse/directories/legislation.html?classification=in-force&displayProfile=allRelAllConsDocProfile&locale=es#arrow_01 (fecha de consulta: 02/08/2021).

² Llamas, 2017.

³ VV.AA., 2019.

⁴ Bellan, 2020.

Cámara de Comercio de Estados Unidos, Tom Donohue, indicaba que las regulaciones generadas a nivel federal (esto es, excluyendo el estatal y el local) ascendían a 176.000 desde 1976⁵.

La ilustración del escenario en cuestión podría concluir con el examen de un sector concreto en un país determinado: el ferroviario en el Reino Unido. En 1850, una empresa ferroviaria habría necesitado conocer únicamente dos actos regulatorios (uno de 1844 que obligaba a ofrecer billetes de tercera clase y otro de 1846 que definía el ancho de vía) para operar en dicho país⁶. En 2021, la legislación general relevante (según la Office of Rail and Road, diecisiete normas⁷) ocupa miles de páginas, que se multiplican al tomar en consideración la legislación local.

Una adecuada comprensión de la naturaleza e implicaciones de esta realidad hiperregulatoria puede resultar altamente favorecida por las reflexiones del filósofo del derecho que, ya a mediados del siglo pasado, mejor supo reconocerla e interpretarla. En su obra más conocida, *Freedom and the Law* (1961), Bruno Leoni (1913-1967) partía de la misma premisa asumida por la presente exposición, al observar que «la creciente importancia de la legislación en casi todos los sistemas jurídicos del mundo es probablemente, junto al progreso científico y tecnológico, la característica más notable de nuestra era»⁸. Contraponiendo a la legislación el derecho (la ley en su concepción clásico-romana, también inspiradora de los sistemas de common law), la tesis fundamental de Leoni es que la proliferación de la primera en detrimento del segundo es profundamente nociva para la libertad individual y la seguridad jurídica, amén de perfectamente innecesaria. En lo sucesivo se desarrollarán brevemente estas ideas, poniéndose de manifiesto su plena actualidad en una época en que los excesos regulatorios examinados por Leoni no han hecho sino reproducirse exponencialmente.

1. HIPERREGULACIÓN Y LIBERTAD

Desde los mismos orígenes del Estado asistencial, no ha sido infrecuente la justificación de su intervención regulatoria a la luz de un ideal de “libertad”. Benedetto Croce, por ejemplo, sostuvo que la libertad propugnada por el auténtico liberalismo es aquella que se dirige a «promover la vida espiritual en su plenitud y, por tanto, como vida

⁵ Donohue, 2013.

⁶ Mingardi, 2019: 204.

⁷ “Rail regulatory law”, disponible en: <https://www.orr.gov.uk/rail-regulatory-law>.

⁸ Leoni, 1961: 4.

moral»; de suerte que «intrínsecamente hablando, la disputa lo es entre bueno y malo [...] y bien se podrá, con la más sincera y vívida conciencia liberal, abogar por medidas y órdenes que los teóricos de la abstracta economía clasifican como socialistas, e incluso, con expresión paradójica, hablar [...] de un “socialismo liberal”»⁹. De igual manera que Croce identificó la libertad con el bien en sentido moral, Kelsen la definió como la participación democrática¹⁰, y otros la han relacionado con la justicia o la igualdad. Todas ellas serían expresiones de lo que Isaiah Berlin bautizó como “libertad positiva”, que complementaría la “negativa”, entendida como mera ausencia de restricciones a la acción del individuo¹¹.

Leoni observa que, si bien el concepto de libertad se ha asimilado a semejantes nociones *con carácter derivativo*, en ningún caso pueden éstas entenderse como constitutivas de su significado esencial o primario. La confusión, surgida en el lenguaje ordinario –no sin la mediación de intencionados desfiguradores del mismo–, es grave, en la medida en que una y otra acepción de libertad pueden revelarse antinómicas. La libertad, en sentido estricto, sólo puede ser rectamente concebida como ausencia de coacción (*constraint*). Así lo ponen de manifiesto el origen histórico del término (tanto de *liberty* como de *freedom*) y el lenguaje popular más arraigado, y así lo sugiere el hecho de que los valores emparentados con la libertad “positiva” puedan ser fácilmente designados con otros vocablos, mientras que aquél al que se reduce la libertad “negativa” sólo pueda ser inteligiblemente condensado en la misma palabra “libertad”.

Esclarecido esto, se sigue lógicamente que únicamente la coacción destinada a minimizar el ejercicio de la misma (léase, la respuesta punitiva a su iniciación) puede reputarse compatible con la libertad en su contenido genuino. El resto de la legislación, o de la regulación, podrá intentarse justificar en virtud de otros principios y fines, pero no con el buen nombre de la libertad. «La legislación, de hecho, es incompatible con la iniciativa y la decisión individuales cuando alcanza un límite que la sociedad contemporánea parece haber trascendido con creces»¹². Siendo toda regulación –no específicamente reactiva a una violencia previamente iniciada– negadora de la libertad, una situación, como la actual, de hiperregulación global, no puede ser caracterizada sino como negación global e hiperbólica de la libertad.

⁹ Croce, 1925: 265-267.

¹⁰ Kelsen, 1920: *passim*.

¹¹ Berlin, 1958: *passim*.

¹² Leoni, 1961: 9.

2. HIPERREGULACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA

Leoni dedica buena parte de su *magnum opus* a impugnar la idea de que la ley escrita, forma propia de la legislación, salvaguarde la certeza del derecho en mayor medida que la no escrita, típica del derecho consuetudinario y basado en el precedente que este autor se afana en reivindicar.

En realidad, la ley escrita emitida por los modernos sistemas parlamentarios no puede aspirar a ofrecer más que seguridad jurídica a corto plazo. Idealmente, las normas son redactadas con precisión y accesibles a todos, y los órganos judiciales y administrativos se hallan “sometidos a su imperio”. Sin embargo, aun cuando la legislación responda a este modelo (el del “Estado de Derecho”), lo cierto es que nada garantiza su permanencia. Una nueva composición de los órganos legislativos es elegida cada pocos años, e incluso dentro de una misma legislatura pueden variar las alianzas o las preferencias de la mayoría dominante. Semejante “certeza”, recalca Leoni, «no lo es en el sentido que uno precisaría para poder prever que el resultado de acciones emprendidas hoy estarán libres de interferencia legal mañana»¹³.

Curiosamente, sólo sistemas de ley no escrita como el romano o el tradicional anglosajón han ofrecido niveles aceptables de seguridad jurídica a largo plazo. Esto se explica por el hecho de que, en ellos, la ley no se entendiera como producto deliberado de un determinado planificador (o grupo de los mismos), sino como un proceso evolutivo e inconsciente, anónimo y espontáneo, no definido por los intereses de una facción frente a otra en un momento dado; proceso «que involucra a millones de personas a lo largo de docenas de generaciones»¹⁴. En sus *Lezioni di filosofia del diritto* (1959) Leoni había explicado más detalladamente este proceso, que tendría como materia prima las pretensiones (*pretese*) compatibles de los individuos interagentes: expectativas consolidadas a lo largo del tiempo en normas no diseñadas por nadie en particular, y sin embargo vigentes en la realidad social e históricamente estables¹⁵. Así las cosas, el Derecho romano, al igual que posteriormente el common law, «era algo que podía ser descrito o descubierto, pero que no podía ser promulgado; un mundo de objetos que estaban ahí, formando parte del patrimonio común de todos los ciudadanos romanos»¹⁶. Cambiarlo no estaba al alcance de la voluntad personal de nadie, por muchos apoyos que sumara. «Incluso dictadores como Sulla

¹³ *Ibid.*: 76.

¹⁴ *Ibid.*: 89.

¹⁵ Leoni, 1959: 61-111.

¹⁶ Leoni, 1961: 84.

[...] probablemente habrían considerado la idea de revocar el *jus civile* casi tan extraño como los dictadores modernos considerarían la idea de subvertir las leyes físicas»¹⁷.

La infinidad de regulaciones diariamente engendradas por organismos internacionales, instituciones comunitarias, parlamentos nacionales, administraciones regionales y locales... están, en muchos casos, racionalmente catalogadas y estructuradas, exquisitamente formuladas e instantáneamente puestas a disposición de todos los ciudadanos. A cambio, se presume *iuris et de iure* que estos están al corriente de todas sus obligaciones (muchas de ellas tan poco intuitivas como depositar en las arcas de un organismo regional, en concepto de fianza obligatoria, la primera mensualidad recibida de un inquilino), y en vano alegarán la conveniencia de ocupar su tiempo en menesteres distintos de la lectura de boletines oficiales, como trabajar, dormir o respirar. Sólo el desconocimiento de las alternativas al régimen de legislación escrita puede llevar a predicar la seguridad jurídica como virtud de éste.

3. EL “MODELO LEONI” COMO ALTERNATIVA A LA HIPERREGULACIÓN

El entusiasmo que en su momento suscitaron las reflexiones de Leoni entre un público generalmente no ducho en historia y filosofía del derecho determinó a éste a bautizar aquéllas como el “modelo Leoni”. Con todo, y no obstante la originalidad de muchos de los planteamientos de Leoni, lo cierto es que dicho “modelo” no es el fruto de la brillante imaginación de un filósofo, sino un sistema jurídico efectivamente constatable en la historia, por cuanto en decadencia. Si existe un modelo no surgido espontáneamente, sino atribuible a la imaginación planificadora de individuos con nombre y apellido, éste es sin duda el legislativo, cuya máxima y más moderna expresión es el fenómeno de la hiperregulación.

La solidez histórica de los sistemas de Derecho romano y de common law, y su mayor conciliabilidad con la libertad en su significado primario, son ya, en sí mismos, buenos argumentos a favor del “modelo Leoni”. Una objeción habitual –ya anticipada por el italiano– es que el desarrollo industrial y tecnológico «trae consigo un amplio abanico de problemas que las sociedades antiguas no estaban preparadas para resolver con sus ideas jurídicas». Leoni contrarreplica que, por un lado, «todavía carecemos de pruebas de que estos nuevos problemas [...] sean realmente provocados por la tecnología, o de que la sociedad contemporánea, con su noción de la legislación como panacea, esté mejor equipada para resolverlos que las sociedades antiguas que

¹⁷ *Ibid.*: 85.

nunca identificaron tan descaradamente derecho con legislación». Estos objetores, por otro lado, deberían tener en cuenta que «el desarrollo de la ciencia y la tecnología, de una parte, y el de la legislación, de otra, se basan en dos ideas completamente diferentes e incluso contradictorias». En efecto, «la investigación científica y técnica necesitó y todavía necesita de iniciativa y libertad individuales para permitir que las conclusiones y resultados alcanzados por individuos, potencialmente contra la autoridad, prevalezcan. La legislación, en cambio, es el punto terminal de un proceso en el que la autoridad siempre prevalece, potencialmente contra la iniciativa y la libertad individuales»¹⁸.

Leoni asegura no preconizar una total exclusión de la legislación. No se lo consentiría su realismo, en la medida en que «probablemente esto nunca ha sucedido en ningún país en época alguna»¹⁹. En la última lección que pasaría a integrar *Freedom and the Law* precisa que, a su modo de ver, «deberíamos rechazar la legislación siempre que (a) se utiliza meramente como medio para subyugar a las minorías, tratándolas como perdedores en el campo de batalla, y (b) les es posible a los individuos alcanzar sus propios objetivos sin depender de la decisión de un grupo y, de hecho, sin coaccionar a otras personas para que hagan aquello que nunca harían sin coacción»²⁰. ¿Quién podría negar que ambas circunstancias suelen concurrir en la desenfadada elaboración de nueva normativa? ¿Quién podría refutar a Leoni cuando lamenta que, hoy por hoy, «lo que con frecuencia nos encontramos es nada menos que una potencial *guerra legal de todos contra todos*»²¹?

4. CONCLUSIÓN

La consideración de la obra de Bruno Leoni ayuda, en definitiva, a comprender uno de los aspectos más destacados de nuestra era, como es la hiperregulación. Se nos pone de manifiesto que ésta no es sino el corolario extremo de la general decantación, por parte de las sociedades contemporáneas, por un sistema jurídico preeminente-mente legislativo, en detrimento del derecho no escrito de carácter consuetudinario y jurisprudencial. Como demuestra Leoni, semejante transformación no corresponde a ninguna necesidad lógica o empírica, y es una pésima noticia para la libertad individual y la seguridad jurídica.

¹⁸ *Ibid.*: 5-6.

¹⁹ *Ibid.*: 9.

²⁰ *Ibid.*: 182.

²¹ *Ibid.*: 20.

BIBLIOGRAFÍA

- Bellan, Marie (2020), «Trop de lois en France. A qui la faute ?», *Les Echos*, 21 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.lesechos.fr/idees-debats/livres/trop-de-lois-en-france-a-qui-la-faute-1173729> (fecha de consulta: 02/08/2021).
- Berlin, Isaiah (1958), «Two Concepts of Liberty», en Hardy, H. (ed.), *Liberty*, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 166-217.
- Croce, Benedetto (1925), *Elementi di politica*, en Croce, Benedetto, *Etica e politica* (1931), Bari, Laterza, 1967, pp. 169-307.
- Donohue, Tom (2013), «The Fourth Branch of Government, Part I», *Free Enterprise*, 2 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://archive.freeenterprise.com/regulations/fourth-branch-government-part-i> (fecha de consulta: 02/08/2021).
- Kelsen, Hans (1920), *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Ditzingen, Reclam, 2018 (según la edición de 1929).
- Leoni, Bruno (1959), *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli (Catanzaro), Rubbettino.
- (1961), *Freedom and the Law*, Toronto, D. Van Nostrand Company, Inc.
- Llamas, Manuel (2017), «La losa de la burocracia: España publica 900 leyes y 960.000 páginas de regulación al año», *Libre Mercado*, 25 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.libremercado.com/2017-05-25/la-losa-de-la-burocracia-espana-publica-900-leyes-y-960000-paginas-de-regulacion-al-ano-1276599688/> (fecha de consulta: 02/08/2021).
- Mingardi, Alberto (2019), *La verità, vi prego, sul neoliberalismo. Il poco che c'è, il tanto che manca*, Venezia, Marsilio.
- VV.AA. (2019), «Carte e burocrazia, nel 2018 in Italia pubblicate oltre 30 mila pagine di leggi», *L'Economia*, 2 de octubre de 2019. Disponible en: https://www.corriere.it/economia/lavoro/19_ottobre_12/carte-burocrazia-2018-italia-pubblicate-oltre-30-mila-pagine-leggi-049897d8-ccd9-11e9-bed9-563e2f640bca.shtml (fecha de consulta: 02/08/2021).

EL REFORMISMO ILUSTRADO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO Y EL PROCESO PENAL

IRENE YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT*

Universidad de Salamanca

ireneygb@usal.es

La sociedad se encuentra sumergida en constantes cambios y más aún en este momento en el que vivimos dentro de la denominada era de la globalización. No obstante, existe una cuestión que no ha cambiado por ser, básicamente, inherente a todo ser humano y que es el surgimiento de conflictos entre dos o más miembros de la comunidad. La generación de conflictos ha hecho que el Derecho en su conjunto y los diferentes ordenamientos jurídicos que albergan las normas hayan de evolucionar para poder adaptarse a las necesidades y problemas sociales de cada período concreto. Desde los mecanismos más primitivos de resolución de conflictos, como es la autodefensa, se ha llegado hasta un sistema basado en el derecho a un proceso con todas las garantías dentro de un Estado social y democrático de derecho, tal y como estipula nuestra Constitución de 1978.

Sin embargo, resulta indispensable conocer el pasado para comprender por qué en nuestros días, el Derecho y, más concretamente el derecho y el proceso penal que son el objeto de estudio de este trabajo, están configurados de esta manera. Así, se ha optado por analizar el período que comprende el siglo XVIII con la finalidad de reflexionar y desglosar las principales ideas que inspiran al movimiento de la Ilustración y que llevan a reestructurar la filosofía penal dando lugar, a su vez, a la reestructuración del enjuiciamiento criminal.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de las Ayudas destinadas a la financiación de la contratación predoctoral de personal investigador del Programa Propio III de la Universidad de Salamanca (Convocatoria 2020).

1. INTRODUCCIÓN

Hablar del término proceso en sentido estricto y desde una perspectiva histórico-jurídica, es una labor que se ha venido desarrollando desde hace décadas por la doctrina. No obstante, a día de hoy, la tarea de determinar en qué momento exacto nace el proceso judicial tal y como lo entendemos en la actualidad resulta ciertamente complicada. La imposición de un castigo o una pena es algo propio de la sociedad, desde el inicio de sus días. Si echamos la vista atrás, podríamos remontarnos a aquellos tiempos en los que el castigo divino era una forma de hacer justicia. Basta con recordar como Dios sancionó a Eva -a la mujer-, multiplicando sus dolores en el embarazo y el parto (Génesis 3:14-19) o como los dioses griegos atormentaron a Ticio por intentar violar a Leto atándole a una roca donde los buitres le comerían el hígado eternamente.

Sin embargo, conviene acercarnos más en el tiempo para entender por qué la construcción del proceso penal a lo largo de la historia es ciertamente compleja. La principal razón de ser de tal problemática reside, por un lado, en que, desde la antigüedad, los mecanismos de resolución de conflictos se basan en lo que hoy conocemos como autotutela o autodefensa (véase, a modo de ejemplo, la Ley de Talión). O lo que es lo mismo, la venganza privada o venganza de sangre¹ cuyo uso reside esencialmente en la salvaguarda del instinto de supervivencia de todo ser humano (Nieva Fenoll, 2019: 16). Por otro lado, cabe recordar que no existe, tan siquiera, una auténtica distinción entre el proceso civil² y el proceso penal. No obstante, llega un momento en que la relación dualista, que caracteriza a la autotutela, se encuentra con una implantación de determinados límites a ese recurso de la venganza, lo que trae consigo una cierta proporcionalidad en ese mecanismo de resolución de conflictos. De hecho, son varias las comunidades y civilizaciones que cuentan con una cierta respuesta social en forma de castigo que, paulatinamente se va reconfigurando conforme surgen nuevas normas que lo regulan (Barona Vilar, 2017: 33). Con el paso de los siglos, las limitaciones impuestas al recurso de la venganza van variando y, gradualmente, se van delimitando aquellos pilares y elementos esenciales que darán

¹ Respecto a este primer motivo, estaríamos ante formas de resolución de conflictos altamente privatizadas donde, de forma progresiva, la relación dualista se vio suplida por una triangular. (Alonso Romero, 1982: 4)

² En relación con el proceso civil, se ha de señalar que el propio proceso, en el sentido literal de la palabra, nace del Derecho privado, del Derecho Civil romano. De hecho, se crea tomando como base elementos que únicamente se adecuaban al derecho privado (Goldschmidt, 2020: 13)

forma al proceso. Aun así, no se debe olvidar que durante los siglos XVIII y, especialmente, durante el XIX también se emplean mecanismos de resolución de conflictos extrajudiciales distintos a la autotutela. Se trata del arbitraje y la conciliación, siendo estos celebrados en órganos con un estatuto jurídico propio (Polo Martín, 2017:24)

Como bien indica el título de este trabajo, hablamos de reformismo ilustrado. Esto quiere decir que hemos de situarnos en el siglo XVIII, momento que constituye un período histórico absolutamente revolucionario y que supone importantes cambios en las diferentes esferas de la sociedad; a nivel filosófico, educativo, político y, por supuesto, jurídico. Este movimiento innovador da lugar a un incremento del interés por la historia y ello conduce a los juristas de la época a sumergirse en un proceso de análisis, y estudios de las erratas recogidas en los documentos jurídicos de épocas pasadas (Tomás y Valiente, 2001: 38). Asimismo, esta centuria marca un antes y un después en el ámbito del derecho penal y, por ende, en el del proceso penal, constituyendo así un auténtico punto de inflexión. Y ello es así porque la filosofía de la Ilustración desarrolla en una respuesta concreta a los problemas del derecho penal (Prieto Sanchís, 2003: 25) y, a su vez, a los del proceso penal. Por otra parte, el siglo XVIII también se corresponde con una época en la que se forjan otros aspectos importantes como son los derechos humanos, la democracia política y el constitucionalismo y todos ellos van a incidir directamente en el derecho y el proceso penal, abriendo paso al planteamiento sobre la necesidad de construir un modelo de justicia basado en el racionalismo y no en el poder divino.

2. ILUSTRACIÓN Y DERECHO ¿UN BINOMIO COMPLETO?

La Ilustración nace como un movimiento espiritual que pretende, con su luz, dar paso a la razón por la senda de la naturaleza más oscura convirtiéndose así en una auténtica crítica universal. El objetivo primordial es imbuir al ser humano de razón para hacer frente al oscurantismo que durante tanto tiempo ha venido arrojando a la sociedad. La significación de la Ilustración es, esencialmente, que todo es susceptible de ser examinado por el ser humano a través del pensamiento crítico (Puy Muñoz, 1966: 27).

Con aires de grandeza, el siglo XVIII se convierte de este modo en la bisagra de la puerta principal que abre el paso a la Edad Moderna dejando atrás el Antiguo Régimen. Sin embargo, el flujo ilustrado no se vive de la misma manera en todas las naciones del continente europeo y los cambios, incluso dentro de las naciones más progresistas, no son ni mucho menos inminentes. De hecho, el mundo sigue estando ciertamente incomunicado en aquel momento, o al menos las novedades

llegaban con cierto retraso. Por ello el sector intelectual de la sociedad del siglo XVIII en España, lo que hace es tomar las medidas que tiene éxito en otros países, adaptarlas a la situación en España y conseguir así un progreso similar al del resto de naciones ilustradas (Fernández Sanz, 1993: 58). Todos los cambios que surgen durante el Siglo XVIII no pueden comprenderse sin tener en cuenta cuál es la composición de la sociedad en aquel momento, porque parte del pensamiento jurídico ilustrado aparece, principalmente, por la consolidación de la burguesía como clase social. La actividad burguesa es la que realmente obliga al desarrollo de nuevas materias dentro del amplio espectro del Derecho. Se hace necesario regular el comercio, los bancos, los estatutos de los gremios de artesanos y comerciantes que fueron surgiendo durante este período... En definitiva, ir incorporando nuevos instrumentos jurídicos. Y ello sin olvidar a los grupos marginados. Aunque la Ilustración y especialmente el final del siglo XVIII protagonizado por la Revolución Francesa, proclama su lema *libertad, igualdad y fraternidad*, lo cierto es que no dejan de ser palabras vacías. Huérfanos, vagabundos, pícaros... Se trata de hombres -pero también mujeres y niños- que no son libres y que carecen de condición jurídica alguna, pues no son consideradas personas sino objetos supeditados a los mandatos de un estamento jerárquicamente superior. A todo ello tenemos que sumar, al mismo tiempo, el hecho de que también durante el XVIII la monarquía alcanza su máxima plenitud, tiene lugar un aumento del poder real y una incipiente defensa por el fenómeno del regalismo, es decir, de sus derechos inalienables. Así, respondiendo a la pregunta que encabeza estas líneas, podríamos decir que Ilustración y Derecho no conforma, ni conformaron en su momento un binomio completo, ni mucho menos perfecto visto desde una perspectiva histórico jurídico, si bien es cierto que se dan importantes cambios que, años más tarde, se dejan sentir en el Derecho Penal sustantivo y en el enjuiciamiento criminal. Será en el siglo XIX cuando se produzca realmente un movimiento mucho más firme en la práctica para renovar las ideas jurídicas que implicará que el campo del derecho procesal, en concreto, sufra una auténtica crisis (Silvia Melero, 1942: 43).

3. EL DERECHO PENAL DEL SIGLO XVIII

Antes de comenzar a exponer cuales fueron los principales elementos del proceso penal que se vieron influenciados por el movimiento de la Ilustración, es necesario aludir a cuáles fueron esos otros que salpicaron directamente al derecho penal

sustantivo, pues el sistema de enjuiciamiento se adaptaba en función de las variaciones acaecidas en el derecho penal. Tal y como se ha venido explicando en las líneas anteriores, el siglo XVIII se identifica con un momento de revolución y cambio. Ello da lugar a la transformación del pensamiento en Europa gracias a la expansión del racionalismo. Si bien, ese viraje se vive con una intensidad mucho menor en España (Tomás y Valiente, 1992: 93). Ahora bien, no es la Ilustración la única corriente que influye en el derecho penal del siglo XVIII -también del XVII-, sino que se ha de sumar el influjo del derecho romano canónico y de la legislación de la Baja Edad Media. Véase en este sentido como la aplicación de la ley penal varía en función de la pertenencia a un estamento u otro (Merchán Aparicio, 2017:111).

Otro aspecto a tener en cuenta es que a pesar de la progresiva secularización del Derecho y de las innovadoras ideas ilustradas, en países de tradición católica como es España, sigue existiendo en ese momento un importante vínculo entre la Teología y el Derecho (Álvarez Cora, 2016: 36). El teólogo es una figura de vital importancia con la sociedad, pues es el encargado de solventar los conflictos que ataquen a la religión (Tomás y Valiente, 1969: 85) y, como consecuencia de ello, también el Derecho, en concreto la esfera penal, se ha venido encontrando atada al tradicional pecado. Durante muchos siglos se identifica de manera homogénea el delito con el pecado. De hecho, la aplicación de esta percepción es automática especialmente en delitos relacionados con la moral o delitos contra lo que hoy sería la indemnidad sexual (Masferrer, 2017: 696). Durante la Edad Media el arraigo del Derecho Penal a la Iglesia fue y sigue siendo notable años más tarde. La finalidad es la de proteger la moralidad cristiana frente a determinados tipos de conductas o anomalías consideradas impuras (Gutiérrez Fernández, 1866: 82-83). La realización de tales conductas conduce al infierno, de modo que una vez que se confiesa el delito, lo que genera a su vez un reconocimiento del pecado, el castigo a imponer lo que realmente cumple es una finalidad expiatoria (Fraile Maldonado, 1986: 166). Por eso la Iglesia es considerada una salvadora especialmente en aquellos momentos de declive donde la legislación resulta inaplicable, pues aquella es el único poder capaz de controlar a los fieles y mostrarles la distinción entre lo bueno y lo malo, así como las consecuencias de realizar una conducta penal/moralmente reprochable. La autoridad de los Prelados y Jueces eclesiásticos resulta innegable y es protegida legalmente. A modo de ejemplo, Juan I de Castilla en 1390 establece la prohibición de redactar Estatutos con aquellos que tengan por objeto impedir el ejercicio de su jurisdicción.

Durante muchos siglos el Derecho Penal se mantiene sin progreso alguno. Sí que es cierto que durante el período del XVIII los diferentes Estados que se van conformando comienzan a promulgar normas sobre delitos y enjuiciamiento criminal por influencia de otros Estados a través de las novedades que van llegando. En la materia del Derecho, la doctrina del racionalismo busca constituir un sistema basado en la construcción de la razón y en la conexión del derecho con un derecho racional. Ello surge en parte gracias al cambio de mentalidad en torno a la ideología liberal en virtud de la cual surge el reconocimiento de determinados derechos a los hombres. La razón que aparece como un rayo de esperanza que ilumina la naturaleza y con la que se consigue la secularización de ciertos aspectos de la vida humana entre los que se encuentra, precisamente, el Derecho. El uso de la razón deja de estar sometido al poder de Dios dando paso a un Derecho racional. A un Derecho que nace del *pacto social* y que regula las relaciones del ser humano. Sin perder de vista el hecho de que el camino no está, sino, lleno de obstáculos, paulatinamente todos ellos se fueron superando gracias a la labor significativa de filósofos y juristas ilustrados como Montesquieu -gracias a su publicación *El espíritu de las leyes de 1748-*, el italiano Cesare Beccaria -con su obra *De los delitos y las penas de 1764-*, Gaspar Melchor de Jovellanos y también Manuel de Lardizábal y Uribe. En realidad, van a ser Montesquieu y Beccaria los que más peso tengan en la reforma del sistema penal español dado que son quienes van a inspirar a los miembros de la Corte.

A partir de este momento nos vamos a encontrar con un Derecho Penal y un ejercicio del *ius puniendi* ciertamente distinto al que se venía ejerciendo por parte de la Iglesia y de los monarcas como representantes de Dios en la tierra. Gracias a los movimientos de reforma, firmes defensores de una nueva redacción e interpretación de la ley, se deja de lado el ejercicio de la venganza de sangre para abrir paso a la aplicación del principio *nulla poena sine lege*. A su vez, el Derecho Penal basado en el iusnaturalismo racionalista propugna como principio fundamental el de necesidad. Se entiende así que toda pena que se imponga a un hombre ha de derivar de una norma que regule una conducta como delito y siempre basándose en la más absoluta necesidad, pues al contrario resultaría verdaderamente tiránica (Beccaria, 2015: 19). De ello también deriva el hecho de configurar la pena de tal manera que esta fuera individualizada y proporcional al delito cometido y conforme a la actividad probatoria para lo cual sería necesario la intervención de un tercero -juez- imparcial y ajeno al litigio. Para poder llevar a la práctica todo ello sería necesario, pues, modificar el sistema de justicia penal.

4. EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ILUSTRADO

La justicia criminal en la España del siglo XVIII es un verdadero caos que se intensifica con la promulgación de la Novísima Recopilación de las Leyes de España por iniciativa de Carlos IV, lo que no supone avance alguno dado que se dedica exclusivamente a la mera acumulación de normas pasadas y también de su reinado, si bien no se adaptan de modo alguno a los problemas de ese momento determinado (Rodríguez Ennes, 2010: 324).

Si el Derecho Penal sustantivo del Siglo de las Luces ya es notoriamente nefasto, más lo es el sistema de enjuiciamiento criminal vigente. Véase, en este sentido, como ni siquiera existe una distinción entre la fase de instrucción y enjuiciamiento. La confesión es considerada como la prueba más relevante a lo largo del proceso, el cual se caracteriza por ser secreto hasta que se dicta la sentencia. Y, por supuesto, la tortura se halla presente como medio eficaz para la obtención aquella confesión (Guzmán, 1978: 23-24). Visto esto, las corrientes de pensamiento filosófico y social afrancesadas e italianas penetran en España hasta el punto de que la reorganización para la constitución de un nuevo sistema judicial que deje de lado los elementos del sistema romanista donde los tribunales dejen de ser órganos legitimados por el rey de turno (Lorenzo Cadarso, 1998: 144). En parte, ese sentimiento de malestar por la justicia criminal vigente y la intención de reformarla surgen en parte por la llegada de la obra de Beccaria España, la cual no es del todo bien recibida, esencialmente, por esa fuerte influencia de la Iglesia Católica mencionada en líneas anteriores.

4.1. Principios informadores del nuevo proceso penal.

Junto a ese *cajón de sastre* que España tiene por legislación en el siglo XVIII se ha de tener en consideración, también, el proceso notoriamente inquisitivo que impera en los tribunales dieciochistas, donde lo que se busca es la obtención -más rápida que fundamentada- de una sentencia condenatoria y la ejecución de la pena por parte del encausado. Queda claro así, más aún si cabe, la imperante necesidad que la corte de Carlos III manifiesta sobre la redacción de un nuevo Código Criminal en 1776 que contenga leyes penales necesarias para regir el enjuiciamiento penal y dejando de lado aquellas que se encuentren en desuso. Así, da comienzo una operación codificadora que se inicia con la búsqueda de los antecedentes para evitar los errores que se habían venido cometiendo hasta el momento. Son varias las motivaciones que llevan a Carlos III a encargar a Manuel de Lardizábal la redacción de dicho Código. Además de las anteriormente señaladas, el monarca reflexiona y es consciente sobre lo exorbitantes que resultan algunas de las penas en consecuencia del delito cometido. Por

ejemplo, decide derogar la Pragmática de Felipe V en la que se impone la pena de muerte para supuestos de hurtos “leves” (Hernández Marcos, 2009: 43).

La redacción de este Código Criminal, a nivel procesal, va a suponer la implementación de dos de los principios que caracterizan al proceso penal actual:

El principio de legalidad. El proceso penal nace con la finalidad de convertirse en un mecanismo para controlar la criminalidad y sancionar aquellas conductas que constituyen infracciones penales. Esto ha sido y es así actualmente (Moreno Catena y Cortés Domínguez, 2008: 35). La incorporación del principio de legalidad al derecho y proceso penal del siglo XVIII no supone otra cosa que un límite al legislador y al juez, quien ya no podrá castigar cualquier conducta que considere moralmente reprochable. Esto trae como resultado la conversión de tal principio como principal enemigo del excesivo arbitrio judicial imperante en el Antiguo Régimen.

Quizá, uno de los principales problemas que genera el principio de legalidad en este período es que la ley es la voluntad del monarca. Es decir, va a existir una importante presión del legislativo por parte del rey para hacer notar su autoridad a través de la norma. Si bien, lo que pretenden los penalistas ilustrados es que a través de la ley se manifieste la razón. Así se plasmó también en 1789 en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, en la cual se deja constancia de que la ley solo ha de prohibir acciones que resulten perjudiciales para la sociedad, pues esta es la expresión de toda la comunidad. Añade, además, que nadie podrá ser castigado de acuerdo con la ley que se hubiera promulgado con anterioridad. Así se recoge también el principio de irretroactividad, el cual constituye hoy en día un derecho fundamental y constitucionalmente reconocido (Art. 25 CE). Ello va a proporcionar, sin duda, una seguridad jurídica inexistente hasta el momento.

El principio de proporcionalidad. Una de las cuestiones más criticadas por los ilustrados y penalistas del siglo XVIII es precisamente la falta de proporcionalidad en los castigos impuestos. Muchos de ellos van desde meras sanciones económicas, pasando por las mutilaciones hasta llegar a la pena de muerte por hechos delictivos que, en ciertas, ocasiones ni si quisieras están recogidos en las leyes penales. De hecho, esto también influye en el amplio margen de decisión de los jueces que, en los supuestos en el que el hecho cometido no se encuentra tipificado como delito, la pena que decide imponer no se ajusta a una adecuada valoración de los hechos dando lugar a una pena arbitraria, lo que se acaba convirtiendo en una regla general. De hecho, las consultas entre jueces sobre las penas a imponer en supuestos de conductas que no se encuentran reguladas penalmente son bastante frecuentes, lo que contribuye a aumentar más aún la imposición de penas absolutamente desproporcionadas (Lardizábal y Uribe, 1828: 92). A todo ello se debe sumar que la contemplación de las circunstancias atenuantes y

agravantes en cada caso concreto también son interpretadas por el juez mediante el ejercicio de esa amplia discrecionalidad que se ve reflejado en una sentencia donde ni si quiera se justifica el por qué se ha tomado esa decisión.

4.2. La confesión como única prueba. La denominada *Regina probatorum*

La actividad probatoria se constituye como una cuestión fundamental en todo proceso, ya no solo penal, sino de cualquiera de los restantes órdenes jurisdiccionales. Las normas actuales regulan qué medios de prueba son considerados como lícitos en el conocimiento de un determinado procedimiento. Sin embargo, la cuestión es naturalmente diferente en el siglo XVIII. En la configuración de ese proceso penal inquisitivo, que adquiere un carácter ordinario, se halla también como una de sus principales características la falta de transparencia y la utilización de la confesión del reo como único medio de prueba. Es cierto que existe una especie de prueba testifical que consiste simplemente en la aportación de algún indicio ante el juez y también la declaración plausible de un único testigo (Tomás y Valiente, 1992:172). Ahora bien, la reina es de las pruebas es sin duda la confesión del acusado y no existe nada más inhumano y atroz que la tortura de una persona para obtener aquella. Lo que hoy supondría una abominación de los derechos humanos, en el enjuiciamiento criminal del siglo XVIII la tortura judicial se erige como una práctica habitual y rudimentaria en los tribunales castellanos en aras de conseguir la confesión del encausado para finalizar, quizá de la manera más rápida posible, la causa y dictar una sentencia condenatoria sin actividad probatoria alguna. La mera existencia de indicios sobre la posible comisión del hecho delictivo es motivo suficiente para que el Juez pueda abrir la veda de la tortura consolidándose así un auténtico sistema represivo.

Este mecanismo viene de antiguo, de hecho, el Código de Teodosiano ya lo recoge, señalando incluso la inexistencia de privilegio alguno que pueda librar a aquel que comete un delito del uso de esta herramienta. Posteriormente, sí que se regulan exenciones al uso de la tortura y de la pena en función de la clase social, por ejemplo, los hidalgos gozan de tal privilegio. Lo que supone una exorbitante desigualdad ante la ley y, por supuesto, una importante inseguridad jurídico. Pero en el período del que estamos hablando, como el fin de la Ilustración es conseguir la razón -en el ámbito del Derecho mediante una reestructuración del ordenamiento jurídico- la imposición de la pena adquiere un carácter ciertamente distinto al otorgado hasta ese momento. Ahora la cuestión se centra en alcanzar paz de la comunidad, la paz social. Para ello es necesario que las normas penales que regulan las conductas susceptibles de ser calificadas como delitos se centren en la prevención. De este modo, la pena que

acompaña a esos delitos se tiene que enfocar también hacia esa reinserción y prevención dejando de lado la represión. Por ello, para los ilustrados resulta absolutamente inviable la aplicación de la tortura como herramienta coercitiva y “eficaz” para obtener la confesión y, a su vez, decretar la culpabilidad y, por supuesto la pena de muerte.

El principal problema que surge a la hora de abolir la pena de muerte y el uso de la tortura para obtener la confesión del imputado es que, aquellos que propugnan su erradicación constituyen una minoría. Resulta ciertamente complejo poderlo llevarlo a cabo con apoyos insuficientes. Sí que es cierto que siglos atrás ya se había venido planteando esta cuestión. Pero es realmente en el siglo XVIII cuando se intensifica, especialmente durante el reinado de Carlos III. A propósito de ello, son muchas las voces que halagan el reinado de este monarca, sobre todo, por haberse criado en Italia bajo la influencia de las innovadoras ideas del movimiento ilustrado y también por contar con una corte que se encuentra a favor de los cambios propuestos por esta corriente. Es cierto que el monarca solicita una consulta previa a una reforma legislativa en materia penal. Ahora bien, la tortura como medio de obtención de la confesión no es abolida hasta la promulgación del Real Decreto de 23 de abril de 1811 por las Cortes de Cádiz (Antón Mellón, 1984: 158). Esto demuestra como Carlos III, en realidad, no es capaz de hacer frente de una manera eficaz a la urgente necesidad de reforma y como, aunque se hubiera criado bajo la influencia de la Ilustración, era realmente complejo acometer una reforma de tal calibre en un Estado inmerso en la tradición católica. Al final la incertidumbre que se genera conduce a la promulgación de normas mucho más severas.

4.3. ¿Hacia un proceso más “justo”?

El sistema procesal penal vigente hasta el momento deja claro el fuerte carácter represivo que ostenta. Este modelo se caracteriza por la defensa en la vigencia de procedimientos absolutamente inhumanos donde la existencia de un mínimo de garantías procesales brilla por su ausencia. Ahora bien, si el objetivo es el de construir un nuevo proceso basado en el utilitarismo y el humanitarismo donde, además, se encuentren presentes en todo momento el principio de legalidad y de proporcionalidad de las penas, entonces es necesario dejar de lado el proceso inquisitivo. De hecho, España no va a ser la única nación en la que impere este sistema, pues como consecuencia de la colonización, el sistema inquisitorial también estará presente en las colonias de Latinoamérica (Álvarez Suárez, 2020: 189).

Progresivamente el terreno que el sistema inquisitivo había ganado al acusatorio, se va viendo sustituido por un modelo de carácter mixto que nace de las ideas

ilustradas pero que realmente se va consolidando en el siglo XIX a la par que se produce el movimiento de la Codificación. Los ilustrados son conscientes de que es completamente imposible que el proceso inquisitivo encaje con los nuevos pilares y fundamentos del derecho penal. Si el objetivo es evitar la deshumanización de las penas y buscar la verdadera causa del delito, no cabe la posibilidad de aplicar un proceso basado en la dureza y la represión, pues esa no es la forma de poder prevenir el crimen. El proceso debe enfocarse de tal modo que el acusado también tenga derecho a defender su presunción de inocencia frente al ejercicio del *ius puniendi* (Alonso Romero, 1982: 323).

Como se indica en el apartado anterior, Carlos III no consigue grandes avances en lo que a cambios legislativos se refiere, pero tampoco se le ha de robar el “mérito” de sentar -mínimamente- las bases para la construcción de un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal que culmina en el proyecto del Código Criminal de 1787. A modo de ejemplo, resultan interesantes algunas de las normas recogidas en la Novísima Recopilación de las Leyes de España. En 1788 establece cómo ha de ser el modo de proceder los Corregidores y los Alcaldes en las causas criminales. Establece la necesidad de que actúen con la mayor diligencia posible sin admitir pruebas o indicios superfluos y debiendo tomar declaración al preso en las veinticuatro horas siguientes a su detención para evitar coartar su libertad de forma innecesaria. Por su parte, Carlos IV establece en la Real Cédula del Consejo de 7 de octubre de 1796 el modo de proceder de los tribunales en la imposición de las penas. En ella señala la imposibilidad de determinar una pena sin que el delito quede legalmente probado (*nullum crimen nulla poena*) mediante la declaración del propio acusado y la de los testigos. Asimismo, señala que en su proceder no se habrá de oprimir la inocencia, pues es una de las cuestiones más relevantes que se ha de tener en la administración de la justicia.

Lo que se acaba construyendo, al final, es un sistema mixto que coge elementos del inquisitivo y del acusatorio. Se recoge la falta de transparencia del sistema inquisitivo, pero también el carácter acusatorio que esta vez se deposita en el Ministerio Fiscal que, a su vez, será un órgano independiente del Juez para no contaminar el conocimiento de la causa. Acaba desapareciendo la figura del tormento judicial a la par que se incorporan nuevos medios para la investigación del delito que permitan proteger la presunción de inocencia. En definitiva, se camina hacia un sistema, si no más justo, sí algo más garantista que el habido hasta el momento.

5. CONCLUSIONES

De forma sucinta, se ha intentado abordar de la mejor manera posible cuáles son los principales cambios que nacen con el sentimiento de reforma de los juristas y filósofos ilustrados. Quizá, la principal conclusión que se puede sustraer de esta breve explicación es que muchas de las propuestas de reforma fueron, en realidad, papel mojado. El espíritu crítico tiene una difícil implantación en España debido a la fuerte influencia de la Iglesia Católica, la cual ha disminuido, pero sigue estando presente en ciertos comportamientos de la sociedad a día de hoy, especialmente en la moral del ser humano.

Lo que sí que permite el conglomerado de la Ilustración es sentar las bases para que el movimiento Codificador imperante en el siglo XIX fuera lo más racional y utilitarista posible y, sobre todo humano. Sin duda, un paso muy importante fue la abolición del castigo físico y de la tortura en los interrogatorios del acusado, así como la protección de su libertad individual y de su inocencia. Si reflexionamos, incluso de una manera más superficial, estamos ante derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y ya no fundamentales, si no derechos humanos protegidos a nivel internacional en los Tratados.

Con todo ello, es conveniente indicar que tampoco resulta acertado tomar el siglo XVIII y la Ilustración como un movimiento absolutamente revolucionario, porque lo fue más en la teoría que en la práctica. Es complejo poder llevar una aplicación teórica a la realidad práctica cuando solo una minoría de la sociedad tiene el conocimiento suficiente como para poder leer, reflexionar y tomar la iniciativa de tales cambios. Sin embargo, tampoco se puede concebir como una corriente frustrada, pues tal y como se ha indicado anteriormente, muchas de esas ideas se consiguieron llevar a la práctica, aunque fuera siglos más tarde. Todas las cuestiones del pasado, sirven para mejorar el presente y crear un futuro mejor, o al menos intentarlo para no repetir así errores del pasado, aunque el ser humano siempre tropieza dos veces con la misma piedra. En definitiva, la Ilustración y todo lo que ello supone en las distintas esferas de la sociedad, sirvió de inspiración, -en el ámbito estrictamente jurídico- para la protección y regulación de los derechos humanos y también para poder crear un sistema de justicia basado en el derecho, por un lado, a la tutela judicial efectiva y, por otro, en el derecho a un proceso con todas las garantías que han de ser inherentes a todo ser humano independientemente de su status social y económico, raza, sexo y género, pues todos somos los integrantes de un colectivo mucho más amplio que es la sociedad y para el que hemos de buscar siempre la paz y una forma de convivencia lo más justa y humana posible.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Romero, María Paz (1982), *El proceso penal en Castilla (Siglos XII-XVIII)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Álvarez Cora, Enrique (2016), «La definición del delito entre los siglos XVI y XVIII», *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, Universidad de Zaragoza, p. 36.
- Álvarez Suárez, Laura (2020), «La influencia de la *inquisitio* y la *acussatio* romanas en los procesos penales de los estados iberoamericanos. El ejercicio de la acción penal» en López-Rendo Rodríguez, Carmen (coord.), *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, Universidad de Oviedo (Servicio de Publicaciones), España.
- Antón Mellón, Joan (1984), «Las reformas penales durante el reinado de Carlos III», *Pedralbes: Revista d'història moderna*, Universitat de Barcelona.
- Barona Vilar, Silvia (2017), *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Beccaria, Cesare (ed. 2015), *Tratado de los Delitos y las Penas*, Universidad Carlos III, Madrid.
- Fernández Sanz, Amable (1993), «La Ilustración española. Entre el reformismo y la utopía», *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Universidad Complutense de Madrid, 10, p. 58. <https://revistas.ucm.es/index.php/ASHF/article/view/ASHF9393110057A>
- Fraile Maldonado, Carolina (1986), «El pensamiento penológico del setecientos español. D. Manuel de Lardizábal», *Pedralbes: Revista d'història moderna*, Universitat de Barcelona, p. 166
- Gutiérrez Fernández, Benito (1866), *Examen histórico del Derecho Penal*, Ed. Librería de Sánchez, Madrid.
- Guzmán, Fabio. J (1978), «Cesare Beccaria y el Derecho Penal», *Revista de Ciencias Jurídicas*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana, 1, pp. 23-24. <http://investigare.pucmm.edu.do:8080/xmlui/handle/20.500.12060/1451?show=full>
- Hernández Marcos, Maximiliano (2009), «Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787», *Res publica: revista de filosofía política*, Universidad de Murcia, 22, p. 43. <https://revistas.um.es/respublica/article/view/135981>
- Lardizábal y Uribe, Manuel de (1828), *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Imprenta de Repullés, Madrid. <https://digi-buio.uniovi.es/dspace/handle/10651/3000>
- Lorenzo Cadarso, Pedro Luis (1998), «Los tribunales castellanos en los siglos XVI y XVII: un acercamiento diplomático», *Revista General de Información y Documentación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1, p. 144.

- Masferrer, Aniceto (2017), «La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna: una propuesta revisionista de la historiografía española, europea y anglosajona», *Anuario de historia del derecho español*, Ministerio de Justicia, p. 696.
- Merchán Aparicio, C (2017), «Algunos aspectos del derecho penal histórico», *Vergentis: revista de investigación de la Cátedra Internacional conjunta Inocencio III*, Universidad Católica San Antonio de Murcia, p. 111.
- Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín (2008), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Nieva Fenoll, Jordi (2019), *Derecho Procesal I. Introducción*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Polo Martín, Regina (2017), «Algunas consideraciones sobre la resolución extrajudicial de conflictos entre 1808 y 1881» en Martín Diz, Fernando (ed.), *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*, Andavira Editora, Santiago de Compostela.
- Prieto Sanchís, Luis (2003), *La Filosofía Penal de la Ilustración*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.
- Puy Muñoz, Francisco (1966), *El pensamiento tradicional en la España del siglo XVII (1700-1760)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- Rodríguez Ennes, Luis (2010), «La lucha contra el arcaísmo punitivo de finales del Antiguo Régimen», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 324.
- Silvia Melero, Valentín (1942), «Notas para el estudio de la evolución del derecho procesal», *Revista de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, p. 43.
- Tomás y Valiente, Francisco (1992), *El Derecho Penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, Ed. Tecnos, Madrid.
- Tomás y Valiente, Francisco (2001), *Manual de Historia del Derecho español (4ª. Edición)*, Ed. Tecnos, Madrid.

APROXIMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA DECOLONIAL AL TRATAMIENTO JURÍDICO-CHILENO DE LA VIOLENCIA INTRA-FAMILIAR. ANÁLISIS INTER- CULTURAL DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS ENTRE PERSONAS DEL PUEBLO MAPUCHE

SHEILA FERNÁNDEZ MÍGUEZ

Arnold Bergstraesser Institut (Universität Freiburg)

ECRIM (Universidade da Coruña)

sheila.fernandez@udc.es

El presente trabajo toma como base, en primer lugar, los estudios de género que como señala María Rita Custe Llambi han develado como el derecho es androcéntrico, tanto en su construcción, producción y reproducción. Al tomar únicamente en cuenta el punto de vista del hombre occidental, sin tener en consideración las diversas experiencias de las mujeres. Resultando por tanto parcial su mirada, impregnada de un sesgo de género masculino que invisibiliza las violencias cotidianas e infravalora las necesidades humanas, especialmente las de las mujeres indígenas. En consecuencia, el derecho no tiene género neutro y su aplicación deviene discriminatoria a las mujeres (Custet Llambi, 2021: 263-264) y debemos añadir a los Pueblos Originario. Y, en segundo lugar, los estudios decoloniales, en concreto, se aplica la teoría modernocolonial de género de María Lugones y las conceptualizaciones del feminismo comunitario de Abya Yala¹ de Julieta Paredes entre otras² al análisis jurídico de la N° 20.066 de Ley de Violencia Intrafamiliar de Chile. La investigación se desarrolla en el espacio geográfico de la Región de La Araucanía en Chile, y los datos tomados para el estudio comprenden el periodo 2007-2017. Específicamente se abordan tres aspectos y consecuencias de la actual legislación: se realiza un estudio dogmático y conceptual del término violencia intrafamiliar. Se estudian los argumentos utilizados para justificar la aprobación acuerdos reparatorios en asuntos de violencia intrafamiliar así como las deficiencias que los mismos presentan. Y, por último, a modo de conclusión-propuesta se realiza una crítica desde la perspectiva decolonial

¹ Nombre indígena del territorio hoy conocido como América.

² Se hace mención a las dos autoras, pues como crítica Julieta Paredes, el feminismo comunitario no es feminismo decolonial, y se niega a ser incluida en las etiquetas elaboradas por las feministas de la academia (Paredes 2017: 2)

feminista a la prohibición de los acuerdos reparatorios en el contexto de los Pueblos Originarios, concretamente el Pueblo Mapuche y se propone el reconocimiento de la Justicia Ancestral como garantía y respecto de los derechos humanos de las mujeres indígenas.

1. TEORÍA MODERNO-DECOLONIAL DE GÉNERO

El presente trabajo, desarrolla el marco de la teoría moderno-decolonial de género desde una perspectiva jurídica, que permite hacer un análisis decolonial del Derecho en las sociedades que han sido conquistadas por el Imperio Español y las consecuencias que llegan hasta nuestros días desde la conquista y de la época colonial. Dentro de lo que se ha denominado teoría decolonial, los feminismos han contribuido enormemente a dotar de contenido específico esta teoría, con el fin de visibilizar la colonialidad experimentada en el propio cuerpo de las mujeres, así como a elaborar críticas que visibilizaban como el feminismo hegemónico producía teoría que arrasaba las identidades de las mujeres indígenas. En concreto, desde el feminismo decolonial se afirma que son hechos constitutivos de la colonización el racismo y el machismo. Y esto, es importante, porque son precisamente este racismo y este machismo los responsables actuales de la discriminación y la opresión en la que viven las mujeres mapuches, en su territorio ancestral denominado *Wallmapu*, que hoy forma parte del Estado chileno y del Estado argentino.

Una de las principales teóricas feministas decoloniales fue María Lugones (2014), de cuyo trabajo destaca la teoría moderno-colonial de género. Lugones fusiona la teoría decolonial con la teoría de la interseccionalidad permitiendo este nuevo enfoque una profundidad histórica que da cuenta del alcance destructivo de la imposición cultural que se introdujo mediante los procesos de colonización que tuvieron como resultado la entrada del modelo patriarcal actual. La autora acuña la categoría de «colonialidad de género» que explica como una forma específica de denominación colonial, consistente en el análisis de la opresión de género racializada y capitalista como una forma específica de dominación colonial. Esta categoría trae consigo varias ventajas. Nos permite ligar la discriminación y la violencia de las mujeres al proceso colonial y sus consecuencias actuales, el racismo y el capitalismo. Desde esta comprensión se perfecciona la teoría interseccional (Crenshaw, 1989) y se puede ir más allá de entender la inclusión de la raza como un factor de discriminación que se superpone a otros y afecta especialmente a las mujeres indígenas y su experiencia de vida. Y, pensar la interseccionalidad como una categoría/metodología para investi-

gar, que cómo propone Camila de Magalhães Gomes (2018) funcionan creando experiencias diferentes, por lo tanto, no deben comprenderse como opresiones que se superponen (raza, género, étnica, clase social, edad, etc.), sino como opresiones en red que son al mismo tiempo causa y efecto en la/de la creación unas de otras.

La colonialidad de género también nos permite recuperar la historia de América Latina desde la visión de las mujeres indígenas, al ser una teoría geográficamente situada que habla desde el enfoque local, se trata por tanto de una Epistemología del Sur, que pone en contacto las formas de conocimiento propias de las culturas que han sido controladas por el poder hoy global. Y, por último, permite contextualizar las violencias patriarcales-machistas sobre las mujeres como una herencia no deseada del modelo occidental que trajo consigo la conquista y se quedó hasta la actualidad en los territorios colonizados (Boaventura de Sousa Santos en (Palermo, de Oto, & Bidaseca, 2012). En la lógica de recuperar la historia, o la «memoria larga» como el feminismocomunitario denomina a la lucha de las abuelas contra las formas de dominación que les tocó vivir, las feministascomunitarias redefinen el concepto de feminismo y señalan que hace referencia a cualquier “lucha de cualquier mujer, en cualquier parte del mundo, en cualquier tiempo de la historia que lucha o se rebela ante un patriarcado que la oprime o la quiere oprimir” (Paredes, 2017: 3).

Desde este marco teórico presento mi concepto de violencias patriarcales-machistas, como aquellas que tienen como base la ideología machista de origen occidental. Fundamentada en la idea de la masculinidad asociada a personas fuertes físicamente, dominadoras, sin emociones, sustentadoras económicamente, y a las ideas de la heterosexualidad, la virginidad y el amor romántico. Factores o condiciones que dotan de privilegios a las personas que los poseen y por lo tanto de superioridad frente a la feminidad asociada a la docilidad, a la disponibilidad, a cuerpos al servicio de la masculinidad que pueden ser incluso disciplinados por la fuerza para garantizar la obediencia o el placer a la figura masculina o con rol de dominio. Esta violencia fue ejercida y continúa siendo ejercida contra mujeres racializadas en contexto de colonización o en cualquier lugar. Esta idea de dominio de lo masculino sobre lo femenino será adoptada por las personas racializadas que imitaran el modelo de dominio machista occidental que puede combinarse con sus propias formas de patriarcado ancestral y ejercerse nuevas formas de dominio y sumisión. Este dominio masculino además se fusiona con el racismo dando lugar a tratos diferenciados a las mujeres según el color de su piel y su clase social. A este trato diferenciado se hace referencia con el concepto de «bestialización», las personas indígenas fueron despojadas de su humanidad, dentro de este proceso las mujeres serán vistas como hembras que podrán reproducirse. Sobre las personas indígenas consideradas bestias no se aplicarán las

categorías de género, por ello las mujeres indígenas nunca fueron consideradas bellas o frágiles (Lugones, 2011; Espinosa-Miñoso, 2014). Este proceso también se produjo con las mujeres negras, que eran vistas como animales. Eran valiosas por su capacidad de parir, por ello las mujeres negras no eran consideradas ni madres ni hijas, sino paridoras y sus crías podían venderse al igual que los terneros de las vacas (Davis, 2016).

Estas nuevas formas de violencia que llegaron con los procesos coloniales irán fusionándose con las culturas indígenas dando lugar a nuevas formas de patriarcado, denominado desde el feminismocomunitario «entronque patriarcal». Este nuevo concepto permite descubrir las complicidades y los intereses que se juegan al momento de querer acabar con el patriarcado (Paredes 2017: 5). Este patriarcado actual generara violencias específicas sobre el cuerpo de las mujeres.

2. ANÁLISIS DOGMÁTICO-CONCEPTUAL DE LA CATEGORÍA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

El concepto de violencia intrafamiliar se recoge en la Ley N° 20.066 de Violencia intrafamiliar, en el contexto jurídico chileno como señala el artículo 5 de la citada norma engloba todas las violencias que se producen en el ámbito del hogar sin hacer distinción en relación al sexo/género de las personas víctimas o agresoras. Esta situación ha sido fuertemente criticada por la doctrina especializada en derechos humanos de las mujeres por no atender esta redacción a la especial vulnerabilidad que tienen las mujeres que son víctimas de violencias patriarcales en el ámbito de las relaciones de pareja (Villegas Diaz, 2012: 278-292; 2018: 94; Tapia Ballesteros, 2015: 84).

Desde un punto de vista dogmático, en el artículo 5° se deben diferenciar dos elementos, uno objetivo que hace referencia a que el maltrato debe afectar a la vida o a la integridad física o psíquica de la víctima, y otro subjetivo, relativo a que, entre quien comete el maltrato y la víctima de este debe existir una de las relaciones que indica el citado artículo. Ambos requisitos son necesarios para que el maltrato sea constitutivo de violencia intrafamiliar, pero será especialmente el último de ellos el que establece la especificidad de este tipo de violencia (Van Weezel, 2008: 224). De esta configuración se puede derivar, en primer lugar, que el artículo 5 al diferenciar entre aquella violencia que será constitutiva de delito y la que no, establece dos tipos diferentes de jurisdicción que se harán cargo de conocer de esta violencia. Los Tribunales de familia para el maltrato intrafamiliar no constitutivo de delito y los Juzgados de Garantía o Tribunales Penales cuando nos encontremos ante delitos comunes cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, esto es, todos los malos tratos que además de cumplir con los requisitos señalados en el citado artículo 5°, constituyen

ilícitos penales, tales como homicidio, lesiones, violación, etc., así como el delito de maltrato habitual (Toledo Vásquez, 2014: 21). Y, en segundo lugar, que la protección de la violencia contra las mujeres que establecían los estándares internacionales, no se cumple en Chile, limitándose la protección de las mujeres al ámbito de pareja o doméstico; por lo tanto, como señala Myrna Villegas Díaz (2018: 17), la protección de las mujeres solo se produce cuando estas desempeñan un rol tradicional dentro de las relaciones afectuosas.

Si realizamos una lectura desde una perspectiva decolonial-feminista comprobamos que el modelo que sigue inspirando y protegiendo la ley es el modelo de familia heterosexual occidental tradicional. En consecuencia, nos encontramos con una ley que no es explícita, en relación a la protección de las diferentes modalidades de relaciones afectivas, generando vacíos en la protección de la violencia machista-patriarcal, como pueden ser las relaciones afectivo sexuales entre personas del mismo sexo/género dentro del concepto de violencia intrafamiliar. Sin embargo, a pesar de que la doctrina señala que la categoría de familia que recoge la Ley 20.066 es muy amplia, si analizamos este concepto en comparación con el sistema de familia mapuche, resulta escaso, al comprender el valor de familia en esta cosmovisión un marco global de lazos familiares y de parentesco más extenso, que funciona como una red que se superpone y que abarca ya no solo una casa, sino un territorio. Estas relaciones familiares están conformadas por la línea directa de parentesco y por las alianzas de pareja o matrimoniales. Estos dos componentes en la sociedad mapuche son referidos como el *tuwun* o procedencia y el *kupalme*, la consanguineidad. El *kupalme*, está compuesto por las 4 raíces familiares o *melifolikupan*, donde están presentes las abuelas y abuelos por parte de madre y padre, que son tan importante como el origen territorial. Ambos elementos, el *kupalme* y el *tuwun*, eran tradicionalmente considerados a la hora de constituir parejas (Painemal Morales y Álvarez Díaz, 2015: 11). Señala Cristina Llanquileo Romero, que esta realidad cultural es desconocida y, por lo tanto, omitida por los actores del ámbito institucional (Llanquileo Romero, 2011: 11).

3. ACUERDOS REPARATORIOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. UN ENCAJE NECESARIO PERO DIFÍCIL DESDE LA PLURICULTURALIDAD

Los acuerdos reparatorios son una salida alternativa al proceso penal, que consiste en un acuerdo que se produce entre víctima y persona imputada de forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos, María Angélica Jiménez Allendes (2004: 21) añade que, en esta salida alternativa, la persona agresora se compromete a reparar los efectos lesivos de la comisión del hecho punible. En Chile los acuerdos reparatorios

se introducen en el ordenamiento jurídico a través de la Reforma Procesal Penal del año 2000, en concreto, se regula esta institución en los artículos 241 al 245 del Código Procesal Penal. Para Alejandra Díaz esta reforma penal, aunque, no se señale expresamente en la historia de la ley está inspirada por los valores de la Justicia Restaurativa: orientación hacia la reparación, posibilidad de incluir a las víctimas, imputados, comunidad o familia y buscar la reintegración del ofensor y la víctima en la comunidad (Díaz, 2010: 7). Sin embargo, para Raúl Carnevali esto debe ser matizado, sostiene el autor que no existen propiamente como tal, formas de justicia restaurativa en Chile ya que la mediación no está contemplada y en los acuerdos reparatorios la víctima no tiene un rol determinante, por lo que estas instituciones fueron desnaturalizadas (Carnevali Rodríguez, 2017: 129).

A diferencia de los procesos de Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Estados Unidos, donde las instituciones de justicia restaurativa tienen su origen en la justicia ancestral de las comunidades indígenas, que mediante prácticas restaurativas buscaban que la persona que causaba daños en la comunidad no se aparte de la misma, sino que repare los daños (Gonzalez Ramirez, 2012: 20). En Chile y resto de países de América Latina no sucedió lo mismo, por el contrario, las reformas en justicia fueron impulsadas por el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización de los Estados Americanos, lo que hace que se vinculen estas técnicas con principios de eficacia y eficiencia de corte liberal (Gonzalez Ramirez, 2016: 415; Deocon, 2006), más que una apuesta de justicia desde los derechos humanos o que de protagonismo a las víctimas como señalaba Carnevali.

La aplicación de una salida alternativa fue una práctica habitual en Chile en violencia intrafamiliar desde la entrada en vigor Ley 19.325, de 27 de agosto de 1994, que establece normas sobre procedimientos y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, –hoy derogada por la Ley 20.066– y que en su artículo 3 f) reguló la conciliación, de tal manera que de forma crítica, cabe señalar que se percibía de forma coactiva especialmente por las mujeres que llegaban al procedimiento poco empoderadas, dependiendo de la actitud de la jueza o juez que instaba a la conciliación, que en la mayor parte de los casos promovió la conciliación incluso en casos de agresores reincidentes. Cabe señalar también, que el poder judicial no recibió formación en violencias machistas, por lo que los operadores del sistema de justicia desconocían la lógica del ciclo de la violencia. Quedando de manifiesto que desde los tribunales se impulsó más la reconciliación de la pareja que una conciliación civil o penal (Fernández Míguez, 2018: 236, 241). Por ello, durante la vigencia de la Ley 19.325 los efectos de la conciliación fueron negativos para las mujeres y las salidas alternativas al conflicto en violencia intrafamiliar tenían gran oposición en la esfera

publica. En consecuencia, la Ley 20.066, de Violencia Intrafamiliar prohibió expresamente los acuerdos reparatorios en su artículo 19, sobre la base de que la víctima de violencias patriarcales siempre se encuentra en situación de subordinación frente a su agresor. Por lo tanto, dicha prohibición asegura que no se puede llegar a acuerdo entre personas en desequilibrio de poder, por el riesgo de que las mujeres salgan perjudicadas o abusadas en dicho acuerdo. Este argumentario responde a las teorías feministas occidentales más punitivistas y la explicación que la violencia únicamente sobre la base de la desigualdad de poder y el riesgo de que las mujeres puedan ser víctimas nuevamente del ciclo de la violencia en un proceso de mediación o conciliación mal dirigidos. El legislador hizo extensiva una prohibición pensada para las mujeres víctimas, a un número amplio de familiares –recordar que la redacción del artículo 5° incluye a un número extenso de personas del núcleo familiar y, por lo tanto, no estamos ante un delito únicamente de violencia de género, que queda subsumida en esta categoría amplia de violencia intrafamiliar–, desvirtuándose así la prohibición. Además, este enfoque feminista punitivista está articulado desde un feminismo hegemónico y urbano que no ha tenido en cuenta la jurisdicción civil, donde si deben mediar obligatoriamente y donde, más riesgo hay de que se reproduzca la violencia como alertan los estudios (Cucarella Galiana, 2013: 774). Y tampoco ha tenido en consideración la realidad indígena y sus formas de Justicia Ancestrales que se parecen más a un acuerdo que a un proceso judicial.

**ACUERDOS REPARATORIOS APLICADOS EN
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. PERIODO 2007 – 2017**

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL
Cifra estatal	212	271	169	-	-	-	-	62	112	80	63	969
R. La Araucanía	3	2	5	-	-	-	-	1	1	0	0	12

Tabla 1: Elaboración propia con datos de la Fiscalía. Ministerio Público, boletín estadístico 2007 a 2017.

Como se observa en la tabla, a pesar de la prohibición de artículo 19 los acuerdos reparatorios continúan siendo una realidad en Chile. A continuación, se acota el análisis a las cifras de los «acuerdos reparatorios» aprobados por los Juzgados de Garantía de la Región de La Araucanía, en casos de violencia intrafamiliar entre dos personas pertenecientes al Pueblo Mapuche. Como se observa, durante el periodo

2010 al año 2013 no se aprobó ningún acuerdo reparatorio y a partir del año 2014 vuelven a implementarse estas soluciones.

Sostengo, que la prohibición de abordar la violencia intrafamiliar entre personas mapuches con una estricta aplicación de la prohibición de los acuerdos reparatorios, es contraria de diferentes estándares internacionales, entre ellos el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 8, 9 y 10) y con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que obliga a respetar y reconocer las formas de justicia ancestrales. Este razonamiento, fue el alegado por la Defensoría Penal Pública Mapuche y aceptado por los Juzgados de Garantía en La Araucanía, a partir del año 2014 cuando vuelven a realizar acuerdos reparatorios acogiendo a los estándares internacionales citados y al artículo 2 de la Ley 19.253 de 5 de octubre de 1993, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. A través de esta argumentación se busca asimilar las decisiones que se toman en el seno de las comunidades con la institución jurídica de los acuerdos reparatorios, como forma de termino de las causas de violencia intrafamiliar (Fernández Míguez, 2018: 507).

En concreto, el acuerdo reparatorio en los casos estudiados materializo en un acto de audiencia, en la cual están obligadas a comparecer todas las partes. Durante la audiencia la jueza o juez pregunta por la existencia de la costumbre y solicita que se informe respecto de la misma. A continuación, se exponen los términos del acuerdo reparatorio pactado previamente, en conversaciones entre las familias involucradas en el conflicto sobre la base del *Az Mapu*³ que busca el restablecimiento del equilibrio. Por ello, en la audiencia el acuerdo reparatorio se fundamenta en primer lugar, en el acto de disculpas, que es una forma de reconocer que se han realizado acciones que son contrarias a los principios de la comunidad y han roto el equilibrio. En segundo lugar, se establece el compromiso de la persona de no volver a incurrir en hecho similar. Y, en tercer lugar, pueden establecerse con el objetivo de proteger el equilibrio de la familia y la comunidad diferentes medidas como la obligación de asistir a terapia familiar, terapia para personas alcohólicas, dormir en habitaciones separadas, el retiro de armas, medidas de alejamiento, u otros compromisos. Una vez que se ha llegado a un consenso sobre los términos del acuerdo reparatorio este debe ser explicado nuevamente a la víctima por la jueza o juez quien además deberá informarla sobre sus derechos y las consecuencias jurídicas de aceptar dicho acuerdo, y

3

El concepto *Az Mapu* tiene diversos significados, puede referirse a estar bien, en armonía con el ser interno y con todas las fuerzas que rodean a las personas en su entorno natural y cósmico. O al sistema de justicia o cosmovisión mapuche.

preguntarle si muestra su consentimiento. La audiencia donde se aprueba el acuerdo reparatorio es muy importante, y es precisamente esta audiencia la que marca una verdadera diferencia con la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 Código Procesal Penal). Y ello porque en la audiencia de acuerdo reparatorio es imprescindible la presencia de la víctima, quien cobra verdadero protagonismo, porque además de ser escuchada debe aceptar expresamente el acuerdo reparatorio. Sin su aceptación, el acuerdo reparatorio no puede celebrarse, y la causa deberá seguir tramitándose conforme señala la ley. Este protagonismo de la víctima es la principal diferencia con la suspensión condicional del procedimiento (Fernández Míguez, 2018: 512).

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A modo de conclusiones y propuestas, en primer lugar, se plantea en línea con el Convenio 169 de la OIT y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que el Estado de Chile en este nuevo periodo constitucional reconozca y garantice el pluralismo de justicias de los Pueblos Indígenas, como así está siendo propuesto por la Convención Constituyente⁴. Paralelo a este reconocimiento, es necesario en relación al Pueblo Mapuche, que se reconozca el *Az Mapu*, y las instituciones se transformen para hacer efectiva la cultura mapuche. Y, se defiende que, hasta la existencia de nuevas herramientas, se perfeccione el instrumento de los acuerdos reparatorios para solucionar problemas de violencias patriarcales. Los acuerdos reparatorios deben seguir celebrándose, con personas más formadas en perspectiva intercultural, pues los mismos suponen una forma de empoderar a las personas que sufren violencia dentro de la comunidad al encontrar un entorno seguro dentro de su cultura, contribuyen a fomentar la cultura de la no violencia contra las mujeres y en la familia y además constituyen un acceso ágil a la justicia a las mujeres de las comunidades y no las obliga a decidir entre su cultura y la justicia chilena, dando así cumplimiento al derecho de acceso a la justicia de las personas indígenas que también está recogido en numerosos textos internacionales.

⁴ El borrador de la nueva constitución contiene el siguiente artículo “el Estado reconoce los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia”

BIBLIOGRAFÍA

- Carnevali Rodríguez, R. (2017). La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal. *Justicia Juris*, 13(1), 122-132.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, 139-167.
- Cucarella Galiana, L.-A. (2013). Violencia de género y mediación en la legislación autonómica. In R. Carolina Merino (dir.), & C. Alonso Salgado (coord.), *Violencia de género y Justicia* (pp. 771-784). Santiago de Compostela, Galicia, España: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico.
- Custet Llambi, M. R. (2021, abril). Apuntes para una argumentación jurídica con perspectiva de género. *Apuntes para una argumentación jurídica con perspectiva de género*, 263-277.
- Davis, A. (2016). *Mujeres, raza y clase* (2ª edición ed.). Trakawenu: Cimarrón Ediciones.
- Deocon, C. (2006). Resolución de conflictos y pueblos indígenas. In M. Berraondo (Coord.). Bilbao: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto.
- Díaz, A. (2010, julio). La experiencia de la mediación penal en Chile. *Politica Criminal*, 5(9), 1-67.
- Espinosa-Miñoso, Y. (2014). Una crítica descolonial a la epistemología feminista crítica. *El cotidiano*, 29 (187), 6-12.
- Fernández Míguez, S. (2018). *La violencia machista en Chile: Una visión desde el Derecho Penal y la Justicia Mapuche (Tesis de doctorado)*. (L. M. Puente Aba, & I. Navas Moncada (dirs.), Eds.) Santiago de Chile: Universidade da Coruña y Universidad Autónoma de Chile. Retrieved from <https://repositorio.uaautonoma.cl/handle/20.500.12728/8751>
- González Ramírez, I. (2012, marzo). ¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico? *Revista de Justicia Restaurativa*(2), 5-36.
- . (2016). Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa a conflictos de violencia intrafamiliar y de género. In Vasquez Palma (dir.), R.
- Carnevali Rodríguez, & D. Palomo Velez (coords.), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar* (pp. 407-432). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago. Talca Universidad de Chile.
- Jiménez Allendes, M. (2004). *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal. Estudio exploratorio sobre su aplicación*. Santiago de Chile: Centro de Documentación Defensorial Penal Pública.
- Llanquileo Romero, C. (2011). *Protección de Derecho de la Infancia y Adolescencia Mapuche. Familia y cultura mapuche: aportes para un enfoque intercultural en los programas de infancia*. Santiago: Unicef y Gobierno de Chile, Ministerio de Planificación.

- Lugones, M. (2011, Julio-Diciembre). Hacia un feminismo descolonial. *La manzana de la discordia*, 6(2), 205-11-.
- Painemal Morales, M., & Alvarez Diaz, A. (Eds.). (2015). *Caminando Juntas hacia la recuperación del Kyme Mogen y el Azmapu*. Santiago de Chile: FACSÓ Ediciones.
- Palermo, Z., de Oto, A., & Bidaseca, K. (2012). Conocimiento de otro modo: la opción decolonial y la academia argentina. In L. Catelli, & M. Lucero (Eds.), *Términos claves de la teoría postcolonial latinoamericana: despliegues, matices, efiniciones* (pp. 355-380). Rosario, Argentina: UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario.
- Paredes, J. (2017). El feminismocomunitario: la creación de un pensamiento propio. *Corpues. Archivos virtuales de la alteridad americana*, 1-10. doi: DOI : 10.4000/corpusarchivos.1835
- Tapia Ballesteros, P. (2015). Chile. Ley N° 20.066 Establece ley de violencia intrafamiliar y de la Ley N° 20.480 Modifica el Código Penal. Tutela penal de la mujer en el ordenamiento chileno. In E. B. Marin de Espinosa Ceballos (dir.), *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España. Un estudio de las leyes integrales de segunda generación* (pp. 79-105). Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- Toledo Vasquez, P. (2014). *Femicidio/feminicidio* (1ª edición ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.
- Van Weezel, A. (2008). Lesiones y violencia intrafamiliar. *Revista Chilena de Derecho*, 35(2), 223-259.
- Villegas Díaz, M. (2018). *Violencia contra la mujer en Chile y Derechos Humanos. Informe temático 2017*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile.
- Villegas, M. D. (2012, diciembre). El delito de maltrato habitual en la Ley 20.066 a la luz del derecho comparado. *Política Criminal*, 276-317.

BLOQUE SEGUNDO

**Internacionalización del derecho
en la sociedad global**

PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS ECONÓMICOS EN UNA SOCIEDAD SIN FRONTERAS. MÁS ALLÁ DE LA CONVENCIONAL TRANSNACIONALIDAD

ALICIA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
Universidad de Salamanca
arsb@usal.es

Con el paso de los años y gracias a la multitud de investigaciones que están naciendo, hay una tendencia clara, aunque no suficiente, de condena de las conductas bajo el encuadre de “delincuencia de cuello blanco” que a lo largo de la historia incluso se han llegado a tolerar y justificar por tratarse de sujetos con un alto poder económico, político, empresarial... No obstante, la globalización y la ausencia de fronteras reales ha incrementado el problema. Esto, está provocando una elevación de las tasas criminales debido a la inclusión en la normativa penal de conductas, pero a su vez, se estima una cifra negra muy significativa a causa de las grandes dificultades en la investigación, la fluidez de la cooperación entre países y las discrepancias entre normativas.

El objetivo de las siguientes líneas es recoger una síntesis de una investigación con mayor profundidad sobre el triple problema que presenta la criminalidad de cuello blanco transnacional en entornos económicos. En primer lugar, se tratará de poner de manifiesto cuales son las características y elementos esenciales para identificar la modalidad de criminalidad de cuello blanco. Con posterioridad, lo que se busca es poder establecer una relación entre la modalidad criminal descrita en su versión transnacional, lo que en ocasiones genera una delincuencia que no se puede disgregar de la ya conocida delincuencia organizada transnacional, y no es otro el motivo, sino que operan y actúan como tal, estableciéndose de forma clara lazos y similitudes entre las mismas.

Empero el mundo de mayor énfasis, se establece en las dificultades identificativas, pues la ausencia total de fronteras, genera que lo establecido hasta la actualidad como transnacional deja de ser operativo.

No se pretenda aquí tanto dar soluciones como plantear un serio problema que nos afecta a la sociedad en general por las grandes y graves consecuencias que se desprenden de la analizada modalidad delictiva. Lo que se busca es plasmar un grave

problema en auge para el que la respuesta está siendo lenta y abogar por el trabajo y la investigación conjunta desde diferentes perspectivas, como el derecho, la criminología o la sociología, en el supuesto de la delincuencia de cuello blanco transnacional, en concreto cuando la consecuencia más directa afecta a la vertiente económica tienen presente, que existen multitud de delitos que se generan de manera secundaria en este ámbito.

1. EL CONCEPTO DESDE EL PRISMA TEÓRICO DE LA DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO

La tendencia de expansión del Derecho Penal actual ha alcanzado una vertiente puramente económica, rompiendo con el modelo de delincuencia convencional, alejándose de la marginalidad y modificando los conceptos de peligrosidad y prevención manejados históricamente (Barroso González, 2015). No se pretende negar la existencia de delitos económicos anteriormente, sino suscribir la adhesión de una economía gran amplia, una economía de mercado, de empresa...

Esto se venía fraguando desde el concepto de delincuencia de cuello blanco esgrimido por Sutherland en 1939 (Sutherland 2009: 9-11) y que pese a las múltiples críticas formuladas desde la criminología (Aguilar López, 2011: 141-143) por enfocar el análisis únicamente en el autor y olvidar el concepto social, es esencial para comprender la problemática delictual, es un punto de partida necesario para comprender al intrínseca de los delitos.

La delincuencia de cuello blanco, no solo se debe de estudiar desde la perspectiva del autor. Esta modalidad delictiva no está plenamente aceptada pues su definición no es legal ni oficial, lo que provoca innumerables controversias a su alrededor. Esto tampoco ha permitido delimitar si nos encontramos ante una rama del derecho autónoma como apuntan algunos autores o se debe seguir encuadrando dentro del derecho penal de forma plena. Por ende, el primer problema que aparece es la falta de consenso sobre la definición y delimitación del propio concepto de cuello blanco y si la delincuencia económica es una rama independiente, problemas que continuamos analizando.

La delincuencia económica es una tipología muy amplia, de manera que, acotando el objeto para las presentes líneas, centraré el discurso en torno a la delincuencia de cuello blanco como parte de la delincuencia económica, teniendo presente que no es la única, sin caer en el olvido las demás modalidades de delincuencia económica que no se ajustan a las discusiones que se plantean a continuación.

La investigación en este caso tiene que ser doble, por una parte, la figura orientada al autor, al delincuente de cuello blanco y, por otra parte, la investigación orientada al hecho, al delito, pues con solo la definición del autor dejamos al margen el hecho definido como delito, mientras que solo hablaríamos del sujeto activo. No podemos olvidarnos de ninguna de ellas por la intrínseca del delito económico con especial referencia al autor (de cuello blanco), sería necesario el tratamiento conjunto de forma instantánea para tener claro los bienes jurídicos a proteger, cuales son las conductas concretas y las actuaciones político- criminales que se precisan.

Otra de las dificultades que encontramos en la parte del hecho, es definir la delincuencia económica y que parte de esta tomamos como inicio de la investigación en los casos de delincuencia de cuello blanco.

La delincuencia económica en un sentido criminológico se establece como toda agresión, prohibida o no por el ordenamiento jurídico, que ponga en grave peligro los esquemas fundamentales de producción, distribución y consumo de los bienes de la comunidad como tal, o de un número apreciable de sus miembros, o que afecte, de igual forma, sus sistemas de financiación y de cambio. Todo ello, provocando el nacimiento de un daño directo y real; acudiendo al uso de métodos y formas atentatorios al equilibrio y fiabilidad de aquéllos, o a través de la comisión de otros delitos, ejecutados por puro móvil de enriquecimiento (Herrero Herrero, 1992: 45), sirviendo como inspiración para desarrollar preceptos penales del ordenamiento jurídico, no mencionando las características del autor y por tanto no siendo esenciales aquellas que describió Sutherland, teniendo un binomio entre delincuente de cuello blanco y económico.

