

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed>

Vol. 68/1 enero-junio 2020

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020)

Sumario

Monográfico: Five Centuries Sailing The Legal World (II)

Códigos éticos y función pública.
una aproximación desde la Teoría
del Derecho

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

The Principle of Good Faith in
Public International Law

TALYA UÇARYILMAZ

Obligaciones De Los De-Facto
Regimenes

VLASTISLAV STAVINHOA

The protection of privacy in the
Spanish Criminal Code. A critical
analysis of the reform of 2015

DEBORAH GARCIA MAGNA

A brief philosophical history of the
social function of private property
in the philippines

SOLOMON FERNANDO LUMBA

International Environmental Law
and new sovereignty: some
pending challenges

XABIER EZEIZABARRENA

Tracing Evolution of the Philippine
Concept of Extra-Contractual
Responsibility in the Context of
State Immunity from Suit: Is a New
Approach Necessary?

DAN KEVIN MANDOCDOC CASTRO

La pluralidad de víctimas derivada
de la elevada lesividad en los
ciberdelitos: una respuesta penal
proporcional

JON LÓPEZ GOROSTIDI

Estudios

La protección jurídico-
constitucional del medio ambiente.
Apuesta por el principio de
proximidad institucional al cuidado
del entorno como bien común

ÁNGEL B. GÓMEZ PUERTO

Límites para los delitos de
preparación: criterios restrictivos
para su inclusión en el Código
Penal

ROBERTO CRUZ PALMERA

El subsistema de los derechos
fundamentales

M.^a ISABEL GARRIDO GÓMEZ

Facebook y el derecho a la imagen:
Reflexiones en torno a la STC

27/2020, de 24 de febrero

LAURA FLORES ANARTE

El juicio político en la
autodenominada 4^a

Transformación de México.

Algunos apuntes.

MARISOL LUNA LEAL

Radicalización mediática y abuso
del derecho en la doctrina del

Tribunal Europeo de Derechos
Humanos

DAVID MARTÍN HERRERA

Nuevas oportunidades de
participación en el marco del
modelo de gobierno abierto

MARÍA DOLORES MONTERO CARO

Ciudadanía multinivel y su encaje
constitucional

CLARA SOUTO GALVÁN

Twitter no es un foro público pero
el perfil de Trump sí lo es. Sobre la
censura privada de y en las
plataformas digitales en los EEUU

VÍCTOR J. VÁZQUEZ ALONSO

Premio Juan Churruca

El delito de violación en el Código
Penal español: análisis de la difícil
delimitación entre la intimidación
de la agresión sexual y el
prevalimiento del abuso sexual.
Revisión a la luz de la normativa
internacional

ITZIAR ALTUZARRA ALONSO

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 68/1 enero-junio 2020

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020)

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: DOAJ, ÍNDICES-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+, Google Académico y WorldCat

Los contenidos de la Revista «Estudios de Deusto» están disponibles en acceso abierto en la siguiente dirección:

<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

The contents of the Journal “Estudios de Deusto” are available in open access at the following web page:

<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

Universidad de Deusto
Bilbao
2020

Estudios de Deusto

Vol. 68/1 enero-junio 2020

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020)

Primera época (1904-1920)

Segunda época (1953 hasta la actualidad)

Directores de la revista Estudios de Deusto

1ª ÉPOCA*

1904-1909	Isidoro ZAMEZA
1909-1916	Ignacio María IBERO
1916-1918	Vicente LEZA
1918-1920	Matías IBINAGABEITIA

2ª ÉPOCA

1953-1960	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO (secretario de redacción)
1961-1962	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO
1963-1965	Luis María ESTIBÁLEZ
1966-1974	Andrés Eliseo DE MAÑARICÚA
1975-1990	Juan CHURRUCA
1991-2014	Ignacio María BEOBIDE
2014-	Luis Ignacio GORDILLO

* Durante la 1ª Época no se nombró Director ni se constituyó Consejo de Redacción, sino que la dirección de la publicación formalmente correspondía al Rector del entonces llamado Colegio de Estudios Superiores de Deusto.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - E48080 Bilbao
Correo electrónico: publicaciones@deusto.es
<http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 0423-4847 (versión impresa)
ISSN: 2386-9062 (versión digital)
DOI: <https://doi.org/10.18543/ed>
Depósito legal: BI-1083-2014

Impreso y encuadernado en España/Printed and bound in Spain.

Publicación impresa en papel ecológico.

Director:

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto, España)

Secretaria académica:

Belén García Álvarez (Universidad de Deusto, España)

Consejo de redacción:

Danièle Alexandre (Université de Strasbourg, Francia); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto, España); María Soledad Gil Nobajas (Universidad de Deusto, España); Marta Enciso Santocildes (Universidad de Deusto, España); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra, España); Ana Isabel Herrán Ortiz (Universidad de Deusto, España); Lela P. Love (Cardozo Law School, Estados Unidos); Nerea Magallón Elosegui (Universidad de Deusto, España); Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna, Italia); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University, Estados Unidos); Patrick Wautelet (Université de Liège, Bélgica)

Consejo Asesor y Evaluador:

Ricardo de Ángel Yagüez (Universidad de Deusto, España); Vito Breda (University of Southern Queensland, Australia); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto, España); Ken Fox (Hamline University, Estados Unidos); Miodrag Jovanovic (Univerzitet u Beogradu, Serbia); Francisco Marcos (IE Law School, España); Hassan Qaqaya (UNCTAD, Suiza); Haluk Kabaalioglu (Yeditepe Üniversitesi, Turquía); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto, España); Alejandro Martínez Charterina (Universidad de Deusto, España); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto, España); Martin Oudin (Université François Rabelais – Tours, Francia); Carlos Romero Rey (Poder Judicial, España); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco, España); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto, España); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto, España)

Administración:

Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 295 Fax: 944 139 099

e-mail: revistaestudios@deusto.es

Web: <http://revista-estudios.deusto.es/>

Precios de suscripción:

Europa 45 €

Número suelto 25 €

IVA incluido

Estudios de Deusto está incluida en los siguientes índices y bases de datos: DOAJ, Índices-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+, Google Académico y WorldCat

Estudios de Deusto

Vol. 68/1 enero-junio 2020

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020)

Sumario

Monográfico

- José Manuel CABRA APALATEGUI, *Códigos éticos y función pública. una aproximación desde la Teoría del Derecho* 19
- Talya UÇARYILMAZ, *The Principle of Good Faith in Public International Law* 43
- Vlastislav STAVINOHA, *Obligaciones De Los De-Facto Regímenes* 61
- Deborah GARCIA MAGNA, *The protection of privacy in the Spanish Criminal Code. A critical analysis of the reform of 2015* 75
- Solomon FERNANDO LUMBA, *A brief philosophical history of the social function of private property in the philippines* 89
- Xabier EZEIZABARRENA, *International Environmental Law and new sovereignty: some pending challenges* 155
- Dan Kevin MANDOCDOC CASTRO, *Tracing Evolution of the Philippine Concept of Extra-Contractual Responsibility in the Context of State Immunity from Suit: Is a New Approach Necessary?* 163
- Jon LÓPEZ GOROSTIDI, *La pluralidad de víctimas derivada de la elevada lesividad en los cibercrimitos: una respuesta penal proporcional* 201

Estudios

- Ángel B. GÓMEZ PUERTO, *La protección jurídico-constitucional del medio ambiente. Apuesta por el principio de proximidad institucional al cuidado del entorno como bien común* 225

Roberto CRUZ PALMERA, <i>Límites para los delitos de preparación: criterios restrictivos para su inclusión en el Código Penal</i>	257
ANTONI ABAT I NINET, <i>(Des)construcción y desmitificación del valor fundacional de la unión europea de la solidaridad</i>	287
M. ^a Isabel GARRIDO GÓMEZ, <i>El subsistema de los derechos fundamentales</i>	307
Laura FLORES ANARTE, <i>Facebook y el derecho a la imagen: Reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero</i>	335
Marisol LUNA LEAL, <i>El juicio político en la autodenominada 4ª Transformación de México. Algunos apuntes.</i>	377
David MARTÍN HERRERA, <i>Radicalización mediática y abuso del derecho en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	397
María Dolores MONTERO CARO, <i>Nuevas oportunidades de participación en el marco del modelo de gobierno abierto</i>	425
Clara SOUTO GALVÁN, <i>Ciudadanía multinivel y su encaje constitucional</i>	449
Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO, <i>Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es. Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EEUU</i>	475

Premio Juan Churruca

Itziar ALTUZARRA ALONSO, <i>El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional</i>	511
---	-----

Recensiones

Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (coord.), <i>Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional</i> , por Beatriz Tomás Mallén	561
Javier GARCÍA ROCA, <i>La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos</i> , por Luis Jimena Quesada	569
Lorenzo Federico PACE, <i>Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea</i> , por Luis Jimena Quesada	577
María Nieves ALONSO GARCÍA, <i>Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del Siglo XXI</i> , por Juan Luis de Diego Arias	585

Guillermo GARCÍA GONZÁLEZ, <i>Régimen jurídico de los técnicos de prevención de riesgos laborales: obligaciones, garantías y responsabilidades</i> , por Carmen Salcedo Beltrán	587
Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, <i>Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo</i> , por José Julio Fernández Rodríguez	591
Javier GARCÍA ROCA, <i>La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos</i> , por Juan Álvarez Suárez	597

Estudios de Deusto

Volume 68, Issue 1, January-June 2020

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020)

Table of Contents

Special Issue:

- José Manuel CABRA APALATEGUI, *Ethical Codes and Public Service. An Approach from the Theory of Law* 19
- Talya UÇARYILMAZ, *The Principle of Good Faith in Public International Law* 43
- Vlastislav STAVINOHA, *Obligations of de-facto-regimes* 61
- Deborah GARCÍA MAGNA, *The Protection of Privacy in the Spanish Criminal Code. A critical Analysis of the Reform of 2015* 75
- Solomon FERNANDO LUMBA, *A Brief Philosophical History of the Social Function of Private Property in the Philippines* 89
- Xabier EZEIZABARRENA, *International Environmental Law and new Sovereignty: Some pending Challenges* 155
- Dan Kevin MANDOCDOC CASTRO, *Tracing Evolution of the Philippine Concept of extra-contractual responsibility in the context of State Immunity from Suit: Is a new approach necessary?* 163
- Jon LÓPEZ GOROSTIDI, *Victim multiplicity derived from harm in cyber-crime: A proportional criminal response* 201

Studies

- Ángel B. GOMEZ PUERTO, *The Legal-Constitutional Protection of the Environment. It is committed to the Principle of Institutional Proximity to the Care of the Environment as a Common Good* 225

Roberto CRUZ PALMERA, <i>Limits for Preparation Crimes: Restrictive Criteria for Inclusion in the Criminal Code</i>	257
Antoni ABAT I NINET, <i>(De)-Constructing and Desmitifying European Union's Founded Value of Solidarity</i>	287
M. ^a Isabel GARRIDO GOMEZ, <i>The Subsystem of Fundamental Rights</i>	307
Laura FLORES ANARTE, <i>Facebook and the Right to One's Own Image: Reflections on the Judgement of the Spanish Constitutional Court 27/2020 of February 24 th</i>	335
Marisol LUNA LEAL, <i>The political judgment in the self called "4^a Transformacion" of Mexico. Some notes</i>	377
David MARTIN HERRERA, <i>Radicalization of the Media and Abuse of the law in the Doctrine of the European Court of Human Rights</i>	397
María Dolores MONTERO CARO, <i>New Participation Opportunities within the framework of the Open Government Model</i>	425
Clara SOUTO GALVAN, <i>Multilevel Citizenship and Ownership</i>	449
Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO, <i>Twitter is not a Public Forum, but Trump's Profile is on Private Censorship of an on Digital Platforms in the USA</i>	475

Juan Churruga Award

Itziar ALTUZARRA ALONSO, <i>The crime of rape in the Spanish Criminal Code: analysis of the difficult delimitation between intimidation of sexual assault and "prevalimiento" of sexual abuse. A revision in the light of the international regulations</i>	511
---	-----

Book reviews

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (coord.), <i>Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional</i> , by Beatriz Tomas Mallen	561
GARCÍA ROCA, Javier, <i>La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos</i> , by Luis Jimena Quesada	569
PACE, Lorenzo Federico, <i>Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea</i> , by Luis Jimena Quesada	577

ALONSO GARCÍA, María Nieves. <i>Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del Siglo XXI</i> , by Juan Luis de Diego Arias	585
GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, <i>Régimen jurídico de los técnicos de prevención de riesgos laborales: obligaciones, garantías y responsabilidades</i> , by Carmen Salcedo Beltran	587
SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, <i>Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo</i> , by José Julio Fernandez Rodriguez	591
GARCÍA ROCA, Javier, <i>La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos</i> , by Juan Alvarez Suarez	597

Monográfico: Five Centuries Sailing The Legal World (II)

Segunda parte del Monográfico que incluye una cuidada selección de trabajos presentados al V International Scientific Congress “Five Centuries Sailing The Legal World”, celebrado los días 17 a 19 junio 2019 en la Universidad de Deusto (Bilbao, España) en colaboración con el Ateneo Law School (Filipinas) y la Universidad de Málaga (España)

CÓDIGOS ÉTICOS Y FUNCIÓN PÚBLICA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO

Ethical Codes and Public Service. An Approach from the Theory of Law

José Manuel Cabra Apalategui¹
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Málaga
jcabra@uma.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp19-41](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp19-41)

Recibido: 31.10.2019

Aceptado: 21.11.2019

Resumen

En las dos últimas décadas ha tenido lugar una eclosión de códigos éticos y códigos de conducta para los funcionarios públicos. En este trabajo analizaré algunos aspectos relevantes de la ética para la función pública, comenzando por sus relaciones con otros órdenes normativos y las razones que explican su lugar específico en el universo normativo (Sección 1). Seguidamente, se pondrá el foco en sus fundamentos políticos, pragmáticos y motivacionales (Sección 2). Finalmente, se señalarán algunos de los problemas a los que se enfrenta la codificación de valores éticos, principios morales y reglas de conducta de la función pública (Sección 3), con especial atención a la ética judicial (Sección 4).

Palabras clave

Ética pública, código ético, valores públicos, ética judicial.

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones» (DER2016-74898-C2-1-R) del Ministerio de Economía y Competitividad / AEI y FEDER.

Abstract

An emergence of Ethics Codes and Codes of Conduct for public officers has taken place in the last two decades. In this paper, some important aspects regarding Public Ethics will be discussed, starting with its relations with other normative orders and the reasons that explain its specific place within the normative univers (Section 1). Next, I will focus on its political, pragmatic and motivational foundations (Section 2). Finally, I will point out some problems that codification of ethical values, moral principles and rules of conduct for public officials faces (Section 3), and pay special attention to judicial ethics (Section 4).

Keywords

Public Ethics, ethical code, public values, judicial ethics.

SUMARIO: I. EL LUGAR DE LA ÉTICA PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL UNIVERSO NORMATIVO. II. JUSTIFICACIÓN Y FUNCIONES DE UNA ÉTICA PROFESIONAL PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA. 1. *Razones políticas*. 2. *Razones prácticas*. 3. *Cultura ética*. III. LOS CÓDIGOS ÉTICOS PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA. 1. *Códigos éticos y códigos de conducta*. 2. *Valores y principios de la ética pública*. IV. ÉTICA JUDICIAL Y TEORÍA DEL DERECHO. V. CONCLUSIONES. REFERENCIAS.

I. EL LUGAR DE LA ÉTICA PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL UNIVERSO NORMATIVO

Apenas seis días después de ser nombrado, el Ministro de Cultura del Gobierno de España se vio forzado a dimitir de su cargo como consecuencia de la publicación en los medios de comunicación de una información relativa a una sentencia en materia fiscal que condenaba al entonces escritor y presentador de televisión a pagar una determinada suma a la Hacienda pública. El problema en cuestión era si los ingresos por la actividad profesional del Sr. Ministro, que era gestionada a través de una sociedad, tributaban como ingresos de la sociedad (como, por cierto, se venía haciendo por numerosos profesionales de los medios de comunicación hasta ese momento) o como rentas personales, siendo el tipo del impuesto de sociedades considerablemente más bajo que el del impuesto sobre la renta de las personas físicas. No se trataba, por tanto, de la acusación de evasión de impuestos, blanqueo de capitales, o de la comisión de cualquier otro delito fiscal, sino de una discrepancia entre un ciudadano y la Agencia Tributaria acerca de cómo debían tributar dichos ingresos. El problema es que el Presidente del Gobierno que lo nombró había afirmado solemnemente, cuando ejercía como jefe de la oposición, que si algún miembro de la ejecutiva de su partido tuviera una sociedad interpuesta para pagar menos impuestos, sería expulsado de la misma. *A fortiori* tampoco podría ser ministro de su gabinete quien se ocultara tras una sociedad mercantil a efectos tributarios. Tres meses más tarde, dimitió la Ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, al conocerse algunas irregularidades en la obtención de un título de Maestría. Además de la modificación injustificada de calificaciones en el expediente, lo que determinó la caída de la Ministra fue la acusación de plagio que afectaba a diecinueve de las cincuenta y dos páginas de que constaba su Trabajo de Fin de Master, que incluía textos de otros autores a los que no se mencionaba ni a pie de página ni en la bibliografía. Nada que pueda extrañar a quien haya dirigido este tipo de trabajos.