En la misma línea, si nos centramos en el punto del delincuente de cuello blanco, un sujeto que comete un delito, con un alto nivel y clase social, para el que se establece una clara e irrompible relación entre la actividad laboral- profesional y la comisión del delito (Bajo Fernández y Bacigalupo, 2001: 27); desembocamos en que ese delito reviste de un carácter económico, que está tipificado como ello en el Código Penal vigente, dejando excluido cualquier sujeto que cometa los hechos pero que no cumpla las características del autor o los delitos cometidos por estos autores, pero que el hecho típico corresponda a otra modalidad. El delincuente de cuello blanco no es siempre delincuente económico o viceversa, aumentando el paradigma penal y evidentemente complicándolo.

A esta dualidad convergente, difícil en ocasiones de identificar, se le suman múltiples dificultades, de las que se tratará con especial énfasis, una. La transnacionalidad de los delitos económicos cuando el sujeto puede corresponderse a la definición de “delincuente de cuello blanco”, más o menos aceptada.

Esta dificultad se presenta en cuanto a la prevención y persecución de los delitos, lo que aumenta con los actos de enjuiciamiento que se acrecienta aún más por la ausencia de fronteras, de límites reales y físicos y la globalización, causando que el esclarecimiento de delitos sea más complejo.

1.1. La ausencia de fronteras, un elemento generador de delitos

No debemos quedarnos en la transnacionalidad típica de fronteras, cambio de países y legislaciones, sin que ese cambio imaginario de territorio no solo dificulta, sino que, unido al extendido uso de nuevas tecnologías, hace en ocasiones casi imposible el esclarecimiento delictivo.

La problemática de la transnacionalidad existe desde hace años, pero es con la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad organizada transnacional de 2000 cuando comienza un consenso histórico, un acuerdo multilateral y un hito en el trabajo conjunto, en la cooperación internacional, así como en el intento de armonización de las legislaciones. Esta grave amenaza pone en riesgo la seguridad y el desarrollo democrático de los Estados (Zúñiga Rodríguez, 2016: 62- 114), empero tras veintiún años, los esfuerzos de cooperación no son suficientes. Las diferentes legislaciones, modelos sociales, económicos, políticos y culturales son un problema para la prevención y enjuiciamiento delictivo. La transnacionalidad es una realidad imparable, que se dificulta con la globalización, con la que los gobiernos cada vez tienen menos control, los delitos económicos ya no son solo nacionales y el concepto de transnacionalidad va más allá del convencional.

Se pretende en estas líneas, plasmar un esbozo de la dificultad que se presenta para los Estados, en este caso para España, cuando se encuentra con una delincuencia económica de cuello blanco transnacional. Los factores por analizar y las cifras presentan una realidad abrumadora, pues el incremento delictual es superior que, para otros delitos, lo que obliga a revisar las políticas sociales y criminales que se desarrollan, las políticas comunitarias y de cooperación internacional, así como del control económico.

Todo ello supone una restricción de derechos a la que no siempre estamos dispuestos, y entra en juego la disputa entre seguridad- libertad. Así pues, intentando ubicar un equilibrio entre ambas, debemos de mantener al menos el intento por lograr una legislación penal de mínimos, que sirva para controlar delitos más allá de los territorios nacionales, sin que tengan que ser especialmente graves.

La llamada a la cooperación penal comunitaria es clara; la delincuencia transnacional convencional ya no es la única, sino que aparecen nuevas modalidades - económicas - con características como la delincuencia de cuello blanco que se acentúan por la ausencia total de control, las nuevas tecnologías y la falta de unificación legal.

2. PUNTOS DE CONEXIÓN CON LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL

Tras el repaso a las características más esenciales de la delincuencia de cuello blanco, en este punto trataré de plasmar la vinculación con la delincuencia organizada transnacional. Si ya se han descrito los grandes perjuicios que genera la señalada criminalidad, cuando se vincula con una modalidad organizada y transnacional las consecuencias son incalculables, principalmente desde el punto de vista económico.

Dada la escasez de acuerdos sobre el contenido y regulación, nos encontramos ante un concepto complejo, de regulación dispar, que la Unión Europea ha intentado armonizar y construir Políticas Criminales comunes entre los Estados.

Estos delitos, los intentos de armonización y la sociedad global han llevado al derecho penal a una internacionalización que obliga a distinguir los delitos transnacionales de los internacionales (Berdugo Gómez de la Torre, 2021: 20-22).

Por un lado, los delitos internacionales, de los que surge un derecho penal internacional, que lesionan bienes jurídicos supranacionales, normas de *ius cogens*. No solo se vulnera el derecho interno, sino también el internacional, un *derecho* universal (Méndez Rodríguez, 2012: 328-330). Se protegen así los derechos humanos. Por otro lado, los delitos transnacionales, que vulneran de forma general el derecho internacional, lesionando bienes jurídicos comunes, pero que sus efectos trascienden de las fronteras de los Estados. En este caso el interés no es tan generalizado y nace de los propios estados que marcan sus políticas normativas y llegan a acuerdos con otros estados para los actos criminales que traspasan las fronteras.

Centrándonos puramente en la criminalidad organizada transnacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional del 2000¹ se presenta como hito en cuanto a su concreción, pero ya en 1975 se puntualizó como el delito que trasciende de las fronteras de los territorios nacionales, que trasgrede normas y tiene impacto en distintos países². El Congreso de las Naciones

¹ Consultar, para mayor información en profundidad el texto íntegro en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TO-Cebook-s.pdf>

² Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente de 1975. Consulta en:

Unidas de 1975 para la Prevención del Crimen, al mismo tiempo que trataba la delincuencia organizada transnacional, precisó de la importancia de la criminalidad de la empresa (delincuencia de cuello blanco) y la corrupción; puntos clave en la investigación actual. Se apuntó que estas criminalidades se recibían como problemas estrechamente serios en las economías nacionales.

Sin embargo, el concepto no es tan sencillo de defender, pues como señala Zúñiga, mientras que delito transnacional es un concepto jurídico, criminalidad organizada transnacional responde a una cuestión criminológica (Zúñiga Rodríguez, 2016: 78- 79). Al describir esta modalidad delictiva nos referimos a una serie de delitos de una dimensión extra- territorial.

No obstante, la Unión Europea, ha seguido regulando la criminalidad transfronteriza debido a la situación delictual que no presenta visos de mejora, en el que las cifras disminuyan. Sin embargo, la negativa de los estados a ceder competencias, la diversas regulaciones y niveles penales, así como sancionatorios y las complejas garantías jurídicas impiden armonizar el sistema europeo que se decanta por promulgar Directivas y Decisiones Marco.

Dejando al margen la evolución y sucintamente la regulación, nos centramos plenamente en la vinculación de ambas modalidades. Como ya se ha señalado, en 1975 apreciamos un acercamiento, empero la verdadera conexión se establece cuando los delitos bajo el paradigma “cuello blanco”, traspasan verdaderamente fronteras y los Estados comienzan a incluir en sus legislaciones las conductas criminosas, sin embargo, las políticas criminales actuales no son suficientes para terminar con el gran daño que producen. Además, la falta de reproche social dificulta un avance.

Para poder tratar el delito transnacional desde la delincuencia organizada se requiere de una organización para su perpetración, y de estructuras de medios materiales y personales (se quiere que la cantidad de miembros sea superior a dos).

Mientras encontramos conducta que inminentemente son transnacionales como el tráfico de inmigrantes, de armas...aparecen otras que se han ido sumando, así como el blanqueo de capitales o los delitos cometidos a través de Internet, fraudes o estafas³.

3

https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/5th_Congress_1975/013_ACONF.56.3_Changes_in_Forms_and_Dimensions_of_CriminalityS.pdf
INFORME de la Comisión Especial sobre la Delincuencia Organizada, la Corrupción y el Blanqueo de Dinero del Parlamento Europeo de 26 de septiembre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (informe definitivo). 2013. Consulta en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0307_EN.html#title1

En la criminalidad organizada transnacional existen dos conductas diferenciadas; estas son, primero aquella que da lugar al delito y que se trata del negocio – ilegal - principal, y, por otro lado, la administración de las actividades ilícitas como si se tratara de un negocio o empresa (Zúñiga Rodríguez, 2016: 78- 79), beneficiándose de una y otra conducta. Entre ambas, existen delitos que de la misma manera que causan un beneficio para la criminalidad, son un atencivo perjuicio para la sociedad, y sirva a modo de ejemplo las extorsiones, robos, corrupción política, falsificaciones, obtención fraudulenta de negocios... poniendo en riesgo la sociedad y la economía⁴.

Cuando vinculamos la delincuencia organizada transnacional con la delincuencia de cuello blanco, aparecen una serie de características que sitúan esta realidad en el punto de mira. Por un lado, la falta absoluta de consenso respecto a la delincuencia de cuello blanco no implica que no se pueda encontrar a través de casos de delincuencia organiza transnacional. En los casos de corrupción publica o privada, en el blanqueo de capitales provenientes de actividades ilícitas de fraudes o malversación... en las que se utilizan triquiñuelas empresariales para librar investigaciones penales. No obstante, no solo la actividad delictual presenta características complejas, graves y diferentes, sino que la especialidad del autor y su relación laboral enturbian la persecución penal, adicionado a las dificultades probatorias que presentan. La gravedad es máxima, tal y como se desprende del texto Zúñiga Rodríguez (2021) Actividades delictivas peligrosas, cometidas por sujetos de particularidades diferentes a la criminalidad convencional, de forma organizada, con translación internacional y que cuentan con facilidades de tipo económico para encubrir el delito, tildarlo de legal o enfrentarse a un proceso penal.

3. CONCLUSIONES

Tras el breve análisis, se pueden plantear como líneas concluyentes las siguientes, teniendo presente que la posibilidad de argumentar conclusiones definitivas exige de una investigación mayor, que con el tiempo se expondrá. Por lo que no se aportan soluciones al problema, pero si una serie de argumentos que facilitan la continuación del estudio.

⁴ INFORME de la Comisión Especial sobre la Delincuencia Organizada, la Corrupción y el Blanqueo de Dinero del Parlamento Europeo de 26 de septiembre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (informe definitivo).

Tanto la criminalidad organizada transnacional como criminalidad de cuello blanco son dos conceptos sin armonización en su definición, en los que multitud de puntos clave son esenciales para su comprensión.

- La falta de consenso, la negativa de los Estados a ceder competencias y el poder económico son claras dificultades para lograr una legislación unánime, que recoja de forma concisa las actividades delictuales y que se caminen en un mismo sentir hacia su erradicación y punición.
- La genealogía de la actividad delictual organizada transnacional, presenta pluses de gravedad respecto de otras formas criminales, principalmente por tratarse de un grupo estructurado, que opera en un conjunto de territorios, en los que desarrolla actividades criminales principales y secundarias, generando no solo un delito, sino varios subsiguientes al principal.
- La criminalidad de cuello blanco se presenta poniendo en relevancia la figura de la persona bajo el perfil de sujeto activo, no obstante, la relación laboral y el estatus también son puntos clave que la diferencian de la criminalidad convencional. La permisividad social, la falta de censura de los medios de comunicación, las características sociales, culturas y personales del autor y la ausencia de teorías doctrinales, así como jurisprudenciales suman un cúmulo que permite rotular una irrelevancia penal general.
- Cuando a la gravedad de la delincuencia organizada transnacional se le suma el poder económico y político (incluso empresarial) del que nacen delitos propios de la delincuencia de cuello blanco, emerge una situación penal altamente relevante. Un momento delictual que se extiende en el tiempo y que se disuelve por diferentes países, con legislaciones dispares en materias penales y económicas. El avance social y de las nuevas tecnologías es también un eje clave a desarrollar pues no solo crea un espacio de comisión delictiva, sino un campo de complejo acceso a la investigación.
- La gravedad que presenta la relación y conexión de ambas criminalidades exige una solución a la altura, unas investigaciones y actuaciones que permitan identificar verdaderamente los problemas sociales y económicos que se derivan y obtener la mejor forma para prevenirla, así

como una respuesta penal unánime. El descrito trabajo debe ser conjunto, no único de cada país y se debe exigir contar con todos los elementos. Como ya se ha definido ambas modalidades requieren de un tratamiento especial por su complejidad.

Por último y a modo particular, considero de vital importancia que desde la sociedad se asuma, de manera específica la delincuencia de cuello blanco como una forma criminosa de gran trascendencia, en la que el honor, el respeto y la situación político-social del delincuente no pueden verse, ni utilizarse en ningún caso y bajo ninguna premisa como excusa penal absolutoria.

El cambio en la ideología en que no solo los “pobres” delinquen, se tiene que producir de manera global, acompañarse de Políticas Criminales y de Políticas Publicas, así como de cambios legislativos a la altura de una sociedad avanzada. España, debe caminar al unísono de otros países con la misma situación política, económica y social e invitar y ayudar al cambio a modelos políticos diferentes con mayores dificultades.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar López, Ana María (2011), «Análisis Político Criminológico de una variante moderna de la delincuencia de cuello blanco» en *Delitos de Cuello Blanco* [Roque Díaz, J.R., (Dir.)], Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tlalpan.
- Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo, Silvina (2001), *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Colección Ceura.
- Barroso González, Jorge Luis (2015), «Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica» *Revista IUS*, Vol 9, nº 35.
- Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio (2012), «Acercas de la internacionalización del Derecho Penal, en Pérez Cepeda Isabel (Dir.), *El principio de justicia universal: fundamento y límites*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Geis, Gilbert (2006), «El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico», en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Prof. A. Serrano Gómez*, Bueno Arús, Rodríguez Ramos y Zaffroni (Coord), Dykinson.
- Herrero Herrero, Cesar (1992), *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio del Interior.
- Informe de la Comisión Especial sobre la Delincuencia Organizada, la Corrupción y el Blanqueo de Dinero del Parlamento Europeo de 26 de septiembre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (informe definitivo). 2013. Consulta en:

- https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0307_EN.html#title1 (fecha de consulta 12/12/2021)
- Méndez Rodríguez, Cristina (2012), «Delitos objeto del principio de justicia universal: naturaleza y límites», en Pérez Cepeda, Isabel, *El principio de justicia universal: fundamento y límites*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 328-330.
- Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente de 1975. Consulta en: https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/5th_Congress_1975/013_ACONF.56.3_Changes_in_Forms_and_Dimensions_of_CriminalityS.pdf (fecha de consulta 12/12/2021)
- Sutherland, Edwin (2009), *El delito de cuello blanco*, Memoria criminológica, Editorial B de f, Buenos Aires, p.9-10. Traducida del inglés por BELLOQUI, L.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2009), «Criminalidad organizada y sistema del Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal», Comares.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2016), «El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas», *Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 12, n° 86*.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2021), «Derecho Penal de la seguridad: delincuencia grave y visibilidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Protocolo I.

TOWARDS NEW FORMS OF COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS

OSCAR CALAVITA
Università degli Studi di Torino
oscar.calavita@unito.it

In the last twenty years, judicial cooperation in criminal matters in the European Union changed radically and it is still changing. In the field of evidence-gathering and investigations, the old rogatorial system has been replaced by new, simplified forms of cooperation which do not need the intermediation of the political power (*i.e.*, Governments) and grant mutual trust.

Indeed, free circulation of people entails free circulation of crimes and evidence in the EU. Moreover, from a society ever smarter and more high-tech follows new forms of criminality (such as e-crimes) which go beyond the traditional territoriality principle and need for fast cross-border evidence gathering.

Consequently, the purpose of this essay is to briefly analyse the tools that the EU adopted, and hopefully will adopt, to face the aforementioned challenges of the last years: the European Evidence Warrant (EEW), the European Investigation Order (EIO), the European Public Prosecutor's Office (EPPO) and the European Production and Preservation Order (EPO). In doing so, the hope is to highlight both their strength and importance in the EU judicial cooperation and the need to make people aware of these instruments, which are very little known by many practitioners. Therefore, it would be useful to disseminate them as much as possible, in order to spread their use and discover the actual problems in practice: there is, indeed, much space to improve these new tools.

1. JUDICIAL COOPERATION IN THE EU: TOWARDS NEW FORMS IN THE FUTURE

A first, unsuccessful attempt was made by the Council Framework Decision 2008/978/JHA on the European Evidence Warrant, which allowed Member States to ask for objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters without the political filter. The FD, which hadn't been implemented by certain Member State,

has been repealed because «the scope of the EEW was too limited»¹ (and the tool unknown in practice).

After the entry into force of the Lisbon Treaty, Article 82 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) stated that «judicial cooperation in criminal matters in the Union shall be based on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions». On this ground, the EU boosted the process of improving cooperation in criminal matters among Member States by adopting the Directive 2014/41/EU on the European Investigation Order and by proposing a Regulation concerning European Production and Preservation Orders. Moreover, because of Article 86 TFEU, which provides for that «in order to combat crimes affecting the financial interests of the Union, the Council [...] may establish a European Public Prosecutor's Office», the Regulation 2017/1939/EU was adopted.

All three new instruments present huge novelties compared to the traditional system based on the principle of mutual recognition: one can affirm that the more we approach to nowadays the more the principle of mutual recognition and trust is strengthened. Indeed, the EIO is characterised by an order issued by the judicial authority of the requesting State to the judicial authority of executing State direct to obtain pieces of evidence; the EPPO is the European Public Prosecutor Office aimed at protecting the financial interests of the EU in cases in which two or more Countries are involved; the EPO is an order issued by a judicial authority of the requesting Member States directly to the service provider of another one, aimed at freezing or obtaining e-evidence.

As one can see at first reading, the instruments have their own characteristics and present huge, fundamental innovations in criminal cooperation. The EIO is a horizontal tool of cooperation which involves on the same level the judicial authorities of two (at least) Member States. The EPPO is an instrument of vertical ascending cooperation through which each Member State involved in a cross-border EU financial crime leaves the investigations and the prosecution to the EPPO. The EPO consists in a vertical descending cooperation, in which the mutual trust is at its maximum levels, given that the judicial authority of the issuing Member State can order the freeze or the production of e-data directly to a service provider established in another Member State and without the intervention of this latter (except for specific cases).

A deeper (for the purpose of this essay) analysis of each instrument may be useful to highlight the need for a harmonized European Criminal Procedure for cross-border cases.

¹ See considerando 11 of the Regulation 2016/95/EU, published on the Official Journal of the European Union the 2nd February 2016, L.26/9.

Firstly, the EIO, entered into force in 2017, is at the moment the most trained cooperation tool in the field of evidence-gathering. It consents, unless the presence of ground for refusal and non-recognition, the automatic recognition in the executing Member State of the order issued by the requesting authority. Moreover, it obliges Member States to provide for specific investigative measures² and to waive to the principle of double criminality for a list of 32 serious criminal offences³.

On this topic, some European Justice Projects, such as the EIO-LAPD (European Investigation Order-Last Application and Practical Dilemmas)⁴ to which the University of Turin takes part, have been financed by the European Commission.

The outcomes of EIO-LAPD stressed the attention on the suitable improvement of the instrument, but everyone (academics and practitioners) agreed on the fundamental need for the EIO.

Such project has highlighted the need for a complete fill-in of the form with as many information as possible, for better translations and the use of English for urgent cases, for a uniform (or at least secure) transmission channel (e.g. “gmail” accounts are not adequate), for informal contacts between authorities before either refusing an EIO or using another investigative measure. All these aspects could be in practice improved by following the guidelines which have been drawn up by Eurojust and the ones that will be soon published as a result of the EIO-LAPD Project.

² Temporary transfer to the issuing or executing State of persons held in custody for the purpose of carrying out an investigative measure (Articles 22-23); Hearing by videoconference or other audiovisual transmission or by telephone conference (Articles 24-25); Information on bank, other financial accounts, banking and other financial operations (Articles 26-27); Investigative measures implying the gathering of evidence in real time, continuously and over a certain period of time (Article 28); Covert investigations (Article 29); interception of telecommunications with and without the assistance of the executing Member State (Articles 30-31).

³ Participation in a criminal organisation; terrorism; trafficking in human beings; sexual exploitation of children and child pornography; illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances; illicit trafficking in weapons, munitions and explosives; corruption; fraud; laundering of the proceeds of crime; counterfeiting currency; computer-related crime; environmental crime; facilitation of unauthorised entry and residence; murder, grievous bodily injury; illicit trade in human organs and tissue; kidnapping, illegal restraint and hostage-taking; racism and xenophobia; organised or armed robbery; illicit trafficking in cultural goods; swindling; racketeering and extortion; counterfeiting and piracy of products; forgery of administrative documents and trafficking therein; forgery of means of payment; illicit trafficking in hormonal substances and other growth promoters; illicit trafficking in nuclear or radioactive materials; trafficking in stolen vehicles; rape; arson; crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court; unlawful seizure of aircraft/ships; sabotage.

⁴ EIO-LAPD (European Investigation Order – Last Application and Practical Dilemmas), financed by the European Union’s Justice Programme (2014-2020), available at www.eio.lapd.eu.

Moreover, the main problem of the EIO is that it is unknown to many practitioners, particularly to lawyers. Indeed, throughout the project, in Italy we had incredible difficulties to find out lawyers who encountered an EIO: barely no one had actual experience with such instrument and very few knew it (at least they heard about it).

Secondly, the EPPO became operative in June 2021, therefore we still not have feedbacks on its application. Anyway, it allows a strong cooperation for those financial crimes involving EU interest: it is, in some way, the watchdog of the financial interest of the EU. EPPO has legal personality, has a capillary structure with the Chief Prosecutor at the top and use European Delegated Prosecutors, stated in each Member State, to conduct investigations. At the end of them, the European Delegated Prosecutor in charge of the investigations proposes to the supervising European Prosecutor to prosecute or to dismiss the case. The latter has to forward the documents to the Permanent Chamber which will take the final decision. If, eventually, a charge is held, the process will take place in the State in which the investigations have been conducted and the Public Prosecutor is represented by the European Delegated Prosecutor in charge of the case.

Finally, the EPO Regulation has not been approved yet. However, the need for fast e-evidence gathering – due to the volatility of e-data – led to a round table in which the European Commission, the Council and the Parliament will have the goal of drafting a definitive text. The hard task of the negotiation will be to balance the individual rights involved with the need of prosecuting crimes: in any case, maintaining the direct interlocution between the judicial authority of the issuing Member State with the service provider of another one is mandatory. On the contrary, the Regulation would be a sort of duplication of the EIO, which wouldn't add any element of novelty and would create huge confusion.

2. CONCLUSIONS

In sum, the three mentioned tools should be only the starting point of a judicial cooperation in criminal matters (and in (e-)evidence-gathering in particular). The more we proceed on the process of integration of the EU, the more we need mutual trust and mutual recognition of judicial decisions between Member States. To do so, the first point is to continue harmonizing more and more the internal national criminal procedure legislations, with a specific focus on investigations, such as just happened with

many directives on procedural rights⁵. With a harmonized background, the grounds for refusal or non-recognition⁶ of an EIO (and hopefully future EPO) would be restrained and the cooperation would be much improved.

Moreover, the EPPO should be empowered also to prosecute the most serious criminal offences provided for by the list of 32 crimes attached to the EIO directive (and to most of the mutual recognition instruments of the EU, such as the framework decisions on the European Arrest Warrant⁷, on the mutual recognition of judgments involving deprivation of liberty⁸ and probation decisions⁹). In fact, the watchdog task of the EU financial interests is too narrow, especially if one considers that crimes such as, for example, terrorism and organized crime have nowadays a cross-border dimension. Article 86 TFEU allows the extension of the EPPO, providing for that the Council may «extend the powers of the European Public Prosecutor's Office to include serious crime having a cross-border dimension».

The hope is to find out the courage to look forward, towards a harmonized EU both in the fight against crime and in the safeguard of people's (procedural) rights.

Anyway, to fully reach these objectives, we need a better knowledge and understating of the instruments in judicial criminal cooperation. Indeed, the topic is quite recent, it is evolving quickly, and many practitioners aren't keen to European criminal procedure/cooperation, even if in the future cross-border investigations will be ever more common. To do so, training and dissemination sessions among practitioners are mandatory and the University should form and develop new generations of students who know at least the main criminal cooperation tools.

⁵ In particular, directive 2010/64/EU of 20th October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings; directive 2012/13/EU of 22nd May 2011 on the right to information in criminal proceedings; directive 2012/29/EU of 25th October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime; directive 2013/48/EU of 22nd October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty; directive 2016/343/EU of 9th March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings.

⁶ In particular, but not limited to, those referring to the violation of fundamental rights provided for by Article 6 TEU and to investigative measures that would not be authorised under the law of the executing State in a similar domestic case.

⁷ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13th June 2002

⁸ Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27th November 2008

⁹ Council Framework Decision 2008/947/JHA of 27th November 2008

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Morales, Marien (2012), «*El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas*», Boletín del Ministerio de Justicia n. 2145.
- Anagnostaras, Georgios (2017), «*Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldaru*», *Common Market Law Review*, pp. 1675-1704.
- Armada, Ines (2015), «*The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence*», *New Journal of European Criminal Law*, 6, pp. 8-31
- Bachmaier Winter, Lorena (ed.) (2018), «*The European Public Prosecutor's Office: The Challenges Ahead*», Berlin, Springer.
- Barrocu, Giovanni, (2017), «*La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*», Padova, Cedam.
- Bargis Marta, Selvaggi Eugenio (ed.) (2005), «*Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*», Torino, Giappichelli.
- Bene Teresa, Luparia Luca, Marafioti Luca (ed.) (2016), «*L'ordine europeo di indagine penale. Criticità e prospettive*», Torino, Giappichelli.
- Biasiotti, Maria Angela (2020), «*A Proposed Electronic Evidence Exchange across the European Union*», *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 14, pp. 1-12.
- Daniele, Marcello (2015), «*Evidence Gathering in the Realm of the European Investigation Order: From National Rules to Global Principles*», *New Journal of European Criminal Law*, 6, pp. 179-194.
- Daniele Marcello, Kostoris Roberto (ed.) (2018), «*L'ordine europeo di indagine penale*», Torino, Giappichelli.
- De Hert Paul, Weis Karen, Cloosen Nathalie (2009), «*The Framework Decision of 18 December 2008 on the European Evidence Warrant for the Purpose of Obtaining Objects, Documents and Data for Use in Proceedings in Criminal Matters – A Critical Assessment*», *New Journal of European Criminal Law*, pp. 55-78.
- Dicker, Sandro, «*Die Europäische Ermittlungsanordnung*», pp. 417-432, disponible en <http://www.jstor.com/stable/43265055>.
- Jerman-Blažič Borka, Klobučar Tomaž (2019), «*A New Legal Framework for Cross-Border Data*», *International Journal of Cyber Criminology*, 13, pp. 270-289.
- Zeljko Karas, Pejakovic Dipic Silvija (2019), «*Evaluation of the Results of the European Investigation Order*», *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, pp. 492-506.
- Klimek, Libor, (2015), «*European Arrest Warrant*», Berlin, Springer.
- Kostoris, Roberto (ed.) (2019), «*Handbook of European Criminal Procedure*, Milano, Giuffrè.
- La Greca Giuseppe, Marchetti Maria Riccarda (ed.) (2003), «*Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*», Torino, Giappichelli.

- Laro-Gonzales, Elena , «*El Reglamento E-evidence: instrumento adicional a la Orden europea de investigación*», *Diario La Ley*.
- Marchetti Maria Riccarda, Selvaggi Eugenio (ed.) (2019), «*La nuova cooperazione giudiziaria penale*», Padova, Cedam.
- Marin, Luisa (2014), «*Effective and Legitimate?: Learning from the Lessons of 10 Years of Practice with the European Arrest Warrant*», *New Journal of European Criminal Law*, pp. 237-348.
- Murphy, Cian (2010), «*The European Evidence Warrant: Mutual Recognition and Mutual (Dis)Trust?*», disponibile en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1701956
- Nowak, Celina, (ed.) (2016), «*The European Public Prosecutor's Office and National Authorities*», Padova, Cedam.
- Pamfil, Mihaela Laura (2009), «*Judicial Cooperation Based On a European Evidence Warrant Lect. dr. Mihaela Laura Pamfil*», disponibile en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1412332.
- Rosanò, Alessandro (2020), «*Il nuovo mondo della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'unione europea: le proposte della commissione europea sugli ordini di produzione e conservazione di prove elettroniche (e-evidence)*», *La legislazione penale*, pp. 1-18.
- Ruggeri, Stefano (ed.) (2013), «*Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*», Berlin, Springer.
- Rusu, Ion (2016), «*European Investigation Order in Criminal Matters in the European Union: General Considerations. Some Critical Opinions*», *Juridical Tribune*, 6, pp. 56-70
- Sieber Ulrich, Neubert Carl-Wendelin (2016), «*Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty*», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, pp. 241-321.
- Van der Mei, Anne Pieter (2018), «*The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice*», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 9, pp. 882-904.

OTRA INICIATIVA EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS: SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS Y RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

DANIELA BARDEL

Facultad de Derecho- UNCPBA

daniela.bardel@azul.der.unicen.edu.ar

En la presente comunicación nos acercaremos a dos de las preguntas propuestas en el I Congreso de Noveles Juristas de la línea temática internacionalización del Derecho en la sociedad global. Dichos interrogantes son, a saber: 1) ¿Qué tipo de cumplimiento normativo (*compliance*) debemos exigir a las empresas como actores globales?; y 2) ¿Qué responsabilidad podemos exigir a las multinacionales por ataques a derechos humanos y al medioambiente?. Mientras el primero es de tipo valorativo - en el sentido de expresión de un ideal regulativo-, el segundo es de tipo descriptivo del o de los sistemas jurídicos vigentes.

Para esbozar una respuesta nos centraremos en el análisis de la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida en las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)) –en adelante la Resolución-, en razón de su actualidad y por ser demostrativa del estado del debate en torno a los interrogantes que se iniciara ya en los años 60. Realizaremos aportes también en base a la propuesta de Directiva 2022/0051 COD sobre debida diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad de fecha 23/2/2022 -en adelante la Directiva-¹.

Previo al abordaje propiamente dicho consideramos necesario traer a colación determinados conceptos que representan el trasfondo teórico para reflexionar sobre los desafíos de la internacionalización del Derecho en la sociedad global, tales

¹ Entre el desarrollo del I Congreso de Noveles Juristas y la publicación de esta comunicación se ha aprobado la mencionada propuesta de Directiva. Puede consultarse la Resolución en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_ES.html y la propuesta de Directiva en <https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex>

como el pluralismo jurídico, el *soft law*, la autorregulación, el derecho regulatorio y el derecho transnacional. Entendemos que estas categorías son parte de los constructos que interpelan hoy al Derecho, producto de la internacionalización del mismo en la sociedad global².

Los interrogantes antes mencionados los podríamos reconducir a los siguientes: ¿Qué sistema normativo rige la actuación de los sujetos privados económicos a nivel transnacional? y ¿Qué responsabilidad les cabe a los sujetos privados económicos?

1. ¿QUÉ SISTEMA NORMATIVO RIGE LA ACTUACIÓN DE LOS SUJETOS PRIVADOS ECONÓMICOS A NIVEL TRANSNACIONAL?

La respuesta en el plano descriptivo es que rige el sistema normativo en el cual la persona jurídica tiene su reconocimiento estatal conforme a los derechos domésticos, sin perjuicio de las particularidades que se puedan presentar en el marco del Derecho Internacional Privado conforme a las normas de conflicto³.

Esta posibilidad anclada en los derechos estatales –y su soberanía- reduce sin embargo la problemática que se presenta por la actuación a escala global, y no da cuenta de la debilidad que pueden presentar tales sistemas normativos en su estructura o en su eficacia, o sobre todo de la complejidad que implican las cadenas de producciones globales⁴.

En consecuencia, nos encontramos con la conocida “brecha regulatoria” en virtud de la cual esa actuación no es alcanzada por los derechos estatales, ni tampoco por el sistema del Derecho Internacional Público. La configuración de esta rama está dada en torno a la subjetividad de los Estados y organizaciones internacionales. Los sujetos privados, cuentan con una subjetividad limitada, y no alcanzan en general a ser titulares de deberes así como tampoco responsables ante una instancia internacional.

² No nos detenemos en el análisis de tales constructos por la extensión que ello supondría. Al respecto puede verse, entre muchos: sobre pluralismo jurídico: AA. VV.: 2007. Sobre *soft law*: Mazuelos Bellido: 2004. Sobre autorregulación De la Cuesta Rute: 2004. Sobre derecho regulatorio: Teubner: 2000. Sobre derecho transnacional: Twining: 2010.

³ El reconocimiento de la personalidad jurídica de los sujetos privados es en base a los derechos estatales, de allí la fragmentación en diversos sistemas jurídicos.

⁴ Pueden verse las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre derechos humanos y trabajo decente en las cadenas globales de suministro de fecha 1/12/2020. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/12/01/human-rights-and-decent-work-in-global-supply-chains-the-council-approves-conclusions/>

En este escenario las iniciativas que han surgido son tributarias del mencionado esquema. V.gr., los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos se estructuran sobre la obligación del Estado de proteger y la responsabilidad de las empresas de respetar (Pilares I y II)⁵.

Un posible avance es la conjunción del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado, a través de las obligaciones extraterritoriales de los Estados y la obligación de proteger mediante la regulación del instituto de la debida diligencia en los sujetos de derecho privado⁶.

La Resolución del Parlamento Europeo y la propuesta de Directiva de la Comisión Europea, emergen en este estado de deliberación sobre las respuestas jurídicas. Para contextualizar estos instrumentos ha de señalarse que en la Unión Europea el tema está en la agenda de discusión desde el año 1993 con el libro “Crecimiento, competitividad y empleo”, constituyendo el primer antecedente específico el Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad Social de las Empresas” del año 2001. Luego se sucedieron varias iniciativas, tanto de tipo *soft law* como de *hard law*⁷. Es de destacar además, que en el año 2014 los Estados miembros de la Unión Europea se opusieron a la iniciativa de establecer un Tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos en el marco de la ONU⁸.

⁵ Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Aprobados por Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, 16/6/2011.

⁶ El concepto de debida diligencia lo instituyen los PR. Sobre la discusión en torno al mismo puede verse, entre otros Martín Ortega (2013); Bonnitcha y McCorquodale (2017 a y b); Ruggie and Sherman (2017).

Sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados puede consultarse: Principios de Maastrich sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2013; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, 2017; Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019. OEA/Ser. L.V/II. CIDH/REDESCA/INF. 1/19.

⁷ De *hard law* v.gr. la Directiva 2013/34/UE sobre información no financiera, los Reglamentos: 995/2010 por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera; 2017/821 sobre minerales en zonas de conflicto (estaño, tantalio y wolframio), 2368/2002 sobre sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto. Puede verse Diago- Diago quien efectúa un análisis sobre las fortalezas, debilidades y posibilidades de mejora de las dos últimas reglamentaciones (Diago-Diago: 2020).

⁸ Resolución 26/9 Consejo de Derechos Humanos, 2014 “Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”. Como señala Cantú Rivera el proyecto de tratado, aún

No obstante lo cual el considerando W de la Resolución en estudio señala:

[...] Que la Unión y los Estados miembros deben apoyar las negociaciones en curso, y participar en ellas, encaminadas a crear un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas en materias de derechos humanos, y que el Consejo debe otorgar un mandato a la Comisión para que participe activamente en dichas negociaciones.

En este posicionamiento político en la Resolución se señala el objeto y la finalidad propuestos en su artículo 1º:

Tiene por objeto garantizar que las empresas que inciden en su ámbito de aplicación y operan en el mercado interior cumplan su deber de **respetar los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno**, no causen ni contribuyan a causar efectos adversos potenciales o reales en los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno **mediante sus propias actividades o las vinculadas directamente a sus operaciones, productos o servicios por una relación comercial o en sus cadenas de valor**, y prevengan y mitiguen tales efectos adversos” (los destacados se agregaron)⁹.

Por su parte, la Directiva establece su aplicación a las obligaciones de las empresas con respecto a los impactos adversos reales y potenciales sobre los **derechos humanos** y el **medio ambiente**, con respecto a sus propias operaciones, las de sus subsidiarias y las de la cadena de valor realizadas por entidades con las que la empresa tiene una relación comercial establecida y la responsabilidad por las infracciones de las obligaciones antes mencionadas (artículo 1.1).

Algunos Estados miembros como Francia, los Países Bajos y Alemania ya cuentan con una regulación sobre debida diligencia de las empresas. En relación a

de modo indirecto, contribuyó a la redefinición de marcos normativos y al impulso del diálogo entre los diversos sistemas (Cantú Rivera: 2020, p. 68).

Una crítica al posicionamiento de los Estados de la Unión Europea y de la propia Unión Europea argumentando la falta de coherencia puede verse en Esteve Moltó: 2018, pp. 736-737, 747.

El autor señala la falta de coherencia entre el posicionamiento de no apoyar instrumentos vinculantes, e impulsar Planes de Acción Nacionales, *mutatis mutandi*, puede ser generalizado al apoyo de acciones no vinculantes.

Con un posicionamiento activista sobre el proyecto de tratado puede verse Carneiro Roland et. al.: 2021.

⁹ Nos detendremos en las disposiciones que entendemos pertinentes para la respuesta a los interrogantes planteados.

esta circunstancia señala el Considerando Y de la Resolución que la falta de legislación armonizada sobre debida diligencia pone en peligro las condiciones de competencia equitativa de las empresas que operan en la Unión Europea¹⁰.

El punto 2 del artículo 1º en análisis de la Resolución establece las obligaciones de diligencia debida en la cadena de valor de las empresas, recepcionando el concepto establecido en los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos¹¹. Se recalca que las exigencias en materia de diligencia debida tienen por objeto mejorar el funcionamiento del mercado interior¹². El artículo 4º detalla lo relativo a la estrategia de debida diligencia.

En tanto, la Directiva establece que los Estados miembros velarán por que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente tal como se establece en los artículos 5 a 11 mediante la realización de las siguientes acciones:

- a) integrar la diligencia debida en sus políticas de conformidad con el artículo 5. Esto es en concordancia con el Principio Rector fundacional nº 15 a) y el operativo nº 16. La propuesta sitúa a la debida diligencia en el ámbito de las personas jurídicas, e introduce también regulaciones al órgano de administración en relación a la misma (véanse los artículos 15 inc. 3 en el cual se vincula las remuneraciones variables de los administradores con su contribución a la estrategia de negocio o los intereses a largo plazo o sostenibilidad de la empresa en relación a los objetivos de cambio climático y 25 donde se prevé el *duty of care*);

¹⁰ Ley sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas controlantes de Francia (2017); ley de debida diligencia de derechos humanos sobre trabajo infantil de los Países Bajos (2019); ley de diligencia debida de las empresas respecto de la cadena de suministro en Alemania (2021). Existiendo en otros Estados como Suiza, Bélgica y Finlandia propuestas de iniciativas legislativas.

El primer caso presentado en Francia por el incumplimiento del deber de vigilancia es "Total". Puede consultarse en <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/demanda-contra-total-relativa-al-incumplimiento-de-la-ley-francesa-sobre-el-deber-de-vigilancia-en-sus-actividades-en-uganda/#timeline>

Para un análisis en términos de efectividad y estrategias de mejoras posibles de normas de vigilancia y reporte puede verse Sales Pallarés y Marullo: 2020. Sobre la ley de Francia: Durán Ayago: 2020; Sobre la ley de Alemania: Grabosch: 2021.

¹¹ En los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos se encuentran en el Principio fundacional Nº 15 y el Principio operativo Nº 17.

Los resultados de la evaluación *Corporate Human Rights Benchmark* sobre el desempeño de las actividades de 200 de las empresas más grandes da cuenta que la mayoría no está implementando procesos de diligencia debida según lo promovido por los Principios Rectores (Márquez Carrasco e Iglesias Márquez: 2021, p. 335).

¹² Se situaría a la responsabilidad empresarial como parte del *business case*.

- b) identificar los impactos adversos reales o potenciales de conformidad con el artículo 6;
- c) prevenir y mitigar los impactos adversos potenciales y poner fin a los impactos adversos reales y minimizar su alcance de conformidad con los artículos 7 y 8;
- d) establecer y mantener un procedimiento de quejas de conformidad con el artículo 9;
- e) supervisar la eficacia de su política y medidas de diligencia debida de conformidad con el artículo 10;
- f) comunicar públicamente sobre la debida diligencia de conformidad con el artículo 11.

De esta manera, a través del instituto de la debida diligencia se pretende entonces en cierta forma reunificar lo que el sistema de producción por cadenas de suministro habilitó a fraccionar a través, bien del Derecho Societario y la consiguiente separación de las personalidades jurídicas y por ende de las responsabilidades o del Derecho Contractual¹³. En este aspecto, como señala Sanguinetti Raymond es necesario captar adecuadamente la noción de cadena mundial de producción como categoría jurídica a efectos de su operatividad (Sanguinetti Raymond: 2021, p. 134).

2. ¿QUÉ RESPONSABILIDAD PARA LOS SUJETOS PRIVADOS ECONÓMICOS?

En cuanto a la segunda pregunta, el problema del sistema normativo que regula la actuación de los sujetos se traslada a su responsabilidad. Recordemos que, en el estadio actual, no existe la posibilidad de responsabilidad a nivel internacional. Las soluciones están en el marco del derecho estatal con jurisdicción en el caso. El acceso a mecanismos de reparación se inscribe en el derecho humano de acceso a la justicia, conforman el Tercer Pilar de los Principios Rectores, y como apunta Cantú Rivera requieren ser reforzados (Cantú Rivera: 2021).

Es necesario dar cuenta del ámbito de aplicación personal, es decir, de a cuáles sujetos privados alcanza la responsabilidad. La Resolución del Parlamento establece:

- a) Grandes empresas reguladas por el Derecho de un Estado miembro o establecida en el territorio de la Unión;
- b) Pequeñas y medianas empresas que cotizan en el mercado de valores y las de alto riesgo;
- c) Todas las anteriores que se rijan por el Derecho de un tercer país y no se encuentren establecidas en el territorio de la Unión

¹³ Puede verse Snyder: 1999; OIT: 2016.

cuando operen en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios (artículo 2º).

En tanto, la Directiva establece la aplicación a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que cumplan una de las siguientes condiciones:

- a) Media de más de 500 empleados y una facturación mundial neta de más de 150 millones de euros en el último ejercicio para el que se han elaborado estados financieros anuales;
- b) La empresa que no alcanzó los umbrales establecidos en la letra a), pero tiene una media de más de 250 empleados y un volumen de negocios mundial neto de más de 40 millones de euros en el último ejercicio financiero para el que se han preparado los estados financieros anuales, siempre que al menos el 50% de esa facturación neta se generara en uno o más de los siguientes sectores: i. Fabricación de textiles, cuero y productos relacionados (incluido el calzado), el comercio al por mayor de textiles, prendas de vestir y calzado; ii. La agricultura, la silvicultura, la pesca (incluida la acuicultura), la fabricación de productos alimenticios y el comercio al por mayor de materias primas agrícolas, animales vivos, madera, alimentos y bebidas; iii. La extracción de recursos minerales independientemente de dónde se extraigan, la fabricación de productos metálicos básicos, otros productos minerales no metálicos y productos metálicos fabricados (excepto maquinaria y equipo), y el comercio al por mayor de recursos minerales, productos minerales básicos e intermedios.
- c) Las sociedades que se constituyan de conformidad con la legislación de un tercer país y cumplan una de las siguientes condiciones: i. Generar un volumen de negocios neto de más de 150 millones euros en la Unión en el ejercicio financiero anterior al último ejercicio financiero; ii. Generar un volumen de negocios neto de más de 40 millones euros, pero no más de 150 millones euros en la Unión en el ejercicio financiero anterior al último ejercicio financiero, siempre que al menos el 50 % de su volumen de negocios mundial neto se haya generado en uno o más de los sectores enumerados en el apartado b).

Ante un impacto adverso la Resolución establece en el artículo 9no. los “Mecanismos de Reclamación” con ámbito de aplicación dentro de las propias empresas, con funciones preventivas y de resolución de conflictos, a través de la mediación habilita a cualquier parte interesada a expresar su preocupación razonable respecto a

la existencia de efectos adversos potenciales o reales en los derechos humanos, el medio ambiente o la buena gobernanza¹⁴.

En el artículo 10 se prevén los recursos extrajudiciales, señalando que los Estados miembros velarán porque cuando una empresa determine que ha causado o ha contribuido a causar un efecto adverso, establezca un proceso de reparación o coopere con tal proceso¹⁵.

Finalmente, el artículo 19 aborda la responsabilidad civil. El inciso 2 apunta que:

Los Estados miembros procurarán disponer de un régimen de responsabilidad con arreglo al cual las empresas puedan, de conformidad con el Derecho nacional, ser consideradas responsables y proporcionar reparación de cualquier daño que se derive de efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos, el medio ambiente o la buena gobernanza que ellas o las empresas bajo su control hayan causado o contribuido a causar por acto u omisión.

El inciso 3 estatuye a la prestación de la debida diligencia como causa de eximición de responsabilidad.

La Directiva señala que los Estados miembros garantizarán que las empresas sean responsables de los daños y perjuicios si: a) no cumplieron las obligaciones establecidas en los artículos 7 y 8 y; b) como consecuencia de ese incumplimiento, se produjo un impacto adverso que debería haberse identificado, impedido, mitigado, puesto fin o minimizado mediante las medidas apropiadas previstas en los artículos 7 y 8 y que provocó un daño. El artículo establece las causas de eximición de responsabilidad (artículo 22).

En el ámbito de la UE la Directiva establece un sistema administrativo de control y sanción articulado a través de los representantes de las sociedades comerciales, la autoridad estatal de supervisión, y la red europea de autoridades de supervisión.

Estimamos que los pronunciamientos constituyen una propuesta de avance en la regulación de la problemática. La Directiva promueve v.gr. soluciones desde la autonomía material al establecer la abstención de celebrar nuevos contratos o prorrogarlos, la suspensión o resolución del vínculo contractual, para ello además señala la necesidad de incluir estas situaciones en las legislaciones de derecho contractual nacionales (ver artículos 7.3, 7.5, 8.6)¹⁶. Introduce también una norma imperativa al

¹⁴ En consonancia con el Principio Operativo N° 28. En cuanto a la eficacia se remite al Principio 31 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos y a la Observación General N° 16 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

¹⁵ Conforme al Principio Operativo N° 27.

¹⁶ Puede verse Kenny:2006-2007; Otero García Castrillón: 2008; Braun:2021.

disponer que lo dispuesto en materia de responsabilidad sea de aplicación obligatoria en los casos en que la ley aplicable a las reclamaciones no sea la ley de un Estado miembro (ver artículo 22.5).

Los instrumentos se inscriben en el marco de la historia de las propuestas de regulación para la actuación de los sujetos económicos privados que se ha constituido en paralelo y en oposición a la de la protección de las inversiones internacionales¹⁷. Los intereses determinarán si serán iniciativas sin posibilidad de adopción, o si abrirán el camino para una respuesta en este espacio de integración. El paso de la Resolución a la Directiva parece dar cuenta de esta última posibilidad. Aquí queda entonces por plantearse e interpretar las cuestiones de Derecho Internacional Privado que podrían cubrir la brecha regulatoria como las soluciones materiales, las normas imperativas y de conflicto.

3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En este punto nos centraremos en el plano valorativo de los interrogantes iniciales, para señalar que los cambios en la conformación del sistema social y económico producto de la globalización retan a repensar la estructura del Derecho con el propósito de cumplir sus fines y funciones a escala transnacional.

En este aspecto, deviene necesario repensar las bases de las ramas jurídicas tradicionales, como el Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público para dar respuesta a las demandas actuales que tengan como centro la protección de la persona. Tal afirmación supone explicitar que en tal proceso subyacen en el plano global un enfrentamiento de intereses producto de cuya puja van resultando las diferentes posibilidades jurídicas.

El pronunciamiento del Parlamento Europeo y la propuesta de Directiva de la Comisión se adscriben al status quo conformado por el deber del estado de proteger y la responsabilidad de las empresas de respetar, abriendo el camino para avanzar en posibilidades de intervención por parte del Derecho Internacional Privado.

¹⁷ Puede verse Vicente Blanco: 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- Aa. Vv. (2007), *Pluralismo jurídico*, Colombia, Siglo del Hombre Editores.
- Bonnitcha, Jonathan y McCorquodale, Robert (2017), “The Concept of “Due Diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, *The European Journal of International Law*, Vol. 28, N° 3, pp. 899-919 (a).
- Bonnitcha, Jonathan y McCorquodale, Robert (2017), “The Concept of “Due Diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman, III”. *The European Journal of International Law*, Vol. 28, N° 3, pp. 929-933 (b).
- Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther (2000), *La fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre.
- Braun Bettina *et. al.* (2021), “Códigos de conducta de proveedores aplicables a los trabajadores como herramienta para el acceso a la justicia en las cadenas de suministro mundiales”, *The Global Labour Rights Reporter*, Vol.1, N° 1, pp.7-11.
- Cantú Rivera, Humberto (2020), “La reparación en el ámbito de derechos humanos y empresas en América Latina: reflexiones sobre el estado de la cuestión”, *Revista electrónica del Consejo de Derechos Humanos*, pp. 63-69.
- Cantú Rivera, Humberto (2021), “La reparación en el ámbito de los derechos humanos y las empresas”, en Cantú Rivera (Ed.) *Experiencias latinoamericanas sobre reparación en materia de derechos humanos y empresas*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín.
- Carneiro Roland, Manoela *et. al.* (2021), “Análisis del segundo borrador revisado del instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas en materia de derechos humanos”, *Homa Publica Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, Vol. V, N° 2, pp. 1-28.
- De la Cuesta Rute, José (2004), “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación”, *R.D.B.B* N° 94, pp. 87-116.
- De Schutter, Olivier *et. al.*; *Comentario a los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, disponible en: https://www.etoconsortium.org/nc/es/main-navigation/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=191 , consultado el 21/3/2022.
- Diago-Diago, María (2020), “Minerales y diamantes de conflicto: mecanismos de control y diligencia debida en tiempos de ODS”, *Empresas y derechos humanos, Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 63, pp.153-182.
- Durán Ayago, Antonia (2020), “Lex Damni vs. Lex Societatis en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario”, *Empresas y derechos humanos, Cuadernos Europeos de Deusto*”, N° 63, pp. 183-206.

- Esteve Moltó, José (2018), “Planes de Acción Nacionales sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 34, pp. 729-751.
- Grabosch, Robert (2021), “Ley de debida diligencia. Alemania establece los estándares en la protección de los derechos humanos”, trad. Miller Katharina, Friedrich-Ebert-Stiftung e.V., Alemania.
- Guamán Hernández, Adoración (2018), “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante entre empresas y derechos humanos”, *Revista jurídica de los derechos sociales*, Vol. 8, N° 2, pp. 216-250.
- Kenny, Katherine (2006-2007), “Code or Contract: Whether Wal-Mart’s Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 27, N° 453, pp. 543-474.
- Márquez Carrasco, Carmen e Iglesia Márquez, Daniel (2021), “Empresas, derechos humanos y la Covid19: la conducta empresarial responsable en la nueva normalidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73 1, pp. 329-336.
- Martín Ortega, Olga (2013), “La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, N° 9, pp. 167-192.
- Mazuelos Bellido, Ángeles (2004), “¿Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, pp. 1-40.
- OIT (2016), *Informe IV: El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, 1° ed., Conferencia Internacional del Trabajo, 105° reunión, Ginebra.
- Otero García-Castrillón, Carmen (2008), “Autorregulación y establecimientos de estándares en los contratos internacionales”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, T. VIII, pp. 329-356.
- Ruggie John y Sherman John (2017), “The Concept of “Due Diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale”, *The European Journal of International Law*, Vol. 28, N° 3, pp. 921-928.
- Sales Pallarés, Lorena y Marullo, María (2020), “Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial”, *Empresas y derechos humanos, Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 63, pp. 207-236.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo (2021), “La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor”, *XXIII Congreso Mundial Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, pp. 104-162.
- Snyder, Francis (1999), “Global Economic Networks and Global Legal Pluralism”, *European University Institute, Working Paper Law N° 99/6*, pp. 1-31.

Twining, William (2010), “Implicancias de la globalización para el Derecho como disciplina”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 44, pp. 341-368.

Vicente Blanco, Dámaso (2002), “El proceso de gestación de las fuentes jurídicas que regulan las inversiones extranjeras: el conflicto sobre la reglamentación de la inversión internacional”, *Derecho de la Integración*, Vol. 12.

SUCESIONES INTERNACIONALES Y DERECHO APLICABLE. UN CAMBIO DE PARADIGMA ANTE LOS RETOS DE LA SOCIEDAD ACTUAL

CELIA ARAUJO QUINTERO
Universidad de Oriente, Cuba
celia@uo.edu.cu

La sucesión *mortis causa* es un fenómeno jurídico universalmente conocido, pero con una regulación diversa por los ordenamientos jurídicos existentes en el mundo. Cuando cuenta con algún elemento de extranjería, como pudiera ser la ubicación de los bienes hereditarios, la nacionalidad, el domicilio, la residencia del causante o de los sucesores, el lugar del fallecimiento del *de cuius*, así como el lugar de otorgamiento del testamento o el lugar de sus efectos, se está en presencia de una sucesión internacional, convirtiéndose en objeto de análisis del Derecho Internacional Privado. Tal situación ha conllevado a sostener que técnicamente sea uno de los temas más difíciles de esta rama del Derecho (Calvo y Blanco-Morales Limones, 1998: 238; Castellanos, 2001: 5; Blanco-Morales y Balmori, 2013: 34).

En la actualidad, el número y la complejidad de las sucesiones internacionales se han multiplicado debido a la movilidad internacional de las personas, de los capitales y de las inversiones. Por ello es cada vez más frecuente que el patrimonio del causante se encuentre en Estados distintos, el causante ostente una o varias nacionalidades extranjeras o tenga su domicilio o residencia habitual en otro país, el testamento se otorgue o redacte en el extranjero, y existan sucesores con varias nacionalidades y residencias en diversos países. Ante este escenario, una de las cuestiones de particular trascendencia es la determinación del Derecho aplicable, sector del Derecho Internacional Privado en el que pone atención la autora para el desarrollo de la presente investigación.

1. LOS SISTEMAS CONFLICTUALES PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LAS SUCESIONES INTERNACIONALES. FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y DE DERECHO COMPARADO

En la mayoría de los sistemas jurídicos se ha aceptado que con el fallecimiento de una persona se origina una nueva situación jurídica que es preciso regular, de ahí el carácter universal de la sucesión *mortis causa*. Sin embargo, cada ordenamiento jurídico presenta sus peculiaridades, apreciándose diferencias entre ellos, como por ejemplo la ausencia o presencia de legítimas, el orden y las cuotas de los herederos llamados a suceder por sucesión legal y el reconocimiento o prohibición de la sucesión contractual. Junto a esto, en las normas de Derecho Internacional Privado sobre el sistema conflictual coexisten sistemas basados en la unidad o en la escisión de la sucesión, que se concretan a su vez en una pluralidad de criterios de conexión, así como otras divergencias (Azcárraga, 2008: 49-50).

En este sentido, ha enunciado Castellanos (2003: 212) que esta diversidad material de reglamentación se debe tanto al desigual desarrollo político, económico y social de los Estados como a la diferente tradición histórica de estos en la concepción de la herencia. La distinta regulación material del Derecho de Sucesiones en los ordenamientos jurídicos ha condicionado las soluciones de Derecho Internacional Privado.

Son tres los sistemas conflictuales para la determinación del Derecho aplicable a las sucesiones internacionales: el sistema unitario, el sistema territorial o de fraccionamiento y el sistema mixto. El sistema unitario se sustenta en la unidad de la herencia para configurar todo el régimen del Derecho aplicable. El patrimonio del causante se trata de forma unitaria por una única normativa. Es así que, en diversos ordenamientos jurídicos, cuando se trata de la determinación del Derecho aplicable, se habla del principio de universalidad en el tratamiento de la sucesión internacional como traducción del principio de unidad de la sucesión, característico del Derecho sucesorio basado en la concepción romana.

En palabras de Goldschmidt (1990: 377), el Derecho Internacional Privado “debe defender esta unidad, sometiéndola a un solo Derecho que la reglamente, aunque los diversos bienes relictos se hallen en territorios supeditados a diversas soberanías”. Esta ley única será la personal del causante, sea su ley nacional, sea su ley domiciliaria.

El sistema territorial, por otra parte, basado en la concepción germana de la herencia, corresponde a aquellos modelos en que la ley de la situación del bien es aplicada a todos los bienes que conforman el patrimonio sucesorio, tanto a los bienes muebles como a los inmuebles; en consecuencia, en los casos en los que el causante

sea propietario de una pluralidad de bienes ubicados en el territorio de más de un Estado, se procederá a aplicar a la sucesión tantas leyes como lugares donde estos se hallen situados.

Este sistema ha sido cada vez más relegado del escenario internacional en las relaciones sucesorias internacionales, lo cual, según Azcárraga (2008: 72) tiene su causa en las obvias dificultades que plantea en la práctica un modelo de estas características, que lleva al extremo la escisión en el tratamiento de la sucesión. A pesar de ello, subsisten algunos ejemplos en el panorama legislativo internacional, sobre todo en el ámbito latinoamericano, como por ejemplo los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, la legislación de Uruguay y la de Panamá.

Por último, el sistema mixto somete los bienes inmuebles de una sucesión al criterio territorial: *lex rei sitae*, y los muebles, por su escasa importancia y por la dificultad de saber cuál era el lugar de su situación, al criterio personal: generalmente la ley del último domicilio del causante, al entenderse de manera ficticia que sus bienes muebles se hallarían allí donde había fijado su último domicilio. En definitiva, el tratamiento de la sucesión de los bienes inmuebles queda fraccionado, mientras que los bienes muebles gozan de un tratamiento unitario.

De manera general se ha advertido que los sistemas territoriales o de fraccionamiento y el mixto presentan múltiples desventajas (Azcárraga, 2008: 363-364; Castellanos, 2003: 219), tales como dificultades de orden procesal para todos los implicados en el litigio, tanto en términos económicos como de dilación en el tiempo, al resultar complicado la aplicación práctica de las diversas legislaciones llamadas a ordenar una misma sucesión, a esto se le suma el tema de la prueba.

De igual forma, la aplicación de más de una legislación sucesoria, en ocasiones cimentada sobre principios divergentes o incluso contradictorios, puede conducir a resultados no solo diferentes sino injustos en relación con unos hechos idénticos. La presencia de bienes en más de una jurisdicción provoca la apertura de tantas administraciones como bienes se hallen situados en Estados distintos, lo que puede resultar un problema al no contar el administrador o *executor* con la posibilidad de actuar sobre bienes ubicados en territorios diferentes al Estado en el que ha sido designado.

Asimismo, otras dificultades que puede plantear el conocimiento de la misma sucesión internacional por tribunales de distintos Estados, dependiendo del lugar de situación de los bienes inmuebles, son: cláusulas testamentarias nulas o válidas según los países, necesidad o no de la aceptación de la herencia en perjuicio de los acreedores, problemas de delación y en la administración de la herencia yacente, posibilidad

de que los herederos reciban cuotas diferentes según las distintas legislaciones aplicables, o la reserva a favor de la legítima de los descendientes o del cónyuge superviviente dependiendo del Derecho aplicable.

Empero, la opción a favor de la unidad no ha estado exenta de críticas. Se le ha atribuido a la unidad articulada a través del principio de la nacionalidad una cierta falta de eficacia, por cuanto en ocasiones deviene prácticamente imposible llevar a efecto actuaciones sobre bienes inmuebles situados en los Estados en los que rige la *lex rei sitae* como ley rectora de la sucesión, presentando entonces problemas de efectividad real puesto que las conexiones nacionalidad o domicilio van a permanecer inaplicadas cuando no son también utilizadas por el sistema conflictual del Estado donde se encuentran ubicados los bienes inmuebles. Por ejemplo, si el patrimonio del fallecido comprende bienes en estos Estados, la aplicación de la ley nacional del causante solo será efectiva respecto de los bienes situados en el territorio del foro, habida cuenta la autoridad extranjera en cuyo país rige la escisión entenderá que los inmuebles allí localizados se rigen por la ley de su situación, deviniendo la sentencia extranjera claudicante (Castellanos, 2003: 219-220).

No obstante, el sistema unitario es el más defendido por la doctrina *iusprivatista* internacional por resultar el más idóneo para determinar el Derecho aplicable a las sucesiones internacionales, al aplicar una única legislación. Igualmente, varias instituciones como la Unión Internacional del Notariado Latino han apoyado la unidad en la sucesión, al valorar que aplicar la ley personal del *de cuius* es el ideal hacia el cual deberían tender todos los países que integran la Unión. Recomienda además la designación de la ley nacional del fallecido, únicamente desplazada por el domicilio cuando así se hubiere pronunciado en su favor el causante en forma testamentaria, y siempre que esta sea “real y no ficticio, permanente y no precario” (Pérez, 1999: 152 y ss).

En la actualidad, las sucesiones internacionales se armonizan en instrumentos convencionales o en Leyes especiales de Derecho Internacional Privado, primando el sistema unitario sucesorio. Los criterios de conexión objetivos más empleados resultan ser el domicilio y la residencia habitual, desplazando a la nacionalidad. Igualmente, ya se permite de manera limitada la conexión subjetiva de la *professio iuris* o la autonomía de la voluntad conflictual y se incorporan cláusulas abiertas y flexibles como las cláusulas de excepción o de las conexiones basadas en los vínculos más estrechos o en el principio de proximidad.

Estos cambios se destacan en la región de Europa con la promulgación del Reglamento (UE) N° 650 de 4 de julio de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las

resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo¹

La región de América Latina y El Caribe se ha quedado un tanto rezagada al respecto. No obstante, se cuenta con la Ley 544 de Derecho Internacional Privado de República Dominicana que también brinda la posibilidad de elegir el testador la ley aplicable a su sucesión en su artículo 54 párrafo I, y también con el proyecto de Ley Modelo OHADAC (Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe) de Derecho Internacional Privado.

Este proyecto, en materia de ley aplicable a la sucesión internacional, en el artículo 41.1 establece como punto de conexión el domicilio, aplicándose esta ley a toda la sucesión con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar donde se encuentren. La regla del artículo 41.2 introduce otro evidente elemento de modernización de la ley aplicable a la sucesión mortis causa en el área del Caribe: la llamada *professio iuris* o posibilidad de que el causante puede elegir la ley aplicable a la totalidad de su sucesión.

Sin embargo, aún se encuentra vigente la Convención de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante de 1928 el que remite en el artículo 7 del Título Preliminar a la legislación de los Estados participantes para la determinación de la específica conexión. Salvo Cuba (artículo 15 del Código Civil), la mayoría de los sistemas se decantan por la conexión del domicilio, como Bolivia (artículo 1001 del Código Civil), Brasil (artículo 10 de la Ley de Introducción al Código Civil), Chile (artículo 995 del Código Civil), Colombia (artículo 1012 del Código Civil), Costa Rica (artículo 27 del Código Civil), Ecuador, (artículo 997 del Código Civil), El Salvador (artículo 956 del Código Civil), Guatemala (artículo 923 del Código Civil), Honduras, (artículo 934 del Código Civil), Nicaragua (artículos 42 y 939 del Código Civil), Paraguay (artículo 25 del Código Civil), Perú (artículo 2100 del Código Civil) y Venezuela (artículo 34 de la Ley de Derecho Internacional Privado).

El Código Bustamante ya no se ajusta a la realidad jurídica social que viven hoy los países que lo han ratificado. Además, muchos de ellos ya cuentan con leyes especiales de Derecho Internacional Privado, dígase Venezuela con su Ley de 6 de agosto

¹ La regla general es la aplicación de la ley del Estado de la última residencia del causante, según el artículo 21.1; se permite además que el causante pueda designar la ley del Estado cuya nacionalidad posee, en el momento de la elección o en el momento de su fallecimiento, para que rija la totalidad de la sucesión, por tanto el Reglamento introduce el principio de la autonomía de voluntad conflictual en el ámbito sucesorio en el artículo 22. También consagra en el artículo 21.2 una novedosa cláusula de escape, basada en el "principio de proximidad", pues permite, de forma excepcional, que si el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado.

de 1998, República Dominicana con la Ley 544 del 15 de octubre de 2014 y Panamá con la Ley 7 del 8 de mayo de 2014, la que se aparta de lo establecido en el Código Bustamante en materia sucesoria, al defender el sistema de fraccionamiento, aplicando la *lex rei sitae*. Igualmente es dudosa la vigencia en los países que lo ratificaron con reservas generales: Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador y El Salvador.

Asimismo, presenta otras deficiencias sintetizadas por Dávalos (2009: 69-71), tales como: establece soluciones transaccionales y de compromiso, ejemplo la regulación del estatuto personal, en cuyo ámbito el Código Bustamante pretende haber resuelto la oposición entre los sistemas “nacionales” y “domiciliarios”. La presencia de ambas corrientes hacía imposible una solución práctica. Se propuso una fórmula de transacción en la cual cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado en lo adelante su legislación interior (artículo 7). En torno a este tema, se alega que esta Convención solamente plantea el problema, pero no conduce a solución alguna, y que si el propósito fundamental del Código era uniformar las normas sobre conflictos de leyes, al menos en materia de estatuto personal no se logró nada. Puede afirmarse que no alcanza la finalidad deseada para una codificación internacional: “que relaciones jurídicas iguales reciban soluciones iguales”; lo que solo se logra cuando se recibe la uniformidad de las decisiones, cualquiera que sea el país ante cuyos tribunales se ventile el litigio.

2. NUEVAS PERSPECTIVAS PARA DETERMINAR EL DERECHO APLICABLE A LAS SUCESIONES INTERNACIONALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. HACIA UNA ADECUADA CONFIGURACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO SUCESORIA

El aumento de las situaciones privadas internacionales y de las migraciones, el respeto a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, la asimilación de un mundo más multicultural y diverso, soluciones justas y objetivas ante conflictos internacionales son razones más que suficientes para plantearse la necesidad de cambios en los sistemas conflictuales en materia sucesoria de América Latina y El Caribe que reflejen esta realidad, amén de los ya suscitados, comentados anteriormente.

En este orden, en aras de perfeccionar la norma de conflicto sucesoria teniendo como base el sistema unitario, considera la autora que resulta desacertado que esta se integre por un único criterio de conexión y que por demás este se adopte en su estado puro y aislado de los demás, en tanto no se resolverían las distintas situaciones que pudieran presentarse. Debe apostarse por una solución flexible que abarque el máximo de supuestos posibles, siendo loable la coexistencia de varios criterios de conexión para la regulación de un mismo supuesto jurídico, así por ejemplo, la norma de

conflicto puede brindar una estructura jerarquizada por medio de criterios de conexión alternativos, de esta forma se hace prevalecer una determinada conexión por encima de otras, las que se estimarán en defecto de apreciación de la anterior. No debe perderse de vista la finalidad del Derecho Internacional Privado de armonizar la convivencia de los distintos ordenamientos jurídicos y dar solución finalmente a las situaciones que se presentan en el tráfico internacional.

En torno a las ventajas e inconvenientes de los diversos criterios de conexión, puede afirmarse que no deben ni pueden configurarse de espaldas al fenómeno migratorio. Se ha constatado, sostiene Azcárraga (2008: 402), cómo el domicilio o la residencia habitual cobran fuerza en un Estado en que miles de inmigrantes se encuentran fuertemente vinculados con el país de recepción, tras varios años de convivencia, e incluso de generaciones, a los que se añade el deseo de integración y de adaptación al nuevo sistema. Pero al mismo tiempo, la diversidad con la que se presentan los proyectos migratorios también muestran otros casos en los que no existe tal deseo de vinculación, sino más bien el de retorno y de mantenimiento de los lazos con la sociedad de la nacionalidad, o con aquella comunidad en la que residió con anterioridad a la actual.

Se considera entonces que la mejor solución sería la adopción de la autonomía de la voluntad o la *professio iuris* para determinar el Derecho aplicable a las sucesiones internacionales; no hay nadie mejor que el testador para decidir la ley de su preferencia, que regirá su sucesión una vez fallecido. Esta idea se relaciona, además, con la incorporación del principio de proximidad.

Son varias las razones para adoptar esta conexión subjetiva, toda vez que con la *professio iuris* se toma en consideración el grado personal de integración de la persona, quien elegirá conforme a su concreta situación personal. Combina además dos exigencias fundamentales: la certeza del Derecho aplicable y la flexibilidad de la norma de conflicto, presentándose como un criterio doblemente eficiente al permitir individualizar el mejor Derecho para el testador y prever el que se va a aplicar.

La *professio iuris* debe ser limitada, aprobando determinadas alternativas como la ciudadanía/nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual, lo cual posibilita localizar un gran número de sucesiones internacionales.

La elección puede ser expresa o tácita, debiéndose concretarse en el tiempo para evitar así el conflicto móvil, pudiendo precisarse que será el vigente en el momento de la designación. En el caso de que tenga múltiple ciudadanía o nacionalidad podrá elegir cualquiera de ellas. Asimismo, debe consentirse que el Derecho elegido pueda revocarse o modificarse, con el cumplimiento de los requisitos formales que requieren tales actos.

En defecto de la elección del Derecho aplicable, puede ser el domicilio o la residencia habitual la regla general para determinar el Derecho aplicable a las sucesiones. El último domicilio o la última residencia adquirida por el causante es el que debe ser tenido en cuenta, así se evitaría el conflicto móvil en el caso de que tenga varios domicilios o residencias.

Son varias las ventajas que poseen estos criterios (Azcárraga, 2008: 367-372). Así, por ejemplo, con su adopción se conectaría la regulación de la sucesión por causa de muerte a las legislaciones en cuya jurisdicción la persona desarrolla su vida. Es lógico pensar que el sujeto desee que su estatuto personal se rija por las leyes de la sociedad donde reside y tenga la intención de residir, favoreciendo estos criterios la integración de los inmigrantes en la comunidad de recepción. La ciudadanía o nacionalidad, por el contrario, conduciría a una legislación sin vinculación real con el entorno social del causante.

Otra ventaja a resaltar es que el criterio del domicilio favorece con frecuencia la armonización de la competencia legislativa y judicial, o sea, coincide *forum e ius*. Generalmente los litigios son asumidos por el juez del domicilio de la persona interesada, y esta misma autoridad es además más apta para conocer e interpretar correctamente la ley del foro que las leyes extranjeras.

Incluso cuando no coincidan el *forum* y el *ius* se dan otras ventajas, y es precisamente la relacionada con la adjudicación, teniendo en cuenta que normalmente es en el lugar del domicilio del causante donde se llevan a cabo las formalidades de inventario, avalúo de los bienes, liquidación y partición de la herencia. Debe destacarse, asimismo, que ordenar una sucesión por la ley del último domicilio del causante favorece a sus eventuales acreedores y con ello cumplir con la máxima de que primero es pagar antes que heredar.

Otra propuesta a evaluar es la ley que presente vínculos más estrechos con el caso, en defecto también de elección del Derecho aplicable. En este sentido, se desplazaría el criterio del domicilio por la ley del Estado con el cual el individuo se encuentre estrechamente más vinculado por razones personales, patrimoniales, laborales, fiscales, siendo necesario más de un motivo o razón para apreciar este vínculo más estrecho con la ley de ese Estado, la que será distinta a la que en principio debiera regir.

Al decir de Palao (2015: 149) hay que ser conscientes de que la naturaleza flexible de este principio corrector encuentra su contrapunto en el grado de incertidumbre jurídica y la falta de previsibilidad que puede suponer en la práctica. Por eso, esta propuesta se refiere de forma estricta a aquellas circunstancias que establezcan claramente esa vinculación manifiestamente más estrecha con la sucesión, por lo que su

aplicación será siempre de carácter excepcional y debe realizarse en el momento del fallecimiento.

En tal sentido, solo resultará aplicable en aquellos casos en los que, aun y cuando pueda localizarse el domicilio del causante, este ordenamiento no resulta idóneo por tratarse de una ley poco conectada con la sucesión, por lo que se optará por aplicar aquella ley que tenga más relación con la sucesión del causante.

A pesar de que la ciudadanía o la nacionalidad deje de ser la regla general para determinar el Derecho aplicable a las sucesiones internacionales, de acuerdo con la propuesta que se realiza, no parece razonable descartarla de todo, porque con tal criterio se ofrece mayor garantía a la continuidad y estabilidad del Derecho aplicable, sobre todo, en los países caracterizados por la emigración y además mantiene vinculado al individuo con su Estado de origen.

Las propuestas que se han planteado favorecerán el respeto a la autonomía de la voluntad del testador y el derecho a la sucesión por causa de muerte de sus herederos y también cumplirán uno de los principales paradigmas del Derecho Internacional Privado moderno, y es precisamente aplicar a cada situación la ley que le es más apropiada, teniendo en cuenta los intereses en presencia, armonizando así la convivencia de los distintos ordenamientos jurídicos, brindando soluciones justas y adecuadas a las distintas situaciones que se presentan en el tráfico internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales:

- AA.VV. (2012), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V, *Derecho internacional privado e interregional*, Consejo General del Notariado, España, Wolters Kluwer, S.A.
- Azcárraga Monzonís, Carmen (2008), *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Blanco-Morales Limones, Pilar y Ana Luisa Balmori (2013), “Las Sucesiones Internacionales y su Régimen Jurídico”, *JURISMAT*, Portimão, Nº 2, pp. 33-69.
- Bonomi, Andrea y Patrick Wautelet (2016), *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du juillet 2012*, 2ª edición, Bruxelles, Bruylant.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Pilar Blanco-Morales Limones (1998), “Capítulo XXII, Sucesión hereditaria”, en Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Javier Carrascosa González, *et. al.*, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Granada, Comares.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Javier Carrascosa González (dirs.) (2016), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 16ª edición, Granada, Comares.

- Castellanos Ruiz, Esperanza (2001), *Unidad vs pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares.
- Castellanos Ruiz, Esperanza (2003), “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio”, *Revista Colombiana de Derecho internacional*, N° 2, pp. 211-260.
- Dávalos Fernández, Rodolfo (2009), *Derecho Internacional Privado. Parte General*, La Habana, Félix Varela.
- Esplugues Mota, Carlos; José Luis Iglesias Buhigues y Guillermo Palao Moreno (2016), *Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo (2016), *Derecho Internacional Privado*, 9ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.A.
- Fontanellas Morell, Josep M. (2010), *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Goldschmidt, Werner (1990), *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, 7ª edición, Buenos Aires, Depalma.
- Iglesias Buhigues, José Luis y Guillermo Palao Moreno (dirs.) (2015), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Palao Moreno, Guillermo y Maelia Esther Pérez Silveira (eds.) (2016), *Las relaciones de familia y sucesorias entre España y Cuba. Una visión desde el Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo (1999), *Doctrina notarial internacional*, México DF, Porrúa.
- Sánchez De Bustamante y Sirvén, Antonio (1914), *La autarquía personal. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Habana, Imprenta “El siglo XX”.
- Sánchez De Bustamante y Sirvén, Antonio (1941), *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Habana.

Fuentes legales:

- Código Civil de Bolivia, aprobado por Decreto Ley No. 12760 de 6 de agosto de 1975.
- Código Civil de Costa Rica, en Decreto N° 30 de 19 de abril de 1885.
- Código Civil de Colombia, Ley No. 57 de 1887.
- Código Civil de Cuba, Ley N° 59/1987 de 16 de julio anotado y concordado por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2011.
- Código Civil de Chile, aprobado por el Decreto 1937 de 29 de noviembre de 1976.
- Código Civil de Ecuador, publicado en Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005, en sus últimas reformas de Ley No. 0, publicada en *Registro Oficial Suplemento* 843 de 3 de diciembre del 2012.
- Código Civil de El Salvador, Ley de 4 de febrero de 1854, publicado en *Gaceta Oficial* No. 85 - Tomo 8 del 14 de abril de 1860.
- Código Civil de Honduras, aprobado por Decreto No. 76/1906, el 8 de febrero de 1906.

- Código Civil de Nicaragua, reformado por Ley No. 186, de 16 de noviembre de 1995.
- Código Civil de Panamá, Ley N° 2 de 22 de agosto de 1916, en *Gaceta Oficial* N° 2 418 de 7 de septiembre de 1916.
- Código Civil de Paraguay, Ley No. 1183 de 1985.
- Código Civil de Perú, promulgado por Decreto legislativo 295 de 24 de julio de 1984.
- Código Civil de Uruguay, aprobado por la ley 16.603 de 19 de octubre de 1994.
- Código Civil de Venezuela de 1942, modificado en 1982, en *Gaceta N° 2.990 Extraordinaria* de 26 de julio de 1982.
- Código de Derecho Internacional Privado, Código Bustamante, aprobado en la VI Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928.
- Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, aprobado por Ley No. 7/2014, de 8 de mayo de 2014, en *Gaceta Oficial Digital*, 8 de mayo de 2014, http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27530/GacetaNo_27530_20140508.pdf (fecha de consulta: 16/12/2020).
- Ley N° 544 de 2014 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, de 15 de octubre de 2014, en *Gaceta Oficial de la República Dominicana*, 18 de diciembre de 2014.
- Ley de Derecho Internacional Privado de Uruguay, de 7 de octubre de 2016.
- Ley de Derecho internacional Privado de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 36.511 de 6 de agosto de 1998, <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/ldip.html> (fecha de consulta: 16/12/2020).
- Ley de Introducción al Código Civil brasileño, en Decreto Ley No.4.657 de 9 de abril de 1942.
- Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, en *DO* N° L 201, de 27 de junio de 2012.
- Tratados de Derecho Internacional Privado suscriptos en Montevideo en 1889 y 1940, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/16/tratados-de-derecho-internacional-privado-suscriptos-en-montevideo-en-1889-y-1940.pdf> (fecha de consulta: 25/11/2020).

BLOQUE TERCERO

**El Estado de Derecho
en tiempos de pandemia**

VACUNACIÓN FORZOSA Y AUTONOMÍA DEL PACIENTE

JAVIER PARRILLA VERGARA

Universidad de Sevilla

jparrillavergara@gmail.com

Aludir al fenómeno de la vacunación en el ámbito jurídico español nos obliga a realizar una afirmación en virtud de la cual es posible manifestar *ad limine* que la vacunación no es obligatoria en España. Sin embargo, la práctica del Derecho es poco dada a axiomas por cuanto la literalidad de la norma es sin lugar a duda un escaso reflejo de la fecunda realidad social a la que los Juzgados y Tribunales se enfrentan.

La eclosión del SARS-CoV-2 ha supuesto uno, si no, el gran desafío del presente siglo. Un desafío sanitario, que ha trascendido los límites de hospitales y laboratorios afectando en sobremanera a todo el ámbito humano, inclusive el Derecho. Junto con la evidente problemática sanitaria, la incidencia del virus ha supuesto una verdadera prueba de tensión al Estado de Derecho, el cual se ha visto -y ve- obligado a adoptar medidas para la lucha contra la pandemia con un ordenamiento que pese a esbozar la posibilidad¹ no contaba con mecanismos específicos para la lucha contra fenómenos pandémicos.

En este devenir, el descubrimiento de vacunas efectivas contra el SARS-CoV-2, cuyo nacimiento está llamado a forzar el fin de la mortal incidencia del virus, ha hecho relucir no sólo las reticencias de ciertos sectores de la población por la vacunación, sino también la incidencia que ello pudiera tener en la estrategia de vacunación respecto de aquellos que se niegan a recibirla.

¹ En este sentido, *vid.* el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio: “En los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto, la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, *las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas*, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales”.

1. VACUNACIÓN FORZOSA Y PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

Como *supra* exponemos, la vacunación en España queda regida por el principio de voluntariedad, por cuanto tal y como la propia Ley General de Salud dispone en su Preámbulo, la salud, de conformidad con lo expuesto por el art. 43.1 CE, es una forma de vivir *autónoma*. No obstante, el propio Comité de Bioética de España ya reseñaba que pese a no existir un marco regulatorio específico “se entiende que existe base legal suficiente que permitiría que los poderes públicos competentes adoptaran la decisión de vacunación forzosa” (Comité, 2016; p. 5) en supuestos de pandemia como al que asistimos en la actualidad. El principal argumento que asume el Comité es la existencia de un derecho constitucional a la salud de naturaleza bifásica, tanto como derecho subjetivo del ciudadano como interés colectivo (Comité, 2016; pp. 11 y ss.). Sin embargo, estos argumentos han de decaer por cuanto como el propio dictamen soslaya, el marco legal aludido², en el caso de la Ley General de Salud, ni siquiera posee la naturaleza de Ley Orgánica, por lo que cualquier restricción de derechos fundamentales por mor de ello, sería manifiestamente inconstitucional. Otros como TOLOSA TOBIÑO asumen que el tenor del art. 26³ de la Ley General de Sanidad facultaría la vacunación obligatoria siempre y cuando se encontrasen suficiente justificación (Tolosa Tobiño, 2021; pp. 4 y 5). No obstante, en puridad la justificación aludida no puede ser siquiera soslayada de la legislación ordinaria; ni del propio Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre o la normativa que lo desarrolla (Fiscalía, 2021; pp. 1 y 2), las cuales no hacen mención alguna a la vacunación obligatoria.

Por ello, entendemos viable considerar que **la vacunación en España es voluntaria**, no existiendo medidas legales que amparen una exigencia de vacunación obligatoria y general para la totalidad de la población, inclusive en el escenario de pandemia.

Sin embargo, pese a que como decimos, en la cuestión de la vacunación rige el principio de voluntariedad, no son pocos los pronunciamientos judiciales que han autorizado la administración obligatoria de alguna de las vacunas contra el SARS-CoV-2. Por tanto, si la vacunación en España es voluntaria, *¿cuáles son los argumentos que posibilitan la vacunación forzosa de una persona?*

² De igual manera, se alude a la discutible eficacia de la Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944.

³ “En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes (...) y *cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas*”.

2. VACUNACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

Esta cuestión obliga a deslindar la cuestión de la vacunación a la luz de la autonomía, en este caso, propia del ámbito sanitario, del individuo como paciente. Partimos de la base de que tal y como declara el Preámbulo Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, la normativa sanitaria tiene por fin “el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual” por lo que tiene a bien instaurar la figura del consentimiento informado⁴ como cortapisa a cualesquiera actuaciones médicas arbitrarias que no cuenten con la libre aceptación del paciente. Entre ellas, entendemos, la vacunación contra el SARS-CoV-2.

Sobre el consentimiento informado y su necesidad, la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE dispone en su art. 3⁵ la obligación de que los facultativos respeten el consentimiento del paciente, lo cual ha sido refrendado por el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, de 4 de abril de 1997, cuyo art. 5⁶ vuelve a reafirmar la necesidad de que la intervención médica venga precedida del consentimiento libre e informado del paciente.

En este devenir la jurisprudencia del propio TEDH ha venido a establecer que el tratamiento médico no consentido por el paciente adulto y con plenitud de facultades es lesivo para con su derecho a la integridad física⁷ tal y como el Pleno del Tribunal Constitucional lo hace en su Sentencia, 154/2002, de 18 de julio de 2002, si bien con matices no compartidos habida cuenta de la edad del paciente (Parrilla Vergara, 2021; pp. 14 y ss.).

⁴ Art. 3: “A efectos de esta Ley se entiende por (...) Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

⁵ “Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica (...) En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular (...) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”.

⁶ “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

⁷ “63. While it might be pointed out that death was not the intended consequence of the applicants' conduct in the above situations, the Court does not consider that this can be a decisive factor. In the sphere of medical treatment, the refusal to accept a particular treatment might, inevitably, lead to a fatal outcome, yet the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention” (STEDH, Sección Cuarta, de 29 de abril de 2002, Pretty v. Reino Unido)

Sea como fuere, **cualquier tratamiento médico debe estar precedido por el consentimiento del paciente**, inclusive la vacunación, por lo cual, ante la inexistencia de un consentimiento válidamente prestado, no existen argumentos que nos permitan concluir la viabilidad jurídica de la administración de la vacuna sin el consentimiento del paciente. Por cuanto, una intromisión sin el consentimiento del individuo/paciente es y debe ser perseguible penalmente ya que supone una intromisión ilegítima en su esfera de autonomía, en este caso, constituyéndose como una lesión de la integridad física constitucionalmente protegida *ex art. 10.1 CE*.

Así, concretada la capacidad para consentir, el consentimiento informado ha de ser recabado, ya sea forma verbal o escrita⁸, del propio paciente. Sin embargo, *¿qué ocurre cuando el paciente no puede prestar consentimiento alguno?* Es el caso, de entre otros, las personas discapacitadas necesitadas de especial protección y, por ejemplo, de aquellas personas que sin tener la capacidad judicialmente modificada no poseen capacidad para consentir habida cuenta de alguna de las patologías que sufren.

2. 1. Exención de la obligación de recabar el consentimiento del paciente

Ante este escenario, son tres, las posibilidades que la norma ofrece: es posible prescindir del consentimiento del paciente en aquellos supuestos aplicativos de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública en los que existe un riesgo para la salud pública (i), la cual entendemos no sería aplicable al supuesto de la vacunación forzosa de la población española por cuanto su art. 2 se refiere “a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad” a lo que se añade que el propio ámbito de la norma (art. 3) se circunscribe al “control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos” lo cual no aplica a los pacientes susceptibles de vacunación, es decir, aquellos que no tienen el virus activo.

De igual manera, se habilita al facultativo a prescindir del consentimiento informado concretada la existencia de un “riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización” (ii), sin embargo,

⁸ Art. 8.2 de la Ley de Autonomía del Paciente: “El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

el riesgo inmediato en la situación de pandemia ha de relativizarse por cuanto, asimismo el tenor de la norma hace referencia a casos en los que el facultativo actúa amparado por el consentimiento presunto (se habla de consultar a la familia, si fuera posible) el cual no es de aplicación siempre que quepa el consentimiento real, en este caso, a través del representante.

En último lugar, la norma (art. 9.3 LAP) hace referencia al consentimiento de aquellos individuos que por su edad (“paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”), por su especial condición física o psíquica o, por mediar resolución judicial firme de incapacitación no puede ser prestado por el propio paciente.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Es (o son) los casos que en su mayoría han venido sustanciándose ante nuestros Juzgados y Tribunales en relación con la *vacunación forzosa de personas residentes en centros de mayores y de menores*, especialmente en supuestos en los que media un criterio diferente entre los progenitores respecto a la vacunación de estos.

Hemos de aclarar que la edad no es el criterio determinante a la hora de verificar la capacidad para consentir, al contrario, es el juicio de capacidad natural lo que determina si un individuo posee tal capacidad para consentir (Parrilla Vergara, 2021; p. 7 y ss.). Por tanto, asumir que la elevada edad de una persona es impeditiva para la prestación del consentimiento es jurídica -y lógicamente- incorrecta. De igual manera, admitir que la vacunación general de la población de edad avanzada es obligatoria o bien, susceptible de ser impuesta por vía judicial, supondría una clara contravención del art. 14 CE, máxime cuando como recuerda el propio Comité de Bioética de España, la vulnerabilidad “no sólo se predica de determinadas condiciones o contextos en los que se encuentre el ser humano, sino que, en su primer sentido y más general, es una característica esencial de la naturaleza humana” (Comité, 2017; p. 9).

Si bien es cierto que los pronunciamientos analizados toman en consideración la ausencia de capacidad natural para consentir de las personas a las que -pese a la negativa de sus representantes- les es administrada la vacuna. Es el caso del Auto de 4 de febrero de 2021 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº16 de Granada en el cual se desestima la pretensión del descendiente, aún constandingo que el paciente en cuestión aún poseía anticuerpos tras haber pasado el virus:

“En el presente supuesto, el hijo mantiene una postura comprensible desde un punto de vista humano; sin embargo, aunque su padre haya pasado la enfermedad de coronavirus

y presente anticuerpos al virus a las fechas de las pruebas serológicas, no puede la ciencia en su estado actual determinar con precisión el tiempo de inmunidad al virus, evidenciándose que este es altamente variable en atención a las características personales del paciente - en este caso paciente de alto riesgo -, curso de la enfermedad, cepa de contagio, etc., habiéndose descrito casos en los que se ha producido nuevo contagio o reinfección. El riesgo, pues, no ha desaparecido, de forma que puede afirmarse que en las actuales circunstancias el riesgo de no vacunarse es mucho mayor que el de hacerlo, lo que supone, en definitiva, que el mayor beneficio es la vacunación y que sería contrario a la salud del paciente no hacerlo en tanto se incrementaría el riesgo de volver a contraer esta enfermedad, debiendo significarse, además, que la vacuna cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento”.

De igual manera, el Juzgado de Primera Instancia nº17 de Sevilla (Auto 47/2021 de 15 de enero) se apoya en las consideraciones del informe del médico forense para declarar que el paciente no posee la capacidad para consentir, supliendo entonces no sólo la capacidad del titular, sino la del representante, declarando la procedencia de administrar la vacuna.

“Pese a ello decidió no otorgar su consentimiento a la vacunación de su madre, como así consta expresamente en dicho documento. Alega que prefiere esperar antes de ser vacunada su madre, entendiéndolo que la vacuna no es del todo segura, y dada la rapidez con que se ha iniciado la vacunación, de forma que no se ha podido determinar la existencia de efectos adversos. Los argumentos esgrimidos son comprensibles y legítimos, propios de la génesis de una toma de decisión acerca de la vacunación de un familiar, pero que deben decaer frente al carácter seguro de la vacuna Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento, siendo en todo caso mayor y más grave el riesgo de contraer la infección por coronavirus, que la de padecer algún efecto secundario grave (...) Sobre esta base fáctica, finalmente, se considera que la vacunación contra el Covid-19, solicitada es una medida médico-sanitaria necesaria, que tiende a proteger adecuadamente la salud de la Sra. DELIA, que por su edad, su situación pluripatológica, y su estancia en un Centro de Mayores -dónde es un hecho notorio y público que se han dado altos índices de contagio y mortalidad por la Covid-19-, se configura como la única alternativa eficaz para la adecuada protección de su vida frente al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave por Covid-19”.

En el caso de los menores, el Auto 225/2021 de 28 de julio del Juzgado de Primera Instancia nº51 de Barcelona, que pese a reconocer en base a las afirmaciones del médico forense que la vacuna no es imprescindible, otorga la razón a la madre de los menores permitiendo la vacunación pese al rechazo del padre de estos y de los propios menores:

“En la audiencia de los menores, Victorino y Teodulfo han manifestado que no quieren vacunarse porque su padre lleva muchos meses recabando información sobre los efectos secundarios de la vacuna del Covid-19, aunque no concretan cuáles son más allá de generalidades (...) En cuanto a la oposición a la vacuna de Covid-19, no se argumentan tampoco los motivos de la misma, más allá de la información que parece haber recabado el Sr. Leovigildo a través de redes sociales o de internet en relación con posibles efectos negativos futuros. Sin embargo, es un hecho notorio que la vacuna ha sido aprobada por la Agencia Europea del Medicamento y por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, lo que permite suponer que se ha elaborado con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia (...) Con estos datos, no puede apoyarse la posición del Sr. Leovigildo contraria a la vacunación de los menores, ni mucho menos la negativa a que los mismos se sometan a test para detección del virus en el centro educativo, previstos en los protocolos que se aportan con la solicitud como documentos nº 28 a 31. Resulta incomprensible que el padre adopte una posición obstaculizadora, sin valorar el riesgo que supone la infección de Covid-19, y más cuando durante las últimas semanas se ha incrementado de manera exponencial el contagio entre los menores de 30 años, como es también un hecho notorio reflejado en todos los medios de comunicación”.

Aludiendo a la existencia de riesgos inherentes a la propia experiencia vital de la menor como eventual justificación a la vacunación de la menor -ante la negativa de su padre- se pronuncia el más reciente Auto 11/2022 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº7 de Avilés en fecha de 13 de enero, a saber:

“La decisión sobre quien debe atribuirse la facultad de decidir si la menor debe ser vacunada contra covid o no debe atribuirse en interés de la menor. El padre se opone porque considera que la vacuna no está suficientemente desarrollada para saber qué efectos secundarios con el tiempo pueden producir, y que en todo caso en los supuestos de menores no hay estudios que avalen que sea necesaria para lo mismos ante la escasa entidad de los síntomas que produce el covid en menores (...) obvia el padre que todos los días y en todas las actividades que realiza con la menor existe un riesgo de que pueda sucederle algo, y no por ello deja de hacerlo ponderando las posibilidades y las circunstancias; como de igual manera se le pudiera responsabilizar a él de no vacunarla y que le pudiera pasar unas secuelas graves; y en esta situación de desconocimiento de desarrollo de esta pandemia , no debe responsabilizarse a nadie de una y otra decisión cuando las consecuencias futuras no son previsibles ni previstas en ningún caso, pero lo cierto es que hoy en día se vienen recomendando por las autoridades científicas”.

En cualquier caso, ninguno de los pronunciamientos aludidos hace mención del grado de afectación que la capacidad del paciente poseía, más cuando, el art. 5.2⁹ LAP sí que expone la necesidad de exponer al paciente de manera comprensible sobre la intervención médica, si bien el art. 9.3¹⁰ LAP no menciona preceptiva audiencia a dichos sujetos.

4. VACUNACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

En este devenir, resuelta apropiado asumir que la vacunación forzosa -sin el consentimiento del paciente o su representante- debe regirse estrictamente por el principio de proporcionalidad. Ponderación que ha de ser tomada en consideración por nuestros Juzgados y Tribunales los cuales deben sopesar, en primer lugar, que la edad no presume la capacidad de consentir; es tan válido el consentimiento del menor de 16 años (*v.gr.* art. 183 *quater* CP) como el de la persona mayor, en segundo lugar, que ante la ausencia de consentimiento, argumentos como la salud pública, han de decaer como fundamento de una eventual vacunación obligatoria por cuanto no existe un marco legal que permita tal actuación, y en tercer y último lugar, en aquellos supuestos en los que no es posible recabar el consentimiento del paciente es preciso respetar en la medida de lo posible la decisión del representante, que por ser -habitualmente- persona cercana al propio paciente debiera conocer su voluntad con mayor exactitud. No obstante, llegado el caso de que el órgano competente considerase que por la vacunación pasa por ser el “mayor beneficio para la vida o salud del paciente” (art. 9.6 LAP) se deberán extremar las cautelas, más cuando la propia norma asume la necesidad de contar con el criterio del paciente (aunque no se establezca un trámite de

⁹ “El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”.

¹⁰ “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

audiencia preceptivo), incluso en aquellas ocasiones en las que nos encontramos ante personas discapacitadas necesitadas de especial protección (art. 9.7¹¹ LAP).

Y es que, no sólo se requiere del consentimiento del paciente (o su representante), el cual queda expresado de forma oral o escrita, sino que un verdadero consentimiento necesita de su exteriorización y del verdadero conocimiento respecto de lo que se consiente y del riesgo que con ello se asume, en este caso, de la vacunación contra el SARS-CoV-2.

BIBLIOGRAFÍA

- Comité de Bioética de España (2016), *Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario*, 2016. Disponible en <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/index.php> (fecha de consulta: 04/07/2021).
- Comité de Bioética de España (2017), *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2017. Disponible en <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/index.php> (fecha de consulta: 10/07/2021).
- Fiscalía del Tribunal Supremo (2021), *Comunicación de 24 de febrero de 2021 sobre la vacunación forzosa de personas mayores de edad*. Disponible en <https://liberumasociacion.org/wp-content/uploads/2021/04/INFORME-FISCALIA-TRIBUNAL-SUPREMO-SOBRE-VACUNACION-OBLIGATORIA-.pdf> (fecha de consulta: 08/07/2021).
- Tolosa Tribiño, César (2021), «Problemas legales de la vacunación en España» *Diario La Ley*, 9784, Wolters Kluwer, pp. 1-13.
- Parrilla Vergara, Javier (2021), «Consentimiento y discapacidad. Reflexiones sobre la derogación del art. 156 II CP», *Revista General de Derecho Penal*, 35, IUSTEL, pp. 1-30.

¹¹ “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DE LA STC 148/2021 DE 14 DE MARZO

FERNANDO BABI RUIZ¹
Universidad de Sevilla
fernandobabirui@gmail.com

El presente trabajo nace fruto de las reflexiones realizadas tras de la lectura de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 2054/2020 en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y sus posteriores modificaciones.² No se pretende aquí realizar un análisis exhaustivo de la afectación de cada uno de los derechos fundamentales tratados en la sentencia, ni de sus límites, ni de la proporcionalidad o desproporcionalidad de las medidas adoptadas bajo el paraguas del estado de alarma, lo que excedería con mucho las lindes de este

¹ Proyecto de investigación "Constitutionalismo multinivel y gobernanza mundial: fundamentos y proyecciones del cosmopolitismo en la sociedad del riesgo global" (PID2020-119806GB-I00).

² BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021, páginas 93561 a 93655 (95 págs.) cuyo extracto reza: Pleno. Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Estado de alarma: nulidad parcial de los preceptos que restringen la libertad de circulación y habilitan al ministro de Sanidad para variar las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas; inadmisión del recurso en relación con la orden ministerial. Votos particulares.

trabajo, sino que, por el contrario, me gustaría llamar la atención sobre la circunstancia de que la sentencia, dictada por el pleno, cuente con hasta cinco votos particulares³ de los once magistrados que componen el pleno y realizar unas modestas consideraciones al respecto.

Ciertamente, la complejidad de la materia tratada en la sentencia –o, mejor dicho, del conjunto de materias a la vista de las múltiples proyecciones de la figura del estado de alarma en los distintos derechos fundamentales implicados– dificultan la consecución de un fallo consensuado y unánime por la totalidad de los magistrados. Así, aunque no se identifique con el arquetipo de caso difícil de Dworkin⁴, no cabe duda de que por los principios y derechos fundamentales comprometidos, por su repercusión social, por el número de afectados, por la ausencia de corriente jurisprudencial sobre la materia, etc. la resolución del caso presentaba una considerable complejidad. A todo ello, debe sumarse la existencia de un único precedente de aplicación de la figura del estado de alarma, en el caso de los controladores aéreos del año 2010⁵. Por ello, al menos a priori, difícilmente podía esperarse una sentencia que contase con el respaldo unánime de los magistrados y, en consecuencia, sin ningún voto particular.

Con todo, la deliberación y votación en el Tribunal Constitucional siempre ha estado rodeada en un halo de misterio, pese a que, como dispone el artículo 80 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), en lo relativo a la deliberación y votación resulta de aplicación supletoria lo

³ Votos particulares del presidente, don Juan José González Rivas y de los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón.

⁴ No resulta aplicable el estándar de caso difícil creado por Dworkin, el cual parte para otorgar dicha calificación de que un caso no sea subsumible en una norma jurídica, lo cual no sucede en el caso presente por la vigencia de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Vid. Dworkin, 1989: 146 y ss. En palabras de Zagrebelsky, por "casos difíciles entendemos aquellos que no se prestan a ser decididos en aplicación de una norma reconocida, siendo esta inexistente, poco clara, poco pertinente, contradictoria con respecto a los demás" (Zagrebelsky 2009: 88-89).

⁵ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril que desestimó el Recurso de amparo nº 4703/2012 interpuesto contra el Auto de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 2011, confirmado en reposición por Auto de 1 de junio de 2012, por el que se declara la inadmisión del recurso contencioso-administrativo núm. 153-2011 interpuesto contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, el acuerdo del Consejo de Ministros, de 14 de diciembre de 2010, por el que se solicita del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma y el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre

dispuesto en Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En particular, y según establece el artículo 90 de la LOTC, con carácter ordinario y salvo los casos exceptuados en dicha norma, las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación, desempataando, en su caso, el voto del Presidente.

Así, tras la exposición de sus ponencias por los magistrados se produce la deliberación y posteriormente la votación. Como en todo órgano colegiado, “todo lo que queda es recurrir a la regla de la mayoría” (Zagrebelsky, 2009: 304).

1. FACTORES INFLUYENTES EN EL RESULTADO DE LA VOTACIÓN

Sin perjuicio de los factores que pudieran influir para cada supuesto objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional de forma concreta o de aquellos que pudieran afectar a un magistrado en particular, de manera más genérica, podemos distinguir entre factores endógenos, factores exógenos y factores mixtos. Así, los factores endógenos serían aquellos originados en el seno del propio Tribunal Constitucional o motivados de forma más o menos directa por su actuación o la de sus miembros. Entre estos factores endógenos, podemos destacar:

a) La pericia en la redacción de la sentencia por magistrado ponente. Como indica Aragón Reyes, el texto se redacta por el ponente pero después se complementa con la participación activa de los demás magistrados del Pleno, siendo el texto completo el que debe recibir la aprobación del Tribunal (2018: 380). La destreza, objetividad y ecuanimidad del ponente en la redacción de la resolución coadyuvará a que la misma sea apoyada por sus colegas. Por el contrario, si la redacción de la resolución adolece de claridad, resulta fragmentaria, imparcial o subjetiva, dificultará que la misma sea apoyada por el resto de magistrados, lo que a su vez contribuirá a la existencia de un mayor número de votos particulares.

b) La pericia argumentativa de los magistrados en orden a defender sus razonamientos y conquistar el parecer de sus compañeros. El poder de convicción y la destreza argumentativa sirven como instrumento para aunar la opinión de los magistrados, generar consenso e, indirectamente, evitar la existencia de votos particulares. De igual modo, la honradez y humildad de los magistrados reconociendo los argumentos de sus colegas como más acertados que los suyos influirá en capacidad del tribunal de alcanzar una decisión unánime. En palabras de Zagrebelsky;

“El "buen juez" no es el que se limita a afirmar sus propias convicciones, y entonces sucede lo que debe suceder; es el juez quien sabe implementar estrategias capaces de sumar el consentimiento de los demás jueces. La participación en la vida de una Corte no es el testimonio de las propias creencias, sino la acción para transformarlas en "opiniones" de la propia Corte.” (Zagrebelky, 2009: 366)

Por otro lado, como factores exógenos al propio tribunal, encontramos:

a) La complejidad del caso. En estos supuestos, la labor de los magistrados en orden a la elaboración de sus ponencias en el pleno y el estudio de las ponencias ajenas se torna compleja por la propia complejidad del caso objeto de análisis (Aragón Reyes, 2018: 380). Son numerosos y variados los elementos cuya concurrencia pueden influir en la mayor o menor complejidad del caso presentado al tribunal, por lo que resulta aventurado proponer una relación tasada de los mismos. No obstante, entre los más reconocibles, podemos destacar:

1. La existencia o no de norma reconocida de aplicación, por ser esta inexistente, poco clara, poco pertinente o contradictoria con respecto a los demás (Zagrebelky, 2009: 88-89). Cuando el supuesto presentado ante el tribunal aparece regulado en una norma positiva, el objeto de estudio resulta acotado por el contenido de dicha norma. Por el contrario, ante la ausencia de norma reguladora o la existencia de norma poco clara, poco pertinente al supuesto analizado o contradictoria con otra u otras normas de aplicación, el marco objeto de discusión se acrecenta y, con ello, los argumentos y posturas a defender por cada uno de los magistrados. La inexistencia de norma de aplicación obliga al juez constitucional a buscar una respuesta al caso en la Constitución, recurriendo con frecuencia a la interpretación de los principios constitucionales.
2. La repercusión social del caso y la presión que pueda ejercerse desde diferentes sectores sobre el Tribunal. Sirvan como ejemplos la sentencia del TC 62/2011, de 5 de mayo de 2011 que permitió la concurrencia a las elecciones de la coalición Bildu; la sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña; la sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008 que declara la constitucionalidad de la Ley de Violencia de Género y justifica el distinto tratamiento penal al maltratador; la sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, etc.
3. Los aspectos morales, éticos y religiosos que puedan concurrir en el supuesto sobre el que el tribunal debe pronunciarse. Pensemos en casos

como el aborto, el velo islámico, el matrimonio homosexual o la libertad religiosa ante la negativa de los padres de un menor que murió tras negarse a que el niño recibiese transfusiones de sangre analizado en la sentencia TC 154/2002, de 18 de julio. Desde una perspectiva positivista pudiera aducirse que estas cuestiones no guardan relación con el Derecho, si bien, como señala Zagrebelsky:

“Los grandes problemas del derecho nunca están en constituciones, códigos, leyes, decisiones de los jueces u otras expresiones similares del "derecho positivo" con las que los juristas tienen que lidiar, ni han encontrado allí su solución” (2009: 119).

Y es que, las sociedades contemporáneas se caracterizan un pluralismo cultural, moral e ideológico, en ocasiones de planteamientos antitéticos entre sus sujetos, que coexiste en la realidad social del Estado. Estos aspectos morales y éticos, además de como factor externo al tribunal, pueden afectar como factor interno al mismo. Así, los principios constitucionales se caracterizan por ostentar una fuerte carga moral. En palabras de Comanducci, los principios constitucionales son un “puente entre el Derecho y la moral” (2002: 101), de modo que, en su interpretación, cada componente del tribunal aplicará sus propias concepciones de valor, morales y éticas sobre el contenido del principio en liza, dificultando, en suma, el consenso y la unanimidad.

b) La concurrencia de principios constitucionales en el caso a resolver. Principios constitucionales caracterizados, por su objeto abierto y difuso, ofrecen al juez un abanico de posibilidades interpretativas mayor que la regla. Su interpretación mediante el método de la ponderación amplía los márgenes de discrecionalidad del juzgador lo que implicará una mayor variedad de argumentos y dificultará la unanimidad en la votación del tribunal. Y es que, si como se ha anticipado los principios constitucionales y el método interpretativo de la ponderación brindan al juzgador un mayor grado de discrecionalidad, de manera consciente o no el juez constitucional resolverá conforme a sus “propias, [y] subjetivas, concepciones de la justicia” (Comanducci, 2005: 92).

Por último, encontramos factores que pudiéramos denominar mixtos por situarse a caballo entre los factores endógenos y los exógenos, por lo que su concurrencia puede obedecer tanto a causas internas al propio tribunal, como a causas externas al mismo:

a) El tiempo transcurrido desde los hechos objeto de enjuiciamiento al momento del debate, bien sea por la propia tramitación procesal, bien por la conveniencia de

tomar distancia temporal con el conflicto y el debate social acaecido y, en consecuencia, perspectiva para afrontar el caso.

b) La existencia o no de una línea jurisprudencial clara. Como señala Aragón Reyes, en estos casos, como en los que presentan poca trascendencia constitucional, es poco frecuente la existencia de votos particulares, pero sí que el texto final se apruebe con la incorporación de opiniones de magistrados distintos al ponente (Aragón Reyes, 2018: 379). Como señala Dworkin sobre su modelo de juez Hércules “los jueces tienen el deber general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o de tribunales superiores cuyas bases lógicas, como dicen los juristas, abarquen en caso que tienen entre manos (1989: 177). La ausencia de una línea jurisprudencial clara puede deberse a que no se hayan planteado al tribunal asuntos similares para su resolución, lo que podría calificarse como factor externo, o a que los pronunciamientos previos del tribunal no hayan sido capaces de modelar una línea jurisprudencial consistente, lo que, en ese caso, podría calificarse como factor interno.

c) El método interpretativo aplicado. El método de interpretación que se aplique para la resolución del caso por parte del tribunal también supone un elemento que, de forma más o menos directa, influirá en el resultado de la votación. Sin perjuicio de los métodos clásicos de interpretación⁶, *grosso modo*, podemos indicar que el método subsuntivo basado en una sencilla operación silogística resulta más previsible y mecánico, aunque tiene en su contra que no puede ser aplicado en la interpretación de principios constitucionales. Por el contrario, la ponderación sí resulta aplicable en la interpretación de principios, pero plantea inconvenientes como el cuándo debe ser aplicada y cómo calibrar el peso de los principios en juego (Alexy, 2014: 17), a la par que conlleva un aumento de la discrecionalidad en la función judicial. Esta discrecionalidad⁷ característica de la ponderación implica una mayor variedad de argumentos en las posiciones de cada uno de los magistrados lo que, a priori, minorará las posibilidades de un resultado unánime de la votación y fomentará la existencia de votos par-

⁶ Los cuatro métodos enunciados por Savigny son la interpretación gramatical, histórica, sistemática o contextual y teleológica, a los que Häberle añade la comparación constitucional cultural como quinto método de interpretación (Häberle, 2010: 385-394).

⁷ Como ha señalado Prieto Sanchís; “la ponderación no elimina, sino que presupone la discrecionalidad” (2007: 278). En similar sentido, Zagrebelsky señala sobre la creatividad del juez; “El esquema lógico del silogismo normativo no se ha abandonado en absoluto, pero hace ya tiempo que se ha abierto camino la idea de que la premisa mayor (la norma aplicable) no está casi nunca íntegramente determinada por la ley y que, por consiguiente, para lo que falta, las decisiones del juez contienen elementos creativos que dependen de su elección, es decir, de su voluntad discrecional” (Zagrebelsky, 2014: 142).

ticulares. En las ocasiones en que el tribunal se decante por aplicar un método interpretativo u otro sin que las circunstancias jurídicas (ausencia de norma que prescriba un criterio de interpretación al caso) o fácticas (conurrencia de principios que implicaría el empleo de la ponderación) se lo impongan, este elemento actuará como factor de influencia en la votación de origen interno al propio tribunal. Ante la ausencia de regulación del método interpretativo a aplicar, el tribunal deberá ofrecer argumentos razonables para justificar por qué ha optado por dicho método. Por el contrario, cuando las circunstancias del caso impongan al tribunal a aplicar un método concreto de interpretación actuarán como factor exógeno.

2. LA UNANIMIDAD COMO FACTOR DE COHESIÓN EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Unanimidad, del latín *unanimitas*, hace referencia al conjunto de personas que tienen un mismo parecer, dictamen, voluntad o sentimiento. Si bien, en el caso del Tribunal Constitucional, la unanimidad no es un factor que opere *ex ante* de la votación porque cada uno de los magistrados tuviere ese parecer antes de afrontar la deliberación, sino que la unanimidad opera *ex post* a la deliberación y la votación. Así, diferentes sujetos con diferentes formas de pensar, como consecuencia del enriquecedor proceso deliberativo, alcanzan un criterio unánime⁸. Un único espíritu común a todos los participantes en la deliberación y en la votación, producto del común enriquecimiento derivado de la exposición y contraste de los distintos argumentos defendidos.

Por ello, cuando una sentencia del Tribunal Constitucional es adoptada por la unanimidad de los magistrados, sin que ninguno de ellos disienta y, en consecuencia, pronuncie un voto particular, la imagen del tribunal presenta mayor cohesión y la resolución mayor respaldo. Sin perjuicio de los argumentos desarrollados en la sentencia, la ausencia de detractores parece generar por sí misma persuasión. Como ha señalado Ahumada Ruiz, “es la publicidad del voto particular la que informa de la mayoría que apoya la decisión, en principio, toda decisión que no se acompaña de votos particulares se puede presumir unánime, ya que la sentencia no da noticias de las vicisitudes de la votación” (2000: 172).

De igual modo, el derecho se aprecia para el profano como algo más claro y delimitado, inspirando ciertas dosis de seguridad jurídica (Pérez Luño, 2000: 25-38), de confianza en la Constitución y en el ordenamiento jurídico.

⁸ Unánime, como término compuesto del numeral *unus* (uno) y de los vocablos latinos *anima* (aliento, vida, fuerza, alma) / *animus* (carácter, espíritu). En que lo aquí nos atañe pudiera interpretarse como unidad de espíritu.

La unanimidad de criterio del tribunal transmite una idea de consistencia de los principios sustanciales de la vida común y las reglas para el ejercicio del poder aceptadas por todos situadas al margen de la contienda política (Zagrebel'sky, 2009: 305-306). Genera confianza en dichos principios y reglas cuya defensa y garantía son fundamento del constitucionalismo. Confianza en que, ante posibles atropellos, la esencia de la Constitución y de los derechos fundamentales no son puestas en duda, al menos, por sus últimos defensores y por los más doctos en la materia.

Pero, desde el punto de vista contrario, el fallo por unanimidad implica la adopción de un único criterio común y cierra la puerta, al menos por el momento, a otras posibles interpretaciones alternativas. Implica la imposición de la mayoría a la minoría y la adopción de un criterio vinculante para el futuro, en momentos en que las circunstancias sociales, políticas, económicas, morales o religiosas que concurren tal vez no sean las mismas, lo que implicará un esfuerzo argumentativo para justificar el cambio de criterio que se pueda adoptar. Transmite la imagen de una concepción cerrada de la Constitución.

Por último, el carácter secreto de la deliberación (Aragón Reyes, 2018: 378) impide conocer si la unanimidad es producto de la opinión preconcebida de cada uno de los magistrados o fruto del proceso deliberativo. De ahí, que este desconocimiento de los motivos de la unanimidad impida valorarla como valor compartido y síntoma de cohesión, en aquellos casos en que sea resultado del proceso deliberativo, o como imposición mayoritaria y renuncia a otros argumentos, en el caso en que obedezca a la opinión preconcebida de los magistrados.

3. EL VOTO PARTICULAR COMO VALOR EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Cuando una sentencia del Tribunal Constitucional presenta un número elevado de votos particulares, las impresiones suelen ser las contrarias a las antes referidas: división del tribunal, influencias, fragilidad de la Constitución y del ordenamiento jurídico en su conjunto e, incluso, una sensación de que el caso no ha quedado resuelto de manera definitiva o, al menos, que la doctrina creada o seguida en esa sentencia puede ser modificada en el corto plazo. No olvidemos que, como señala Zagrebelsky, “el Tribunal decide no sobre la Constitución, sino según la Constitución” (Zagrebel'sky, 2008: 33), de modo que la concepción que se tenga sobre los valores y principios recogidos en la Constitución pueden cambiar con la evolución de los elementos sociales, culturales, morales, etc. que componen el ámbito constitucional.

El voto particular, según la prescripción del art. 90.2 de la LOTC, exige para que puedan quedar reflejados y publicados en la resolución que haya sido defendido en la deliberación, “tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación”. En consecuencia, la mera existencia y publicación del voto particular acredita una frustración, el menos parcial, del proceso deliberativo que puede apreciarse desde dos puntos de vista. Uno, colectivo, en cuanto a la falta de apreciación por parte del pleno -en el caso de análisis- de los argumentos y fundamentos esgrimidos por el autor del voto particular, su falta de consideración o su descarte del debate. Otro individual, en cuanto a la falta de capacidad argumentativa del autor del voto particular para fundamentar y ofrecer razones de peso que justifiquen su razonamiento o, simplemente, la ausencia de poder de convicción del mismo.

Como indica Cascajo (1986: 176), la existencia del voto particular obedece a “exigencias que derivan de un ordenamiento democrático”, del sentido de responsabilidad de los propios magistrados, de los imperativos ligados a los principios de colegialidad e independencia del órgano judicial *iudicante*, el enriquecimiento de la jurisprudencia y de las diferentes concepciones existentes sobre la Constitución.

En este sentido, el voto particular, aunque no repercute en el fallo, deja abierta una puerta a nuevas interpretaciones alternativas en el futuro. Y ello, en tanto que el voto –al igual que la sentencia, pero destacándose en este caso como fundamento del disenso mostrado- requiere de una justificación argumentativa del mismo. Argumentación que, como señala Vigo, “supone elegir de entre las respuestas disponibles en el derecho vigente para el caso en cuestión, y brindar los argumentos justificatorios de esa elección que permiten postularla como la que corresponde triunfar en la contienda” (2016:26). Ciertamente, la plasmación del voto particular no parece obedecer a que el magistrado disidente quiera dejar constancia de su posición ante el Tribunal, toda vez que tras el proceso de deliberación y fallo el resto de sus compañeros deberían conocer sus argumentos. Por el contrario, como señala Ahumada Ruiz, sus destinatarios se encuentran más vinculados con el ámbito académico y doctrinal, lo que permite que dichos argumentos no se pierdan junto con la derrota de la votación desarrollada en el Tribunal sino que pervivan y enriquezcan debates futuros (2000: 155-188).

El voto particular –o más concretamente, la existencia de un número elevado de votos particulares- puede ser interpretado como una debilidad de los principios fundamentales de la Constitución y de la vida democrática, ya que recoge planteamientos alternativos al recogido en el fallo sobre temas nucleares de la Constitución,

la democracia y el Estado, lo que transmite una imagen de indeterminación e inconsistencia de los conceptos, derechos, garantías e instituciones analizados en la sentencia. Así, en lugar de que el fallo sirva para zanjar la contienda política o social que haya desatado el conflicto objeto de enjuiciamiento, el mismo se reabre ante la existencia de criterios alternativos para el caso en cuestión. En palabras de Zagrebelsky, “la justicia constitucional no es una continuación de otra forma de la disputa que se desarrolla en estos lugares” (2009: 308). Aunque el voto particular no afecta a la fuerza vinculante de la sentencia, ésta sí pierde respaldo social y adquiere un matiz provisional, como si los criterios y argumentos aplicados pudieran ser objeto de modificación en un futuro cercano.

Sin embargo, el voto particular cuenta también con una perspectiva diferente. Si tomamos la cita de Zagrebelsky “toda decisión es una amputación, la renuncia a las posibilidades” (2009: 382), la decisión plasmada en la sentencia se presenta como un criterio escogido dentro del universo constitucional que implica indefectiblemente la renuncia a otros criterios, argumentos y perspectivas constitucionales que resultaron desechadas en el debate. Como señala el italiano, el valor de la Constitución como producto de la cultura (2009: 122), como reflejo y garantía del pluralismo, exige la posibilidad de que “las soluciones de hoy se pueden revisar mañana” (2009: 38), que la sentencia dictada hoy no impida el dictado de otra futura en otro sentido, de modo que la Constitución permanezca viva y abierta a nuevas posibilidades interpretativas sin necesidad de su reforma.

Es este ámbito donde el voto particular demuestra su doble valor, como producto de la responsabilidad e independencia del magistrado que lo formula y como instrumento de apertura de la jurisprudencia constitucional. Así, el voto particular coadyuva en la creación de una variedad de criterios alternativos al vencedor en la deliberación y recogido en el fallo, delineando nuevas sendas y planteamientos que, pese a la derrota presente, puedan resultar acogidos en el futuro, bien porque la realidad social, cultural, moral, etc. haya variado y demande como más correcta la solución contenida en el voto particular, bien porque sus argumentos hayan tenido acogida en mundo académico y doctrinal, divulgando sus argumentos como los más acertados para su aplicación futura.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada Ruiz, María Ángeles (2000), «La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional. Rationes dicidendi en la STC 163/1999», *Revista española de derecho constitucional*, Nº 58, pp. 155-188.
- Alexy, Robert (2014), «Principios formales», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 37, 15-29.
- Aragón Reyes, Manuel (2018), «La deliberación en los tribunales constitucionales», *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 38, Nº 112, pp. 377-385.
- Cascajo Castro, José Luis (1986), «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española», *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 6, Nº 17, pp. 171-188.
- Comanducci, Paolo (2005), «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en M. Carbonell y otros, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- Comanducci, Paolo (2002), «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Nº 16, pp. 90-102.
- Dworkin, Ronald (1989), *Los derechos en serio*, Barcelona, Airel.
- Häberle, Peter (2010), «Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas», *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº 13, pp. 379-414.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (2000), «La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Nº 15, pp. 25-38.
- Prieto Sanchís, Luis (2007), «Réplica a Juan Antonio García Amado», en M. Carbonell (ed) y otros, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, pp. 265-288.
- Vigo, Rodolfo Luis (2016), *Estado de derecho constitucional y democrático*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zagrebelsky, Gustavo (2008), *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta.
- Zagrebelsky, Gustavo (2009), *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Madrid, Einaudi.
- Zagrebelsky, Gustavo (2014), *La ley su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta.

OS RISCOS PSICOSSOCIAIS DO TRABALHO GIG INTENSIFICADOS COM A PANDEMIA

ÂNGELA BARBOSA FRANCO¹

Centro Universitário de Viçosa – Univiçosa, Brasil

catfranco20@hotmail.com

A possibilidade de se estabelecer uma comunicação econômica e rápida pela *internet* é fator crucial para o alastramento e acessibilidade da sociedade aos computadores, *smartphones* e *tablets*, bem como a criação e o fortalecimento das plataformas digitais.

Os trabalhadores *gigs* são pessoas que se vinculam às empresas-plataforma para conseguirem oportunidade de trabalho. Normalmente, realizam atividades transitórias para os clientes da plataforma digital, mas não necessariamente para a plataforma. Como os trabalhadores são pagos por produtividade, ficam o máximo de tempo possível logados ao *app*, que lhes envia a ordem de serviço para auferirem uma contraprestação.

A celeuma dessa forma organizativa está na infraestrutura criada pelas empresas virtuais para conectar a oferta e a demanda. Isso porque o empreendimento digital utiliza, como escudo para se esquivar de obrigações trabalhistas, a retórica de mera facilitadora da interação entre trabalhador e usuário. Assim, as plataformas virtuais não admitem a condição de provedoras dos serviços e nem têm interesse em contratar trabalhadores como empregados. Elas organizam e controlam o contato dos trabalhadores com os utentes ou os consumidores interessados e se aproveitam da conveniência da carência de normas protetivas para não assumirem responsabilidades na dinâmica trabalhista.

Nesse contexto, a gestão de um labor que ignora as normas de segurança e saúde, que não formaliza autênticas relações de emprego e que não preza pela dignidade no trabalho, gera efeitos negativos a nível psicológico, físico e social para os prestadores de serviços. Essa é a realidade do trabalhador *gig*. Embora ele usufrua de potenciais benefícios em termos de flexibilidade, no que concerne à liberdade para

¹ Doutora pela Universidade do Minho/Portugal. Professora do curso de Direito do Centro Universitário de Viçosa, Univiçosa, Brasil. Advogada.

definir sua jornada de trabalho, tende a ser um humano mercantilizado, pois está desprovido de direitos ou proteção jurídica e social adequada.

Com a pandemia de Covid-19, a demanda por serviços de entrega via *apps* cresce notavelmente e desperta reflexões críticas sobre o quanto os trabalhadores se encontram expostos aos riscos psicossociais, diante de uma forma organizativa de trabalho que se consolida e que provavelmente não vai deixar de existir pós-pandemia.

Sob essa perspectiva desenvolve-se a narrativa deste estudo, cujo objetivo é ressaltar os riscos psicossociais vivenciados pelos trabalhadores *gigs* e a necessidade de normas que responsabilizem, de forma efetiva, as plataformas digitais que se omitem a ofertar um ambiente de trabalho seguro e digno aos trabalhadores que a ela se vinculam.

1. OS RISCOS PSICOSSOCIAIS DO TRABALHO GIG

Na era do trabalho 4.0, os trabalhadores *gigs* se equiparam a uma mera extensão de dispositivos tecnológicos, na medida em que são coisificados ao sofrerem a usurpação de seus direitos sociais, especialmente os relacionados à segurança e à saúde no trabalho.

Devido à pandemia da Covid-19 e à necessidade do distanciamento físico, a demanda por soluções na nuvem cresce notavelmente. Os serviços de entrega, solicitados via *apps*, são protótipos. Como o ganho dos trabalhadores que se propõem a este tipo de atividade depende diretamente do número de tarefas concluídas, mesmo diante do iminente risco de contaminação do Coronavírus, o *delivery* é a oportunidade para uma multidão de pessoas auferir renda.

Nesse cenário, os riscos do exercício dessa profissão são negligenciados. Os entregadores ficam em contato com dezenas de pessoas e percorrem diversas localidades desprovidos de equipamentos de segurança ou treinamento para evitar a doença. Também precisam enfrentar a ausência de estabilidade e a necessidade permanente de ser acionado pelo *app* para ter trabalho. Ademais, necessitam se destacar perante a concorrência, angariar uma boa reputação da clientela e compatibilizar tarefas para alcançar um rendimento digno (Moreira, 2020).

Essa realidade não se limita às atividades de *delivery*. Pode ser identificada em diversos tipos de prestação de serviços via aplicativos. A questão é que a precarização do trabalho *gig*, intensificada com a crise sanitária da Covid-19, evidencia o quanto as estruturas ambientais e organizacionais do trabalho são instáveis e estão orientadas

de maneiras desfavoráveis aos trabalhadores. Por isso, a concretização de danos físicos e psíquicos, à essa classe trabalhadora, é provável.

A violência e o assédio no mundo do trabalho decorrem de diversos eventos em que os trabalhadores estão expostos, tais como: o contato com o público; o labor sem a tutela de normas trabalhistas; o ambiente de trabalho com recursos limitados; a prestação de serviços em jornada noturna; o isolamento do trabalhador ou o labor desempenhado em locais remotos ou residências particulares; a escassez de serviços; o trabalho em zonas de conflito; o convívio com taxas elevadas de desemprego; a má organização do trabalho com a falta de regras e de responsabilidades claras; a atribuição inadequada de tarefas; as metas de produção irrealistas; a comunicação diminuta com o tomador de serviços e as más relações trabalhistas (ILO, 2016: 40).

Além dessas hipóteses, também existem outros fatores que motivam o desenvolvimento de doenças psicossociais como a inexistência de normas garantidoras de salário mínimo ou de renda, a discriminação, a ausência de proteções de aprendizagem ou de garantia de educação ao longo da vida e a inobservância de padrões de saúde ou de segurança ocupacional (Moore, 2018: 30-31).

O trabalhador *gig* está exposto a todas situações citadas. A segurança do emprego e o conforto de se ter uma renda fixa não são vivenciados pela maioria dos trabalhadores que aderem à dinâmica laborativa das plataformas digitais. A falta de trabalho é uma preocupação comum, já que se ganha, por produtividade, apenas quando há demanda. Além disso, as avaliações a que os trabalhadores estão submetidos, devido ao retorno de satisfação dado pelo cliente à plataforma, podem se caracterizar como condutas de assédio moral. Se a plataforma descredencia os trabalhadores com baixa pontuação, coexiste, nesse relacionamento, o poder de advertir ou aplicar sanções. Logo, há o constrangimento, o terror psicológico ou o constante temor do trabalhador quanto ao julgamento repassado pelos clientes à plataforma digital. A avaliação dos usuários pode até ser injusta ou desarrazoada, visto que é subjetiva e nem sempre está relacionada com o desempenho do labor. Nos serviços de entrega e de transporte ou aplicativos de passeio, por exemplo, é possível o piloto obter uma nota ruim por atraso em virtude do tráfego pesado ou pela perda de cobertura de dados móveis. Também, é imaginável ter uma nota baixa pelo fato de o carro estar sujo devido à chuva ou ao local em que o condutor precisou circular. Esses fatores podem resultar no desligamento do trabalhador, por parte da plataforma que lhe fornece o serviço, sem que este sequer tenha a oportunidade de se justificar ou de se defender (Moore, 2018: 8).

Outro risco psicossocial é a imposição do cumprimento mínimo de metas ou de trabalhos, sob pena de desativação do trabalhador do empreendimento digital. Mesmo na ausência desta exigência, quem se dispõe a laborar para as plataformas tem ciência que a inação não lhe permite ser bem avaliado, ganhar um bônus ou uma melhor contraprestação. Além disso, há a probabilidade de o trabalhador, que não atende imediatamente à convocação para o labor, ser preterido com a oferta de trabalho de outros *gigs*. Dessa maneira, o trabalhador prefere comprometer seus períodos de desconexão, por não contar com outra alternativa a não ser estar sempre disponível (Amado, 2018: 267).

Da mesma forma, é preciso considerar como risco psicossocial a dificuldade de identificação do *status* de trabalhador como empregado ou autônomo. A ausência de um consenso sobre a natureza jurídica do trabalho das plataformas compromete a provisão de proteção social para trabalhadores da economia de plataforma, pois são forçosamente classificados como contratados por conta própria ao invés de empregados. Apesar de as plataformas se intitularem como meras empresas de tecnologia, com a função de organizar um banco de dados para a conexão entre prestador de serviços e cliente, essa classificação é, constantemente, desconstruída pelos tribunais de diversos países ao considerá-las empregadoras (Orsini; Chaves Júnior; Meneghini, 2021).

Alguns países legalmente atribuem aos trabalhadores, controlados pelos algoritmos, o epíteto de empregados. Exemplo disso ocorre na Espanha, nos termos do Real decreto-ley 9, de 11/05/2021, ao presumir a presença do vínculo de emprego entre trabalhador e a plataforma digital quando os entregadores que a ela se vinculam são assalariados e estão sob o controle direto, indireto ou implícito de seus algoritmos. Vale ressaltar que a Comissão Europeia apresentou, em 09/12/2021, projeto que prevê a presunção da relação de emprego dos trabalhadores de plataformas, o que gera a esperança dos *gigs* serem efetivamente tutelados como empregados, pelo menos, nos países da União Europeia². Na Austrália, estado de Nova Gales do Sul, é estabelecido, em fevereiro de 2022, o pagamento de um mínimo remuneratório, tanto para entregadores empregados como autônomos. Ainda assim, as citadas regras têm alcance limitado e não contemplam a pluralidade de trabalhos *gigs* disponibilizados no mercado.

No Brasil, até o momento, não há precedente dos tribunais superiores reconhecedor do vínculo de emprego entre trabalhador *gig* e plataforma digital. Em janeiro de 2022, somente após dois anos de pandemia de Covid-19, é inserida no

² COM(2021) 762 final.

ordenamento jurídico a Lei nº 14.297, que dispõe sobre medidas de proteção asseguradas a quem presta serviço por intermédio de empresa de aplicativo de entrega durante a vigência da emergência em saúde pública. Em seu bojo, há determinação que a empresa de aplicativo de entrega deve contratar seguro, sem franquia, contra acidentes pessoais, invalidez permanente ou temporária e morte, em benefício do entregador nela cadastrado. Também tem que assegurar ao entregador afastado, em razão de infecção pelo coronavírus, assistência financeira pelo período que se apresentar doente ou necessite se manter em isolamento. Ainda é imposto à empresa de aplicativo de entrega fornecer ao entregador informações sobre os riscos da Covid-19 e os cuidados necessários para se prevenir do contágio, bem como evitar a disseminação da doença. A Lei considera responsabilidade das empresas-plataforma o fornecimento de máscaras e de álcool em gel ou outro material higienizante, aos entregadores, para proteção pessoal durante as entregas. Apesar da referida norma impor obrigações à plataforma, minimizando os prejuízos que estão sujeitos os trabalhadores de plataforma no trabalho, declara que os benefícios e as conceituações nela previstos não servirão de base para caracterização da natureza jurídica da relação entre os entregadores e as empresas de aplicativo de entrega. Diante desse cenário, vale destacar que os comandos norteadores da norma se limitam a um tipo de trabalho *gig*: os serviços de entrega via aplicativo. Ademais, a Lei nº 14.297/22 tem sua eficácia condicionada ao período de pandemia, como se a demanda por essa atividade deixasse de ser relevante fora do contexto epidemiológico. Logo, nota-se que a norma em apreço desconsidera os vários arranjos contratuais provenientes da economia de plataforma, pois se atém aos serviços de entrega. Além disso, não contempla os demais riscos da atividade *gig*, alheios à Covid-19, inerentes ao exercício do trabalho intermediado por aplicativos.

Faltam normas trabalhistas para efetivamente regular, universalmente, as diversas modalidades de trabalho *gig* e garantir a prestação de um labor com dignidade. O que se percebe é a existência de um trabalho intermediado pelas plataformas digitais tolerado como menos merecedor de proteções trabalhistas (ILO, 2019: 53-54). Com base nisso, os trabalhadores de plataformas, em sua maioria, não têm os benefícios contratuais que evitam a fadiga ou acidentes de trabalho. Desprezadas são as prerrogativas de intervalos entre as jornadas, férias, treinamentos ou informações sobre segurança no trabalho. Muitos sequer recebem equipamento de proteção individual.

Estudos realizados pelo Conselho Europeu de Segurança de Transporte com trabalhadores engajados na economia *gig* confirmam que os ciclistas autônomos e os

motoristas de veículos automotores estão mais sujeitos a acidentes ou a lesões (European agency, 2018). A maioria deles, ao fazerem entregas ou conduzirem passageiros, não recebe nenhum treinamento de segurança em gerenciamento de risco. Ademais, os trabalhadores não possuem equipamentos de segurança adequados, como o colete de alta visibilidade, e são incentivados a dirigir em condições climáticas adversas ou tarde da noite. Há outros fatores que colocam o condutor em situação de perigo como a pressão para concluir rapidamente a tarefa designada e a distração no trânsito em virtude dos ruídos produzidos pelo aplicativo no telemóvel. Alguns *apps* emitem um alerta sobre o trabalho com janela de tempo para o trabalhador ter que confirmar rapidamente o aceite. Nessas condições, os participantes ficam propensos a multas ou colisões.

Algumas atividades *gigs* são completamente virtuais e outras dependem de trabalho físico para serem concretizadas. Diante das facilidades tecnológicas, da crise econômica mundial e do desemprego, uma multidão de pessoas tem ofertado seus serviços *on-line* e *off-line* nas plataformas (Ford, 2017: 30-33). As plataformas que medeiam o trabalho de uma multidão de pessoas *on-line*, também nominado *crowdwork on-line*, dependem da *internet*, o que as tornam empreendimentos potencialmente globais. O trabalho pode ser realizado em qualquer parte do planeta Terra, ou seja, sem a necessidade de um local certo para ser concretizado e pode ser executado de forma anônima. Além disso, o trabalho *on-line* pressupõe menores riscos e custos no desempenho das atividades. Por exemplo, não há despesas ou desgastes com locomoção para o trabalho. O ponto frágil da dinâmica de labor *on-line* é que a concorrência se dá entre trabalhadores de diversos países, “em uma espécie de leilão, em que somente os trabalhadores que estão dispostos a realizar um trabalho a menor preço terão emprego” (Signes, 2017: 31). Isso ocorre devido à ausência de uma norma internacional capaz de coibir a exploração da mão de obra em países com menor proteção legal. Essa inércia é responsável por minar oportunidades dos trabalhadores de outros países, cujas normas locais ou nacionais asseguram mais direitos à classe obreira.

As plataformas que coordenam o trabalho de uma multidão de pessoas *off-line*, *crowdwork off-line*, são aquelas que ajustam um serviço executado pessoalmente, em espaço determinado e, em razão disso, encontra-se abarcado por normas alcance local ou até mesmo nacional. É um tipo de atividade que requer o deslocamento físico do trabalhador e pode implicar em maiores riscos, como acidentes, multas de trânsito, dentre outros, bem como maiores custos ou gastos com transporte, vestuário e refeições. Apesar disso, devido ao fato do trabalho ser desempenhado em local

determinado, a concorrência não é a nível global e a legislação, comum a todos da região, tem como determinar igualdade de condições entre os trabalhadores.

Os riscos físicos são perceptíveis no *crowdwork on-line* e *off-line*. Doenças como estresse e lesões físicas por fadiga visual ou problemas musculoesqueléticos resultantes do manuseio de portáteis ou outros dispositivos de computação sem a ergonomia ou em local inadequado são prováveis (Huws, 2015: 2-3). No trabalho *off-line*, o prestador de serviços, ao concretizar suas atividades pessoalmente e em um local definido pela plataforma virtual, está em maior situação de vulnerabilidade. Existe a possibilidade de sofrer assédio por parte dos clientes e de potenciais acidentes, não somente pela falta de formação, mas também pela ausência de equipamentos, de vestuário de segurança e de clareza na especificação do trabalho. Vale ainda ressaltar que as interrupções e as distrações com os alertas enviados pela plataforma, durante a execução de um serviço no trânsito, são fadigosas para o trabalhador que realiza transporte de coisas e/ou pessoas e podem até ser fatais. Além disso, as interpenetrações das atividades laborais e não laborais, como tarefas domésticas, dificultam a concentração no trabalho. Os *gigs workers* que laboram em suas próprias residências, especialmente as mulheres que assumem a função de cuidadoras de crianças, de deficientes ou de idosos, estão constantemente expostos a interrupção do trabalho por crianças ou outro familiar, animais de estimação ou membros do público (Barzilai, Ben-David, 2017: 401).

Várias condições adstritas à economia *gig* são capazes de constituir um perigo psicossocial (Huws, 2015: 3-4). O descontrole do número de trabalhadores e do tipo de atividade desempenhada, bem como a precariedade do pagamento, visto que, em alguns casos, mesmo após executado o trabalho este pode ser considerado inaceitável e não pago pelo cliente, são questões preocupantes (Signes, 2017: 34). A intensidade de trabalho, com prazos apertados ou a baixo preço por unidade, sem pausas, acarreta a exaustão física e mental de quem presta os serviços. Como o trabalhador, na maioria das vezes, é autônomo, assume o custo para garantir sua saúde. Assim, ele convive com a preocupação da falta de pagamento durante os períodos em que pode ficar incapacitado por doença ou lesão.

A inexistência de um convívio social, no trabalho, também tem diversas implicações. Nas circunstâncias em que os trabalhadores não comunicam diretamente com o cliente final ou com seus colegas, ficam isolados e privados de voz ativa ou defesa. Mesmo se o trabalho *on-line* for realizado por equipes virtuais, os efeitos se mantêm por conta da distância geográfica de quem solicita o serviço. O *tecnostress* é mais uma hipótese de risco devido ao fato de se trabalhar juntamente com *robots* e sob as pressões de uma enigmática *AI* que objetiva a intensificação do trabalho *digital whip*

(Moreira, 2020: 288). Vale ressaltar que o isolamento também se torna perigoso caso venha desenvolver no trabalhador hábitos antissociais que acarretem danos à saúde, como a dependência de álcool ou drogas, transtornos obsessivos, depressões (Huws, 2015: 4).

Essas realidades precisam ser divulgadas e mais sensíveis aos olhos da sociedade, em busca de soluções para a proteção dos trabalhadores *gigs*. Os fatores de risco psicossocial devem ser discutidos e evidenciados, bem como necessitam ser delineadas as responsabilidades e obrigações das plataformas digitais perante os trabalhadores que dela são dependentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia impulsionou os serviços de entrega via *apps* e desvelou a precariedade que os trabalhadores enfrentam. Porém, essa não é uma realidade limitada aos trabalhadores que fazem os serviços de entrega. As modalidades de prestação de serviços via plataformas digitais são diversas e todas precisam ser normatizadas para garantir o bem-estar e qualidade de vidas dos trabalhadores que a elas se aderem, independentemente de um cenário epidemiológico.

Padrões mínimos de saúde e segurança devem ser estabelecidos em âmbito global, visto que determinados trabalhos *gigs* são concretizáveis em qualquer local. Seja qual for a modalidade de trabalho *gig*, *on-line* ou *off-line*, vários são os riscos psicossociais enfrentados pelos trabalhadores de plataforma.

A sociedade não pode ficar indiferente a esses riscos, nem as plataformas digitais podem se eximir da responsabilidade ao negligenciá-los, afinal, devem ofertar um ambiente de trabalho sadio para os trabalhadores que a ela se vinculam.

BIBLIOGRAFIA

- Amado, João Leal (2018), «Tempo de trabalho e tempo de vida: Sobre o direito de desconexão profissional», *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 52, pp. 255-268.
- Barzilay, Arianne Renan; Ben-David, Anat (2017), «*Platform Inequality: Gender in the gig economy*», *Seton Hall Law Review*, v. 47, pp. 393-431.
- Chaves Júnior, José Eduardo de Resende (2017), «Desafio do direito do trabalho é limitar o poder do empregador-nuvem», *Conjur*, <https://www.conjur.com.br/2017-fev-16/desafio-direito-trabalho-limitar-poder-empregador-nuvem> (fecha de consulta: 01/02/2022).

- European agency for safety and health at work (2018), *Segurança ocupacional e saúde na estrada*: trabalhadores da economia gig estão mais expostos a riscos de direção, <https://osha.europa.eu/pt/oshnews/occupational-safety-and-health-road-gig-economy-workers-are-more-exposed-driving-risks> (fecha de consulta: 10/09/2021).
- Forde, Chris et al (2017), *The social protection of workers in the platform economy*. Policy Department A: Economic and scientific policy, European parliament, November.
- Huws, Ursula (2015), «Análise sobre o futuro do trabalho, Bolsas de trabalho on-line ou externalização aberta «crowdsourcing»: Implicações para a segurança e saúde no trabalho», *European Agency for Safety and Health at Work*.
- ILO (2016), *Final report*, Meeting of Experts on Violence against Women and Men in the World of Work, International Labour Office, Conditions of Work and Equality Department, Geneva.
- ILO (2019), *Work for a brighter future*: Global Commission on the Future of Work, Geneva.
- Moore, Phoebe V (2018), *The threat of physical and psychosocial violence and harassment in digitalized work*, Geneva, international labour office.
- Moreira, Teresa Coelho (2020), «Algumas considerações sobre segurança e saúde dos trabalhadores no trabalho 4.0», Carelli, R. de L.; Cavalcanti, T. M.; Fonseca, V. P. (org.), *Futuro do trabalho*: Os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020, pp. 273-290.
- Orsini, Adriana Goulart de Sena; Chaves Júnior, José Eduardo De Resende; Meneghini, Nancy Vidal (2021), *Trabalhadores plataformizados e o acesso à Justiça pela via dos direitos*: regulações e lutas em países das Américas, Europa e Ásia voltadas ao reconhecimento, redistribuição e representação, Belo Horizonte, Expert.
- Signes, Adrián Todoli (2017), «O mercado de trabalho no século XXI: On demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho», Leme, A. C. R. P.; Rodrigues, B. A.; Chaves Júnior, J. E. R. (coord.), *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*, São Paulo, LTr, pp. 28-43.

LA RESPUESTA LEGISLATIVA DESDE EL ÁMBITO CONCURSAL A LA CRISIS DEL COVID-19

ALBERTO SANZ SANZ
Universidad Católica del Norte
alberto.sanz@ucn.cl

El presente trabajo está destinado a analizar la respuesta legislativa que desde el ámbito concursal se ha dado a la crisis económica que ha provocado la pandemia mundial ocasionada por el Covid-19. El Gobierno para hacer frente a esta situación aprobó el RDley de 28 de abril, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, convalidado por Ley 3/2020, de 18 de septiembre, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*.

Esta legislación elaborada para hacer frente a la pandemia mundial ocasionada por el Covid-19 presenta una serie de previsiones tendentes a regular determinadas especialidades en el ámbito concursal y, en consecuencia, se va a proceder a analizarlas de manera individualizada por la transcendencia que presentan para el concurso. La más interesante de todas las que se van a examinar en atención a sus efectos es la moratoria en la obligación que ostenta todo deudor de solicitar la declaración de su propio concurso de acreedores cuando se encuentre en situación de insolvencia¹. No obstante, se establece otras medidas de importante calado como son la posibilidad de instar la modificación del convenio o acuerdo de refinanciación, así como la suspensión de la obligación del deudor de solicitar la liquidación de la masa activa cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio concursal. Finalmente se tratará el especial tratamiento que durante un determinado período de tiempo se ha concedido a los créditos otorgados al empresario por personas especialmente relacionadas con él, con la finalidad de evitar una situación de insolvencia. Por tanto, la Ley 3/2020 determina que en los concursos que se declaren hasta el 14 de marzo del 2022

¹ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., "Modificaciones en la Obligación del Deudor de solicitar el Concurso y en Materia de Cumplimiento del Convenio a Causa del Convi-19", en *RCP*, 2021, núm. 34, apdo. I, pág. 1, -ed. electrónica-.

aquéllos tendrán la calificación de ordinarios y no de subordinados como impone el art. 281.1.5º TRLC.

1. MORATORIA CONCURSAL

La primera de las medidas concursales examinadas es la suspensión hasta el 30 de junio de 2022 de la obligación de solicitar la declaración del concurso de acreedores cuando el empresario se encuentre en estado de insolvencia –art. 6.1 Ley 3/2020–². Es un mecanismo que pretende proporcionar a los empresarios que se encuentran en una situación económica en dificultad un respiro para poder mantener su actividad, a la vez que se establece un dique de contención frente a una avalancha de posibles solicitudes de concursos de acreedores con el propósito de no saturar a los juzgados de lo mercantil, más cuando conforme el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil, recuperarán la competencia para conocer los concursos de persona natural que no sean empresarios que actualmente ostentan los juzgados de primera instancia tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³.

Inicialmente, la moratoria concursal se contempló en el RDley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. La normativa dispuso que mientras estuviera en vigor el estado de alarma el deudor que se encontrara en estado de insolvencia no tenía el deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores y, que los jueces de lo mercantil no admitirían a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado hasta transcurridos dos meses desde su finalización –art. 43.1 RDley 8/2020–⁴.

El Gobierno introdujo una nueva moratoria desconectada del estado de alarma en el RDley 16/2020. Esta previsión se adoptó porque se era consciente que el plazo

² MIRALLES GÓMEZ, A, “La nueva Moratoria frente al Espejo”, en *Diario la Ley*, 2021, núm. 9973, pág. 2, -ed. electrónica-, critica que la moratoria no se haya acompañado de un régimen transitorio, “tampoco de una suspensión con carácter general de la fecha de vencimiento de las obligaciones, ni de una prohibición expresa de iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni de una prohibición de seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, ni tampoco de una suspensión expresa del devengo de intereses (legales o convencionales)”.

³ MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. II.1, pág. 2.

⁴ Vid. MUÑOZ PAREDES, A., “El Fin de la Moratoria concursal”, en *El Diario la Ley*, 2021, núm. 9851, pág. 1, -ed. electrónica-; MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. II.1, pág. 2.

desde la finalización de aquél no iba a ser suficiente para que las empresas y los autónomos se recuperaran⁵. Ésta vencía el 31 de diciembre de 2020. No obstante, la situación sanitaria por aquel entonces era muy testaruda y no mostraba síntomas claros de mejora y aún menos de finalización de la pandemia incluso a pesar de que se estaba iniciando la vacunación y, por ende, la no mejora de la economía determinó la necesidad de proceder a acordar sucesivas prórrogas de la moratoria concursal.

La primera de estas prórrogas de la moratoria concursal se acordó en la disposición final décima del RDley 34/2020, de 17 de noviembre, *de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria*. Por tanto, el Gobierno la amplió con la pretensión de que los empresarios no tuvieran la obligación de presentar la solicitud de concurso hasta el 14 de marzo de 2021, aunque estuvieran en una situación de insolvencia. No obstante, ni la situación sanitaria ni económica mejoraron y, en consecuencia, resultó necesario acordar una nueva moratoria concursal a través de la disposición final séptima del RDley Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, *de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19*. Se acordó la extensión hasta el 31 de diciembre de 2021.

El Gobierno ha acordado a través del RDley 27/2021 de 23 de noviembre, *por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación*, la que hasta la fecha es la última de las prórrogas de la moratoria concursal con el propósito de suspender la obligación del empresario de solicitar su declaración de concurso de acreedores si deviene en situación de insolvencia hasta el próximo 30 de junio de 2022. Esta decisión parece tener por finalidad la pretensión por parte del ejecutivo de hacer coincidir la terminación del período de la moratoria concursal con la posible entrada en vigor del Proyecto de Ley *de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)*⁶.

⁵ Vid. AZNAR NÁRDIZ, J., “El Fin de la Moratoria concursal y la Responsabilidad de Administradores”, en *Revista General de Insolvencia y Reestructuraciones*, 2021, núm. 4, pág. 268.

⁶ No comparte esta opinión, MIRALLES GÓMEZ, A, “La nueva Moratoria...”, cit., pág. 2.

El resultado de combinar el objeto propio de la moratoria concursal que es suspender la obligación del empresario de solicitar la declaración de su concurso de acreedores hasta el 30 de junio de 2022 y el cómputo del plazo de dos meses que dispone el empresario para adoptar esta decisión cuando tiene conocimiento de su situación de insolvencia desde la mencionada fecha determina la ausencia durante dos años y medio del deber de concursar⁷. Es decir, el período de ausencia del deber de concursar se inició el 17 de marzo de 2020 con el RDley 8/2020 y concluye, si es que no se aprueba ninguna otra moratoria, el 1 de julio de 2022. No obstante, el deudor dispondrá desde esa fecha un plazo de dos meses para la presentación de la solicitud de concurso de acreedores a contar desde la fecha en que hubiera conocido o debió conocer su situación de insolvencia –art. 5.1 TRLC–.

La aprobación de una nueva moratoria concursal no es la única vía para aplazar la obligación legal del empresario de solicitar su propio concurso de acreedores. El deudor, con independencia de su condición de persona natural o jurídica, puede poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su propio concurso la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación que reúna los requisitos para ello –art. 583.1 TRLC–. Esta previsión puede determinar que el concurso de acreedores no se declare hasta pasado tres o cuatro meses desde que se ha intentado la propuesta anticipada de convenio o el acuerdo de refinanciación –art. 595 TRLC–⁸.

La suspensión de la obligación de solicitar la declaración del concurso no se limita únicamente al deudor. Por tanto, el juez del concurso no deberá admitir hasta 30 de junio de 2022 las solicitudes de concurso necesario presentadas desde 14 de marzo de 2020 por los acreedores –art. 6.2 Ley 3/2020–⁹. Esta decisión manifiesta una preferencia durante este período por el concurso voluntario frente al necesario. Es decir, el órgano judicial debe verificar si el deudor ha presentado la solicitud de declaración y, en caso de ser así darla preferencia respecto de aquéllas que hayan instado los acreedores¹⁰.

Esta medida está dirigida a proteger a los empresarios de una situación de crisis económica derivada de la pandemia mundial por el Covid-19. Es decir, está pensada para tratar de evitar que entren en situación de insolvencia aquellos empresarios que de

⁷ Así lo pone de manifiesto, pero desde la perspectiva de la anterior moratoria MUÑOZ PAREDES, A., “El Fin...”, cit., pág. 1.

⁸ Vid. MUÑOZ PAREDES, A., “El Fin...”, cit., pág. 1.

⁹ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. II.1, pág. 2.

¹⁰ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. II.2, pág. 4.

no ser por la pandemia desarrollarían una actividad económica rentable que les permitiría obtener beneficios. En consecuencia, se suspende la obligación de solicitar la declaración de concurso de acreedores hasta el 30 de junio de 2022. No obstante, el empresario durante todo este tiempo sigue siendo responsable de no agravar con sus actuaciones la posible insolvencia, en cuyo caso podrá incurrir en concurso culpable, con los efectos que tiene esta calificación¹¹.

La suspensión de la obligación de no solicitar el concurso de acreedores cuando se encuentre en una situación de insolvencia económica presenta una problemática para la masa activa del concurso que no se ha tenido en cuenta al aprobar las sucesivas moratorias. El juez del concurso está facultado una vez declarado éste para rescindir cualquier acto perjudicial para aquélla realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta –art. 226 TRLC–¹².

Las moratorias concursales impedirán acudir a las acciones de reintegración de un elevado número de actos realizados por el deudor que resulten perjudiciales para la masa activa, con independencia de la intención fraudulenta o no, porque se realizaron con anterioridad al período en que estaban en vigor las moratorias o ya con las primeras y, por tanto, quedan fuera de los dos años que marca el TRLC.

Esta situación en perjuicio de los acreedores podría haberse evitado de una manera directa de haberse contemplado para el supuesto de la moratoria concursal una ampliación del plazo de dos años contemplado en el TRLC para permitir una aplicación adecuada de la previsión relativa a la rescisión de los actos realizados por el deudor y que puedan resultar perjudiciales para aquéllos. Esta ampliación debería empezar a contar desde el momento en que concurran las causas que evidencian que el deudor se encuentra en situación de insolvencia determinante de la declaración del concurso, aunque no hubiese presentado la solicitud en aplicación de la moratoria concursal aprobada. No obstante, la normativa civil, societaria y concursal contemplan soluciones para esta falta de previsión en la Ley 3/2020 respecto de cuestión¹³.

¹¹ Para un estudio pormenorizado de la calificación del concurso culpable véase SANCHE GARGALLO, I., *La Calificación del Concurso de Acreedores*, Valencia, 2021, ed. Tirant lo Blanch.

¹² Vid. AZNAR NÁRDIZ, J., “El Fin...”, cit., pág. 269.

¹³ Los acreedores podrán ejercer las acciones de rescisión contempladas en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC) y las acciones de responsabilidad social reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (en adelante TRLS).

El CC contempla una solución de especial transcendencia que permite poder rescindir aquellas actuaciones realizadas por el concursado en perjuicio de los acreedores, aunque se hubieran realizado con anterioridad a los dos años marcados por el TRLC. Por tanto, no sólo se extendería respecto del plazo de duración de las moratorias concursales. Ésta es la posibilidad que se reconoce a los acreedores de acudir a las acciones de rescisión contempladas en los arts. 1290 y ss., con la finalidad de rescindir aquellos contratos realizados en fraude de acreedores –art. 1291.3º CC–. Es decir, aquéllos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito –art. 1297 CC–.

La principal diferencia entre las acciones rescisorias especiales contempladas en el TRLC respecto de las contempladas en el CC es la existencia en las primeras de una presunción *iuris et de iure* respecto de la existencia de un perjuicio patrimonial para los acreedores en el supuesto de actos de disposición a título gratuito –art. 227 TRLC–. Por el contrario, el CC contempla el quebranto derivado de este proceder con presunción *iuris tantum* –art. 1297 CC–.

El plazo que disponen los acreedores para el ejercicio de las acciones rescisorias es de cuatro años –art. 1299.I CC–. Por tanto, para atacar los actos perjudiciales realizados por el concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso pareciera que coexisten ambas acciones rescisorias. No obstante, el CC establece que la acción rescisoria es subsidiaria y, no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio –art. 1294 CC–. Esta previsión determina necesariamente que los acreedores ejercerán las acciones rescisorias contempladas en el TRLC para atacar las actuaciones perjudiciales para su interés cuando el deudor las hubiera realizado en los dos años anteriores a la declaración del concurso, y las previstas en el CC para aquéllas llevados a cabo en los años tercero y cuarto anteriores al inicio del procedimiento concursal.

La solución prevista en el ámbito societario es el ejercicio por los acreedores de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad por los daños causados cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, situación que se evidencia al estar en una situación de insolvencia –art. 240 TRLSC–. Por tanto, no se obtiene la rescisión del acto perjudicial para los intereses de los acreedores, sino que busca obtener una indemnización económica por la actuación realizada por los administradores de la sociedad¹⁴.

¹⁴ ALFARO, J., “La Responsabilidad de los Administradores frente a la Sociedad. Prolegómenos”, en *Blog Almacén de Derecho*, 2018, -ed. electrónica-.

El plazo del ejercicio de esta acción es de 4 años a contar desde el día que pudo ejercitarse –art. 241 bis–. En este supuesto, a diferencia de las acciones de rescisión contempladas en el TRLC, el hecho determinante para el cómputo del plazo no es la declaración del concurso sino la realización del acto perjudicial para los intereses de los acreedores.

Finalmente, el TRLC contempla la última solución a la ausencia de una previsión expresa en la Ley 3/2020 sobre esta cuestión. En este sentido, al igual que la acción social de responsabilidad, la previsión concursal no provoca la rescisión del acto perjudicial para los intereses de los acreedores, sino que permite imponer a determinados sujetos a indemnizar los daños y perjuicios causados y en el supuesto de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación –arts. 455.2.5º y 456.1 TRLC–¹⁵.

2. MODIFICACIÓN DEL CONVENIO

La Ley 3/2020 contempla también como medida concursal destinada a favorecer la viabilidad y recuperación de las empresas que ya estaban en situación de insolvencia con carácter previo al inicio de la crisis económica derivada de la pandemia ocasionada por el Covid-19, permitir al concursado, hasta el 31 de diciembre del 2021, presentar al juez del concurso una propuesta dirigida a la modificación del convenio que esté judicialmente aprobado y se encuentre actualmente en período de cumplimiento¹⁶.

Esta posibilidad se reconoce en exclusiva a cualquier concursado, con independencia de la naturaleza y del tipo del convenio. Por tanto, únicamente el deudor está facultado para instar la modificación del convenio cuando se encuentre en período de cumplimiento. Esta interpretación evidencia que los acreedores tienen vedada esta posibilidad y no podrán solicitarla al juez del concurso, ni siquiera en el supuesto en

¹⁵ El art. 456.2 define déficit al disponer que “Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores”.

¹⁶ Como pone de manifiesto MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.1, pág. 7, esta posibilidad ya se contempló de manera temporal en el RDley 11/2014.

que hubieran sido ellos quienes presentaran la propuesta de convenio aprobada inicialmente en el concurso¹⁷.

La Ley 3/2020 no contempla expresamente la posibilidad de autorizar la modificación de convenios presentados, ya sea por el concursado o por los acreedores, pero que estén pendientes de tramitar en los juzgados¹⁸. Esta medida pretendería buscar sustituir la propuesta presentada por una alternativa que resultara más atractiva teniendo en cuenta las circunstancias derivadas de la situación económica derivada por el Covid-19. En principio, la interpretación literal de esta previsión legal no permite dar cabida a esta posición, dado que no se estaría ante un convenio “en período de cumplimiento”¹⁹.

Esta modificación del convenio no está supedita a su previo incumplimiento. Por tanto, el concursado no está condicionado para poder instar la modificación a no haber concluido todo lo acordado inicialmente con los acreedores en la propuesta de convenio aprobada judicialmente²⁰. Por tanto, resulta indiferente que haya o no incumplido los términos del convenio, dado que hasta el 31 de diciembre de 2021 el deudor podrá instarla.

La Ley 3/2020 al regular la modificación del convenio no condiciona ésta a que la situación que la determina derive necesariamente del Covid-19. Por tanto, no hay esencialmente un impedimento para que cualquier deudor pueda instarla a pesar de que la situación que ha determinado la necesidad de acudir a este mecanismo sea la situación de crisis económica derivada de la pandemia mundial por Covid-19²¹.

El concursado que quiera solicitar la modificación del convenio deberá presentar al juez del concurso una solicitud y acompañarla necesariamente de una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio, no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos –art. 3.1 Ley 3/2020–.

La propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario contempladas en el texto refundido de la ley concursal, si bien la tramitación será escrita, ello incluso con independencia del número de acreedores que se hayan visto afectados originariamente por aquél –art. 3.1.II Ley 3/2020–. Por tanto, deberá tenerse en cuenta a estos efectos lo

¹⁷ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.1, pág. 7.

¹⁸ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.1, pág. 8.

¹⁹ Así lo pone de manifiesto, MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.1, pág. 8.

²⁰ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.1, pág. 7.

²¹ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.1, pág. 7.

dispuesto expresamente en el art. 375 TRLC relativo a la regulación del régimen de la tramitación escrita del convenio.

Las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario, cualquiera que sea el contenido de la modificación. Esta previsión puede ocasionar un resultado que no se ha sopesado detenidamente. Es decir, esta regulación permite aprobar como contenido de la modificación un convenio con asunción que requiere para su inclusión inicial, al constituir una propuesta alternativa de convenio, el voto favorable del sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario únicamente con el visto bueno del cincuenta por ciento del pasivo porque inicialmente aquél consistía en quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito.

Esta posibilidad que se le reconoce al deudor de instar la modificación del convenio aprobado judicialmente no tiene una capacidad ilimitada de afectar a todos los acreedores. Por tanto, esta medida no se podrá extender a aquéllos cuyos créditos se hubieran devengado o contraído durante el período de cumplimiento del convenio originario –art. 3.1.II Ley 3/2020–²². Asimismo, tampoco sufrirán ningún tipo de perjuicio por esta medida adoptada por el concursado los acreedores privilegiados a quienes se hubiera extendido la eficacia del convenio primigenio, ya sea por haberse adherido voluntariamente a él o por efecto del arrastre, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación –art. 3.1.II Ley 3/2020–.