Con posterioridad, se ha sabido que al menos otros dos miembros del Gobierno gestionaban parte de su patrimonio personal a través de sociedades; que la Portavoz ocultó datos sobre su patrimonio en la declaración de

propiedades e intereses que los cargos públicos deben realizar al momento de su ingreso en el puesto institucional; se han publicado grabaciones de la ahora Ministra de Justicia cuando era Fiscal de la Audiencia Nacional que la relacionan con el hampa policial y evidencian su conocimiento de actividades ilegales y prácticas que no pueden calificarse sino de mafiosas; y, en fin, hasta el propio presidente, se ha visto salpicado por las sospechas –más que fundadas– sobre la autoría de su tesis doctoral. La dimisión de cualquiera de ellos habría tenido un coste político difícil de asumir para un Gobierno que accedió al poder por el mecanismo constitucional de la moción de censura, precisamente, para sustituir a un ejecutivo acuciado por los escándalos de corrupción del partido que lo sustentaba. Y, como era de esperar en buena lógica política, ninguno lo hizo. Aunque se trate de un caso particular, resulta significativo del limitado alcance práctico de determinados principios y estándares cuando otros intereses políticos están en juego.

Volvamos por ahora al Ministro de Cultura. Cualquier estudiante de primer curso de Derecho está familiarizado con los intentos de la Teoría del derecho por distinguir su objeto de estudio –el Derecho– de, al menos, otros dos sistemas normativos, a saber, la moral –*ideal* (dimensión prescriptiva) o *social* (dimensión descriptiva)– y los usos sociales. Pero el reproche y posterior dimisión del Ministro no se justifica por el incumplimiento de normas jurídicas, morales o sociales. En sentido estricto, no cometió un delito o una infracción, sino que se produjo un desacuerdo en la calificación de unos ingresos a efectos fiscales. Tampoco incumplió una obligación moral. Ciertamente, estamos moralmente obligados a contribuir al bien común y a participar, mediante el pago de impuestos, en la asistencia a los más desfavorecidos de la sociedad. Sin embargo, no estamos obligados a hacerlo en mayor medida de lo que la ley establece o permite; lo que incluye el recurso a instrumentos jurídicos que no incurran en fraude de ley para obtener un tratamiento fiscal más favorable. En materia tributaria, no hay obligaciones morales más allá de la legalidad. O dicho en otros términos, pertenece al campo de lo supererogatorio –a la filantropía– asumir obligaciones tributarias que excedan el mínimo legal exigible. Y, por último, tampoco supone la vulneración de una regla social, especialmente en un país, como España, donde la picaresca tiene todavía cierto prestigio social. Entonces, ¿que justifica el reproche y las consecuencias? La respuesta no puede ser, simplemente, que el Ministro incumplió las pautas éticas autoimpuestas por el presidente cuando todavía era jefe de la oposición. Efectivamente, lo hizo, pero la incorporación al discurso político de este tipo de exigencias éticas a los cargos públicos no es un hecho aislado; antes al contrario, responde a un proceso más amplio, el de la inclusión de una ética para la función pública en el universo normativo.

La coexistencia de distintos sistemas normativos –la moral, el derecho, usos sociales, moral religiosa, etc.– es propio de sociedades complejas y

pluralistas. En el grupo social primitivo, monolítico y homogéneo, el código normativo es uno y el mismo y a él pertenecen indistintamente normas que hoy clasificaríamos como de muy diversa índole: moral, religiosa o, incluso, reglas relativas a la higiene y la salubridad. Puede decirse que cada episodio de fragmentación del orden normativo primitivo responde a un momento histórico determinado. Esta es, en parte, la tesis de Radbruch, cuando sostiene que entre los usos sociales, por un lado, y el derecho y la moral, por otro, existe una conexión histórica antes que sistemática y que éstos, los usos sociales, son la materia de la que se nutren aquellos: «El destino del convencionalismo social es –escribe Radbruch– el de ser absorbido por el Derecho y la moral, luego que él preparó e hizo posibles tanto el Derecho como la moral»². No debe perderse de vista, sin embargo, que ni todos los usos sociales están destinados a ser absorbidos por el derecho o la moral, ni aquellas normas que son incorporadas al derecho o a la moral, o a ambos, pierden su condición de regla social. Entre los distintos sistemas normativos se producen continuas transferencias de contenido, si bien en muchos casos pierden su condición originaria, de manera que cada uno de esos sistemas normativos cumple su función social a su modo. Por lo dicho, no es posible establecer una hipótesis general en relación con los usos sociales que permita señalar el momento histórico en que aparecen las formas jurídicas como diferenciadas de las reglas sociales; en cambio, parece existir un consenso bastante amplio en situar la separación del derecho y la moral en la modernidad y, más concretamente, en las reivindicaciones de tolerancia y libertad religiosa.

Un ensayo de genealogía de la ética para la función pública como elemento autónomo del universo normativo, debe atender tanto a los antecedentes inmediatos, como a un contexto filosófico y político de más largo alcance. La eclosión de códigos éticos en cualquiera de sus formas: declaraciones de valores, códigos de buen gobierno, códigos de conducta, etc., tiene su origen en las actividades de dos instituciones anglosajonas, el *Office of Government Ethics* de los Estados Unidos y el *Committee on Standards in Public Life*, cuyo primer presidente, Lord Nolan, dio nombre al informe que establece los valores y estándares de referencia en la ética pública. Igualmente, suele asociarse a lo que se conoce como «New Public Management» o *gerencialismo*, que supuso, a partir de la década de los 90, la modernización del sector público, la incorporación de criterios de organización y eficacia de la empresa privada (en muchos casos, mediante la privatización de servicios públicos) y, en general, la adopción de la cultura de los resultados en la gestión de servicios públicos. No obstante, la revolución ética que afecta a todo el sector público, desde los cargos electos, hasta el funcionario de a pie, no se entiende si no es

² Radbruch, G. *Filosofía del Derecho*, trad. J. Medina de Echeverría (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959) 66.

en el marco de una concepción racional–democrática de la legitimidad y la extraordinaria expansión del aparato estatal en el último siglo. La relación entre los ciudadanos y el Estado, entendida ahora como una relación de servicio y protección de los derechos fundamentales, plantea una exigencias de justificación del poder político en todos sus niveles que, en muchos casos, va más allá de la mera legalidad. Cabe aventurar que, cuanto mayores sean los ámbitos de la vida en los que interviene el Estado, mayor será la relevancia social y política de la ética para la función pública.

La existencia de diversos sistemas normativos genera lo que ha dado en llamarse como «campo de fuerzas deóntico»³ para expresar las potenciales tensiones que se producen entre ellos. Quienes ocupan cargos públicos electos, así como los trabajadores de la Administración están sometidos a un «campo de fuerzas deóntico» complejo que incorpora, al menos, cinco órdenes normativos. En primer lugar, la moral ideal o moral en primera persona. En tanto que agentes morales, capaces de razón práctica y, por tanto, de discernir lo que es correcto de lo que no lo es, toda persona reconoce sus propios valores o principios éticos. Segundo, el de las reglas sociales. Salvo excepciones –que más que eso, son anomalías–, los hombres crecemos en comunidad. La integración social consiste precisamente en el aprendizaje y puesta en práctica de reglas convencionales en muy diversos contextos: desde las reglas de urbanidad en lugares públicos, de educación a la mesa o la (anacrónica) pedida de mano previa al matrimonio, hasta el respeto por la propiedad ajena o la integridad física y moral. Ese proceso de integración moldea, aunque no determina definitivamente los valores morales de la persona. En las sociedades plurales resulta difícil identificar un único patrón de sociabilidad. Por otro lado, la convivencia pacífica con quienes no comparten nuestros valores morales sólo es posible desde la tolerancia. Esto significa evitar, por un lado, el fundamentalismo que impone unos valores morales como únicos y absolutos, y, por otro, el relativismo disolvente incapaz de discriminación entre las reglas y prácticas sociales justas y beneficiosas y aquellas que no lo son. Un patrón moral común de mínimos, compatible con diferentes concepciones del bien, es condición necesaria para esa convivencia. Los derechos humanos y la razonabilidad en el sentido de Rawls definen un tercer elemento, que podemos denominar razón pública, de este campo de fuerzas deóntico. El respeto a los derechos en que se encarna la razón pública, así como a aquellas reglas sociales más importantes para la supervivencia del grupo, son garantizados mediante normas y procedimientos jurídicos. El derecho es, por tanto, el cuarto elemento del campo de fuerzas deóntico. Por último, cabría incluir en este esquema la ética profesional. Quienes ocupan

³ Villoria Mendieta, M. «Ética en el sector público: una reflexión desde la ética aplicada», *Encuentros multidisciplinares* 39 (2011), 42–50.

un cargo público o desarrollan su actividad profesional en el sector público están sujetos a los códigos normativos que hemos denominado en un sentido genérico ética del sector público, del mismo modo que quienes lo hacen en el ámbito privado están sujetos a los códigos deontológicos de su respectiva profesión (hay casos, como el de los profesionales sanitarios que trabajan en el sector público en que están sujetos a ambos códigos).

Con todo, aún podría cuestionarse la consideración como código normativo autónomo de la ética profesional y, en particular, la ética para la función pública. Si se aborda la ética profesional desde el punto de vista de la persona y su conciencia individual, se tendrá por una parte de la moral ideal; en cambio, si se le considera como una moral corporativa que encuentra su fundamento en el rol institucional asociado al ejercicio de determinadas profesiones, especialmente de las profesiones liberales, se ubicará en la órbita de las reglas sociales. Por último, desde un punto de vista estrictamente iuspositivista, cabría negar carta de naturaleza a la ética profesional, afirmando que el desempeño profesional, ya sea en el ámbito privado o en el público, no están sujetos a más normas que aquellas normas jurídicas que regulen dicho ejercicio. O dicho de otro modo, no existiría más ética profesional que aquella que hubiera sido incorporada al ordenamiento y resulte jurídicamente vinculante⁴.

Aunque el ejercicio profesional es un aspecto más de la biografía personal que supone una conexión inevitable con la moral ideal o la razón práctica⁵, hay buenas razones para no reducir el sentido de la ética profesional a éstas. Principalmente, que el rol o la imagen institucional que se asocia al ejercicio de una determinada profesión generan una confianza y unas expectativas sociales que no tienen su fundamento ni en la persona, ni en la conciencia individual del profesional, sino, precisamente en el conjunto de valores, cualidades y capacitación que se presumen a los miembros de cada grupo profesional. La moral social o corporativa, por tanto, no sólo incorpora nuevas exigencias éticas que pueden no formar parte de las convicciones íntimas de los profesionales, sino que, además, y sobre todo, proporciona razones para actuar en un sentido distinto al que le dicta su conciencia. En la práctica de la profesión uno no puede abandonarse a las preferencias o convicciones

⁴ Sobre la distinción de la deontología profesional como ética, como moral social y como norma jurídica, vid. Rodríguez Toubes, J. «Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 20 (2010), 92-118.

⁵ Estoy de acuerdo con el Prof. Ollero cuando escribe que la invocación a lo profesional no puede entenderse como un «refugio en una dimensión presuntamente neutra o técnica» que signifique la suspensión de las convicciones morales, Ollero Tasara, A. «Deontología jurídica y derechos humanos», en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología* (2 vols.) (Murcia: UCAM-AEDOS, 2003) 53-72, cita en pág. 56.

personales e ignorar cómo se espera por parte de la sociedad que sea el comportamiento del profesional (por ejemplo, no se espera de un abogado que realice un reproche moral a su defendido, aunque los actos cometidos por éste resulten merecedores de aquél; tampoco se espera de un asesor fiscal que sea un puritano de los impuestos; que un profesor se dedique a adoctrinar ideológicamente a sus alumnos; o que un banquero juegue ser Robin Hood traspasando dinero de las cuentas de sus clientes más ricos a las de los más necesitados, aunque esté convencido, según los principios de su moral personal, de que eso y no otra cosa es lo que debe hacer; esto último, además, sería un comportamiento constitutivo de delito, naturalmente); no basta con atender a nuestras convicciones; debemos tener en cuenta las *expectativas legítimas* de la sociedad y, especialmente, las de aquellos que han depositado su confianza en nosotros, no por ser *quienes* somos (Fulano, Mengano), sino por ser lo *que* somos (abogados, médicos, etc.). Esta confianza institucional implica una responsabilidad correlativa por esos valores y cualidades que se presumen en el profesional y que puede suponer una responsabilidad cualificada, lo que explica que algunas conductas, cuando son realizadas por determinados profesionales o cargos, sean merecedoras de un mayor reproche moral y jurídico (por ejemplo, el médico que provoca negligentemente –no digamos ya dolosamente– la muerte de los pacientes que están a su cargo o el policía que mata a un detenido). Por último, y abundando en la relevancia de la dimensión social de la ética profesional, merece consideración un concepto estrechamente unido a los ya mencionados de confianza y responsabilidad institucional y ajeno al de la moral ideal: el de apariencia⁶. La confianza institucional únicamente se ve confirmada a partir de la apariencia de eticidad y capacitación técnica del profesional. Por supuesto, la apariencia no es condición suficiente para predicar la corrección de una conducta, pero es condición necesaria: para ser completa, la actuación del profesional no sólo debe ser correcta, sino ser reconocida como tal. Si desde el punto de vista de la moral individual la intención es esencial, el asunto es totalmente distinto desde el punto de vista de la moral social, porque la confianza sólo puede fundarse en las manifestaciones externas de nuestras acciones. Por otro lado, tampoco parece que las normas jurídicas que regulan el acceso y ejercicio de una profesión puedan agotar –y, probablemente, tampoco sea conveniente que lo hagan– el campo de lo «profesionalmente correcto», aunque estemos asistiendo a la expansión del derecho a ámbitos que eran propios de la deontología de las profesiones liberales, como la regulación de honorarios, la publicidad o el secreto profesional.

⁶ Vid. Ollero Tasara «Deontología jurídica y derechos humanos», 60.

En todo caso, me parece que aciertan quienes sitúan la autonomía de la ética profesional en el terreno de lo excepcional⁷. Cuando los códigos éticos o deontológicos se limitan a reproducir valores o normas morales generales o a reiterar obligaciones y prohibiciones jurídicas, la ética profesional resulta redundante, bien respecto a la moral o bien respecto al derecho. La ética profesional adquiere sentido propio cuando regula dos tipos de situaciones especiales. En primer lugar, cuando una pauta moral ordinaria adquiere especial importancia en el ejercicio de una profesión, como es el caso del secreto profesional de médicos o abogados. La especial importancia de una pauta moral ordinaria en el desempeño profesional se puede manifestar de dos modos: mediante la imposición de unas consecuencias más graves de las que tiene una vulneración ordinaria de esa norma, o mediante una interpretación extensiva de las normas que establecen obligaciones o una interpretación restrictiva de las normas facultativas, de manera que derivan de las mismas unos niveles más altos de exigencia, como sucede en el episodio del Ministro de Cultura y la escrupulosidad fiscal exigida a los miembros del Gobierno, que excede lo permitido por la ley y lo exigido por la moral. El segundo tipo de situaciones especiales que justifican la existencia de una ética profesional se produce cuando el desempeño de las actividades propias de la profesión contravienen obligaciones morales generales, como ocurre con la obligación general de denunciar a las autoridades la comisión de un delito cuando son un abogado o un cura en el ejercicio de sus funciones quienes tiene conocimiento del hecho. En este segundo caso, se produce un conflicto entre los deberes morales generales y los deberes y derechos específicos de una determinada profesión; o más bien, éstos constituyen excepciones de aquellos.

¿Concurren este tipo de situaciones en el ámbito de la función pública? Únicamente se producen situaciones del primer tipo, esto es, la intensificación de exigencias éticas generales; por el contrario, ninguna norma contenida en los códigos éticos para la función pública es contraria a una norma moral general. La explicación la proporcionan las razones y los intereses protegidos que justifican las excepciones establecidas por la ética profesional a las normas morales generales y, en particular, la posibilidad de conflicto entre los intereses privados de los profesionales y el interés público. Las excepciones que la ética profesional impone a las normas morales generales no responden a privilegios históricos de naturaleza gremial o corporativa, sino a que son condición necesaria para que el desempeño profesional

⁷ Hierro Sánchez-Pescador, L. «Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica», en *El buen jurista. Deontología del derecho*, coord. por Cristina García Pascual (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013) 269–301, aquí, págs. 284–5; García Amado, J. A. «Deontología judicial. ¿Hay una ética especial para los jueces?», *Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VII, 14 (2016), 7–38, aquí, pág. 11.

cumpla con la función social que justifica la propia existencia de la profesión –lo que se denominan bienes *internos* de la profesión⁸–, fijando su límite en la violación de otros bienes de mayor importancia. Pero, ¿son concebibles este tipo de deberes o derechos específicos en el ámbito de la función pública? Creo que no lo son. Y ello, porque este tipo de excepciones vienen dadas por los conflictos entre los intereses privados de los profesionales y sus clientes, por un lado, y los intereses generales, por otro (el caso más evidente es el del abogado que oculta la verdad para defender a su cliente); situación que en el ámbito de la función pública no se plantea o se da por supuesto que cualquier conflicto entre el interés profesional o personal del cargo público y interés general se resuelve siempre a favor de este último⁹.