Esta previsión se aúna a la actuación del juez del concurso de proceder a dar traslado al concursado de todas las solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio que presenten los acreedores entre el 31 de enero y el 30 de septiembre de 2021, pero en ningún caso procederá a admitirlas a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde la última fecha indicada –art. 3.3 Ley 3/2020–.

Los acreedores conservan el derecho a denunciar el incumplimiento del convenio por parte del deudor –art. 402.1 TRLC–. No obstante, la Ley 3/2020 ha establecido una serie de limitaciones a esta capacidad con el propósito de favorecer que el concursado pueda presentar una propuesta de modificación con la que hacer frente a la situación de crisis económica derivada del Covid-19²³. Durante este plazo, el concursado tendrá preferencia para presentar propuestas de modificación del convenio frente a las solicitudes del incumplimiento presentadas por aquéllos.

Esta preferencia por la modificación del convenio presentada por el deudor frente a las solicitudes de incumplimiento instadas por los acreedores se encuentra en

²² Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.1, pág. 8.

²³ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.2, pág. 9.

el hecho de que en este supuesto el concurso se vería abocado a la liquidación del patrimonio del concursado, medida que la Ley 3/2020 pretende evitar y dejar como última opción²⁴.

3. SUSPENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INSTAR LA LIQUIDACIÓN

La previsión previamente analizada se complementa con la supresión provisional, hasta el 31 de diciembre de 2021, de la obligación del deudor de solicitar la liquidación de la masa activa cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio concursal, siempre que aquél presente una propuesta de modificación y ésta se admita a trámite dentro de dicho plazo –art. 4.1 ley 3/2020–²⁵. Por tanto, resulta determinante que el concursado presente una propuesta con la finalidad de que se proceda a la modificación del convenio inicialmente aprobado.

El juez del concurso, durante este período de tiempo, no dictará auto abriendo la fase de liquidación, aunque el acreedor acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso –art. 4.2 Ley 3/2020–. En caso de que el concursado presentara una propuesta de modificación del convenio deberá tener ésta preferencia a la solicitud de apertura de la fase de liquidación presentada por los acreedores²⁶.

4. MODIFICACIÓN DEL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN

La Ley 3/2020 permite hasta el 31 de diciembre de 2021 que cualquier deudor que tuviera homologado un acuerdo de refinanciación, con una finalidad de protegerle de una situación de crisis económica, puedan modificarlo, aun cuando estuviera ya en vigor o alcanzar uno nuevo. Esta medida se podía solicitar al juez del concurso, aunque no hubiera transcurrido un año de la anterior homologación según lo dispuesto en el art. 617 TRLC –art. 5.1 Ley 3/2020–²⁷. No obstante, el mencionado precepto de la normativa concursal establece que el hecho determinante para que empiece a correr el mencionado plazo de un año, fuera del régimen especial de la Ley 3/2020, es la solicitud de la homologación y no su concesión por el órgano judicial.

²⁴ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.2, pág. 9.

²⁵ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.3, pág. 10.

²⁶ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. V.3, pág. 10.

²⁷ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. VI, pág. 10.

El juez debe notificar al deudor todas las solicitudes de incumplimiento del acuerdo de refinanciación instadas por cualquiera de los acreedores afectados –art. 5.2 Ley 3/2020–. No obstante, éstas no podrán ser tramitadas hasta que haya transcurrido un mes desde su presentación. Esta previsión tiene por finalidad la concesión al concursado de un plazo para iniciar negociaciones con sus acreedores con la pretensión de modificar el acuerdo de refinanciación que tuviera homologado o alcanzar uno nuevo²⁸.

El deudor dispone de un plazo de tres meses, a contar desde la comunicación que realizó al juzgado con esta finalidad, es decir, para negociar con sus acreedores y alcanzar un acuerdo dirigido a la modificación del acuerdo de refinanciación, o en su caso la aprobación de uno nuevo. En el supuesto en que no se hubiera logrado ningún pacto en este sentido, el juez admitirá a trámite las solicitudes de incumplimiento del acuerdo presentada por cualquiera de los acreedores afectados, que con anterioridad se encontraban en suspenso.

El RDley 5/2021, de 12 de marzo, *de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19* introdujo una nueva redacción al artículo 5 de la Ley 3/2020 y un nuevo apartado tercero. Este apartado determina que debe darse traslado al deudor de todas las solicitudes de incumplimiento del acuerdo de refinanciación instada por cualquiera de los acreedores afectados, presentada en este caso entre el 31 de enero y el 30 de septiembre del año 2021 –art. 5.3 Ley 3/2020–²⁹. No obstante, al igual que sucedía en el supuesto anterior el juez no las admitirá a trámite hasta pasado un mes de la última fecha indicada con la finalidad de que el concursado pueda iniciar una negociación durante un plazo de tres meses con sus acreedores tendentes a lograr la modificación del acuerdo homologado o la elaboración de uno nuevo.

En el supuesto en que no se hubiera alcanzado ningún pacto en este sentido, el juez admitirá a trámite las solicitudes de incumplimiento del acuerdo presentada por cualquiera de los acreedores afectados, que con anterioridad se encontraban en suspenso.

Finalmente debe ponerse de manifiesto en este punto que la Ley 3/2020 atribuye la competencia para la homologación de la modificación del acuerdo de refinanciación presentada por el deudor al juez competente para la declaración del concurso y no al que lo hubiera homologado inicialmente. Esta cuestión que en principio puede

²⁸ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. VI, pág. 11.

²⁹ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. VI, pág. 12 evidencia que se trata de una “norma espejo”, si bien refiriéndose a la primera modificación realizada por el RDley 34/2020, al manifestar que la regulación es idéntica y, en consecuencia, el resultado de su aplicación va a ser el mismo, con independencia del apartado que regule la no admisión a trámite de las solicitudes de incumplimiento del acuerdo de refinanciación presentada por los acreedores.

no plantear mayor trascendencia al ser en ambos supuestos el mismo órgano judicial conforme al art. 609 TRLC presenta un supuesto que debe analizarse, por los problemas que puedan derivarse de concurrir.

El supuesto que puede plantear alguna controversia es aquel en que el deudor hubiera trasladado su domicilio a otra provincia y además hubieran pasado más de seis meses desde que se produjo el cambio. En este supuesto el juez que realizó la homologación inicial del acuerdo de refinanciación no va a coincidir con el órgano judicial que debe hacerla respecto de la modificación de aquél o del nuevo que el deudor hubiera acordado con los acreedores. La Ley 3/2020 determina que le corresponde esta función, al juez competente para la declaración del concurso y no al que hubiera realizado la primera homologación del acuerdo de refinanciación –art. 5.2 y 5.3 Ley 3/2020–. No obstante, parece lógico que sea el órgano judicial que homologó el primer acuerdo de refinanciación el que homologue su modificación o el nuevo que acuerden el deudor y los acreedores³⁰.

La propuesta tiene por finalidad determinar que en el supuesto específico de transcurridos seis meses desde el traslado de domicilio del empresario insolvente el órgano judicial competente para la homologación de la modificación del acuerdo de refinanciación, previamente homologado, o del nuevo que se acuerde entre aquél y sus acreedores, ha de ser quién homologó el acuerdo originario³¹.

5. PARTICULARIDADES RELATIVAS A LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO

El RDley 16/2020 ha establecido, y la Ley 3/2020 ha conservado, determinadas especialidades en relación con los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor³². El TRLC, conservando la regulación de la LC, otorga a aquéllos la categoría de subordinados –art. 281.1.5º TRLC–. No obstante, la necesidad de facilitar la financiación a los empresarios con la finalidad de evitar la solicitud de declaración de concurso como consecuencia de la situación de insolvencia ocasionada por la crisis económica derivada del COVID-19 ha alterado esta calificación. Esta previsión determina que en los procedimientos concursales que se declaren hasta el 14 de marzo de 2022, inclusive, es decir, durante los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma aprobado para la gestión de la

³⁰ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. VI, pág. 11.

³¹ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación...”, cit., apdo. VI, pág. 11.

³² SANZ SANZ, A., *La Enajenación de la Unidad productiva en el Concurso de Acreedores*, Madrid, 2022, ed. Wolters kluwer, pág. 558.

situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 los ingresos de tesorería derivados de “préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza” concedidos por estos sujetos tendrán la naturaleza de créditos ordinarios –art. 7.1 Ley 3/2020–³³. Asimismo, tendrán la misma calificación “aquellos en que se hubieran subrogado» como consecuencia de los pagos de los créditos ordinarios o privilegiados realizados por su cuenta”.

Esta previsión está dirigida a favorecer la solvencia de los empresarios, en una situación de grave crisis económica como la que ha derivado de la pandemia por el COVID-19, al fomentar y promover la asistencia financiera de las personas especialmente relacionadas con el posible concursado, sin embargo no ha debido limitarse a la calificación de los créditos³⁴. Es decir, el legislador concursal no debería haberse restringido a esta especial configuración, sino que también se tendría que haber decretado, aunque sea igualmente de manera temporal, la suspensión de esta excepción al principio general de exclusión de la obligación de pago por el adquirente de los créditos no satisfechos en caso de adquisición de la unidad productiva por una persona especialmente relacionada con el concursado con el propósito de favorecer esta operación tan interesante e importante para hacer frente a la insolvencia del deudor empresario³⁵.

Esta propuesta lo que pretende es extender el tratamiento favorable que se ha proporcionado a los créditos otorgados al concursado para hacer frente a su situación de insolvencia durante los dos años siguientes a la declaración del Estado de alarma por cualquier persona especialmente relacionada con él a la regulación de la enajenación de la unidad productiva.

La finalidad de esta pretensión es permitir al juez del concurso valorar la propuesta presentada por una persona especialmente relacionada con el concursado para la adquisición de la unidad productiva. Es decir, que no se produzca de manera automática la aplicación de la regla principal contemplada en el TRLC dirigida a desincentivar esta operación.

La modificación legislativa que implicaría introducir esta propuesta de *lege ferenda* no debería tener un carácter temporal como sucede respecto de la calificación como ordinarios de los créditos concedidos por persona especialmente relacionada con el concursado. La reforma derivada de esta propuesta debe tener pretensión de permanencia en el tiempo al resultar una medida adecuada para favorecer la conservación de

³³ SANZ SANZ, A., *La Enajenación...*, cit., pág. 558.

³⁴ SANZ SANZ, A., *La Enajenación...*, cit., pág. 559.

³⁵ SANZ SANZ, A., *La Enajenación...*, cit., pág. 559.

aquellas unidades productivas de un marcado carácter familiar que fuera de ese ámbito no resultan atractivas. Esta previsión permitiría no solo evitar su liquidación sino también la pérdida de los puestos de trabajo existentes.

El TRLC, al igual que hiciera la LC, establece una regla que desincentiva la adquisición de la unidad productiva por personas especialmente relacionadas con el concursado. Así el adquirente que ostente esta condición dentro del procedimiento concursal deberá asumir la totalidad de las deudas pendientes de cumplimiento, no pudiendo ser beneficiarios del principio de no responsabilidad que se reconoce a cualquier interesado ajeno al deudor en la operación. Es decir, la normativa concursal determina que aquellos sujetos que ostentan esta condición actúan en connivencia con él y siempre en perjuicio de los acreedores. Por tanto, no se permite al juez del concurso valorar la oferta presentada por ellos a pesar de que pueda resultar atractiva y ser la única que se presente.

Esta previsión pudiera tener sentido en el supuesto en que la operación se realizara sin la seguridad jurídica que proporciona la intervención y supervisión de la administración concursal y el órgano judicial dentro del procedimiento concursal. No obstante, su intervención permite que se acredite que la oferta presentada por una persona especialmente relacionada con el concursado resulta adecuada atendiendo a las circunstancias específicas del concurso. La incorporación de esta previsión dirigida a fomentar la operación implica que el quebranto patrimonial para los acreedores, que no van a ver satisfechos íntegramente su crédito con el producto de la enajenación, resultará más o menos idéntico con independencia de que la oferta sea presentada por una persona especialmente relacionada con el deudor o un tercero.

En este sentido lo determinante es que la administración concursal acredite que la oferta presentada resulta adecuada en relación con la operación que se va a efectuar. En este sentido se permitiría la realización de la enajenación de la unidad productiva en aquellos supuestos en que la operación no resulte atractiva fuera del entorno del deudor, sin menoscabo de los intereses de los acreedores. Por tanto, esta actuación del administrador concursal permite otorgar seguridad jurídica a la adquisición de la unidad productiva por una persona especialmente relacionada con el concursado.

Esta propuesta de *lege ferenda* medida permitiría que familiares, que tengan la condición de persona especialmente relacionada con el concursado conforme al art. 282 TRLC, puedan adquirir en el procedimiento concursal la unidad productiva sin la obligación de asumir la totalidad de las deudas pendientes de cumplimiento. Es decir, se concedería al juez del concurso la capacidad, con la colaboración de la administración concursal, para poder examinar y valorar la oferta presentada y verificar

que la propuesta no sería muy distinta a la que pudiera presentar cualquier otro interesado ajeno al deudor. Por tanto, el quebranto económico que sufrirían los acreedores sería idéntico, con la salvedad de que se garantizaría la conservación de la unidad productiva, que fuera del ámbito familiar no resulta demasiado atractiva, y de los puestos de trabajo existentes.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, J., “La Responsabilidad de los Administradores frente a la Sociedad. Prolegómenos”, en *Blog Almacén de Derecho*, 2018, -ed. electrónica-
- AZNAR NÁRDIZ, J., “El Fin de la Moratoria concursal y la Responsabilidad de Administradores”, en *Revista General de Insolvencia y Reestructuraciones*, 2021, núm. 4.
- MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la Obligación del Deudor de solicitar el Concurso y en Materia de Cumplimiento del Convenio a Causa del Convi-19”, en *RCP*, 2021, núm. 34, apdo. I, pág. 1, -ed. electrónica-
- MIRALLES GÓMEZ, A., “La nueva Moratoria frente al Espejo”, en *Diario la Ley*, 2021, núm. 9973, pág. 2, -ed. electrónica-
- MUÑOZ PAREDES, A., “El Fin de la Moratoria concursal”, en *El Diario la Ley*, 2021, núm. 9851, pág. 1, -ed. electrónica-
- SANCHO GARGALLO, I., *La Calificación del Concurso de Acreedores*, Valencia, 2021, ed. Tirant lo Blanch.
- SANZ SANZ, A., *La Enajenación de la Unidad productiva en el Concurso de Acreedores*, Madrid, 2022, ed. Wolters kluwer.

LA INFLUENCIA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DEL ESTADO DE ALARMA SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES DICTADOS A SU AMPARO

ALBERTO PICÓN ARRANZ

PDI Postdoctoral en Universidad de Valladolid

alberto.picon@uva.es

La situación de crisis sanitaria trajo consigo una auténtica vorágine de opiniones, estudios, tertulias y congresos en todos los ámbitos. Por supuesto, el ámbito jurídico no ha sido menos. La última gran polémica se ha generado a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021 en la que se declaró inconstitucional una parte del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que entró en vigor el estado de alarma, así como las restricciones de derechos fundamentales para la gestión de la crisis sanitaria.

Con objeto del I Congreso Internacional de Jóvenes Juristas, celebrado los días 13 y 14 de diciembre de 2021, tratamos de analizar, no tanto la constitucionalidad o no del estado de alarma, sino la influencia de la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la validez de los actos administrativos dictados a su amparo. Concretamente, centramos nuestro estudio en determinar qué va a ocurrir con los actos administrativos de contenido sancionador -multas- impuestos sobre la base de artículos del Real Decreto declarados recientemente inconstitucionales.

1. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ESTADO DE ALARMA COMO PUNTO DE PARTIDA

Antes de entrar de lleno en la validez o no de los actos dictados al amparo de una norma inconstitucional, haremos una breve referencia a qué se ha declarado inconstitucional y con qué motivos. Huelga decir que se trata de un tema espinoso, complejo y lleno de matices. La prueba más evidente es que la declaración de inconstitucionalidad se ve precedida de una ajustadísima votación de 6 votos contra 5 -que acompañan a la

sentencia con sus respectivos Votos Particulares¹. ¿El motivo? El novedoso, desconocido e imprevisible escenario provocado por la pandemia mundial que, aún a día de hoy, estamos padeciendo y que ha puesto a prueba a todos los gobiernos a la hora de tomar medidas para tratar de paliar esta situación.

En definitiva, el hilo conductor de la sentencia podría resumirse, no tanto en la necesidad o no de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, como en el marco jurídico en que han sido adoptadas. En otras palabras, la situación sanitaria ha justificado la restricción de libertades fundamentales, pero, ¿se ha realizado con las garantías exigidas por la Constitución para la limitación de este tipo de derechos y libertades?

Consideramos que estamos ante una Sentencia importante pues puede marcar la senda de actuación de los poderes públicos -concretamente del Poder Ejecutivo- ante situaciones de crisis graves que puedan producirse en el futuro marcando unos límites claros en relación a la afectación a los derechos fundamentales de los ciudadanos. No todo vale.

Tratándose de una estimación parcial del recurso, reproducimos a continuación los preceptos concretos que han sido declarados inconstitucionales y, en consecuencia, nulos del Real Decreto-Ley 463/2020, de 14 de marzo, por el que se proclamó el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19:

En primer lugar, **los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7:**

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

1. Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:

a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.

b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.

c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.

d) Retorno al lugar de residencia habitual.

¹ Véase, *in totum*, STC 148/2021, de 14 de julio.

- e) *Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.*
- f) *Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.*
- g) *Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.*
- h) *Cualquier otra actividad de análoga naturaleza”.*

“3. Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en los apartados anteriores o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.

“5. El Ministro del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos”. Cuando las medidas a las que se refiere el párrafo anterior se adopten de oficio se informará previamente a las Administraciones autonómicas que ejercen competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial.

Las autoridades estatales, autonómicas y locales competentes en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial garantizarán la divulgación entre la población de las medidas que puedan afectar al tráfico rodado”.

En segundo lugar, del **apartado 6 del artículo 10** en la redacción resultante del artículo único 2 del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, solamente los términos **“modificar, ampliar o”**:

“Artículo 10. Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales.

6. Se habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública, con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine”.

Varias observaciones deducimos de la lectura de la Sentencia en relación con la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos arriba citados:

- En primer lugar, en ningún caso se discute la concurrencia o no de los presupuestos del estado de alarma, pues concurren en todo caso. El objeto de debate se centra en si el estado de alarma previsto en el artículo 116 de la Constitución y en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOEAES) otorga cobertura jurídica suficiente para la suspensión de los derechos fundamentales.
- El artículo 55 de la Constitución, en relación con los derechos fundamentales afectados por los preceptos declarados inconstitucionales, dispone que sólo podrán ser suspendidos previa declaración del estado de excepción o de sitio. Ahora bien, esto no quiere decir que un decreto de declaración de estado de alarma no pueda establecer restricciones o limitaciones de derechos fundamentales que excedan de las previstas de forma ordinaria por el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario la previsión constitucional y legal del estado de alarma carecería de sentido.
- Se trata, en definitiva, de analizar si las restricciones de derechos fundamentales efectivamente impuestas en un escenario de estado de alarma cumple con las garantías exigidas por el sistema constitucional o si, por el contrario, hubiera sido necesario declarar un estado de excepción, para lo cual hubiera sido preceptiva la previa autorización por parte del Congreso de los Diputados. En otras palabras, ¿pueden limitarse los derechos fundamentales de la forma en que se hizo por decisión unilateral del Gobierno -poder ejecutivo- sin participación del poder legislativo?

Para ello, el Tribunal Constitucional ha considerado que -admitiendo la dificultad del asunto- bajo la vigencia de un estado de alarma pueden limitarse derechos fundamentales y se requerirá un estado de excepción si lo que se desea es la suspensión de derechos fundamentales. Evidentemente en todo caso las medidas han de ser indispensables, proporcionadas con el fin último que persiguen -garantizar la salud pública en este caso- y motivadas. Conviene recordar nuevamente que no se cuestionan en la sentencia las medidas en sí, sino su adecuación al estado de alarma declarado. Entiende el Tribunal que toda suspensión de derechos es una limitación de los mismos, pero no toda limitación implica su suspensión. Es decir, la suspensión de derechos fundamentales es una limitación especialmente cualificada. Concretamente, la “limitación” se puede definir como “reducir a menores límites un derecho o facultad”, mientras que la suspensión implica “la cesación o privación que impide temporalmente el ejercicio de un derecho”.

- Sin entrar al análisis de cada medida concreta limitativa de derechos del artículo 7, el Tribunal considera que habrá que analizar tres puntos en relación con cada medida para saber si procede declarar su inconstitucionalidad o no: i) si las medidas impugnadas son acordes con la legalidad, ii) si implican o no una suspensión de derechos fundamentales y iii) si las medidas son idóneas, necesarias o proporcionadas para las circunstancias concretas en que fueron adoptadas.

En términos generales, parece que la LOEAES otorga cobertura jurídica formal suficiente para la adopción de este tipo de medidas restrictivas de derechos en abstracto, y parece también que las medidas se adecúan a una realidad excepcionalísima y por ello pueden considerarse necesarias y proporcionadas. Sin embargo, de la lectura de las medidas arriba transcritas en los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7, considera el Tribunal que estamos más ante una “suspensión” o “cesación” de un derecho fundamental -aunque sea temporal- que de una mera reducción de sus límites. Y esto, que solo puede hacerse previa declaración de un estado de excepción- es lo que lleva a declarar su inconstitucionalidad.

- En relación con la posibilidad otorgada en el artículo 10.6 del Real Decreto-Ley al Ministro de Sanidad -“modificar o ampliar” las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública, con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine- es rotundo el Tribunal al declarar su inconstitucionalidad pues esta habilitación permite limitar el derecho fundamental a la libertad de empresa más allá de lo previsto en el propio Real Decreto-Ley sin la correspondiente dación de cuentas al Congreso de los Diputados, garantía de orden público imprescindible en todo caso.
- Por último, en relación con el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, el fundamento jurídico 2, concretamente su letra d), tal y como adelantó la nota informativa contiene el alcance concreto de la declaración de inconstitucionalidad, ya que el estado de alarma fue objeto de sucesivas prórrogas aprobadas por diferentes Reales Decretos.

De este modo, considera el Tribunal que el recurso se dirige también contra los Reales Decretos 476, 487 y 492/2020, en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma. Su único objetivo fue la extensión temporal de esta situación jurí-

dica excepcional y, por esta razón, resultan imputables a estas normas idénticos reproches constitucionales a los dirigidos contra el Real Decreto 463/2020 y, en consecuencia, resultarán también extensibles a los mismos los pronunciamientos de la sentencia que ahora analizamos.

2. VALORACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS A SU AMPARO

Llegamos por fin a la parte más interesante a efectos prácticos de la Sentencia que trata de dar respuesta a la pregunta ¿y ahora qué?

Pues bien, el Tribunal Constitucional, también como adelantó en la Nota Informativa, determina los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el fundamento jurídico 11 de la Sentencia, concretamente en sus letras a), b) y c). Pocas sorpresas ha deparado esta parte de la sentencia pues la regulación de los efectos de este tipo de sentencias está perfectamente delimitada, tanto en el artículo 161.1.a) de la Constitución y en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

En primer lugar, y consagrando el principio de igualdad y, sobre todo, el de seguridad jurídica, el artículo 161.1.a) –y también el 40 LOTC– determina que “*la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada*”. Por lo tanto, la regla general es clara: no cabe la revisión de procedimientos finalizados por sentencia firme, es decir, con fuerza de cosa juzgada.

En segundo lugar, y en consonancia con lo anterior, tampoco serán revisables las situaciones decididas mediante actuaciones administrativas que hayan alcanzado firmeza². Considera el Tribunal que “lo contrario entrañaría un trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los tribunales en contraste con el trato que recibiría quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones ahora declaradas inconstitucionales”.

Por último, y no por ello menos importante, esta regla general contiene una excepción trascendental en este momento. Tal y como reza el artículo 40 LOTC sí son revisables, aunque exista sentencia con fuerza de cosa juzgada, “*los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la*

² Es doctrina consolidada del TC, vid. entre otras, STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 9 o STC 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8.

pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad". El propio tribunal fundamenta esta excepción en el artículo 25.1 de la Constitución, pues si está vedada la sanción penal o administrativa por hechos que en el momento de su comisión no constituyan delito, falta o infracción administrativas, el mantenimiento de la sanción penal o administrativa que traiga causa en una disposición anulada vulneraría el derecho a la legalidad sancionadora, derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución. Por lo tanto, en este caso esta legalidad sancionadora se impone al principio de seguridad jurídica.

En virtud de lo anterior, consideramos que serán dos las consecuencias prácticas inmediatas de esta declaración de inconstitucionalidad:

- Por un lado, surgen varias vías procedimentales para lograr la invalidez de las multas y, lo que interesa más a los administrados, la devolución de sus importes en caso de haberse hecho efectivos.

En primer lugar, si hubiera algún procedimiento en curso al momento de dictarse la sentencia debería terminar archivándose de oficio pues las Sentencias del Tribunal Constitucional vincularán a todos los poderes públicos³.

En segundo lugar, en el caso –poco probable en la práctica– de que el acto administrativo sancionador no hubiera adquirido firmeza, y siempre que la propia Administración no haya archivado de oficio el procedimiento, cabrá la posibilidad de impugnar en vía administrativa –reposición o alzada– la validez de la multa.

En tercer lugar, y suponiendo que la multa haya adquirido firmeza, se podrá acudir a la vía de la revisión de oficio pues estamos ante un acto administrativo nulo de pleno derecho ex artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015. Cabrá, en efecto, la acción de nulidad pues nos encontramos ante una multa contraria al derecho fundamental consagrado en el artículo 25 de la Constitución. La categoría de la nulidad de pleno derecho permite, gracias a la imprescriptibilidad de su acción, que el principio de legalidad prime sobre la seguridad jurídica y, en consecuencia, el administrado podrá, en cualquier tiempo, solicitar la nulidad de la multa y la devolución de su importe.

- Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico administrativo prevé otra vía para lograr que la Administración, de oficio, deje sin efectos prácticos sus multas.

³ Vid. González de Lara Mingo, S., (2021), "A propósito de las multas impuestas durante el estado de alarma" en *Actualidad Administrativa*, nº 10, p. 3.

En efecto, el artículo 109 de la Ley 39/2015 determina que *“las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”*. Se trata, quizás, de la vía más favorable para el administrado que no tendrá ni tan siquiera que soportar la carga de impugnar la validez de la multa para lograr el reintegro de su importe. Parece que Comunidades Autónomas como Castilla y León o País Vasco están optando por esta vía para tratar de regularizar cuanto antes la situación.

- Por otro lado, a nuestro juicio con menos posibilidades de éxito, se abre la vía de solicitud de indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas precisamente de la declaración de inconstitucionalidad. Habrá que estar a la regulación contenida fundamentalmente en el artículo 32 de la Ley 40/2015 y especialmente a su apartado cuarto que prevé que *“si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada”*.

No sólo a nuestro juicio tendrán poco recorrido este tipo de reclamaciones, pues la propia resolución del Tribunal estima que al tratarse de medidas que los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, el propio Tribunal deja una puerta abierta a la responsabilidad patrimonial de la Administración pues lo anterior lo afirma sin perjuicio del artículo 3.2 de la LOEAES, el cual dispone que *“quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”*.

En fin, las reclamaciones seguro que llegarán, veremos cómo resuelven los tribunales de lo contencioso-administrativo la “papeleta”. El tiempo dirá.

BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

González de Lara Mingo, S., (2021), “A propósito de las multas impuestas durante el estado de alarma” en *Actualidad Administrativa*, nº 10.

STC 148/2021, de 14 de julio.

STC 54/2002, de 27 de febrero.

STC 365/2006, de 21 de diciembre.

CÓMO LA PANDEMIA HA AFECTADO A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LA RESPUESTA DE LAS INSTITUCIONES

YOLANDA LÓPEZ NIETO

Universidad de Castilla-La Mancha

Yolanda.Lopez7@alu.uclm.es

Casi dos años después de que en nuestro país se declarase el Estado de alarma para hacer frente al coronavirus, podemos observar cómo las consecuencias de la crisis provocada por la pandemia hacen que la brecha de género que ya existía en España y en el resto del mundo se profundice cada vez más, y es que el COVID-19 no ha tenido el mismo impacto en hombres que en mujeres. Las desigualdades generadas por la situación excepcional que vivimos a nivel global se pueden observar en la esfera pública y privada de las mujeres. La primera de ellas referida a su situación laboral, y es que la mayor parte de los trabajos relacionados con la sanidad, los cuidados y la asistencia, sin perder de vista la hostelería, están formados por mujeres. Y, lo que todos ellos tienen en común: los sectores más afectados por la pandemia. La segunda, la esfera privada, en relación con lo que ocurre de puertas para dentro en los hogares. La conciliación, el cuidado de los hijos y de familiares dependientes, y, por supuesto (y por desgracia), la violencia de género. Todos estos aspectos, públicos y privados, se han visto afectados y, consecuentemente, han requerido una respuesta por parte de la Administración, sobre la que ahora cabe preguntarnos si ha resultado suficiente y hacia dónde debe dirigirse.

Como ya adelantaba la «Declaración conjunta de la Relatora Especial y la Plataforma EDVAW de los mecanismos de derechos de las mujeres sobre covid-19 y el aumento de la violencia y la discriminación contra las mujeres» publicado por Naciones Unidas, las mujeres y niñas se han visto desproporcionalmente afectadas por las medidas restrictivas impuestas por los países a consecuencia del COVID-19, siendo gravemente afectada su posición económica y social, y, especialmente, las mujeres víctimas de violencia de género.

1. VIOLENCIA DE GÉNERO Y PANDEMIA

«Para muchas mujeres y niñas, la mayor amenaza se cierne sobre ellas en el lugar en el que deberían sentirse más seguras: en su casa» (ONU Mujeres, 2020: 1). Estas son las palabras de António Guterres sobre la situación de las mujeres y niñas en la pandemia provocada por el coronavirus. Y es que, en 2020, el número de mujeres víctimas de violencia de género en España bajó un 8%, produciéndose el mayor descenso en los meses de marzo y abril debido al confinamiento domiciliario. Sin embargo, los datos del Ministerio de Igualdad revelan que las llamadas telefónicas al 016, número especialmente habilitado para informar a las víctimas sobre los recursos que tienen a su disposición, aumentaron un 41.4% respecto a 2019¹, y las consultas por correo electrónico aumentaron un 45.5%.

Por tanto, la conclusión que debemos de sacar de estos números es que el descenso de denuncias por violencia de género no implica que hubiese menos víctimas, sino que estaban más invisibilizadas (EDE Fundazioa, 2020: 31), esto es, debido a la restricción de movimientos y a la convivencia de forma continua de muchas mujeres con su agresor, éstas se vieron obligadas a cambiar su forma de defenderse ante esta situación, acudiendo a la vía telemática antes que otras estrategias que implicaran la salida del domicilio. Es necesario, para entender y poder analizar la situación en la que se encontraron las mujeres víctimas de violencia, que no solo su situación se vio agravada por esta convivencia continuada con el que ya era su agresor, sino que muchas otras comenzaron a sufrirla a raíz de la pandemia, ya que ha sido demostrado que en épocas de crisis y de desastres naturales, fruto de la ansiedad, intranquilidad y angustia, se desarrollan este tipo de comportamientos aunque antes no se hubiesen manifestado (Esteve Jordá, 2021: 200). Junto a estos factores de riesgo, debemos añadir el difícil acceso a los servicios, tales como refugios para las víctimas de violencia de género, ya que muchos cerraron (Naciones Unidas, 2020)², y muchos otros contaban con menos aforo y menos personal; o el colapso de los servicios judiciales.

A la luz de esta difícil situación, las mujeres necesitaban una respuesta rápida y eficaz por parte de las instituciones, por lo que se pusieron sobre la mesa diferentes alternativas. El Ministerio de Igualdad, dos días después del inicio de la cuarentena, aprobó el Plan de Contingencia contra la violencia de género ante la crisis del coronavirus, en el que se declararon esenciales todos los servicios destinados a víctimas

¹ Por ejemplo, solo en abril de 2020 se incrementaron un 60% con respecto al mismo mes del año anterior (Gallo y Mañas, 2020: 22).

² Para más información sobre esta materia, consultar el informe de Naciones Unidas, *COVID-19 and Women's Human Rights*, 15 de abril de 2020.

de violencia de género y a sus hijos e hijas (asesoramiento, atención, centros de acogida), con lo que se garantizó un funcionamiento pleno a pesar de la pandemia.

Asimismo, dentro del Plan de Contingencia, se puso en marcha la campaña «Estamos Contigo: la violencia de género la paramos unidas», en la que se lanzó la «Guía de actuación para mujeres que estén sufriendo violencia de género en situación de permanencia domiciliar derivada del estado de alarma por COVID 19». Dentro de esta guía, se explican los servicios existentes para las mujeres víctimas de violencia de género: el teléfono 016, asesoramiento jurídico y apoyo psicológico, tanto por teléfono como vía WhatsApp. En el mismo documento, después de enumerar los servicios citados, se diferencian tres situaciones: convivencia con el agresor, no convivencia con él y el caso de tener hijos en común. En cada uno de los apartados correspondientes a las diferentes situaciones, se dan instrucciones y se responden las preguntas más frecuentes que pueden tener las víctimas, especialmente para el caso de que no puedan acceder a ninguno de los servicios anteriormente mencionados.

Igualmente, el 31 de marzo de 2020 fue aprobado por el Consejo de Ministros el Real Decreto-Ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, en el que se recogían todas las medidas ya expuestas, además de, por ejemplo, incluir el llamado «Botón SOS» que permite alertar a sanitarios y Fuerzas de Seguridad del Estado de manera discreta e inmediata (Ruiz-Pérez y Pastor-Moreno, 2021).

Mas allá de estas medidas, surgió la iniciativa llamada «Mascarilla 19», en primer lugar, en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Canarias y, posteriormente, por toda España e incluso en el extranjero (Esteve Jordà, 2021: 202), consistente en un código que las mujeres usaban cuando acudían a la farmacia para alertar al personal farmacéutico de una posible situación de peligro, y es entonces cuando el personal de la farmacia alerta a los servicios de emergencia.

2. LA SITUACIÓN ECONÓMICA DE LAS MUJERES ANTE EL CORONAVIRUS

Los roles de género, de mayor o menor medida, siguen presente en la sociedad. Eso nos lleva, irremediablemente, a que las mujeres, en la gran mayoría de países, se dedican al trabajo doméstico, a la asistencia en establecimientos residenciales, a la hostelería y a las actividades sanitarias en un porcentaje mucho mayor que los hombres, de hecho, en el 2019, el año inmediatamente anterior al confinamiento, más de la mitad de las mujeres ocupadas se encontraban dentro de los citados sectores (EDE Fundiaziaoa, 2020: 27)³.

2.1. Los cuidados en tiempos de pandemia

Con la llegada de la pandemia y del confinamiento, aquellas mujeres que se encargaban del trabajo doméstico y cuidado de niños y ancianos a domicilio, al no ser declarados como servicios esenciales, ya no podían desplazarse a su lugar de trabajo, por tanto, tuvieron que dejar de trabajar de forma forzosa y, con ello, dejar de recibir ingresos. Muchas de estas mujeres forman parte de un núcleo familiar monoparental, ya que en España existen 1,5 millones de hogares monoparentales encabezados por mujeres frente a 300000 encabezados por hombres (Vencesalo Pueyo, 2020: 89), por tanto, los ingresos que entran a este núcleo dependen única y exclusivamente de ellas.

Es necesario poner de relieve que, durante el confinamiento, el 80% de la asistencia realizada por Cáritas Diocesana de Albacete se debía a mujeres inmigrantes que se quedaron sin ningún tipo de recurso por este motivo⁴. Como trabajadoras domésticas, no tenían un contrato regulado, por lo que con la llegada de la pandemia simplemente se quedaron sin trabajo, quedando en una situación de exclusión social y económica de extrema gravedad. Además, en su inmensa mayoría, se encontraban en una situación administrativa irregular. Explica Esteve Jordá (2021: 198), que el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, incluía un subsidio del 70% sobre la base cotizable, por falta de actividad, para aquellas trabajadoras incluidas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social; sin embargo, no es una solución para estas mujeres, puesto que, como se acaba de mencionar, había que estar dentro de ese Sistema Especial y para ello, afiliadas a la Seguridad Social. Por tanto, estaban excluidas.

Como consecuencia directa del cierre de sectores claramente feminizados (hostelería, cuidados, comercios), en el tercer trimestre de 2020, la tasa de desempleo de las mujeres creció 1,67 puntos (llegando a situarse en el 18,39%), frente al desempleo masculino, que únicamente incrementó en 26 centésimas (alcanzando el resultado de 14,39%), siendo la media nacional de 16,26% (Roig, 2021: 302).

2.2. Lo que ocurre con la brecha salarial

A todo lo anterior debemos sumar que la pandemia ha hecho todavía más profunda la brecha salarial, ahora las mujeres cobran un 23% menos que los hombres⁵. Esto se

⁴ Entrevista a José Sánchez Sánchez, abogado de Cáritas Diocesana de Albacete.

⁵ Datos de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF).

produce a pesar de que la prohibición de discriminación se consagra en nuestra Constitución en sus artículos 9.2 y 14, y en el Estatuto de los Trabajadores se consagra la obligación del empresario a pagar la misma retribución sin que se pueda producir discriminación por sexo (artículo 28). Es por ello que el Gobierno aprobó el año pasado dos reales decretos que otorgaban rango de ley a los reglamentos de Igualdad Retributiva (Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre) y de Planes de Igualdad (Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre).

El primero de ellos va dirigido a las empresas de más de 50 trabajadores estableciendo la obligación de tener un registro retributivo, llevar a cabo e implementar planes de igualdad dentro de dichas empresas y realizar una auditoría retributiva. El segundo, por su parte, incorpora la obligación para las empresas de tener planes de igualdad «efectivos y específicos»⁶, así como de registrar todos los planes de igualdad (siendo indiferente, en este aspecto, el número de trabajadores que compongan la empresa) y el refuerzo del carácter negociado de los mismos (Secretaría Confederal de Mujeres e Igualdad de CCOO, 2021).

2.3. Conciliación y coronavirus

El derecho a la conciliación familiar y laboral, reconocido, entre otros textos, en la Ley 8/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en el Estatuto de los Trabajadores, también se ha visto afectado a raíz de la pandemia. Esto es así debido a varios factores tales como el cierre de los centros educativos, la suspensión de los centros y servicios que facilitan la conciliación, y el hecho de que los progenitores continuaban desarrollando su vida laboral, siendo las mujeres las principales encargadas dentro de los núcleos familiares de los cuidados del hogar y de los hijos. Es decir, en un mismo espacio se reunían las responsabilidades familiares junto a las laborales, en palabras de Venceslao Pueyo (2020: 83): «además de trabajar *en* casa, cosa que las mujeres hemos hecho siempre, cabe recordarlo, somos muchas las que trabajamos *desde* casa».

Esta situación ha sido reconocida por nuestros propios Tribunales, en palabras del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, en relación con un caso de una mujer, madre, reclamando un cambio de horario para poder dedicar los cuidados oportunos a su hijo: «Debe añadirse, también, que tratándose de un derecho humano, debe regirse en su interpretación y aplicación por los principios de univer-

⁶ Puede verse con más profundidad en el siguiente enlace: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/131020-enlacereglamentos.aspx>

salidad, integralidad y el principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección del derecho, en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo, ejercitado mayoritariamente por las mujeres trabajadoras, siendo por tanto su impacto de género incuestionable»⁷.

Ante esta situación, y con el doble de mujeres que de hombres acogándose al teletrabajo para poder hacer frente a sus obligaciones familiares⁸ se puso en marcha el «Plan MECUIDA», en el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, un Plan que reconoce los derechos de adaptación y reducción de jornada ya reconocidos ampliándolos para adaptarlos a aquellas situaciones en las que concurran circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión del COVID-19⁹. En un primer momento, se preveía su duración hasta un mes después de la finalización del estado de alarma, sin embargo, a través del Real Decreto-ley 2/2022, ha sido prorrogado hasta el 30 de junio de 2022.

De esta forma, todas aquellas mujeres que cumplieran con los requisitos para la aplicación de este Plan, podían reducir su jornada laboral o adaptarla a sus necesidades concretas provocadas por la pandemia. Es decir, a través del Plan MECUIDA se puede bien adaptar la jornada de trabajo (cambio de turno, horario, centro de trabajo) o, en caso de que sea posible, solicitar el teletrabajo, o bien reducir la jornada laboral, con su consecuente reducción proporcional del salario. Para poder adherirse a él deben de concurrir alguna de estas tres situaciones: la persona trabajadora atienda a un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad que necesita cuidado directo a consecuencia del coronavirus; un familiar, que antes de la pandemia se encontraba en un centro educativo u otro centro de análoga naturaleza, que, a consecuencia de la misma, ha cesado su actividad, obliga al trabajador a hacerse cargo de él; o, que se requiere por parte del trabajador el cuidado de un familiar que estaba siendo atendido por otra persona que, igual que en el caso anterior, ha tenido que cesar en sus servicios a consecuencia del COVID-19.

3. LAS MUJERES Y LA LUCHA CONTRA LA PANDEMIA

Los estudios reflejan que el virus afecta menos a las mujeres y, sin embargo, solamente dentro del sector sanitario, el 73,6% del personal sanitario que ha tenido la enfermedad en España son mujeres, de acuerdo con el informe del Instituto de Salud Carlos III, con

⁷ STSJ 933/2021

⁸ Datos de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF)

⁹ SJSO 2639/2021

fecha 16 de abril de 2020 (Bodelón González, 2020: 112). Estos datos se entienden si tenemos en cuenta que las mujeres representan el 70% de los trabajadores en el ámbito sanitario en todo el mundo (Naciones Unidas, 2020)¹⁰, lo que lleva irremediabilmente a que, en la lucha contra el coronavirus en hospitales, centros de salud o residencias de ancianos, entre otros, han estado en primera línea en un número superior a los hombres. Como ya hemos visto, los sectores más precarizados (sobre todo, el referente a los cuidados) está claramente feminizado. A estos números debemos añadir todo lo comentado anteriormente, y es que las mujeres han sufrido las consecuencias más graves de la crisis económica y social, elevando su nivel de pobreza y la violencia de género.

Sin embargo, a pesar de la representación femenina tan elevada en estos sectores y la difícil situación de muchas mujeres durante la pandemia, esto no se ha reflejado en la toma de decisiones con respecto al coronavirus. Un ejemplo claro es que solo el 18% de los ministros y el 24% de los parlamentarios en todo el mundo, son mujeres (Oxfam, 2020).

En nuestro país, donde afortunadamente no encontramos unas cifras tan bajas de representación femenina en el Parlamento, podemos encontrar otros problemas similares. Tanto a nivel estatal como a nivel autonómico, se han creado una serie de comités de expertos para la lucha y gestión de la pandemia. Tomando como referencia el País Vasco, en esta comunidad autónoma encontramos que ocho de cada diez personas en el ámbito sanitario son mujeres y ocho de cada diez personas que trabajan en las residencias de ancianos son mujeres, pero, por otra parte, el Consejo Asesor de LABI, un Comité creado específicamente para la gestión de la pandemia a nivel autonómico, de sus 13 miembros, sólo 3 eran mujeres. Y, en Andalucía, de 18 personas expertas integrantes del Comité asesor externo para el balance de gestión y propuesta de mejora de la pandemia COVID-19, solo 4 eran mujeres (Bacigalupe, 2021).

Y, esto también ocurre en más Comunidades Autónomas, la representación de las mujeres en este tipo de Comités específicos, creados por 11 CCAA, ha sido de un 39.5%¹¹.

Por tanto, la conclusión que podemos extraer de las diferentes cifras es clara: las mujeres están infrarrepresentadas de la toma de decisiones, una infrarrepresentación en la vida pública que, no sólo vulnera el artículo 54 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹², sino que tiene consecuencias fatales para las

¹⁰ Naciones Unidas, *Policy brief: the impact of COVID-19 on Women*, 9 de abril de 2020

¹¹ Todos estos datos han sido obtenidos de Bacigalupe, A, et al, *Invisibilidad de género en la gestión de la COVID-19: ¿quién toma las decisiones políticas durante la pandemia*, Gac Sanit. 2021. 021.
<https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2021.02.005>

¹² Artículo 54 de la Ley Orgánica 3/2007: «La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en

mismas. Bacigalupe (2021) explica que la infrarrepresentación descriptiva, esto es, en los números, conlleva necesariamente una falta de representación sustantiva, lo que quiere decir que, a la hora de analizar las situaciones, gestionar los problemas y adoptar soluciones, no se pone sobre la mesa las necesidades, intereses y la situación real de las mujeres puesto que éstas no tienen un sitio en el órgano de decisión.

La única respuesta posible por parte de las Instituciones para solventar este problema la ofrece Pajín Iraola (2021: 54). Debemos poner de relieve todas las medidas hasta ahora mencionadas, tales como la campaña «Estamos Contigo» o el Plan ME-CUIDA, destinadas a la protección de las mujeres frente a los efectos de la crisis. Sin embargo, cabe plantearnos si han sido suficientes para abordar todos los aspectos socioeconómicos afectados por la pandemia si no se han incorporado a esas mismas mujeres a las mesas de negociación y respuesta. Introducir la perspectiva de género es imprescindible para ofrecer soluciones efectivas y equitativas y obtener de forma precisa el impacto de la crisis diferenciada por género, siendo la única forma de corregir los desequilibrios y no hacerlos más profundos.

Esto es así, porque las mujeres son las mejor situadas para saber en qué situación se encuentran y analizar las posibles soluciones, por tanto, si no se encuentran representadas, la solución puede que nunca llegue.

4. CONCLUSIONES

Todas las crisis afectan de manera desigual a la población y la COVID-19 no se iba a quedar atrás. Es innegable que la llegada de la pandemia cambió todos los aspectos de nuestras vidas y puso sobre la mesa problemas sociales que ya veníamos arrasando pero que, como con todo, el COVID los agravó y los hizo más patentes. Y así ha ocurrido con todos los puntos mencionados anteriormente: la violencia de género, la brecha salarial, la exclusión económica y social de las mujeres inmigrantes o la difícil conciliación económica y familiar son problemas que las mujeres ya sufrían antes de 2020 pero que se han hecho más profundas y, si cabe, todavía más difíciles de solventar. Ya se han analizado cuál ha sido la respuesta de las Instituciones de nuestro país para abordar cada uno de estos asuntos, pero ahora debemos preguntarnos si son suficientes y eficaces. A pesar de lo oportunas que puedan resultar algunas

órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas.

Asimismo, la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella observarán el principio de presencia equilibrada en los nombramientos que le corresponda efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe».

de las medidas que se han comentado, muchas de ellas, como la campaña «Estamos Contigo» destinada a las mujeres víctimas de violencia de género quedó reducida a los primeros meses de pandemia, cuando en 2021 se registraron 44 muertes por violencia de género en nuestro país.

El verdadero reto para las Instituciones consiste en conseguir que lo coyuntural, como son las medidas que hemos tratado, pase a lo estructural y consiga alcanzar a más población. De otra forma, los planes para paliar la violencia de género o para facilitar conciliación familiar, resultarán ineficaces, porque, aunque hayamos superado los peores meses de pandemia, las consecuencias de la crisis económica y social en la que nos ha sumergido siguen presentes en la sociedad y la población, en especial las mujeres, continúan necesitando estas medidas.

La discriminación que sufren las mujeres se produce en un contexto donde tanto las normas internas de nuestro país, como las normas a nivel internacional, prohíben de forma clara cualquier forma de discriminación, y, aun así, no son eficaces. Y es que más allá de las normas o de las reformas y los planes que elaboren las Instituciones para solventar un problema concreto, también debe haber una política que fomente la educación sin estereotipos ni roles de género, y que a largo plazo fomenta la inclusión de las mujeres en puestos de responsabilidad, a sectores en los que están infrarrepresentadas y que impulsen la conciliación desde la corresponsabilidad¹³. Es esencial para ello, incluir a las mujeres en los órganos de decisión, ya que una perspectiva de género es esencial para paliar las consecuencias de esta crisis. Aprovechar las situaciones que la crisis provocada por el COVID-19 nos ha puesto sobre la mesa es fundamental para, en primer lugar, buscar una solución que involucre al conjunto de la sociedad, y, segundo, paliar dichas situaciones para el futuro.

Acabar con la discriminación a la mujer es un trabajo conjunto de la sociedad y las Instituciones, de otra manera, cualquier medida será ineficaz a largo plazo.

¹³ https://www.igualdadenaempresa.es/servicios/jornadas/docs/Ponencia_Gemma_Fabregat.pdf

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupe, Amaia (2021), et al, «Invisibilidad de género en la gestión de la COVID-19: ¿quién toma las decisiones políticas durante la pandemia», *Gaceta Sanitaria*. Disponible online, DOI:[10.1016/j.gaceta.2021.02.005](https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2021.02.005)
- Bodelón González, Encarna (2020), «Confinadas. El control social de las mujeres durante la pandemia del Covid. Una visión feminista sobre el doble confinamiento de las mujeres», en Iñaki Rivera Beiras, *Pandemia. Derechos Humanos, Sistema penal y control social (en tiempos de coronavirus)*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- EDE Fundazioa (2020), *La igualdad en época de pandemia. El impacto de la COVID-19 desde la perspectiva de género*, Emakunde - Instituto Vasco de la Mujer.
- Esteve Jordà, Clara (2021), «El impacto de género en la COVID-19: el caso de España», en Josep Ramon Fuentes i Gasó, Jordi Jaria-Manzano, Víctor Merino Sancho y Paila Villavicencio-Calzadilla (eds.), *El impacto social de la COVID-19. Una visión desde el Derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Gallo Rivera, Teresa y Mañas Alcón, Elena (2020), «Territorios vulnerables a la violencia de género en tiempos de confinamiento», *Serie Documentos de Trabajo*, Documento nº2/2020.
- Naciones Unidas (2020), *Policy brief: the impact of COVID-19 on Women*.
- Naciones Unidas (2021), *Declaración entre organismos sobre la violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la COVID-19*.
- ONU Mujeres (2020), *COVID-19 and Women's Human Rights*.
- OXFAM, *Tiempo de cuidados. El tiempo para el cuidado y la crisis global de desigualdad*, 2020. DOI: 10.21201/2020.5419.
- Pajín Iraola, Leire (2021), «El rostro femenino de la COVID-19», *Fundación Unión Europea-América Latina y el Caribe (EU-LAC)*.
- Roig, Rosa (2021), «Teletrabajo y conciliación ante la igualdad de género. Una mirada desde las políticas públicas», en Ana Marrades Puig, *Los cuidados en la era COVID-19. Análisis jurídico, económico y político*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Ruiz-Pérez, Isabel y Pastor-Moreno, Guadalupe (2021), «Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de COVID-19», *Gaceta Sanitaria*, volumen 35, 4, julio-agosto 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2020.04.005>.
- Secretaría Confederal de Mujeres e Igualdad de CCOO (2021), «Guía para no perderse en el Real Decreto 901/2020 relativo a la negociación y registro de planes de igualdad», *Confederación Sindical de CCOO*.
- Venceslao Pueyo, Marta (2020), «Pandemia y condición femenina», en Iñaki Rivera Beiras, *Pandemia. Derechos Humanos, Sistema penal y control social (en tiempos de coronavirus)*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Enlaces de Interés

https://www.igualdadenlaempresa.es/servicios/jornadas/docs/Ponencia_Gemma_Fabregat.pdf

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/131020-enlacereglamentos.aspx>

BLOQUE CUARTO

**Los retos de la agenda 2030
y los objetivos de desarrollo sostenible
para el derecho nacional y europeo**

TRATAMIENTO PROCESAL DEL INVESTIGADO AFECTADO POR “DEMENCIA” SOBREVENIDA: A VUELTAS CON EL ARTÍCULO 383 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL¹

BELÉN HERNÁNDEZ MOURA
Universidad Carlos III de Madrid
belen.hernandez@uc3m.es

1. LA DISCAPACIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2021

El tratamiento de la salud mental y, muy en particular, el abordaje de la enfermedad mental en las instituciones de justicia sigue siendo una cuestión inacabada con graves consecuencias para quienes han de relacionarse con el proceso penal y sus derivados. Pocos días antes de la redacción de estas líneas aparecía en prensa el caso de una mujer absuelta por la Audiencia Provincial de Salamanca en el año 2018, por apreciar entonces la concurrencia de una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal de anomalía o alteración psíquica que imposibilitó la comprensión del hecho como ilícito². Siendo este el contexto, la Audiencia acordó la imposición de una medida de seguridad en centro adecuado, con internamiento en centro cerrado entre 5 y 15 años, determinando además la posible sustitución de la medida por un régimen abierto y vigilado en base a la evolución del tratamiento. A pesar de ello, la trayectoria vital de la enferma suma, además del tiempo en prisión provisional, su paso por otros centros penitenciarios de la geografía española sin que se diese verdadero cumplimiento a lo acordado en sentencia.

¹ Trabajo publicado en el marco del Proyecto I+D+i, con el título, «Lectura constitucional de las medidas cautelares y de los programas de tratamiento de ejecución de sentencias para sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal». Referencia: Proyecto I+D+i PID2019-110422GB-I00. IP: Prof. Dr. Ignacio Flores Prada.

² Vid. la noticia publicada el 11 de marzo de 2022, en el diario digital Público firmada por Fernández Reviejo. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/salud-mental-mujer-lleva-cuatro-anos-recluida-centros-penitenciarios-pese-haber-sido-absuelta-enfermedad-mental.html>

A pesar de lo incomprensible de este y otros casos, es posible identificar algunos avances que favorecen un entendimiento más respetuoso con la idea de discapacidad impulsada desde el ámbito internacional y europeo (Arangüena Fanego, 2019). Especialmente en el ámbito procesal nos referiremos al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2021 (ALECrim21 en adelante), el cual, como indican Ramírez Ortiz y Rueda Soriano,

frente a una perspectiva unidimensional, que se aproxima a la persona sometida al proceso con discapacidad como si se tratara de un tercero al que hay que proveer de defensa y representación ya que no está en condiciones de hacerlo por sí mismo, así como respecto del cual hay que tomar las medidas oportunas para garantizar tanto su bienestar como la protección de la sociedad que debe prevenir los eventuales riesgos derivados de aquella, [...] parte de la autonomía o plenitud de facultades decisorias del sujeto y [...] crea un régimen flexible e individualizable que tome en consideración las circunstancias concurrentes para graduar la respuesta en función del grado de discapacidad, abarcando de este modo todas las situaciones posibles y no solamente los supuestos de falta absoluta de capacidad procesal (2021:3).

En efecto, la propuesta del ALECrim21 integra los estándares internacionales enunciados por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y por la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales –2013/C 378/02. Ya en el plano interno, también se habría tenido en cuenta la reforma en el plano civil que representa la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es, por tanto, vocación del ALECrim21 superar la visión de “incapaz” que tradicionalmente ha acompañado a la persona con discapacidad. Al contrario, para el ALECrim21 la discapacidad es un concepto abierto a gradación, ligado, como recoge el art. 61 ALECrim21, a la

situación en que se encuentre una persona con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que le impidan o dificulten comprender el significado y las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o que le limiten o imposibiliten para valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales.

Esta noción, similar en su redacción a la idea de discapacidad que para el sujeto pasivo del delito propone el art. 25 CP, incorpora matices ciertamente significativos

y que probablemente puedan explicarse por la distinta función de ambas instituciones: aquélla elimina la idea de «deficiencias permanentes» que se mantiene en el art. 25 CP e integra las limitaciones temporales que en algún momento puedan restringir o, en los casos más graves, imposibilitar el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones procesales. Para Ramírez Ortiz y Rueda Soriano,

la clave de bóveda radica, en la accesibilidad, principio esencial de la CDPC que obliga a los Estados a garantizar el acceso a la justicia y participación efectivas de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, introduciendo para ello los ajustes o adaptaciones procedimentales que sean necesarios. Esta obligación se normativiza en el artículo 13 CDPC, que establece que los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones de esas personas como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares (2021:3).

Igualmente, el informe realizado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en mayo de 2019 –CRPD/C/ESP/CO/2-3– y que incluye observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero de España, recomienda trabajar en la garantía de

la accesibilidad y los ajustes de procedimiento, incluidas las disposiciones para apoyar a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones y garantizar el derecho a la defensa, en todas las fases de los procedimientos penales, para las personas con discapacidad que estén siendo investigadas o procesadas (Observación 27.d).

Y es que estos ajustes razonables suponen, con Hernández García,

un nuevo estándar interpretativo, un canon teleológico dirigido directa y especialmente a los jueces. El art. 13 de la Convención no solo consagra el derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones, sino que impone instrumentos para obtenerlos. Es una obligación de resultados para la cual los ajustes del procedimiento resultan un instrumento esencial (2020: 875).

Con este modelo como telón de fondo, el ALECr21 arranca con el reconocimiento de tres derechos esenciales en el estudio del estatuto jurídico-procesal del investigado o encausado con discapacidad:

- I. Derecho de defensa del sujeto afectado por discapacidad o enfermedad mental en iguales condiciones que cualquier sujeto no afectado por causa de

- discapacidad –art. 62 ALECRim 2021. Era precisamente la garantía del derecho de defensa el *leitmotiv* de la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales –2013/C 378/02.
- II. Derecho a la autonomía procesal o «plenitud de facultades decisorias» –art. 63 ALECRim 2021–, lo que para el prelegislador supone que la persona afectada por una discapacidad o trastorno mental «pueda tomar por sí misma todas las decisiones que le competen en su cualidad de encausada», cuestión que debe poder hacerse «a lo largo de todo el proceso, siempre que esto resulte posible, y en todo caso de conformidad con la sentencia de prestación de apoyos» –art. 63 ALECRim 2021. Para ello, se prevé la adopción de «medidas de ayuda a la comunicación que sean adecuadas y proporcionadas al grado de discapacidad de la persona encausada, garantizando en todo caso que comprenda el significado de los actos procesales que le afecten y de las decisiones que deba adoptar en relación con ellos» –art. 63 ALECRim 2021.
- III. Participación eficaz en todo el procedimiento –art. 64 ALECRim 2021. La eficacia de este derecho exige la supresión de los frenos que ralentizan o impiden la participación de la persona afectada por una discapacidad y la introducción de los ajustes que resulten precisos³.

Como indica Hernández García,

los derechos a la autonomía, a la independencia individual, a la accesibilidad, a la igualdad, a la dignidad a la plena participación de las personas que tienen algún tipo de discapacidad generan verdaderos deberes positivos para los poderes públicos (2020: 874 y ss.),

deberes que, añadimos, se traducen en parámetro de actuación de los poderes públicos. En efecto, para el verdadero ejercicio de estos derechos deviene imprescindible la incorporación de cambios significativos en el tratamiento del

3

A la necesidad de estos ajustes para una participación efectiva se ha referido el Tribunal Supremo en una muy reciente jurisprudencia y que, con toda probabilidad, será clave en la cita de las defensas de las personas con discapacidad: «la ausencia de ajustes que impidan o dificulten de manera mínimamente significativa el pleno disfrute y ejercicio de los derechos de participación y defensa eficaz de los que es titular la persona acusada vulnerable puede ser fuente de indefensión con relevancia constitucional. Lo que puede justificar, en su caso, la nulidad de actuaciones como mecanismo reparatorio» –STS 695/2021, de 15 de septiembre [JUR/2021/3308198].

investigado o ya encausado en el que se sospecha puede existir alguna limitación en su capacidad procesal; cuestión que también tiene en cuenta el ALECRim21:

- I. En primer lugar, en el texto proyectado se prevé una «reacción inmediata de las autoridades y funcionarios que tienen el primer contacto con la persona encausada y detectan en ella indicios de una posible discapacidad», en línea con la presunción de vulnerabilidad que recogen la regla 7ª de la ya citada Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en el proceso penal⁴ y el art. 13 de la Directiva 48/2013, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad⁵.
- II. En segundo lugar, se incorpora un sistema adaptado de medidas cautelares, de manera que, según el Preámbulo de la propuesta, se pueda atender «cautelamente las necesidades derivadas de la discapacidad detectada hasta tanto puedan adoptarse otras más estables con los debidos elementos de juicio». Dicho régimen diferenciado cristaliza después en los arts. 73 y ss. del ALECRim21.
- III. En tercer y último lugar, se introduce «un incidente [...] expresamente orientado al dictado de una resolución judicial que evalúe, con todos los elementos de juicio necesarios, las circunstancias de la discapacidad y determine el influjo que esta ha de tener en la tramitación del proceso» – Preámbulo ALECRim21. La legitimación para promover el incidente corresponde tanto al representante del Ministerio Fiscal, sobre el que además recae un deber institucional de protección, como al sujeto pasivo del proceso, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se halle en una situación de hecho asimilable, así como sus descendientes, ascendientes o

⁴ «Los sospechosos o acusados, o sus abogados, deben tener derecho a impugnar, de conformidad con el Derecho nacional, la evaluación de su posible vulnerabilidad en los procesos penales, especialmente si ello pudiera impedir o restringir significativamente el ejercicio de sus derechos fundamentales. Este derecho no conlleva la obligación de que los Estados miembros prevean un procedimiento específico de recurso o un mecanismo o procedimiento de reclamación aparte mediante el cual pueda impugnarse ese hecho».

⁵ «Los Estados miembros garantizarán que, cuando se aplique la presente Directiva, se tomen en consideración las necesidades específicas de los sospechosos y acusados que sean vulnerables».

hermanos –art. 72 ALECRim21. La solicitud, que se presentará generalmente ante el Juez de Garantías, expondrá el alcance de la posible discapacidad, las concretas medidas de apoyo que se solicitan o la (in)suficiencia de las ya existentes, así como los medios de prueba de los que el solicitante se vaya a servir para justificar su pretensión en la futura audiencia –art. 72.1 ALECRim21. En ella se oirá al promotor del incidente, a la persona encausada y al Ministerio Fiscal; se practicarán las pruebas propuestas y admitidas y se oirá a los familiares más próximos de la persona encausada con quien no mantenga conflicto de intereses. Además, se practicarán los reconocimientos periciales precisos para adoptar una decisión fundada. Dicha decisión, que en ningún caso adelantará o predeterminará el pronunciamiento sobre la imputabilidad del sujeto, quedará recogida en la resolución judicial que contemple las medidas de apoyo que habrán de introducirse para salvaguardar el derecho de defensa y establecerá las actuaciones procesales concretas en las que la persona encausada haya de estar asistida. Además, y en línea con la regla séptima de la Recomendación de 2013, tal resolución judicial podrá impugnarse vía recurso de reforma, que se tramitará con carácter preferente.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

La existencia de indicios de enfermedad o trastorno mental en la persona investigada es una cuestión primaria en la concreción del derecho penal y procesal penal. En el plano material su constatación podría conducir a la apreciación de causa extintiva de responsabilidad criminal cuando la enfermedad o trastorno haya *de facto* impedido la comprensión de «la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión –art. 20.1 CP». Igualmente, la verificación de dichos indicios tendrá importantes implicaciones en el plano procesal ya desde la fase de instrucción, pues condicionará la afirmación de capacidad procesal suficiente para intervenir con todas las garantías. En otras palabras, el examen de capacidad procesal obligará a determinar si el sujeto tiene capacidad bastante para comprender las implicaciones del proceso penal y su sustanciación sobre su persona, primero en calidad de investigado, después como encausado y/o acusado. Muy en especial, se habrá de estar a los inconvenientes que la merma pueda tener en el pleno ejercicio del derecho de defensa, también en lo que toca a la autodefensa.

Inimputabilidad y ausencia de capacidad procesal son, por tanto, cuestiones diferentes que no necesariamente coexisten en el tiempo, y con consecuencias

jurídicas desiguales. En efecto: si bien es posible imaginar un supuesto en el que la afectación mental en el momento comisivo sea a la misma vez motivo de inimputabilidad y causa de la falta de capacidad procesal, es igualmente posible representar un caso en el que no exista afectación al momento de la comisión de los hechos y, en cambio, aquella sobrevenga al sujeto en un momento posterior, incapacitándolo para enfrentar con el estándar básico de garantías el proceso penal. Podríamos hablar incluso de un tercer supuesto representado por un sujeto inimputable al momento de la comisión pero con capacidad procesal por no encontrarse afectado volitiva o cognitivamente durante el proceso.

A efectos de este trabajo, interesa únicamente la capacidad intelectual que la persona investigada pueda tener durante el proceso penal y no durante el momento delictivo, donde presumiremos que no se encuentra afectado. Esto es, nos centraremos en el segundo supuesto del párrafo anterior. La precisión es importante, dado que la deriva procesal es distinta en función de si la causa que determina la inimputabilidad y la falta de capacidad procesal coincide o si el trastorno sobreviene después. En este último caso, la LECrim parece impedir la continuación de la causa –art. 383 LECrim–, mientras que en el supuesto primero la norma procesal permite la apertura del juicio oral dirigido a la apreciación de la circunstancia eximente, el dictado de sentencia absolutoria y, si media pronóstico de peligrosidad futura, imposición de la medida de seguridad alternativa a la pena que corresponda. La cuestión de fondo no es otra que la prioridad en el análisis, bien de la imputabilidad, bien de la capacidad procesal del sujeto. Una última concreción: dentro del segundo supuesto nos centraremos en las dificultades que pueden darse cuando la afectación mental sobreviene al sujeto ya iniciada la instrucción pero antes de alcanzar el juicio oral, entendiendo que si la demencia sobreviniera en fase ya de plenario procedería aplicar al ausente intelectual lo dispuesto para el ausente material– art. 841 LECrim.

Planteado así el problema, se partirá de la noción clásica de capacidad procesal, para someramente repasar después las distintas lecturas jurisprudenciales del art. 383 LECrim y, por último, exponer algunas de las propuestas de reforma procesal con hincapié en el ALECrím21.

3. LA CAPACIDAD PROCESAL COMO PUNTO DE PARTIDA Y SU RELACIÓN CON EL ART. 383 LECRIM

La capacidad procesal es premisa necesaria para la constitución de la relación jurídico procesal. Y lo es hasta el punto de que si quien se está sometiendo al proceso carece

de dicha competencia el proceso no puede, ni debe, continuar. Esta capacidad procesal ha sido explicada por Moreno Catena como la

aptitud necesaria para participar de modo consciente en el juicio, comprender la acusación formulada contra él y ejercer el derecho de defensa [...] sin que sea posible suplir la incapacidad de la parte pasiva; es decir, la capacidad de comprender el significado del proceso penal (2019:109).

Para Montero Aroca tendrán capacidad procesal «todos los que pueden participar conscientemente en el proceso, todos los que tienen de hecho posibilidad de ejercitar los derechos procesales que la ley reconoce al investigado o acusado»; de manera que «la falta de capacidad procesal ha de referirse, pues, a la imposibilidad de hecho de intervenir de modo consciente en el proceso» (2019:94). Todo ello alude, al fin, a «la necesidad de que el marco procesal que delimita el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, defina un escenario que haga posible la vigencia del derecho de defensa» –STS núm. 844/2017, de 21 de diciembre [RJ/2017/5791].

Asumiendo lo anterior, si la intervención no es lúcida o no tiene posibilidad de serlo no cabe hablar de auto de apertura de juicio oral ni de formalización de la acusación contra el investigado o encausado al que sobreviene la “demencia” – nada que objetar a la primera parte del art. 383 LECrim – y ello porque «acordar la celebración de juicio contra quien no es capaz de entender lo que en él ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (art. 24 CE) y el derecho a un proceso justo» –STS 971/2004, de 23 de julio. En efecto, y como ya señalara jurisprudencia anterior, el art. 383 LECrim

entronca con una exigencia elemental, a saber, la necesidad de que el marco procesal que delimita el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, defina un escenario que haga posible la vigencia del derecho de defensa. El acusado que carece de las facultades mentales precisas para tomar conciencia, por ejemplo, del alcance jurídico de sus respuestas al interrogatorio de la acusación o, con carácter general, del valor constitucional de los derechos a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, es un acusado inerme frente al poder sancionador del Estado. De ahí [...] el mandato histórico de proceder al archivo de la causa y adoptar las medidas de seguridad previstas para aquellos que ejecutan el hecho con una afectación de su imputabilidad (STS 259/2020, de 28 de mayo [RJ/2020/1497]).

Ante indicios de discapacidad, el juez instructor pedirá acreditar dicha circunstancia sometiendo al investigado a observación de los médicos forenses –arts. 381 y 382 LECrim– y, superado ese procedimiento preliminar, dispondrá el archivo

de la causa junto con la imposición, si corresponde, de una medida de seguridad como el internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del art. 96 CP –arts. 383 LECrim última parte y 101 CP. Es aquí donde comienzan las objeciones: la última parte del art. 383 LECrim estaría avalando la imposición de una medida de seguridad tras una valoración no contradictoria de la peligrosidad en fase de instrucción y sin que esté acreditada la tipicidad y la antijuridicidad de los hechos en sentencia –art. 3.1 CP.

4. ENTRE ELECCIONES INSATISFACTORIAS Y UNA (POSIBLE) VÍA DE ESCAPE

Hasta ahora parecería que la vigente redacción del art. 383 LECrim obliga a una elección nunca satisfactoria: (a) imposición de medida de seguridad por el instructor, tras un trámite sin contradicción, en favor de la protección de la colectividad frente a una hipotética peligrosidad y de la garantía de futura sujeción del sujeto a un eventual proceso, o (b) sobreseimiento sin medida, asumida la imposibilidad de celebración de juicio en garantías, opción más respetuosa con la posición del sujeto incapaz frente al proceso penal pero insatisfactoria desde el punto de vista de protección de la colectividad. Antítesis claramente expuesta por el Alto Tribunal en 2004:

el enjuiciamiento de una persona que, en realidad, carece de la necesaria capacidad procesal para ejercitar plenamente su derecho de defensa se enfrenta a la necesidad ineludible del juicio para permitir, en justicia, la aplicación de la medida de seguridad que se muestra ineludible, tanto desde el interés terapéutico del enfermo como desde el de protección de los miembros de la sociedad ante quien con su conducta delictiva ha demostrado ya el potencial de peligrosidad que representa STS 971/2004, de 23 de julio de 2004 [RJ/2004/7481].

Ahora bien, es necesario introducir aquí una matización: enfermedad mental y peligrosidad criminal no son un binomio indisoluble, si bien esta precisión no siempre se ha observado en el tratamiento procesal del sujeto psíquicamente afectado. En cualquier caso y ante esta disyuntiva, algunos autores y jurisprudencia han apuntado una vía civil “de escape” que lograría mantener el equilibrio entre una posición garantista con los derechos del investigado “demente” y la protección de la colectividad junto con la eficacia del futuro proceso penal, y ello no en base a un pronóstico de peligrosidad sino a partir de una visión terapéutica que guiaría el internamiento del art. 756 y siguientes de la LEC (Muñoz Cuesta, 2004; Flores Prada et. al., 2016; Flores Prada, 2017; Flores Prada y Sánchez Rubio, 2017).

Esta parece ser la línea de la STS de 24 de noviembre de 2010 [RJ/2010/9038], en la que el TS prima el control sobre la capacidad procesal del sujeto sobre la imposición de la medida de seguridad, entendiendo que lo que procede es la suspensión provisional condicionada al futuro desarrollo del trastorno mental incapacitante. En esta ocasión no cabe para el TS imposición de medida de seguridad o cualquier otra intervención en el orden penal, procediendo el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que, ya en el orden civil, inste las medidas que pudieran corresponder en materia de incapacitación o internamiento del sujeto. La reciente STS núm. 407/2020, de 20 de julio [RJ/2020/3174] ahonda en esta línea, estableciendo que hasta alcanzar una posible mejoría que permitiese valorar la reapertura de la causa «debe cesar toda intervención penal sobre el sujeto, correspondiendo al Ministerio Fiscal, en su caso, instar las medidas protectoras que estime oportunas para evitar una eventual reiteración delictiva y suplir la deficiente capacidad de autodeterminación».

Como se ha visto, esta opción busca fuera del ámbito penal la adopción de medidas terapéuticas y preventivas respecto al sujeto cuya afectación le impidió ser juzgado con garantías y, por tanto, igualmente contuvo la adopción de medidas de seguridad de naturaleza penal (Flores Prada, 2020: 9 y ss.). Esta interpretación, más respetuosa y garantista (si bien no exenta de riesgo), no fue la seguida en la STS 844/2017, de 21 de diciembre [RJ/2017/5791], en la que el TS retoma el debate con el argumento de la imposibilidad de absolucón del psíquicamente afectado en caso de archivo obligado. En dicha sentencia el Tribunal alude a distintas «opciones interpretativas», de modo que, siendo una mera *opción*, sobrevuela la posibilidad de enjuiciamiento respecto del incapaz procesal con un desenlace en ocasiones anunciado, fruto de unión estigmatizada entre peligrosidad y trastorno mental (Martínez Garay, 2014; Maraver Gómez, 2015).

Al margen de futuras investigaciones, entendemos como conclusión provisional que la segunda parte del art. 383 LECrim ha quedado tácitamente “derogada” por la jurisprudencia y que, por tanto, no cabe más que acudir a la vía civil en los casos de demencia sobrevenida, de modo que sea únicamente la enfermedad sobre lo que pivote la decisión sobre el mejor tratamiento terapéutico. No ocurre así con la medida de seguridad, pues aunque su imposición solo tiene sentido en base a condicionantes psíquicos, su razón de ser es contener la peligrosidad postdelictual del sujeto, una vez, por tanto, acreditadas la tipicidad y antijuridicidad de la conducta. Asimismo, rescatamos ahora el argumento del ALECRim2011 para los casos de demencia sobrevenida, y es que, sintéticamente, para el prelegislador de entonces la medida de seguridad carecería de fundamento en tanto el hecho fue cometido sin merma, y, por

tanto, sin ser resultado del estado peligroso que sustentaría la adopción de una medida de seguridad.

5. LA PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2021 A LA AFECTACIÓN SOBREVENIDA DEL INVESTIGADO

Por su parte, el ALECr21 dispone para los casos de falta plena de capacidad procesal la finalización de la instrucción, si bien previendo asistencia integral para el incapaz procesal facilitada por la institución de apoyo además de la defensa técnica designada por la institución o, en su defecto, nombrada de oficio (Tomé García, 2021: 24). El ALECr21 recoge entre las diligencias de investigación relacionadas con el investigado con indicios de afectación la «investigación mediante observación psiquiátrica» –art. 331 ALECr21–, con la que, según la Exposición de motivos, se busca a la vez «determinar la imputabilidad penal de la persona sometida a investigación y evaluar su capacidad de ser sometida al proceso», por tanto, continúa, «no solo tiene una misión de naturaleza indagatoria sino también una finalidad de tutela, ya que puede ser un acto requerido para determinar el régimen jurídico aplicable a la persona encausada con discapacidad». Además, en el art. 72 ALECr21 se recoge un incidente para la evaluación de la capacidad procesal del investigado y para la adopción de medidas específicas de adaptación y apoyo, cuyo objeto es el «dictado de una resolución judicial que evalúe, con todos los elementos de juicio necesarios, las circunstancias de la discapacidad y determine el influjo que esta ha de tener en la tramitación del proceso», procediendo en caso de imputabilidad pero ausencia de capacidad procesal, «el archivo de las actuaciones hasta que la persona investigada recobre la capacidad necesaria para ser sometida a juicio» –art. 79 ALECr21.

Si bien la regulación en torno al investigado afectado por alguna discapacidad es mucho más rica en el intento de reforma de 2021, lo cierto es que tampoco hay pauta de actuación respecto a los supuestos en los que sí se observa peligrosidad criminal. Volvemos entonces a la alternativa civil, aunque, como se anunció, tampoco esta está libre de conflicto: ante una decisión de mero archivo, puede resultar atractivo acudir al internamiento civil a modo de sucedáneo del internamiento penal. En los casos de “demencia” sobrevenida el recurso a la vía civil puede derivar en la incapacitación y posterior internamiento (voluntario o no) del sujeto como medida terapéutica encaminada a la curación. Si fruto del control periódico se observa una mejoría procederá el levantamiento de la medida, pero también la reapertura de la causa penal, confirmadas tanto la no prescripción del delito como la aptitud necesaria

en el sujeto para proceder de forma lúcida en el proceso penal. Ante este posible fraude de etiquetas y a la espera de ver cuál es el destino final del ALECRim21, la doctrina más pionera se encuentra ya explorando otras vías, trabajo al que nos sumamos, habida cuenta además de las novedades que trae consigo la reciente aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Arangüena Fanego, Coral (2019), «Las Directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el Derecho español», *Revista de Estudios Europeos*, 1, pp. 5-40.
- Flores Prada, Ignacio (dir.) (2016), «Derechos y garantías del investigado con trastorno mental en la justicia penal. Proyecto de Investigación I+D Trastornos Mentales y Justicia Penal (DER2014-53816-P)». Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/06/doctrina46702.pdf> (fecha de consulta: 19/03/2022).
- Flores Prada, Ignacio (2017), *Peligrosidad social predelictual y trastorno mental*, Navarra, Aranzadi.
- Flores Prada, Ignacio (dir.) y Ana Sánchez Rubio (coord.) (2017), *Trastornos mentales y justicia penal: garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Navarra, Aranzadi.
- Flores Prada, Ignacio (2020), «Alternativas al enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave», *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, 145, pp. 1-31.
- Hernández García, Javier, (2020), «Notas sobre las obligaciones de ajuste en el tratamiento procesal de las personas investigadas o acusadas vulnerables. (La inaplazable necesidad de un estatuto procesal específico)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, pp.873-904.
- Maraver Gómez, Mario, (2015), «Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31, pp. 283-330, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6471> (fecha de consulta: 19/03/2022).
- Martínez Garay, Lucía (2014), «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, pp. 1-77, <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1043.pdf> (fecha de consulta: 19/03/2022).

- Montero Aroca, Juan (2019), *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, Víctor, y Valentín Cortés Domínguez (2019), *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Muñoz Cuesta, Francisco Javier (2004), «¿Se vulneran los derechos fundamentales del acusado cuando se le somete a juicio oral estando enajenado?», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 31.
- Ramírez Ortiz, José Luis y Yolanda Rueda Soriano (2021), «El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del siglo XXI (la propuesta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)», *Diario La Ley*, 9815.
- Tomé García, José Antonio (2021), «Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECrím y Anteproyecto de 2020)», *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 151.

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DEL MERCADO DE ALIMENTOS TRANSGÉNICOS: EFECTOS MEDIOAMBIENTALES Y COMPETENCIAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ AYUSO

Universidad Internacional de La Rioja

juanfrancisco.rodriquez@unir.net

Desde siempre, los seres humanos alimentan a los animales y trabajan la tierra. A lo largo de estos años, la relevancia de la productividad de los alimentos suscita la necesidad de que se busquen permanentemente modernas técnicas, con la finalidad de incrementar esa productividad y extraer, de este modo, avances sustanciales en actuaciones que se dedican a obtener este producto alimentario. De este modo, podemos afirmar que la conocida como Biotecnología ha desempeñado un rol esencial en esta continua investigación hacia modos incipientes de consecución de una mayor y mejor producción.

En este contexto, y a modo introductorio pero esencial, es de suma importancia entender de forma adecuada el alcance de este término. Pues bien, la Biotecnología es una disciplina que analiza la biología interconectada y relacionada con los avances tecnológicos, de ahí el término empleado. Así, de la fusión de estas ciencias podemos alcanzar toda una suerte de adelantos en el mundo de la tecnología amparados en aspectos de la biología, la agricultura, la farmacia, la alimentación o la medicina, entre otros¹.

Junto a la anterior, también podemos definirla como aquella ciencia que nace y surge del empleo de organismos (o partes de organismos) vivos, con la finalidad de extraer o alterar la producción, así como las plantas o los animales, desarrollando incipientes microorganismos con fines concretos.