II. JUSTIFICACIÓN Y FUNCIONES DE UNA ÉTICA PROFESIONAL PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA

Hemos concluido que únicamente la excepcionalidad de comportamientos especialmente virtuosos o de derechos u obligaciones específicas que establecen excepciones a las normas morales generales justifican la existencia de una ética profesional como sistema normativo diferenciado de la moral ideal o las reglas sociales. La eclosión de códigos éticos en las últimas tres décadas que afecta a todos los ámbitos de la función pública, desde el Gobierno hasta los funcionarios de nivel inferior, obligan a analizar las razones que se han argüido a favor de una ética para la función pública y, especialmente, para su articulación en códigos y otros documentos formales. Hay, al menos, tres tipos de razones: razones políticas, razones prácticas y un tercer tipo, que podemos denominar razones de cultura ética.

1. Razones políticas

a) El primero de los argumentos políticos a favor de la ética para la función pública es la *legitimidad*. Una legitimidad que depende ya no sólo de la imparcialidad o neutralidad en los procesos de toma de decisiones y en el

⁸ Sobre el concepto de bienes *internos* y *externos* en el ámbito profesional, vid. Cortina, A. *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial* (Madrid: Trotta, 1994), 23.

⁹ Gema Marcilla ha llamado la atención acerca de los diferentes *intereses protegidos* por las deontologías de las profesiones liberales, por un lado, y de la función pública, por otro. Mientras la primera ha de conjugar la defensa del interés general con «salvaguardar la *relación clientela*. Es decir, los intereses particulares del cliente, y velar por el *prestigio del profesional en un contexto competitivo*», la ética para la función pública se debe únicamente al interés general; Marcilla, G. «Códigos deontológicos profesionales y códigos éticos para el ejercicio de cargos públicos» *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 53 (2019), 263–290.

funcionamiento en general de la Administración, sino también de los resultados. Valores como la legalidad, la honradez, la transparencia o la rendición de cuentas inciden en la legitimidad *institucional* de la Administración, mientras que la efectividad o la eficacia en el servicio y la resolución de los problemas de los ciudadanos afecta a su legitimidad *funcional*. Y como muestran estudios empíricos recientes, la calidad del Gobierno y más específicamente el funcionamiento de la maquinaria administrativa del Estado tiene consecuencias importantes tanto para la legitimidad del sistema político, como para la mayoría de indicadores de bienestar, incluidos la prosperidad económica, la salud y otras variables de tipo subjetivo, como la felicidad o la confianza. Obviamente, esto no quiere decir que los indicadores tradicionales como la garantía de los derechos políticos o los servicios públicos y prestaciones sociales, como las pensiones, la educación gratuita o la seguridad social hayan perdido su importancia, pero lo que los datos muestran es que, sorprendentemente, la calidad del sector administrativo de la maquinaria estatal es tan o más importante para los ciudadanos cuando valoran la legitimidad de un gobierno¹⁰.

b) Directamente con el anterior está el segundo argumento político a favor de los códigos éticos: la lucha contra la *corrupción*. La corrupción no sólo afecta a la legitimidad institucional de la administración, sino que también disminuye sus niveles de eficacia. Los códigos éticos o de conducta son considerados por la mayor parte de los acuerdos internacionales sobre esta cuestión como un instrumento de primer orden en la prevención de la corrupción¹¹, cuya función –esencialmente motivacional y preventiva (*ex ante*)– es complementaria de aquella que cumple el derecho, de tipo disuasorio y represivo (*ex post*).

En otro orden de cosas, la corrupción es uno de los factores más importantes en la pérdida de confianza de la ciudadanía en sus instituciones. No obstante, como advierte Paul Bew, Presidente hasta 2018 del *Committee on Standards in Public Life*, los esfuerzos institucionales por imponer unos exigentes estándares éticos en la administración, no siempre se ven correspondidos por un incremento en los niveles de confianza de la sociedad; de hecho, las actitud de la gente a este respecto no responde tanto a la experiencia personal, como a sucesos específicos y su repercusión social (esto explicaría que en países que presentan un mismo nivel de corrupción, sean muy distintos los niveles de confianza pública)¹².

¹⁰ Rothstein, B. / Soral, N. «Ethical Codes for the Public Administration. A comparative Survey» *QoG Working Paper Series* (2017), 1–53(https://qog.pol.gu.se/digitalAssets/1663/1663513_2017_12_rothstein_sorak.pdf).

¹¹ Vid, entre otros, la *Convención contra la corrupción de la ONU*, aprobada el 21 de octubre de 2003 (<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>).

¹² Bew, P. «The Committee on Standards in Public Life: Twenty Years of the Nolan Principles 1995–2015», *The Political Quarterly* 86/3 (2015), 411–418. Bew Se refiere

c) El tercer argumento tiene un marcado carácter económico. En el marco de la economía globalizada, las grandes inversiones de las corporaciones multinacionales dependen de la percepción que los operadores económicos tengan no sólo de circunstancias políticas más o menos coyunturales, como la estabilidad o la ideología de los gobiernos, sino también de la percepción que los operadores económicos tengan del funcionamiento del sector público en aquello que pueda afectar a sus intereses, como la regulación de los mercados internos –fundamentalmente, el mercado de trabajo y el financiero– o la seguridad jurídica¹³. El elemento ético, por tanto, puede convertirse en una variable económica a favor de aquellos países en los que sus instituciones en las que se haya erradicado las prácticas corruptas y garanticen el imperio de la ley y la transparencia.

2. Razones prácticas

a) La primera y principal razón de tipo práctico para una ética de la función pública, especialmente cuando está articulada como un código, es que éste opera como *guía de conducta*. Las sociedades contemporáneas presentan un alto nivel de complejidad: las transformaciones científicas y tecnológicas, pero también el pluralismo moral, colocan a los profesionales –esto no es exclusivo de la función pública– en muchas ocasiones frente a dilemas éticos de difícil solución. La ética profesional puede guiar la actuación o, en su caso, la reflexión acerca de cómo actuar, en esas circunstancias.

Otro tipo de situaciones que pueden requerir el auxilio de este tipo de instrumentos son aquellas en las que las normas jurídicas, entendidas como reglas generales y abstractas, se muestran inoperativas, como ocurre en el ámbito de las políticas públicas, en las que la intervención de la administración precisa de un alto grado de flexibilidad y dinamismo –esto es, de discrecionalidad– para atender los objetivos y las necesidades sociales que se pretenden satisfacer con esas políticas.

b) Los códigos éticos son una herramienta útil para clarificar los estándares y principios que deben regir la actuación de los miembros de la administración. Y ello en un doble sentido. En primer lugar, sociológico. La democratización del acceso a la función pública a través de los principios de mérito y capacidad ha proyectado en los cuerpos administrativos, legislativos

expresamente al caso de el Reino Unido y Holanda, que en 2013, arrojaban niveles similares de corrupción (por cierto, los más bajos de la Unión europea), pero mientras el 69% de la población de Reino Unido consideraba la corrupción un problema grave, en Holanda ese porcentaje bajaba al 49%.

¹³ Prieto Romero, C. «Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», *Anuario del Gobierno Local* (2011), 315–347.

y judiciales la pluralidad social a la que antes me he referido. En muchos de ellos se ha perdido la homogeneidad social e ideológica y se ha puesto en cuestión el arquetipo del profesional o del servidor público¹⁴. El segundo sentido en que los códigos éticos pueden resultar útiles es en sentido técnico-jurídico, al recopilar y sistematizar principios y normas que se encuentran diseminadas en diversos documentos (leyes, declaraciones políticas, etc.).

c) Por último, los códigos éticos pueden resolver conflictos entre los profesionales o entre la administración y los ciudadanos antes de que se eleven a sede judicial.

3. *Cultura ética*

a) La formación y la concienciación acerca de los principios y reglas que deben guiar la conducta de quienes trabajan en el sector público propicia la creación de una *cultura ética* que minimiza o, al menos, disminuye el riesgo de desviaciones en el desempeño de las funciones profesionales¹⁵.

La aportación de los códigos a esta cultura ética se percibe más claramente en la discusión con los escépticos. El argumento escéptico, de manera muy resumida es el siguiente: las buenas personas no necesitan un código ético, saben y están motivados a comportarse como deben hacerlo; en cambio, ningún código convierte a los genuinamente malos en buenas personas y, salvo sanciones muy severas, tendrá poca o ninguna fuerza motivacional. Pero, como ha observado Judith Lichtenberg¹⁶, este argumento asume, primero, que toda persona predispuesta a actuar correctamente sabe en cada caso qué es lo que debe hacer, y, segundo, que el mundo se divide claramente entre personas virtuosas y personas que no lo son. Pero las cosas no funcionan así. Personas que de ninguna manera se comportarían de manera groseramente inmoral, pueden, sin embargo, desviarse del camino de la virtud bajo determinadas circunstancias: que el resultado de nuestra conducta sea muy tentador, que la observancia de la norma tenga un alto coste para nuestros intereses o que las consecuencias para terceros sean menores y/o poco probables. Igualmente, es posible que algunas personas no tengan plena conciencia de que lo que están haciendo es correcto o no lo es, o no son conscientes de

¹⁴ Vid. Atienza, M. «Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?», *Jueces para la democracia* 46 (2003), 43-46, aquí, pág. 43. Aunque Atienza se refiere únicamente al ámbito judicial, creo que el argumento es aplicable a todos los ámbitos de la función pública.

¹⁵ Bew, P. «The Committee on Standards in Public Life: Twenty Years of the Nolan Principles 1995-2015», 414.

¹⁶ Lichtenberg, J. «What Codes of Ethics are for?», en Coady, M. / Bloch, S. (eds.) *Codes of Ethics and the Professions* (Melbourne: Melbourne University Press, 1996).

que una práctica habitual en otro tiempo –recibir regalos o atenciones– es ahora valorada negativamente; es decir, no se han formado una descripción completa y actual de sus prácticas y tampoco evalúan su corrección o no. Estas situaciones –la debilidad de la voluntad de la persona moral estándar o el déficit de autoconciencia reflexiva– pueden verse corregidas, al menos en parte, por los códigos éticos. La tipificación de determinadas conductas incorrectas e indeseables proporcionará razones para la acción en el primer caso, e incrementará la actitud crítica acerca de las propias prácticas, en el segundo.

b) Un segundo aspecto con un alto componente motivacional es la dimensión simbólica de los códigos éticos. Los códigos éticos no son únicamente herramientas de naturaleza práctica que señalan los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la conducta humana, sino que también definen un modelo o ideal: cómo nos vemos a nosotros mismos en tanto que profesionales, pero también cómo queremos que nos vean los demás. Las éticas profesionales, y en particular los códigos éticos, expresan el compromiso con un específico conjunto de valores y principios morales que provocan, simultáneamente, sentimientos de orgullo y responsabilidad por la pertenencia a un determinado grupo profesional¹⁷.

c) La implantación de una cultura ética en la función pública puede ser problemática, especialmente en aquellas sociedades en las que rige lo que se conoce como *familismo amoral* (la predisposición a ayudar a «los nuestros» cuando ocupamos un cargo público, o la más fuerte aún disposición de los nuestros a reclamar un trato de favor para sí). La superación de cierta tendencia natural al nepotismo a favor de la imparcialidad y la promoción del bien común exige en muchos casos un proceso de aprendizaje, que puede no ser suficiente. Es en este punto donde los códigos éticos juegan un papel importante. El comportamiento ético tiene en muchos casos un coste personal o social, dado que la denegación de un trato de favor o de ventaja a un familiar puede suponer un reproche del grupo. La existencia de códigos éticos o códigos de conducta revierte completamente la situación, que no se trata ya de una mera decisión personal. El código establece los estándares morales que se esperan de un empleado público y, asimismo, contiene sanciones para quien viole sus normas, de manera que se pasa de no ayudar a un familiar a estar haciendo lo correcto, tanto en un sentido moral como prudencial¹⁸.

¹⁷ Gilman, S. C., «Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service. Comparative Successes and Lessons», Informe para la red Poverty Reduction and Economic Management del Banco Mundial (<https://www.oecd.org/mena/governance/35521418.pdf>), 5–6.

¹⁸ Gilman, S. C., «Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service. Comparative Successes and Lessons», 8.

III. LOS CÓDIGOS ÉTICOS PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. *Códigos éticos y códigos de conducta*

Es tal la cantidad de documentos, declaraciones e informes que han aparecido en los últimos años relativos a la ética en la función pública que resulta difícil formular una definición más o menos clara acerca de qué sea un código ético. Algunas cuestiones surgen de manera inmediata en relación con los códigos éticos: ¿cuál es su estatus jurídico?; ¿tienen que ser aprobados por un Parlamento y/o aceptados por alguna alta autoridad del Estado como el Consejo de Estado o podemos hablar de códigos éticos *de facto*? Los estudios comparatistas tanto a nivel internacional¹⁹, como los de derecho interno muestran que no hay respuestas unánimes a estas preguntas. En algunos casos, los códigos éticos están incorporados a leyes, de manera que son aprobados mediante los procedimientos legislativos correspondientes; en otros, en cambio, son meros acuerdos políticos o recomendaciones sin eficacia jurídica.

Por otro lado, encontramos distintas denominaciones: declaraciones de principios, códigos éticos, códigos de conducta, códigos de buen gobierno o código de buenas prácticas. *Grosso modo*, las diferencias entre los distintos tipos de documentos son las siguientes²⁰: los *códigos éticos* contienen los valores y principios morales que deben guiar la conducta de los miembros o empleados de una institución u organización; los *códigos de conducta* definen de forma más precisa los comportamientos que se esperan o exigen, mediante la eventual inclusión de sanciones, de los empleados miembros o empleados de una institución u organización; los *códigos de buen gobierno* establecen principios y estándares de actuación para los órganos de gobierno o dirección de una institución u organización, regulan aspectos estructurales de la organización, como el marco de relaciones entre el gobierno y la administración, con otras instituciones o con la ciudadanía, y fijan sus compromisos y objetivos éticos. No obstante, ocurre que bajo distintas denominaciones encontramos instrumentos normativos esencialmente iguales; por el contrario, reciben la misma denominación documentos cuyo contenido difiere en aspectos relevantes. Por otro lado, resulta bastante frecuente que los

¹⁹ Al ya mencionado estudio de Rothstein / Soral («Ethical Codes for the Public Administration. A comparative Survey»), hay que sumar el informe pionero de Moilanen / Salminen de 2006 para la European Public Administration Network (EUPAN), relativo a la cuestión en los Estados de la Unión Europea (Moilanen, T. / Salminen, A., «Comparative study on the public-service ethics of the EU member states» (<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpadm/unpan047469.pdf>)).

²⁰ Prieto Romero, C. «Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», 317, nota 3.

documentos de carácter ético, independientemente de cuál sea su encabezamiento, contengan elementos de las tres categorías: un catálogo de valores o principios, reglas de conducta y, en menor medida, pautas estructurales de organización.

Sea como sea, parece oportuno diferenciar dos momentos o fases en el desarrollo²¹ de las éticas para la función pública, que se corresponderían, respectivamente, con los modelos típicos de los códigos éticos y los códigos de conducta²².

Los códigos *éticos* tienen como función primera la identificación de un conjunto de valores y principios (*core values*) que deben informar tanto el desempeño profesional de los empleados públicos como la legislación específica en la materia y su interpretación. Este conjunto de principios y valores expresa un ideal o un modelo de excelencia para la función pública. No corresponde, por tanto, a los códigos éticos establecer reglas específicas que articulen estos valores y permitan su aplicación a situaciones concretas. Así, el código ético reconocerá como uno de los valores de la ética para la función pública la transparencia, pero no establecerá pautas o directrices acerca de, por ejemplo, cómo deben comportarse los empleados públicos frente a la ciudadanía en asuntos que se encuentran en proceso de tramitación. Los códigos éticos no contienen un catálogo detallado y específico de prohibiciones y, en su caso, sanciones, sino que tienen un carácter positivo y promocional. Esto no significa que los códigos éticos carezcan de relevancia práctica, pues son precisamente estos valores y principios los que se esperan de los empleados públicos cuando afrontan situaciones éticamente difíciles, poco claras o impredecibles.

En cuanto a los códigos de *conducta*, éstos deben proporcionar directrices en forma de reglas de acción, aunque resulta aventurado realizar afirmaciones generales acerca de si los códigos de conducta contienen más prohibiciones que obligaciones²³. Quizás, esta característica dependa del carácter más o menos preventivo del código: un código diseñado para anticipar y prevenir

²¹ No se trata –debe advertirse– de una aproximación evolutiva o diacrónica, sino lógico–sistemática, aunque es posible que estas fases se sucedan en el tiempo.

²² Vid. Moilanen, T. / Salminen, A., «Comparative study on the public-service ethics of the EU member states», 10; Gilman, S. C., «Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service. Comparative Successes and Lessons», 12 y ss.

²³ En este sentido Gilman afirma que los códigos de conducta se centran en los «do nots» (Gilman, S. C., «Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service. Comparative Successes and Lessons», 16); sin embargo, y por poner un (contra)ejemplo cercano, el código de conducta de los arts. 52 a 54 del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), apenas contiene prohibiciones.

situaciones como los conflictos de intereses, el pago de sobornos, las llamadas «puertas giratorias» u otras conductas inapropiadas, contendrá más prohibiciones que obligaciones; por el contrario, un código de conducta orientado a la concreción de valores y principios éticos abstractos, cuya función es más orientativa que de otro tipo, estará articulado principalmente en forma de obligaciones.

Como hemos apuntado, esta distinción entre los códigos éticos y los códigos de conducta no siempre se refleja en la estructura o el contenido de los distintos documentos regulativos de la ética en la función pública, al margen de cuál sea su denominación. No obstante, existe entre ambos códigos tipo –o entre ambas fases de desarrollo de una ética para la función pública– una relación de complementariedad: es a partir de la reflexión y deliberación acerca de la implantación y realización de los valores y principios generales que se establecen directrices sistemáticas y detalladas para el desempeño de la función pública²⁴. De hecho, cabría esperar un mayor grado de sistematización en este sentido, de manera que un mismo código ético pudiera ser objeto, mediante las adaptaciones pertinentes, de diversos desarrollos sectoriales en distintos ámbitos e, incluso, en distintas agencias o instituciones públicas.

2. Valores y principios de la ética pública

Existe un alto grado de consenso global acerca de cuáles son los valores que integran la ética de la función pública. La literatura especializada y las propias organizaciones internacionales se refieren a estos, como los valores nucleares (*core values*) de la ética para la función pública. En 1995 el *Committee on Standards in Public Life* británico definió siete principios rectores –integridad, responsabilidad, asunción del interés público, objetividad, transparencia, honestidad y liderazgo– que han servido de referencia para documentos posteriores. Cuando en el año 2000 la OCDE analizó los valores sobre los que se articulaban las regulaciones y prácticas de sus miembros en materia de ética pública se identificaron ocho valores nucleares –imparcialidad, legalidad, integridad, transparencia, eficiencia, equidad, responsabilidad y justicia²⁵– que, como es de esperar, presentan un alto grado de coincidencia con los del *Informe Nolan*.

Desde el punto de vista ético, la identificación y la aceptación de estos valores no plantea problemas; tampoco su condición de valores nucleares.

²⁴ Un ejemplo significativo de este desarrollo a partir de los valores o principios generales lo constituye el informe anual del *Committee on Standards in Public Life* de 2016 «*Striking the Balance. Upholding the Seven Principles of Public Life in Regulation*».

²⁵ Vid. el informe de la OCDE, *Trust in Government, Ethics Measures in OCDE countries* (<https://www.oecd.org/gov/ethics/48994450.pdf>).

Las dificultades surgen cuando se constata – de nuevo, los estudios comparatistas resultan útiles en este punto– que cada uno de esos valores nucleares representa una especie de meta–valor que comprende otros múltiples valores²⁶. Ya sea bajo la etiqueta de «polos de integridad»²⁷, «constelaciones de valores» (*constellations of values*)²⁸ o «agrupaciones de valores nucleares» (*core value clusters*)²⁹, los diversos ensayos de sistematización reproducen de uno u otro modo el mismo esquema. Los valores nucleares expresan conceptos éticos abstractos y complejos, cuyo significado y alcance exige identificar aquellos valores más específicos que los componen.

Para apreciar la dimensión de esta dificultad nos detendremos en uno de los trabajos más recientes. Rothstein y Soral han identificado, a partir de los patrones que resultan de los estudios empíricos, nueve de estos grupos de valores: imparcialidad, sinceridad, integridad, legalidad, lealtad, igualdad de trato, confiabilidad, servicio y profesionalidad, cada una de las cuales, a su vez, está integrada por varios valores o ideas asociadas al valor de referencia. Así, la *imparcialidad* agrupa los valores de imparcialidad (*impartiality*), objetividad (*objectivity*), neutralidad o independencia política (*political neutrality*), equidad (*fairness*) y ausencia de sesgos (*unbiased*); la *sinceridad* abarca los de sinceridad (*openness*), transparencia (*transparency*), concurso público (*open competition*), transparencia patrimonial (*personal financial transparency*), discreción (*secrecy*) y confidencialidad (*confidentiality of government documents*); la *integridad* se identifica con los valores de integridad (*integrity*), sinceridad (*honesty*), veracidad (*truthfulness*), honorabilidad (*honor*), confidencialidad (*confidentiality of clients*), privacidad (*privacy*), anonimato (*anonymity*), legitimidad (*legitimacy*), decoro (*decency*), rendición de cuentas (*accountability*), conducta virtuosa (*ethical conduct*), respetabilidad (*respectability*), interés público (*public interest*), confianza pública (*public trust*), delación de conductas desviadas (*reporting misconducts*), salvaguarda del patrimonio público (*safeguarding public funds and properties*), autocontrol (*discipline*), austeridad (*austerity*) y responsabilidad económica (*personal financial responsibility*); etc³⁰.

²⁶ Beck Jorgensen / Bozeman han identificado en la literatura especializada nada menos que 72 valores; Beck Jorgensen, T. / Bozeman, B. «Public Values. An Inventory», *Administration & Society* 39, nº 3 (2007), 354–381, especialmente, p. 358.

²⁷ Villoria Mendieta, M. «Ética en el sector público: una reflexión desde la ética aplicada», p. 7.

²⁸ Beck Jorgensen, T. / Bozeman, B. «Public Values. An Inventory», 359 y ss.

²⁹ Rothstein, B. / Soral, N. «Ethical Codes for the Public Administration. A comparative Survey», 20.

³⁰ Rothstein, B. / Soral, N. «Ethical Codes for the Public Administration. A comparative Survey», 23.

No es preciso reproducir la tabla completa para advertir que muchos de estos valores adolecen de cierto grado de ambigüedad, lo que indica –como advierten los propios autores– un posible sesgo subjetivo en su clasificación. Asimismo, algunos de estos valores podrían extenderse a dos o más categorías (por ejemplo, la *ausencia de sesgos*, integrada en la imparcialidad, bien podría clasificarse dentro de la igualdad de trato). Pero, al margen de estas precisiones clasificatorias, resultan más relevantes a efectos de este trabajo otros dos problemas que se desprenden de estos inventarios o clasificaciones de los valores de la ética de la función pública: en primer lugar, las dificultades que sin duda surgirán en su aplicación como pautas o estándares normativos, esto es, cuando se trate de esclarecer si una determinada conducta es subsumible o no en alguno de estos conceptos; y, en segundo lugar, los más que probables conflictos entre ellos.

IV. ÉTICA JUDICIAL Y TEORÍA DEL DERECHO

Uno de los conflictos entre valores de la ética para la función pública singularmente relevante en el ámbito jurídico es el que puede producirse entre los valores de *legalidad* y *justicia* en cualesquiera de los niveles de la administración, pero especialmente en el ámbito judicial.

Resulta llamativo que el *Código Iberoamericano de Ética Judicial* (CIEJ) parece ignorar esta tensión en una suerte de síntesis que más que disolver el problema, lo oculta. O quizás no, como veremos más adelante. El artículo 2, que define la independencia judicial, establece: «El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho». Con esa mención casi circunstancial a «la decisión justa», pareciera que no sólo la ausencia de influencias externas, sino también la justicia de la decisión es exigida por la independencia judicial. Más directo –y también más cuestionable– resulta el artículo 35, que establece que «[e]l fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho».

He sugerido que estos preceptos del CIEJ en realidad no pretenden ocultar la tensión entre legalidad y justicia porque desde ciertos presupuestos teóricos –que, desde luego, son los de sus autores, los profesores Vigo y Atienza–, el conflicto entre la ley y la justicia no es un conflicto entre el derecho y un elemento externo al sistema jurídico –la justicia–, sino un conflicto interno al derecho. En otras palabras, nuestra concepción del derecho determina que veamos en este conflicto o bien una contradicción entre valores, la legalidad y la justicia, o entre sistemas normativos, el derecho y la moral, o bien un problema de validez jurídica.

Para el positivismo, que mantiene la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, el conflicto entre lo establecido por la norma jurídica

y la justicia es perfectamente posible, incluso si la contradicción es gruesa y evidente, o sea, incluso si la norma jurídica es manifiestamente injusta. De ahí que otra de las tesis que caracterizan la posición positivista, consecuencia de la tesis de la separación, sea la de la inexistencia de una obligación moral de obediencia al derecho. El positivismo no proporciona –ni lo pretende– respuestas o herramientas para resolver el conflicto entre obligaciones jurídicas y obligaciones morales. La decisión de obedecer o no lo establecido por la norma injusta (o en el caso del juez, de aplicarla o no) corresponde a la conciencia de cada quien y a cada quien corresponde asumir las consecuencias de la decisión. En cambio, los no positivistas o iusmoralistas, evitan este tipo de dilemas negando el estatus jurídico a las normas injustas, y, consecuentemente, atribuyendo estatus jurídico a normas éticas. Para el no positivismo, las normas injustas, o al menos las normas extremadamente injustas, según reza la *Fórmula Radbruch*, no son derecho, ni obligan jurídicamente. Ni a los destinatarios y, en buena lógica, tampoco a los jueces. Asunto resuelto: no pueden darse conflictos (al menos, conflictos graves) entre legalidad y justicia porque existen entre ellos una relación de jerarquía a favor de la segunda, de manera que cualquier norma que contravenga los contenidos de la justicia pierde su condición de norma jurídica.

Esta solución, como ha denunciado García Amado, conduce a algunas conclusiones paradójicas. Para empezar, el no positivismo, llevado hasta sus últimas consecuencias debería admitir que si un juez se viera en la situación de aplicar una ley vigente que se estimara extremadamente injusta, «sólo la decisión *contra legem* sería no prevaricadora»³¹. Pero, si además se diera el caso –como no es difícil imaginar que pueda darse– de que dos jueces tuvieran convicciones antagónicas respecto de asuntos moralmente sensibles, como el aborto o la eutanasia, entonces, para cada uno de ellos, el prevaricador sería el otro y las consecuencias jurídicas de una u otra decisión dependerían exclusivamente no de un criterio objetivo jurídicamente establecido, sino de la ideología del juez superior que tenga que decidir sobre el asunto.

Volvamos ahora al primero de los problemas señalados: la dificultad para convertir estos valores en pautas normativas. Podemos convenir, al margen de otros principios como la capacitación, cortesía, integridad, transparencia o secreto profesional, que los tres principios rectores –o valores nucleares– de la ética judicial son la independencia, la imparcialidad y la motivación³². De estos tres valores dependen en gran medida la calidad, por así decirlo, de la actividad judicial. Pero, si bien la independencia respecto de los poderes políticos y fácticos a la hora de adoptar decisiones o la imparcialidad, entendida como no

³¹ García Amado, J. A. «Deontología judicial. ¿Hay una ética especial para los jueces?», 21–22.

³² Atienza, M. «Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?», 44.

discriminación de los justiciables, objetividad en la valoración de la prueba o la ausencia de relación personal con las partes u objeto del litigio, son valores cuyo contenido no parece susceptible de desacuerdos profundos en el marco del Estado de derecho, no ocurre lo mismo con la motivación.

La obligación de motivación, que afecta a toda decisión jurídica, adquiere una intensidad especial en relación con aquellas decisiones que suponen un ejercicio de discrecionalidad por parte del juez. Es precisamente en relación con el significado de esta discrecionalidad que se ponen de manifiesto los desacuerdos teóricos que determinan la comprensión de esta obligación.

La obligación de motivación, como expresa el art. 18 del CIEJ, «se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales». En efecto, la legitimidad de las decisiones judiciales es cada vez menos una cuestión de autoridad, y cada vez más una cuestión de racionalidad. Pero no toda motivación vale. La motivación –y siguiendo con las recomendaciones del CIEJ– debe «expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión» (art. 19); «[e]n materia de hechos, el juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio» (art. 23); «[l]a motivación en materia de Derecho no puede limitarse a invocar las normas aplicables» (art. 24); y, por último, se vuelve insistir en que las motivaciones «deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas» (art. 27). En mi opinión, tendrían cabida aquí también los avances que las teorías de la argumentación jurídica, especialmente en el plano analítico, han aportado en los últimos años: estructura lógica de los argumentos jurídicos típicos, requisito de saturación, etc.

Ahora bien, se ha discutido en la teoría del derecho si la tesis de la discrecionalidad judicial es compatible con la ética judicial o, al menos, con una ética judicial de máximos o de excelencia, lo que debería llevarnos a cuestionar cuál es la función de la motivación en el plano de la ética judicial. El trasfondo teórico de esta discusión los encontramos en la contraposición entre teorías escépticas o no cognoscitivistas de la interpretación (entre otras, las de los positivistas del siglo xx), y aquellas teorías que adoptan la tesis de unidad de respuesta correcta (entre otras, las de Dworkin o Alexy). Para las teorías escépticas, la obligación de motivación responde precisamente a la asunción de márgenes de discrecionalidad en la actividad judicial; y supone la asunción de la responsabilidad personal por parte del juez respecto del ejercicio de ese poder de decisión. La motivación, en fin, vendría a mostrar las razones por las que se ha optado por una de entre las diversas alternativas compatible con las normas sin pretender que es la única decisión correcta.

Por el contrario, podemos pensar que la labor judicial no puede limitarse a identificar las alternativas posibles de conformidad con los argumentos interpretativos disponibles y elegir una de entre esas alternativas, sino que debe estar orientada a obtener la mejor respuesta posible y a poder presentarla como tal. Hay algo de verdad, al menos teóricamente, en este planteamiento: el compromiso con la mejor respuesta posible es un compromiso con la única respuesta correcta, puesto que segundas o terceras opciones en una escala de preferibilidad son injustificables frente a la primera o mejor opción. Ahora bien, una ética judicial de máximos que asuma la tesis de la respuesta correcta, debe asumir algunos o ambos de estos presupuestos: uno, ciertas virtudes y capacidades epistémicas especiales en el juez y, dos, que los métodos y esquemas argumentativos utilizados en la motivación pueden garantizar la corrección y objetividad de las decisiones. ¿Debe una ética judicial fundarse en asunciones de este tipo?

V. CONCLUSIONES

1. Hay razones para hablar de una autonomía de la ética para la función pública, al elevar ciertos estándares morales en pos del interés público.

Aunque cabría preguntarse si, en el caso de la función pública, estos deberes éticos *praeter legem* son lo suficientemente importantes como para ser exigidos legalmente.

2. En cuanto a las razones que justifican una ética de la función pública, las razones políticas, especialmente la cuestión de la legitimidad, es indiscutible, especialmente cuando las grandes diferencias ideológicas se han reducido considerablemente y es en la gestión de la administración donde pueden apreciarse diferencias entre las diversas opciones políticas.

Las razones prácticas son algo más cuestionables. Tal y como están formulados los códigos éticos, deben ser completados con códigos de conducta para poder ejercer la labor de dirección y guía del desempeño en la función pública.

La creación de una cultura ética en la función pública puede sonar a quimera, sobre todo en relación a algunos países, pero la incorporación de códigos éticos es parte esencial de la misma. Ciertamente, como definición de un ideal profesional, los contenidos de la ética de la función pública son la reiteración de obviedades, para cualquiera con una mínima conciencia moral, pero, al mismo tiempo, una colección de principios generales y sub-principios difícil de articular coherentemente.

En cualquier caso, puede promover la reflexión y la crítica acerca del modelo o el ideal de servidor público.

3. Llegamos así a un tercera conclusión: su elevado número y las relaciones entre ellos, que suponen problemas de interpretación y de contradicción normativa.

4. En el caso de la ética judicial podemos apreciar que algunos de los problemas señalados y cómo asunciones de tipo teórico afectan a la comprensión de las respuestas en materia ética.