Así, y como ya dijimos, el ser humano emplea la Biotecnología en el ámbito de la alimentación prácticamente desde siempre, si bien empleando herramientas ciertamente más primarias. Partiendo de la base de que la alimentación transgénica (que

¹ Aparisi Miralles, Ángela (2004), «Alimentos transgénicos y derecho humano a la salud», *Cuadernos de Bioética*, 53, pp. 59-76.

ahora analizaremos) alude a aquellos alimentos objeto de mejora de algún modo, podríamos concluir que, entre otras cosas, fabricar alimentos como el pan o la cerveza que sustentan en la utilización de células de levadura, constituye un procedimiento que se sustenta en la Biotecnología. Sin embargo, si atendemos a aspectos más novedosos, estos procesos biotecnológicos, en el sentido en el que son conocidos en la actualidad, comenzaron a vislumbrarse en la década de los cincuenta, momento en el que James Watson y Francis Crick alcanzaron a descubrir la conformación de la molécula del ADN, lugar en el que se ubican aquellos datos genéticos de los seres vivos².

Si partimos de este relevante avance, al igual que de la constatación de que el ácido desoxirribonucleico se encuentra constituido por un total de cuatro nucleótidos, Watson y Crick procedieron a descubrir que la molécula de ADN se conforma por dos filamentos formados por una doble hélice. Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que ambos constituyen personajes ciertamente relevantes en la evolución y conformación de lo que, en la actualidad, conocemos como Biotecnología.

Más allá de lo anterior, esta ciencia presenta una enorme capacidad de extraer partes casi infinitas de:

- Sustancias hasta ahora empleadas con anterioridad
- Productos extraídos usualmente en porciones ciertamente más reducida
- Obtención de una producción con un gasto a la hora de producirla ciertamente más pequeña
- Productos con unas más elevadas garantías que los que se encontraban a disposición hasta ese momento
- Productos extraídos de novedosas materias primas más cuantiosas y asequibles que las empleadas con anterioridad.

1. ALIMENTOS TRANSGÉNICOS: HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN INTEGRAL

Así las cosas, ya que conocemos el germen y los cimientos de esta ciencia, seremos capaces de centrar nuestro interés en la alimentación transgénica.

Esta nueva modalidad descubre un difícil debate en relación con cuestiones de muy diversa índole: por un lado, se sitúan aquellos grupos económicos que se comprometen con el rendimiento de estas novedosas variedades, mientras que, por otro, se colocan aquellos que muestran su desconfianza en relación con estos procedimientos por la ausencia de conclusiones consistentes sobre sus efectos inofensivos.

² Gálvez Domínguez, Eduardo (2012), «Comercialización en España de alimentos transgénicos», *Revista crítica de Derecho privado*, 9, pp. 959-980.

Los alimentos transgénicos surgen, de este modo, como una transformación de la agricultura tal y como la hemos conocido siempre. No obstante, la mejor sugerencia que podríamos proporcionar en este caso sería la cautela, toda vez que la introducción de novedosas variedades en el entorno podría producir efectos negativos en aspectos como la variedad y riqueza en el entorno y medio ambiente³. A ello, debería adicionarse que ya conocemos los peligros que pueden suponer para las personas, tales como la incapacidad de tolerar este tipo de productos transgénicos o un aumento de las alergias, amén de una mayor resistencia a los medicamentos, como consecuencia de las particularidades del procedimiento de transferencia genética.

Pese a que estos posibles impedimentos no residen en las tecnologías de recombinación del ADN, el rápido avance de este desarrollo tecnológico y la exigencia de extraer provecho suscita un reducido número de análisis e investigaciones llevadas a cabo en un período inmediato de tiempo. Junto a ello, el empleo de licencias en relación con estas nuevas variedades podría provocar una limitación en la cantidad de sujetos que obtendrían beneficios de los aspectos positivos de estas nuevas especies, lo que podría ampliar la supeditación de los Estados con menos recursos en relación con aquellos que más tienen. Resultado de lo anterior, podemos afirmar la necesidad de que se controlen estas incipientes variedades transgénicas, tratándose con cuidado y precaución, además de cómo un aspecto de naturaleza pública, habida cuenta de las consecuencias que puede llegar a inferir sobre nuestro entorno y naturaleza, perjudicando, así, a las distintas variedades de seres vivos y, tanto más, a las generaciones futuras.

En el contexto descrito, parece adecuado proporcionar una definición de estos alimentos transgénicos, que abarcarían a todos aquellos alimentos que han sufrido algún tipo de modificación genética, a través de técnicas de ingeniería genética. Este tipo de alimentos se obtienen del empleo de técnicas que utilizan células vivas, así como el cultivo de tejidos o de moléculas obtenidas de un organismo, como sucede, entre otras, con las enzimas. Lo anterior nos permitiría conseguir, alterar o hacer mejor los productos obtenidos, pudiendo, incluso, desarrollar microorganismos con el fin de emplearlos con una finalidad concreta y específica.

Asimismo, otra posible definición de este tipo de alimentación transgénica es aquella que la define como aquella alimentación que se obtiene de un organismo al que se le han introducido genes de otros organismos con el fin de que la producción obtenida presente los rasgos pretendidos. Estaríamos, por tanto, ante una alimentación obtenida por medio del uso de la precitada Biotecnología, tradicionalmente co-

³ Martínez Cañellas, Anselmo (2010), «Algunos problemas jurídico-privados referentes a la producción y el comercio de los alimentos transgénicos», *Revista Digital Facultad de Derecho*, 3, pp. 295-343.

nocida como alimentación transgénica, si bien, desde una perspectiva jurídica, el término más adecuado sería el de organismos genéticamente modificados (o, lo que es lo mismo, OGM).

Si nos remontamos a la década de los 70, el área global de superficie empleada con el fin de cultivar este tipo de alimentación transgénica o genéticamente modificada se incrementó notablemente, poniendo de relieve el rápido incremento en el empleo de este tipo de alimentos. Sin embargo, tampoco podemos evitar poner de manifiesto los problemas y controversias que este tipo de alimentación genera⁴.

Al igual que el aumento de este empleo de este tipo de alimentos se percibe con claridad a lo largo de estos años, a nadie escapa que los conflictos generados por este tipo de producción se han incrementado de forma paralela, pese a los aspectos positivos que, indudablemente, presentan. Así las cosas, y con la finalidad de investigar la evolución de esta alimentación transgénica, es especialmente recomendable hacer un intento por comprender aquello que, en la práctica, conlleva que podamos hablar de este tipo de alimentación.

El origen de este tipo de productos transgénicos se encuentra en la primera mitad del siglo XXI, momento en el que Gregor Mendel implementó y desarrolló una experimentación por medio de la cual se procedieron a cruzar variedades distintas de guisantes con el fin de poner de manifiesto que determinados aspectos o características de una especie pueden llegar a heredarse a lo largo de este procedimiento. Pese a que se considera a este personaje como el promotor de la genética en la actualidad, bien es cierto que los resultados de sus estudios no se tuvieron en consideración sino hasta muchos años después.

Por lo que respecta a las hipótesis de este autor, podemos afirmar que el hecho de cruzar no consiste sino en reproducir distintas modalidades de plantas o de animales, siempre que sean de la misma variedad. Esta hibridación se emplea con el fin de que las primeras especies resultantes adquieran un mayor vigor o, lo que es lo mismo, que puedan adquirir una mayor fortaleza y resistencia que sus antecesores, con el fin de poder mejorar los elementos característicos que estos presentan en relación con aquellos que caracterizaban a sus progenitores.

Un ejemplo concreto de este cruzamiento es aquel consistente en reproducir una serie de organismos de distintas variedades, si bien próximas si atendemos a su vertiente fisiológica y filogenética. Este tipo de cruzamiento es poco habitual en la práctica, dados los procedimientos para aislarlos, al igual que la dificultad de que puedan acoplarse genitales de diferentes sexos.

⁴ Xalabarder, Robert (2010), «Los alimentos transgénicos», *Alimentaria: Revista de tecnología e higiene de los alimentos*, 415, pp. 113-115.

Un aspecto relevante a tener en cuenta en relación con la alimentación transgénica en relación con este cruzamiento entre variedades es la esterilidad de la especie que nace como resultado. De este modo, podemos observar que, en el medio ambiente, el intercambio genético de distintas variedades se encuentra, habitualmente, con obstáculos derivados de la existencia de una amplia variedad de impedimentos, de modo que podríamos concluir que es prácticamente inviable, si atendemos a un enfoque natural, la hibridación de especies diferentes.

Por último, las investigaciones de Gregor Mendel permitieron facilitar y poner la base para el surgimiento de la primera planta objeto de modificación genética; estamos hablando de la planta de tabaco con resistencia a los antibióticos, avance que se produjo en la década de los años ochenta. El hecho de producir semillas cruzadas por el empleo de fertilizantes suscitó un importante incremento a lo largo de las décadas de los cincuenta y de los ochenta. Este intervalo es conocido, de igual modo, como la revolución verde⁵.

Tras la confirmación de esta evolución, los investigadores consiguieron la creación, años después, del primer alimento transgénico empleado con fines comerciales. Este alimento genéticamente modificado fue el tomate, cuya creación se debe a una empresa californiana, por nombre Calgene. Esta nueva modalidad de tomate que se creó recibió la denominación de FlavrSavr por la compañía, siendo puesta en el mercado en el año 1994.

Pese a que los clientes pusieron de manifiesto el atractivo de esta nueva modalidad, la organización tuvo que paralizar la creación de este producto tres años después, habida cuenta de que este producto provocaba una menor rentabilidad para la empresa. Sin embargo, merced a esta evolución, actualmente, una persona que se dedique a la agricultura tiene la posibilidad de proceder a la plantación de tomates con un amplio elenco de rasgos distintivos: desde su resistencia a una amplia gama de plagas, pasando por aquellos que resisten más tiempo sin agua (poniendo de manifiesto su mayor capacidad de permanecer adecuadamente a lo largo de más tiempo), hasta tomates más grandes, más pequeños, con más sabor o con una presentación ciertamente más atractiva.

A pesar de que esta evolución ha traído consigo aspectos favorables más que palpables, también es verdad que encuentra algunas limitaciones, como la afinidad sexual, que, como ya se ha puesto de manifiesto, obstaculiza que algunas especies puedan fecundar por medio de hibridación. En este contexto, resulta especialmente relevante la conocida como ingeniería genética, que hace posible la mezcla de mate-

⁵ Gálvez Domínguez, Eduardo (2012), «Comercialización en España de alimentos transgénicos», *op. cit.*, p. 961.

rial genético de variedades ampliamente diversas. Así pues, a lo largo de este procedimiento, un organismo adquiere genes que no estaban en su material genético de otro organismo diferente, lo que le permite obtener, como es evidente, múltiples aspectos positivos. Es merced a este proceso y a esta tecnología como se obtienen la que conocemos como alimentación transgénica.

En resumen, y al amparo de todo cuanto se ha expuesto, resulta posible poner de manifiesto que esta alimentación transgénica es el resultado de una serie de procedimientos complejos de ingeniería técnica que, pese a su complejidad, podríamos llegar a explicar de forma bastante sencilla por medio de un ejemplo de lo más habitual en la práctica: partamos de que adquirimos un tomate y que este se conserva en condiciones óptimas de conservación durante varios días. No obstante, una especie de este mismo alimento, algo más costosa, puede conservarse durante más días aún. Ello constituye un buen exponente de los aspectos más favorables que presenta la alimentación transgénica. Asimismo, puede llegar a ocurrir que esta variedad de tomate más costosa presente, además, un mayor y mejor sabor que otras variedades, además de acompañarse de múltiples vitaminas que permiten que sea mejor para la salud. Es complicado de entender, si bien es así.

De este modo, actualmente resulta posible detectar varias modalidades que, a priori, parece prácticamente iguales. No obstante, una vez analizadas, ostentan múltiples aspectos distintos. Con el fin de extraer esas complejas y singulares variedades, los investigadores extraen una célula del producto tradicional y cogen los alelos que determinan un concreto carácter. En su lugar, introducen algún otro que usualmente se extrae de diferente organismo que posibilite que actúen posteriormente de un modo distinto. Ese proceso, que en apariencia es poco complejo, sí que lo es, ya que requiere de tiempo poder detectar aquellos alelos que se corresponden con cada carácter para poder reemplazarlos por los que resulten más satisfactorios. De igual modo, también es posible que el resultado sea un choque o rechazo, aunque lo normal es que ello no se produzca en la práctica.

Además de ello, es verdad también que este procedimiento trae consigo resultados fisiológicos y bioquímicos que no se pueden preceder, toda vez que se produce una transferencia de genes que acompañan al que se pretende introducir, con el fin de que se estimule, además de otros tantos que intervienen como gen marcados con el que se produce la identificación del material que permite esta transferencia o esta modificación.

Los resultados de estos procesos no se pueden valorar únicamente desde una perspectiva sanitaria, ecológica o científica. Es preciso abordarlos, también, desde un enfoque filosófico, moral o, quizás también, religioso.

En este sentido, podríamos poner de relieve un riesgo para el medio ambiente que podríamos considerar fundamental y que traen consigo estos alimentos transgénicos. Nos referimos a las semillas, que, en el momento en el que se cultivan, aparecen especies híbridas entre esas variedades transgénicas, al igual que algunas salvajes, aunque de la misma especie, que se ubican en las proximidades. Podría ser habitual que estas nuevas variedades introdujeran la cualidad artificial, entre la que se podría incluir el aguante frente a determinados productos herbicidas. De esta forma, como podemos deducir, estaría provocándose el efecto de una manera generalizada.

En consecuencia, al tiempo que, en la sociedad nacen y se desarrollan incertidumbres en torno a la seguridad de los alimentos transgénicos, los investigadores inciden en poner de relieve que, a día de hoy, no existen evidencias suficientes que puedan acreditar que tales productos sean nocivos para la salud, al igual que tampoco es posible afirmar que ningún individuo haya padecido alguna enfermedad o experimentado algún problema por su consumo. En este sentido, refuerzan su postura al señalar que estos alimentos transgénicos, para poder comercializarse en determinados países desarrollados, se han visto obligados a superar determinados registros de naturaleza sanitaria que corroboran dicha garantía.

Asimismo, las empresas multinacionales cuya actividad se dirige a producir especiales que han sufrido alguna modificación genética ponen de manifiesto que estos alimentos transgénicos constituyen un relevante incremento del volumen de producción y son mucho más respetuosos con la naturaleza, ya que hacen posible una minoración de la cantidad de tratamientos de naturaleza química que se necesitan, como productos para las hierbas o los insectos.

2. MARCO NORMATIVO Y CONTROL POR PARTE DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS

Tras décadas de producción y de distribución en el comercio, los alimentos transgénicos han evolucionado paulatinamente merced a la introducción de múltiples Estados al elenco de zonas que producen alimentos transgénicos, así como gracias al aumento de zonas de terreno que se añaden a aquellas que ya habían decidido dedicar sus esfuerzos a la producción de este tipo de alimentos.

Es relevante que los primeros alimentos derivados de la Biotecnología se hayan caracterizado por los objetivos del sector industrial por la consolidación y el aumento de las ventas de estos alimentos, incorporando especies de alimentos de esta naturaleza que muestran resistencia a productos para las hierbas. A ello, debemos añadir que la mayor parte de las empresas que se dedican a la producción de este tipo de alimentos se encuentran en fase de desarrollo de una nueva generación de semillas

que presentan aspectos tan favorables como el surgimiento de propiedades que permiten que se procesen por el sector alimentario o que se almacenen y transporten a miles de kilómetros. Una cantidad considerable de estos avances científicos actuales se dirigen, de igual modo, a desarrollar avances considerables (menor cantidad calórica, de colesterol, etc.) dirigidos a un sector de la sociedad del panorama internacional que presenta un alto nivel de ingresos, sector en el que los malos hábitos alimenticios provocan permanentemente importantes perjuicios para la salud.

Así las cosas, los artículos relevantes que se concretan en la normativa europea de referencia en relación con esta modificación genética de los organismos se han visto introducidos a la normativa nacional interna por medio de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente. Los postulados de esta normativa comunitaria que no se han visto recogidos en la Ley nacional interna se han visto introducidos en el Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General para el Desarrollo y Ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril.

Este Real Decreto 178/2004, por el que se aprueba el Reglamento General para el Desarrollo y Ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, procede a desarrollar las cuestiones relevantes que posibiliten una mayor efectividad a la hora de aplicar la Ley 9/2003, de 25 de abril, donde se incluyen aquellos aspectos y procesos que posibilitan que se realicen actuaciones de utilización confinada, liberación voluntaria y que se comercialicen alimentos transgénicos; regulaciones en materia informativa, de control y vigilancia de esas actuaciones; responsabilidad; infracciones y sanciones, al igual que se abordan aspectos como los criterios a seguir a la hora de la composición y las competencias que se atribuyen Consejo Interministerial de Organismos Modificados Genéticamente y de la Comisión Nacional de Bioseguridad.

Este Consejo Interministerial de Organismos Modificados Genéticamente se erige en un órgano colegiado que nace sobre la base de dicha Ley 9/2003, de 25 de abril. Este Consejo Interministerial de Organismos Modificados Genéticamente es el que tiene las competencias dentro de la Administración Central para:

- Conceder todas las autorizaciones para la comercialización de OMG o de productos que los contengan, ensayos de liberaciones voluntarias exigidos dentro del proceso de autorización para la comercialización y aquellas relacionadas con la importación y exportación de OMG.
- Autorizar la utilización confinada y la liberación voluntaria de OMG cuando estos van a ser incorporados a medicamentos de uso humano y veterinario, además de las liberaciones que se realicen en el marco de los

programas nacionales de investigación y aquellas relacionadas con la prueba técnica necesaria de cara a inscribirse en el registro para plasmar cualquier variedad comercial.

Por lo demás, el Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, fue modificado mediante el Capítulo V del Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo, de modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio. Posteriormente han sido publicados el Real Decreto 191/2013, de 15 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, y el Real Decreto 364/2017, de 17 de abril, por el que se modifica el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, aprobado mediante Real Decreto 178/2004, de 30 de enero.

Por lo demás, los preceptos tercero y cuarto Ley 9/2003 proceden a establecer distribuciones competenciales entre órganos de la Administración General del Estado (AGE) y las autonomías. De este modo:

- La AGE tendrá competencias en:
 - Conceder aquellas habilitaciones comercializadoras para cualquier organismo que haya sido modificado desde una perspectiva genética o cualquier producto que la contenga de autorizaciones de comercialización de organismos modificados genéticamente o de productos que los contengan.
 - Conceder cualquier autorización para la utilización confinada y de liberación voluntaria de tales organismos, en aquellos supuestos en que se incorpore cualquier medicamento para el empleo por las personas o animales, así como a cualquier producto y artículo de naturaleza sanitaria y a cualquier otro que, al tener efectos sobre la persona, tienen la posibilidad de acarrear un problema para el estado de salud de los

individuos, de acuerdo a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

- Los supuestos derivados de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica. Cuando los programas de investigación sean ejecutados por las instituciones, entes u órganos del propio Estado, también es competente para la vigilancia y el control de dichas actividades.
- Los ensayos en campo relacionados con el examen técnico para la inscripción en el Registro de Variedades Comerciales. En este caso, la Administración General del Estado es, además de ello, competente también para la vigilancia, control y sanción.

Las autorizaciones que corresponden a la Administración General del Estado son otorgadas por el Consejo Interministerial de Organismos Modificados Genéticamente. Este Consejo, ya mencionado anteriormente, queda adscrito a la Secretaría General de Agricultura y Alimentación, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Este Consejo funciona en coordinación con la Comisión Nacional de Bioseguridad y es responsable de la coordinación e intercambio de información con las Comunidades Autónomas y con la Comisión Europea.

Por su parte, la Comisión Nacional de Bioseguridad, según lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 9/2003, es un órgano colegiado de carácter consultivo cuya función es informar sobre las solicitudes de autorización presentadas a la Administración General de Estado y a las Comunidades Autónomas sobre organismos modificados genéticamente (en concreto, sobre la utilización confinada, la liberación voluntaria y la comercialización).

Esta Comisión está adscrita al Ministerio para la Transición Ecológica y propuesta por representantes de los diferentes Ministerios que están implicados, por representantes de las Comunidades Autónomas, así como por personas e instituciones expertas en la materia.

Entre la legislación europea más destacada en materia de organismos modificados genéticamente se encuentra:

Reglamento 258/97, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de enero de 1997, sobre nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios.

Decisión de la Comisión 2000/608/CE, de 27 de septiembre de 2000, referente a las notas de orientación para la evaluación del riesgo descrita en el anexo III de la Directiva 90/219/CEE relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente.

Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

Decisión del Consejo 2001/204/CE, de 8 de marzo de 2001, por la que se completa la Directiva 90/219/CEE con respecto a los criterios por los que se establece la inocuidad de los microorganismos modificados genéticamente para la salud humana y el medio ambiente.

Decisión de la Comisión 2002/623/CE, de 24 de julio de 2002, por la que se establecen unas notas de orientación complementarias al anexo II de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

Decisión del Consejo 2002/811/CE, de 3 de octubre de 2002, por la que se establecen unas notas de orientación complementarias al anexo VII de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

Decisión del Consejo 2002/812/CE, de 3 de octubre de 2002, por la que se establece, de conformidad con la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el modelo de resumen de la notificación de la puesta en el mercado de organismos modificados genéticamente como producto o componente de productos.

Decisión del Consejo 2002/813/CE, de 3 de octubre de 2002, por la que se establece, de conformidad con la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el modelo de resumen de la notificación de la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente para fines distintos de su puesta en el mercado.

Decisión de la Comisión 2003/701/CE, de 29 de septiembre de 2003, por la que se establece un modelo para la presentación de los resultados de la liberación intencional en el medio ambiente de plantas superiores modificadas genéticamente con una finalidad distinta de la de su comercialización con arreglo a la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Reglamento 1829/2003, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente.

Reglamento 1830/2003, de 22 de septiembre de 2003, relativo a la trazabilidad y al etiquetado de organismos modificados genéticamente y a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de éstos, y por el que se modifica a la Directiva 2001/18/CE.

Reglamento 1943/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, relativo al movimiento transfronterizo de OGMs.

Reglamento 65/2004 de la Comisión, de 14 de enero de 2004, por el que se establece un sistema de creación y asignación de identificadores únicos a los organismos modificados genéticamente.

Decisión de la Comisión 2004/204/CE, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen las disposiciones pormenorizadas de funcionamiento de los registros para la recogida de la información relativa a las modificaciones genéticas de los OGM, previstos por la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Directiva 2008/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, que modifica a la Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

Directiva 2009/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente.

Decisión de la Comisión 2009/770/CE, de 13 de octubre de 2009, que establece los modelos normalizados para la presentación de los resultados del seguimiento de la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, como productos o componentes de productos, para su comercialización, de conformidad con la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Recomendación de la Comisión 2010/CE 200/01, de 13 de julio de 2010, sobre directrices para el desarrollo de medidas nacionales de coexistencia destinadas a evitar la presencia accidental de OMG en cultivos convencionales y ecológicos.

Reglamento de ejecución (UE) nº 503/2013 de la Comisión, de 3 de abril de 2013, relativo a las solicitudes de autorización de alimentos y piensos modificados genéticamente de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se modifican el Reglamento (CE) nº 641/2004 y el Reglamento (CE) nº 1981/2006.

Directiva (UE) 2015/412 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, por la que se modifica la Directiva 2001/18/CE en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el cultivo de organismos modificados genéticamente en su territorio.

Decisión de ejecución (UE) 2016/321 de la Comisión, de 3 de marzo de 2016, por la que se adapta el ámbito geográfico de la autorización de cultivo del maíz (*Zea mays* L.) modificado genéticamente MON 810.

Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001 sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo. Versión consolidada.

BIBLIOGRAFÍA

- Aparisi Miralles, Ángela (2004), «Alimentos transgénicos y derecho humano a la salud», *Cuadernos de Bioética*, 53, pp. 59-76
- Gálvez Domínguez, Eduardo (2012), «Comercialización en España de alimentos transgénicos», *Revista crítica de Derecho privado*, 9, pp. 959-980.
- Martínez Cañellas, Anselmo (2010), «Algunos problemas jurídico privados referentes a la producción y el comercio de los alimentos transgénicos», *Revista Digital Facultad de Derecho*, 3, pp. 295-343.
- Xalabarder, Robert (2010), «Los alimentos transgénicos», *Alimentaria: Revista de tecnología e higiene de los alimentos*, 415, pp. 113-115.

LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS DISCURSOS DE ODIO IDEOLÓGICOS EN EL CONTEXTO ACTUAL DE LOS ODS 2030

GONZALO BARRERA BLANCO

Universidad Loyola

gbarrerablanca@al.uloyola.es

La criminalización de los discursos de odio es un tema que actualmente está generando mucho debate doctrinal. Esta figura, que es novedosa con respecto a otras formas delictivas pero que lleva asentada en nuestro ordenamiento jurídico desde hace ya más de 25 años, aún genera mucha polémica sobre sus aspectos más básicos como es la acción típica o el bien jurídico protegido, a lo que hay que sumar las diversificaciones doctrinales sobre cada una de las causas discriminatorias, y dentro de ellas de los diferentes discursos. En este trabajo pretendemos señalar y proponer algunas cuestiones que muchas veces son obviadas, como la relación con los objetivos de desarrollo sostenible y como determinadas posturas asentadas parecen poner límites al desarrollo que esta medida puede ofrecer para la igualdad de las distintas sensibilidades políticas en nuestro sistema democrático.

En consecuencia, este trabajo comienza analizando la relación de la lucha contra la discriminación con dichos objetivos, para luego pasar a profundizar, desde una perspectiva transversal, en aspectos concretos que el posicionamiento doctrinal del Derecho penal protector de bienes jurídicos puede ofrecer con respecto a la criminalización de los discursos ideológicos. De esta manera, destacamos los aspectos más importantes que permiten defender dicha inclusión; así como comprender mejor la interrelación de los conceptos afectados, que sin ser un análisis totalmente exhaustivo, puede contribuir a orientar el debate sobre nuevos aspectos y alcances que pueden desprenderse de la regulación actual.

1. INTRODUCCIÓN: LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN Y LOS ODS

Entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de la ONU encontramos el N°1 Erradicación de la pobreza: poner fin a la pobreza en todas sus

formas en todo el mundo, N°5 Igualdad de género: lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas y N°16 Paz, justicia e instituciones sólidas: promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

La lucha contra toda forma de discriminación encuentra en dicha Agenda un lugar discreto entre las grandes propuestas de medidas específicas para promover el desarrollo de las sociedades. No obstante, esta acción contra toda forma de injusticia y discriminación no amparada en derecho es una consecuencia obvia a la lectura de los objetivos y metas de esta, ya que, alcanzar dicho fin, implica un mayor desarrollo de la sociedad.

Dentro de las causas discriminatorias enunciadas por la Constitución y el Código Penal, tiene una especial relevancia el supuesto de ideología. Nos encontramos ante la defensa de un sistema social plural y democrático y, al mismo tiempo, la regulación del delito de odio como límite al abuso del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión en sentido amplio y manifestación, sin que ésta se convierta en un instrumento de censura, de imposición de un pensamiento único o el fin de la pluralidad social y democrática.

2. IDEOLOGÍA COMO CAUSA DISCRIMINATORIA EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL CÓDIGO PENAL

En el artículo 14 de la CE encontramos una lista de causas discriminatorias inspiradas en la DUDH de la ONU. Este artículo proscribire la discriminación por causas ideológicas como mandato constitucional para alcanzar la igualdad formal de todos los ciudadanos ante la ley. Esto implica que la diversidad ideológica es reconocida por nuestro sistema, así, en consecuencia, el Tribunal Constitucional ha declarado que nuestro modelo constitucional es no militante¹ y se permite discrepar del mismo.

Para que esta prohibición tenga sentido, el Estado ha de dotarse de leyes y mecanismos que promuevan la igualdad de las personas, permita la expresión y manifestación de múltiples ideologías, así como castigar conductas que lo impidan.

El mecanismo de referencia en materia delictiva es el Código Penal, el cual contempla ciertas causas de odio para valorar como agravante o como elemento de ciertos delitos el odio, siendo la causa ideológica una de las previstas tanto en la agravante general del artículo 22.4^a CP como el delito de odio del artículo 510 CP. Si bien, no

¹ STC 177/2015, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 2.

son las únicas referencias ya que existen preceptos penales que se vinculan también a cuestiones discriminatorias fácticas y dialécticas en las que se tiene en cuenta esta y otras causas de discriminación u odio.

La existencia de estos preceptos busca garantizar el legítimo derecho de expresión o manifestación ideológica y, también, la limitación frente al abuso de tales ejercicios. No obstante, vamos a centrarnos en el mecanismo de criminalización de los discursos de odio ideológicos como abuso de los derechos que podemos identificar como “de expresión”.

La criminalización de los discursos de odio se localiza en el artículo 510 CP, en su modalidad básica. Sin embargo, hemos de observar que:

1º) La criminalización del artículo 510 CP no había sido alterado antes de la reforma del Código de 2015 desde su aprobación en 1995. La proyección de este artículo originalmente en el proyecto de ley de 1994 con respecto a la redacción que introdujo en 1995 este delito² y la modificación de 2015 es muy diferente en la forma y el alcance limitado previsto en ese primer momento. De hecho, resulta relevante y muy ilustrativo las enmiendas del Congreso al precepto, entre las cuales destaca la crítica planteada a que su contenido chocaba conceptualmente con la figura de la apología que hoy en día se mantiene en el artículo 18 CP como forma de incitación, siendo esto un acto preparatorio punible. De esta cuestión podemos concluir que la idea original del artículo 510 CP se basa en el concepto de apología³, es decir, que, mediante la expresión o manifestación de ideas, esta acción justifique a la violencia contra ciertas personas o bien se las humille de manera que se incite a la violencia contra ellas; dándose a entender que la violencia contra ese grupo no es un ilícito, no tiene relevancia o que incluso estaría justificada.

² Sobre el origen histórico de la figura debemos señalar a LAURENZO COPELLO, P. (1996) y VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018).

³ Con esta cuestión señalamos que nuestra postura se aleja de posicionamientos doctrinales que analizan los delitos de odio desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo seguida por autores como DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2004), FUENTES OSORIO, J.L. (2017), ALCA-CÉR GUIRAO, R. (2012) o LANDA GOROSTIZA, J.M. (2018) y se alinea con la de aquellos que defienden el Derecho penal protector de bienes jurídicos como son CUERDA ARNAU, M.L. (2015) o TORRES SOSPEDRA, D. (2018). Esta distinción entre las corrientes tiene su influencia, como se analiza en BARRERA BLANCO, G. (2021a), en aspectos que van desde la identificación del bien jurídico protegido hasta la consideración de la acción, lo que hace que la forma de afrontar el estudio del tema pase primero por un posicionamiento doctrinal donde el aporte puede ser no compartido según la corriente que se defiende. En todo caso, la justificación de la idea de la apología como acción típica surge precisamente del debate suscitado en la tramitación del artículo 510 del CP, ya que al no prosperar las enmiendas sobre la identificación de la conducta del citado precepto con la de la apología, *a sensu contrario* debe entenderse que se aceptó dicha equiparación.

2º) Cuando decimos que el artículo 510 CP tiene carácter de tipo básico es porque en el Código se contempla otra serie de delitos los cuales, más allá de su denominación o ubicación sistemática en el citado texto, presentan conceptualmente la misma finalidad de criminalizar los abusos de expresión y manifestación⁴. Entre ellos debemos destacar la apología del terrorismo⁵, el escarnio religioso⁶ y el ultraje a los símbolos nacionales⁷. Siendo estas figuras penales muy cuestionadas en la actualidad por ciertos sectores políticos que abogan por su eliminación.

3º) La influencia de “poderes” externos. No nos referimos a que existan poderes exteriores, distintos al Gobierno, Cámaras y tribunales, que se imponen a los nuestros; sino a la realidad fáctica de que a través de compromisos internacionales adquiridos de acuerdo al Derecho internacional público⁸, por medio de la ratificación y aplicación de ciertos tratados -como ocurre con el Derecho de la Unión Europea-, España se ve condicionada a tomar medidas de políticas públicas, elaboración legislativa y resolución de sentencias acorde a estos agentes externos a nuestro sistema nacional. Son ejemplos de ello los compromisos en materia antidiscriminatoria emanados de la ONU, el Derecho europeo, y la importancia de las sentencias del TJUE

⁴ Este aspecto no debe quedar apartado en el estudio del tema de la discriminación. Es común que muchos autores centren sus estudios en tipos penales concretos y causas discriminatorias específicas; por ello, muchas veces la posibilidad de aplicar determinadas conclusiones a otras figuras se hace imposible debido a la inobservancia de dichas conexiones. Por ejemplo, estudios como el DE PABLO SERRANO, A.L. (2019) sobre que el bien jurídico protegido fuese el honor colectivo en los casos de discursos de odio que versan sobre la diversidad sexual; conceptualmente resuelve sobradamente la cuestión desde la perspectiva de la protección de las víctimas de dichos actos tan indeseables. Pero, no parece que pueda aplicarse a las víctimas de discriminación ideológicas como son las víctimas de la apología del terrorismo ya que no parece correcto hablar de la vulneración de su honor. Por ello, estas consideraciones no parten de la discrepancia doctrinal en posturas o metodologías de los autores, sino de la posibilidad de encontrar una vía que las supere.

⁵ Véase a modo de ejemplo análisis sobre la apología del terrorismo estudios concretos y actuales como MENÉNDEZ CONCA, L.G. (2021).

⁶ Sobre el escarnio religioso señalar autores como TORRES SOSPEDRA, D. (2018), op. cit.

⁷ Véase referencias a esta cuestión como BARRERA BLANCO, G. (2021b)

⁸ Debido a la extensión del presente trabajo no es posible detallar todos los aspectos y cuestiones normativas de esta consideración, por ello de manera escueta para la comprensión de la situación que se describe señalamos que la participación en determinadas organizaciones internacionales, España como Estado adquiere ciertos compromisos internacionales en la lucha contra la discriminación. Estos compromisos terminan plasmándose en el ordenamiento jurídico de forma, muchas veces, contraria a las reclamaciones doctrinales del ámbito nacional. Esta cuestión no es baladí ya que explica que a pesar de la consistencia de muchos estudios doctrinales en la materia, sus consideraciones son y pueden no ser tenidas en cuenta por el legislador. Sobre la influencia de la normativa internacional señalar estudios como KUBICIEL, M. (2010) sobre el derecho europeo o FUENTES OSORIO, J.L. (2017), op. cit.

o el TEDH⁹. Esto implica que, a la hora de exponer nuestras observaciones en materia de discriminación, hemos de valorar cuales son los compromisos o límites que el Estado ha aceptado. Subsiguientemente, hemos de asumir que ciertas propuestas no son posibles o que el problema radica en la aceptación previa de esos condicionantes.

Una vez valorado las consideraciones anteriores, pasamos a analizar la definición de ideología: “*Conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.*”¹⁰.

Con ello, se considera que la criminalización de los discursos de odio ideológicos se refiere a la modalidad delictiva en la que se castiga la difusión de un discurso que conlleva a la negación humana de un grupo diana¹¹ (negando sus derechos como personas), lesionando como bien jurídico la dignidad humana del conjunto¹², que son discriminados, selección excluyente¹³, por razón de sus ideas.

3. EL CÓDIGO PENAL Y LA DISCRIMINACIÓN IDEOLÓGICA

La criminalización de los discursos de odio por ideología, en el que se incluiría ciertos posicionamientos de carácter religioso¹⁴, suponen una apuesta por fomentar la tolerancia ante la pluralidad de ideas, sin embargo, como venimos diciendo, supone un límite frente al abuso.

Por ello, debemos observar cuál es la acción concreta que resulta reprochable. Tomando como referencia el concepto de apología¹⁵, la acción consiste en la difusión pública de un mensaje que justifica la comisión de hechos delictivos, a sus autores, humillación a las víctimas directas o indirectas, de forma que el contenido del mensaje refleja el pensamiento de que las personas a las que se dirige carecen de dignidad

⁹ Sobre la importancia de supuestos de conflictos en la materia entre sentencias nacionales e internacionales señalar los ejemplos estudiados en BARRERA BLANCO, G. (2021b), op. cit.

¹⁰ <https://dle.rae.es/ideolog%C3%ADa>

¹¹ Término usado por autores como TERUEL LOZANO, G.M. (2015).

¹² Vid. autores como CUERDA ARNAU, M.L. (2015) y CÁMARA ARROYO, S. (2017).

¹³ Conforme a la definición de la RAE.

¹⁴ Tal y como expresa la definición de ideología de la RAE y como el laicismo radical en tanto que no es una religión, pero se vincula a la causa de discriminación por religión.

¹⁵ Volvemos a señalar que este trabajo se basa en estudios de la corriente del Derecho penal protector de bienes jurídicos que considera que la cuestión de la acción quedó clarificada por la cuestión de las enmiendas señaladas anteriormente y estudiada por autores como LAURENZO COPPELLO, P. (1996), op. cit.

humana¹⁶. Es decir, que dialécticamente se propaga la idea de que no son sujetos de derechos, de forma que cuando se identifique con dicho grupo a alguien, al ser lesionado no existirá un auténtico daño contra ellos.

El Código, en la actualidad, presenta una serie de cuestiones para tener en cuenta con respecto a la tipificación de la conducta de difusión de estos discursos.

La primera nota es que el artículo 510 CP regula varias conductas de las que debemos diferenciar. Las previstas en los puntos 1 letras a y b y 2 letra b suponen conceptualmente una redundancia de conductas de apología separadas innecesariamente. Mientras que la conducta del punto 2 letra a se debe entender como un delito contra la integridad moral con una agravante específica de odio, y, finalmente, la conducta del punto 1 letra c se refiere a la tipificación del llamado negacionismo como discurso de odio ideológico que fue declarado inconstitucional en su anterior sede y contenido. El resto de las secciones del artículo se refieren a otras medidas penales.

Esta redundancia se da igualmente en las apologías del terrorismo de los artículos 578 y 579 CP¹⁷, sin embargo, en estos supuestos el bien jurídico protegido se transforma en el de su sede, que es la paz pública frente al terror.

Otra consideración que debemos tener en cuenta es que las figuras del escarnio religioso y el ultraje, con una formulación diferente de la acción, pero que las con-

¹⁶ No consideramos el bien jurídico protegido el honor, como hacen otros autores como DE PABLO SERRANO, A.L. y TAPIA BALLESTEROS, P. (2017), por varios motivos, siendo los dos más de peso su carácter privado frente a una visión de lesión de bien jurídico público, y que no siempre es la presunción de buena fama del grupo lo que se ve afectado, aunque haya un envilecimiento del grupo. Igualmente descartamos posicionamientos que hablen de peligro o clima (como pueden ser defendido por autores como DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2004), op. cit., o FUENTES OSORIO, J.L. (2017), op. cit.) o que podrían implicar la duplicidad de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal como pueden ser la integridad moral (ALCAÉR GUERRA, R. (2012), op. cit.) o la paz pública (LANDA GOROSTIZA, J.M. (2018), op. cit.) que en este caso se debe igualmente, aunque por la extensión del trabajo no podamos profundizar del todo, que toman como base las ideas del Derecho penal del enemigo (que descartamos nuevamente y remitimos a BARRERA BLANCO, G. (2021a), op. cit.) y van en contra de los aspectos generales de la finalidad sistematizadora de los bienes jurídicos-y que impediría la duplicidad de los mismos- señalada por MIR PUIG, S. (2004), pp. 169-170.

¹⁷ Estos aspectos de la redundancia de las figuras de apología del terrorismo presente en estos preceptos se deben a que el primero se plantea como delito autónomo y en el segundo como forma de incitación en cuanto acto preparatorio punible. Esta era sin duda una de las cuestiones señaladas en las enmiendas del artículo 510 del CP en su tramitación original, pero debido a los compromisos internacionales se creo una nueva punición sin tener en cuenta que esta situación podría producirse y que pase desapercibida cuando se incluyó la nueva figura de apología del terrorismo del artículo 578 como delito independiente.

ductas castigadas es exactamente la misma, condenan un abuso de expresión o manifestación, tomando especial consideración, a diferencia del tipo básico y del terrorismo, el ataque a los símbolos. Los bienes jurídicos¹⁸ en cada sede hacen que ya no sea sólo una cuestión de la dignidad humana del grupo de creyentes o de aquellos que se sienten parte del proyecto político de España como Estado y su orden constitucional, siendo este el límite último (por el principio de *ultima ratio* del Derecho penal), sino el concreto derecho a la libertad religiosa en el caso del escarnio, y la libertad ideológica del proyecto político español en el ultraje.

Otro elemento sobre el que debemos reflexionar es que estas figuras no pueden usarse para limitar la expresión de las ideas, sino como castigo frente al abuso, por ello, no es suficiente con que el contenido pueda considerarse ofensivo para quien lo recibe, sino que tiene que existir una finalidad de difusión y de discriminación contra las víctimas, y constatarse que dicha expresión es, en tiempo y forma, abusiva al negar, al menos, la dignidad humana¹⁹.

En este sentido, debemos prestar atención a que, respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sólo el 510.bis CP contempla su punición respecto al tipo básico, por lo que este tipo sería de aplicación en supuestos como el ultraje o la apología del terrorismo, aunque las personas físicas concretas respondieran por estas figuras especiales respecto del tipo básico.

Igualmente, ante la propuesta de supresión de los llamados delitos de “expresión”, que incluyen la apología terrorista, el ultraje y el escarnio, así como las injurias al rey, por una parte de la clase política al mismo tiempo que se pide la criminalización de la apología del franquismo, en este caso, debemos plantearnos si tiene sentido la propuesta de eliminación de estas figuras, que son incluso atenuadas respecto a sus modalidades básicas, cuando seguiría vigente el contenido del artículo 510 CP. Y,

¹⁸ Volvemos a señalar aquí la referencia a MIR PUIG, S. (2004), op. cit., que también nos sirve - aunque por la extensión del trabajo nuevamente no podamos abordar la cuestión en profundidad - para referenciar una cuestión que se conecta con los supuestos de concursos de normas, muchas veces obviado, como se indica en BARRERA BLANCO, G. (2020); y es que, tomando como base un hecho delictivo pueden crearse nuevos añadiendo nuevos elementos. Por la sistematización que genera la originalidad de cada bien jurídico protegido en el Código Penal, surge una nueva figura punitiva. A modo de ejemplo, el supuesto de magnicidio toma como referencia los delitos contra la vida, pero añadiendo al análisis la cualidad de autoridad de la víctima como jefe de Estado, y la transcendencia de tal hecho delictivo sobre el tipo básico de referencia.

¹⁹ Volvemos a señalar nuestra alineación con autores que consideran este bien jurídico protegido como el que debe entenderse en la criminalización de los discursos de odio. Estudios que coinciden en esta línea son, entre otros, CUERDA ARNAU, M.L. (2015), op. cit., TORRES SOSPEDRA, D. (2018), op. cit. y BARRE BLANCO, G. (2021c) y (2021a) op. cit

por otro lado, debemos plantearnos si, debido a nuestros compromisos internacionales, tal modificación es posible o habría que resolver antes algunos de ellos²⁰.

Con respecto al alcance de las ideologías protegidas, además de las analizadas, desde una perspectiva de los derechos humanos debemos entender que cualquier ideología o religión está amparada frente a un ataque abusivo de expresión. Sin embargo, esto no implica que cualquiera esté realmente amparada, ya que no cabría amparar determinadas ideas contrarias a la democracia y contra las personas como ideologías o creencias que merecen protección cuando esto supusiera una situación de abuso o fraude de ley. Por ejemplo, no se puede justificar al caníbal para que mate a personas y se coma sus restos o no puede uno escudarse en una ideología precisamente para difundir un discurso de odio.

4. CONCLUSIONES

- I. A la vista de lo tratado, entendemos que no se trata de configurar el derecho penal como un conjunto de prohibiciones, sino que debe determinar cuando se excede el comportamiento legalmente amparado para sancionarlo.
- II. La regulación de la ideología, aunque conceptualmente pueda entenderse como muy amplia, no debe limitarse en cuanto que es parte de la pluralidad de la sociedad, pero debe observarse los abusos que se ejerzan contra parte de la población en todas y cada una de esas posibilidades.
- III. Las modalidades delictivas que buscan perseguir ese mal ejercicio de los derechos y proteger frente a comportamientos de odio es una medida constitucionalmente correcta, pero sigue necesitando una mejora ante el contexto actual e introducir modulaciones mejores para supuestos límites entre el legítimo ejercicio de los derechos y el abuso.
- IV. Las posiciones políticas al calor de situaciones polémicas deben ser observadas por la doctrina con cautela ya que no es solo nuestro contexto el que determina el marco legal en la actualidad, por lo que hay que seguir reflexionando y contribuyendo a un debate sosegado, respetuoso y coherente para proponer mejoras que de verdad sean posibles y cuyos efectos positivos sean alcanzables.

²⁰ Ya sea por el procedimiento de denuncia del tratado o los mecanismos de salida que se hubiesen previsto como ocurre con la UE.

- V. La mejora de la sociedad a través de la ley en favor de la pluralidad y la tolerancia que facilite la convivencia social es el objetivo final que debemos buscar conforme a la Agenda 2030, luchando por la integración de los marginados y la defensa del modelo de sociedad plena derivada de la consecución real de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Barrera Blanco, G. (2020), “La inobservancia del artículo 8 del Código Penal y su consecuencia en el procedimiento penal”, en Martín Ríos, P. y Pérez Marín, M.A. (Dir.): Edición de Actas del I Congreso Internacional “La administración de justicia en España y América”. Congreso homenaje al profesor José Martín Ostos, con motivo de su jubilación. Sevilla: Astigi: pp. 101-115.
- Barrera Blanco, G. (2021a), La criminalización de los discursos del odio según los modelos de Derecho penal. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, N°7 Especial.
- Barrera Blanco, G. (2021b), “La libertad de expresión y los discursos de odio en las sentencias del Tribunal Constitucional durante la pandemia”, en Martín Ríos B. (Coord.), Martín Ostos, J. (Dir.) y Álvarez Suárez, L. (Aut.): Derecho y pandemias. Sevilla: Astigi: pp. 33-46.
- Barrera Blanco, G. (2021c), “La dignidad humana frente a los discursos del odio”, en Pérez Adroher, A., López de la Vieja de la Torre, M.T. y Hernández Martínez, E. (Eds.): Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización. Madrid: Dykinson S.L.: pp. 1223-1239.
- Cámara Arroyo, S. (2017), El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. Anuario de derecho penal y ciencias penales, N°69: pp. 139-225.
- Cuerda Amau, M.L. (2015), “*Delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas*”, en González Cussac, J.L. (Coord.): Derecho penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 4ª Ed.: pp. 716-727.
- De Pablo Serrano, A.L. (2019), “La tipificación penal del discurso lgtbifóbico: fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma del art. 510 CP”, en Martín Ríos, B. (Coord.): La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia. Navarra: Aranzadi: pp. 89-111.
- De Pablo Serrano, A.L. y Tapia Ballesteros, P. (2017), Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. Diario La Ley, N°8911.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2004), Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena. ADPCP, Vol. LVII: pp. 143-176.
- Fuentes Osorio, J.L. (2017), El odio como delito. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 19-27: pp. 1-52.
- Kubicel, M. (2010), Ciencia del derecho penal y política criminal europea (ZIS) (trad. Orozco, H.D. (2013)). Revista Derecho Penal y Criminología, Vol.34, N°97: pp. 29-42.
- Landa Gorostiza, J.M. (2018), Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP 1995. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Laurenzo Copello, P. (1996), La discriminación en el Código Penal de 1995. Estudios penales y criminológicos, Nº19: pp. 221-288.
- Menéndez Conca, L.G. (2021), Estudio jurídico del delito de humillación a las víctimas del terrorismo. Revista General de Derecho Penal, Nº36: pp. 1-42.
- Mir Puig, S. (2004), Derecho penal. Parte general. Barcelona: Editorial Reppertor, 7ª Ed.
- Teruel Lozano, G.M. (2015), La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Nº4: pp. 1-51.
- Torres Sospedra, D. (2018), Sociedad de la información y libertad religiosa: cuando la libertad de expresión se convierte en hate speech. Anuario de Derecho Canónico: revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV, No6, Vol.1: pp. 217- 268.

LAS ALTAS TASAS DE TEMPORALIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE: UNA NECESARIA INTERRELACIÓN

JORGE BAQUERO AGUILAR

Universidad de Málaga

jbaquero@uma.es

A modo de definición, se viene considerando el trabajo decente como aquel trabajo digno, como aquel empleo decente que es realizado con respeto a los principios y derechos laborales sin discriminación de cualquier tipo con la debida protección social, además de con la participación del diálogo social, etc (Baylos Grau, 2016). Para la OIT, “El trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que significa y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo”. De tal forma que, el trabajo decente es esencial para el bienestar de las personas puesto que, además de generar un ingreso, facilita el progreso social y económico y fortalece a las personas, a sus familias y comunidades (OIT, a).

Dicha consideración también es recogida en el Objetivo número 8 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de la ONU que establece toda una serie de objetivos relacionados con asuntos económicos, sociales y ambientales con un enfoque basado en los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2015). Para el conjunto de los 17 objetivos que se establecen en la Agenda 2030 se determinan un total de 169 metas vinculadas a los 17 objetivos de los que, y en relación al hilo conductor de este trabajo, nosotros vamos a destacar el objetivo número 8 sobre el Trabajo Decente y el Crecimiento Económico y el objetivo número 16 relativo a la Paz, Justicia e Instituciones Sólidas. En ese sentido, el objetivo número 8 pretende promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Para ello se establecen una serie

de metas de las que destacamos: la 8.1 que pretende mantener el crecimiento económico per cápita; la 8.2 que aspira a lograr niveles más elevados de productividad económica mediante la diversificación, la modernización tecnológica y la innovación; la meta 8.3 que aspira a promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de puestos de trabajo decentes, el emprendimiento, la creatividad y la innovación; la 8.5 en la que se estipula que se pueda lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente (mujeres y los hombres, jóvenes y las personas con discapacidad), así como la igualdad de remuneración y; por último, la meta 8.8 que aspira a proteger los derechos laborales, etc. En esa línea, para cumplir con el objetivo número 8 de la Agenda 2030, el trabajo decente habría de situarse en el centro de las políticas macroeconómicas de los diversos países, debiendo ser considerado el mismo como una de las pretensiones neurálgicas en el diseño de la estrategia de crecimiento económico pretendiéndose, con ello, alcanzar el pleno empleo (Blanco-Varela et al., 2021).

Por parte de la OIT y relacionado con el trabajo decente ya cuenta la misma con toda una serie de instrumentos de los que se pueden destacar una serie de Convenios fundamentales como son, entre otros, el 87, el 98, el 100, el 11, el 29, el 105, etc. Entre los de gobernanza destacamos para el caso el 81, el 129, el 122 y el 144 (*Vid* sobre los Convenios de la OIT Kahale Carrillo, 2019). En lo que concierne a las Administraciones Públicas nos encontramos con el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (núm. 151) en vigor y ratificado por nuestro país el 18 de septiembre de 1984, junto con la Recomendación sobre las relaciones de trabajo en la administración pública del año 1978 (núm. 159). Aunque se ha de hacer hincapié en el hecho de que, sobre todo, se hace referencia en dicho Convenio al reconocimiento de los derechos de sindicación y de la negociación colectiva (Vida Fernández, 2018). Sin contar además, con todos aquellos instrumentos relativos a los Derechos Humanos de entre los que destacamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Teniendo en cuenta las especiales circunstancias de las que parten los empleados públicos de nuestro país en comparación con los trabajadores del ámbito del sector privado (estabilidad en el empleo como punto de partida general, salario y resto de

condiciones en la relación de trabajo), cabría preguntarse –de una forma retórica- si se podría hablar de trabajo decente en el seno de nuestro empleo público. En ese sentido, la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada establece como objeto en su cláusula 1ª la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y el establecimiento de un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Todo ello vinculado a la cláusula 4ª de dicha Directiva relativa al principio de no discriminación por lo que no podrá tratarse en todo lo pertinente a las condiciones de trabajo a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables a menos que exista una justificación objetiva al respecto. Esta cuestión, en el seno de nuestro sistema de empleo público, ha sido objeto de diversas cuestiones prejudiciales ante los Tribunales Europeos por parte de nuestros órganos jurisdiccionales que han derivado en diversos pronunciamientos al respecto de la cuestión que, en cierta forma, vienen a dejar en manos tanto de nuestros juzgadores nacionales como del legislador todo este tipo de controversias (Campos Daroca, 2017). Sobre todo, en todo lo relativo a las condiciones de temporalidad de los empleados públicos de nuestro país a lo que nos interesa para el caso.

En cuanto a los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, por parte del Gobierno de España se cuenta con toda una serie de documentos y de normas publicadas al respecto de la cuestión. Destacamos, en relación a los documentos, las Directrices Generales de la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030, y los Retos de País para la Estrategia de Desarrollo Sostenible (Gobierno de España, 2021 a). Por lo que respecta a la normativa publicada y en vigor, el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Gobierno de España, 2021 b) establece toda una serie de directrices para la absorción de los fondos europeos Next Generation EU (Campos Acuña, 2020). Plan que ha sido aprobado mediante la Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE núm. 103, de 30/04/2021). Dicho Plan “se inspira y se elabora sobre la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo sostenible de la ONU” (pág. 11). También la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 establece toda una serie de preceptos en relación a esta cuestión,

siendo considerada por parte de la doctrina como una de las Leyes de Presupuestos más sociales de los últimos años. Norma presupuestaria que sigue en la misma línea en el año 2022.

Se contempla dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia una serie de “Palancas” para la consecución de dicho Plan de entre las que destaca la Palanca IV relativa a “Una Administración para el siglo XXI”, donde se determina que “no es posible abordar una auténtica transformación de la economía y la sociedad sin una Administración pública que actúe como tractor de los cambios tecnológicos...” (pág. 26). Alberga también el problema de la temporalidad en el seno de nuestro empleo público manifestándose dentro del Componente 11 esa necesidad de reducir la temporalidad en el seno de nuestras Administraciones, en la línea de lo que se establece en la LPGE para el año 2021.

En ese orden de cosas, en líneas generales, nuestro país es uno de los países de la Unión Europea que mayores tasas de temporalidad laboral posee con respecto a los países de nuestro entorno. Pero en lo que concierne a la temporalidad de nuestros empleados públicos en particular, el porcentaje de temporalidad en el seno de nuestras instituciones se estima superior al 30%, muy por encima del porcentaje de temporalidad en el seno de la empresa privada que vehicula en torno al 23% según los datos obtenidos de la Encuesta de Población Activa (EPA) en el tercer trimestre de 2021 (CCOO, 2021). De tal forma que, según los datos oficiales publicados hasta el momento a fecha de julio de 2021 por parte del Registro Central de Personal al servicio de las AAPP de nuestro país, en el seno de las mismas contamos con 2.728.749 empleados públicos distribuidos en todo el sector público de nuestro país (estatal, autonómico y local). Sin entrar en valorar el porcentaje de empleados públicos en cada uno de los niveles de descentralización administrativa, lo que sí que es un hecho es que se cuenta dentro de nuestras Administraciones en torno a unos 800.000 funcionarios interinos (aunque las cifras oficiales hablan de tan sólo 300.000). A todo ello, se podría añadir la cifra indeterminada de indefinidos no fijos que albergan nuestras instituciones (Beltrán de Heredia Ruiz, 2021 a). Y decimos indeterminada puesto que, del análisis de los datos oficiales, ese dato en cuestión no es reflejado en momento alguno ni se puede extraer con exactitud. Del análisis de los mismos se deduce que el número de indefinidos no fijos puede asemejarse al de funcionarios interinos y que dichos datos no son incorporados a los registros oficiales. Muestra de ello son los datos contradictorios que nos muestra la EPA en 2020. Datos que reflejan que nuestro sistema de empleo público ya contaba con 3.439.600 efecti-

vos. Durante los duros años de la pasada crisis económica (2008-2015) nuestro sistema de empleo público ha asumido –en la categoría de indefinido no fijo– a gran parte del personal que no encontraba ubicación en el empleo privado.

Lo que sí parece quedar claro es que el problema de la temporalidad en el seno de nuestro empleo público adquiere actualmente un problema de dimensiones importantes que ha derivado en una controversia social, política y jurídica considerable, habiéndose planteado incluso sendas Proposiciones tanto de ley como no de ley tanto en la Mesa del Congreso como en la del Senado por parte de diferentes Grupos Políticos. Todo ello ha dado lugar a que, en primer término, se aprobase el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (Baquero Aguilar, 2021 a). Dicha norma fue convalidada en el Congreso con el compromiso del ejecutivo de formular un proyecto de ley sobre la cuestión que ha culminado en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Ninguna de estas normas, a pesar de introducir elementos de control importantes, termina de resolver la cuestión del todo.

Respecto a lo que nos interesa para el caso, si relacionamos el objetivo número 8 sobre el trabajo decente con el número 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 (referido este último a la Paz, la Justicia y a las Instituciones Sólidas que, en su meta 16.6, establece la creación a todos los niveles de instituciones eficaces y transparentes) cabría preguntarse si, teniendo en consideración al alto porcentaje de empleados públicos de nuestro país, tanto uno como otro objetivo podrían considerarse como de relativo cumplimiento en todo lo relativo al empleo público y sus altísimas tasas de temporalidad. Si ponemos en relación todo este asunto con el gasto público de nuestro país que, observados los datos del PIB anual para el año 2020 el porcentaje del mismo superaba el 52.30 % (un 10% más que en 2019), toda esta cuestión de la temporalidad en nuestras instituciones nos lleva a poder replantearnos la solidez de nuestras Administraciones a la hora de enfrentarnos a esta futura recuperación económica derivado del impacto de la crisis provocada por la COVID-19.

De cara a poder solucionar dichas tasas de temporalidad se adoptó en el año 2017 un Acuerdo para la mejora del empleo público en el que participaron tanto el Gobierno de la Nación como las principales centrales sindicales. También se publicó en el año 2018 la Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo. Sin contar con los procesos de consolidación anteriores que han sido numerosos con anterioridad a lo que recogía

la Disposición transitoria 4ª del EBEP de 2007 contemplaba dicha posibilidad, así como la Disposición transitoria 2ª del TREBEP de 2015. Todo ello arropado por sendas disposiciones de las Leyes de Presupuesto de 2017, 2018 y 2021. De hecho, la Oferta de Empleo Público del año 2019 fue considerablemente alta con el objeto de rebajar la temporalidad por debajo del 8% en la Administración Pública, siendo muy alta también la Oferta de Empleo Público para el año 2021 en la misma línea de actuación. Incluso la LPGE 2021 estipula unas tasas de reposición de funcionarios de entre el 100 al 110%, pudiéndose llegar a un 115% en el caso de los Cuerpos de Seguridad y Policía Local y Autonómica. Por su parte, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 sigue en la línea de la norma presupuestaria anterior aumentando tanto los porcentajes de oferta de empleo público así como los sectores prioritarios que se pueden acoger a dichos porcentajes de las ofertas de empleo público superior al 100%.

A pesar de todo ello, aunque se ha venido hablando durante largo tiempo sobre una modificación normativa del TREBEP al hilo de poder solucionar la cuestión, la modificación del texto refundido que ha tenido lugar con ocasión de la publicación del Real Decreto-ley 14/2021 primero y con la Ley 20/2021 definitiva podría calificarse como de insuficiente. La tramitación del primero como Proyecto de ley para la modificación de algunos aspectos de considerable importancia no han terminado de resolver ciertos problemas de base de nuestro sistema de empleo público. Lo que sí que plantea es una solución que podría denominarse como de urgencia para resolver las altas tasas de temporalidad en nuestro sistema que, aún contemplando procesos de estabilización temporal masivos, y aun contemplando los parámetros constitucionales al respecto (citándose en el Preámbulo de la norma una ya consolidada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional al respecto en materia de acceso al empleo público), dicha cuestión no sólo ha puesto de manifiesto la insuficiencia de nuestra normativa, si no que dichos procesos de estabilización temporal no dejan de estar exentos de graves problemas de aplicación. Y, sobre todo, no genera la normativa aprobada, de cara al futuro, un marco legal sólido que elimine de una forma definitiva este tipo de aporías normativas que conllevan a ciertos ciclos de altas tasas de temporalidad.

Como hito importante, la STJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18) deja en manos tanto del legislador como del juzgador nacional la cuestión, debiéndose estar a cada caso en concreto para determinar el fallo de cada una de las circunstancias que se diriman en sede judicial (Fernández Domínguez, 2020). La STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19) ha obligado a nuestro Tribunal Supremo a cambiar su doctrina en relación con los interinos en régimen de

laboralidad. Lo que denota, una vez más, el problema estructural que sufre nuestro empleo público en general y sus altísimas tasas de temporalidad en particular. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, procura un último proceso de consolidación y una serie de limitaciones a la temporalidad. Proceso este último de estabilización que viene siendo un recurso habitual por parte de nuestro legislador a lo largo de los años en lo que se podrían considerar como “procesos selectivos blandos” (Boltaina Bosch, 2018). Incluso establece preceptos normativos en relación a la responsabilidad. No obstante, no viene sino a recoger los criterios jurisprudenciales más recientes sin llevar a cabo una intervención normativa que ponga fin, de forma definitiva, a todas estas cuestiones controvertidas y litigiosas. En el caso de la responsabilidad no introduce elementos legales lo suficientemente taxativos como para eliminar toda una serie de controversias en el desarrollo de los procesos de selección de personal en el seno de nuestras instituciones. Viene a reiterar esta norma preceptos que ya se contemplaban en nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, y a pesar de que la regulación temporal es más estricta en cuanto al mantenimiento del personal temporal nombrado o contratado, sin esos elementos de responsabilidad anteriormente referenciados nada impide el incumplimiento de la norma tal y como ha sido tónica general a lo largo de décadas por parte de todas las Administraciones de nuestro país. Especialmente las CCAA y las EELL. Aunque sí que introduce la normativa aprobada un elemento de penalización a las AAPP en lo relativo al reconocimiento de indemnizaciones por finalización de nombramiento o contrato. Pero, como venimos arguyendo, no deja de incorporar los criterios jurisprudenciales del TJUE sin introducir elementos clave para la eliminación de este tipo de problemática. Lo que deja abierto, de cara a un futuro no muy lejano, una serie de escenarios posibles para futuras controversias legales y litigios ante los tribunales de justicia tanto internos como europeos.

Tampoco termina de resolver la norma la controvertida figura del indefinido no fijo en el seno de nuestras AAPP a todos los niveles (definición contemplada en la STS 5360/1996, de 7 de octubre de 1996, FD 2º). Aquella postura por la que optó nuestro Tribunal Supremo en los 90 del pasado siglo que, bajo un “paraguas” de ingeniería legal, articulaba la convivencia del respeto a los principios constitucionales en materia de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público de nuestro país (García García, 2008) con el carácter tuitivo del Derecho del trabajo para la preservación de los derechos de los trabajadores, ha devenido en un sinfín de resoluciones judiciales que no termina de ver el fin. Pero no sólo no se resuelve toda esta cuestión en el seno del empleo público que se podría denominar como “ordinario”, sino que en todo el sector público de nuestro país dicha figura ha proliferado de una

forma desordenada y hasta podría denominarse de “descontrolada” sin que se planteen soluciones al respecto. En contra de lo que planteaba el Real Decreto-ley 14/2021 (Roqueta Buj, 2021; Cantarero Martínez, 2021 a), la norma definitiva sí que alberga en su seno la extensión de los procesos de consolidación al sector público institucional. Reflejo de dicha conflictividad futura es la nueva cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Social número 3 de Barcelona con fecha de 27/06/2021 (Beltrán de Herida Ruiz, 2021 b). Pero no sólo se plantean cuestiones prejudiciales a los tribunales europeos, si no que nuestros tribunales de justicia formulan nuevos fallos de sentencia que tendrán que ser objeto de suplicación en primer término y, en su caso, de casación para unificación de doctrina. Es el caso del fallo de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Alicante en su Sentencia de 28/02/2022 sobre la catalogación de fijo o indefinido no fijo (Beltrán de Heredia Ruiz, 2022).

A modo de conclusión, y en relación a los objetivos 8 y 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, cabría preguntarse si dichas tasas de temporalidad tan considerablemente altas en el seno de nuestro empleo público, y si dicho nivel de precarización en sus relaciones de trabajo de nuestras instituciones (Baquero Aguilar, 2021 b), podrían estar en concordancia con los postulados del trabajo decente. Y no sólo eso, sino que también cabría preguntarse si la solidez de las instituciones a la que se refiere el objetivo número 16 podría quedar en entredicho como consecuencia de dichas circunstancias (Cantarero Martínez, 2021 b). Y, por último, cabría preguntarse también si serían capaces nuestras AAPP de poder afrontar los retos de futuro que nos esperan en las próximas décadas con esos niveles de temporalidad en su seno (Boltaina Bosch, 2021), en clara referencia al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Plan aprobado para la absorción de 140.000 millones de fondos europeos).

BIBLIOGRAFÍA

- Baquero Aguilar, Jorge (2021 a), «La temporalidad en las Administraciones Públicas, el trabajo decente y los Objetivos de Desarrollo Sostenible», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, Nº 4, pp. 232-278. Disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/issue/view/84 (fecha de consulta 19/03/2022).
- Baquero Aguilar, Jorge (2021 b), «La contratación temporal como factor de desprofesionalización de la Administración Pública, Álvarez Cortés, Juan Carlos (Coordinador), *IX y X Certamen “Jóvenes Laboralistas Malagueños” del Excmo. Colegio de Graduados Sociales de Málaga y Melilla*, Ediciones Laborum, pp. 111-181.

- Baquero Aguilar, Jorge (2022), «La temporalidad en las Administraciones Públicas: ¿un problema “aún/no” resuelto?: Comentario crítico al Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 61, pp. 374-417.
- Baylos Grau, Antonio Pedro (2016), «Sobre el Trabajo Decente», *Derecho & Sociedad*, 46, pp. 15-24.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2021 a), *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Editorial Bomarzo.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2021 b), “Fijeza o indefinido no fijo? Nueva cuestión prejudicial cuestionando la respuesta laboral a la temporalidad abusiva (Auto JS/3 Barcelona 27/6/21)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog Jurídico). Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2021/07/30/fijeza-o-indefinido-no-fijo-nueva-cuestion-prejudicial-cuestionando-la-respuesta-laboral-a-la-temporalidad-abusiva-auto-js-3-barcelona-27-6-21/> (fecha de consulta 19/03/2022).
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2022), “Si en 5 años la administración no inicia un proceso selectivo, un indefinido no fijo es “fijo” (SJS/4 Alicante 28/2/2022)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog Jurídico). Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/03/14/si-en-5-anos-la-administracion-no-inicia-un-proceso-selectivo-un-indefinido-no-fijo-es-fijo-sjs-4-alicante-28-2-22/> (fecha de consulta 19/03/2022).
- Blanco-Varela, Bruno, Amoedo, José Manuel y Sánchez-Carreira, María del Carmen (2021), «El Objetivo de Desarrollo Sostenible 8. La fetichización del empleo y el oxímoron del crecimiento sostenible e inclusivo», *Revista Internacional de Comunicación y Desarrollo (RICD)*, Vol. 3., Nº 14, pp. 104-117. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8029959> (fecha de consulta 19/03/2022).
- Boltaina Bosch, Xavier (2018), «Los procesos selectivos “blandos” y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Nº 14, pp. 140-155. Disponible en: <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R3/verArticulo?numejem=3&tipo=S&seccion=51&correlativo=1&contenido=8&locale=es> (fecha de consulta 19/03/2022).
- Boltaina Bosch, Xavier (2021), «Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro», *D.A. Nueva Época*, Nº 8, pp. 66-91. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/11025> (fecha de consulta 19/03/2022).
- Campos Acuña, Concepción (2020), *La gestión de los Fondos Next Generation. Claves de la revolución administrativa*, La Ley.
- Campos Daroca, José María (2017), *Empleo público y fraude en la contratación temporal. Efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea*, El Consultor de los Ayuntamientos.

- Cantarero Martínez, Josefa (2021 a), «El abuso en el nombramiento de personal funcionario interino y su estabilización en la Administración. Propuestas para un debate», *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 21, pp. 28-55. Disponible en: <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/eu/t59auUdaWar/R3/verArticulo?numejem=21&tipo=R&seccion=51&correlativo=2&contenido=2&locale=es> (fecha de consulta 19/03/2022).
- Cantarero Martínez, Josefa (2021 b), *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- CCOO (2021), *Análisis de la EPA 3º Trimestre 2021 sobre empleo público*. Disponible en: <https://fsc.ccoo.es/53e262e790f454b0fcc820882c0da76d000050.pdf> (fecha de consulta: 19/03/2022).
- Fernández Domínguez, Juan José (2020), «El abuso en el nombramiento de personal estatutario interino: irregularidades, pero no fijos. Comentario a la STJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18), asuntos Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, Nº 1, pp. 166-176. Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5968 (fecha de consulta 19/03/2022).
- García García, María Jesús (2008), «Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del Empleado Público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 15, pp. 129-156. Disponible en: <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1213607888492/Redaccion> (fecha de consulta 19/03/2022).
- Gobierno de España (2021, a), *Directrices generales de la Estrategia de Desarrollo sostenible*. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/020321-enlace-sostenible.aspx> (fecha de consulta 19/03/2022).
- Gobierno de España (2021, b), *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf (fecha de consulta 19/03/2022).
- Kahale Carrillo, Djamil Tony (2019), «Número Extraordinario 0. Dedicado a: Conmemoración del Centenario de la OIT, 2019», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del Empleo*, pp. 1-1532. Disponible en: http://adapt.it/wp/wp-content/uploads/2019/12/numero_completo_OIT_def.pdf (fecha de consulta 19/03/2022).
- Naciones Unidas (2015), «Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015», https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S (fecha de consulta: 19/03/2022).
- OIT (a), «¿Qué es el trabajo decente». Disponible en: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm (fecha de consulta: 19/03/2022).

- Roqueta Buj, Remedios (2021), «Los procesos de estabilización de empleo temporal en el Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público», *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 21, pp. 8-27. Disponible en: <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/eu/t59auUdaWar/R3/verArticulo?numero=21&tipo=R&seccion=51&correlativo=1&contenido=1&locale=es> (fecha de consulta 19/03/2022).
- Vida Fernández, Raquel (2018), «Trabajo Decente y Empleo Público», en Monereo Pérez, José Luis, Gorelli Hernández, Juan y De Val Tena, Ángel Luis (Directores), *El trabajo decente*, Editorial Comares, pp. 421-432.

LA LUCHA CONTRA LA APOROFOBIA COMO FORMA DE ERRADICACIÓN DE LA POBREZA

MERCEDES BARRAGÁN LÓPEZ

Universidad de Sevilla

mercedesbarraganlopez@gmail.com

La aporofobia, esto es, el rechazo, aversión y discriminación hacia el pobre, tras la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que modifica el Código Penal, ha sido incorporada, junto a la exclusión social, al precitado texto normativo como nueva forma de discriminación, pudiendo ser agravada la responsabilidad penal del victimario que actúa por el desprecio que despierta en él la pobreza, y supone un avance en la protección de los derechos de las personas más desfavorecidas y vulnerables socialmente.

No obstante lo anterior, la lucha contra la aporofobia no ha terminado con su inclusión en el Código penal, requiriéndose incluso una mejor reforma legislativo, destacándose, a modo de ejemplo, la necesidad de su incorporación en el art. 510 CP, el cual ha sido «olvidado» por el legislador. Asimismo, se deben aunar fuerzas para garantizar la protección total de las personas pobres, además de una respuesta integral por parte de las instituciones públicas tendentes a la erradicación de la pobreza y, por ende, de la aporofobia. Por tanto, todavía quedan muchas mejoras legislativas que eviten la victimización y desprotección de las personas en situación de pobreza.

Por ello, con la lucha contra la aporofobia, además de otorgar una protección desde la legislación penal a las personas más desfavorecidas socialmente, se persigue el ODS 1, es decir, se pretende poner fin a la pobreza, combatiendo las desigualdades sociales y las circunstancias de vulnerabilidad que rodean a las víctimas de delitos de odio por razón de aporofobia. Esto se debe a que las personas pobres son víctimas potenciales a sufrir dicho tipo de discriminación, en tanto que, a mayor vulnerabilidad social, mayor será el riesgo de aporofobia.

En consecuencia, el objetivo que persigue erradicar la pobreza, también se consigue mediante la protección y defensa de los derechos de las minorías sociales, cuyas circunstancias de vulnerabilidad les posicionan en una situación de inferioridad, con-

virtiéndoles en el «blanco de diana» para los delincuentes aporóforos. Por ello, deviene indispensable que se reconozca la existencia de aporofobia, a través de una visibilización de la problemática, para así poder estudiar sus causas y posibles soluciones.

1. LA APOROFOBIA COMO TÉRMINO

El término de aporofobia fue acuñado por la Catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Valencia, Adela Cortina (2021: 21), ya que en el año 2017 propuso a la Real Academia Española, en adelante RAE, en su libro «Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia», la incorporación del precitado vocablo en el diccionario, accediendo aquella a su petición en el año 2017¹, y siendo elegida como palabra del año por FUNDEU ese mismo año².

Dicho vocablo se construye sobre la convicción de que se rechaza a las personas por ser pobres y no extranjeras, confundiendo la precitada discriminación con la xenofobia en numerosas ocasiones. Ejemplo de ello es la situación de pandemia actual en la que el gobierno español ha fomentado, ante la crisis económica, la llegada masiva de turistas extranjeros para que contribuyeran al aumento del PIB nacional³, a diferencia del rechazo hacia aquellos otros extranjeros que han llegado al país en busca de una vida más favorable, como es el caso de los inmigrantes que llegan a España tras jugarse la vida en un cayuco⁴. Por tanto, «es la fobia hacia el pobre la que lleva a rechazar a las personas, a las razas y a aquellas etnias que habitualmente no tienen recursos y, por lo tanto, no pueden ofrecer nada, o parece que no pueden hacerlo» (Cortina, 2017: 13 y 21).

La aporofobia se define como el «rechazo, aversión, temor y desprecio hacia el pobre, hacia el desamparado que, al menos en apariencia, no puede devolver nada bueno a cambio» (Cortina, 2017: 21). Esto evidencia que, indudablemente, la educación actual se inclina hacia el aumento de la riqueza, focalizándose en el crecimiento económico como única forma de éxito vital, y, en cambio, aislando todo ápice de

¹ LA VOZ DE GALICIA, [18 de agosto de 2021] <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/cultura/2017/12/20/aporofobia-odio-pobres-esconde-rae/00031513762984702132704.htm>

² FUNDEU, [28 de agosto de 2021] <https://www.fundeu.es/recomendacion/aporofobia-palabra-del-ano-para-la-fundeu-bbva/>

³ EL PAÍS, [15 de noviembre de 2021] <https://elpais.com/economia/2021-05-13/espana-quiere-que-los-turistas-britanicos-de-ee-uu-y-otros-paises-con-baja-incidencia-puedan-viajar-al-pais-sin-pcr.html>

⁴ EL PAÍS, [15 de noviembre de 2021] <https://elpais.com/espana/2021-05-19/que-esta-pasando-en-ceuta-claves-de-la-crisis-entre-espana-y-marruecos.html>

importancia a la educación en valores, emociones y capacidades humanas tendentes a construir una sociedad más justa y humana (Panea, 2018:112). Por tanto, «para combatir la aporofobia deviene indispensable una educación tendente a reconocer al prójimo como un igual, a través del reconocimiento y respeto mutuo e la dignidad, mediante una educación basada en el respeto de las personas» (Barragán, 2021:11).

De este modo, ante la deshumanización derivada de la aporofobia, los delitos de odio cometidos bajo el desprecio al pobre y vulnerable, se atenta contra la dignidad humana, como ser válido y completo en su individualidad (Bustamante, 2018: 151). Asimismo, con dicha delincuencia aporófoa se viola el principio de igualdad y no discriminación vulnerando el derecho a la igualdad y a no ser tratados de forma discriminatoria por motivos de las circunstancias socioeconómicas de la víctima (Hatento, 2015: 80), en tanto que una discriminación por razón de aporofobia supone la minusvaloración de aquellas personas cuya situación socioeconómica no les permite formar parte de la sociedad, quedando extirpado de su ciudadanía ante la imposibilidad de contribuir económicamente con la nación y, por ende, en una posición de inferioridad frente al bienaventurado económicamente.

2. APOROFOBIA Y DELITOS DE ODIO

La lucha e investigación contra la comisión de delitos de odio de carácter aporófobo presenta su detonante en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 5 de noviembre de 2008, que condenó a dos victimarios que asesinaron a una persona sin hogar, D^a Valentina, mientras pernoctaba en un cajero automático de Barcelona. En dicha resolución judicial se observa la imposibilidad de agravar la responsabilidad penal del victimario por actuar con motivo de odio y rechazo al pobre que se venían encontrando los tribunales españoles (Bustos, 2020: 116 y 117). Fue a partir de la precitada resolución judicial que se comenzó con la lucha para la incorporación de la aporofobia como motivo de discriminación y de agravación de la responsabilidad penal.

A pesar de ello y del supuesto avance de la humanidad en educación social, cada vez son más los delitos de odio cometidos por razón de aporofobia, a través del desprecio al pobre ante su vulnerabilidad y olvido social, poniendo de manifiesto que, a mayor vulnerabilidad social, mayor será la victimización sufrida (Fernández, Patró y Aguilar, 2014: 110), y, por tanto, mayor riesgo de aporofobia.

En este sentido, según emite un Informe del Observatorio Hatento de delitos de odio contra personas sin hogar que promueve la defensa de los derechos de dicho

colectivo, actuando en consecuencia mediante la realización de un estudio y elaboración de un informe tras entrevistar a 261 personas sin hogar, «un 47% afirma haber sido víctima de al menos un delito motivado por aporofobia», exponiendo además que «el 19% de los agredidos lo habría sido solo en una ocasión; el 32% habría sufrido un delito por razones aporófobas en un baremo de dos a cinco veces; y el 49% restante lo habría sufrido hasta en más de cinco ocasiones».

Por tanto, las víctimas de agresiones aporófobas sufren una doble victimización, puesto que, por un lado, sufren la derivada de la propia escasez de recursos económicos que les impiden su desarrollo integral y, por otro lado, la derivada de los propios tipos delictivos cometidos por el victimario por razón de aporofobia. Todo ello, sumado a la criminalización de la pobreza⁵ que, en ocasiones, se observa en las propias instituciones, que persiguen de manera exacerbada a las personas más vulnerables socialmente, mediante la proyección de una imagen de ellos como individuos peligrosos para la sociedad, reformando la legislación penal y aumentando al castigo para los que cometen delitos que, por su propia naturaleza son cometidos por personas sin recursos económicos, tales como el delito de hurto, hablándose en este caso de aporofobia; a diferencia de aquellos otros tipos delictivos que, en términos similares, no se ensañan con aquellas personas que mantienen un mejor nivel de vida, mediante el mantenimiento de la pena prevista para otros delitos, tales como el delito fiscal, hablándose en estos supuestos de plutofilia (Terradillos, 2020: 73-83).

No obstante lo anterior, después de años de lucha e investigación, como forma de combatir la pobreza⁶, en consonancia con el primer Objetivo de Desarrollo Sostenible⁷, mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado el día 5 de junio del año en curso, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se incluye finalmente

⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Bosch editor, 2020, p. 83: «Criminalización exacerbada de la pobreza, que no solo comporta traición al Derecho penal igualitario, sino también abandono de la obligación estatal de afrontar la realidad económica con políticas sociales comprometidas, que han sido sustituidas torticeramente por la utilización del sistema policial, judicial y carcelario».

⁶ ETNOR, [2 de noviembre de 2021] <https://www.etnor.org/sesion/erradicar-la-pobreza-combatir-la-aporofobia/>

⁷ Naciones Unidas, [3 de septiembre de 2021] <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/>

la aporofobia, junto a la exclusión social, como forma de discriminación, destacándose la posibilidad de agravar la responsabilidad penal del victimario a través del art. 22.4 CP.