REFERENCIAS

- ATIENZA, M. «Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?», *Jueces para la democracia* 46 (2003), 43–46.
- BECK JORGENSEN, T. / BOZEMAN, B. «Public Values. An Inventory», *Administration & Society* 39, nº 3 (2007), 354–381.
- BEW, P. «The Committee on Standards in Public Life: Twenty Years of the Nolan Principles 1995–2015», *The Political Quarterly* 86/3 (2015), 411–418.
- CORTINA, A. *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial*, Madrid: Trotta, 1994.
- GARCÍA AMADO, J. A. «Deontología judicial. ¿Hay una ética especial para los jueces?», *Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VII, 14 (2016), 7–38.
- GILMAN, S. C., «Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service. Comparative Successes and Lessons», Informe para la red Poverty Reduction and Economic Management del Banco Mundial (<https://www.oecd.org/mena/governance/35521418.pdf>).
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. «Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica», en *El buen jurista. Deontología del derecho*, coord. por Cristina García Pascual (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013) 269–301.
- LICHTENBERG, J. «What Codes of Ethics are for?», en Coady, M. / Bloch, S. (eds.) *Codes of Ethics and the Professions* (Melbourne: Melbourne University Press, 1996).
- MARCILLA, G. «Códigos deontológicos profesionales y códigos éticos para el ejercicio de cargos públicos» *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 53 (2019), 263–290.
- MOILANEN, T. / SALMINEN, A., «Comparative study on the public-service ethics of the EU member states» (<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpdm/unpan047469.pdf>).
- OLLERO TASARA, A. «Deontología jurídica y derechos humanos», en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología* (2 vols.) (Murcia: UCAM-AEDOS, 2003) 53-72.
- PRIETO ROMERO, C. «Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», *Anuario del Gobierno Local* (2011), 315–347.
- RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*, trad. J. Medina de Echeverría, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, 66 y ss.
- RODRÍGUEZ TOUBES, J. «Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 20 (2010), 92-118.
- ROTHSTEIN, B. / SORAL, N. «Ethical Codes for the Public Administration. A comparative Survey» *QoG Working Paper Series* (2017), 1–53 (https://qog.pol.gu.se/digitalAssets/1663/1663513_2017_12_rothstein_sorak.pdf).
- VILLORIA MENDIETA, M. «Ética en el sector público: una reflexión desde la ética aplicada», *Encuentros multidisciplinares* 39 (2011), 42–50.

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

El principio de buena fe en el Derecho internacional público

Talya Uçaryılmaz

Oxford Institute of European and Comparative Law
Bilkent University Faculty of Law

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp43-59](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp43-59)

Recibido: 23.10.2019

Aceptado: 29.12.2019

Abstract

Honesty, loyalty and reasonableness together refer to the principle of good faith in contemporary private law. The principle of good faith historically emerged as a natural law principle deriving from Roman law of nations, the universal set of rules applicable for all mankind. However, it also has immense historical effects on the early modern theories of international law. Being based on natural law and morality, good faith is well-equipped to be a fundamental standard of behavior in contemporary international law concerns. Good faith manifests itself as *pacta sunt servanda* as the basis of international treaty law. As a principle referring to honesty, loyalty and reasonableness, it guarantees the prohibition of the abuse of power and provides equitable solutions in legal relationships between sovereigns and private actors. Accordingly this article examines the application of the classical Roman principle of good faith in international law from a transhistorical perspective to clarify its contemporary applications, taking refugee law as an example. It concerns itself with the fundamental elements of good faith, the historical emergence of the principle, its relationship with early modern international legal theories and its contemporary significance in refugee law.

Key Words

Good Faith, Grotius, International Law, Pacta Sunt Servanda,, Refugee Law.

Resumen

La honestidad, la lealtad y la razonabilidad juntas se refieren al principio de buena fe en el Derecho privado contemporáneo. El principio de buena fe surgió históricamente como un principio de derecho natural derivado del Derecho romano de las naciones, el conjunto universal de reglas aplicables a toda la humanidad. Sin embargo, también tiene inmensos efectos históricos en las primeras teorías modernas del Derecho internacional. Al estar basada en la ley natural y la moral, la buena fe está bien equipada para ser un estándar de comportamiento fundamental en las preocupaciones del derecho internacional contemporáneo. La buena fe se manifiesta como *pacta sunt servanda* como la base del derecho internacional de los tratados. Como principio que se refiere a la honestidad, la lealtad y la razonabilidad, garantiza la prohibición del abuso de poder y brinda soluciones equitativas en las relaciones legales entre los soberanos y los actores privados. En consecuencia, este artículo examina la aplicación del principio clásico romano de buena fe en el Derecho internacional desde una perspectiva transhistórica para aclarar sus aplicaciones contemporáneas, tomando como ejemplo el Derecho de los refugiados. Se ocupa de los elementos fundamentales de la buena fe, el surgimiento histórico del principio, su relación con las primeras teorías jurídicas internacionales modernas y su importancia contemporánea en el Derecho de los refugiados.

Palabras clave

Buena fe, Grocio, Derecho internacional, *pacta sunt servanda*, Derecho de los refugiados.

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. THE EFFECT OF ROMAN LAW IN INTERNATIONAL LAW. III. GOOD FAITH AS A NATURAL LAW PRINCIPLE. IV. THE PLACE OF GOOD FAITH IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW. 1. *General Overview*. 2. *International Treaties and Pacta Sunt Servanda*. 3. *The Principle of Good Faith in Refugee Law*. V. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCTION

Good faith is one of the fundamental legal principles, imposing a moral behavioural standard of honesty, loyalty and reasonableness to different actors in social relationships. Before gaining its legal character in classical Roman law, *bona fides* or good faith had been understood as one's commitment to his/her own words, fidelity and honesty while symbolizing *tacitum in pectore numen*: The virtue of loyalty existing in the internal world of the human beings. Being a universal moral value that turned into a binding legal principle, it carries a transnational significance and facilitates sailing the legal world. The principle of *bona fides*, is applicable in different jurisdictions and different legal realms. Such universality makes it a bridge between different legal traditions, unifying them, and emphasizing the similarities.

The principle of good faith in its objective sense is mainly used in contract law to provide the necessary elasticity as an antidote to rigidity of law. However, this principle is also the basis of early-modern international law theories. The place of Roman law in the development of the international law theories is based on natural law, *ius gentium* and the concept of good faith as their product. The contemporary significance of the good faith principle in international law especially manifests itself in international treaty law with the cloak of *pacta sunt servanda*. However in many concrete cases, one can examine the importance and applicability of the good faith principle in international legal scene.

This article aims to evaluate the historical process of adopting such a moral value as the fundamentals of contemporary international law and to apply the universal criteria of good faith to one of the major contemporary problems: The legal regime of refugees and asylum seekers. It is constructed as a transhistorical analysis of the good faith principle from Roman law to early modern political-legal theory, in order to set the necessary basis for contemporary concerns.

II. THE EFFECT OF ROMAN LAW IN INTERNATIONAL LAW

Roman law has always been considered as the history of private law in Continental Europe. However, on the opposite of the general belief, it does

not only have immense historical and progressional effects on modern civil law but also on international law. There are several reasons why Roman private law constituted the basis of early modern international law theories. First, Roman characteristics have always been the model for the civic values of the modern states.¹ Second, the relationships between sovereigns and private actors were seen as morally equal, and third, Roman *ius gentium* is the fundamentals of modern law of nations.

One of the civic values of modern states is undoubtedly the principle of *bona fides* or good faith, that is *prima facie* a Roman civil law principle. However, the principle of good faith influenced international law in several dimensions, mainly international treaty law, being an intrinsic value incorporated to international agreements. Good faith simply refers to honesty, loyalty and reasonableness in social and legal relationships. In the realm of international law, it requires to adopt a standard of behaviour, stressing fidelity to treaties, proportionality and prohibition of the abuse of power for different actors.

Grotius took Roman *bona fides*, Cicero's writings and Ulpian's digest as a basis of his theory of law of nations. Main reason why Grotius took Roman law as a starting point, was his belief that the Roman culture valued *fides* more than others. In other words, Roman conception of *bona fides* was also one of the factors that shaped the future of international law. The principle of good faith, has been most systematically focused in *De Iure Belli Ac Pacis*. According to the jurist, not honoring a promise is the lowest stage of human dignity, since both public and private *fides* is the pre-condition of all sorts of human interactions. He, therefore equalized the concepts of honesty, loyalty, equity and *bona fides*, just as in the works of the *post-glossators* of medieval era, later adopted by contemporary contract law.² Although Grotius was focused on natural law, it was accepted as a valid statement of positive international law even of his time, and the postulate underlying his work was good faith.³

Second, Roman private law principles were directly incorporated to international law theories because Grotius considered states as private actors.

¹ Richard Tuck, *The Rights of War and Peace* (New York: Oxford University Press, 1999), 24.

² Manfred Wolf and Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (München: C.H. Beck, 10. Auflage, 2012), 232, Max Kaser, Rolf Knütel and Sebastian Lohsse, *Römisches Privatrecht* (München: C. H. Beck, 21. Auflage, 2019), 223, Giovanni Pugliese, *Istituzioni Di Diritto Romano* (Torino: Giappichelli, 2. Edizione, 1992), 265, René Robaye, *Le Droit Romain* (Louvain-la-Neuve: Academia-Bruylant, 5. Édition, 2016), 209.

³ Haim Cohn, « The Grotian Concept of Good Faith », *Tel Aviv University Studies in Law* 7 (1985-1986), 9-19, 10.

Before Grotius, Gentili also regarded law of nations as a form of private law comprised of common rules for the people of different nations.⁴ According to this idea, the rule, which governs a private citizen in his /her own state, should also govern a sovereign in the universal state formed by the world. The natural law principle of good faith plays a major role in the development of the international law theory because the relationship between individuals and between sovereign states has no significant moral difference, hence are governed by similar principles.⁵ Nations and their rulers should be seen as the individuals in terms of Roman principles of private law, who have to act in accordance with the principle of good faith.⁶ This view is also compatible with Kelsenian international law theory, taking international law in the framework of general theory of law and suggesting domestic law and international law are not intrinsically different.⁷

Classical Roman law, however, did not contain any special passages related to international law. It was the 11th century scholars who developed their international legal theories mostly based on classical private law texts. On the other hand, the relationship was bidirectional. *Fides* was also focused in public law, deriving from the word “*foedus*” which signified alliances between states in Roman international law. Good faith has always been central as a measurement of proportionality between obligations of the different sovereign parties.⁸

Third, the influence of Roman law in international law is the direct result of Roman *ius gentium*, as the major starting point existing in the doctrine.⁹ The term “*ius gentium*” originally referred to a special segment of municipal Roman law primarily for litigation among or with foreigners, applied by the *praetor peregrinus*.¹⁰ However in A.D. 212, as Emperor Caracalla issued the

⁴ Merio Scattola, « Alberico Gentili » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1092-1097, 1094.

⁵ Tuck, *War and Peace...*, 84.

⁶ See Montesquieu, *L'esprit des Lois*, I.10.2., Tuck, *War and Peace...*,56.

⁷ Barno Fassbender, « Hans Kelsen » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters (Oxford: Oxford University Press, 2012),1167-1172, 1171.

⁸ Arthur Nussbaum, « The Significance of Roman Law in the History of International Law », *University of Pennsylvania Law Review* 100, n.º 105 (1952), 678-687, 679.

⁹ Kaius Tuori « The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law Histories» in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1012-1033, 1015.

¹⁰ D.1.2.2.28, Paul Jörs, Wolfgang Kunkel and Leopold Wenger, *Römisches Recht*, (Heidelberg: Springer, 3. Auflage, 1949), 58, Kaser, Knütel and Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 36.

famous *Constitutio Antoniana* that dictated the rules of *ius gentium* to be also applicable to the civilians, the rules of *ius civile* and *ius gentium* had merged.¹¹ At the same time, because of the effect of Greek natural philosophy, *ius gentium* started to comprise universal rules deriving from *mores civitatis*, natural reason (*ratio naturalis*) and fundamental values of humankind. As a body of rules applicable to the conflicts with foreign elements, *ius gentium* was the universal set of rules of the “civilized” humanity, mainly consisted of the rules of *ius naturale* and common sense.¹²

Grotius considered *ius gentium* as a tacit agreement by the greater part of the members of the international community to rationalize the expansion on the Indies. However, the Grotian ideas that *ius gentium* derives from the natural law, and it is *a posteriori* determined by the *consensus gentium*, are the basis of modern international relations theories.¹³ Similarly, Vitoria, described *ius gentium* as a set of legal rules between natural law and positive law, taking its validity not from the municipal law but from the reason of all peoples.¹⁴ Roman *ius gentium*, as a quasi-cosmopolitan legal system based on natural law, is an indication that Roman law was not traditionalist and conservative, but open to any changes since it set out universal legal principles derived from natural reason.

The view that *ius gentium* is not only the international private law of Romans but also a cosmopolitan law in Kantian sense was strongly adopted by Suarez and Wolff. *Ius gentium* was understood as a quasi-political moral unity of the human race, as a result of agreement.¹⁵ Wolff took the position that state of nature is sociable in character. Nature herself established society, and binds men and all nations as *ius gentium*.¹⁶ In Wolff’s view, *ius gentium* could be voluntary in form of a universal *consensus*, stipulative deriving from pacts among nations, and customary as the result of the will of nations.¹⁷ The voluntary and customary *ius gentium* together created the principle of good faith. Kant, as a heir of Grotius and Wolff, believed that aggressive and

¹¹ Herbert Hausmaninger and Walter Selb, *Römisches Privatrecht* (Wien: Böhlau, 9. Auflage, 2001), 47, Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, (Torino: UTET, 1969), 26, Michel Villey, *Le Droit Romain* (Paris: Puf, 2012), 65.

¹² Nussbaum, *Roman Law...*, 682, Martti Koskenniemi, « History of International Law Histories » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 943-971, 944.

¹³ Koskenniemi, *History...*, 947-948.

¹⁴ Tuori, *Ancient Legal Thought*, 1019-1020.

¹⁵ See *De legibus*, II, XIX, 9, III, II, 6.

¹⁶ Tuck, *War and Peace...*, 187.

¹⁷ Emanuelle Jouannet, « Emer de Vattel » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1118-1121, 1119.

interventionary foreign policy was immoral, hence good faith as a moral concept should play an important role in *ius gentium*.¹⁸ This was the reflection of an unsocial sociability, that is antagonism in the society that caused a law governed social order and created the need to moral principles like good faith both in civil and international law.¹⁹ These three reasons discussed above, are interrelated and cluster around the principle of good faith. As a necessary social and modern civic value coming from the private law tradition, good faith flourished within Roman *ius gentium*, custom and *aequitas*.²⁰

III. GOOD FAITH AS A NATURAL LAW PRINCIPLE

The root of the principle of good faith is the notion of *fides*, that emphasized the virtue of fidelity in earlier times. *Fides* started to comprise the honest behaviour of a person in a social relationships and later adopted a legal meaning as honoring the promise, adequate performance of the consensual obligations and protection of reliance.²¹ In the classical period, the principle of *bona fides* had both a subjective and objective meaning, since the term *fides* not only meant faith and protection of reliance in an objective sense but also the intent of the subjective actors in contractual life.²² Good faith in its objective sense, requires the subjects of a legal system to adopt a loyal and honest behavioural standard while exercising their rights and performing their obligations, aiming to protect the reasonable reliance and other parties' interest that are worth being protected.²³

Scaevola considered *bona fides* as *summa vis* (the greatest power) just like *Cicero* who referred to it as the *fundamentum iustitiae* (fundamentals of

¹⁸ Tuck, *War and Peace...*, 165.

¹⁹ Tuck, *War and Peace...*, 18.

²⁰ Arnulf Becker Lorca, « Eurocentrism in the History of International Law » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1034-1057, 1043.

²¹ Theodor Mommsen, *Römische Geschichte*, 1. Band, (Berlin: Weidmannsche, 2. Auflage, 1856), 153, 209, Gérard Freyburger, *Fides*, Étude Sémantique et Religieuse Depuis les Origines jusqu'à l'Époque Augustéenne, (Paris: Les Belles Lettres, Collection d'Études Anciennes. Antiquité Latine, No: 35, 1986), 99.

²² Filippo Gallo, « Bona Fides E Ius Gentium », in *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, ed. Alberto Burdese, Luigi Garofalo (Padova: CEDAM, 2003), 115-153, 132.

²³ Bettina Hürlimann-Kaup and Jörg Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, (Basel: Schulthess, 2. Auflage, 2010), 70, Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, « Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape » in *Good Faith in European Contract Law*, ed. Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 7-63, p. 30.

justice).²⁴ The obligation of behaviour that the good faith rule dictates, is *bene agere* which is acting as “*bonus vir*” or a reasonable honest man in social relations.²⁵ It is accepted in contemporary civil law that, *bona fides* is a natural law principle that contains a mandatory moral standard.²⁶ However since it is a concept that is sufficiently ambiguous to be applied not only in civil law but also in international law, certain criteria must be specified. Historically, the criteria are determined in the light of the studies of *post-glossator* jurists which were also the starting point of the lawyers such as Grotius and Vasquez that theorized the idea of international law. The fundamental elements of *bona fides* are honesty, loyalty and reasonableness.

The criteria of loyalty is simply the performance of the consensual obligations and being faithful to promises while honesty as an objectified value, requires the disclosure of the necessary information that can harm the other party in case they are unknown. It also refers to taking the reasonable and legitimate interests of the other actors into consideration. Reasonableness on the other hand, indicates expediency of the behaviour and consists some sub-criteria such as avoiding contradictory conducts, acting in consistency with the reasonable expectations of the other party and avoiding creating excessive imbalance between party interests.²⁷ In other words, reasonableness criterion of good faith reflects the principle of proportionality in international law.