Así, la Disposición final sexta de la precitada normativa modifica el Código Penal, y queda redactado el art. 22. 4 CP, del siguiente modo:

«4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.»

En consecuencia, ante la comisión de delitos de odio por razón de aporofobia, actualmente es posible agravar la responsabilidad penal del victimario que actúa movido por el rechazo, aversión o discriminación al pobre, puesto que la aporofobia ya es considerado como una discriminación en el ámbito penal.

3. LA ERRADICACIÓN DE LA POBREZA

La erradicación de la pobreza constituye una preocupación a nivel mundial, habida cuenta que en mayor o menor medida es una problemática que concierne a todos los territorios. Con el objetivo de conseguirlo, se deben aunar fuerzas desde todas las vertientes, de forma que se alcance una respuesta integral. En este apartado se analizará el Objetivo de Desarrollo Sostenible que pretende poner fin a la pobreza, el cual también se persigue a través de la lucha contra la aporofobia.

3.1. La medición de la pobreza

Antes de comenzar a hablar de la erradicación de la pobreza, se debe establecer cómo se mide la pobreza para poder conocer cuáles deberán ser los esfuerzos para poner fin a la misma y cómo progresa tras determinadas actuaciones tendentes a cumplir dicho objetivo.

Para ello, se debe fijar una definición del término de pobreza y así poder saber cuáles son los parámetros que convierten a una persona en pobre, de forma que podrá contabilizarse, en virtud de la definición seleccionada, cuántos pobres existen en un determinado lugar o incluso a nivel mundial (Cortina y Pereira, 2009: 17-18).

Según el Banco Mundial la pobreza extrema significa vivir con menos de 1,08 dólares diarios, entendiendo que es la cantidad que una persona necesita para hacer frente a sus necesidades más básicas. También se puede cuantificar la pobreza calculando la renta media de una región (ingresos medios, consumo medio), dividir dicha cantidad por dos, calcular cuántas personas no llegan a esa mitad de la cantidad, y se entenderá que son pobres (Cortina y Pereira, 2009: 18).

Además de lo anterior, se pueden señalar tres grados de pobreza diferenciados: «1) *Extrema o absoluta*: cuando las familias no pueden satisfacer las necesidades básicas para la supervivencia. Solo se da en países en desarrollo. 2) *Moderada*, cuando las necesidades básicas están cubiertas, pero de modo precario. 3) *Relativa*, cuando el nivel de ingresos familiares sitúa a la familia por debajo de una proporción dada de la renta nacional media. A comienzos del siglo XXI la pobreza extrema se concentra en Extremo Oriente, en el sur de Asia y en el África subsahariana».

A nivel mundial, el número de personas que viven en situación de extrema pobreza disminuyó desde un 36 % en 1990 hasta un 10 % en 2015. Sin embargo, la pandemia de la COVID-19 ha supuesto un impacto en el ritmo de disminución de la pobreza, poniendo en riesgo el progreso logrado durante las últimas décadas. El Instituto Mundial de Investigaciones de Economía del Desarrollo de la Universidad de las Naciones Unidas ha publicado una investigación advirtiendo de que las consecuencias económicas de la pandemia del coronavirus podrían aumentar la pobreza a nivel mundial pudiendo llegar a afectar a 500 millones de personas más, es decir, a un 8 % más de la población total mundial y sería la primera vez que la pobreza aumente en todo el mundo en 30 años, desde 1990⁸.

El 10% de la población mundial, es decir, más de 700 millones de personas, continúa viviendo en situación de extrema pobreza actualmente, por lo que tienen dificultades para satisfacer las necesidades más básicas, como la salud, la educación y el acceso a agua y saneamiento, por nombrar algunas. La mayoría de las personas que viven con menos de 1,90 dólares al día viven en el África subsahariana. A nivel mundial, los índices de pobreza en las áreas rurales son del 17,2 %; más del triple de los mismos índices para las áreas urbanas⁹.

También se debe destacar que las personas que tienen un trabajo no siempre les garantizan una vida digna. De hecho, el 8 % de los trabajadores de todo el mundo, y sus familias, vivían en situación de extrema pobreza en 2018. Uno de cada cinco

⁸ Naciones Unidas, [2 de septiembre de 2021]
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/>

⁹ *Ibidem*.

niños vive en situación de extrema pobreza y se debe advertir que garantizar la protección social de todos los niños y otros grupos vulnerables resulta indispensable para reducir la pobreza¹⁰.

3.2. Fin de la pobreza, aporofobia y Objetivos de Desarrollo Sostenibles

Por un lado, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó en el año 2000 los llamados Objetivos de Desarrollo del Milenio, que son ocho propósitos de desarrollo humano, radicándolos en el año 2005. El primero de ellos consiste en «erradicar la pobreza extrema y el hambre». Efectivamente es indispensable alcanzar todos los objetivos previstos, pero indudablemente la pobreza extrema y el hambre imposibilitan la consecución de los restantes (Cortina y Pereira, 2009: 15).

Dicho objetivo consiste en erradicar la pobreza en 2025, sin olvidar que «también los seres humanos intentamos evitar las catástrofes naturales cuando las consideramos dañinas, pero aquí ni siquiera se trata de un acontecimiento natural, sino de un producto social, del que somos, por lo tanto, responsables. Dos factores al menos acreditan esa responsabilidad: en nuestros días contamos con una conciencia social, ampliamente extendida, de que es un deber acabar con la pobreza y el hambre, y también con los recursos para erradicarlas. Y, sin embargo, hemos permitido y seguimos permitiendo que existan, por eso somos responsables (...) porque la responsabilidad por la miseria no es solo de quienes la causan directamente, ni siquiera de aquellos que pueden disfrutar porque otros se lo permiten, sino también de aquellos que, por desinterés, no hacen nada por evitarla, cuando son conscientes de que es perversa y de que hay recursos para acabar con ella» (Cortina y Pereira, 2009: 15-17).

Sin embargo, a pesar de que los ODM se presentaban como objetivos ambiciosos de carácter global, como acabar con el hambre, reducir la pobreza, alcanzar la educación básica universal o conseguir el 0,7% de ayuda al desarrollo para los países más pobres, fueron incumplidos, por lo que también debido a la visión reduccionista de los mismos y la necesidad de ampliar de forma notable las tradicionales visiones del desarrollo, surgió la necesidad de construir una agenda de acción más amplia, compleja y sofisticada (Gómez, 2018: 107).

Ante ello, por otro lado, surgieron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que constituyen un llamamiento universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y las perspectivas de las personas a nivel mundial. En 2015, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron

¹⁰ *Ibidem.*

17 Objetivos como parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la cual se establece un plan para alcanzar los Objetivos en 15 años. En definitiva, «los ODS plantean respuestas sistémicas a una visión global e interrelacionada del desarrollo sostenible que afronta cuestiones tan importantes como la desigualdad y la pobreza extrema, los patrones de consumo no sostenibles y la degradación ambiental, el reforzamiento de las capacidades institucionales, así como procesos de solidaridad global novedosos que los ODM descuidaron. Y todo ello se hace desde perspectivas metodológicas renovadas, no exentas de retórica hueca y ambigüedad deliberada, que requieren cambios de gran alcance a nivel mundial, mediante una acción internacional concertada que no parece formar parte de las prioridades actuales» (Gómez, 2018:108).

Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 tiene la obligación de proteger el derecho a la vida de cada uno de los seres humanos, un derecho que lleva aparejada la obligación de protegerlo desde diversas instancias y desde diferentes ámbitos, sin ser olvidado por parte de la legislación penal.

El ODS 1, es decir erradicar la pobreza, se defiende también a través de la lucha contra la aporofobia, en tanto forma de combatir las desigualdades sociales existentes, otorgando una mayor protección de las personas olvidadas socialmente, que son rodeadas por una vulnerabilidad social que les impide su desarrollo íntegro como persona.

En este sentido, recuerda Terradillos Basoco (2020: 48) que, además de la selección por parte de la Agenda 2030, como áreas prioritarias de actuación, la protección del planeta y la erradicación del hambre y la pobreza, el Banco Mundial «que se autoatribuye como misión la de lograr “un mundo sin pobreza”, ha constatado avances “notables” en la materia: en concreto, el objetivo de reducir a la mitad la tasa de pobreza de 1990, se logró en 2010, cinco años antes de lo previsto. Pero, advierte en su informe sobre pobreza 2015 –actualizado a 2019–, que “la cantidad de personas que viven en condiciones de pobreza extrema en el mundo sigue siendo inaceptablemente alta”. En efecto, “el 10% de la población mundial vivía con menos de USD 1,90 al día en 2015, en comparación con el 11% en 2013¹¹».

Ante la importancia de combatir de la pobreza, en este caso, mediante la lucha contra la aporofobia, para atajar una realidad social que arrincona al desaventurado, la incorporación de la aporofobia como forma de discriminación y como motivo de agravación de la responsabilidad penal del victimario en el art. 22.4 CP, refleja cómo

¹¹ Banco Mundial, [1 de marzo de 2022]
<https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview>

con la unión de fuerzas y avance de la investigación, el ODS 1 se viene persiguiendo desde diversos ámbitos, mediante la reducción de las desigualdades sociales y las situaciones de vulnerabilidad.

Por tanto, el objetivo de poner fin a la pobreza se persigue también desde la lucha por la protección por el colectivo de los más desfavorecidos socialmente, incardinando una defensa desde el ámbito penal que les proteja de sufrir crímenes de odio movidos por la aporofobia del victimario.

4. CONCLUSIONES

La aporofobia, es una triste realidad social que, hasta hace unos años carecía de un término con el que dirigirse a ella, comenzando con su proposición por parte de Adela Cortina, quien viene defendiendo su lucha como forma de protección de los derechos de los más vulnerables. De este modo, la autora acuñó un nuevo vocablo para reconocer una problemática que venía siendo olvidada por la sociedad y por las instituciones, pretendiendo empoderar y visibilizar a uno de los colectivos más victimizados.

Mediante la visibilización de la mencionada problemática y la lucha e investigación de la misma, actualmente la aporofobia es reconocida como una forma de discriminación en el Código penal gracias a la reciente reforma legislativa que ha sufrido la precitada normativa, a través de la Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, descartando la actual posibilidad de agravar la responsabilidad penal del victimario que actúa por razón de odio al pobre. Con anterioridad a dicha modificación legislativa, las personas pobres se veían desamparadas ante la delincuencia aporófoa.

Con la incorporación de la aporofobia en la legislación penal como forma de discriminación, pudiendo ser agravada la responsabilidad penal del victimario según el art. 22.4 CP, se persigue el ODS 1, por lo que poner fin a la pobreza también se consigue desde la protección de los derechos y libertades de los pobres, ya que la lucha contra la aporofobia supone la protección de las minorías más vulnerables, cuyas desigualdades sociales les impiden desarrollarse social y económicamente.

De este modo, la protección penal de los más desfavorecidos, cuya situación social les posiciona en una situación de inferioridad frente al victimario aporófo, además de protegerles de dichas agresiones, contribuye a la visibilización del colectivo, empoderando a los olvidados socialmente, y alzando la voz de aquellos que vagan en silencio.

BIBLIOGRAFÍA

- Barragán López, Mercedes (2021), «Antigitanismo: el rechazo de la etnia gitana como determinante de aporofobia», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 9, pp. 1-22
- Bustamente Alarcón, Reynaldo (2018), *La idea de persona y dignidad humana*, Dykinson, Madrid.
- Bustos Rubio, Miguel (2020), *Aporofobia y delito: la discriminación socioeconómica como agravante (art. 22. 4ª CP)*, Bosch Editor, Barcelona.
- Cortina Orts, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Paidós, Barcelona, 2017.
- Cortina Orts, Adela y Pereira Rodríguez, Gustavo (2009), *Pobreza y libertad. Erradicar la pobreza desde el enfoque de Amartya Sen*, Tecnos, Madrid.
- Morillas Fernández, D.L., Patró Hernández, R.M., y Aguilar Cárceles M.M. (2014), *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, segunda edición, Dykinson, Madrid.
- Gómez Gil, Carlos (2018), «Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica», en *Papeles de las relaciones Ecosociales y cambio global*, 140, pp. 107-118.
- Observatorio Hatento (2015), «Los delitos de odio contra las personas sin hogar», en *Revista de servicios sociales*, núm. 59, pp. 79-92.
- Panea Márquez, J.M. (2018), «El papel de las emociones en la esfera pública: la propuesta de M.C. Nussbaum», en *Revista de Pensament i Anàlisi*, 22, pp. 111-131.
- Terradillos Basoco, Juan María (2020), *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Bosch editor, 2020.

LA ALIANZA DEL PACÍFICO SUSTENTABLE Y LA NECESARIA ERRADICACIÓN DEL HAMBRE EN LA SUBREGIÓN

JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA
Universidad de Chile
jgallegos@derecho.uchile.cl

El presente trabajo expone cómo la Alianza del Pacífico, una iniciativa que se denomina de integración -que comprende a Chile, Colombia, México y Perú- se posiciona frente a los Objetivos de Desarrollo Sustentable de la Agenda 2030, en especial en lo referente a la erradicación del hambre, teniendo en cuenta las nefastas consecuencias económicas y sociales que está dejando de la pandemia que azota al planeta, revisando para ello, medidas de distinta naturaleza relacionadas con asuntos alimentarios en los aludidos Estados. Con este objetivo se presentan sumariamente los anotados Objetivos, luego, se indican algunos elementos característicos del bloque sometido a nuestro análisis y cómo éste se ha posicionado frente a los Objetivos mencionados, para proseguir enunciando algunas ideas de hambre cero a nivel global y también en la iniciativa subregional de que se trata, terminando el documento con una reflexión final, acerca de la necesidad de adoptar medidas decididas, de cara a atender el complejo escenario resultante de diferentes circunstancias, como la pandemia, el cambio climático y la efervescencia social manifestada en varios de sus Estados Parte.

1. AGENDA 2030 Y SUS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas, en 2015, buscan satisfacer una gama de aspectos de una naturaleza muy amplia, comprendiendo no solamente elementos meramente económicos, sino que también cuestiones medioambientales, sociales, institucionales y de género (Ramos y Masbernat, 2021: 27-43), que se han posicionado en la agenda global, mediante diferentes y ambiciosas metas a alcanzar (Olatunbosun, 2016: 35-42).

Aun cuando estos ODS no han estado exentos de críticas (Pogge y Sengupta, 2015: 571-588), somos de la idea de que este instrumento se configura como una valiosa hoja de ruta, que orienta y permite extraer lecciones para el desarrollo de políticas públicas de diferentes Estados.

2. ALIANZA DEL PACÍFICO SOSTENIBLE

La Alianza del Pacífico es un esquema de cooperación subregional, que congrega a Chile, Colombia, México y Perú, que tiene como hito inicial la Declaración de Lima, de 2011, y que luego se constituiría formalmente en 2012, mediante el Acuerdo Marco de Paranal, que entró en vigor en 2015.

Además, cuenta con un Protocolo Adicional (en que se regulan -con detalle- diferentes aspectos relacionados, fundamentalmente, con la libre circulación de bienes, servicios y algunos aspectos de capitales), instrumento que fue suscrito en 2014, y se encuentra en vigor desde el 1 de mayo de 2016.

Con esta propuesta se constituye una zona de libre comercio, buscando una “integración profunda” con libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas, características que, conceptualmente, parecen enfocadas a la formación de un mercado común, aun cuando, no se pretenda conformar una unión aduanera, como estadio que usualmente se ha entendido como paso previo.

Estructuralmente presenta un modelo intergubernamental muy “liviano”, sin una secretaría ni tribunal permanente, que le den impulso al proceso, y si bien posee una Comisión de Seguimiento Parlamentario, esta no tiene atribuciones para dictar normas aplicables al conjunto de Estados, y tampoco ha sido un real apoyo para un avance más expedito de esta iniciativa (Gallegos Zúñiga, 2019), y fundamentalmente se ha limitado a ser una instancia de encuentro, en la cual se discuten y deliberan algunos temas que se han estimado relevantes por los congresistas que cuentan con la presidencia *pro tempore* de este cuerpo.

Sin perjuicio de tales falencias orgánicas, en el quehacer de este esquema intergubernamental sí se ha reconocido y validado a un Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico (CEAP), que suele proponer a las autoridades políticas, desde ese ámbito gremial, avances en determinados campos.

Este bloque de Estados en diferentes declaraciones y actividades de cooperación ha manifestado un compromiso con el desarrollo sustentable, aspecto que encuentra reconocimiento explícito en su Visión estratégica para el año 2030,¹ formulada por los Jefes de Estado, en 2018.²

En este sentido debe tenerse presente que dentro de los objetivos que persigue esta iniciativa latinoamericana -según se expresa en su Acuerdo Marco de Paranal-

¹ En el punto cuarto del núm. 1 de la reseñada Visión Estratégica 2030 se señala que se aspira que la Alianza del Pacífico constituya “una región cada vez más resiliente e incluyente, tomando como base los objetivos de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible” (...) “contribuyendo a la superación de la desigualdad y la pobreza”.

² Sobre aspectos medioambientales en los cuales la Alianza del Pacífico, como bloque, ha prestado atención puede consultarse Gallegos Zúñiga (2020: 43-54).

está el impulsar un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías de los Estados Parte, “con miras a lograr bienestar, la superación de la desigualdad socioeconómica y la inclusión social de sus habitantes”,³ elementos que van en consonancia con los previstos en los reseñados ODS.

A su vez, no debe perderse de vista que, en 2013, fue suscrito el Acuerdo que establece el Fondo de Cooperación de la Alianza del Pacífico (convenio que entró en vigor en 2019), estableciendo un mecanismo que pretende facilitar, dinamizar y permitir la financiación de acciones de este tipo, en diferentes áreas, entre ellas el desarrollo social.⁴

Lamentablemente, más allá de estas promisorias declaraciones, a la fecha no se conocen instrumentos jurídicamente vinculantes dictados, en conjunto, por sus Estados Parte, tendientes a hacerse cargo de estos retos sociales, y los compromisos que son realmente exigibles solamente son aquellos de índole comercial, y si se compara cómo se han abordado estas materias frente a la experiencia de la Comunidad Andina y Mercosur, no es difícil constatar que la Alianza del Pacífico presenta un notorio rezago (Vélez Rolón *et al*, 2020: 112-115), sin perjuicio de que los resultados efectivos logrados en los otros bloques regionales tampoco sean óptimos, pero, al menos, dan cuenta de un interés expreso en atender estas necesidades.

3. HAMBRE CERO

El segundo de los ODS, a los cuales, como se dijo, se ha plegado (conceptualmente) la Alianza del Pacífico, es poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición, en el marco de la promoción de una agricultura sostenible, aspiración que se traduce en una serie de metas.⁵

Dentro del bloque, el escenario, a nivel de desarrollo humano -que, como se sabe, toma en cuenta aspectos de salud, como la esperanza de vida- es dispar, puesto que

³ Artículo 3 literal b) del Acuerdo Marco de Paranal, de la Alianza del Pacífico.

⁴ Artículo IV literal d) del Acuerdo del Fondo de Cooperación de la Alianza del Pacífico.

⁵ Entre ellas, para 2030: i) poner fin al hambre y asegurar el acceso de todas las personas, en particular los pobres y las personas en situaciones vulnerables, incluidos los lactantes, a una alimentación sana, nutritiva y suficiente durante todo el año; ii) poner fin a todas las formas de malnutrición; ; iii) duplicar la productividad agrícola y los ingresos de los productores de alimentos en pequeña escala, en particular las mujeres, los pueblos indígenas, los agricultores familiares, los pastores y los pescadores; iv) asegurar la sostenibilidad de los sistemas de producción de alimentos y aplicar prácticas agrícolas resilientes que aumenten la productividad y la producción, contribuyan al mantenimiento de los ecosistemas; como también adoptar medidas para asegurar el buen funcionamiento de los mercados de productos básicos alimentarios y sus derivados y facilitar el acceso oportuno a información sobre los mercados, en particular sobre las reservas de alimentos, a fin de ayudar a limitar la extrema volatilidad de los precios de los alimentos, entre otros aspectos.

mientras, a 2020, Chile exhibía la posición 43, México ocupaba la 74, Perú la 79 y Colombia la 83 (PNUD, 2020: 275-276), precisamente en este último país resulta una temática de enorme sensibilidad (Pinzón, 2017: 189-208), sin perjuicio que en ninguno sus Estados Parte el escenario se acerque a una situación óptima.

Luego, si revisamos algunos aspectos relacionados con los alimentos en la Alianza del Pacífico, podemos advertir que su referido Protocolo Adicional liberalizó el 92% de líneas arancelarias entre los Estados Parte.

El resto (fundamentalmente el sector agrícola, con productos tales como el maíz, trigo, banano, café, porotos y papas) quedaron afectos a periodos de desgravación que van de 3 a 17 años, excluyendo de la liberalización comercial al sector azucarero.

Por otro lado, en lo que toca a la agricultura, en general, la regulación que brinda el anotado Protocolo Adicional es muy escueta remitiéndose al Acuerdo sobre la materia de la OMC⁶, declarando el interés por eliminar las subvenciones en este ámbito.⁷

4. ¿QUÉ RESPUESTAS NOS DA (NOMINALMENTE) LA NORMATIVA SUPERIOR DE LOS ESTADOS PARTE?

Desde un punto de vista normativo es interesante tener en cuenta que en México, su Constitución establece⁸ que toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, aspectos que han sido abordados por los especialistas de ese país (Carbonell y Rodríguez, 2012: 1063-1078).

Más adelante se indica que se debe⁹ promover el desarrollo rural integral y sustentable, con el fin de que el Estado garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos que la ley establezca, previendo,¹⁰ además, normas en seguridad social en la materia.

Por su parte, la Constitución de Colombia reconoce como uno de los derechos fundamentales de los niños la alimentación equilibrada,¹¹ añadiendo que el Estado debe garantizar los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.¹²

⁶ Artículo 3.15 del Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico.

⁷ Artículo 3.16 del Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico.

⁸ Artículo 4, adicionado en 2011. Sobre la situación de México, años antes a esta reforma constitucional véase González (2008).

⁹ Artículo 27.

¹⁰ Artículo 123.

¹¹ Artículo 44.

¹² Artículo 46.

Además, se expresa¹³ que la producción de alimentos debe gozar de especial protección del Estado, y para ello se debe otorgar prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras.

A su turno, los Textos Supremos de Chile¹⁴ y Perú no cuentan con disposiciones sobre esta temática. Sin embargo, en el primer país, en el marco de los debates en los cuales se encuentra inmersa la sociedad luego del “estallido social” de 2019, que decantara en la convocatoria de una convención constitucional, se han aportado estudios sobre la materia, promoviendo elevar a ese rango superior el derecho a la alimentación (Rodríguez y Aranda, 2021).

5. ALIMENTOS, ALGUNAS CONSIDERACIONES EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO

En materia agrícola se ha planteado que sería aconsejable que los Estados Parte de la Alianza del Pacífico emprendan políticas conjuntas para aprovechar estratégicamente sus ventajas comparativas a fin de exportar a Asia y otras latitudes (Ortiz *et al*, 2018: 221-239). En esta empresa deben tenerse en cuenta que, si bien algunos productos cosechados en los Estados Parte compiten entre sí en los mercados internacionales (Valverde, 2016: 43-47), China supone un mercado con una demanda creciente y de tal envergadura de alimentos (Correa y Catalán, 2019:107-114), que América Latina, en su conjunto, si aborda adecuadamente este desafío puede cumplir un rol estratégico (Rosales, 2014: 27-29) en la seguridad alimentaria global (Reyes y Olis, 2019).

Así las cosas, en la búsqueda de mancomunar esfuerzos para posicionarse como economías exportadoras relevantes de esta clase de bienes, a través de la Alianza del Pacífico, se han desarrollado macro ruedas de negocios, en las cuales se han promocionado, entre otras, a empresas de productos alimenticios de sus Estados Parte.

Asimismo, ha habido una participación conjunta en diferentes ferias internacionales de estos rubros, como una feria desarrollada en la India, 2013; el Salón Internacional de la Alimentación, en París, los años 2016 y 2018; y Fruit Logistica, celebrada en Berlín, en 2017, por mencionar algunos.

¹³ Artículo 65.

¹⁴ En Chile ya en 1911 se crearon figuras como “la Gota de leche” y entidades como la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, en 1964, la Corporación para la nutrición infantil, en 1974 y ley n° 20.606, de 2012, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad, entre otras iniciativas. Una revisión bastante completa de las diferentes políticas públicas desarrolladas en diferentes países de la región puede encontrarse en (Grisa, 2021: 29-79).

A su vez, el Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico ha solicitado que se avance de una forma más expedita en la homologación de normas sanitarias y fitosanitarias, y algunos aspectos de rotulado.

Dicho lo anterior, estimamos adecuado enfatizar en que para alcanzar el propósito de que el bloque se posicione como una potencia agroexportadora es necesario que se tenga especial cuidado con los aspectos sanitarios y fitosanitarios que, desde antes de la pandemia (Valverde, 2016: 42-43) exhibían diversos obstáculos en Asia, y que en la nueva realidad resultante luego de esta crisis sanitaria supondrá controles aún más estrictos.

Sobre lo particular, creemos que la Alianza del Pacífico requiere de una armonización de las legislaciones nacionales, como también un proceso de reconocimiento mutuo de autorizaciones sanitarias y técnicas, que sean homogéneas, que propicien altos estándares de calidad de sus productos (Ugarte Vega, 2015: 91), tanto en lo que se refiera a exportaciones extra regionales como para aquellos bienes de diversa naturaleza (entre ellos los alimentos, desde luego) que circulen dentro de este espacio y en los mercados internos¹⁵.

En la línea de lo anterior, creemos oportuno mencionar que, en 2018, se firmó un memorándum de entendimiento entre el Ministerio de Agricultura de Chile y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), lo cual serviría como primer paso para la conformación del Foro de Ministerios de Agricultura de la Alianza del Pacífico, y el Consejo Agropecuario del bloque.

6. HAMBRE Y PANDEMIA, DESAFÍOS INELUDIBLES

En 2020, en el marco de XII reunión de la Comisión de seguimiento parlamentario de la Alianza del Pacífico, se abordó la situación alimentaria y las proyecciones post pandemia, y en esa cita, el representante regional de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) expresó que (Berdegué, 2020), dentro de sus cuatro Estados Parte, existen 14.6 millones de personas en condición de hambre, cuya ingesta diaria de calorías no es suficiente para llevar una vida mínimamente activa.

Además, destacó que, en América Latina y el Caribe¹⁶, donde gran parte del empleo se desarrolla de modo informal (Clapp, 2021: 5-6), como consecuencia de la

¹⁵ Sobre el avance de esta clase de asuntos en Mercosur, véase (Negro, 2020: 91-107).

¹⁶ Antes de la pandemia, si bien el desarrollo no era óptimo, es necesario hacer presente que América Latina exhibía avances en la reducción del hambre frente a otras zonas del mundo (Salazar y Muñoz, 2019).

pandemia, se sumarán más de 28 millones de personas a la condición de extrema pobreza.¹⁷

Añadiendo que esta área es la región del planeta donde es más caro comer saludablemente. Se presenta la paradoja que este espacio geográfico alimenta al mundo, exportando frutas, verduras, carnes y granos, sin embargo, en su interior los precios resultan ser más elevados, y, en efecto, el costo de una dieta que cubra las necesidades energéticas mínimas es 34% más costoso que el promedio global.

Teniendo en cuenta este escenario se propusieron medidas enfocadas en personas, tales como: i) reforzar el Ingreso Básico de Emergencia, junto con promover el Bono contra el hambre; ii) reforzar los programas de alimentación escolar, que beneficien a 84 millones de niños y niñas, y iii) apoyar las iniciativas de asistencia alimentaria que están llevando a cabo las organizaciones de la sociedad civil, entre otras.

Asimismo, se sugirieron medidas de abastecimiento nacional, tales como: i) restauración de hectáreas de ecosistemas, que ayuden a fomentar la biodiversidad, siendo esta una acción que podría crear hasta 1000 puestos de trabajo por cada millón de dólares de inversión, y ii) modernización y dinamización de mercados locales, ferias libres, donde la mayoría de las capas medias y bajas compra sus alimentos frescos en América Latina y el Caribe, entre otras.

En este contexto, resulta más que aconsejable que las temáticas relacionadas con el acceso a alimentos suficientes y de calidad se aborden de manera concertada, generando soluciones que, de manera coordinada, atiendan a fenómenos nefastos como el desperdicio de alimentos y otras circunstancias análogas, los cuales suponen un desaprovechamiento o un uso ineficiente de agua, suelos y otros recursos, que cada día resultan ser más escasos, teniendo en cuenta además que las cadenas de suministro internacionales están exhibiendo trabas en su funcionamiento.

Estos inminentes problemas alimentarios deben solucionarse en un contexto en que no solamente los países se ven afectados por la pandemia, sino que también en un escenario que está siendo azotado por la desmedida acción del hombre y el cambio climático (Cavallo y Powell, 2021: 123-124), que se ha manifestado, entre otros aspectos, en la sobreexplotación de recursos marítimos, y también problemas asociados

¹⁷ Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que las mujeres se están viendo desproporcionadamente afectadas por la crisis, debido a sus roles y responsabilidades tradicionales, que las llevan a soportar, unas 3/4 partes del trabajo de cuidados no remunerado en el hogar. Esta carga, al combinarse con los períodos de confinamiento, redujo su tasa de participación en la fuerza de trabajo un 10% en México, Chile y Colombia, tirando por tierra décadas de progreso (PNUD, 2020: 71).

a la escasez hídrica que, como se comprenderá, ponen en riesgo el normal desenvolvimiento de la agricultura y la subsistencia misma en la región.

7. REFLEXIONES FINALES

En la Alianza del Pacífico se da la paradoja de que si bien sus países buscan posicionarse como potencias o actores relevantes en materia agroalimentaria, procurando alcanzar cuotas de mercado en diferentes economías del globo, en su seno, además de exhibir escenarios insatisfactorios a nivel de hambre, se presentan condiciones nocivas referentes a precios de alimentos saludables, contexto que demanda de una actuación decidida de los Estados.

Si bien parece un primer paso el reconocer en sede constitucional el derecho a la alimentación, una medida de esta clase no es suficiente si no se acompaña de políticas públicas permanentes, debidamente socializadas, que, además, se hagan cargo de la apremiante crisis climática que, cada día, nos resulta más patente.

El complejo escenario que nos arroja la pandemia demanda de soluciones mancomunadas y efectivas, y es hora que la Alianza del Pacífico abandone un énfasis puramente comercial, y haga suyo los objetivos consignados en su Acuerdo Marco, relativos a impulsar un mayor desarrollo, con miras a lograr un mayor bienestar, la superación de la desigualdad socioeconómica y la inclusión social de sus habitantes,¹⁸ más aún cuando recientemente ha quedado en evidencia el descontento de su población con un modelo económico que nos les ha brindado condiciones de bienestar suficientes, y que ahora arroja su peor cara y causa estragos como consecuencia de la crisis sanitaria.

¹⁸ Artículo 3 literal b) del Acuerdo Marco de Paranal, de la Alianza del Pacífico.

BIBLIOGRAFÍA

- Berdegúe, Julio (2020), «Discurso sobre situación alimentaria y proyecciones regionales post-pandemia», <http://www.fao.org/americas/representante/speeches/xii-sesion-comision-interparlamentaria-de-seguimiento-a-la-alianza-del-pacifico/en/> (fecha de consulta: 10/12/2021).
- Carbonell, Miguel y Rodríguez, Pamela (2012), «¿Qué significa el derecho a la alimentación?», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45, 135, pp. 1063-1078.
- Cavallo, Eduardo y Powell, Andrew (2021), *Opportunities for Stronger and Sustainable Post-pandemic Growth*, <https://publications.iadb.org/publications/english/document/2021-Latin-American-and-Caribbean-Macroeconomic-Report-Opportunities-for-Stronger-and-Sustainable-Post-pandemic-Growth.pdf> (fecha de consulta: 12/03/2022).
- Clapp, Jennifer (2021), *Los efectos de la COVID-19 en la seguridad alimentaria y la nutrición: Elaboración de respuestas eficaces en materia de políticas para abordar la pandemia del hambre y la malnutrición*, Roma, FAO/Comité de Seguridad Alimentaria.
- Correa, María y Catalán, Enrique (2019), «La agricultura: sector estratégico en la relación comercial de la Alianza del Pacífico con China», en Aparicio, Mariana y Muñoz, Tomás (coords.) *Retos y oportunidades de la Alianza del Pacífico en el actual contexto internacional convulso*, Ciudad de México, UNAM, pp. 107-114.
- Gallegos Zúñiga, Jaime (2019), «La Alianza del Pacífico, aspectos jurídicos organizacionales y de su sistema de solución de controversias», *Estudios Internacionales*, 51, 194, pp. 75-94.
- Gallegos Zúñiga, Jaime (2020), «La Alianza del Pacífico sustentable y la protección al consumidor», en: Klein, Luciane (ed.) *A proteção do consumidor e o consumo sustentável: A dimensão global e regional do consumo sustentável e as iniciativas nacionais*, São Leopoldo, Casa Leiria, pp. 43-69.
- González, Teresa *et al* (2008), *Nutrición y pobreza. Política pública basada en la evidencia*, Washington, Banco Mundial.
- Grisa, Catia *et al* (2021), «Las políticas alimentarias y la politización de la alimentación: la experiencia latinoamericana», en: Le Coq, Jean-François *et al* (orgs.) *Políticas Públicas y Sistemas Alimentarios en América Latina*, Río de Janeiro, E-Papers, pp. 29-79.
- Negro, Sandra (2020), «Consumo sustentable en el Mercosur: La calidad y competitividad de los alimentos», en: Klein, Luciane (ed.) *A proteção do consumidor e o consumo sustentável: A dimensão global e regional do consumo sustentável e as iniciativas nacionais*, São Leopoldo, Casa Leiria, pp. 91-107.
- Olatunbosun, Adeniyi (2016), «Sustainable Development Goals: Exploring Law and Policy for a Shared Future», *The Nigerian Law Journal*, 19, 1, pp. 35-57.
- Ortíz, Luis *et al* (2018), «El mercado de alimentos en la Alianza del Pacífico desde la perspectiva de las ventajas comparativas reveladas», *Aglala*, 9, 1, pp. 221-239.

- Pinzón, Eddy (2017), «Reto del Hambre Cero: una estrategia de las Naciones Unidas, su relevancia en la agenda mundial y su trascendencia en Colombia», *Vía Iuris*, 22, pp. 189-208.
- PNUD (2020), *Índice de Desarrollo Humano*, Nueva York, PNUD.
- Pogge, Thomas y Sengupta, Mitu (2015), «The Sustainable Development Goals (SDGS) as Drafted: Nice Idea, Poor Execution», *Washington International Law Journal*, 24, 3, pp. 571-588.
- Ramos, Gloria y Masbernat, Patricio (2021), «Derecho al Desarrollo sustentable en el arco de ODS de las Naciones Unidas», en: Masbernat, Patricio y Pacheco, Hellen (coords.) *Desarrollo sustentable. Fundamentos jurídicos*, Santiago, Hammurabi, pp. 27-43.
- Reyes, Giovanni y Olis, Irma (2019), «Producción de cereales en los países de la Alianza del Pacífico 1980-2017», *Revista Espacios*, 40, 6.
- Rodríguez, Lorena y Aranda, Jorge (2021), *Derecho a la alimentación en la constitución chilena*, <http://www.saludpublica.uchile.cl/escuela/programas-academicos/174818/estudio-de-derecho-a-la-alimentacion-en-la-constitucion-chilena> (fecha de consulta: 02/03/2022).
- Rosales, Osvaldo (2014), *La Alianza del Pacífico y el MERCOSUR. Hacia la convergencia en la diversidad*, Santiago, CEPAL.
- Salazar, Lina y Muñoz, Gonzalo, *Seguridad alimentaria en América Latina y el Caribe*, <https://publications.iadb.org/es/seguridad-alimentaria-en-america-latina-y-el-caribe> (fecha de consulta: 28/02/2022).
- Ugarte Vega, Máximo (2015), «La configuración de un nuevo marco jurídico de integración de la Alianza del Pacífico», *Gestión en el Tercer Milenio*, 18, 36, 2015, pp. 85-99.
- Valverde, Marcelo (2016), «Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, ¿Barreras al comercio?: el caso peruano en el Asia-Pacífico», *Journal of Business*, 8, 1, pp. 43-47.
- Vélez Rolón, Adela *et al* (2020), «Hambre y seguridad alimentaria, desafío de la Agenda 2030. Una mirada desde la integración latinoamericana», en: Ramos Barrera, María *et al* (eds.) *Integración latinoamericana. Retos para la región y Colombia*, Bogotá, Institución Universitaria Politécnico Granacolombiano, pp. 106-119.

EL LITORAL ANDALUZ ANTE LOS OBJETIVOS DE LA AGENDA 2030

CONSTANZA-BELÉN SÁNCHEZ GARCÍA

Universidad de Málaga

cbsg@uma.es

1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVA SOBRE GESTIÓN LITORAL EN ANDALUCÍA

La gestión litoral en Andalucía ha evolucionado rápida y, en términos generales, positivamente desde finales de los años 80. El desarrollo incontrolado del urbanismo en las décadas de los 60 y los 70 provocó un cambio de dirección en las líneas de actuación de la Administración Pública, que vio sus primeros frutos con la aprobación del Programa de Planeamiento Litoral (1985-1992) y de las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía (1990). Se puede considerar que ambos textos constituyen el paso inicial del gobierno autonómico en la protección de litoral. En su contenido se abogaba por la compatibilización del aprovechamiento y la preservación de los recursos materiales e inmateriales con los que nos proveen las zonas costeras. Desafortunadamente, este intento bien intencionado de planificación del espacio costero andaluz no llegó a ejecutarse, puesto que el texto de las Directrices no se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma y, por tanto, nunca fue de obligado cumplimiento por los municipios litorales vinculados al mismo.

Tras este ensayo fallido a finales de los años 80, la producción y promulgación de instrumentos de ordenación, planeamiento y gestión autonómicos relacionados con la gestión litoral ha continuado hasta el día de hoy. Algunos de estos documentos son: el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía (2006), la Propuesta de Estrategia Andaluza de Gestión Integrada de Zonas Costeras (2008), el Decreto-Ley 5/2012, de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes en Materia Urbanística y Protección del Litoral de Andalucía¹, o el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía (2015). Este último documento ha sido sin duda el más importante de los

¹

La derogación de este instrumento normativo está prevista en el proyecto de Ley de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía. (Ver Disposición Derogatoria Única, apartado 2.c).

instrumentos de planeamiento andaluces relacionados con el área litoral (Zamora Roselló, 2020). Su contenido era posiblemente el más ambicioso en comparación con todos los documentos publicados con anterioridad. Apostaba enérgicamente por la preservación de la costa, abogando por la conservación de todos aquellos espacios vírgenes de urbanización que aún quedaban en el litoral de la Comunidad Autónoma andaluza. Debido en gran parte a este vehemente planteamiento urbanístico, se presentaron contra el texto legal diferentes recursos judiciales por algunos de los Ayuntamientos más afectados por sus disposiciones. Desafortunadamente, uno de estos recursos tuvo éxito y el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía fue anulado² por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en septiembre de 2017 por defectos formales en su elaboración.³

2. ESTRATEGIA ANDALUZA DE DESARROLLO SOSTENIBLE 2030



Figura 1. Objetivos de Desarrollo Sostenible. Fuente: www.un.org

² Ver Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA, con sede en Sevilla, número 7921/2017, de 7 de septiembre.

³ Sobre la anulación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía: RANDO BURGOS, E. (2018): "La anulación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: ¿nuevas dificultades en la planificación territorial de Andalucía?", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, N.º. 10, p. 109-131. Instituto Nacional de Administración Pública.

Después de este paso atrás en la normativa aplicable a la gestión litoral, en 2018 se publica un nuevo documento elaborado por el gobierno andaluz en el que se hace referencia explícita a la protección de estas áreas tan importantes para el territorio y la población. A la luz de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas⁴ se elabora desde la Junta de Andalucía la Estrategia Andaluza de Desarrollo Sostenible 2030⁵ (EADS).

Según el propio documento de la EADS, se trata de un “plan estratégico para orientar las políticas públicas y privadas hacia un tipo de desarrollo socioeconómico que considere de forma integrada, la prosperidad económica, la inclusión social, la igualdad entre los géneros y la protección ambiental”. El objetivo fundamental del texto elaborado por el gobierno autonómico es trasladar al ámbito regional las disposiciones que, a nivel nacional e internacional, se han dictado en relación con el desarrollo sostenible, con especial hincapié en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030.

⁴ La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el seno de la Cumbre celebrada en Nueva York entre el 25 y el 27 de septiembre de 2015. En la Agenda se recoge el compromiso internacional de todos los Estados Miembros para “hacer frente a los retos sociales, económicos y medioambientales de la globalización, poniendo en el centro a las personas, el planeta, la prosperidad y la paz, bajo el lema de “no dejar a nadie atrás””.

Los ODS están desarrollados en 169 metas muy concretas “de carácter integrado e indivisible” y sus correspondientes indicadores. Todos estos elementos se organizan, además, según su temática en torno a cinco ejes centrales: Personas (ODS 1 a 5), Planeta (ODS 6 a 15), Prosperidad (ODS 7 a 11), Paz (ODS 16) y Alianzas (ODS 17).

La Agenda 2030 recoge el testigo de la Agenda 21 – aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992 – y de sus Objetivos de Desarrollo del Milenio:

1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre.
2. Lograr la enseñanza primaria universal.
3. Promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer.
4. Reducir la mortalidad infantil.
5. Mejorar la salud materna.
6. Combatir VIH/SIDA, paludismo y otras enfermedades.
7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente.
8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

⁵ El 21 de junio de 2018 se publica en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, el Acuerdo de 5 de junio de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia Andaluza de Desarrollo Sostenible 2030.

De acuerdo con los principios de transparencia y buena gobernanza del gobierno andaluz, el documento final fue consensuado con otras Consejerías relacionadas con los temas tratados en el mismo y fue evaluado por los órganos de participación social y coordinación de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, del Consejo Andaluz de Medio Ambiente y del Comité de Acciones para el Desarrollo Sostenible.

En cuanto al desarrollo de la Estrategia, cabe destacar que las orientaciones que se contienen la misma se han estructurado en 37 líneas de actuación, desglosadas a su vez en 226 medidas. Todas estas indicaciones están encuadradas en 13 áreas prioritarias – relacionadas cada una de ellas con uno o varios de los ODS – agrupadas por los redactores del documento en tres bloques temáticos que se corresponden con las dimensiones del desarrollo sostenible, a saber: dimensión social, dimensión ambiental y dimensión económica.

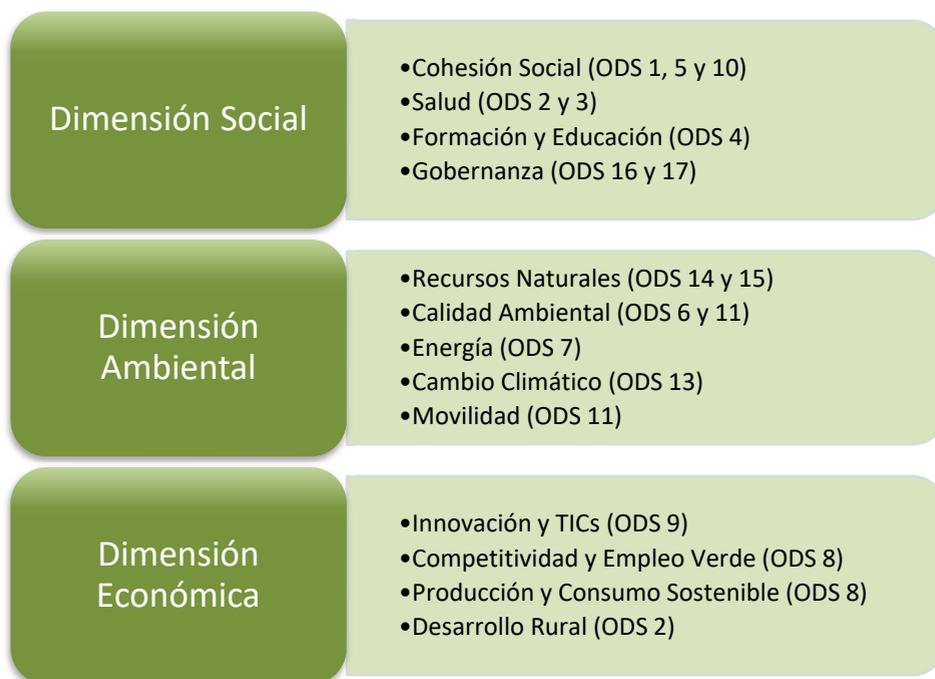


Figura 2. Áreas prioritarias definidas en la EADS. Fuente: elaboración propia.

Dentro del texto de la Estrategia nos encontramos con un mismo esquema expositivo para cada una de estas áreas prioritarias, dividido en cuatro apartados con claro carácter pedagógico. El primero de ellos consiste en presentar un amplio diagnóstico de la situación actual, introduciendo a su vez los retos que se presentan a corto y medio plazo dentro de esa área. A continuación se formulan los objetivos, que se ponen en relación con los ODS y, a nivel comunitario, con los Objetivos del Marco Estratégico Común 2014-2030 y las iniciativas y Objetivos de la Estrategia Europa 2020. En tercer lugar, se desarrolla la matriz DAFO correspondiente, desglosando las principales debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades. Y, por último, se

definen las líneas de actuación y medidas que han de abordarse en el período de implementación de la EADS.

Como decimos, la Estrategia autonómica comprende una serie de líneas de actuación y de medidas que tienen como principal objetivo orientar las políticas andaluzas de todos los ámbitos al desarrollo socioeconómico sostenible del territorio, promocionando la economía verde y la cohesión social (Medina Casado, 2021). Uno de esos ámbitos políticos es el litoral y su gestión, que evidentemente supone una parte muy importante del territorio andaluz y de su economía, razón por la que la EADS analiza en algunos de sus capítulos las problemáticas que éste presenta y propone medidas y recomendaciones para atajarlas y prevenirlas.

A lo largo del documento encontramos, por tanto, varias referencias a la preservación y conservación de las áreas costeras. La primera de ellas se produce en el capítulo dedicado a los Recursos Naturales. En este apartado se hace mención a la que es posiblemente la mayor amenaza de estas zonas en el Mediterráneo andaluz: el intensísimo proceso de urbanización del litoral y la concentración de actividades y usos en esta franja terrestre y marítima. El gran valor natural, cultural y paisajístico de estas áreas se ve fuertemente amenazado también por la sobreexplotación turística⁶ y la concentración poblacional, entre otros muchos factores. La presión ejercida en estas áreas hace que sus recursos naturales estén cada día más menguados, siendo necesaria su gestión integrada y su protección⁷ efectiva por parte de las autoridades, de manera que podamos seguir haciendo uso de ellos en el futuro.

En el apartado dedicado a la Calidad Ambiental también se incluyen determinaciones relativas a la costa andaluza, haciendo hincapié en la autorización de los vertidos de origen industrial y urbano que se realizan a las aguas litorales. Esta causa de contaminación⁸ sin duda ha disminuido en los últimos años - a veces a fuerza

⁶ Sobre el modelo turístico del litoral español y su necesaria adaptación a los cambios que han de producirse para alcanzar la sostenibilidad: IVARS BAIDAL, J. A., VERA REBOLLO, J. F. (2021): "Sostenibilidad y resiliencia de los destinos turísticos litorales: apuntes desde el enfoque de los destinos inteligentes", *Terra: revista de desarrollo local*, N.º. 8, p. 332-360. Universidad de Valencia, Instituto Interuniversitario de Desarrollo Local.

En este documento se hace expresa referencia a la necesidad de incorporar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 al modelo turístico litoral, si se quiere evolucionar hacia la consecución de destinos turísticos compatibles con la protección de los recursos naturales de las zonas costeras.

⁷ Medida REC NAT 2.10: Proteger el litoral de la ocupación, la contaminación y la degradación por sobrecarga de usos.

⁸ Otro punto clave relacionado indisolublemente con la Calidad Ambiental del litoral son sin duda las zonas portuarias. Estos enclaves también se encuentran en pleno proceso de adaptación a un funcionamiento más limpio y sostenible, intentando reducir de manera progresiva sus emisiones y vertidos.

de multas impuestas desde la Unión Europea⁹ - pero continúa sin haber un control total de los vertidos y de la depuración de los mismos. Ejemplo del gran trabajo que aún queda por hacer en este sentido son los planes de choque¹⁰ que desde la Junta de Andalucía se han impulsado recientemente para el tratamiento de las aguas residuales, promocionando la construcción de instalaciones hidráulicas adecuadas para estos fines.

Los efectos¹¹ que el Cambio Climático provoca y provocará en el futuro en el litoral andaluz ocupan buena parte del capítulo dedicado a este desastre ambiental,

Sobre la descarbonización de los puertos: ZAMORA ROSELLÓ, M.R., (2018): “La gobernanza de la descarbonización marítima: iniciativas desde los puertos”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 9, Núm. 1. Universidad Rovira i Virgili, Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona.

⁹ En este sentido, es reseñable señalar la disputa en la distribución de responsabilidades que desde hace años han mantenido el Gobierno del país y la Junta de Andalucía en relación con la multa impuesta a nuestro país en 2018 por la no ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2011 en el asunto C-343/10 en materia de recogida y tratamiento de aguas residuales. La Sala III del Tribunal Supremo ha desestimado recientemente el recurso presentado por la Junta de Andalucía contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2020, por el que se resuelve el procedimiento de determinación y repercusión de responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, en el que se derivaba al gobierno autonómico la asunción del importe relativo a los municipios no costeros.

¹⁰ Para la financiación de estas obras se hace uso del llamado “Canon de mejora” o “Canon del agua”, regulado en la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía. Este procedimiento consiste en gravar la utilización del agua de uso urbano con la finalidad de sufragar el coste de las infraestructuras hidráulicas asociadas al ciclo integral del agua de uso urbano.

¹¹ Sobre los efectos del cambio climático en el océano y, en consecuencia, en el litoral: El 24 de septiembre del 2019 se aprobaba por los gobiernos de los 195 países miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el “Informe especial sobre el océano y la criosfera en un clima cambiante”, elaborado por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC). En este informe especial del IPCC se exponen las conclusiones a las que han llegado sus componentes tras el estudio de todas aquellas publicaciones científicas relacionadas con el cambio climático y su impacto en el porvenir de la criosfera (los componentes congelados de la Tierra) y los océanos. En él se recogen varios ítems que explican con meridiana claridad los efectos que el cambio climático está provocando en nuestro planeta. Algunos de ellos serían: la fusión de los hielos y la subida del nivel del mar, la mayor frecuencia de los episodios de mar extremo, los cambios de los ecosistemas oceánicos, pérdida de hielo marino en el Ártico y deshielo del permafrost. También se exponen las interrelaciones que se producen entre las diversas regiones, como por ejemplo los cambios que se dan en las zonas de alta montaña y su reflejo en las comunidades situadas a menor altitud: la disponibilidad de agua montaña abajo será cada vez menor y, a su vez, aumentará el riesgo de aludes y desprendimientos. Se pone de relieve en dicho documento la urgencia con la que deberían tomarse medidas internacionales para paliar el cambio climático. Según el texto del informe, el calentamiento global es 1°C superior a la temperatura media en la época preindustrial. Este incremento de

entre otros: subida del nivel del mar, cambios en la geomorfología y aceleración de la erosión (regresión costera), alteración en la intensidad y frecuencia de los fenómenos costeros extremos. En la EADS se propone de manera general la reducción de los efectos del cambio climático, con medidas a adoptar en diferentes ámbitos de actuación, e igualmente se indica la necesidad de establecer sistemas de prevención¹² de los numerosos riesgos que éste conlleva (Sanz Larruga, 2020).

Es indudable que la reciente entrada en vigor de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética¹³ dará un impulso extra a las medidas recogidas en el documento andaluz de desarrollo sostenible. Este nuevo texto normativo contempla la integración de los riesgos provocados por el cambio climático en la política de costas española. En su artículo 20 nos encontramos con referencias expresas a la Estrategia de Adaptación de la Costa a los Efectos del Cambio Climático¹⁴ (documento que recoge las directrices que deben guiar la planificación y gestión del litoral con relación al cambio climático), y al – importante – control de los plazos y prórrogas de los títulos de ocupación del Dominio Público Marítimo-Terrestre.¹⁵

la temperatura global ha provocado efectos evidentes sobre los océanos, como la acidificación de sus aguas, con el consiguiente deterioro de los hábitats marinos y la disminución de la población de seres vivos en estos entornos naturales. Como consecuencia de ello, la producción pesquera es evidentemente menor, afectando a las comunidades costeras que dependen económicamente de este sector productivo.

Otro hecho con irreparables efectos en la costa es la fusión de la criosfera, que provoca una subida intensa y continuada del nivel del mar. Ésto se traduce, entre otras cosas, en una mayor erosión del litoral y en una mayor perjudicialidad de los fenómenos meteorológicos y de mareas que se producen en estas áreas.

Si se redujera el calentamiento global, tal y como se recoge en los objetivos del Acuerdo de París de 2015 sobre el cambio climático, los beneficios serían ingentes. La reducción de las emisiones de gases efecto invernadero, el uso sostenible de los recursos naturales y la restauración y protección de los ecosistemas contribuirían enormemente a la preservación de la criosfera y de los océanos, con el consiguiente beneficio que su buen estado reporta a los seres humanos en todos los aspectos.

Extraído del Comunicado de Prensa 2019/31/PR emitido por el IPPC, en fecha 25 de septiembre de 2019, con motivo de la aprobación del Informe especial sobre el cambio climático y sus efectos en el futuro de los océanos y la criosfera.

¹² Medida CC 3.2 Establecer sistemas de prevención de riesgos en la costa.

¹³ Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha de 21 de mayo de 2021 (núm. 121).

¹⁴ Estrategia aprobada mediante Resolución de 24 de julio de 2017, de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar.

¹⁵ “Artículo 20. Consideración del cambio climático en la planificación y gestión del dominio público marítimo-terrestre.

1. La planificación y gestión del medio marino se orientarán al incremento de su resiliencia a los efectos del cambio climático.

Además, a nivel autonómico, la propia Junta está tramitando¹⁶ el Plan Andaluz de Acción por el Clima (PAAC), cuyo contenido viene establecido por la Ley 8/2018 de Cambio Climático de Andalucía. Este texto recoge la planificación general del ejecutivo andaluz para combatir el cambio climático en su territorio. Para ello propone el desarrollo de herramientas de análisis y diagnóstico, la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero o la elaboración de los escenarios climáticos de la Comunidad Autónoma.

3. EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO Y EFICACIA DE LA ESTRATEGIA ANDALUZA DE DESARROLLO SOSTENIBLE 2030

La Estrategia Andaluza de Desarrollo Sostenible 2030 prevé en su desarrollo varios instrumentos para la comprobación del progreso en el cumplimiento de sus objetivos y del grado de eficacia que han alcanzado las propuestas en ella contenidas. Se trata de un total de 46 indicadores y un calendario de evaluación con una serie de memorias de seguimiento bienales y una evaluación intermedia. A la fecha de redacción del presente documento aún no se ha publicado la primera de las memorias bienales,

2. La planificación y gestión de la costa deberán adecuarse a las directrices y medidas contempladas en la Estrategia de Adaptación de la Costa a los Efectos del Cambio Climático, elaborada en cumplimiento de la disposición adicional octava de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y perseguirá los siguientes objetivos:

- a) Incrementar la resiliencia de la costa española al cambio climático y a la variabilidad climática.
- b) Integrar la adaptación al cambio climático en la planificación y gestión de la costa española.

3. Con el fin de garantizar una adecuada adaptación de la costa a los efectos del cambio climático, la gestión de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre y sus prórrogas se llevará a cabo de acuerdo con lo establecido en el título III de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 ter de dicha ley.

A estos efectos, también se estará a lo previsto en otra normativa aplicable, así como en convenios internacionales que contengan regulación relativa a la costa y al mar y a la conservación y uso sostenible del dominio público marítimo-terrestre, teniéndose en cuenta factores como el estado y evolución de los ecosistemas, las condiciones hidromorfológicas, climáticas y de dinámica costera; así como la presión acumulada de los diferentes usos que soporta cada tramo de costa.

4. Los plazos de duración de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre se computarán desde su otorgamiento e incluirán todas sus prórrogas, de ser estas posibles, sin superar los plazos máximos establecidos en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que se dicten tras la entrada en vigor de esta ley en incumplimiento de lo previsto en este artículo.”

¹⁶ El trámite de información pública del PAAC concluyó el 11 de febrero de 2021. Actualmente sigue en tramitación para aprobación.

correspondiente al año 2020, por lo que no tenemos una valoración oficial del progreso en la aplicación de las medidas propuestas en el documento.

A la espera de comprobar qué avances se han conseguido en el ámbito costero en base a la EADS, es reseñable indicar que, tras unos años sin novedades legislativas en la gestión del litoral andaluz, ahora nos encontramos a la espera de la aprobación definitiva de la nueva Ley de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía (actualmente en tramitación parlamentaria), en cuyo borrador se hace referencia expresa al litoral. En el texto encontramos una serie de directrices para su protección y ordenación, aunque no se recoge la elaboración de un plan específico para la zona costera – en compensación por el derogado Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía – por lo que podríamos encontrarnos de nuevo ante la desatención a este espacio natural por parte de la legislación territorial y urbanística autonómica.

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Yanes, Luis Miguel (2015), «El tratamiento del cambio climático en la legislación de costas», en J. Rodríguez Vidal (ed. lit.), M. C. Núñez Lozano (ed. lit.), *Litoral de Andalucía: norma y naturaleza*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, pp. 227-255.
- Ivars Baidal, Josep Antoni y Vera Rebollo, José Fernando (2021), «Sostenibilidad y resiliencia de los destinos turísticos litorales: apuntes desde el enfoque de los destinos inteligentes», *Terra: revista de desarrollo local*, 8, Universidad de Valencia, Instituto Interuniversitario de Desarrollo Local, pp. 332-360. Disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/TERRA/article/view/20369> (fecha de consulta: 19/03/2022).
- Medina Casado, Guadalupe (2021), «La generación de empleo en la estrategia andaluza de desarrollo sostenible 2030: el empleo verde en Andalucía», en Á. A. Sánchez Bravo (ed. lit.), Marcos Augusto Romero (hom.), *De Sevilla a Filipéia: Estudios ambientales en homenaje al Prof. Marcos Augusto Romero*, Punto Rojo, pp. 273-329. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7807731> (fecha de consulta: 19/03/2022).
- Rando Burgos, Esther (2018), «La anulación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: ¿nuevas dificultades en la planificación territorial de Andalucía?», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 10, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 109-131. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10518>
- Sanz Larruga, Francisco Javier (2018), «Cambio climático y zonas costeras. Aproximación a su ordenación jurídica y el papel de las administraciones locales», en S. Galera Rodrigo (coord.), M. M. Gómez Zamora (coord.), *Políticas locales de clima y energía: Teoría y práctica*, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 559-592.

- Sanz Larruga, Francisco Javier (2020), «Ordenación del litoral y adaptación al cambio climático. ¿Es suficiente la respuesta jurídica del Estado español?», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102/2, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA), pp. 111-139. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7609403> (fecha de consulta: 19/03/2022).
- Zamora Roselló, María Remedios (2018), «La gobernanza de la descarbonización marítima: iniciativas desde los puertos», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 9 (1), Universidad Rovira i Virgili, Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona. <https://doi.org/10.17345/rcda2117>
- Zamora Roselló, María Remedios (2019), «La ordenación del espacio marítimo y su incidencia sobre el turismo azul», en Í. Guayo Castiella (coord.), A. Fernández Carballal (coord.), *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 953-970. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=733089> (fecha de consulta: 19/03/2022).
- Zamora Roselló, María Remedios (2020), «El derecho al litoral: gobernanza territorial y marítima», en M. Moreno Linde (coord.), D. J. Vera Jurado (dir.), *Ciudad y territorio en el siglo XXI: reflexiones desde el Derecho Público*, Editorial Universidad de Sevilla, pp. 51-80. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/45403> (fecha de consulta: 19/03/2022).

LA ACTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO “QUIEN CONTAMINA PAGA”: LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO “QUIEN SE BENEFICIA PAGA” Y SU IMPORTANCIA PARA EL FUTURO DE LA PROTECCIÓN AL MEDIOAMBIENTE

SARA GARCÍA GARCÍA
Universidad de Valladolid
sara.garciag@uva.es

Tres son los objetivos de la Agenda 2030 de especial contenido medioambiental: el objetivo 13 de acción por el clima, el 14 relativo a la protección de la vida submarina y el 15, equivalente al anterior, pero atendiendo a los ecosistemas terrestres. En todos resuena un *leitmotiv* como es el del *reequilibrio de los ecosistemas y la reducción de los impactos en la naturaleza* y siempre con el fin de proteger la mermada salud del planeta y, con esta, la salud y bienestar de los seres humanos.¹

Todos los principios y mecanismos diseñados desde el ordenamiento jurídico medioambiental resultan esenciales para cumplir con estos compromisos, pero hay uno de ellos que se puede destacar de forma especial no sólo por su contenido tradicional, sino por la reciente deriva que está experimentando: el principio “quien contamina paga”.

Este principio, básico del Derecho ambiental, pretende limitar la actividad desarrollada por los grandes contaminadores y conseguir que estos apliquen comportamientos ambientalmente aceptables; un contenido este que ahora se propone desde una óptica positiva y pretende fomentar ya no solo la no contaminación o la *contaminación aceptable*, sino la conservación o, incluso, la promoción o impulso del cuidado a los recursos naturales y de sus servicios ambientales, haciendo que los impactos del ser humano en la naturaleza sean, como mínimo, neutros.

Esta *nueva versión* del principio “quien contamina paga” es comúnmente descrita como “quien se beneficia paga”, entre otras denominaciones,² y desde

¹ Cfr. Parejo Alfonso, L. “El derecho a un medio ambiente sano o saludable en el derecho internacional” en Aguila, Y. et ali. (Ed.) Principios de derecho ambiental y agenda 2030. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 24 a 44.

² Lozano Cutanda, B. et Rábade Blanco, J.M. “El pago por servicios ambientales para el desarrollo sostenible del medio rural: los contratos territoriales” en Sanz Larruga, F.J., García Pérez, M. et Pernas García, J.J. (Dir.) (2013) Libre mercado y protección ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas. Madrid: INAP, pp. 337 a 357. Otras

ella se está gestando una auténtica revolución en la protección jurídica vigente al medioambiente.

1. EL TRADICIONAL PRINCIPIO “QUIEN CONTAMINA PAGA”

El principio contaminador-pagador es una herramienta propia de policía. Se describe como un principio eminentemente reparador, junto al de corrección,³ pero situado en una posición intermedia entre los principios preventivos y aquellos dirigidos a la reparación de los daños al medioambiente. Conforme establece la Directiva 2004/35 sobre responsabilidad medioambiental (en adelante DRMA) «*el operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con causar tales daños debe sufragar el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias. Cuando una autoridad competente actúe por sí misma o a través de un tercero en lugar de un operador, dicha autoridad debe garantizar que el coste en que haya incurrido se cobre al operador. Procede igualmente que sean los operadores quienes sufragan en último término el coste ocasionado por la evaluación de los daños medioambientales y, en su caso, por la evaluación del riesgo inminente de que tales daños se produzcan*».⁴ De esta manera, los costes que se imputan a través de este principio a su causante responden tanto a los derivados de su prevención como de su reparación, lo que le otorga ese doble carácter preventivo y reparador: por un lado, este principio impone que el coste derivado de la prevención y reparación de los daños medioambientales debe ser costeado por quien genera la contaminación (vertiente correctiva); por otro lado, este principio alienta a reducir la contaminación causada por las actividades y a buscar productos o tecnologías menos contaminantes al imponer a los contaminadores la asunción de los costes derivados de la protección y reparación del medioambiente (vertiente preventiva).⁵

El principio quien contamina paga encuentra su origen en la teoría económica, pero posteriormente se ha convertido en un principio general del Derecho ambiental que representa una regla de sentido común económico, jurídico y político.⁶

opciones para identificar este principio serían, por ejemplo, *a quien conserva se le paga* o, también, *a quién descontamina se le paga*: Muñoz Amor, M.M. (2017) *El contrato territorial en la agricultura multifuncional*. Madrid: Reus, p. 173.

³ Vid. Betancor Rodríguez, A. (2014) *Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley, pp. 283 y ss.

⁴ Vid. Considerando nº 18 DRMA.

⁵ Vid. Prieur, M. (1991) *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, p. 172.

⁶ Vid. Aragão, A. (2014) O princípio do poluidor pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, vid. p. 208; en general, un interesante análisis muy clarificador de este principio.

El fundamento esencial de este tradicional principio se encuentra en el teorema económico conocido como *Teorema de Coase*.⁷ HARRY COASE, premio nobel de economía en 1991, sugirió en su teorema «*un tratamiento innovador para solucionar la ineficiencia producida por las externalidades*» perjudiciales de las actividades económicas.⁸ Afirma este autor que si pensamos en los factores de producción como *derechos* es más fácil entender que el *derecho a realizar algo que tenga efectos dañosos* se convierte también en un factor de producción, de modo que el coste de ejercer ese *derecho* será siempre entendido como una pérdida; ese coste, denominado *coste social inherente*, supone justamente eso: que cuando unos ganan, otros necesariamente pierden, siendo la cuestión a determinar quién debe perder a favor del otro.⁹

Este teorema y el principio que de él ha surgido han sido claves para entender la economía ambiental en general y, a través de él, una parte esencial del Derecho ambiental actual,¹⁰ pues de su asunción y aplicación en el ámbito jurídico han surgido instrumentos básicos para la protección de nuestro entorno como son los mercados de derechos de emisión, claves para mejorar la protección del recurso natural atmósfera y la lucha contra el cambio climático.¹¹

2. LA CAUSA DEL CAMBIO

2.1. La reinterpretación del Teorema de Coase

Las corrientes más recientes del Derecho ambiental, especialmente desde su vertiente administrativa, plantean recuperar la tesis propuesta por el Teorema de Coase y aplicarla a una eventual gestión de externalidades, pero ahora positivas para el medioambiente, como medio de protección de la conservación del entorno y de

⁷ Vid. Toledo Jáudenes, J. “El principio «quien contamina, paga» y el canon de vertidos” en RAP (1987) nº 112, pp. 289 a 336, p. 291.

⁸ Estas externalidades, que analiza sobre un estudio basado en la contaminación atmosférica, serían en todo caso, según el economista, recíprocas y no unidireccionales: vid. Martínez Merino, J.L. (2008) *Instrumentos económicos para la protección del medio ambiente. Papel y análisis de los Permisos de Emisión Negociables*. Madrid: Dykinson, S.L., p. 64.

⁹ Vid. Coase, R.H. “*The problem of Social Cost*” en *The Journal of Law & Economics* (1960) Vol.3, pp. 1 a 44, vid. pp. 2 y 44.

¹⁰ Plaza Martín, C. “Comunidad Europea: objetivos, principios y condiciones” en Alonso García, E. et Lozano Cutanda, B. (2006) *Diccionario de Derecho Ambiental*. Madrid: lustel, pp. 316 a 329, vid. pp. 321 y 322.

¹¹ Vid. Sanz Rubiales, I. (2007) *El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*. Valladolid: Lex Nova, p. 44.

promoción del cuidado de la naturaleza: el resultado es el diseño de políticas ecológicas que, especialmente desde el fomento administrativo, permiten gestionar de manera óptima esos resultados positivos sobre el medioambiente, sobre la base de sistemas de mercado o *quasi* mercado fundamentados en la asignación de derechos de propiedad.¹²

Esta relectura del Teorema sugiere la idea de compensar por las externalidades ya no sólo negativas, sino positivas generadas por la actividad de un particular; externalidades positivas, que se identifican con la categoría del servicio ambiental y cuya gestión pretendería promocionar la conservación o protección de esos servicios. Si, siguiendo a COASE, desde el principio contaminador-pagador se pretende un reparto justo de los costes que genera la producción de externalidades negativas (contaminación) mediante su internalización por el causante de la actividad contaminadora, parece razonable pensar que el esfuerzo aplicado en una actividad por mantener o fomentar las externalidades positivas, debería ser también compensado –o recompensado–.

La existencia de un deber de conservar la naturaleza, para todos, -no sólo para aquellos que realizan actividades sometidas a autorización ambiental o para las que provoquen daños ambientales, sino para todo aquel que ejerza un acto o desarrolle una actividad objetivamente contaminante-, y de compensar las externalidades (positivas o negativas) de nuestra actividad, permite, bajo esta reinterpretación del Teorema, la creación de un hipotético mercado entre quienes conservan y quienes contaminan.¹³ En este, esas externalidades positivas, esa guarda, promoción o conservación de servicios ambientales, debería ser pagada o compensada por la sociedad (pues es algo que beneficia a todos) al gestor de la actividad conservadora; esto constata la evolución del principio quien contamina paga, bajo esta nueva perspectiva, en el principio quien se beneficia paga.¹⁴

¹² Vid. Muradian, R. et alii "Reconciling Theory and Practice: An Alternative Conceptual Framework for Understanding Payments for Environmental Services" en *Ecological Economic* (2010) Vol. 69, No. 6, pp. 1202-1208, vid p. 1203: «*This institutional economics stream favors policy options based on market or quasi-market bargaining, underpinned by the allocation of property rights, to achieve socially optimal levels of environmental externalities*».

¹³ Porque «*si bien puede que los mercados no aseguren la cantidad óptima de externalidad, pueden ser conducidos en esa dirección de modo muy sutil sin la necesidad de una actividad reguladora completa, con sistemas impositivos o a través del establecimiento de limitaciones*»: Pearce, D.W. et Turner, R. K. (1995) *Economía de los recursos naturales y del medioambiente*. Madrid: Colegio de Economistas, p. 103.

¹⁴ Lozano Cutanda, B. et Rábade Blanco, J.M. "El pago por servicios ambientales para el desarrollo sostenible del medio rural: los contratos territoriales" en Sanz Larruga, F.J., García Pérez, M. et Pernas García, J.J. (Dir.) (2013) *Libre mercado y protección ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*. Madrid: INAP, pp. 337 a 357.

2.2. El contenido de las externalidades positivas: definición de los servicios ambientales

Las normas que aluden a los servicios ambientales los califican como «*las funciones que desempeña un recurso natural en beneficio de otro recurso o del público*».¹⁵ Los servicios ambientales deben cumplir, para ser calificados –y protegidos– como tal, dos presupuestos o condiciones necesarias: primero, deben ser producto de una función o un proceso de un ecosistema que se produzca de forma natural;¹⁶ segundo, esa función o proceso debe ser útil o beneficioso para el ser humano.¹⁷ Esta utilidad puede ser *objetiva*, demostrada por la ciencia, o *subjetiva*, dependiente de la apreciación de una determinada comunidad.¹⁸ La utilidad que encierra el servicio puede ser *directa* para el ser humano, de forma que ese servicio se presenta imprescindible para la vida o bienestar de la persona, o *indirecta*, tratándose en este segundo caso de un requisito esencial

¹⁵ Así lo hace, por ejemplo, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental en su artículo 2.18.

¹⁶ El servicio ambiental se desprende de las funciones de los ecosistemas bajo las que subyacen unas estructuras y procesos biofísicos determinados (vid. Jourdain, P. (Coord.) (2018) *La responsabilité environnementale*. Bruxelles: Bruylant – Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, pp. 396 y ss). Estas funciones desarrolladas por los recursos son procesos naturales cuyos efectos son ciertos y su existencia no depende de la intervención humana (vid. Wallis, C., Blancher, P., Séon-Massin, N., Martini, F. et Schoupe, M. (2011) *Mise en oeuvre de la directive cadre sur l'eau quand les services écosystémiques entrent en jeu. 2ème séminaire «Quand les sciences de l'eau rencontrent les politiques publiques» Bruxelles, 30 septembre 2011*. Bruselas: Les Recontres de l'ONEMA, p. 15).

¹⁷ Lamarque, P., Quétier, F. et Lavorel, S. “The diversity of the ecosystem services concept and its implications for the assessment and management” en *C. R. Biologies* (2011) n° 334, pp. 441 a 449, p. 444. Conviene apuntar la existencia de lo que se podrían llamar *funciones no beneficiosas* que por tanto no obtendrían la calificación de servicio ambiental. Piénsese en el caso en que un conjunto de recursos naturales o un ecosistema fuese, de forma natural perjudicial para el ser humano o el propio entorno; así ocurriría, por ejemplo, con el Lago Monoun, de Camerún: vid. Sigurdsson, H. et ali. “Origin of the lethal gas burst from Lake Monoun, Camerun” en *Journal of Volcanology and Geothermal Research* (1987) Vol. 31, issues 1-2, pp. 1 a 16.

¹⁸ Como ocurriría, por ejemplo, con el paisaje: Percival, R.V., Schroeder, C.H. et ali (2006) *Environmental regulation: law, science and policy*. United States of America: ASPEN Publishers: cfr. p. 35. y cfr. Commissariat Général Au Développement Durable (Ministère De L'écologie, De L'énergie Du Développement Durable Et De La Mer Française) “Vers des indicateurs de fonctions écologiques liens entre biodiversité, fonctions et services” en *Le Point Sur* (2010) Mayo, n°51, p. 1.

para que la naturaleza mantenga su funcionamiento y, así, el ser humano pueda seguir obteniendo sus beneficios directos.¹⁹

De este modo, un medioambiente *de calidad*, que a la postre es el objetivo cuya consecución impone el mandato establecido en el artículo 45 de la Constitución,²⁰ se mide en atención al nivel de provisión de servicios que ostentan sus recursos naturales, de forma que la garantía de un medioambiente adecuado pasa por proteger o recuperar esos servicios a través de una gestión apropiada de sus recursos.²¹

Así, una actividad económica generaría *externalidades negativas* si los efectos derivados de ella aminoran o perjudican a los recursos naturales o a sus servicios ambientales, menoscabando, así, la calidad del entorno; sin embargo, de esa actividad podrían derivarse *externalidades positivas* si esta conserva servicios ambientales o fomenta, mediante un buen tratamiento o recuperación de los recursos naturales de su entorno, la producción de servicios.

3. EL NUEVO PRINCIPIO “QUIEN SE BENEFICIA PAGA”

Expuesto lo anterior, esta nueva versión del principio se puede definir, de forma sencilla y en paralelo al principio contaminador-pagador, como aquel con el que se pretende un reparto justo de los costes que genera la conservación o promoción de servicios ambientales mediante su externalización sobre el beneficiario directo del servicio, que generalmente será la sociedad en su conjunto. En definitiva, en contraposición con el principio contaminador-pagador en su versión tradicional, que obliga al usuario a pagar por contaminar, «*el principio quien se beneficia paga se utiliza únicamente para incentivar la conservación voluntaria*» de la naturaleza.²² Este nuevo principio está extendiendo los efectos propios del principio tradicional de la policía al fomento público, ampliando

¹⁹ Para conocer un análisis más profundo de esta cuestión y, en general, del servicio ambiental vid. García García, S. (2022) Los servicios ambientales en el Derecho español. Valencia: Tirant lo Blanch, en prensa.

²⁰ «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

²¹ Véase el concepto que de *calidad* ofrece el RDLRMA en el apartado II su Anexo II.

²² Lozano Cutanda, B. et Rábade Blanco, J.M. “El pago por servicios ambientales para el desarrollo sostenible del medio rural: los contratos territoriales” en Sanz Larruga, F.J., García Pérez, M. et Pernas García, J.J. (Dir.) (2013) Op. cit., vid. p. 338.

con ello la posibilidad de actuación, dentro de la protección al medioambiente, de los Poderes públicos.

En este sentido, del mismo modo que el principio quien contamina paga ha servido de base para la creación de importantes y eficaces mecanismos de protección de la naturaleza, como se ha expuesto al principio de este trabajo, sobre la base de esta reinterpretación del Teorema de Coase en la que se basa el principio quien se beneficia paga se están desarrollando mecanismos de pago o de gestión de servicios ambientales que pretenden un reparto y una redistribución de los costes de protección o de fomento de estas externalidades positivas,²³ los generalmente denominados *mecanismos de pagos por servicios ambientales*.

Dentro de esta categoría de los *pagos por servicios ambientales* podrían considerarse tanto figuras tradicionales como de más reciente creación tales como ayudas públicas condicionadas (sería el caso de la PAC), los contratos territoriales, mecanismos de custodia del territorio, las llamadas servidumbres de conservación o la obligation réelle environnementale francesa.²⁴

4. CONCLUSIONES

El principio contaminador-pagador gestiona las externalidades negativas sobre el medio ambiente; mientras que el principio quien se beneficia paga se encargaría de gestionar las externalidades positivas, es decir, los servicios ambientales.

Tanto el principio tradicional como su corolario ofrecen a la Administración Pública mecanismos adecuados de protección de la naturaleza. Lo hacen, además, desde las dos grandes formas de intervención material de la Administración: la policía, limitativa (de las externalidades negativas) y el fomento, con el que se redirige o recompensa a los particulares por el desarrollo de una actividad ya no solo no contaminante, sino beneficiosa para la naturaleza.

De esta manera, el principio tradicional ofrece mecanismos para internalizar en la actividad del productor los costes derivados de las externalidades negativas para el en-

²³ Lozano Cutanda, B. et Rábade Blanco, J.M. “El pago por servicios ambientales para el desarrollo sostenible del medio rural: los contratos territoriales” en Sanz Larruga, F.J., García Pérez, M. et Pernas García, J.J. (Dir.) (2013) Op. cit.

²⁴ Puede verse un enfoque paralelo al ofrecido en este trabajo, pero centrado en la figura de los pagos por servicios ambientales en García García, S. (2022) “El fomento, la técnica protagonista en la protección actual del medioambiente: su nuevo contenido -los pagos por servicios ambientales- y su viabilidad” en Sánchez Barroso, B. (Coord.) *Actualidad administrativa 2021*. Valencia: Tirant lo Blanch, en prensa.

torno; por el contrario, su versión pretende externalizar en el beneficiario el coste derivado de la compensación de la actividad beneficiosa para la naturaleza, a través de mecanismos como, principalmente, los denominados pagos por servicios ambientales.

Con todo, el desarrollo de esta versión del principio tradicional está ofreciendo fundamentos para que el Poder público pueda elevar aún más su intervención en la actividad económica, pero ahora en positivo, desde el fomento público: se mantiene la limitación que desde la policía se venía aplicando a esa actividad, pero se completa con una reorientación de esta que permita ya no sólo que reduzca su contaminación, sino que adopte medidas para potenciar o recuperar los servicios ambientales de su entorno.

El principio quien contamina paga es por ello, sin duda, un principio de futuro con el que se redirigirá y volverá a potenciar la protección del medioambiente; por los fundamentos que ofrece, esta protección no sólo consistirá en reducir los impactos negativos que la actividad económica tiene en el entorno, sino en hacerlo fomentando la producción de efectos positivos, por lo que, además, se ofrece una protección al medioambiente acorde con la lucha contra el cambio climático y favorable para alcanzar el objetivo de la neutralidad climática.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragão, A. (2014) O principio do poluidor pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde.
- Betancor Rodríguez, A. (2014) *Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley.
- Coase, R.H. “*The problem of Social Cost*” en *The Journal of Law & Economics* (1960) Vol.3, pp. 1 a 44.
- García García, S. (2022) “El fomento, la técnica protagonista en la protección actual del medioambiente: su nuevo contenido -los pagos por servicios ambientales- y su viabilidad” en Sánchez Barroso, B. (Coord.) *Actualidad administrativa 2021*. Valencia: Tirant lo Blanch, en prensa.
- García García, S. (2022) Los servicios ambientales en el Derecho español. Valencia: Tirant lo Blanch, en prensa. Jourdain, P. (Coord.) (2018) *La responsabilité environnementale*. Bruxelles: Bruylant – Université Paris 1, Panthéon Sorbonne.
- Lamarque, P., Quétier, F. et Lavorel, S. “The diversity of the ecosystem services concept and its implications for the assessment and management” en *C. R. Biologies* (2011) n° 334, pp. 441 a 449.
- Lozano Cutanda, B. et Rábade Blanco, J.M. “El pago por servicios ambientales para el desarrollo sostenible del medio rural: los contratos territoriales” en Sanz Larruga, F.J., García Pérez, M. et Pernas García, J.J. (Dirs.) (2013) *Libre mercado y protección ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*. Madrid: INAP, pp. 337 a 357.