The reason why good faith is and should be the basis of international legal relations is its essence in natural law. The natural law principle of *bona fides* has always had two requirements: The absence of *dolus* (deceit) and the obligation to behave according to *aequitas naturalis* (natural equity). Accordingly, the principle of good faith started to create implied obligations deriving from the laws of nature amongst parties, as such they are not even required to be agreed in the contract. The obligation-creating function of good faith is the basis of *pacta sunt servanda* and proportionality in international law. In *De Iure Praedae*, Grotius demonstrated that good faith is a veritable necessity in contacts with foreign nations in the outer parts of the world. In case there is no common religious bond or a bond based upon a covenant, two actors are linked to each other by natural ties based on good faith, benevolence and clemency. Such natural ties unite all human beings, states or all actors in a legal relationship equally.²⁸

²⁴ See Cicero, *De Officiis*, 1. 23.

²⁵ De Buján, *Iudicia Bonae Fidei...*, 45.

²⁶ Jean Domat, *Les Loix Civiles dans Leurs Ordre Naturel*, (Paris: 1703)

²⁷ James Gordley, « Good Faith in Contract Law in Medieval Ius Commune » in *Good Faith in European Contract Law*, ed. Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 93-118.

²⁸ See Grotius, *De Iure Praedae*, 14.

The idea of Clinias the Cretan, that is humanity is in a condition of public war of every man against every man in the state of nature, which was later adopted by Hobbes and Bacon, is not strange to the contemporary contract law in the neo-liberal paradigm. Today, the war -between individuals or sovereigns- is not physical but intellectual and financial, resources are limited and the main aim is to self-preserve. This reflects such idea that the principle of good faith regulates the conduct between rivals in contract law and sovereign powers in international law.²⁹

In parallel, Grotius took Roman law as an alternative to develop a neutral natural law doctrine.³⁰ The Grotian concept of natural law is a mixture of human nature and of ideal postulates of human morality, that implies desirable standards of human behaviour, for which *fides* becomes a criterion of civilization.³¹ Good faith deriving from natural human life is shaped around the idea of one's own good takes precedence over the good of another, as the maxim "I am my own closest neighbour" dictates.³² Roman good faith does not require a purely altruistic approach. It signifies honesty and loyalty between rivals. This approach, coherent with the works of Hobbes and Grotius, makes this principle compatible with contemporary international law. Such realism set the necessary basis for the principle of good faith to be applicable while providing a minimal ethical standard in international scene.

Good faith does not have to come within positive law, nor within generosity or compassion. It belongs in the moral category of *conscientia* that creates an innate sense of justice within the state of nature, thus is properly classified as natural law.³³ In parallel, Rousseau defended that good faith comes from *rerum natura* but it is the idea of self-preservation that relies on such a fundamental moral agreement amongst men.³⁴ Rousseau was agnostic about the distinction between altruism and selfishness, making the Roman understanding of the principle of good faith central to contemporary international law. The state of nature analogy for the international law is more than understandable, since there are no enforceable international legal rules to govern international relations. That is why, less reliance on positive law but more reliance on voluntary constraint or *pacta sunt servanda* was needed.³⁵

²⁹ See Plutarchus, *Paradoxorum Iuris Civilis Libros*, VI, 2, 21.

³⁰ See Grotius, *De Cive*, XI, 4.

³¹ Haim, *Good Faith...*, 12.

³² Tuck, *War and Peace...*, 86.

³³ Haim, *Good Faith...*, 13.

³⁴ Tuck, *War and Peace...*, 132, 189.

³⁵ Haim, *Good Faith...*, 10, George Cavallar, « Jean Jacques Rousseau » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1114-1117, 1115, Knud Haakonssen, « Samuel

IV. THE PLACE OF GOOD FAITH IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

1. General Overview

The significance of the principle of good faith is visible in major areas of international law if one looks carefully. In the nuclear test case of 1974, ICJ set that the governing principle of international law in terms of creation and performance of the international obligations, is good faith.³⁶ As Grotius put, good faith, expressed or implied, is the foundation of every treaty between sovereigns. The idea of peace is not static, it is a condition of good faith between nations. Fidelity to treaties, good faith and mutual understanding coming from the Roman law are the *condiciones sine quibus non* of international law.³⁷ As the Kantian approach suggests, the *telos* of law and history is the federation among nations and individuals.³⁸ The reason why Grotius based his works on Roman law, is that Roman law consisted advanced contract law remedies in *ius gentium* like good faith and *pacta sunt servanda*.³⁹

Historically, the most clear reflections of the good faith principle in international law have been existed in three major areas: International treaty law as the principle of *pacta sunt servanda*, treatment of envoys and determining the conditions of just war. In parallel, Grotius argued that good faith matters the most in the handling of treaties under the theory of *pacta sunt servanda* in terms of conclusion, performance and interpretation.⁴⁰ While *pacta sunt servanda* clearly refers to the elements of honesty and loyalty of Roman good faith, treatment of envoys and determining the conditions of just war were reflections of reasonableness and proportionality.

These major areas are also intertwined. Pufendorf and Grotius argued that if someone intentionally failed to fulfill a legally binding pact, it constituted a *casus belli*, as the law of war was never separate from the law of treaties.⁴¹ Again, the legal regime of the envoys was constructed according to the rules concerning the employer's responsibility from the employee's actions,

Pufendorf » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1102-1105, 1103.

³⁶ *Nuclear Tests Case (Australia v France) (Merits)* [1974] ICJ Rep 253.

³⁷ Walter Simons, *The Evolution of International Public Law in Europe Since Grotius*, (New Haven: Yale University Press, 1931), 23.

³⁸ Koskenniemi, *History...*, 944.

³⁹ Tuori, *Ancient Legal Thought...*, 1022.

⁴⁰ Other private law analogies are mainly about the freedom of the high seas, *terra nullius* and *uti possidetis*. See Grotius, *De Fide e Perfidia*, Chapter 6.

⁴¹ Tuori, *Ancient Legal Thought...*, 1027, See Grotius, *De Iure Belli Ac Pacis*, III, 4, 19.

referring to the private law principle of *aequitas* and *utilitas*.⁴² Grotian concept of good faith is applicable in times of peace for mutual existence, and in times of war, since the actors in international area as natural or legal human beings should also act upon good faith towards each other.

2. *International Treaties and Pacta Sunt Servanda*

The principle of good faith is the basis of all social relationships and the criterion of civilization. As a human made artefact, it is also the basis of the concept of ‘contract’. Good faith dominates the mutual relationships between different actors in pre-contractual, contractual, and post-contractual stages. It does not only function as a subsidiary principle that is applied as *ultima solutio*, but also constitutes the moral basis of keeping the promises. Good faith rule in international law has two correlative functions. First, it manifests itself as *pacta sunt servanda*, ‘agreements must be kept’, as a reflection of honesty and loyalty. Second, it operates as a rule of interpretation.

Pacta sunt servanda is known to be one of the oldest principles of international law. According to Art. 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.” In the absence of any supranational authority, states have nothing to rely upon for the due fulfilment of international obligations but their trust in the good faith of the other parties. As King John proclaimed in *Magna Carta*, “Both we and the barons have sworn that all this shall be observed in good faith and without deceit.” In the Nuclear Tests Case, ICJ ruled that: “Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation. Thus interested States may take cognisance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected.”⁴³

Pacta sunt servanda refers to the binding nature of promises. It is a demonstration that good faith dominates the performance and interpretation of international treaties, being a fundamental legal principle derived from natural equity. The Kelsenian approach suggests that good faith is not a legal rule but a law of prudence. It does not have to be codified in positive law, since it is a natural law principle. It is also an underlying primordial law of human nature, ruling the conditions of people living together. According to this view, there must be a higher law behind a treaty to judge it. It is a law without the legislator and executor. It is also the law that makes sovereigns

⁴² See Groitius, *De Iure Belli Ac Pacis*, III, 22.

⁴³ *Nuclear Tests Case (Australia v France) (Merits)* [1974] ICJ Rep 253.

responsible.⁴⁴ Contractual obligations should be honored, and the central component is the concept of good faith.⁴⁵

In this regard, Art. 31 of the Vienna Convention focuses on the interpretative function of the good faith principle. In terms of ambiguity, Roman good faith requires the treaty to be interpreted according to proportionality and equity, rather than the literal meaning of the contract.⁴⁶ From Roman private law to modern contract law, *contra proferentem* rule dictates the interpretation of the contracts to be made to the disadvantage of the party who stipulated the contractual provisions. In parallel, *contra auctorem* rule has been accepted since Grotius in international law, prevailing that every document is to be interpreted strictly in favour of the vanquished.⁴⁷

UN Charter Article 2 stipulates that: “*All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.*” This article is one of the core provisions of international treaty law, since in Grotian sense good faith is not only the principle that hold all governments together, but is the keystone by which the larger society of nations is united. Destroy this, says Aristotle, and you destroy the intercourse of mankind.⁴⁸

3. *The Principle of Good Faith in Refugee Law*

International law, as historically put, does not only regulate the relationships between sovereigns. Individuals and states may also have duties and responsibilities towards each other under international rules. The Kantian approach of cosmopolitan law being closely related to Roman *ius gentium*, regulates relationships between states and foreigners, refugees, traders, businesses or collective agents. The duty to act upon good faith also manifests itself in the legal regime of refugees or broadly, asylum seekers.⁴⁹ The reason why refugee law is a good example for the significance of Roman *bona fides* is its requirement of a delicate balance of interests between asylum seekers and states, as well as a fragile measure of honesty and equity. This concrete example demonstrates that good faith in international law, coming from

⁴⁴ Simons, *Public Law...*, 73, 75.

⁴⁵ Talya Uçaryılmaz, *Bona Fides*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018) Tuori, *Ancient Legal Thought...*, 1027.

⁴⁶ Grotius, *De Iure Belli Ac Pacis*, II, 16.

⁴⁷ Hail, *Good Faith...*, 17.

⁴⁸ Grotius, *De Iure Belli Ac Pacis*, III, 25.

⁴⁹ As in the 1951 Refugee Convention the definition of the concept of refugee is narrow, in this article the term asylum seekers is used as an umbrella category.

Roman law, is not only truthfulness but also reasonableness. Roman legacy requires each contemporary case to be evaluated by its own merit.

It is unclear, whether there is a positive law requirement of objective good faith in refugee law. The 1951 Convention Related to the Status of Refugees Art. 2 provides that, “*Every refugee has duties to the country in which he finds himself, which require in particular that he conform to its laws and regulations as well as to measures taken for the maintenance of public order.*” The 1951 Convention is not self-applying and the states are obliged to incorporate the basic universal principles that they have accepted in international law to their domestic laws. The provisions are considered together with the 1969 Vienna Convention. As such, it is interpreted as the requirement to provide necessary protection to refugees, by assuring their fundamental rights and freedoms.⁵⁰ Due to the fundamental obligation of *bona fides* and Vienna Convention as its positive law appearance, every state has the obligation to implement international obligations in good faith that also entails taking the necessary measures to prevent discrimination and setting up the necessary mechanisms for the well-being of asylum seekers.⁵¹ However, Roman *ius gentium* and theory of cosmopolitan law requires the obligations to be bilateral.

That is to say, everyone, in the territory of another state, is subject to its jurisdiction and bound by national laws and that not all the obligations lie with the state, as the asylum seekers have the obligation to cooperate.⁵² The legally non-binding refugees handbook issued by UNHCR, stipulates that the applicant should tell the truth and assist the examiner to the full in establishing the facts of his/her case and supply all pertinent information concerning himself/herself and the past experience in as much detail.⁵³ This provision clearly reflects the honesty element of Roman *bona fides*. Here, the principle of good faith is described as a moral rule of a general nature, not punitive in character.⁵⁴

One can argue that, there is no positive requirement of good faith for the asylum seekers in international law, if not in domestic law. However, as the principle of good faith is one of the fundamental principles of law, it would

⁵⁰ Guy Goodwin-Gill, « Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection » *UNHCR Department of International Protection Papers*, (2011), 3.

⁵¹ Guy Goodwin-Gill, « The International Law of Refugee Protection » in *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, ed. Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona, (Oxford: Oxford University Press, 2014), 36-48, 40.

⁵² Ryszard Piotrowicz, « Asylum Seekers, Good Faith and the State » *International Journal on Minority and Group Rights* 20, (2013), 263-278, 268.

⁵³ <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html> (22.10.2019)

⁵⁴ Piotrowicz, *Asylum Seekers...*, 276, 271.

be very difficult in practice to categorically reject it. International jurisprudence also shows that the obligation of good faith and co-operation for asylum seekers exists. Nonetheless, the obligation to be truthful is also evaluated according to the additional criteria of good faith, mainly loyalty and reasonableness. The principle of good faith does not only refer to the honesty in fact but rather requires equitably expectable honesty of the parties. In some cases, failure to tell the truth does not entitle a state automatically to reject a person's application, as the states remain bound by the principle of *non-refoulement*. Not being entirely truthful about one's circumstances does not alter the fact that he/she may have a legitimate claim to international protection.⁵⁵

In some cases, the observation of the principle of *pacta sunt servanda* by the states and the obligation of honesty for the asylum seekers may conflict. The solution is to solve each case according to equity and reasonableness, or in other words according to the wider understanding of the Roman good faith principle. Such good faith obligation exists mutually. In one hand, the situation and truthfulness of the asylum seekers must be determined according to their own circumstances, equity and reasonableness. In the other hand, states have a right to a fair and efficient asylum procedure. States are not obliged to give the benefit of every doubt to all the applications of asylum seekers.⁵⁶ Nonetheless, all the actors in international scene have the obligation to act honestly, loyally, and reasonably.

The unity of law is based on ethical principles, and to avoid a utopian moralism, one has to apply realist ethics as a perspective for legal analysis. *Ius gentium* and natural law on the other hand, create a horizon of modernity and progress.⁵⁷ Good faith rule determines the legal effects of the subjects' declarations and behaviour and the extent of their duties as a moral principle.⁵⁸ *Bona fides* requires the expectations of mutual conformity to be agreed or implied standards to be duly and unfailingly fulfilled, hence is an essential element for the interactions between private actors, states and states v. individuals.⁵⁹ It is understandable that the concept of good faith is found highly abstract. However, with such abstractness, good faith determines the measure of the acceptable that must not be exceeded. The Roman private law principle of good faith is still the oil in the machine of international law.

⁵⁵ Guy Goodwin-Gill, « Damian v. Secretary of State for the Home Department Comment: Refugee Status and Good Faith » *International Journal of Refugee Law* 12, n.º 4, (2000), 663-671.

⁵⁶ Piotrowicz, *Asylum Seekers...*, 268

⁵⁷ Koskenniemi, *History...*, 970.

⁵⁸ Michel Virally, « Good Faith in Public International Law » *The American Journal of International Law*, 77, n.º 1, (1983), 130-134, 133.

⁵⁹ Haim, *Good Faith...*, 10.

V. CONCLUSION

The principle of good faith operates as a bridge between different legal systems because of its amorphous nature and its basis in universal moral-ethical values deriving from Roman private law. *Fides*, one of the strictly adopted moral values in the Roman civilization, gained a legal character with the applications of Roman private law, transforming it into the concept of *bona fides*. Roman *bona fides* being a moral value based on natural law, constituted the roots of early modern international law theories.

The question why one principle set the whole basis of international law has several answers. It is argued that the importance of good faith in international scene lies on its relationship with natural law and its genealogy from Roman *ius gentium* as a form of cosmopolitan law. The principle of good faith signifies honesty, loyalty and reasonableness between rivals in contract law and sovereigns in international law. Such realistic approach makes good faith central for contemporary international law, while setting the necessary behavioural standard for respecting human rights and fundamental values.

The contemporary significance of good faith in international law can be best observed in international treaty law. Roman *bona fides* is the origin of the international law principle *pacta sunt servanda*, existing in the soul of every international treaty by nature. However, coming from the Roman *ius gentium*, the principle is also applicable to the relationships between sovereigns and other private actors such as collective agents, refugees and asylum seekers. Accordingly, one concrete contemporary example of the application of good faith in international law occurs in relation to the legal regime of refugees and asylum seekers.

The reason behind the existence of the good faith obligation in refugee law is historical. Being a private law principle coming from the cosmopolitan law tradition, the principle of good faith is fully equipped to be applicable to the relationships between states and other actors. In addition, as a natural law principle, it is the main criterion in interpretation of international treaties according to natural equity. The principle of good faith protects its historical importance, requiring every case to be treated in its own merit and balancing different interests in international arena. Good faith, being the ethical basis of international law is one of the life jackets we can use, when sailing the legal world.

BIBLIOGRAPHY

- BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino: UTET, 1969.
- CAVALLAR, George. « Jean Jacques Rousseau » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, Oxford: Oxford University Press, 2012: 1114-1117.