- Martínez Merino, J.L. (2008) *Instrumentos económicos para la protección del medio ambiente. Papel y análisis de los Permisos de Emisión Negociables*. Madrid: Dykinson, S.L.
- Muñoz Amor, M.M. (2017) *El contrato territorial en la agricultura multifuncional*. Madrid: Reus.
- Muradian, R. et alii "Reconciling Theory and Practice: An Alternative Conceptual Framework for Understanding Payments for Environmental Services" en *Ecological Economic* (2010) Vol. 69, No. 6, pp. 1202-1208.
- Parejo Alfonso, L. "El derecho a un medio ambiente sano o saludable en el derecho internacional" en Aguila, Y. et alii. (Ed.) *Principios de derecho ambiental y agenda 2030*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 24 a 44.
- Pearce, D.W. et Turner, R. K. (1995) *Economía de los recursos naturales y del medioambiente*. Madrid: Colegio de Economistas.
- Percival, R.V., Schroeder, C.H. et alii (2006) *Environmental regulation: law, science and policy*. United States of America: ASPEN Publishers: cfr. p. 35. y cfr. Commissariat Général Au Développement Durable (Ministère De L'écologie, De L'énergie Du Développement Durable Et De La Mer Française) "Vers des indicateurs de fonctions écologiques liens entre biodiversité, fonctions et services" en *Le Point Sur* (2010) Mayo, nº51.
- Plaza Martín, C. "Comunidad Europea: objetivos, principios y condiciones" en Alonso García, E. et Lozano Cutanda, B. (2006) *Diccionario de Derecho Ambiental*. Madrid: Iustel, pp. 316 a 329.
- Prieur, M. (1991) *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz.
- Sanz Rubiales, I. (2007) *El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*. Valladolid: Lex Nova.
- Sigurdsson, H. et alii. "Origin of the lethal gas burst from Lake Monoun, Camerun" en *Journal of Volcanology and Geothermal Research* (1987) Vol. 31, issues 1-2, pp. 1 a 16.
- Toledo Jádenes, J. "El principio «quien contamina, paga» y el canon de vertidos" en *RAP* (1987) nº 112, pp. 289 a 336.
- Wallis, C., Blancher, P., Séon-Massin, N., Martini, F. et Schoupe, M. (2011) *Mise en oeuvre de la directive cadre sur l'eau quand les services écosystémiques entrent en jeu. 2ème séminaire «Quand les sciences de l'eau rencontrent les politiques publiques» Bruxelles, 30 septembre 2011*. Bruselas: Les Recontres de l'ONEMA.

BLOQUE QUINTO

**Digitalización e
Inteligencia Artificial
en la administración de justicia**

INVESTIGAR LOS DELITOS EN LA RED A TRAVÉS DEL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

SUSANA SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Universidad de Granada

susanasanchez@correo.ugr.es

1. UN NUEVO ENTORNO Y NUEVOS DELITOS

Para poder entender la figura del agente encubierto informático hemos de comenzar diciendo que internet (también llamado Surface web) y especialmente la Deep web, Dark web son espacios que ofrecen a las personas la capacidad de actuar desde el completo anonimato lo que desgraciadamente hace aflorar sus deseos más variopintos, oscuros y en la mayoría de las ocasiones malvados. Ciberespacios cerrados donde las organizaciones criminales crean un ambiente de confianza en el que compartir sus planes, preparar sus delitos o incluso perpetrarlos y posteriormente, una vez cumplido su cometido desaparecer.¹ Esos nuevos foros a los que nos referimos son llamados canales cerrados de comunicación, veámoslos:

1. 1. Los canales abiertos y cerrados de comunicación

La doctrina ha llamado a los foros, chats, páginas de acceso restringido en los que se pretende infiltrar el agente encubierto informático canales cerrados de comunicación, concretamente el TC tratando de aportar luz y un criterio específico en esta cuestión ha definido lo que debemos entender por **canal de comunicación cerrado**: aquel en el existe una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas, como podemos observar en su sentencia 170/2013, de 13 de octubre. Así como lo que se debe entender por **canal abierto de comunicación**, determinando que es aquel canal del que no se puede predecir su confidencialidad como podemos observar en su sentencia STC 241/2012, de

¹

Normalmente estos espacios desaparecen a los 200 días de actividad, como estrategia para pasar desapercibidos y proteger la identidad de los ciberdelinquentes que estaban actuando en los mismos (Rico, 2021: 14).

17 de diciembre, por lo que, los canales abiertos, son el internet o *Surface Web* que todos conocemos fuera de chats o foros privados que podemos encontrar tanto en la Deep Web como fuera de ella en el que los agentes de la policía realizan labores de ciberpatrullaje sin necesidad de autorización judicial porque al poder navegar por el mismo no es necesario recurrir al engaño a través de una identidad supuesta para acceder a éstos dada su naturaleza abierta.

Estas aclaraciones jurisprudenciales son necesarias debido a que en la actualidad la única referencia que encontramos en la LECrim a estos entornos es en el art.282 bis apartado sexto², como podemos apreciar, nuestra LECrim no aporta una definición de los mismos. Además, si atendemos al anteproyecto de LECrim del 2020 tampoco se materializa tal definición, cuestión que criticamos porque nos parece crucial para entender su actuación y la autorización judicial que se necesita para acceder a éstos.

1. 2. Delitos en la red

A la luz de lo expuesto, pensamos que internet se ha convertido en la realidad paralela al mundo físico a la que se están adaptando muchas variedades delictivas. Esto es, partimos de que hoy en día cada vez más injustos son al menos comenzados en la red, pasando muchos de ellos al plano físico como por ejemplo, la contratación de un asesinato o asistiendo a un *iter criminis* totalmente informatizado como ocurre con las grandes organizaciones criminales que se dedican a la pornografía infantil.³

Así las cosas, todos los delitos previstos en el art.282 BIS apartado 4 pueden ser preparados, contratados, iniciados y algunos de ellos consumados en la web. Lo cierto es que nuestro legislador crea la figura del agente encubierto informático objeto de este capítulo pensando en la investigación de los delitos de pornografía infantil (art. 189 CP) y pedofilia⁴, nosotros creemos que efectivamente así fue, pero que dadas sus características, también sirve para investigar otros delitos como la corrupción de menores a través de internet (art. 188.4 CP) cyberbulling, child grooming (art. 183 ter CP) o el stalking, sexting (art. 197.7 CP) así como otros delitos no tan relacionados

² “El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.”

³ Más profundamente sobre la actuación del agente encubierto en la pornografía infantil (Sánchez, 2022).

⁴ Es un medio de investigación creado expresamente para luchar contra la pornografía infantil y la pedofilia en internet (Bueno De Mata, 2012: 313).

con los menores como es el caso del terrorismo (art. 578 CP), los casos de captación, adoctrinamiento y la radicalización yihadista que desgraciadamente no paran de aumentar, las comunicaciones y preparación de atentados por las células, todos ellos se valen de las bondades del entorno virtual para cumplir sus objetivos. En estos últimos casos el intercambio del material ilícito por razón de su contenido sería propaganda yihadista enalteciendo el terrorismo e incitando a contribuir con la guerra santa así como vídeos de ajusticiamientos, etc...⁵

Todo lo cual, mantenemos que el uso de esta figura no debería limitarse a los injustos cometidos en el seno de la delincuencia organizada, porque desgraciadamente, asistimos a un crecimiento diario y sin retorno de los delitos cuyo ámbito de preparación y/o perpetración es la red.

2. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

Tras haber descrito esta peligrosa realidad que además avanza y cambia cada día, la sociedad demanda y exige que se controle ese nuevo entorno, que se creen y existan garantías en el mismo, y esto pasa porque se adapten los medios de investigación al nuevo campo de actuación de los delincuentes porque los instrumentos procesales con los que contábamos han devenido ineficaces, es decir, centrándonos en el medio de investigación al que vamos a tratar de acercarnos en este capítulo, el agente encubierto tradicional del art.282 BIS es imposible de utilizar porque las grandes organizaciones criminales transnacionales que se pretenden investigar para llegar a punir están operando en la red⁶, así nuestro funcionario policía que actúa de manera voluntaria y previa autorización judicial⁷, bajo identidad supuesta infiltrándose físicamente en la organización criminal para investigar su actuación tan sumamente útil para descubrir todos los entresijos internos, la estructura criminal, los secretos y estrategias de la mafia debía de evolucionar y adentrarse, también en la red, lo que implica un doble esfuerzo por parte de la policía judicial porque estaríamos asistiendo también a una doble infiltración: en la web (porque este es el nuevo ámbito de perpetración del delito y para adentrarse en los canales cerrados de comunicación en la mayoría

⁵ Sobre ello, más profundamente Anuario del terrorismo yihadista 2021 elaborado por el Observatorio Internacional de estudios sobre el terrorismo.

⁶ Entendiendo operar en el sentido más amplio posible, es decir, desde la preparación del delito por ejemplo, cuando se compra un órgano por internet, pasando por todo el *iter criminis*, hasta la perpetración del mismo: cuando se visualizan y venden contenidos pedófilos.

⁷ Puede ser autorizado por el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez.

de las ocasiones se exige cumplir unos requisitos), en la idiosincrasia que tenga la organización criminal objeto de la investigación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la sociedad sigue sufriendo este flagelo ocasionando por el terrible daño que producen los delitos expuestos, no solo a sus víctimas, sino a la sociedad en su conjunto. Nuestro legislador, sensible de esta realidad y tratando de adaptar el proceso penal así como las herramientas procesales de investigación a la *cibercriminalidad* crea el agente encubierto informático a través de la Ley para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica modificando la LECrim en el año 2015 introduciendo un nuevo apartado en el art.282 BIS, el sexto.⁸

2. 1. Concepto

El agente encubierto informático es un nuevo medio de investigación procesal de carácter personal por el cual un funcionario de policía actúa en la clandestinidad con identidad supuesta, a la que se suele llamar *nickname fantasía* Zaragoza (2017: 1-14), adentrándose en los canales cerrados de comunicación en la red con la finalidad de reprimir o prevenir el delito así como de recabar indicios y pruebas de la organización criminal que se esté investigando. Este funcionario policía puede ser autorizado a enviar materiales ilícitos por razón de su contenido para conseguir entrar en los canales cerrados de comunicación en la red.

Estamos ante una figura procesal que, habida cuenta de su enclave en la LECrim y que, como hemos explicado, es producto de la evolución natural del proceso hacia la digitalización que se está produciendo en todos los ámbitos procesales, también en la instrucción y en el juicio oral, tiene y se le aplica todo lo dispuesto en la misma para el agente encubierto tradicional⁹. Pero además cuenta con unas particularidades

⁸ Se trata de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre que introduce en la LECrim nuevas diligencias de investigación tecnológicas y específicamente, hace que sobre el agente encubierto virtual el art.282 BIS 6 diga: *“El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.*

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.”

⁹ El agente encubierto informático surge ya en el año 2011 en una de las sesiones plenarios del Senado en la cual se aprobó la moción del Partido Popular que proponía su regulación, introducción en la LECrim y por consiguiente modificación de la misma.

que lo convierten en el único medio eficiente para tratar de investigar y llegar a castigar a las grandes organizaciones criminales que actúan de manera transnacional, veámoslas:

2. 2. Características

Como se anticipaba, vamos a explicar las particularidades que hacen que este medio de investigación penal sea eficaz:

- En primer lugar, es necesario que en el entorno virtual se produzcan unas condiciones específicas que hagan pensar que se está cometiendo un delito. Esto es, al igual que cuando se solicita autorizar una operación encubierta tradicional en el ámbito físico, deben existir unos indicios de criminalidad que motiven la utilización de esta figura. Es necesario que no exista otro medio de investigación menos gravoso que este, su utilización es excepcional al limitar varios derechos y garantías de los investigados como se expondrá en los siguientes apartados. Por ello, el oficio en el que la Policía solicite autorización de esta medida de investigación tecnológica, debe contener dichas razones para que no se violente el principio de proporcionalidad.
- El agente encubierto informático debe ser un funcionario de la policía judicial especializado en ciberdelincuencia, específicamente un guardia civil o policía nacional¹⁰ o bien un agente de policía autonómica si tuvieren competencias; pero éstos últimos no podrán participar en investigaciones encubiertas de carácter internacional al no estar considerados como policías en el Convenio Schengen¹¹. Todos ellos pueden ser agentes encubiertos virtuales siempre de manera voluntaria gracias a una identidad falsa suministrada por el Ministerio del Interior.¹²
- Las actividades que va a desempeñar el agente encubierto virtual son: ciberpatrullar o ciberrastrear en canales abiertos y cerrados en la web, importante puntualizar que cuando se trata de canales abiertos no es necesaria la previa autorización judicial pero cuando se pretende acceder a canales cerrados de comunicación sí que es preceptiva, porque se está recurriendo al engaño por

¹⁰ Perteneciente a la Brigada de Investigación Tecnológica (BIT) de la Policía nacional o al grupo de delitos telemáticos de la Guardia Civil.

¹¹ Como ocurre con los policías locales.

¹² Por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, en virtud del apartado primero del art. 282 BIS.

parte del estado. Adentrarse en los canales cerrados de comunicación donde se estima que está actuando la mafia y enviar archivos ilícitos por razón de su contenido si fuese necesario, así como obtener imágenes y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos en virtud del art.282 BIS apartado seis, así como obtener imágenes y grabar conversaciones previa autorización judicial.¹³

- El Juez de instrucción solo puede autorizar la actuación del agente encubierto informático para investigar los delitos que autoriza el art.282 bis apartado cuarto, existe por tanto una lista *numerus clausus* de delitos cuando, como se especificaba en el primer apartado de este capítulo los delitos perpetrados en la web no dejan de incrementar y de evolucionar. Sin embargo pensamos, que la autorización judicial sí que está justificada porque con esta herramienta de investigación se estarían sacrificando varios derechos: el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad de los investigados en favor a la investigación y poder punitivo del Estado, es capital contar con dicha autorización judicial para poder tener en cuenta las pruebas fruto de la investigación protagonizada por el agente encubierto informático. El Ministerio Fiscal también puede autorizar la actuación de un agente encubierto informático pero debe ser puesto en conocimiento del Juez de instrucción de inmediato. Debe ser una resolución fundada en la que se exponga porqué es necesario para la investigación, también debe contener el nombre verdadero del agente policía y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto, es decir ese *nickname fantasía* con el que va a adentrarse en los foros cerrados.
- El agente encubierto informático debe documentar su actuación en actas y trasladárselas al Juez de instrucción a medida que avancen sus investigaciones tal y como ocurre con el agente encubierto tradicional, pero de nuevo no se especifica el momento procesal ni la asiduidad de tales comunicaciones, para garantizar el éxito de las investigaciones y salvaguardar la seguridad del funcionario policía. A pesar de ello, esto podría ir en detrimento del enjuiciado porque dichas actas se convertirán en pruebas probablemente de cargo, luego el imputado debe conocer su contenido.¹⁴

¹³ Art.282 BIS apartado siete.

¹⁴ Creemos que dicho contenido debería ser conocido por las partes antes de comenzar el juicio oral, dado el más que posible contenido incriminatorio de las mismas, para no afectar al derecho a la defensa. Sin embargo, el TS ha fijado en su STS de 27 de febrero de 2019

- El agente encubierto informático genera menos costes al Estado, no se trata de una operación tan compleja (en comparación con la infiltración real) y es menos peligrosa. Es menos costosa porque basta dotar al agente de policía de conexión a internet y estar provisto de un buen equipo. La infiltración no es tan complicada porque no hay que crear todo un entramado social alrededor de la persona del agente encubierto informático y además congraciarse con los miembros de la organización criminal puede ser más sencillo, por cuanto están detrás de la pantalla y las actitudes que llevan al engaño se simplifican porque no se aprecian los gestos, las reacciones corporales, en definitiva: no se somete al funcionario policía a guardar las apariencias durante tantas horas como ocurriría en las operaciones secretas físicas en las que se tiene que estar siempre fingiendo. También, consideramos que es más seguro ya que no se forjan los vínculos de amistad que acontecerían en la vida real y por ello consideramos que es menos probable que el agente encubierto informático se corrompa. Por último, decir que la infiltración es menos peligrosa aunque sigue existiendo la posibilidad de que los miembros de la mafia descubran la estrategia de la policía y emprendan una labor de venganza contra el agente encubierto informático, sus familiares o allegados, aun así si se llegase a descubrir la verdadera identidad del agente encubierto informático existe un cierto margen de maniobra hasta la llegada de los mismos al lugar desde el que está actuando, esto es, la intermediación del plano físico desaparece y físicamente solo podrían atacarle, una vez descubierto, yendo directamente a por él.¹⁵

que dicho derecho no se vería violentado si las partes han tenido acceso a su contenido a través de resoluciones procesales interlocutorias.

¹⁵ Hemos de destacar esta última característica, la mayor seguridad que existe para los funcionarios policías en el entorno virtual es muy importante para que se autorice más esta medida de investigación así como para que acudan al plenario para ratificar el contenido de las actas, aportando sus testimonios y sometiéndose al interrogatorio de las partes. Algo que es tranquilizante porque la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales ya no es eficiente.

2.3. Algunas cuestiones controvertidas

Alrededor de esta novedosa figura surgen varios interrogantes en los que podemos encontrar distintas visiones en la doctrina. La jurisprudencia se está encargando de sentar los criterios que debemos seguir.

Hemos de centrarnos en este apartado en la doble vertiente que supone esta figura a nivel procesal, porque durante la fase de instrucción penal se configura como una **medida de investigación** y en la fase de juicio oral como un **medio probatorio**, **una prueba testifical** si el agente encubierto informático acudiese al plenario a ratificar el contenido de sus actas, testificar y someterse al interrogatorio de las partes, constituyendo sin lugar a dudas una prueba testifical muy cualificada. Y preguntándonos cuál es el peso probatorio que debe tener la misma para enervar la presunción de inocencia porque estamos ante unos enjuiciados que, engañados por el Estado, han actuado con naturalidad cometiendo o preparando actividades delictivas.

Así las cosas, el agente encubierto informático es un medio de investigación en la instrucción penal muy controvertido porque se oculta la verdadera identidad del funcionario policía, algo que está del todo justificado dado el carácter vengativo y violento de las organizaciones criminales no solamente hacia su persona sino también hacia sus familiares y allegados. Sin este engaño no se podría producir la investigación desde dentro de la mafia. Es una fuente de pruebas porque durante la fase instructora aporta al proceso penal los datos y elementos de convicción que lo nutren y ayudan a seguir con la investigación, ayuda a que se produzca la detención de aquellos investigados que delinquen así como a incautar los productos del delito y evitar que el mismo sea provechoso.¹⁶ En el caso de las operaciones encubiertas virtuales ésta podría ser la única fuente de investigación que permita recabar indicios y pruebas sobre las actividades delictivas que se estuvieren cometiendo, porque es el único instrumento procesal capaz de adentrarse en ese mundo virtual en el que está actuando la organización criminal.

El agente encubierto constituye una prueba testifical porque, como se adelantaba debería acudir al juicio oral a ratificar las actas que aportó al Juez de instrucción, verter sus testimonios y además contestar a las partes en su interrogatorio. Esto debe acontecer guardando la identidad real del funcionario que ha protagonizado la investigación, las partes aún llegados al plenario solo podrán conocer la identidad ficticia

¹⁶ Más profundamente sobre esta cuestión (Garrido, 2019).

y no la real de la persona que ha actuado de agente encubierto virtual.¹⁷ Consideramos que en el caso del agente encubierto virtual debería ser obligatorio acudir al plenario, siempre provisto de todas medidas de seguridad que se puedan proveer en sala para hacer que su presencia sea segura. Concluimos que la LOPTP actual española está del todo desfasada y no confiere esa cobertura y protección necesarias para que dejen de existir el miedo, el recelo del policía para cumplir con esta segunda vertiente procesal, que es tan necesaria.

Otra cuestión que genera bastante controversia es el peso probatorio que debiera dar el Juez que está conociendo de la causa a esta prueba testifical, a la luz de lo expuesto consideramos que debe ser prudente y que es una prueba válida solo cuando se hayan cumplido con todos los requisitos procesales, esto es: esta medida de investigación excepcional fue debidamente autorizada porque lo había oficiado la policía al existir indicios suficientes de criminalidad, el Juez lo motivó y autorizó en el auto, las partes pudieron acceder a las actas creadas por el agente encubierto informático y éste acudió al plenario.

Pero el Juzgador no puede basarse solo en esta prueba para vencer el derecho a la presunción de inocencia¹⁸ máxime cuando todo ello puede producir la vulneración de derechos fundamentales, garantías del enjuiciado y principios del proceso penal, veámoslo:

Hemos de destacar que se produce la posibilidad de que el agente encubierto informático vulnere algunos de los derechos del enjuiciado durante su actuación y en el proceso, por esta razón también decimos que es una herramienta de uso excepcional.

- Puede afectar a los derechos: a la defensa, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones. El derecho a la defensa, art.24 CE, por varias razones: en primer lugar porque los investigados al no conocer que están interactuando con un funcionario policía pueden autoincriminarse, en segundo lugar porque puede ocurrir que las partes no conozcan el contenido de las actas antes de entrar al juicio oral y producirse de esta forma la indefensión al no poder crear una buena defensa ante contenidos acusatorios desconocidos para sus

¹⁷ Constituyendo ésta, la única excepción al cumplimiento del art.4.3 de la LOPTP, pero la propia LECrim en el apartado segundo del art.282 BIS autoriza mantener la falsa identidad durante su deposición.

¹⁸ De hecho la STS 975/2007, de 15 de noviembre dice expresamente que *“la actuación policial infiltrada no busca en sí misma ser fuente de prueba de los hechos (aunque nada impide que lo sea), sino proporcionar datos y elementos de convicción para desarticular la organización criminal, siendo tales datos y elementos los que, a la postre, conforman la convicción judicial.”*

abogados y porque siempre se mantiene la identidad falsa en el plenario algo que, por muy justificado que esté, sigue consistiendo en una persona que se hace pasar por otra y les acusa, podría ocurrir que exista una enemistad manifiesta u odio hacia alguno de los investigados. Los derechos a la intimidad, art. 18.1 CE y al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE, se verían afectados porque el agente encubierto se incluye en los canales cerrados de comunicación en la red en los que los componentes de la organización criminal interactúan sin reservas, esto es: escriben, envían mensajes de voz, vídeos e imágenes que muestran sus gustos, por ejemplo, si se está investigando una red internacional de pornografía infantil se compartirán vídeos pedófilos y se mantendrán conversaciones sobre los mismos.

- Puede menoscabar los principios del proceso penal: legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proporcionalidad, contradicción e inmediación, publicidad.

Los principios de legalidad e interdicción de los poderes públicos en caso de que el agente encubierto informático provocase el delito.¹⁹

El principio de proporcionalidad de no estar suficientemente motivada la adopción de esta medida de investigación, o si el Fiscal se retrasase en comunicar la infiltración, porque recordemos, es un medio de investigación excepcional que solo debe ser usado cuando ninguna otra diligencia de investigación sea efectiva.

El principio de contradicción e inmediación en caso de que el agente encubierto no llegase a declarar en el juicio oral por miedo, e incluso cuando sí que lo haga por las cautelas procesales instaladas en sala como mamparas o la distorsión de su voz.

El principio de publicidad porque la identidad del funcionario policía se consigna en un sobre cerrado y es separada del resto del procedimiento, se decreta el secreto de las actuaciones y el contenido de las actas debería ser revelado antes de entrar en el juicio oral, durante la práctica de la prueba testifical se sigue manteniendo en secreto de su identidad real por lo que un proceso en el que existe un agente encubierto no es del todo público.

Sin embargo, estas posibles quiebras en los principios del proceso penal así como en los derechos y garantías de los investigados quedan justificadas con la autorización judicial necesaria para iniciar la actividad encubierta y también con la autorización judicial preceptiva para enviar contenido ilícito, es decir pensamos que

¹⁹ Por ejemplo, si se estuviese investigando en un canal cerrado de comunicación y el agente encubierto envía material ilícito sin que previamente ninguno de los participantes lo haya compartido previamente o sin que se lo hubiesen pedido.

nuestro legislador en el art.282 BIS prevé esta doble autorización para que se explique, se motive suficientemente en qué medida han de ceder esos límites que suponen los principios del proceso penal, derechos y garantías en favor a desarticular una organización criminal.

3. CONCLUSIONES

Este tipo de agente encubierto, en la actualidad, es el instrumento más eficaz para luchar contra la cibercriminalidad ya que a la luz de lo expuesto es el único capaz de adentrarse en el nuevo entorno: la Deep web, los canales cerrados de comunicación donde los criminales han encontrado un nuevo foro de actuación en el que cada vez encontramos más tipologías delictivas.

Además, en la actualidad es la única diligencia de investigación penal que consigue infiltrarse en el entramado de una organización criminal que presuntamente esté actuando en internet pudiendo para ello compartir materiales ilícitos con el fin de obtener su confianza, sin embargo, como se ha expuesto, aún quedan cuestiones importantes por especificar entorno a esta figura que ha ido colmando nuestra jurisprudencia, habrá que estar a lo establecido por el legislador en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del 2020.

BIBLIOGRAFÍA

- Anuario del terrorismo yihadista 2021. Disponible en <https://observatorioterro-rismo.com/> (fecha de consulta: 13/03/22).
- BUENO DE MATA, Federico (2012), «Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿Deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en internet?», *El proceso penal en la sociedad de la información. Nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, ed. LA LEY, Madrid, pp. 310-323.
- GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier (2019), *El decomiso: innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, ed. Dykinson, Madrid.
- LARO GONZÁLEZ, María Elena (2021), «El reto de la prueba electrónica en el espacio de libertad, seguridad y justicia», *El reto de la prueba electrónica en el espacio de libertad, seguridad y justicia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 1187-1216.

- RICO FRANCO, John Alexander (2021), «Desmitificando a la Deep Web a través de un fugaz viaje por la dark web», *Ingeniería, Matemáticas y Ciencias de la Información*, 15, pp.13-32.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana (2022), «Investigar y castigar la pornografía infantil gracias al agente encubierto informático», *LA LEY PENAL*, 154, pp. 1-16.
- ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio (2017), «El agente encubierto online: la última frontera de la investigación penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1/2017, pp.1-14.

SOBRE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN BASADOS EN DATOS PROTEGIDOS DEL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

JUAN A. MURIEL DIÉGUEZ

Universidad de Valladolid

juanantonio.muriel@alumnos.uva.es

En el nuevo Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal se ha creado un título VIII denominado «Los medios de investigación basados en datos protegidos». El cual se haya conformado por un único capítulo titulado «El acceso y tratamiento de datos personales». Lo forman siete artículos en los cuales subyace la influencia de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre , de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD) , así como la recepción en nuestro ordenamiento de las consideraciones contenidas en la Directiva 680/ 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, «relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos» ¹. Esta Directiva europea ha sido recientemente transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (en adelante, LO 7/2021).

1. REGULACIÓN LEGAL (LOPDGDD Y RGPD)

Como breve recordatorio histórico de la creación y aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos personales y garantía de derechos digitales (LOPDGDD), debemos mencionar que el Anteproyecto de esta Ley Orgánica

¹ ANTEPROYECTO LECRIM 2020. Pág. 57.

impulsada por el ministro de justicia el 23 de junio de 2017, que fue aprobado por las Cortes Generales el 10 de noviembre de 2017 cuyo objeto principal era transponer las disposiciones del Reglamento Europeo de Protección de datos con algunas mejoras. Fue publicada el 6 de diciembre de 2018. Se encuentra compuesta por un preámbulo, 10 títulos, 22 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, 16 disposiciones finales y un total de 97 artículos.

Es llamativa la doble acepción que recoge la Ley de, «Protección de Datos Personales»², en clara relación con el mandato del art. 18.4 CE y, por otra parte «la garantía de derechos digitales». De ello se infieren las múltiples diferencias con respecto de su predecesora la LOPD del año 1999, entre ellas las derivadas de la necesaria adaptación de las disposiciones europeas para, como señala el propio preámbulo de la Ley «En esta labor se han preservado los principios de buena regulación, al tratarse de una norma necesaria para la adaptación del ordenamiento español a la citada disposición europea y proporcional a este objetivo, siendo su razón última proporcionar seguridad jurídica».

Como sabemos, el principio de primacía del derecho de la Unión hace que las normas nacionales siendo plenamente válidas queden subordinadas a la normativa emanada del legislador europeo. En este caso se observa de manera clara esta preeminencia al utilizar el legislador europeo un reglamento y no una directiva para unificar la normativa en lo referente a la protección de datos en el conjunto de la Unión Europea.

El Reglamento Europeo sobre Protección de datos (RGPD) fue aprobado tras cuatro años de debate el catorce de abril de 2016, para sustituir la desfasada Directiva 95/46/CE de 24 de octubre, que como sabemos al ser una directiva no fue de aplicación inmediata, sino que debía ser transpuesta por cada Estado con las consiguientes y esperadas divergencias entre los mismos. Por ello, la aprobación del RGPD de aplicación directa consiguió una armonización y uniformidad real en la materia de protección de datos dentro de la Unión Europea.

Hay que señalar por su importancia que uno de los objetivos principales de la creación de este marco uniforme es el de ofrecer «un modelo de protección de datos personales homogéneos que permite el intercambio de datos e información³».

² DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *El reglamento europeo de protección de datos y la LOPDGDD: Todo lo que necesitas saber*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2020. Pág. 280: Advierte el autor que la utilización de mayúsculas en todas las palabras del término no es casual y, el legislador con ello ha querido remarcar la importancia del derecho fundamental a la protección de datos personales.

³ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Ob. cit. Pág.31.

El reglamento ha ampliado no solo los derechos en sí, sino también el contenido de estos. Serían los siguientes: derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de supresión, derecho al olvido, derecho de portabilidad, derecho de oposición y derecho de limitación de tratamiento. De manera coloquial se hace referencia a los citados derechos usando las siglas ARSOPOL⁴.

Para finalizar el epígrafe haremos una breve referencia a las cuestiones⁵ comunes al ejercicio de los derechos por parte de los titulares, como serían:

- a) Que son derechos independientes, no siendo necesaria ejercer uno para a su vez ejercer otro.
- b) No son de carácter personalísimo, sino que pueden ser ejercidos por representante legal o voluntario.
- c) La información para ejercer estos derechos debe ser proporcionada de manera sencilla por el responsable de tratamientos.
- d) Debe indicarse en contrato si los derechos deben ser atendidos por el encargado de tratamientos y no por el responsable de tratamientos.
- e) El ejercicio de estos derechos será gratuito.
- f) Los derechos de protección de datos en menores de catorce años serán ejercidos por sus representantes legales.
- g) Los familiares y herederos ejercerán los derechos ante el responsable o encargado de tratamientos de los familiares fallecidos.
- h) El plazo para responder al ejercicio de los derechos será de un mes, aunque el RGPD permite ampliarlo a dos meses.
- i) El interesado deberá informar de que derecho quiere ejercer e información adicional que considere oportuna.
- j) La carga de la prueba de que se ha atendido debidamente recae en el responsable de tratamiento de datos.

2. EL ACCESO Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

En cuanto al acceso y tratamiento de datos, se han de distinguir, como nos informa el preámbulo del Anteproyecto, entre distintos grados de tutela judicial, dependiendo del tipo de datos a los que se desee acceder. Básicamente existen dos niveles distintos

⁴ Los conocidos derechos ARCO (derecho de acceso, rectificación cancelación y oposición) en sentido estricto ya no existirían por aplicarse los ampliados derechos ARSOPOL del RGPD, pero debemos reseñar, aunque sea como curiosidad que el derecho de cancelación en el RGPD no tiene ese nombre sino el de «supresión».

⁵ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Ob. cit. Pp. 178-179.

de datos. Uno sería el formado por todos aquellos datos e informaciones que se encuentran disponibles en «canales abiertos de información», es decir, datos relativos a sujetos investigados que pueden ser consultados en fuentes abiertas de información.⁶ Obviamente al proceder de fuentes públicas, los agentes de la policía judicial están habilitados para recopilar estas informaciones de oficio, sin ser necesaria la habilitación del juez de garantías.

Otro nivel, sería el consistente en la recopilación de datos e informaciones de manera «sistemática y continuada», cuya finalidad es la de crear un «registro histórico de la actividad de la persona investigada en el entorno digital⁷». En este caso el nivel tuitivo debe ser mayor con respecto al anterior, por parte de las autoridades judiciales, y en lógica habrá de contar con la correspondiente resolución habilitante del juez de garantías, que deberá comprobar el grado de intromisión en el «entorno digital»⁸ del sujeto investigado.

También debemos tener en cuenta las disposiciones emanadas de la ya mencionada LOPDGDD⁹, donde se dispone que «será el fiscal como director del procedimiento de investigación oficial, quien esté autorizado para requerir la entrega de datos personales -necesarios para el esclarecimiento de hechos punibles-, que estén contenidos en ficheros públicos o privados, salvo que una concreta disposición legal exija autorización legal¹⁰».

⁶ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal. Hospitalet del Llobregat (Barcelona). Wolters Kluwer. 2017. pág. 293: «Pues al ser ámbitos donde cualquier usuario puede acceder y, por ende, gozan de carácter público, no sería lógico exigir una habilitación judicial expresa para disponer de acceso donde todo usuario de internet lo tiene de forma libre (STS 4144/2010 ECLI:ES:TS: 2010:4144 de 14 de julio de 2010; y STS 1484/2016 ECLI:ES:TS: 2016:1484 de 6 de abril de 2016).

⁷ ANTEPROYECTO. Pág. 57.

⁸ ARRABAL PLATERO, Paloma. *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*. Valencia: Tirant lo Blach, 2020. pág. 168: «El derecho al propio entorno virtual o derecho a la privacidad del entorno virtual o digital es un derecho constitucional de nueva generación que protege la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos».

⁹ Ibidem, pág. 162: «el derecho a la protección de datos, también conocido como derecho a la autodeterminación informativa o habeas data ha sido definido como la garantía que tiene toda persona física -no se reconoce para las personas jurídicas- de control y disposición sobre sus datos personales frente a terceros y a los poderes públicos».

¹⁰ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (Dir), OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (Coord), CATALINA BENAVENTE, María Ángeles (Coord), ALCOBEA GIL, Juan Manuel (Coautor). *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017. Pág. 443.

Por supuesto queda excluido de este régimen general el acceso a datos e informaciones consentido por el propio afectado, así como el acceso a ficheros mantenidos por persona físicas para actividades únicamente personales y/o domésticas, siendo redirigido este supuesto a la regulación recogida en el título IV del Anteproyecto sobre «Los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos y registro informáticos», que sí deberán contar con su correspondiente autorización por parte del juez de garantías.

Por último, no podemos olvidar la ya mencionada aplicación del Reglamento (UE) 2016/ 679, (en adelante RGPD) y la novedosa LO 7/2021 sobre protección de datos personales en procesos penales.

2.1. Búsqueda y obtención de datos a través de fuentes y canales abiertos

El **art. 514** abre este capítulo I sobre el acceso y tratamiento de datos penales. Como ya adelantamos *supra*, dentro de los diferentes niveles de acceso a datos en relación con el grado de injerencia en el derecho a la intimidad¹¹ del sujeto investigado, el relativo a la obtención de los mismos en «fuentes y canales abiertos», requiere un nivel tuitivo de menor intensidad. Es por ello, por lo que el primer apartado del precepto nos confirma la posibilidad de obtener datos e información en las mencionadas fuentes abiertas, -por parte de la policía judicial «por sí o por orden del Ministerio Fiscal»-, remarcando, lo innecesario de solicitar para «averiguar los delitos o descubrir a los responsables de su comisión», una expresa autorización del juez de garantías.

En el segundo apartado, advierte que la obtención de datos en esas mismas fuentes abiertas que se realice de «forma sistemática y continuada con el objeto de crear un registro histórico de la actividad del investigado en el entorno digital», sí requerirá de manera obligatoria de la correspondiente resolución habilitante del juez de garantías, para de esta forma, garantizar el nivel tuitivo superior, que demanda este supuesto¹².

Para finalizar, el tercer apartado del precepto nos presenta el supuesto, en el cuál durante el transcurso de las investigaciones detalladas anteriormente, sea necesario el «acceder a canales cerrados de comunicación o de hacer uso de una identidad supuesta por parte de la policía», en cuyo caso se nos remite al capítulo anterior, es

¹¹ ETXEBARRÍA GUDIRI, José Francisco. *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de datos personales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011, pág. 160.

¹² STJUE C-207/16 de 2 de octubre de 2018, ECLI: UE:C: 2018:788.

decir, será de aplicación las normas de las «Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación».

2.2. Acceso a datos personales contenidos en fichero

El **art. 515**, recoge el supuesto ya avanzado *supra*, por el cual se codifica la posibilidad de acceder a ficheros de titularidad pública o privada, previa petición a sus responsables por parte del fiscal instructor. Subyacen en él los principios rectores como el de necesidad, «resulte indispensable el conocimiento de los datos personales registrados...», y proporcionalidad,¹³ «salvo que la cesión de estos esté expresamente sujeta a autorización judicial». El propio enunciado del artículo nos da una definición concreta de que deberemos considerar un fichero: «todo conjunto de datos de carácter personal, cualquiera que sea la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso»¹⁴.

En el segundo punto se enumeran los requisitos que deberá cumplir el Ministerio fiscal a la hora de completar el «decreto de requerimiento de cesión». Entre ellos están, la identidad de los titulares de los mencionados datos como sujetos de la diligencia, así como una concreción exacta de los datos que deben cederse, en cumplimiento de los principios rectores como el de proporcionalidad y especialidad. Ahondando en ellos, se especificará la finalidad de los datos requeridos, así como su importancia para la investigación en curso¹⁵.

Se añade un párrafo en el que se concreta el supuesto en que sea necesario acceder a un fichero no público. Por ello, se extreman las garantías fundamentales del sujeto investigado¹⁶ aumentando los requisitos previos ya que se deberán citar los

¹³ El propio art. 22. 3 de la LOPD, actual.... Dispone que «la recogida y tratamiento por las FF. CC. SS de los datos a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta...».

¹⁴ DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Wolters Kluwer España, segunda edición, 2018. pág. 136: «Los ficheros con fines no jurisdiccionales, quedan sometidos al régimen general de protección de datos (art. 236 *quáter*, 2º LOPJ, es decir, al RGPD (y eventual normativa interna de desarrollo) Tabla descriptiva».

¹⁵ DIRECTIVA 680/2016, Considerando 36: «...los fines específicos a los que obedezca el tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de la recopilación de los datos personales. Los datos personales deben ser adecuados y pertinentes en relación con los fines para los que se tratan...».

¹⁶ STC 119/2001 ECLI:ES:TC.2001:119 (BOE núm. 137 de 8 de junio de 2001), FJ 5: «derechos que han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad... En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra

indicios que indiquen la posible perpetración de uno o más delitos, castigados con penas iguales o superiores a tres años. En el caso de la cesión de datos de carácter público la carencia señalada por la jurisprudencia y doctrina, por la falta de una concreta regulación sobre la misma, a consecuencia de la falta de transposición de la Directiva europea citada, ha sido solucionada como hemos mencionado hace breve tiempo con la aprobación de la LO 7/2021¹⁷. Hasta su aprobación se recurría al art.11.2 d de la LOPD y al art. 236 *quáter* (LOPJ), innominado como «Cesión de datos al Ministerio Fiscal o a Jueces o Tribunales».¹⁸

El apartado tercero, hace una remisión al capítulo III sobre « el registro de libros, papeles, efectos y documentos o para las intromisiones y registros en ordenadores o dispositivos electrónicos o sistemas de almacenamiento masivo de memoria.», que será el de aplicación en los presupuestos en que los citados ficheros sean mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades meramente domésticas o personales, sin contar con el consentimiento previo, que lógicamente haría innecesario, el decreto de cesión por parte del fiscal instructor.

2.3. Cruce automatizado o inteligente de datos

Con los avances operados en los sistemas informáticos se han desarrollado medios para el análisis automatizado de datos, como el crecimiento de la capacidad de los procesadores, de almacenamiento de los equipos y sobre todo la creación de protocolos de análisis usando modelos matemáticos¹⁹, que han mejorado notablemente la capacidad de obtener datos e informaciones para el esclarecimiento de hechos delictivos, pero al mismo tiempo, suponen un peligro para los derechos fundamentales del investigado, en concreto, del art. 18.4 CE²⁰.

derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección ... también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.»

17 LO 7/2021. Art. 7: «Las Administraciones públicas, así como cualquier persona física o jurídica, proporcionarán a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial los datos, informes, antecedentes y justificantes que les soliciten y que sean necesarios para la investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de las penas.»

18 DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 150.

19 DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 156.

20 STC 292/2000 ECLI:ES:TC: 2000:292 (BOE núm. 4 de 4 de enero de 2001), por el cual este precepto constitucional se traduce en el control de la persona de sus datos que obren en poder de terceros: «cualquier uso de los datos que una persona genera cuando utiliza un entorno digital afecta a este derecho fundamental; de tal forma que ese uso ha de estar consentido por el interesado, quien goza de los derechos de acceso, cancelación y rectificación».

Una de estas técnicas es la recogida en el art. 516 del Anteproyecto que habilita al fiscal instructor a solicitar al juez de garantías, la «utilización de sistemas automatizados o inteligentes de tratamiento de datos para cruzar e interrelacionar la información disponible sobre la persona investigada con otros datos obrantes en otras bases de titularidad pública o privada», consistente en comparar de manera automatizada (cruce, comparación y contraste), los datos personales recogidos en archivos automatizados que obren en poder de personas físicas o jurídicas.²¹ Este supuesto se encuentra recogido de forma desorganizada en el art.588 ter j 2²², que ya prevé la obligación de autorización del juez -en este caso de instrucción-, para la adopción de esta invasiva medida de investigación. En este artículo del Anteproyecto se detalla de manera más escrupulosa una serie de requisitos que deberá cumplir el ministerio fiscal y que están inspirados en los principios rectores de especialidad, proporcionalidad y necesidad²³.

El apartado segundo especifica que la técnica de cruce de datos necesitará el previo paso del acceso a la propia base de datos, al remitirnos al art 515 anterior, sobre el acceso a ficheros; en una redacción que puede resultar confusa.

Por último, el punto tercero a modo de cláusula de cierre prevé que si existieran dudas en el supuesto del uso de datos cuya cesión requiera autorización judicial deberá inexcusablemente solicitarse. De este modo, se garantiza ante la duda la intervención del juez de garantías en la autorización de la diligencia en cuestión.

2.4. Búsquedas selectivas a partir de rasgos distintivos

En el mastodónico art. 517, se recoge otra de las técnicas creadas por el avance de los sistemas tecnológicos. La misma consiste en «una evaluación automatizada de datos personales de una persona física, para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado»²⁴. Hay que recordar que esta técnica también recibe el nombre de

²¹ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 159.

²² LO 13/2015. Art. 588 ter j 2: «Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial».

²³ La necesidad de respetar el principio de proporcionalidad en el acceso y tratamiento de datos ha sido señalada muy acertadamente por: ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. «Europa: Auge y caída de las investigaciones penales basadas en la conservación de datos de comunicaciones electrónicas». Revista General de Derecho Procesal, núm. 52, 2020.

²⁴ RGPD. Considerando 71.

«mecanismo de decisión individual automatizado y elaboración de perfiles»²⁵. En el primer apartado de los nueve con que cuenta, se detalla la obligación de solicitar al juez de garantías por parte del fiscal instructor, con el fin de encontrar al responsable de un hecho delictivo, «el tratamiento cruzado de datos de carácter personal mediante sistemas automatizados que se encuentren almacenados en archivos correspondientes a cualesquiera personas, organismos o instituciones públicos o privados distintos de los archivos policiales.» Me resulta llamativo la indiferencia que muestra el precepto entre un archivo público o privado, distintos de los policiales.²⁶

En el segundo punto se reseñan los requisitos que deberá cumplir la solicitud del fiscal instructor, que básicamente consisten en el respeto a los principios de especialidad y proporcionalidad. En el primer caso se establece un límite material al requerirse una pena de tres o más años para que pueda solicitarse la medida, y en el segundo que la citada medida no pueda ser sustituida por otra menos gravosa.

En el punto tercero, se detallan las condiciones que deberá recoger, en este caso, la resolución habilitante judicial, como «los datos que es preciso obtener en cada caso para realizar la comparación, el nombre de la persona, institución u organismo obligado a facilitarlos y los criterios de búsqueda conforme a los que han de ser tratados los datos.»

En el apartado cuarto, se da la curiosa circunstancia de la adjudicación de una acción a la policía judicial -una de las escasísimas en el nuevo Anteproyecto, en contraposición a su habitual presencia en la vigente LO 13/2015-, al encargar a la misma, la misión de obtener los datos indicados en la resolución a la persona o institución requeridas. Se añade un párrafo al apartado, para advertir de la posibilidad que el cumplimiento del requerimiento sea desproporcionado, para lo que se facilita el cumplimiento de este por parte de los requeridos, siempre teniendo especial cuidado de que se utilicen únicamente los datos estrictamente necesarios para la investigación de los hechos delictivos.

En el punto quinto, se refiere la obligación de toda institución, organismo o persona de colaborar con la autoridad en la mencionada diligencia²⁷.

Se explica en el sexto punto el protocolo de actuación que se deberá seguir en el momento de encontrar concordancias entre los datos requeridos y las informaciones

²⁵ RGPD. Considerando 71 *in fine* y 72.

²⁶ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 154 tabla.

²⁷ Al igual que en la Cesión de datos, podemos encontrar el fundamento jurídico de esta obligación en los arts. 118 CE y 17 LOPJ sobre el deber de colaborar con los Jueces y Tribunales, así como la obligación de denunciar, recogidas en los arts. 259 y 262 LECrim.

registradas, de manera que estas coincidencias deban custodiarse en un lugar diferente, para con ello garantizar que no se produzca un uso indiscriminado de esta técnica, lo cual vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.4 CE.

Se prevé en el apartado séptimo que esta diligencia sea realizada de manera «pseudonimizada»²⁸, consistente en mantener cierto grado de anonimato en el desarrollo de esta. Es fácil deducir que este punto tiene por objeto proteger en lo posible, el derecho a la intimidad de los sujetos que puedan verse implicados.

En el octavo, se recoge la obligatoriedad de la cancelación de los datos que no sean necesarios para la identificación del sujeto bajo sospecha, una vez hayan sido cotejados los mismos y, cribados los innecesarios.

En el último de los puntos se plantea el cumplir con el derecho de las personas investigadas a ser informadas de las diligencias que se hayan realizado contra ellos. Este punto tiene una clara finalidad de garantizar el derecho de las partes a recibir la información que les tenga a ellos por protagonistas, con el fin a su vez de garantizar su derecho a la defensa. Ahora bien, se añade un párrafo final en el que se contempla unas excepciones a esta regla general, como pueden ser que las diligencias hayan sido declaradas secretas, «pudiera ponerse en peligro la finalidad de esta, la integridad física o la libertad de alguna persona, o si genera un riesgo cierto para bienes jurídicos de singular relevancia», todo lo cual deberá consignarse motivadamente en el procedimiento que se siga.

2.5. Tratamiento de datos

Este **art. 518**, que regula en tratamiento de datos durante el proceso penal, testimonia más que ningún otro la notable influencia, ya advertida en el propio preámbulo de la *lege ferenda*, de normas nacionales y europeas específicas, como son la LOPDGDD, RGPD y la LOPJ.

En el primer apartado se advierte de la posibilidad de los investigados de ejercer sus derechos de información, acceso y rectificación y cancelación²⁹, codificados en las correspondientes normativas específicas de la materia, con lo que la remisión y subordinación ante ellas, resulta constatable. Ahora bien, se delimita esta posibilidad

²⁸ RGPD, Art. 25.1: «...el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la «seudonimización», concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos...».

²⁹ ARRABAL PLATERO, Paloma. Ob. cit. Pág. 167: Conocidos coloquialmente, como derechos ARCO, por sus iniciales.

a los supuestos en «que no suponga un menoscabo para los fines de la investigación», lógica excepción a la norma general de respeto por los derechos ARCO, pero que pudiera suscitar controversia entre la jurisprudencia. Asimismo, se nos advierte de otra delimitación, en este caso de ámbito material, «para los datos tratados con fines jurisdiccionales». Se ha introducido un párrafo más a este primer apartado, cuya lectura, denota un ánimo taxativo de cerrar cualquier duda sobre la utilización del derecho al acceso a los datos con fines jurisdiccionales cuando las diligencias correspondientes hayan sido declaradas secretas o reservadas, prohibiéndolo de manera concluyente (En todo caso, se denegará...).

En el segundo punto se nos presenta a una figura clave en el campo de la protección de datos, como es el responsable del tratamiento de datos³⁰, al cual se le realiza un llamamiento para que en el ejercicio de sus funciones establezca los protocolos oportunos para garantizar la fiabilidad e integridad de los datos recabados, «sobre el acceso a los equipos y dispositivos utilizados para el tratamiento y transmisión de la información.»³¹

Continúa el legislador conminando al referido responsable de datos a la creación de un registro donde recopilará una serie de características de la recogida de datos realizada,³² como «la finalidad del tratamiento, los datos tratados, su relevancia para la investigación y la extensión de su tratamiento, así como «...aquellos medios y medidas que se adopten antes y durante el tratamiento de datos para garantizar la efectividad de los principios de protección de datos»³³».

³⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *El reglamento europeo de protección de datos y la LOPDGDD: Todo lo que necesitas saber*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2020. Pág. 84: Resulta curiosa la utilización de este término, ya que el RGPD se refiere al encargado del tratamiento de datos como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento». De tal manera que siempre ha provocado controversia entre la relación del encargado de tratamiento y, el responsable de tratamiento, hasta el punto de haber sido objeto de codificación en el art. 28 RGPD, que exige la celebración de un contrato entre ambos. En todo caso, ninguno de los dos recibe la denominación de «encargado de tratamiento», omisión esta que no deja de causar perplejidad, pudiendo provocar dudas durante el proceso.

³¹ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Ob. cit. Pág. 77: Como reseña el autor, el término clave que utiliza el RGPD, y por el principio de supremacía del derecho de la unión, el LOPDGDD, es el de tratamiento y no fichero, y esto vuelve a crear otra curiosa discordancia, ya que el anterior LOPD hablaba de un «encargado de ficheros», que estaría obligado a notificar un fichero del que sería responsable. Ahora bien, el actual LOPDGDD no recoge esta obligación, sin embargo, el considerando 82 del Reglamento europeo sí menciona el «deber de mantener registro de las actividades de tratamiento bajo su responsabilidad».

³² RGPD. Considerando 82.

³³ RGPD. Considerando. 24.2.

2.6. Cesión de datos entre procesos penales

El supuesto por el cual el Ministerio fiscal podrá hacer uso de la técnica ya citada de tratamiento cruzado de datos³⁴ es codificado en el **art. 519**. Para garantizar el respeto a los principios rectores que garantizan los derechos de los investigados, se establecen una serie de delimitaciones, la primera de ellas es la finalidad de la medida « a los fines de averiguación del delito o determinación del paradero de una persona buscada en relación con el procedimiento», con el fin ya advertido en este Anteproyecto de evitar abusos y arbitrariedades, permitiendo una investigación de carácter general, que no se ajustaría a los condicionantes de proporcionalidad, idoneidad y necesidad³⁵. En segundo lugar, que dichos datos procedan de «distintos procedimientos penales» y, por último, que la finalidad de la información o datos así obtenidos sea exclusivamente la «investigación en cuestión».

2.7. Valor de los datos

El apartado primero del **art. 520**, advierte de la imposibilidad de utilizar los datos obtenidos mediante las técnicas expuestas, excepto como fuente de prueba, sin que ello sea óbice para que con posterioridad sean estos recopilados total o parcialmente, por alguno de los medios de prueba detallados en el presente anteproyecto.

Una vez más, el punto final no solo del precepto, sino del capítulo sirve a modo de cláusula de cierre, para apercibir a los operadores jurídicos de la obligación de sujetarse de manera estricta a lo legislado en esta, «...para fines de prevención, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales», garantía última del respeto a los principios rectores que inspiran los DD. FF de los investigados.

³⁴ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (Dir.). Ob. cit. Pp. 444 y ss.

³⁵ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Ob. cit. Pp. 26 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 (Versión docencia).
- Arrabal Platero, Paloma. *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*. Valencia: Tirant lo Blach, 2020.
- Bellido Penadés, Rafael. *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (Propuestas de reforma)*. Valencia: Tirant lo Blach, 2020.
- Colomer Hernández, Ignacio (Dir), OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (Coord), CATALINA BENAVENTE, María Ángeles (Coord), ALCOBEA GIL, Juan Manuel (Coautor). *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- Davara Rodríguez, Miguel Ángel. *El reglamento europeo de protección de datos y la LOPDGDD: Todo lo que necesitas saber*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2020.
- Delgado Martín, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Wolters Kluwer España, segunda edición, 2018.
- Etxebarría Gudiri, José Francisco. *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de datos personales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015).
- Ortiz Pradillo, Juan Carlos. “Europa: Auge y caída de las investigaciones penales basadas en la conservación de datos de comunicaciones electrónicas”. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2020.
- Santos Martínez, Alberto M. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Hospitalet del Llobregat (Barcelona). Wolters Kluwer, 2017.

APROXIMACIÓN A UN MARCO LEGAL DE LAS CRIPTOMONEDAS COMO OBJETO DE INVERSIÓN

JAIME CRIADO ENGUIX
Universidad de Granada
jamecriado@ugr.es

Tecnologías de indudable relevancia como *Blockchain*, también llamada “cadena de bloques”, ocupa un lugar privilegiado en los centros de investigación y desarrollo de empresas públicas y privadas. La utilización de esta novedosa tecnología requiere, entre otros componentes, de criptomonedas como medio de intercambio, y plantea un reto de entidad: garantizar la seguridad de las transacciones, en un mercado enormemente globalizado, y sometido a una regulación heterogénea o, incluso a veces, inexistente. En particular, las criptomonedas reúnen ciertas características –como el anonimato, la descentralización y la falta de un marco regulatorio homogéneo y cohesionado– que resultan atractivas para las organizaciones criminales como medio para cometer delitos, como el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Asimismo, las criptomonedas presentan un riesgo alto como bien de inversión, por su volatilidad y complejidad; a ello, si se le añade una publicidad engañosa y no objetiva, puede derivar en un alto riesgo de pérdida y perjuicio para el inversor. Por ello, tenemos a bien realizar un análisis de la reciente Circular 1/2022 emitida por la CNMV sobre esta cuestión, al objeto de arrojar las conclusiones oportunas que ayuden a avanzar en el estado de la cuestión.

1. LA NECESIDAD DE UN MARCO REGULATORIO DE LAS CRIPTOMONEDAS ANTE UN NUEVO PARADIGMA

Durante los últimos años, asistimos a nuevos escenarios en el panorama económico, en el que los procesos financieros y las transacciones han sido objeto de cambios muy significativos, generando consigo cambios de tipo político, jurídico y social, constituyéndose como eje fundamental para el desarrollo global. Al respecto, la

ciencia jurídica ha procurado acompañar estos fenómenos y avances, al objeto de sentar las bases normativas que garanticen un desarrollo sostenible en los procesos de intercambio monetario. Respecto a las criptomonedas, sin entrar, por el momento, en su delimitación conceptual y tipología, se erige como método novedoso frente al sistema financiero tradicional, y ha sido recurrente su adopción debido a los beneficios que genera, sin embargo, la ausencia de un marco regulatorio ha evitado la posibilidad de constituirse como instrumento monetario con carácter de pleno derecho.

Ello, no obstante, las transacciones mediante criptomonedas no han hecho más que proliferar, a pesar de una escasa regulación y control por parte de los gobiernos. Dicha ausencia de control genera poca transparencia entre los actores, desembocando en desórdenes económicos que se plasman en la volatilidad de los precios de los criptoactivos como el Bitcoin. Buena muestra de ello lo vemos en el cambio brusco que ha experimentado el valor de Bitcoin en el transcurso de la guerra entre Ucrania y Rusia.

Por otra parte, las criptomonedas fluctúan y son intercambiables en el marco de una tecnología específica como *Blockchain*, u otro *software*, de naturaleza p2p, descentralizada y sin un ente supervisor o jerárquico. Esto genera opacidad y dificultades para perseguir y detectar el delito, máxime si se tiene en cuenta que los usuarios pueden operar desde billeteras anónimas. Esto refuerza aun más las necesidades de regulación de esta moneda digital, pero sin recurrir a la rigidez normativa propia de las transacciones bancarias tradicionales, ya que precisamente este factor ha contribuido a la migración del sistema tradicional al universo de las criptomonedas.

Por tanto, se puede afirmar que los criptoactivos tienen una presencia cada vez mayor en el sistema financiero, y si bien su desarrollo en el mercado español presenta importantes oportunidades, lo cierto es que también supone retos en al ámbito de la protección de los inversores, puesto que actualmente no existe una regulación completa al respecto que responda adecuadamente a los riesgos que pueden traer aparejados estos activos.

La alta volatilidad y revalorizaciones de algunos criptoactivos han aumentado su atractivo como inversión, que se ha venido intensificando por las numerosas campañas publicitarias que han podido incitar a inversores minoritarios a invertir en estos nuevos activos sin disponer de información suficiente sobre su naturaleza y los riesgos que conllevan. Ante este escenario, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) y el Banco de España publicaron el 9 de febrero de 2021 un comunicado conjunto, que se suma a otro de 2018, en el que alertaban sobre los

riesgos que este nuevo tipo de activos suponen para los participantes del sistema financiero y, muy en particular, para los pequeños inversores. El comunicado incidía en la complejidad, la volatilidad y la potencial falta de liquidez de estas inversiones.

En este contexto, recientemente, en tiempo de pandemia, tomó forma el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, el cual introdujo un nuevo artículo 240 bis en la Ley del Mercado de Valores (LMV, en lo sucesivo) para reforzar el marco legal de protección de los ciudadanos e inversores en lo relativo a la publicidad de nuevos instrumentos y activos financieros en el ámbito digital. En particular, ya lo veremos más adelante, se otorgan a la CNMV competencias con el fin de sujetar a control administrativo la publicidad de criptoactivos y otros activos e instrumentos que no se regulan en la Ley de Mercado de Valores y que se ofrecen como propuesta de inversión. A su vez se habilita a la CNMV a desarrollar mediante Circular el ámbito objetivo y subjetivo, así como los mecanismos y procedimientos de control que se aplicarán a dichas actividades publicitarias. Como toda forma de publicidad, la de los productos recogidos en esta Circular deberá respetar lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y demás normas reguladoras de la publicidad de general aplicación.

De este modo, y ante la necesidad de que quienes adquieran esos productos sean conscientes de los riesgos que entrañan y de que dicha inversión podría desembocar, en algunos casos, en pérdidas significativas por variaciones de precio o en situaciones de iliquidez sobrevenida, el legislador español ha considerado necesario regular la publicidad sobre criptoactivos.

2. CRIPTOMONEDAS: ACLARACIONES CONCEPTUALES Y TIPOLOGÍA

Como punto de partida, tengo a bien arrojar la definición de criptomoneda que aporta RANGEL GUTIÉRREZ¹, por su exactitud y rigor: *“una criptomoneda es una moneda que usa tecnología criptográfica, siguiendo protocolos específicos para realizar transacciones que le son propias, aprovechadas entre pares o más, de manera expedita y sin limitaciones territoriales entre ellas, originadas por minería digital y almacenadas en billeteras digitales o wallets y respaldadas por la confianza de las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado”*.

¹ RANGEL GUTIÉRREZ, L.J.: *Aproximaciones jurídicas al marco regulatorio de las criptomonedas*, ISBN: 978-980-18-0868-8, Canadá, 2019, p.19.

En otras palabras, son representaciones digitales (monedas virtuales) de valor que no es emitida o garantizada por un banco central o una autoridad pública. La más conocida, hasta la fecha, es Bitcoin. Esta moneda opera bajo tecnología *Blockchain*, por tanto, la emisión de criptomonedas es descentralizada, no vinculada a ningún Estado o Banco emisor en particular, pudiendo usarse en todo el mundo por igual (red *p2p*). Bitcoins que se guardan en una cartera digital o *wallet* (código informático digital), cuya apertura convierte al usuario en nodo de la red de bitcoin y le habilita para emitir transacciones. Esta tecnología funciona sin intermediarios, lo cual constituye un enlace con la economía colaborativa en el sector financiero. Esto abarata los costes de transacción.

Las criptomonedas, como señalaba, operan en el marco de la tecnología *Blockchain*, y redes *p2p*, como medio de intercambio, entre otros múltiples usos. En este sentido, LEGERÉN-MOLINA señala que la “criptomonedas deriva del hecho de que solo la persona que conozca la clave criptográfica que da acceso a ella es quien la puede usar o puede disponer de ella. No tiene un soporte papel ni consistencia material; únicamente informática pues se trata de mera información digital”.² Esta primera definición, junto a lo que ya conocemos sobre *Blockchain*, permite colegir que las criptomonedas constituyen un nuevo tipo de divisa digital, *p2p*, que no está bajo el control de ningún gobierno y cuyo ámbito de aplicación es global, extendido gracias a Internet.

Por otra parte, es importante referenciar brevemente el *token*, por su estrecha relación con el mundo de las criptomonedas. Siguiendo a PACHECO JIMÉNEZ, *token* no es otra cosa que una unidad de valor que una organización crea para gobernar su modelo de negocio y dar más poder a sus usuarios para interactuar con sus productos, al tiempo que facilita la distribución y reparto de beneficios³. Unidades que pueden adquirirse a través de *Blockchain*¹⁰, pero, a diferencia del bitcoin, no nacen de un bloque de la cadena, sino que se crean en la parte superior de la referida cadena, se rigen por un contrato inteligente (*smart contract*)¹¹ y sirven para intercambiarse por todo tipo de servicios¹². Así, pues, dentro de una Red privada, un *token* puede servir para otorgar un derecho, para pagar por un trabajo o por ceder unos datos, como incentivo.

Retomando las criptomonedas, la cuestión que procede es si se trata de un medio de pago, o de un medio de intercambio: esclarecer este matiz no es intrascendente, ya

² LEGERÉN-MOLINA, A.: “Retos Jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de Blockchain”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, 2019, p. 179.

³ PACHECO JIMÉNEZ, M.N.: “De la tecnología *blockchain* a la economía del *token*” en *Revista de la Facultad de Derecho, Derecho PUCP*, Universidad de Castilla-La Mancha, p. 66.

que si se considera una cosa u otra podría exigirse o no una autorización previa para operar a aquellas entidades que tengan por actividad la emisión de monedas virtuales. El BCE se manifestó al respecto, y las catalogó como medio de intercambio (mediante informe de julio de 2014)⁴: “una representación digital de valor no emitida por un banco central ni por una autoridad pública, ni necesariamente asociada a una moneda fiat, pero usada por personas físicas o jurídicas como medio de intercambio y que puede transferirse, almacenarse o negociarse por medios electrónicos”.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sentencia C-264/14, de 22 de octubre de 2015⁵, adopta una postura distinta en la resolución a una petición prejudicial planteada acerca del tratamiento, a efectos del impuesto sobre el valor añadido, del cambio del *bitcoin* por divisas tradicionales, y alegó, en el Considerando XXIV: “que la divisa virtual de flujo bidireccional «*bitcoin*», que se intercambiará por divisas tradicionales en las operaciones de cambio, no puede calificarse de «bien corporal» en el sentido del artículo 14 de la Directiva del IVA, puesto que, como puso de manifiesto la Abogado General en el punto 17 de sus conclusiones, no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago”.

Otra cuestión que suscita no poco debate es si las criptomonedas son análogas al dinero electrónico⁶. A este respecto, una corriente minoritaria se muestra partidaria, mientras que la amplia mayoría, entre ellos, GIL-SORIANO⁷, o el Banco Central Europeo⁸, a la cual me adhiero, advierten no se deben confundir ambos términos, por cuanto mientras la relación entre dinero tradicional y electrónico tiene una base legal,

⁴ Vid. el informe emitido por el European Banking Authority (EBA) titulado: *Opinion on “virtual currencies”* en el siguiente enlace: <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1> Fecha de consulta: [22/01/2022]. Para ahondar más en esta cuestión, Vid. también NIETO GIMÉNEZ-MONTESINOS, M.A. y HERNÁNDEZ MOLERA, J.: “Monedas Virtuales y Locales: Las Paramonedas, ¿Nuevas Formas de Dinero? en *Revista de Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 35, 2017, p. 110.

⁵ Vid. Sentencia TJUE C-264/14, de 22 de octubre de 2015, en el siguiente enlace: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170305&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1390545> Fecha de consulta: [22/01/2022].

⁶ En este sentido, SALDAÑA TABOADA plantea un interesante análisis doctrinal acerca de la diferencia entre dinero electrónico y moneda virtual. Vid. SALDAÑA TABOADA, P.: “¿Por qué las organizaciones criminales utilizan criptomonedas? Los bitcoins en el crimen organizado” en *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, núm. 6 (2017), ISSN: 2340-6046, p. 14.

⁷ Vid. GIL SORIANO, A.: “Monedas Virtuales: Aproximación Jurídico-Tributaria y Control Tributario” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, ISSN: 1578-956X, 2018, p. 73.

⁸ Para profundizar en la distinción entre dinero electrónico y virtual, Vid. NUÑO BARRAU, G.: “Implicaciones de política monetaria de la emisión de dinero digital por parte de los bancos centrales” *Boletín Económico* 3/2018, Artículos Analíticos, Banco de España, 2018, p.1.

y los fondos almacenados están expresados en la misma unidad monetaria (euro, dólar), esto no ocurre con las monedas virtuales, las cuales, aun, no se hallan al amparo de un marco regulatorio⁹.

A esta regulación fragmentaria o prácticamente ausente, se le suma la existencia de varias *Blockchains* con sus propios criptoactivos y diferentes propósitos, como, por ejemplo, ser medios de pago (*Bitcoins*), ejecutar contratos inteligentes (*Ethereum*), alternativa al *Bitcoin* (*Litecoin*), para crear direcciones de páginas web (*Namecoin*), para transacciones entre consumidores, similar a *PayPal* (*Dash*). Existen, en total, más de 1.500 monedas virtuales en circulación, cada una con su propia fisonomía. El *Bitcoin*, por ejemplo, ha pasado de tener una capitalización de 15.500 millones de dólares en el año 2017 a superar los 240.000 millones en la actualidad¹⁰.

3. CARACTERÍSTICAS DE LAS CRIPTOMONEDAS QUE PROPICIAN LA COMISIÓN DE DELITOS

Es importante resaltar los principales factores que potencian el uso y aprovechamiento de esta tecnología por parte de las organizaciones criminales, ya que constituyen los principales aspectos a tener en cuenta en el proceso de regulación de las criptomonedas. Las características comunes en las diferentes criptomonedas son: el anonimato, la descentralización y sistemas *peer-to-peer*, su fácil acceso, y el coste reducido de las transacciones.

En primer lugar, en cuanto al anonimato, ninguna de las transacciones con *bitcoins* contiene datos o información que pueda ser relacionada directa o indirectamente con la identidad del nodo que opera. Característica que deviene más peligrosa si quien realiza la operación recurre a plataformas como la *Deep web* o la *Dark Web*, pues imposibilitará aún más el rastreo y la identificación de los responsables.

Delitos respecto de los que si se pretendiere una perpetración más sofisticada y premeditada, la organización criminal podría pensar en crear varias carteras *bitcoins*¹¹

⁹ A este respecto, a escala de la Unión, actualmente está en proceso de tramitación la llamada propuesta MiCA (por sus siglas en inglés de *Markets in Crypto Assets*), es decir, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (LA LEY 17913/2019), que presumiblemente entrará en vigor en 2024.

¹⁰ JIMÉNEZ GARCÍA, I.D.: *Análisis financiero y bursátil y bursátil del bitcoin y otras criptomonedas*, Facultad de Economía y Empresa, Universidad de Zaragoza, 2020-2021, p. 5.

¹¹ En este sentido, FERNÁNDEZ, A., aporta una interesante reflexión sobre la posible utilización de criptomonedas por el crimen organizado camuflado por varios perfiles de *bitcoin*. Vid. FERNÁNDEZ, A.: *Guía Bitcoin. La guía más práctica, completa y actualizada para iniciarse y avanzar en el mundo Bitcoin*, 2018, p. 24.

y operar desde distintas claves privadas, evitando, por tanto, que el foco de todas las operaciones recaiga sobre un mismo nodo.

En segundo lugar, en lo atinente a la descentralización y sistemas *peer-to-peer*, la tecnología *Blockchain* se caracteriza, fundamentalmente, por operar en el marco de un sistema descentralizado que prescinde de una entidad gubernamental o bancaria – central - que opere de intermediario y almacene la información. Esta característica de *Blockchain* y sus criptodivisas atrae a las organizaciones criminales, quienes han advertido el interés de su uso para incurrir en delitos como la financiación del terrorismo, la evasión fiscal y el blanqueo de capitales, y ello, precisamente, por la falta de control y supervisión gubernamental o bancaria. Esta nueva realidad del crimen organizado preocupa a las instituciones jurídicas, razón por la cual, en fecha reciente, han visto la luz disposiciones normativas que vienen a frenar este fenómeno criminógeno, como el Real Decreto-Ley 7/2021 por el cual se modifica la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, entre otras disposiciones (en adelante, Ley de Blanqueo de Capitales).

Por otra parte, al no ser posible modificar los registros de la cadena de bloques, una vez hecha la transacción se imposibilita artificios y manipulaciones, lo cual genera seguridad para los participantes del mercado criptográfico. No obstante, pese a esta aparente seguridad, el acceso a esta tecnología *Blockchain* y las criptomonedas, es bastante accesible desde cualquier parte del mundo¹²; basta, realmente, con tener acceso y conexión a Internet, con unas nociones mínimas, independientemente del dinero fiduciario/físico del territorio en que se opere, y sin necesidad de acudir a una casa de cambio de divisa. Este fácil acceso genera un descontrol, así como operaciones entre territorios cuya jurisdicción no prevén un marco regulatorio de las criptomonedas, incrementándose así la inseguridad jurídica.

En conclusión, el crimen organizado, como fenómeno poliédrico y de alcance cada vez más transnacional¹³, ha sabido aprovechar las características propias de las

¹² Precisamente, este fácil acceso a las criptomonedas y su creciente difusión y publicidad como instrumento de inversión han llevado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores a dictar La Circular 1/2022, de 10 de enero *relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión*, con el fin de establecer las condiciones precisas para garantizar la protección de los inversores en este tipo de activos digitales. Dicha Circular viene habilitada legalmente por el art. 240 bis del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

¹³ En este sentido, ESPINOSA DE LOS MONTEROS señala que el alcance transnacional de las organizaciones criminales obedece a diversos factores como la globalización del mercado, la creación de zonas de libre comercio, la creación de espacios de libre circulación, los

criptomonedas, pues, de esta forma, por ejemplo, ha podido operar y enviar el dinero recaudado¹⁴ con sus actividades ilegales a otros miembros de la organización situados en otro país o continente, lo que implica, a su vez, un delito de blanqueo de capitales. Las organizaciones criminales pueden, a través de las criptomonedas, extender su actuación en el territorio de varios Estados o buscar la cooperación de diversas organizaciones que actúen en diferentes Estados para gestionar y financiar eficazmente diferentes mercados o actividades criminales como puedan ser el tráfico de droga, de armas, trata de personas, etc. Esta circunstancia conlleva, claro está, una desventaja para el Estado al momento de la persecución del delito, pues no sólo desconoce el *modus operandi* de la organización, sino en muchas ocasiones el lenguaje de sus integrantes. Ello con el añadido de que el reparto de tareas ya no se realizará en una misma organización ni en el territorio de un solo Estado.

Por tanto, la cooperación entre organizaciones¹⁵ y el uso de criptomonedas (como tecnología descentralizada, anónima y fácilmente accesible desde cualquier parte del mundo) hace más difícil su persecución y por ello es necesario abogar por la cooperación judicial y policial, y por supuesto, por la coordinación y armonización de las legislaciones penales y procesales, para lograr una respuesta eficiente ante este fenómeno criminal¹⁶.

avances tecnológicos en los sistemas de comunicación y los *e-commerce*. Vid. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: "El crimen organizado: especial consideración a Iberoamérica" en *Revista Electrónica Iberoamericana*, ISSN: 1988-0618, vol. 11, nº1, 2017, p. 15.

¹⁴ En este sentido, GARRIDO CARRILLO señala que el elemento transversal de las distintas líneas de actuación europeas en la lucha contra la delincuencia organizada es, precisamente, la lucha contra el beneficio económico de actividades delictivas, que es la clave del éxito de esta "guerra". Vid. GARRIDO CARRILLO, F.J.: "Estudio preliminar-prólogo" en *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada. Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp.16-17.

¹⁵ En este sentido, no sólo la cooperación entre organizaciones, sino que existen, como bien señala ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, otros factores que dificultan aún más la lucha contra esta delincuencia organizada, a saber: las eficaces técnicas de gestión, la elevada complejidad a nivel organizativo, el uso de tecnología punta, la estructuración y división del trabajo de que se caracterizan, etc. Vid. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: "El crimen organizado: especial consideración a Iberoamérica" *...op.cit.*, p. 7.

¹⁶ La lucha contra la delincuencia sin fronteras no puede ser combatida eficazmente por organizaciones policiales cuyo ámbito competencial permanece férreamente anclado en la delimitación territorial dentro de las fronteras nacionales. SANSÓ-RUBERT., «La internacionalización de la delincuencia organizada: Análisis del fenómeno», en *Seminario de Estudios de Defensa*. (UNISCI), Universidad de Santiago de Compostela, octubre 2005, p. 55.

4. RIESGOS DEL USO DE LAS CRIPTOMONEDAS COMO OBJETO DE INVERSIÓN

Los criptoactivos, entre otros usos, se emplean frecuentemente como objeto de inversión, lo cual comporta riesgos en diferentes ámbitos.

Por un lado, se trata de un instrumento financiero de inversión que presenta un alto riesgo, ya que el valor de las inversiones y el rendimiento obtenido de las mismas puede experimentar significativas variaciones al alza y a la baja, pudiendo perderse la totalidad del importe invertido. Además, los precios de los criptoactivos se constituyen en ausencia de mecanismos que aseguren su correcta formación, como los presentes en los mercados regulados de valores.

Por otro, desde el punto de vista tecnológico, la tecnología de registros distribuidos se encuentra todavía en un estadio temprano de maduración, habiendo sido muchas de estas redes creadas recientemente, por lo que pueden no estar suficientemente probadas y existir fallos significativos en su funcionamiento y seguridad. En términos de seguridad, el registro de las transacciones en las redes *p2p* funciona a través de protocolos de consenso que pueden ser susceptibles a ataques que intenten modificar dicho registro y, en caso de tener éxito estos ataques, no existiría un registro alternativo, pudiéndose perder la totalidad de los criptoactivos. Por último, como bien se indica en el epígrafe que antecede, el anonimato puede aportar los criptoactivos los convierten en un objetivo para los ciberdelincuentes, ya que en el caso de robar credenciales o claves privadas pueden transferir los criptoactivos a direcciones que dificulten o impidan su recuperación, como la *Darknet*.

Finalmente, bajo un prisma regulatorio, aún es muy debatida la aceptación de los criptoactivos como medio de cambio, por lo que no existe obligación legal de aceptarlos. La descentralización propia de este tipo de monedas digitales, dificulta perseguir al proveedor de servicios, máxime si se encuentra localizado fuera de la UE, o en algún territorio desregulado.

5. RETOS LEGISLATIVOS ANTE EL POTENCIAL USO DE LAS CRIPTOMONEDAS

Por lo expuesto, los criptoactivos requieren de una pronta regulación, principalmente como objeto de inversión. Criptoactivos que, en el momento de escribir estas líneas, no cuentan con una regulación propia, ni en el ámbito europeo, ni a nivel nacional.

En el terreno de la UE, está en proceso de tramitación la llamada propuesta MiCA (por sus siglas en inglés de *Markets in Crypto Assets*), es decir, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los

mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (LA LEY 17913/2019), que presumiblemente entrará en vigor en 2024. En líneas generales, el Reglamento europeo viene a establecer un régimen unificado en el Derecho de la Unión, por una parte, respecto de la emisión y admisión a negociación de criptoactivos y la prestación de servicios por parte de terceros proveedores en torno a los mismos en la Unión Europea; por otra, instituye una serie de medidas dirigidas a prevenir el abuso de mercado con el fin de asegurar la integridad de los mercados de criptoactivos.

En nuestra demarcación territorial, pese a la ausencia de regulación, las criptomonedas (como *bitcoin*, *ethereum*, *litecoin*, *iota*, etc.) y los criptoactivos en general se están ofreciendo no como medio de intercambio, sino como objeto de inversión, tanto a inversores especializados como al público minorista. De esta forma, y habida cuenta los riesgos asociados a esta vía de inversión – como su extrema volatilidad, complejidad y falta de transparencia - el principal elemento que requiere una actuación regulatoria inmediata radica en la posibilidad de que las actuaciones publicitarias sobre criptoactivos, cuando son ofrecidos como inversión, no incorporen información objetiva sobre el producto y sus riesgos.

En este sentido, la CNMV y el Banco de España en su reciente comunicado conjunto de 9 de febrero de 2021¹⁷, viene constatando que la publicidad de estos productos, dirigida a clientes minoristas en los últimos meses, se ha realizado a través de una amplia y creciente variedad de medios publicitarios e intensidad¹⁸. De este modo, y ante la necesidad de que quienes adquieran esos productos sean conscientes de los riesgos que entrañan y de que dicha inversión podría desembocar, en algunos casos, en pérdidas significativas por variaciones de precio o en situaciones de iliquidez sobrevenida, el legislador español ha considerado necesario regular la publicidad sobre criptoactivos, anticipándose así a la entrada en vigor del arriba mencionado Reglamento MiCA.

En lo que respecta a la CNMV, cabe destacar y hacer algunas puntualizaciones sobre la Circular 1/2022, de 10 de enero, relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión; la cual tiene en su ánimo sentar las normas, principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria sobre criptoactivos que sean objeto de inversión (art. 1).

¹⁷ Disponible en el siguiente enlace: <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t=%7Be14ce903-5161-4316-a480-eb1916b85084%7D>

¹⁸ BARRIO ANDRÉS, MOISÉS.: “La nueva regulación de los criptoactivos en España”, en *Diario La Ley*, Nº 10006, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2022, Wolters Kluwer.

Sobre el ámbito subjetivo, no admite mayor debate, pues, según el art. 4, la norma se aplica a las siguientes entidades: i) los prestadores de servicios de criptoactivos cuando anuncien criptoactivos; ii) los proveedores de servicios de publicidad; y iii) Cualquier persona física o jurídica no incluida en los dos grupos anteriores y que realice actividades relacionadas con los criptoactivos, ya sea por sí misma o por cuenta de terceros. Se incluyen por tanto los influencers de las redes sociales.

Respecto al ámbito objetivo, si habría que acometer algunas puntualizaciones, por cuanto especifica la CNMV que tan sólo queda sujeta a lo previsto en la misma la actividad publicitaria sobre criptoactivos que sean objeto de inversión. Por tanto, no abarca todas las tipologías de criptoactivos, como por ejemplo pueden ser aquellos que tenga consideración de instrumentos financieros incluidos en el anexo del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores, ni a aquéllos que por su naturaleza o características no sean susceptibles de ser objeto de inversión, ni a otros muchos¹⁹.

Por último, y en un ejercicio de síntesis, la CNMV, en la mentada Circular, impone, entre otras, tres obligaciones en aras a procurar una publicidad objetiva y real de los criptoactivos como objeto de inversión.

En primer lugar, a tenor de la norma 5, apartado segundo, letra a), “*se incluirán en la comunicación comercial, con formato y posición que garantice su relevancia dentro de la pieza publicitaria no debiendo incluirse como información secundaria o en notas a pie de página, el siguiente mensaje de advertencia: «La inversión en criptoactivos no está regulada, puede no ser adecuada para inversores minoristas y perderse la totalidad del importe invertido»*”.

En segundo, según la norma 6, apartado primero, la publicidad no requiere, con carácter general, de comunicación previa obligatoria a la CNMV, salvo dos supuestos. El primero es el de las campañas de publicidad masiva (las dirigidas a más de 100.000 personas). El segundo es el de aquellas campañas que la CNMV considere que pueden tener un impacto significativo en el público objetivo y cuyos criterios deberá concretar.

Por último, existe un deber general de información, de llevar un registro de los anuncios publicados en los dos últimos años. Con carácter particular, la CNMV podrá

¹⁹ Como puede ser las campañas publicitarias corporativas, o la publicidad en conferencias que no tengan por objeto fomentar la inversión en los mismos

requerir a las entidades obligadas información específica sobre campañas publicitarias o anuncios concretos con el fin de evaluar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Circular.

Estas tres obligaciones, y el resto comprendidas en la Circular, resultan oportunas y proporcionadas, a la par que sientan un marco de seguridad jurídica de protección a los inversores, de forma provisional en lo que termina de fraguarse el que seguro será una normativa revolucionaria: el Reglamento europeo MiCA.

6. REFLEXIÓN FINAL

A la vista de todo lo expuesto, colegimos que *Blockchain* y *bitcoins*, si bien fueron creados para permitir legalmente las transacciones anónimas de forma descentralizada y sin intermediarios, en la actualidad están siendo utilizadas por las organizaciones criminales atraídas por sus propiedades para evadir el control de las autoridades y extender su actuación a distintos territorios o Estados. Estas dinámicas emergen y se potencian, principalmente, por el anonimato de las redes públicas de *Blockchain* y la falta de regulación de las criptomonedas en diversos países del mundo, lo que se convierte en “caldo de cultivo” para un sinfín de actividades criminales difícilmente perseguibles por la justicia penal.

Uno de los principales riesgos asociados a las criptomonedas es aquél que deriva de su faceta como instrumento de inversión, y ello por su alta volatilidad y por las significativas variaciones al alza y a la baja que puede experimentar su valor. Más aún, las criptomonedas operan en tecnología *p2p*, descentralizada, como puede ser *Blockchain*, aún en proceso de maduración, por lo que no son aún totalmente fiables en cuanto a su funcionamiento y seguridad. Por último, bajo un prisma legal, su aceptación aun es muy controvertida, lo que dificulta la aplicación del derecho y el amparo jurídico a los inversores.

Por todo lo dicho, se hace necesario desarrollar un marco legal más riguroso y compacto que proteja a los inversores. La analizada Circular 1/2022, emitida por la CNMV si bien resulta proporcionada y razonable, lo cierto es que es algo incompleta toda vez que deja fuera de su ámbito de aplicación objetiva ciertas tipologías de criptoactivos que empiezan a emerger y representan una amenaza real para los inversores, en especial, para el pequeño inversor.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Barrio Andrés, Moisés (2022), “La nueva regulación de los criptoactivos en España”, en *Diario La Ley*, Nº 10006, Sección Tribuna, Wolters Kluwer.
- Fernández, A (2018), *Guía Bitcoin. La guía más práctica, completa y actualizada para iniciarse y avanzar en el mundo Bitcoin*, p. 24.
- Garrido Carrillo, F.J (2021), “Estudio preliminar-prólogo” en *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada. Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp.16-17.
- Gil Soriano, A (2018), “Monedas Virtuales: Aproximación Jurídico-Tributaria y Control Tributario” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, ISSN: 1578-956X, p. 73.
- Jiménez García, I.D (2020-2021), *Análisis financiero y bursátil y bursátil del bitcoin y otras criptomonedas*, Facultad de Economía y Empresa, Universidad de Zaragoza, p. 5.
- Legerén-Molina, A (2019), “Retos Jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de Blockchain”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, p. 179.
- Nieto Giménez-Montesinos, M.A. y Hernáez Molera, J (2017), “Monedas Virtuales y Locales: Las Paramonedas, ¿Nuevas Formas de Dinero? en *Revista de Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 35, p. 110.
- Nuño Barrau, G (2018), “Implicaciones de política monetaria de la emisión de dinero digital por parte de los bancos centrales” *Boletín Económico 3/2018*, Artículos Analíticos, Banco de España, p.1.
- Pacheco Jiménez, M.N (2019), “De la tecnología *blockchain* a la economía del *token*” en *Revista de la Facultad de Derecho, Derecho PUCP*, Universidad de Castilla-La Mancha, p. 66.
- Rangel Gutiérrez, L.J.: *Aproximaciones jurídicas al marco regulatorio de las criptomonedas*, ISBN: 978-980-18-0868-8, Canadá, p.19.
- Saldaña Taboada, P (2017), “¿Por qué las organizaciones criminales utilizan criptomonedas? Los bitcoins en el crimen organizado” en *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, núm. 6, ISSN: 2340-6046, p. 14.
- Sansó-Rubert (2005), “La internacionalización de la delincuencia organizada: Análisis del fenómeno”, en *Seminario de Estudios de Defensa*. (UNISCI), Universidad de Santiago de Compostela, octubre, p. 55.

NORMATIVA

- La Circular 1/2022, de 10 de enero *relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión*.
- Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre el riesgo de las criptomonedas como inversión, el 9 de febrero de 2021.

Informe emitido por el European Banking Authority (EBA) titulado: *Opinion on “virtual currencies”*.

JURISPRUDENCIA

Sentencia TJUE C-264/14, de 22 de octubre de 2015.

ACORDOS DE COLABORAÇÃO NOS CRIMES TRANSNACIONAIS E A VALIDADE DA PROVA EM MÚLTIPLAS JURISDIÇÕES

RENATA MACHADO SARAIVA
*Doutoranda pela Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa e advogada*
renata.saraiva@wunderlich.com.br

A percepção de mundo a partir da globalização e de seus tantos desenvolvimentos influencia a própria percepção do direito penal e do processo penal. A ampliação das possibilidades de circulação de pessoas pelos muitos cantos do planeta trouxe também o crescimento e o aprimoramento das formas de delinquência, ganhando espaço crimes de ordem transnacional, como amplamente se percebe no campo da criminalidade empresarial, financeira, ambiental, nas diferentes modalidades do tráfico de pessoas, de armas, de drogas, de órgãos, apenas para citar alguns exemplos.

É claro que a resposta penal a esta criminalidade sem fronteiras é sufocada quando restrita ao *ius puniendi* de cada Estado-nação. A necessidade de novos meios de obtenção de provas surge neste contexto de inaptidão dos meios desenhados a partir de um princípio muito caro ao direito penal, que é o princípio da territorialidade, e de uma nova demanda de alcance dos seus instrumentos investigativos.

Com preocupação nesse cenário deficiente em termos persecutórios e até preventivos, diplomas internacionais como a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida incentivam o uso de instrumentos de justiça penal negociada quando do enfrentamento da criminalidade de natureza transnacional. Esses diplomas, entretanto, não são capazes de orientar a resolução de conflitos que podem surgir – e que comumente surgem – quando diferentes jurisdições, com diferentes ordenamentos jurídicos, têm um interesse comum numa prova obtida a partir de mecanismos de justiça negociada.

Essa nova fonte de informações e de provas agrega ainda mais desafios ao contexto da cooperação internacional entre Estados, tais como a delimitação de critérios de validade da prova que se perpetuem nas diferentes jurisdições possivelmente inte-

ressadas neste material – tenham ou não a mesma tradição processual (*civil* ou *common law*), tenham ou não mecanismos de justiça penal consensual estabelecidos em seus ordenamentos. É sobre essa questão que se pretende colocar luz neste artigo.

1. CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL E MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS

Nos últimos anos, a criminalidade transnacional mostrou-se um dos ramos de maior expansão do direito penal. É claro que não se trata de uma criminalidade nova, mas certamente a ramificação de vários caminhos a partir da globalização deu margem e fôlego para que a criminalidade de tal natureza expandisse seu alcance e musculasse suas estruturas.

Os avanços tecnológicos, a velocidade na troca e a facilitação no acesso a informações até mesmo de natureza sensível ou sigilosa, a construção de redes de comunicação entre órgãos, países, sujeitos, a relativização das fronteiras geográficas, a abertura econômica dos mercados, a promoção na circulação mundial de bens, pessoas, serviços etc., tudo isso fez com que também a criminalidade pudesse proliferar-se em escala mundial. «O nosso viver despacializou-se. O nosso interagir subjectivo perdeu as referências clássicas do espaço. As culturas, os gestos, os gostos, os saberes, as informações, tudo está em qualquer lugar, em qualquer espaço. E não falamos metaforicamente».¹ A permeabilidade das fronteiras, intensificada pelas grandes transformações dos últimos anos no campo dos transportes e das comunicações, dá espaço para que sejam desenvolvidas novas formas delitivas, com métodos mais sofisticados, com ferramentas mais rápidas de difusão².

Não só, mas também em função disso, os Estados e suas autoridades perceberam a incompatibilidade entre as suas formas de prevenção e de persecução da criminalidade tradicional com as estruturas assumidas pelo crime transnacional. Os meios clássicos de obtenção de provas foram paulatinamente mostrando-se inadequados ou insuficientes quando no enfrentamento dessa criminalidade, frequentemente vinculada a estruturas complexas, sem localização precisa ou com uma pluralidade de locais implicados.

Ocorre que a noção jurídica de espaço tem papel fundamental na construção de todo o pensamento penalista dos últimos séculos e, por consequência, das normas

¹ Costa, 2010: 75.

² Ricardes, 2011: 7.

jurídico-penais. A diluição dessa noção do espaço causada em boa parte pela expansão da criminalidade transnacional³ tem repercussões, assim, significativas nas estruturas dos instrumentos penais. Passamos de uma ideia de espaço limitada à noção do Estado-nação, representada pelo princípio da territorialidade, para uma exigência de percepção da realidade das coisas, dos sujeitos, da vida, num espaço ilimitado.

Houve uma dispersão espacial da criminalidade, tendo como impacto a busca de harmonização por diferentes nações de normas e princípios que possam e devam ser aplicados. É a conclusão trazida já há bastante tempo por Mireille Delmás-Marty, «(...) enquanto o Direito Penal estadual se mantém essencialmente ligado ao território e adaptado aos indivíduos isolados, o crime transnacional, andando a par com a organização em redes transfronteiriças, exige o reforço da cooperação internacional *stricto sensu* e a adopção de normas comuns, se não totalmente uniformizadas, pelo menos compatíveis entre si»⁴.

Ou seja, enquanto o direito penal clássico é produto de ordenamentos jurídicos nacionais, unitários e fechados, «(...) El Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional es, en cambio, un Derecho crecientemente unificado, pero, al mismo tiempo, menos garantista, en el que se flexibilizan las reglas de imputación y en el que se relativizan las garantías político-criminales sustantivas y procesales».⁵

Esses novos desafios atrelados à criminalidade transnacional florescem, primordialmente, sob duas perspectivas antagônicas: (i) a necessidade de efetividade e eficiência na prevenção e na persecução dos crimes de ordem transnacional; (ii) e, em paralelo, a preservação das garantias, traduzidas em direitos fundamentais, das partes envolvidas: vítimas e investigados, mas também dos colaboradores, quando se trata de instrumentos de justiça negociada em matéria penal.

2. ACORDOS DE COLABORAÇÃO COMO MEIOS EXCEPCIONAIS DE OBTENÇÃO DE PROVAS

A justiça penal negocial é, sem dúvidas, uma ferramenta jurídica em franca expansão, e muito embora possam ser identificados inúmeros e diferentes instrumentos desta natureza, podemos dividi-los em dois blocos principais: os instrumentos de abreviação do processo penal e os meios alternativos e excepcionais de obtenção de provas.

³ Costa, 2010: 17.

⁴ Delmás-Marty, 2004: 290.

⁵ Cordini, 2018: 1142.

É essa última categoria que nos interessa para o tema aqui tratado, pois trata-se de acordos celebrados entre autoridades públicas e sujeitos que cometeram ou contribuíram para a prática de crimes em geral envolvendo organizações criminosas expressivas, participando de esquemas tão complexos que as vias tradicionais de investigação são insuficientes à obtenção de informações e provas para o seu desmantelamento, sua investigação e sua persecução.

Nesses casos de um quase estado de necessidade investigativo, ter-se-ia nos acordos de colaboração em matéria penal uma alternativa, em troca da mitigação dos efeitos da persecução penal sob o sujeito colaborativo, os chamados “benefícios”, indo desde a redução ou substituição da pena imposta até a sua isenção. No âmbito da criminalidade transnacional, a resolução de conflitos por meio de instrumentos dessa natureza é cada vez mais frequente⁶.

3. RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS AO USO DE MECANISMOS DE CONSENSO EM MATÉRIA PENAL

Tanto na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Art. 26 da Convenção de Palermo⁷ - quanto na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Art. 37 da Convenção de Mérida⁸, há o encorajamento para que os Estados-parte implementem medidas de estímulo a que sujeitos envolvidos em organizações criminosas transnacionais, ou na prática de crimes de corrupção transnacional, forneçam informações úteis para fins investigativos e probatórios.

As próprias Convenções preveem a possibilidade de acordos ou tratados entre Estados-parte que tenham comum interesse nas informações e provas entregues pelos colaboradores, para que os benefícios lhes sejam assegurados e as provas e informações compartilhadas possam ser utilizadas em diferentes jurisdições. Todavia, se por um lado estas Convenções são bastante claras no incentivo à adoção de instrumentos negociais, por outro, não dão conta de solucionar – e nem sequer de mencionar – quais seriam os caminhos e os órgãos competentes para a solução de problemas decorrentes

⁶ OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*. Disponível em: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm (data de consulta: 14/03/2022).

⁷ A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, e que entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2003.

⁸ A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi promulgada em 31 de outubro de 2003, e que entrou em vigor em 14 de dezembro de 2005.

do uso incorreto, e até mesmo ilegal, dessas informações e provas, em não sendo assegurados os benefícios concedidos ao sujeito delator, por exemplo.

A questão chave é, assim, delimitar de que forma deve ocorrer o compartilhamento desse material probatório e dessas informações com outros Estados que também sobre elas tenham legítimo interesse, sem que os elos de validade da prova sejam quebrados.

4. DESAFIOS DE MANUTENÇÃO DA VALIDADE DA PROVA EM MÚLTIPLAS JURISDIÇÕES

Uma vez firmados acordos dessa natureza, com a entrega às autoridades públicas de um determinado país de provas atinentes a crimes de ordem transnacional, surge a questão de como manter tais provas válidas nas múltiplas jurisdições que podem ter interesse sobre elas. Nesse caso estamos falando tanto das informações em si, quanto de documentos apresentados pelos colaboradores a fim de corroborar seus relatos, depoimentos já prestados ou a serem tomados, mídias como gravações telefônicas, fotos, áudios etc.

Como dito, nos acordos de colaboração, os sujeitos que pretendem cooperar com as autoridades públicas o fazem em troca de benefícios. Esses sujeitos renunciam ao direito de não produzir prova contra si mesmos e ao direito ao silêncio justamente em razão das benesses especialmente vinculadas à pena que são ofertadas pelo Estado. A validade dessas provas, por evidente, está condicionada à garantia de que os benefícios acordados serão assegurados por toda e qualquer autoridade pública que faça uso desse material probatório.

Contudo, quando falamos em interesse multijurisdicional estamos falando de diferentes ordenamentos com posicionamentos muito variados sobre instrumentos negociais em matéria penal e, inclusive, com tradições processuais diversas. A manutenção desse requisito de validade, assim, mostra-se como um grande desafio no manejo das informações e provas obtidas por esses meios excepcionais.

É verdade que as referidas Convenções sugerem que sejam estabelecidos acordos bilaterais entre os países interessados no material probatório, na tentativa de minimizar essas diferenças legislativas e institucionais, mas mesmo a existência desses instrumentos não é suficiente para que esse requisito de validade seja respeitado por todos os Estados interessados em seu conteúdo, não sendo incomum a entrega de provas pelo Estado que celebrou o acordo de colaboração e o uso indevido das provas, contra o próprio colaborador, pelo Estado que as recebeu.

As convenções não dão conta de prever os caminhos para a resolução de situações dessa natureza, por exemplo. Aliás, ainda são escassas as orientações nos regulamentos nacionais e internacionais, e até mesmo na doutrina, sobre questões probatórias no contexto dos acordos de colaboração em matéria penal. A justiça penal negocial, contudo, é uma realidade em inúmeros ordenamentos e tende a espalhar-se ainda mais - este é o movimento que vem sendo observado.

Esse cenário lacunoso dá espaço para uma grande insegurança jurídica quanto ao manejo de provas e informações entregues por colaboradores da justiça, renunciando ao direito de não produzir provas contra si e ao direito ao silêncio. Essa insegurança serve de tentação para a flexibilização e a relativização de garantias tanto em relação aos investigados quanto em relação aos próprios colaboradores e acaba desestimulando o uso de instrumentos negociais, inclusive nas situações em que os meios tradicionais de resolução de casos complexos, como é o caso dos crimes transnacionais em geral, já não se mostram efetivos, esvaziando, até mesmo, a própria razão de ser do texto das Convenções internacionais.

5. CONCLUSÕES

Primeira: mostram-se obsoletos os meios tradicionais de obtenção de provas quando aplicados no contexto da criminalidade transnacional, especialmente pela relativização do conceito de territorialidade e pela sua habitual prática em contextos de vultuosas organizações criminosas e complexos esquemas envolvendo mais de um país.

Segunda: importantes convenções internacionais incentivam o uso de acordos de colaboração em matéria penal como meios alternativos e excepcionais de obtenção de provas da criminalidade transnacional. Estas convenções, contudo, não orientam e nem mencionam a criação de vetores para garantir o compartilhamento, o procedimento e a competência para o julgamento do mau uso dessas provas por Estados que as recebam de Autoridade celebrantes dos referidos acordos. O desafio é ainda maior quando múltiplas jurisdições têm um interesse comum na prova, mas não comungam do mesmo posicionamento quanto à justiça penal negociada.

Terceira: a validade deste conjunto probatório obtido nos acordos de colaboração está vinculada à garantia de que os benefícios ofertados ao colaborador, em troca de informações e provas, serão assegurados por todas as autoridades públicas que tiverem interesse nesse material e que dele queiram fazer uso. Contudo, na prática, é comum que ocorram abusos por parte dos Estados que recebem o material, desrespeitando as regras estabelecidas nos acordos de colaboração – e muitas vezes até em

acordos bilaterais –, principalmente no que se refere à ampla manutenção dos benefícios relacionados à pena.

Quarta: a escassez legislativa e doutrinária sobre o manejo de provas obtidas em acordos de colaboração penal, especialmente no contexto de múltiplas jurisdições interessadas nessa prova, dá espaço para uma grande insegurança jurídica que estimula a flexibilização e a relativização de garantias tanto em relação aos investigados quanto em relação aos próprios colaboradores. Como consequência, essa insegurança acaba por desestimular o uso de instrumentos negociais, mesmo nas situações em que os meios tradicionais de resolução de casos complexos, como é o caso dos crimes transnacionais, já não se mostram efetivos, esvaziando, até mesmo, a própria razão de ser do texto das convenções internacionais.

Sem dúvidas esta temática é mais uma no universo da criminalidade de ordem transnacional, se não fruto, certamente fomentada pela quebra das fronteiras entre Estados. E, assim como no caso do terrorismo, de inúmeras questões ambientais, e até mesmo da própria pandemia, se é no contexto da vida global em rede que esses problemas surgem, é no contexto da vida global em rede que também vamos ter de solucioná-los.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, Kai/ Zilli, Marcos/ Sousa Mendes, Paulo de (coords.) (2019), *Corrupção – Ensaios sobre a Operação Lava Jato*, Madri/ Barcelona/ Buenos Aires/ São Paulo, Marcial Pons.
- Armenta Deu, Teresa (2012), *Sistemas procesales penales – La justicia penal en Europa y América*, Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires, Marcial Pons.
- Castells, Manuel (2020), *A sociedade em Rede – A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura*, Rio de Janeiro e São Paulo, Paz e Terra.
- Cordini, Nicolás (2018), «Derecho penal transnacional: hacia una dogmática jurídico-penal regional», *Política Criminal*, 13, pp. 1140-1169.
- Costa, José de Faria (2001), «O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 34, pp. 09-25.
- Costa, José de Faria (2010), *Direito Penal e Globalização – Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/ Coimbra Editora.
- Damaska, Mirjan R. (2015), *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ São Paulo, Marcial Pons.
- Delmás-Marty, Mireille (2004), «O Direito Penal como ética da mundialização», *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, 14, pp. 287-304.
- Giddens, Anthony (1991), *As consequências da Modernidade*, São Paulo, Editora Unesp.

- Herrera, Mercedes (2016), «La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano», *Política criminal*, v. 11, pp. 229-263. Disponível em http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A9.pdf (data da consulta: 14/03/2022).
- Illuminati, Giulio (2019), «Indagini Transnazionali e Tutela dei Diritti Fondamentali», Valente, Manuel Monteiro (coord.), *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti I*, Coimbra, Almedina, pp. 259-271.
- Jackson, John/ Langer, Máximo/ Tillers, Peter (2008), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context*, Oxford and Portland, Hart Publishing.
- Jackson, John/ Summers, Sarah J. (2012), *The Internationalisation of Criminal Evidence – Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, Law in Context.
- Langbein, John (1979), «Land without plea bargaining: how the germans do it», *Faculty Scholarship Series, Papers 534*, pp. 204-225. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13875&context=journal_articles (data da consulta: 14/03/2022).
- Mateos Rodríguez-Arias, Antonio (2019), «Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 56, pp.161-198.
- OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*. Disponível em: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm (data de consulta: 08/03/2022).
- Ricardes, Raúl A. (2011), «El tratamiento de la delincuencia organizada transnacional y otros delitos en la agenda internacional y interamericana», Guiñazu, Serpa/ Ricardes (coords.), *Delincuencia Transnacional Organizada – lavado de activos, narcotráfico y financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires, Cathedra Juridica, pp. 03-40.
- Rodrigues, Anabela Miranda (2019), «A criminalidade organizada – das fronteiras à cooperação judiciária», Valente, Manuel Monteiro (coord.), *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti I*, Coimbra, Almedina, pp. 31-49.
- Schünemann, Bernd (2014), «Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU», Ruggeri, Stefano (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham/ Heidelberg/ New York/ Dordrecht/ London, Springer, pp. 162-180.
- Thaman, Stephen (ed.) (2010), *World Plea Bargaining – Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press.
- Vasconcellos, Vinicius Gomes de (2020), «As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas», *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, 19, 76, pp. 153-173.

Weigend, Thomas (2021), «Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedures», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7, pp. 247-272.

DOCUMENTOS

Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000). Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf> (data de consulta: 17/03/2022)

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf (data de consulta: 17/03/2022)

EL USO DE LOS CONTRATOS INTELIGENTES (SMART CONTRACTS): NUEVOS CAMINOS PARA EL DERECHO CONTRACTUAL (?)¹

FERNANDA DE ARAUJO MEIRELLES MAGALHÃES

Estudiante de Doctorado en la FDUP. Investigadora del CIJE.

Becaria del CIJE/FCT

fernandaa.magalhaes@hotmail.com

Los *Smart Contracts*, o Contratos Inteligentes, que representan la tercera fase de la evolución de los acuerdos electrónicos, son un producto de la digitalización global actual. Cuando surgió su concepto, la idea era transformar el sistema contractual tradicional que, para Nick Szabo, con la aplicación de la tecnología adecuada, podría llegar a ser superfluo.

Algunos entusiastas del tema, apoyados en este entendimiento, creen que los contratos inteligentes pueden funcionar a través de un sistema separado del sistema legal. Por otro lado, hay quien dice que los *Smart Contracts* no podrían considerarse un contrato en absoluto, en su sentido técnico legal. Por último, autores como Jeffrey Lipshaw (2019) creen que los *Smart Contracts*, al promover la eficiencia, pueden complementar el Derecho Contractual, con una conexión de lo tradicional y lo nuevo.

De hecho, no se sabe, concretamente, en qué dirección llevará el uso de los Contratos Inteligentes al Derecho contractual, pero ya se identifican varias cuestiones e implicaciones legales. Así, en este capítulo se abordarán algunos aspectos legales para intentar identificar qué sucederá con el Derecho Contractual y el uso de los *Smart Contracts*.

1. INTRODUCCIÓN

Los acuerdos electrónicos han experimentado una evolución exponencial (Surden, 2012) en los últimos años. Este proceso comenzó con los acuerdos digitales, seguidos

¹ Este texto complementa los argumentos presentados en el artículo “Los contratos inteligentes y el papel de los tribunales en el Derecho Contractual”.

por los contratos basados en datos hasta llegar a los contratos computables, categoría en la que se integran los *Smart Contracts*².

Los *Smart Contracts*, en los años 90, fueron conceptualizados por Nick Szabo, como promesas cumplidas a través de protocolos escritos en lenguaje informático³. Esta noción original de *Smart Contracts*, a pesar del nombre, se refería a una tecnología informática diseñada para realizar cualquier tarea informática, y no sólo al cumplimiento de obligaciones (A. Gómez, 2021: 35). Estos Contratos Inteligentes tienen una lógica objetiva y condicional (*if “this”, then “that”*)⁴, ejecutada de forma automatizada, sin necesidad de un intermediario de confianza.

La idea se adelantó a su tiempo y los sistemas criptográficos existentes en ese momento tendrían que seguir desarrollándose para permitir la ejecución de esas transacciones de forma segura (Glatz, 2018: 279). Así, la importancia práctica de los que un día “tuvieron como referencia paradigmática” (Pardolesi y Davola, 2019: 298⁵) las máquinas expendedoras⁶, sólo se vio a partir del año 2008, cuando apareció el criptoactivo Bitcoin y, asociado a él, la tecnología DLT (*Distributed Ledger Technology*⁷) *blockchain*⁸. Esto se debe a que la cadena de bloques tiene como característica principal la necesidad de consenso entre sus participantes – también conocidos como “nodos” – que actúan en la validación de la información de forma distribuida y, en principio, inmutable.

El término *Smart Contracts* se ha utilizado más de una vez, con distintos significados y funciones. Al tratarse de códigos construidos en lenguaje de programación capaces de facilitar el cumplimiento de las órdenes materiales, pueden estar relacionados con el cumplimiento contractual, pero también con otras tareas que no tienen efectivamente esta finalidad (Ibáñez Jiménez, 2018: 96).

² Los contratos computables son aquellos creados a partir de instrucciones lógicas procesadas en formato digital, aproximándose a la intención de las partes al contratar (Surden, 2012: 639 e ss.).

³ “A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises.” (Szabo, 1996).

⁴ Si “esto”, entonces “aquello” (A. Gómez, 2021: 29).

⁵ Todas las traducciones realizadas en el texto son nuestras.

⁶ Las *vending machines* funcionan de manera que al introducir una moneda se dispensa una determinada cantidad preseleccionada de un producto (Pardolesi e Davola: 298).

⁷ “Las DLT pueden definirse como registros de transacciones digitales y distribuidas que almacenan bloques de datos compartidos en una red de nodos informáticos” (Laurent et. al., 2017: 2), como las plataformas *peer-to-peer* de descarga de archivos: Emule, Bittorrent, etc.

⁸ En una traducción literal, cadena de bloques.

Así, los *Smart Contracts*, debido a la promesa de una mayor seguridad y automatización de los contratos electrónicos para conectar el Derecho y el código de *software*, han ido ganando una importante visibilidad (Idelberger, 2018: 206).

Siendo el tema tan actual y en potencial desarrollo, al comparar los *Smart Contracts* con los medios tradicionales de contratación, surgen una serie de cuestiones legales. Es natural, por tanto, que a medida que aumentan las cuestiones relativas al uso de la tecnología, se desdoblén estudios sobre los *Smart Contracts*, ya que representan potencialmente el crecimiento de la digitalización del Derecho Contractual.

Pero ¿en qué dirección, si es que se puede predecir, llevará el uso de los *Smart Contracts* al derecho contractual? ¿Será necesario crear un nuevo marco normativo? ¿Será un sistema independiente del Derecho, alcanzando, en el futuro, la sustitución del Derecho de los Contratos, o serán los *Smart Contracts* un complemento del Derecho Contractual tradicional? Estas son algunas de las preguntas que pretendemos responder a lo largo de este documento.

2. EL USO DE LOS SMART CONTRACTS: ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS

En cuanto al uso de los *Smart Contracts* como contratos, destacan algunas de sus vulnerabilidades, lo que conlleva algunas cuestiones legales. De hecho, los rasgos que más originan las discusiones y desafíos en torno al tema son las características que, al mismo tiempo que lo atraen, lo diferencian de otros medios de contratación: la inmutabilidad y la autoejecutabilidad (Costa, 2021: 485).

Es cierto que muchos de los problemas que involucran a los *Smart Contracts* están relacionados con estas particularidades, pero también pueden estar relacionados con el lenguaje, o con la falta de comprensión por parte de los tribunales, entre otros aspectos. Algunos de ellos, incluso, nos ayudan a replicar la pregunta central de este estudio, siendo de extrema importancia para hacernos reconocer el verdadero potencial de la tecnología.

2.1. ¿Según la legislación portuguesa, los *Smart Contracts* son (o no) contratos?

Como hemos visto previamente, los *Smart Contracts* no son, en un primer momento, contratos. De hecho, si la intención de las partes es única y exclusivamente la producción de una tarea informática, parece más apropiado decir que estos *Smart Contracts* son sólo actos de ejecución de una determinada transacción, siendo esta orden realizada – o no – mediante el uso de *blockchain* (Magalhães, 2021: 20-21).

Sin embargo, como dijimos, esto no significa que no puedan llegar a tener la naturaleza jurídica de un contrato, como es el caso de los *Smart Legal Contracts*⁹.

Es cierto que en el ordenamiento jurídico portugués no existe una legislación específica sobre el tema. Sin embargo, si analizamos los ejemplos de países como Italia¹⁰ y Estados Unidos¹¹, podemos decir que existen precedentes para considerar los *Smart Contracts* verdaderos contratos (Malaquias y Dias, 2019: 54-55).

De hecho, si analizamos los *Smart Contracts* como contratos, tiene sentido cuestionar la compatibilidad entre ellos y el Derecho Contractual (Pardolesi y Davola: 307). Dicho esto, y al no existir un régimen específico, nos parece que el Derecho Contractual ordinario debería poder regular los *Smart Contracts*.

En el caso de la forma, en el Derecho portugués, concretamente en lo dispuesto en el artículo 219 del Código Civil, “la validez de la declaración de negocios no depende de la observancia de una forma especial, salvo cuando la ley lo exija”. Por tanto, salvo en casos concretos como, *verbi gratia*, los artículos 875 (contrato de compraventa de inmuebles) y 1615 (celebración de matrimonio) del Código Civil, no nos parece, a priori, que exista un impedimento para la validez de los *Smart Contracts*.

Debido a su naturaleza electrónica, el artículo 25 de la Ley de Comercio Electrónico (Decreto-Ley 7/2004), que trata del principio de libertad de contratación, también contribuye a la interpretación de los *Smart Contracts* como contratos en sentido técnico-jurídico, excluyendo los casos indicados en el núm. 2, por los que no se permite la contratación en formato electrónico (Magalhães, 2021: 25-26).

Así, cuando los *Smart Contracts* son originados por la conducta humana, por la voluntad de las partes, capaces de producir efectos, podríamos considerarlos como contratos, dependiendo, claro está, del caso concretamente considerado (Magalhães, 2021: 25). Es decir, mientras sean negocios jurídicos que tomen en consideración la

⁹ Los *Smart Legal Contracts* son los que se forman en la cadena de bloques y tienen al menos la pretensión de constituir un contrato legal (The European Union Blockchain Observatory and Forum, 2019: 23).

¹⁰ La Ley 11 de febrero de 2019, núm. 12, de conversión en ley, con modificaciones, del Decreto Ley de 14 de diciembre de 2018, núm. 135, que contiene disposiciones urgentes de apoyo y simplificación a las empresas y a la administración pública, tiene, en su artículo 8-ter, núm. 2, la definición de *Smart Contracts* por ser “un programa informático que opera sobre tecnologías basadas en registros distribuidos y cuya ejecución vincula automáticamente a dos o más partes sobre la base de efectos predefinidos”.

¹¹ En el Estado de Arizona, por ejemplo, la ley HB 2417 reconoce, en su artículo 5, “c”, que “no se pueden negar efectos legales, validez o aplicabilidad a un contrato únicamente porque dicho contrato contenga un término de Smart Contracts”.

intención objetiva de las partes en el momento de la celebración del contrato, transformando la esfera jurídica, al menos, de los implicados en la relación, creemos que sería posible denominarlos contratos.

2.2. La inmutabilidad de los Smart Contracts

En lo que respecta a la inmutabilidad, apreciamos una ventaja y una desventaja. Por un lado, esta particularidad es bastante positiva para la confianza de las partes y el cumplimiento contractual, reduciendo en última instancia los costes de transacción (Ibáñez Jiménez, 2018: 110-111). Sin embargo, por otro lado, la irreversibilidad de las transacciones afecta a aquellos casos en los que se necesita flexibilidad contractual, en los que hay alguna vicisitud o en los que hay una prestación que se produjo indebidamente porque no era posible detenerla (Costa, 2020: 492).

La imposibilidad de intervenir en el contrato, en este caso, se ve que es útil, hasta que deje de serlo. La tecnología de *blockchain* no puede ver la información externa a la cadena, a no ser que se apoye en un “Oráculo” (Tur Faúndez, 2018: 111-115), que capta la información del mundo real, necesaria para su funcionamiento, y la introduce en el *Smart Contract*, por lo que, al mismo tiempo que *blockchain* garantiza la confianza e integridad de la información almacenada, su inmutabilidad puede ser una desventaja ante determinadas situaciones habituales en la contratación (Freire, 2021: 99-100).

2.3. El código y su lenguaje objetivo

El lenguaje objetivo de los Contratos Inteligentes también da lugar a algunas controversias. A diferencia de lo que ocurre en el lenguaje natural, el lenguaje codificado de los *Smart Contracts* no abre espacio a la doble interpretación (A. Gómez, 2018: 37). Esto limitará el contenido, en parte, al conocimiento de las partes y de quien programe el contrato. El problema es que algunas interpretaciones, sobre todo las jurídicas, se hacen a partir de la epistemología del Derecho (Rudanko, 2021: 71).

Es necesario evaluar normas, principios, reglas e institutos que no pueden ser fácilmente comprendidos por un código, como, *exempli gratia*, el del cambio sobrevenido de circunstancias (Magalhães, 2021: 35 y ss.). Muchos de estos conceptos sólo adquieren sentido con la aportación del razonamiento humano, a través de interpretaciones casuísticas, siendo complicado introducirlos en los códigos de programación para cumplir el Derecho.

La interpretación requiere, en cierto modo, flexibilidad, pero, en los *Smart Contracts*, en principio, no se puede conseguir (Freire, 2021: 93). Se pueden implementar algunas soluciones, pero, aun así, habría una intervención en el contrato, contradiciendo uno de los principales objetivos de los *Smart Contracts*, que es la innecesariedad de una figura intermedia.

2.4. Desconocimiento de la tecnología por parte de los tribunales

El desconocimiento de la tecnología por parte de los tribunales¹² es también un tema muy interesante para debatir. Cuando un Contrato Inteligente prefigura un acuerdo vinculante, por lógica, los tribunales son competentes para resolver posibles litigios. Sin embargo, debido al lenguaje criptográfico, los jueces, por no tener el conocimiento suficiente para interpretar algunas cláusulas, acaban teniendo alguna dificultad para juzgar los casos que envuelven a los *Smart Contracts* (Magalhaes, 2021: 53).

De este modo, o bien el código de los *Smart Contracts* tendría que estar escrito de forma que cualquier persona sin conocimientos específicos sobre la tecnología pudiera entenderlo, o bien los tribunales tendrían que contar con el apoyo de expertos, como ya vienen haciendo en otros asuntos. Otra hipótesis, podría ser incluir a personas con suficiente *expertise* en la cadena de bloques, como un jurista o abogado especialista, para que el consenso se dé dentro de los límites legales, reduciendo así la posibilidad de litigios.

Sin embargo, en una decisión *ex post* de los tribunales ¿cómo detener una determinada acción jurídicamente ilícita o cambiar alguno de los términos del contrato? Parece que, aquí, al no poder modificar las cláusulas de los *Smart Contracts*, habría que crear un nuevo Contrato Inteligente anulando los efectos del primero.

3. ¿DECLIVE O MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL?

3.1. Los Smart Contracts y su relación con el sistema jurídico

Antes de valorar lo que supone el uso de los *Smart Contracts* para el Derecho Contractual, es interesante entender su relación con el sistema jurídico. Esto es, si los Contratos Inteligentes están (o no) vinculados al sistema legal (A. Gómez, 2021: 30). Esta cuestión no parece tan complicada de responder en los casos en los que los *Smart*

¹² En este caso, podría tratarse de un tribunal arbitral o de otro tribunal competente para juzgar el asunto.

Contracts actúan como acuerdos legales, como es el caso de los *Smart Legal Contracts*. Mejor dicho, en estos casos, parece indudable que los *Smart Contracts* deben estar sujetos al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en sentido contrario, hay quienes entienden que los *Smart Contracts* operan de forma autónoma a los procedimientos legales tradicionales, que, según ellos, están desfasados (A. Gómez, 2018: 30). De este modo, también creen que podrían surgir nuevos sistemas de resolución de conflictos, además de los que conocemos (Pardolesi y Davola, 2019: 305).

Es innegable que los contratos, a lo largo de la historia, se presentan como el medio más utilizado a la hora de realizar negocios jurídicos entre particulares, principalmente, por ser instrumentos reguladores de la relación contractual (A. Gómez, 2018: 31). La función regulatoria, que puede ser definida no sólo por la propia ley, sino también por las propias partes, normaliza la comprensión del contrato, los efectos que se producen y qué partes intervienen en esa relación. De este modo, las partes garantizan la protección jurídica en caso de cualquier vicisitud.

Por lo tanto, como subraya Manuel A. Gómez, es razonable decir que existe un consenso en que todo contrato implica, aunque sea de forma indirecta, es decir, mediante el uso de la tecnología, una interacción humana. Asumiendo este principio, parece cierto que, especialmente en relación con los *Smart Legal Contracts*, la ley nunca está completamente ausente. Otro ejemplo que corrobora este argumento son los *Smart Contracts with legal implications*, o, en otras palabras, aquellos *Smart Contracts* ejecutados dentro de *blockchain* utilizados para tareas distintas al cumplimiento de acuerdos, pero que tienen implicaciones legales, *exempli gratia*, los *Smart Contracts* que representan bienes en forma digital (The European Union Blockchain Observatory and Forum, 2019: 25).

3.2. ¿Necesidad de un nuevo sistema de regulación?

Debido a las implicaciones legales derivadas del uso de los *Smart Contracts*, por un lado, se argumenta sobre la necesidad de regulación y creación de leyes específicas que acompañen el desarrollo tecnológico. Por otro lado, hay quienes afirman que se debe “superar el silogismo metodológico-conceptual erróneo según el cual una innovación tecnológica debe corresponder necesariamente a una innovación jurídica” (Pardolesi y Davola, 2019: 315).

Nos parece, aquí, que tendría sentido una regulación especial, pero dentro de unos límites. En otras palabras, para resolver algunas cuestiones específicas relacionadas con los *Smart Contracts* y las tecnologías de *blockchain* sería razonable una

disposición legal¹³. Sin embargo, en los casos en los que tengamos *Smart Contracts* como contratos, las normas y principios jurídicos ya existentes también pueden servir de guía para responder a los problemas legales relacionados con la tecnología, propios de las relaciones contractuales.

El problema en este caso es que las interpretaciones de las cuestiones asociadas a los *Smart Contracts* realizadas en base a la normativa vigente pueden desencadenar resoluciones no tan rigurosas. Teniendo en cuenta que el desarrollo de las tecnologías se produce de forma acelerada, acaba por no haber tiempo suficiente para contemplar todas las disciplinas que implican (Bergareche, 2018: 277).

Sin embargo, todavía no nos parece que tenga sentido reformular todo el Derecho contractual, siguiendo lo que sostiene Rolf H. Weber, aun cuando los métodos de interpretación no pueden ser utilizados en los *Smart Contracts* (Weber, 2019: 307). De hecho, tal y como ha venido sucediendo a lo largo del tiempo, el Derecho Contractual debe seguir siendo flexible en relación con los cambios comerciales, sin necesidad de grandes adaptaciones (Durovich y Lech, 2019: 497).

3.3. El efecto del uso de los Smart Contracts en el Derecho Contractual

A la luz de lo anterior, ¿podrían los Contratos Inteligentes ser, como sostienen algunos, una alternativa al Derecho contractual común? O más bien, ¿son los *Smart Contracts* el principio del fin del Derecho Contractual? Teniendo en cuenta los motivos utilizados anteriormente y señalando algunos puntos más, responderíamos que no.

Algunos siguen el pensamiento de Florian Möhle, quien cree que los *Smart Contracts* permiten la transformación de instituciones legales completas en código de programación, ayudando así a la aplicación automática de los respectivos derechos y deberes (Möhle, 2019: 314). En parte, este razonamiento tiene alguna lógica, pero se centra más en el cumplimiento contractual y no parece abordar todos los objetivos del Derecho Contractual.

La intención de los preceptos contractuales es, más que asegurar el cumplimiento de las obligaciones, regular las relaciones contractuales para proteger a las partes más vulnerables, asegurar el equilibrio entre las partes y evitar posibles conflictos, buscando la justicia contractual. Por cierto, en nuestra opinión, en el estado actual de la tecnología, estas necesidades no pueden satisfacerse completamente con el uso de los *Smart Contracts*.

¹³ A este respecto, para validar este pensamiento, Rolf H. Weber utiliza como ejemplo la duda sobre la calificación del software "Oracle". Sostiene que esta cuestión podría resolverse si existiera una disposición legal al respecto (Weber, 2019: 311).

Desde un pensamiento lógico, el “uso de nuevos medios para la realización de viejas tareas sólo es útil cuando los nuevos medios son realmente una ventaja” (Feiteiro, 2020: 75). Por tanto, teniendo en cuenta el sistema de funcionamiento de los *Smart Contracts*, que aplican de forma “idealmente típica” (Weber, 2019: 308) el principio *pacta sunt servanda*, es decir, de cumplimiento contractual exactamente como se ha acordado previamente, su uso sólo tiene sentido en algunos tipos de acuerdo. En otros, donde se requiere más flexibilidad, por ejemplo, en los contratos de larga duración¹⁴, su uso puede verse más afectado.

Básicamente, las vulnerabilidades de los *Smart Contracts*, en cierto modo, les impiden tener un papel sustitutivo en relación con el Derecho contractual. Además, incluso con una futura evolución, es poco probable que la sustituyan (A. Gómez, 2021: 44). De hecho, observando el crecimiento exponencial del uso de los medios de contratación electrónica, habrá, en consecuencia, un mayor reconocimiento y énfasis en el uso de los *Smart Contracts*. Sin embargo, si reflexionamos que la interacción humana y el acuerdo de voluntades es lo que define a los contratos, en el sentido técnico-jurídico, ni siquiera parece adecuada una digitalización total del Derecho Contractual (A. Gómez, 2021: 44).

Al tener los *Smart Contracts* los términos contractuales potencialmente irreversibles y autoejecutables, tenemos una mayor confianza en el cumplimiento contractual, ya que el propio contrato garantiza que las obligaciones serán procesadas. Sin embargo, predecir todo lo que puede ocurrir durante la vigencia del contrato es casi imposible, las partes sólo pueden anticiparse según la información que conocían cuando decidieron contratar (A. Gómez, 2021: 38). En este caso, debemos reconocer nuestra incapacidad para regular todas las vicisitudes que puedan surgir a lo largo del contrato, por no hablar de los costes que esto podría producir. Puede ser, por tanto, que los tribunales tengan que resolver los conflictos derivados del uso de los *Smart Contracts*, basándose en los principios, normas e institutos del Derecho Contractual.

La función protectora que normalmente se atribuye al Derecho de los Contratos puede verse afectada en algunos casos, por ejemplo, en relación con los derechos de los consumidores. En este ámbito podría ser difícil para los consumidores expresar sus preferencias dentro de los *Smart Contracts* y algunos elementos fundamentales a tener en cuenta en este ámbito podrían ser omitidos, o difíciles de identificar dentro del lenguaje codificado, lo que dificulta la protección de la parte más frágil (Pardolesi

¹⁴ Los contratos duraderos son los que duran un periodo de tiempo determinado o un tiempo específico. En última instancia, estos contratos exigen una mayor flexibilidad a la hora de redactar las cláusulas contractuales, ya que no tenemos la capacidad de prever todas las situaciones que pueden producirse durante el transcurso del contrato.

y Davola, 2019: 306-307). Además, aún no está del todo claro qué efectos producirá la plena digitalización a través de los Contratos Inteligentes en las normas jurídicas y la protección de las partes más frágiles (Rudanko, 2021: 78).

No se trata, por tanto, de un declive del Derecho Contractual, sino de una probable adaptación a la realidad digital. Los *Smart Contracts* son sólo una parte de las tecnologías disruptivas que pretenden revolucionar la “toma de decisiones humanas” (Werbach y Cornell, 2021: 37), de hecho, en varios tipos de contratación su aplicación será ventajosa y eficiente, pero no hasta el punto de convertir el Derecho Contractual en algo obsoleto y anticuado. A lo sumo, puede ser un complemento para reforzar el cumplimiento de las obligaciones, generando mayor rapidez y menor coste en el proceso de contratación.

4. CONCLUSIÓN

Aunque para los nada escépticos los *Smart Contracts* representan, por así decirlo, una “revolución de los contratos”, en el estado actual de la tecnología todavía es difícil predecir eficazmente sus efectos en el Derecho Contractual. Sin embargo, no nos parece, aunque se desarrollen algunos aspectos de los Contratos Inteligentes, que su uso vaya a acabar con los contratos tradicionales y con todo el sistema jurídico.

Además de que los *Smart Contracts* tienen sus fragilidades, aunque no se recurra a los tribunales o no sean elaborados con la intermediación de un operador jurídico o de instituciones tradicionales, estos contratos, como hemos visto, no pueden estar fuera de los límites de la ley. Sin embargo, el uso de los Contratos Inteligentes no deja de crear retos y perspectivas para el Derecho Contractual, especialmente, por sus características principales.

Partiendo de la premisa de que la contratación tradicional es a menudo ineficiente, propensa a interpretaciones ambiguas y a una aplicación incoherente y a veces también incompleta, parece más apropiado hablar de una complementariedad entre ambas formas de contratación (Feiteiro, 2020: 90). Se trataría de una modernización; de realizar, en algunos casos, una tarea antigua de forma segura y más eficiente, mediante el uso de la tecnología. En la actual Era de la Información, todo lo que pueda ser informatizado, lo será (Lipshaw, 2019). Entonces, ¿hasta qué punto puede producirse esa digitalización?

De hecho, es irrefutable que los *Smart Contracts* son un gran cambio para los contratos, principalmente, en términos de protección, ya que tiene un carácter preventivo (Costa, 2020: 486). Es decir, busca impedir cualquier acción que se desvíe de lo precodificado en el contrato, a diferencia de lo que suele ocurrir en otros medios

de contratación, reconduciendo los conflictos en sede contractual (Costa, 2020: cit.). Sin embargo, como hemos visto, algunas cuestiones siguen abiertas.

En esencia, la tecnología de los *Smart Contracts* no es un sistema nuevo, sino una continuación de “formas relacionales preexistentes” (Pardolesi y Dávila, 2019: 316). La creación y evolución de los *Smart Contracts* ciertamente aumenta la eficiencia en algunos aspectos contractuales, pero aún no son capaces de sustituirla o cambiarla por completo. No obstante, pueden llegar a plantearse algunos cambios, ya que los *Smart Contracts* tienen el carácter de código informático (Weber, 2019: 312), con matices propios de este sistema.

A la vista de todo lo anterior, no se puede negar el poder de la digitalización y lo mucho que ha contribuido a la evolución del Derecho. Pero es cierto que todavía hay mucho que desarrollar y mejorar en cuanto al uso de los Contratos Inteligentes. Realmente, esta tecnología es capaz de aportar innumerables ventajas al Derecho Contractual; no obstante, no podemos dejarnos llevar por la euforia y el entusiasmo en torno a los *Smart Contracts* y llevar a cabo un reconocimiento de los mismos sin tener en cuenta todas las implicaciones legales que deben aún estudiarse pormenorizadamente.

AGRADECIMIENTOS

Este artículo ha sido elaborado en el ámbito de la Beca de Investigación para Estudiantes de Doctorado en el área de Derecho, contrato plurianual de unidades I&D 2020-2023 entre FCT, FDUP y CIJE.



BIBLIOGRAFIA

- A. GÓMEZ, Manuel (2021), «(In)fallible Smart Legal Contracts», *Legal challenges in the New Digital Age*, LOPEZ RODRIGUEZ, Ana Mercedes; GREEN, Michael D.; LUBOMIRA KUBICA, Maria, Leiden, Koninklijke Brill, p. 29-44.
- COSTA, Mariana Fontes da (2020), «Decentralized Smart Contracts: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva», *In: Direito, Tecnologia e Empreendedorismo: uma visão luso-brasileira*, Orgs. LUPION, Ricardo. ARAÚJO, Fernando, Porto Alegre, Ed. Fi, 477-494. Disponible en <https://www.editorafi.org/25tecnologia> (fecha de consulta: 18.03.2021)
- DUROVIC, Mateja; LECH, Franciszek (2019), «The Enforceability of Smart Contracts», *Italian L.J.*, pp. 493-511. Disponible en <http://theitalianlawjournal.it/data/uploads/5-italj-2-2019/493-durovic-lech.pdf> (fecha de consulta: 12.01.2022)
- FEITEIRO, André (2020), «The complementary but not alternative utility of smart Contracts», *in Revista de Direito e Tecnologia*, Vol. 2, n.º 1, pp. 71-96. Disponible en <https://blook.pt/publications/publication/24df53083858/> (fecha de consulta: 10.08.2021)
- FREIRE, João Pedro (2021), *Blockchain e Smart contracts: implicações jurídicas*, Coimbra, Almedina.
- GLATZ, Florian (2018), «Blockchain – A new Foundational Technology in Law?», *Legal Tech: how technology is changing the legal world – a practitioner's guide*, HARTUNG, Markus; BUES, Micha-Manuel; HALBLEIB, Gernot, Hart/Beck/Nomos Ed., Portland, pp. 275-282.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. (2018), *Derecho De Blockchain Y De La Tecnología De Registros*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- IDELBERGER, Florian (2018), «Connected Contracts reload – Smart Contracts as a Contractual Networks», *in European Contract Law in The Digital Age*, GRUNDMANN, Stefan, Cambridge, Intersentia, pp. 205-236.
- LAURENT, Partrick; HURTAUD, Stéphane; CHOLLET, Thibault; GENCO, Sebastián (2017), «Distributed Ledger Technologies services: using de power of blockchain», *Deloitte*, pp. 1-8. Disponible en <https://www2.deloitte.com/lu/en/pages/technology/solutions/blockchain-distributed-ledger-technology-stitch-in-time.html> (fecha de consulta: 15.01.2022)
- LIPSHAW, Jeffrey M. (2019), «The Persistence of ‘Dumb’ Contracts», *in Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, Vol. 2. Disponible en <https://stanford-jblp.pub.org/pub/persistence-dumb-contracts/release/1> (fecha de consulta: 01.12.2021)
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel (2018), «Acerca de la redefinición de la autonomía privada en la sociedad tecnológica», *in Revista Boliviana de Derecho*, n.º 26, (2018), pp. 260-293. Disponible en <http://revista-rbd.com/articulos/2018/26/260-293.pdf> (fecha de consulta: 07.06.2020)

- MAGALHÃES, Fernanda de Araujo Meirelles (2021), «Smart Contracts: O jurista como programador», *Direito Digital*, GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina; PEDRO, Rute Teixeira, Porto, CIJE/FDUP, pp. 1-72. Disponible en <https://cije.up.pt/pt/e-books-e-special-issues/direito-digital/> (fecha de consulta: 01.10.2021)
- MALQUIAS, Pedro Ferreira; DIAS, Luís Alves (2019), «Smart Contracts: alguns contributos teóricos e práticos.», in *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n.º 52, pp. 53-62. Disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6671/documento/art04.pdf?id=8955> (fecha de consulta: 10.11.2021)
- PARDOLESI, Roberto; DAVOLA, Antonio (2019), «Smart Contract: Lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia», *Liber Amicorum – Guido Alpa*, CAPRIGLIONE, Francesco, Wolters Kluwer, Milano, Cedam, Padova, pp. 297-316.
- RUDANKO, Matti (2021), «Smart Contracts and Traditional Contracts: Views of Contract Law», *Smart Contracts – Technological, Business and Legal Perspectives*, CORRALES COMPAGNUCCI, Marcelo; FENWICK, Mark; WRBKA, Stefan, Oxford, Hard Publishing, pp. 59-78.
- SURDEN, Harry (2012), «Computable contracts», *University of California Davis Law Review*, Vol. 46, pp. 629-700. Disponible en https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/46/2/articles/46-2_surden.pdf (fecha de consulta: 14.12.2021)
- SZABO, Nick (1996), *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*. Disponible en https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (fecha de consulta: 05.02.2019)
- THE EUROPEAN UNION BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM (2019), *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, Thematic Report. Disponible en https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf (fecha de consulta: 18.01.2022)
- TUR FAÚNDEZ, Carlos (2018), *Smart contracts: análisis jurídico*, Colección de derecho de las nuevas tecnologías, Madrid, Reus Editorial.
- WEBER, Rolf H. (2019), «Smart Contracts: Do we need New Legal Rules?», *Digital Revolution: New Challenges for law*, Franceschi, Alberto de; Schulze, Reiner Verlag C.H. Beck/Nomos, Germany, pp. 299-312.
- WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas (2021), «Contracts: Ex Machina», *Smart Contracts – Technological, Business and Legal Perspectives*, CORRALES COMPAGNUCCI, Marcelo; FENWICK, Mark; WRBKA, Stefan, Oxford, Hard Publishing, pp. 7-37.

EL CONTROL INMEDIATO Y PERMANENTE DE LA TECNOVIGILANCIA POLICIAL POR EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

FRANCISCO VEGA AGREDANO

Juez Sustituto, abogado y Doctorando Universidad de Málaga

franciscovega@sobrelegalidad.com

La fase de instrucción es una pieza fundamental del proceso penal, caracterizada por la frecuente fricción entre la necesaria investigación de la noticia criminis y la irremediable afectación de los derechos de quienes tengan conexión con elementos de la investigación. En efecto, no podría existir una adecuada fase de instrucción sin afectar a la intimidad de las personas investigadas. Obviamente, deben existir motivos suficientes que hagan imprescindible y proporcional la invasión de los derechos de la persona¹.

El juez es el máximo y último garante en orden a evitar la conculcación de aquellos derechos y libertades cuya afectación no sea irremediable. Incluso, una vez determinada la necesaria afectación de estos, velará por hacerlo del modo menos lesivo. Pues bien, el Ministerio Fiscal complementado la actuación judicial y ejercitando la acción de la justicia en defensa de la legalidad, según nuestra Constitución (en adelante CE), su Estatuto y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante Lecrim) debe perseguir el mismo fin. El tercer peldaño, lo constituye la Policía Judicial, que actuando orgánicamente, ejecuta las órdenes directas e inmediatas del Juez, moviéndose dentro de los límites de la autorización, especialmente en las medidas de investigación tecnológicas, bajo un deficiente mecanismo de fiscalización².

Nuestro Estado de Derecho no debe desconfiar de la encomiable y concienzuda labor de Policía Judicial en el complejo ejercicio de su función, agravada por una falta notable de medios. Se trata de todo lo contrario, apoyándolos en todo momento,

¹ Úbeda de los Cobos, Julio José (2017), *Videograbación y videoconferencia*, en Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia, Cuadernos Derecho Judicial III, (Dir.) Velasco Núñez, Eloy, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 301-354.

² Narváez Rodríguez, Antonio (1999), «Intervenciones telefónicas comentarios STC 49/1999, de 5 de abril», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2, pp. 1757-1782.

evitando que su trabajo sea excluido como prueba en la fase de juicio. En definitiva, se trataría de dar aplicación efectiva y rigurosa al artículo 126 CE, aportando al proceso y desarrollando con plenitud sus amplios conocimientos en la investigación del iter criminis.

Se pretende analizar en el presente artículo la desconexión o desvinculación entre, la puesta en práctica de determinadas medidas de investigación criminal y el debido control de quien las autorizo. Esto se debe, con frecuencia, a la escasez de medios materiales y humanos en unos órganos judiciales, ya de por sí colapsados. Efectivamente, tras el cese de las diligencias de investigación, deben rendirse cuentas ante el órgano competente y bajo la supervisión de la fiscalía. No obstante, entre el momento final y el momento inicial de la autorización que se concedió, pueden transcurrir días, semanas o meses. Pues bien, durante ese periodo temporal más o menos largo, la autonomía y libertad en la práctica de las diligencias por la policía judicial es más amplia de lo conveniente.

1. LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL PERMANENTE EN LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Los nuevos dispositivos tecnológicos y electrónicos como ordenadores, servidores, discos duros, gps, smartphones, etc., suelen ser importantes fuentes de prueba dentro del proceso penal, al formar parte de nuestra vida diaria. Nos debemos centrar en algunas de las medidas limitativas de derechos que aparecen recogidas en la Lecrim, sobre todo las relacionadas con los nuevos instrumentos tecnológicos, que han perdido de facto la supervisión directa del órgano judicial durante su práctica. El Título VIII de la Lecrim contempla en los Capítulos I, II y III, medidas de investigación limitativas de derechos del artículo 18 de la Constitución, bajo supervisión directa e inmediata del Juez. Pues bien, en estos tres Capítulos, pervive cierta supervisión directa y en todo caso inmediata por el Juez y el Fiscal. No ocurre así, como tendremos ocasión de examinar más adelante, con otras medidas de tecnovigilancia reguladas en el mismo Título VIII.

El control judicial en la entrada y registro aparece en el artículo 553 Lecrim, con un mandato inequívoco de dar "*cuenta inmediata al Juez competente (...)*". El artículo 558 dispone que en el "*auto de entrada (...)* el Juez expresará concretamente (...)". Por su parte, el artículo 569 contempla que "*el registro se practicará siempre en presencia del Letrado del Juzgado o Tribunal (...)*". Por último, el artículo 572 establece que "*(...) se expresarán los nombres del Juez (...) la relación del registro (...) los resultados obtenidos*". En cuanto al registro de libros y papeles, se inspira en

la misma idea de supervisión directa e inmediatez temporal. Así el artículo 574 párrafo segundo dispone que *“los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados (...)”*. Igualmente el artículo 576 extiende la aplicación del artículo 569 al registro de papeles y efectos, es decir, contempla también la participación directa del Letrado, quien levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias. Por su parte, el artículo 577 contempla la intervención directa del Juez en la práctica de la diligencia, al igual que en la detención y apertura de la correspondencia, donde interviene directamente el juez. Por último, en la diligencia de detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, los preceptos que regulan esta diligencia reflejan también una intervención y supervisión directa del órgano judicial durante su práctica. Sin embargo, el artículo 579.3 prevé una regla excepcional de autorización por el Ministro del Interior o, por el Secretario de Estado de Seguridad, pero sometida a revocación o confirmación judicial. Por último, el artículo 581 y 586 describen la apertura de correspondencia, completándose en el 587 y 588. Las medidas anteriores, se ejecutarán bajo la supervisión inmediata del órgano judicial, sin embargo, otras medidas tecnológicas conllevan una prolongación temporal mayor y unas facultades de control distintas³.

En definitiva, en los tres supuestos analizados de medidas de investigación contempladas en la Lecrim y que invaden de una forma u otra los derechos regulados en el artículo 18 de la CE, o el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, nos encontramos ante unas medidas que se ejecutan bajo la supervisión y control directo, inmediato y permanente del órgano judicial. A partir de la lectura de estos preceptos, junto con otros recogidas en el Capítulo en cuestión, se vislumbra la intención del legislador de evitar la desvinculación entre el juez que autoriza la medida y la práctica efectiva de esta. No obstante, es cierto que la propia naturaleza de este tipo de diligencias permite no dilatar en el tiempo la rendición de cuentas tras la ejecución material.

La unidad de acto se quiebra, sin embargo, en las medidas recogidas en los Capítulos IV a IX, que por su naturaleza, se ejecutan masiva y genéricamente, sin discriminación y el legislador, que conoce el riesgo especial, reúne elementos comunes en el Capítulo IV. El artículo 588 bis regula los principios rectores de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, constituyendo una proclamación normativa de los principios que el Tribunal Constitucional define como, determinantes de la validez de cualquier acto de

³ SSTS 805/1997 de 7 de junio; 981/2003 de 3 de julio; 48/2013 de 23 de enero, 834/2015, de 23 de diciembre.

injerencia. El legislador cumple la exigencia de calidad de la ley detallando los requisitos generales exigibles en las medidas de investigación tecnológica⁴.

2. HACIA UN AUTÉNTICO CONTROL JUDICIAL INMEDIATO DE LA TECNOVIGILANCIA POLICIAL

Los artículos 588 bis letras b y c, establecen los requisitos de las solicitudes de autorización judicial. Posteriores preceptos contemplan el carácter secreto de la medida, duración, prórrogas, cese, afectación de terceros y destrucción. También el control de la medida aparece en el 588 bis g, estableciendo que será el juez quien determine el sistema de control que considere conveniente en cada caso⁵, siendo un control sobre la presentación de los resultados obtenidos y no sobre el protocolo de ejecución material. Efectivamente, si leemos detenidamente el precepto, comprobamos que el legislador a pesar mencionar dos momentos temporales diferentes, cuales son el desarrollo y el resultado, es decir, la ejecución y el momento de cese de la medida, realmente se refiere únicamente al momento de la rendición de cuentas, es decir, a los resultados. A la luz de carácter genérico del precepto analizado, puede pensarse que en los posteriores preceptos la Lecrim especificará de manera individualizada las formas de control para cada una de las medidas de investigación, es decir, se incidirá por el legislador en este aspecto esencial del protocolo para el control judicial de la medida, pero nada más lejos de la realidad. Si bien es cierto que el legislador a continuación regula con más o menos detalle el modo de practicar cada una de las medidas de investigación, en ningún momento contempla un control directo y exhaustivo del órgano judicial durante la ejecución material.

El Capítulo V sobre interceptación de las comunicaciones, prevé el control en el artículo 588 ter f. Quizás este sea, junto con algún otro, un precepto que sí detalla en cierta medida aquellos elementos que han de ser puestos a disposición de la autoridad judicial en materia de control de la medida, no obstante, en ningún momento se detalla tampoco, ni el control permanente, ni el protocolo aplicable. Con idéntica ins-

⁴ Gómez Soler, Eduardo (2019), *La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. cuando la práctica forense no puede esperar*, en *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, (coords.) López-Barajas Perea, Inmaculada & Díaz Martínez, Manuel, Valencia, Tirant lo Blanch.

⁵ Marchena Gómez, Manuel. & González-Cuéllar Serrano, Nicolas (2015), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, pp. 176 y 177.

piración regula el Capítulo VI la captación y grabación de comunicaciones, contemplando la puesta a disposición judicial del material. Por su parte el Capítulo VII en cuanto a la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, directamente no contempla la existencia de un precepto similar para el control de la medida, limitándose a regular tan importante medida de investigación de un modo amplio. Tampoco recoge dicho tipo de preceptos de control el siguiente Capítulo VIII dedicado al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, ni tampoco lo contempla el Capítulo IX dedicado a los registros remotos sobre equipos informáticos. Sin embargo, sendos Capítulos si detallan de manera más exhaustiva los términos de la autorización y los presupuestos de adopción de las diferentes medidas

La labor especializada de búsqueda y ocupación de vestigios o pruebas del delito compete al personal técnico especializado de la Policía Judicial, bajo la superior dirección y dependencia del Juez Instructor, correspondiendo a las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de forma exclusiva y excluyente. El artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante LOFCS), define la dependencia como la facultad que ostentan el Juez y el Fiscal para dar, a estas Unidades, las órdenes e instrucciones necesarias, controlando la ejecución formal de tales actuaciones y su resultado⁶. En cuanto a las obligaciones de la Policía Judicial, la LOFCS destaca que estas Unidades darán cuenta de sus investigaciones así como de los resultados al Juez y al Fiscal. Sin embargo, durante el periodo de tiempo imprescindible que transcurre entre la adopción y la ejecución de las medidas de investigación, el órgano judicial pierde cierto contacto directo con la práctica de la diligencia, a diferencia de lo que ocurre en otras medidas de investigación analizadas en líneas anteriores. Efectivamente, se rinde cuentas al Juez sobre los datos obtenidos, pero durante la ejecución de la medida judicial por la policía judicial el órgano judicial, no supervisa ni cualitativa, ni cuantitativamente la medida ejecutada, más allá de las posibles prórrogas que autorice y de la rendición de cuentas final.

La cuestión reside en analizar la posibilidad de que, durante el tiempo que discurre entre la autorización original o prórroga de la medida y la rendición de cuentas, la medida ha podido afectar indebidamente a derechos de personas investigadas o no investigadas. Realmente ese extremo, no se podrá conocer hasta el preciso momento en el que se lleve a cabo el análisis del resultado de las intervenciones, siendo ya el daño inevitable y sus consecuencias irreversibles. Asimismo, el efecto anterior puede

⁶ Durán Silva, Carmen María (2016), *La videovigilancia en el proceso penal: tratamiento procesal y eficacia probatoria*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, Alicante.

ocasionar posteriores anulaciones de las investigaciones e impunidad de personas relacionadas con conductas delictivas muy graves. O incluso, sin alcanzar dichas consecuencias, ha podido vulnerarse el derecho a la intimidad. Si para el filtro judicial esperamos al momento final de cese o de prórroga, como de hecho ocurre de facto, no habremos evitado la innecesaria prolongación en la vulneración de derechos, ni se habrá modulado la práctica de la diligencia de investigación por el juez ante injerencias indebidas.

El control permanente de las medidas durante toda la investigación es vital, pues *“las deficiencias en el control (...) pueden efectivamente incidir en el derecho (...)”* (STS 938/2013, de 10 de diciembre). Por otro lado, en el caso de grabaciones o escuchas, detalla el TS que el *“control judicial no significa inmediata audición de todas las grabaciones por el titular del juzgado (...) sino tan solo con sus datos esenciales”* (STS 747/2017, de 21 de noviembre). En efecto, como indica en la STC 82/2002 de 22 de abril, el instructor podrá exigir en todo momento explicaciones, aclaraciones o correcciones, dando nuevas órdenes sobre la forma y método de practicar la diligencia. Resulta materialmente imposible que el juez presencie la práctica de todas las diligencias, pero la Policía Judicial debe explicar al Juez los detalles sobre el funcionamiento de las medidas de investigación más complejas, la información que pretende obtener y las salvaguardas que garantizan la veracidad de lo obtenido⁷. Estos extremos anteriores, junto a la jurisprudencia y principios aplicables, deben ser perfectamente extrapolables a cualquier tipo de medida de tecnovigilancia.

3. LA POSICIÓN DEL INSTRUCTOR Y DE LA POLICIA JUDICIAL EN LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS

En la actualidad, la situación que ocupa el Juez de instrucción en la práctica de la diligencia no es la idónea, ya que se adoptan las medidas bajo su autorización, pero se ejecuta la medida sin su supervisión permanente e inmediata. En efecto, el Juez de instrucción debe resolver cuantas peticiones fundadas en derecho se le realicen, pero además debe supervisar y controlar de manera efectiva la práctica de la intervención, resolviendo las cuestiones fácticas que surjan a la Policía judicial durante la propia ejecución de la medida. En ningún caso se trata de afirmar que exista una excesiva intervención de la policía judicial en la fase de la instrucción, tal y como sostienen algunos autores, sino de supervisar judicialmente y de forma inmediata las facultades

7

Ortiz Pradillo, Juan Carlos (2011), «Hacking legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 26, pp. 67-92.

policiales durante la investigación. Para lograr el objetivo anterior, la Policía Judicial, como encargada de ejecutar las medidas de tecnovigilancia, debería explicar previamente al Juez todas las vicisitudes que surjan o que prevean. Solo de esa forma el juez será conocedor de los métodos empleados para ejecutar medida de investigación y podrá supervisar adecuadamente su práctica

Asistimos en los últimos años a una paulatina ampliación de las facultades de investigación por la parte de la Policía Judicial, pues necesitan desarrollar con cierta libertad sus conocimientos técnicos y científicos⁸ en un mundo digital cada vez más tecnológico, global y complejo. Ahora bien, esa ampliación no se ha visto acompañada en paralelo de “*un efectivo control o supervisión por parte del juez de Instrucción*”, quien “*...ha renunciado a su papel de órgano investigador y se ha limitado a tramitar el expediente escrito en Sumario o en Diligencias Previas de un modo burocratizado y rutinizado, acumulando toda la información que va recibiendo, sin el previo diseño de una línea de investigación clara (...)*”⁹. La posición procesal del juez instructor es paradójica, asumiendo la dirección en la investigación del delito y de los partícipes y en consecuencia, el control de la ejecución de las medidas de investigación, y de otra parte, garantizando los derechos fundamentales de los investigados¹⁰.

Nuestro TS frecuentemente, en materia de intervenciones telefónicas, pero extrapolable a otras medidas, establece que “*para su validez constitucional, no basta con que haya una autorización del juzgado correspondiente, sino que, tras dicha autorización motivada, ha de existir un control judicial*”¹¹. El TS exige controlar la medida al ordenarse y en su cese, pero también durante su ejecución, para materializar la exigencia de motivación de la decisión judicial, evitando una disociación entre autorización e investigación. El TEDH no se limita a exigir la calidad de la ley, sino también, entre otros aspectos, el control judicial de ejecución de la medida¹². Las SSTs de 11 de octubre de 1994, 25 de enero y 8 de febrero de 1997, ponen de manifiesto la exigencia de “*un riguroso control judicial (...), sin “indiferencia e inactividad judicial ante la actuación policial (...)*”. En efecto, el control sobre la medida de intervención “*exige de una activa y diligente actuación*

⁸ Gallego Sánchez, Gemma (2014), «La policía judicial en el proceso penal», *Revista de Jurisprudencia*, 2, pp. 3-6,

⁹ Miranda Estrampes, Manuel (2006), «El fiscal instructor y la policía judicial: expectativas y dificultades del futuro proceso penal adversarial», *Estudios jurídicos*, 2006.

¹⁰ Narváez Rodríguez, Antonio (1999), «Intervenciones telefónicas comentarios a la STC 49/1999», *op. cit.*

¹¹ STS 647/2010, de 22 de junio.

¹² Cano Palomares, Guillem (2007), «El diálogo entre tribunales y el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas», *Revista española de derecho europeo*, 24, pp. 559-580.

del Juzgado Instructor... ”¹³. La STS Sala 2ª 610/2007, de 28 de mayo de 2007 establece que “el control judicial de la intervención se erige como uno de los requisitos básicos de su validez (...) y que el control judicial (...) se integra en el contenido esencial del derecho...”, exigiendo un “control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida (...)”, y un “control judicial en la ejecución de la intervención y no de su resultado”.

La tecnovigilancia ejecutada con monitorizaciones a distancia, keylogger, troyanos, agentes encubiertos digitales, entregas vigiladas por internet, ciberespionaje, balizas, gps y análisis forenses de dispositivos electrónicos de almacenamiento¹⁴, etc., son ámbitos donde la problemática analizada cobra mayor fuerza. La vigilancia técnica frente a la humana suele ser más indiscriminada e indolente, llegando muchas veces, por meras necesidades técnicas, a afectar a terceras personas ajenas al delito, cuyas intimidades o incluso actuaciones delictivas afloran sin necesidad¹⁵. Estas medidas deben ser judicialmente controladas en su ejecución y de manera directa, no bastando un control meramente indirecto¹⁶. En efecto, las SSTS conceden una importancia capital al momento exacto del desarrollo de la medida, y no tanto al momento de cese e incorporación al sumario de los materiales probatorios. Sin duda, la verdadera injerencia en la intimidad personal se produce en el momento mismo de la ejecución material de la medida y no antes ni después.

4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

En conclusión, según hemos analizado, parece identificarse el control judicial de las medidas de investigación con la rendición de cuentas periódica. Desde mi punto de vista esta conclusión es apresurada, pues el control judicial incluye realmente cinco momentos temporales, aunque solo cuatro aparecen en la Lecrim. El primer momento temporal para el control de la medida es el inicial, es decir, el momento de autorización de la medida y plasmado en la propia resolución que la autoriza. Un segundo momento de control se lleva a cabo durante la dación de cuenta periódica al juez

¹³ Narváez Rodríguez, Antonio (1999), «Intervenciones telefónicas comentarios a la STC 49/1999», *op. cit.*

¹⁴ Ortiz Pradillo, Juan Carlos (2011), «Hacking legal al servicio de la investigación criminal...», *op. cit.*

¹⁵ Velasco Núñez, Eloy (2011), «Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías», *Revista de Jurisprudencia*, 4, pp. 1-8.

¹⁶ Arnaiz Serrano, Amaya (2018), «Prueba de cargo de presunción de inocencia», *Revista de derecho y proceso penal*, 50, pp. 17-70.

efectuado por la policía, permitiendo analizar la evolución de esta. Un tercer momento de control por el juez tiene lugar al valorar la posible prórroga de la medida, para lo cual deberá analizar la efectividad y resultados obtenidos hasta ese momento. Por último, un cuarto control, existirá siempre en el momento de cese de la medida acordada, valorándose el resultado de esta por el juez para seleccionar e incorporar el material probatorio relevante al sumario. Sin embargo, tendría que existir un quinto y preceptivo control judicial en todos los casos, al que se presta nula atención por la Lecrim, y que tendría lugar durante toda la ejecución del acto de injerencia, de manera permanente e inmediata por el instructor. Esto es así, incluso cuando parcialmente pueda cumplirse esta exigencia a través del control periódico del que ya hemos hablado. En caso contrario, habremos creado periodos temporales durante la ejecución de la medida en los que se habrá producido cierta desconexión o desvinculación entre la puesta en práctica de la medida de investigación y el control de esta por quien la autorizó

En definitiva, el control judicial debe abarcar el seguimiento completo de la ejecución material de la medida durante la investigación, evaluando si la medida progresa adecuadamente¹⁷. Habrá de determinarse el método para que el juez pueda llevar a cabo un auténtico control permanente de la medida durante su desarrollo. Obviamente, resulta materialmente imposible que el juez de instrucción acuda en tiempo real a presenciar la práctica de todas las diligencias. Se trataría más bien, de apoyar y asistir a la policía judicial durante todo el desarrollo de la medida, dirigiendo de facto la ejecución y tomando decisiones relevantes en cualquier momento.

El artículo 11 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, de la Policía Judicial (en adelante RDPJ), prohíbe directrices técnicas de los mandos policiales que sean contrarias a la de los Jueces y Fiscales, pues dependen funcionalmente de ellos como comisionados. El instructor policial impartirá órdenes e instrucciones estrictamente técnicas, para la mayor calidad de la investigación, pero sin condicionar resoluciones decisivas que adopte el juez durante una investigación judicial¹⁸. La dirección recae en la autoridad judicial según el RDPJ, extendiéndose la dirección judicial durante toda la investigación, aportando la Policía Judicial sus criterios técnicos, científicos y la gestión de sus propios recursos logísticos. Durante el desarrollo de una medida limitativa de derechos, la policía judicial garantizará la claridad y transparencia de

¹⁷ Suárez Robledano, José Manuel (2011), «Intervención de comunicaciones electrónicas», *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 14, pp. 73-99.

¹⁸ Vallés Causada, Luis Manuel (2017), *La policía judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal*, Tesis Doctoral, Uned, Madrid.

sus procedimientos técnicos, así como su idoneidad para alcanzar las finalidades perseguidas, asegurando la veracidad, autenticidad e integridad de la prueba¹⁹.

La Policía Judicial debe explicar pormenorizadamente al Juez los detalles sobre la metodología de esta tecnología, así como la información a obtener con la medida y su funcionamiento material, pues únicamente así, el juez conocerá los métodos empleados y podrá supervisar su práctica. En efecto, un adecuado control judicial de la medida debe venir respaldado por un protocolo impecable en la metodología policial, pero también en la plena intervención y coordinación entre el juez competente y la policía interviniente. A mayor complejidad tecnológica, mayor alejamiento entre la ejecución técnica de la medida y su control judicial permanente. Sin embargo, el juez debe depositar cierta confianza en la policía judicial que realiza los informes de inteligencia basados en datos elaborados con una sólida base metodológica, técnica y documental²⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- Úbeda de los Cobos, Julio José (2017), *Videograbación y videoconferencia*, en Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia, Cuadernos Derecho Judicial III, (Dir.) Velasco Núñez, Eloy, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 301-354.
- Narváez Rodríguez, Antonio (1999), «Intervenciones telefónicas comentarios STC 49/1999, de 5 de abril», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2, pp. 1757-1782.
- Gómez Soler, Eduardo (2019), *La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. cuando la práctica forense no puede esperar*, en La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas, (coords.) López-Barajas Perea, Inmaculada & Díaz Martínez, Manuel, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Marchena Gómez, Manuel. & González-Cuéllar Serrano, Nicolas (2015), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, pp. 176 y 177.
- Durán Silva, Carmen María (2016), *La videovigilancia en el proceso penal: tratamiento procesal y eficacia probatoria*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, Alicante.
- Ortiz Pradillo, Juan Carlos (2011), «Hacking legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 26, pp. 67-92.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ Pérez Gil, Julio (2008), «Entre los hechos y la prueba: Reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, 14, p. 241.

- Gallego Sánchez, Gemma (2014), «La policía judicial en el proceso penal», *Revista de Jurisprudencia*, 2, pp. 3-6,
- Miranda Estrampes, Manuel (2006), «El fiscal instructor y la policía judicial: expectativas y dificultades del futuro proceso penal adversarial», *Estudios jurídicos*, 2006.
- Cano Palomares, Guillem (2007), «El diálogo entre tribunales y el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas», *Revista española de derecho europeo*, 24, pp. 559-580.
- Velasco Núñez, Eloy (2011), «Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías», *Revista de Jurisprudencia*, 4, pp. 1-8.
- Arnaiz Serrano, Amaya (2018), «Prueba de cargo de presunción de inocencia», *Revista de derecho y proceso penal*, 50, pp. 17-70.
- Suárez Robledano, José Manuel (2011), «Intervención de comunicaciones electrónicas», *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 14, pp. 73-99.
- Vallés Causada, Luis Manuel (2017), *La policía judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal*, Tesis Doctoral, Uned, Madrid.
- Pérez Gil, Julio (2008), «Entre los hechos y la prueba: Reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, 14, p. 241.





ISBN: 978-84-1320-201-3



EDICIONES
Universidad
de
Valladolid