- COHN, Haim. « The Grotian Concept of Good Faith », *Tel Aviv University Studies in Law* 7 (1985-1986): 9-19.
- DOMAT, Jean. *Les Loix Civiles dans Leurs Ordre Naturel*, Paris: 1703.
- FASSBENDER, Barno. « Hans Kelsen » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, Oxford: Oxford University Press, 2012: 1167-1172.
- FREYBURGER, Gérard. *Fides, Étude Sémantique et Religieuse Depuis les Origines jusqu'à l'Époque Augustéenne*, Paris: Les Belles Lettres, Collection d'Études Anciennes. Antiquité Latine, No: 35, 1986.
- GALLO, Filippo. « Bona Fides E Ius Gentium », in *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, ed. Alberto Burdese, Luigi Garofalo, Padova: CEDAM, 2003: 115-153.
- GOODWIN-GILL, Guy. « Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection » *UNHCR Department of International Protection Papers*, 2011.
- GOODWIN-GILL, Guy. « Damian v. Secretary of State for the Home Department Comment: Refugee Status and Good Faith » *International Journal of Refugee Law* 12, n.º 4, 2000: 663-671.
- GOODWIN-GILL, Guy. « The International Law of Refugee Protection » in *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, ed. Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona, Oxford: Oxford University Press, 2014: 36-48.
- GORDLEY, James Gordley, « Good Faith in Contract Law in Medieval Ius Commune » in *Good Faith in European Contract Law*, ed. Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, Cambridge: Cambridge University Press, 2000: 93-118.
- HAAKONSSON, Knud. « Samuel Pufendorf » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, Oxford: Oxford University Press, 2012: 1102-1105.
- HAUSMANINGER, Herbert et al., *Römisches Privatrecht*, Wien: Böhlau, 9. Auflage, 2001.
- HÜRLIMANN-KAUP, Bettina et al., *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, Basel: Schulthess, 2. Auflage, 2010.
- JOUANNET, Emmanuelle. « Emer de Vattel » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, Oxford: Oxford University Press, 2012: 1118-1121.
- JÖRS, Paul et al., *Römisches Recht*, Heidelberg: Springer, 3. Auflage, 1949.
- KASER, Max et al., *Römisches Privatrecht*, München: C. H. Beck, 21. Auflage, 2019.
- KOSKENNIEMI, Martti. « History of International Law Histories » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, Oxford: Oxford University Press, 2012: 943-971.
- LORCA, Arnulf Becker. « Eurocentrism in the History of International Law » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, Oxford: Oxford University Press, 2012: 1034-1057.
- MOMMSEN, Theodor. *Römische Geschichte*, 1. Band, (Berlin: Weidmannsche, 2. Auflage, 1856.

- NUSSBAUM, Arthur. « The Significance of Roman Law in the History of International Law », *University of Pennsylvania Law Review* 100, n.º 105, 1952: 678-687.
- PIOTROWICZ, Ryszard. « Asylum Seekers, Good Faith and the State » *International Journal on Minority and Group Rights* 20, 2013: 263-278.
- PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni Di Diritto Romano*, Torino: Giappichelli, 2. Edizione, 1992.
- ROBAYE, René. *Le Droit Romain*, Louvain-la-Neuve: Academia-Bruylant, 5. Édition, 2016.
- SCATTOLA, Merio. « Alberico Gentili » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, Oxford: Oxford University Press, 2012: 1092-1097.
- SIMONS, Walter. *The Evolution of International Public Law in Europe Since Grotius*, New Haven: Yale University Press, 1931.
- TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace*, New York: Oxford University Press, 1999.
- TUORI, Kaius. « The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law Histories » in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Barno Fassbender and Anne Peters, Oxford: Oxford University Press, 2012: 1012-1033.
- UÇARYILMAZ, Talya. *Bona Fides*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018.
- VILLEY, Michel, *Le Droit Romain*, Paris: Puf, 2012.
- VIRALLY, Michel. « Good Faith in Public International Law » *The American Journal of International Law*, 77, n.º 1, 1983: 130-134.
- WHITTAKER, Simon and ZIMMERMANN, Reinhard. « Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape » in *Good Faith in European Contract Law*, ed. Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, Cambridge: Cambridge University Press, 2000: 7-63.
- WOLF, Manfred et al., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: C.H. Beck, 10. Auflage, 2012.

OBLIGATIONS OF DE-FACTO REGIMES

Obligaciones De Los De-Facto Regímenes

Vlastislav Stavinoha

Lawyer

Legal Department

State Institute for Drug Control (Czech Republic)

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp61-74](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp61-74)

Recibido: 01.11.2019

Aceptado: 21.11.2019

Abstract

This paper in its first part intends to determine and critically evaluate, if, to what extent and on what basis, de-facto regimes are under an obligation to ensure human rights to individuals coming under their jurisdiction. It is important to clarify a possibility to recognize de-facto regimes as bearers of human rights obligations with the duty incumbent on third states and international organizations not to recognize these de-facto regimes because of the unlawful character of their creation, according to international law. In the second part this paper aims to determine the humanitarian law obligations which de-facto regimes are bind by. Last but not least, business cooperation with other states and international organizations is discussed as a prerequisite for the de-facto regime's capacity to ensure economic, social and cultural rights of people living on its territory.

Keywords

De-facto regimes; Human rights; Humanitarian law; Economic, social and cultural rights; State obligations.

Resumen

Este documento, en su primera parte, pretende determinar y evaluar críticamente si los regímenes de facto tienen la obligación de garantizar los derechos humanos de

las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, en qué medida y sobre qué base. Es importante aclarar la posibilidad de reconocer a los regímenes de facto como portadores de obligaciones en materia de derechos humanos, con el deber que incumbe a los terceros Estados y a las organizaciones internacionales de no reconocer esos regímenes de facto debido al carácter ilícito de su creación, de conformidad con el derecho internacional. En la segunda parte, este documento tiene por objeto determinar las obligaciones del derecho humanitario que vinculan a los regímenes de facto. Por último, pero no por ello menos importante, la cooperación empresarial con otros Estados y organizaciones internacionales se discute como requisito previo para que el régimen de facto pueda garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que viven en su territorio.

Palabras clave

De-facto regímenes; Derechos humanos; Derecho humanitario; Derechos económicos, sociales y culturales; Obligaciones de los Estados.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. HUMAN RIGHTS STANDARDS AS AN OBLIGATION OF DFRS. III. INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW REQUIREMENTS IN DFR. IV. BUSINESS COOPERATION WITH OTHER STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN ORDER TO ENSURE ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS OF PEOPLE IN DFRS. V. CONCLUSION. REFERENCES.

I. INTRODUCTION

De-facto regimes (“DFR”), also called de-facto states, constitute an interesting anomaly in the international system of sovereign states because they fail to achieve international recognition. The claims to independence are usually justified by reasons such as historical continuity, claims to a remedial right to secession based on alleged human-rights violations, and primarily, on the right to national self-determination. These DFRs are generally not internationally recognized or are merely recognized by a few United Nations (“UN”) member states, which is not enough to eliminate the status of an illegal de-facto regime. With the rest of the states and international organizations they usually do not have any official diplomatic relations.

Historically, international law and the rights and duties emanating from it applies fully only to entities possessing complete international legal personality. Besides states there are international organizations, transnational corporations as well as individual persons possessing international legal personality. All of these actors are bound to different sets of rights and obligations and therefore their legal personality differs.¹

DFRs are illegal or at least possess an extra-legal foundation based on a politically organized entity that exercises effective control over parts of a UN member state territory with the aim of becoming the official government of the “new” state.² These de-facto states are unable to achieve any degree of substantive recognition, and yet they seek to enter into relationships with other states. International law places DFRs in an indeterminate position, but it could be assumed that they possess some rights and obligations, i.e. they have some degree of international legal personality. There is a need to identify these rights and obligations and to determine their scope of applicability, in order to clarify their international legal responsibility; to guarantee their

¹ Essen, Jonte van. *De Facto Regimes in International Law*. *Merkourios* [online]. 2012, vol. 28, Issue 74, 34 p., pp. 31-49 [cit. 14. 1. 2019]. Available at: <file:///C:/Users/user/Downloads/25-25-1-PB.pdf>

² *Ibidem*.

inhabitants adequate level of legal certainty and living standards in relation to foreign countries; and to prevent some international legal disputes.

The existence of DFRs has an impact not only on the relation between a DFR and an UN member state, but more importantly the DFRs influence the relations between UN member states themselves. Disputes between UN member states are usually originating from their different scale of DFR's acknowledged rights and obligations.

Despite the lack of international recognition, DFRs are obliged to fulfil some obligations based e.g. on human rights, humanitarian law and economic, social and cultural rights. The extent of these obligations has not been codified in any international treaty yet and requires more international attention and political consensus. In the following text selected obligations of DFR will be confronted with the status of non-recognition.

II. HUMAN RIGHTS STANDARDS AS AN OBLIGATION OF DE-FACTO REGIMES

De-facto regimes such as the Republic of South Ossetia – the State of Alania, the Republic of Abkhazia, the Republic of Artsakh (also called as Nagorno-Karabakh), the Turkish Republic of Northern Cyprus, the Pridnestrovian Moldavian Republic, the Luhansk People's Republic and the Donetsk People's Republic do exist factually but are not recognized as States and cannot thus ratify the treaties ensuring the protection of human rights (European Convention on human rights, for example) nor accede to regional or international organisations monitoring the respect of human rights (Council of Europe, for example). There is a question, as to what extent and on which basis, de-facto regimes are under an obligation to ensure human rights to the individuals coming under their jurisdiction given their specific status. Would it be possible to clarify the possibility to recognize de-facto regimes as bearers of human rights obligations with the duty incumbent on third States and international organizations not to recognize these regimes as States because of the unlawful character of their creation, according to international law?

On the other hand, when one state controls the territory of another, the European Court of Human Rights stated in the case *Azemi v Serbia*, that if another Convention State exceptionally exercised jurisdiction outside its territory, this State has full responsibility under the European Convention on Human Rights.³ With regard to human rights violations on the territory of the

³ Judgment of the European Court of Human Rights from 5.11.2013 on the case *Ali Azemi against Serbia*. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-139052%22%5D%7D>;

DFR, if there is adequate evidence that the DFR is part of the other state empowered to act on its behalf, or that the authorities of the “controlling State” take part directly in the illegal activities of the DFR, this other state is responsible for these violations.⁴ The other state is in fact in control of foreign territory, and if this state exercises jurisdiction over that territory, it will be under an obligation to secure and respect the range of substantive rights and freedoms guaranteed by the applicable human rights treaty.⁵

It does not mean that a state that has lost control over part of its territory is not relieved of all its human rights obligations. The scope of the territorial state’s jurisdiction, and of its human rights obligations, will be limited to “secure” or “ensure” the rights and freedoms of the population of that part of its territory (also called as “positive obligation”). Even though its authorities are no longer in control of the area, the state will continue to be under a duty to take all appropriate measures within its power to secure the rights and freedoms of individuals in whole its territory.⁶

However, if no state exercises “full” jurisdiction over the territory controlled by DFR, the territorial state could be only responsible for failure to secure human rights and to prevent human rights violations committed by DFR in the area.

Furthermore, even if a state has fulfilled its obligation to exercise due diligence to prevent violations of human rights, it may still be responsible for its failure to properly investigate, prosecute, punish and provide redress to the victims of those violations.⁷

In the case *Ilascu and others v Moldova and Russia*, the European Court of Human Rights stated that the Moldova has still some positive obligations to ensure individual rights with respect to the self-proclaimed Moldavian Republic of Transnistria (“Transnistria”). Therefore Moldova had failed to

⁴ Cullen, Anthony; Wheatley, Steven. The Human Rights of Individuals in *De Facto* Regimes under the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review* [online]. 2013, 704 p., pp. 691-728 [cit. 14. 1. 2019]. Available at: <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/13/4/691/638906?redirectedFrom=fulltext>

⁵ Judgment of the European Court of Human Rights from 7.7.2011 on the case *Al Skeini and others against the United Kingdom*. Available at: <file:///C:/Users/user/Downloads/Grand%20Chamber%20judgment%20Al-Skeini%20v.%20United%20Kingdom%2007.07.2011.pdf>

⁶ Eatwell, Tatyana. State Responsibility for Human Rights Violations Committed in the State’s Territory by Armed Non-State Actors. *Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*. Geneva [online]. 2018, 16p., pp. 44 [cit. 14. 10. 2019]. Available at: <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Academy%20Briefing%2013.pdf>

⁷ Eatwell, Tatyana. State Responsibility for Human Rights Violations Committed in the State’s Territory by Armed Non-State Actors. 25 p.

fulfil its obligation to protect the human rights of persons arbitrarily detained and tortured by the Moldavian Republic of Transnistria.⁸

According to Article 1 of the European Convention on Human Rights, “*The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.*” This means that only states may grant human rights to everyone who is subject to their sovereignty. However, the UN General Assembly Resolution 3314 (Definition of Aggression) also defines “state” as entities “*without prejudice to questions of recognition or to whether a State is a member of the United Nations.*”⁹ Since fundamental human rights are applicable *erga omnes*, some authors are convinced that the renunciation of violence shall apply to DFRs, together with the liability of these entities in international law.¹⁰

However, if we assume, that de-facto regimes are bound by human rights, would this not imply that they should be able to develop fully a legal system able to guarantee those rights? Would this not mean that de-facto regimes should be able to establish their courts and tribunals, adopt the laws and ensure their enforcement? If de-facto regimes have to grant the means to ensure human rights protection, we should on the other hand take into account the duty firmly established in international law not to recognize de-facto regimes because of the unlawful character of their creation. This rule rises from the Article 41(2) of The Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, which states that “*no State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach of an obligation arising under a peremptory norm of general international law, nor render aid or assistance in maintaining that situation.*”¹¹

In addition, according to the International Law Commission, the prohibition of the use of force is identified as a peremptory norm,¹² meaning that all

⁸ Judgment of the European Court of Human Rights from 8. 7. 2004 on the Case *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*. Available at:

⁹ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61886%22%5D%7D>

⁹ United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974 on Definition of Aggression. Available at: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/GAres3314.html>

¹⁰ Heintze, Hans-Joachim. *Are De Facto Regimes Bound by Human Rights? Yearbook on the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)* [online]. 2009, 269 p., pp. 267-277 [cit. 14. 10. 2019]. Available at: <https://ifsh.de/file-CORE/documents/yearbook/english/09/Heintze-en.pdf>

¹¹ Resolution adopted by the General Assembly: 56/83 Responsibility of States for internationally wrongful acts (2002). Available at : <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup11/basicmats/StateResponsibility.pdf>

¹² Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No.10,

de-facto regimes created by a breach of the UN Charter should not be recognized. The Security Council of the United Nations has sometimes explicitly formulated this duty as in the case of the Turkish Republic of Northern Cyprus.¹³ It is disputable if we can, on one hand, grant de-facto regimes powers which are indeed sovereign powers (legislative, executive and judiciary powers) for the purpose of ensuring human rights respect and on the other hand being under the duty to deny them sovereignty? It is true that international law provides that the duty of non-recognition is limited in that it should not be affecting the validity of certain acts beneficial to the individuals such as birth certificates, as the International Court of Justice clearly established in its Advisory Opinion in the Namibia case.¹⁴ There is an interest in protecting the life of inhabitants living in the territory of DFRs, which includes the protection of their courts.¹⁵ This partly explains why, in the inter-State case *Cyprus v. Turkey*, the European Court of Human Rights admitted to a certain extent the validity of the courts in the Turkish Republic on Northern Cyprus (“TRNC”), only for the purpose of protecting the rights of the people living on its territory, specifying that doing so did not legitimize in any way the TRNC.¹⁶

Vienna Convention on the law of treaties defines treaty as “*an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation.*”¹⁷ It is disputable, if an inter-state treaty could bind non-state parties, because Article 34 states: “*A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.*”¹⁸ Third state could be bound by an obligation arising

(A/56/10), 2001, pp. 112-113, paragraphs 4,5. Available at : http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_56_10.pdf&lang=EXP

¹³ The Security Council Resolution 541 (1983) of 18 November 1983. Available at : <http://unscr.com/en/resolutions/541>

¹⁴ Articles 1 and 5 Extra-territorial jurisdiction, jurisdiction of territorial State prevented from exercising its authority in part of its territory, and validity of detention and criminal proceedings in de facto entities. *European Court of Human Rights, Research Division* [online]. 26 p., pp. 33 [cit. 14. 1. 2019]. Available at:

https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_articles_1_5_ENG.pdf

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Judgment of the European Court of Human Rights from 10. 5. 2001 on the Case *Cyprus v. Turkey*. Available at:

<http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/CYPRUS%20v.%20TURKEY%20%282001%29.pdf>

¹⁷ Article 2 para. 1 letter a) of the Vienna Convention on the law of treaties from 23.5.1969. Available at: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>

¹⁸ Article 34 of the Vienna Convention on the law of treaties from 23.5.1969.

from a provision of a treaty only if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing form.¹⁹

The treaty-based human rights law does not create horizontal obligation between non-state actors. The wording of the treaty obliges states to “respect”, “ensure”, “take steps toward achieving,” and “undertake” human rights obligations. That is not to say that human rights treaties do not affect relations in the non-state sphere. They actually create diagonal obligations since the treaty obligations themselves are only owed by states.²⁰ In Article 13 of the European Convention on Human Rights is prescribed that “*Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.*”²¹ This wording can be interpreted as implying that not only persons acting in an official capacity, but also non-state actors can violate human rights.²²

In a contrast there are opinions, that the traditional international law cannot hold the usurping non-state actors accountable (unless they had been recognized as belligerents), the non-functional chaotic state, in which they operate, is held responsible. This is based on the meaning of Article 4 of the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, which states: “*The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.*” It can be understood as a special case of due diligence, because the state is held responsible for allowing private individuals to usurp its powers. That means the insurrectional or secessionist movement is legally not bound by human rights law, because the same principle applies as the law governing the protection of foreign nationals when the state is responsible not because of the complicity in the non-state conduct, but because of the failure of a state to protect against it.²³

¹⁹ Article 35 of the Vienna Convention on the law of treaties from 23.5.1969.

²⁰ Hessbruegge, Arno Jan. Human Rights violations arising from conduct of Non-State Actors. In. *Buffalo Human Rights Law Review*. [online]. 2005, Vol. 11, 4p., pp. 54. Available at: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1113&context=bhrlr>

²¹ Article 13 to The European Convention on Human Rights Of 4.11.1950 [online]. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

²² Hessbruegge, Arno Jan. Human Rights violations arising from conduct of Non-State Actors. 4p.

²³ Hessbruegge, Arno Jan. Human Rights violations arising from conduct of Non-State Actors. 20 p.

III. INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW REQUIREMENTS IN DE-FACTO REGIMES

The Protocol II On The Protection Of Victims Of Non-International Armed Conflicts to the Geneva Conventions of 8 June 1977 defines the non international armed conflict as one “*which takes place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol.*”²⁴ However, situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of similar nature are not assumed as being armed conflicts.²⁵

Each party in non-international armed conflict is bound to apply, as a minimum, the fundamental humanitarian provisions of international law contained in the Common Article 3 to the Geneva Convention that states “*during armed conflict, distinction should be made between those who take an active part in hostilities and those who do not.*” This Article is considered as a “general principle of humanitarian law” and even *jus cogens*.²⁶ Together with the Geneva Protocol II of 1977, both provisions apply with equal force to all parties to an armed conflict, government and rebels alike.

Moreover, government and rebel forces must apply some other specific treaty rules relating to internal conflict, e.g. The Ottawa landmines treaty of 1997; Protocol II to the Conventional Weapons Convention, on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices, as amended on 3 May 1996. In addition, the basic principles of the law of armed conflict, namely proportionality, military necessity, limitation, good faith and humane treatment, apply as well.²⁷

Armed forces of DFR are therefore obliged to behave in accordance with the minimum requirements of the law of armed conflict applicable to international armed conflicts, even if they are not a party of the Geneva Convention or Additional Protocol II.

²⁴ Article 1 para. 1 of the Protocol Additional To The Geneva Conventions Of 12 August 1949, And Relating To The Protection Of Victims Of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), Of 8 June 1977 [online]. Available at: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.35_AP-II-EN.pdf

²⁵ Article 1 para. 2 of the Protocol Additional To The Geneva Conventions (Protocol II).

²⁶ Essen, Jonte van. De Facto Regimes in International Law. 34 p.

²⁷ The Law of Armed Conflict – Non-international Armed Conflict. *International Committee of the Red Cross Unit for Relations with Armed and Security Forces* [online]. 2002, 4p., pp. 25 [cit. 14. 10. 2019]. Available at: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/law10_final.pdf

In contrast with the international armed conflict, in a non-international armed conflict, combatant status does not exist, captured persons and children are sometimes treated according to other rules.²⁸ However, there is a basic rule according to the Protocol II., that in all circumstances all persons who do not take a direct part or who have ceased to take part in hostilities shall be treated humanely, without any adverse distinction.²⁹

A Special obligation for DFR is required for child soldiers in Article 4 of the Optional Protocol to the Convention on The Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict, which states: “*Armed groups that are distinct from the armed forces of a State should not, under any circumstances, recruit or use in hostilities persons under the age of 18 years.*” Moreover, every member state “*shall take all feasible measures to prevent such recruitment and use, including the adoption of legal measures necessary to prohibit and criminalize such practices.*”³⁰ This means, that all states are entitled to protect child soldiers fighting under supervision of any kind of non-state actors with due diligence, notwithstanding if these states are participating in this concrete non-international armed conflict or not.

IV. BUSINESS COOPERATION WITH OTHER STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN ORDER TO ENSURE ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS OF PEOPLE IN DE-FACTO REGIMES

The Universal Declaration on Human Rights recognizes a number of economic, social and cultural rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights is the primary international legal source of these rights. Special additional requirements (e.g. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child³¹) are set for higher protection of children in the Convention on the Rights of the Child. Right to food has been recognized as a basic human right and granted by constitution in many countries in the world. However, to ensure all persons on the territory of DFR some basic social standards, it is necessary to have enough financial sources for this purpose. The sufficient

²⁸ The Law of Armed Conflict – Non-international Armed Conflict.8 p.

²⁹ Article 4 para. 1 of the Additional Protocol II. to The Geneva Conventions

³⁰ Art. 4 para. 2 of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict of 25 May 2000.

³¹ Available at: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>

³¹ Art. 6 para. 2 of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict

financial reserve cannot be created without international business cooperation and access to international market.

However, in any international treaty is regulated, which relation of third states is allowed towards the DFR and from which actions they should refrain. Recognition of a state is a diplomatic formal act but the factual recognition without any formal act does not have any regulated form. Besides cooperating with the “patron state” (i.e. state which supports DFR politically, economically and militarily such Russia in the case of Abkhazia or Armenia in the case of the Republic of Artsakh) as well as mutual cooperation between DFRs, the de-facto regimes strive for new international partners for business in order to reach better life standard for people living on their territories. For instance, in 2016 (for the Ukraine in 2017) The Deep and Comprehensive Free Trade Areas entered into force and established three free trade areas between the European Union (“EU”) on one side and Georgia, Moldova and Ukraine on the other. From this agreement, Transnistria gained many benefits, as their companies could export to the EU after they register on the territory of Moldova. In total Transnistria exports almost 45% of its production to the EU, nearly two-thirds of the iron and steel products were sold to the EU.³²

Another example how the DFRs are allowed to cooperate with states through international organizations is Commonwealth of Independent States, which is a regional intergovernmental organization of 10 post-Soviet republics. In October 2018 the Russian President Vladimir Putin signed a decree on the creation of the Presidential Directorate for Cross-Border Cooperation between the Commonwealth of Independent States Member Countries (“CISMC”), the Republic of Abkhazia and the Republic of South Ossetia. This should improve the efficiency of the social and economic cooperation between contracting parties, which means in fact also cooperation between these two de-facto regimes and every single CISMC.³³

Due to acceptance and active participation of UN member states and international organizations in business and political cooperation with DFRs, should this be understood as a tacit recognition of the right of DFRs to perform independently (i.e. without any influence of external political power) in specific business activities?

³² EU now top destination for Transnistria’s fast-growing exports. *Intellinews.com* [online]. Published on 17. 4. 2018 [cit. 15. 1. 2019]. Available at: <http://www.intellinews.com/eu-now-top-destination-for-transnistria-s-fast-growing-exports-140111/>

³³ Putin signs decree establishing Presidential directorate for cross-border cooperation. *TASS* [online]. Published on 02. 10. 2018 [cit. 15. 1. 2019]. Available at: <http://tass.com/politics/1024025>

In this context it is important to mention the political decision from April 2019, when the European Commission rejected the European citizenship initiative demanding prohibition of products from Israeli settlements. Earlier that same year, Ireland had passed a bill to ban the sale of goods from Israel's illegal settlements in the occupied West Bank.³⁴ Similar request was raised by the Special UN Rapporteur to the General Assembly in October 2019, but again, without any significant reaction.³⁵ Some similarity could be found between DFR and illegal settlements in occupied territories, because strictly speaking, the products from both regions (DFR and illegal settlements) are manufactured under supervision of illegal authorities not recognized by the majority of UN member states. This shows some basic course in the business behaviour between states and DFRs, in the sense that a non-recognition of state does not automatically have any fundamental direct impact on business relations with DFRs. In many cases, products from non-recognized regions are just exported under the label of the "patron state" and the receiving country is usually not interested in the real origin of imported products. Therefore, it is not a surprise that e.g. Serbia was with 12.3% the second biggest importer in Kosovo in 2017 and in the same year 10.6% of all exported Kosovo goods and services were distributed to Serbia.³⁶

Not only economic and political interests of the UN member states, but also a need to fill a legal gap could be a reason for legalizing wealth and business of DFR. For example, in 1952, the Republic of China gained ownership of a house called "Kokaryó" in Kyóto (Japan) which was intended to be used by students from Taiwan. Twenty years later, following the establishment of diplomatic relations between Japan and the People's Republic of China ("PRC"), the Japanese government acknowledged Taiwan as being an integral part of the PRC. When the Osaka High Court in 1987 decided that the house "Kokaryó" was not a property of the PRC, but that it belonged to Taiwan, the PRC was incensed, and it became an issue of high tension between the PRC and Japan. The Japanese government was then accused of breaching its commitments against the PRC and pursuing a "Two Chinas" policy.³⁷

³⁴ Nielsen, Nikolaj. EU rejects public call to ban Israeli settler products. *Euobserver.com* [online]. Published on 30. 04. 2019 [cit. 15. 10. 2019]. Available at: <https://euobserver.com/foreign/144767>

³⁵ Cieslik, Natalia. Decisive international action needed to end Israeli occupation: UN rights expert. *un.org* [online]. Published on 23. 10. 2019 [cit. 28. 10. 2019]. Available at: <https://news.un.org/en/story/2019/10/1049811>

³⁶ The World Factbook - Kosovo. *Central Intelligence Agency* [online]. Published on 21. 10. 2019 [cit. 28. 10. 2019]. Available at: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/kv.html>

³⁷ Heuser, Robert. Zur Rechtsstellung des de facto-Regimes im Völkerrecht – Die Kokaryó-Entscheidung des Olg Osaka. *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentlich-*

The question, whether this Osaka High Court decision could establish the conditions, under which the DFRs can legally acquire ownership rights abroad, should be discussed in relation to other similar cases, state practice etc. However, clarification of this question could bring more certainty into DFR's relations and this could be favourable for both "parties" – UN member states and DFRs.

V. CONCLUSION

Creation of a DFR is an internationally illegal act and, as such, a duty not to recognize it is clearly stated in Article 41(2) of the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. However, even states which have recognized DFR as an independent state based on the right to self-determination, do not possess any efficient legal instruments, how to enforce these DFRs to comply with human rights law and their humanitarian obligations. The breaching de-facto authority is often exempt from any proceeding because there is no relevant jurisdiction. The non-recognition is mostly not affecting mutual business cooperation between DFRs and particular UN member states. Because of the financial resources, the DFRs are able to administrate a functional state apparatus with formal elements of democracy including written constitution or system of courts. However, there is no international treaty governing obligations of de-facto authorities towards persons living on their territory. Given the increasing number of DFRs in the world it is expected, that the need of solving this problem will grow.

REFERENCES

- CIESLIK, Natalia. Decisive international action needed to end Israeli occupation: UN rights expert. *un.org* [online]. Available at: <https://news.un.org/en/story/2019/10/1049811>.
- CULLEN, Anthony; WHEATLEY, Steven. The Human Rights of Individuals in *De Facto* Regimes under the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review* [online]. 2013, 704 p., pp. 691-728 [cit. 14. 1. 2019]. Available at: <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/13/4/691/638906?redirected-From=fulltext>.
- EATWELL, Tatyana. State Responsibility for Human Rights Violations Committed in the State's Territory by Armed Non-State Actors. *Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*. Geneva [online]. 2018, 16p., pp. 44 [cit. 14. 10. 2019]. Available at: <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Academy%20Briefing%2013.pdf>.

es Recht und Völkerrecht [online]. 1989, 341 p., pp. 335-342. [cit. 14. 10. 2019]. Available at: http://www.zaoerv.de/49_1989/49_1989_2_b_335_342.pdf

- ESSEN, Jonte van. De Facto Regimes in International Law. *Merkourios* [online]. 2012, vol. 28, Issue 74, 34 p., pp. 31-49 [cit. 14. 1. 2019]. Available at: file:///C:/Users/user/Downloads/25-25-1-PB.pdf.
- HEINTZE, Hans-Joachim. Are De Facto Regimes Bound by Human Rights? *Yearbook on the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)* [online]. 2009, 269 p., pp. 267-277 [cit. 14. 10. 2019]. Available at: <https://ifsh.de/file-CORE/documents/yearbook/english/09/Heintze-en.pdf>.
- HESBRUEGGE, Arno Jan. Human Rights violations arising from conduct of Non-State Actors. In. *Buffalo Human Rights Law Review*. [online]. 2005, Vol. 11, Available at: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1113&context=bhrlr>.
- HEUSER, Robert. Zur Rechtsstellung des de facto-Regimes im Völkerrecht – Die Kokoryó-Entscheidung des OLG Osaka. *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* [online]. 1989, 341 p., pp. 335-342. Available at: http://www.zaoerv.de/49_1989/49_1989_2_b_335_342.pdf.
- NIELSEN, Nikolaj. EU rejects public call to ban Israeli settler products. *Euobserver.com* [online]. Available at: <https://euobserver.com/foreign/144767>.

THE PROTECTION OF PRIVACY IN THE SPANISH CRIMINAL CODE. A CRITICAL ANALYSIS OF THE REFORM OF 2015

La protección de la intimidad en el código penal español. Un análisis crítico de la reforma de 2015

Deborah García Magna
Profesora colaboradora de Derecho Penal
Universidad de Málaga
dgmagna@uma.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp75-87](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp75-87)

Recibido: 30.10.2019

Aceptado: 27.11.2019

Abstract

The increase in the use of new technologies and their incorporation into everyday forms of communication has led to the appearance of new risks associated to the transfer of personal data and the publication of sensitive material on social networks. The concern for the protection of privacy in postmodern societies intensifies when the persons involved in this growing traffic of personal information are vulnerable people, such as minors, who also make a particularly intensive use of these new means of communication. After addressing in the first place the evolution of the right to privacy from a jurisprudential and supranational point of view, this research has questioned the decision of the Spanish legislator to criminalize sexting in 2015.

Keywords

privacy, Spanish criminal code, sexting, penal reform

Resumen

El incremento del uso de las nuevas tecnologías y su incorporación a las formas cotidianas de comunicación ha supuesto la aparición de nuevos riesgos asociados a la

transferencia de datos personales y la publicación de material sensible en las redes sociales. La preocupación por la protección de la intimidad en las sociedades posmodernas se intensifica cuando las personas involucradas en este creciente tráfico de información personal son vulnerables, como los menores de edad, que además hacen un uso particularmente intenso de estos nuevos medios de comunicación. Tras estudiar en primer lugar la evolución del derecho a la intimidad desde un punto de vista jurisprudencial y supranacional, esta investigación analiza la decisión del legislador español de tipificar el sexting en 2015.

Palabras clave

intimidad, código penal español, sexting, reforma penal

SUMMARY: I. INTRODUCTION AND BACKGROUND. II. PRIVACY AS A LEGAL ASSET. THE EVOLUTION OF THE CONCEPT FROM A SUPRANATIONAL POINT OF VIEW. III. THE NEW CRIME OF SEXTING. A CRITICAL ANALYSIS OF ARTICLE 197.7 SPANISH CRIMINAL CODE. IV. CONCLUSIONS. REFERENCES.

I. INTRODUCTION AND BACKGROUND

New technologies have become widespread in recent years, generating a change in the way people communicate. This implies the emergence of new risks related to the growing tendency to share personal information on social networks. The holder of data risks losing control over them, especially when information is published or communicated to a third party. The unauthorized diffusion of private material previously received from the owner (sexting) has been recently incorporated to the Spanish Criminal Code. These conducts can also lead to committing crimes of blackmail, pornography, harassment, etc., and there is a high risk for the victim to be subject to humiliation and threats, affecting his or her social reputation, and even leading to mental health problems.

All this has necessarily influenced the configuration of the concept of privacy as an object of penal protection. In the present research, the evolution of the right to privacy in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and the Spanish Constitutional Court has been studied. It is interesting to analyze the influence of this concept in the regulation of some new behaviors such as the unauthorized dissemination of private material obtained with the consent of the victim, commonly known as sexting, and typified for the first time in Spain in 2015. Before this reform only the disclosure of private information obtained without the consent of the owner was criminalized. Now the central element lies in the fact that it is the victim who first reveals the private contents to the author. It is interesting to analyze whether this initial cession may constitute a limit to the protection of this right, on the understanding that someone who freely decides to share certain areas of his or her intimate life is accepting the risk that such sensitive information will come to the attention of third persons. Although it was necessary to cover a punitive gap, and therefore the decision to criminalize these behaviors could be considered appropriate, this research has attended to the principles of criminal law, and has criticized the legislative technique used, as there are numerous aspects to improve. Consequently, the approach to this subject seems to be complex and should be carried out from different perspectives (criminal policy, criminology, jurisprudence and penal dogmatic).

To start with a criminal policy perspective, it is interesting to study the motivation of the legislator to criminalize these behaviours. As it usually happens with criminal reforms a high media event triggered a public debate about this subject¹. The General Council of the Judiciary (Consejo General del Poder Judicial) agreed with the legislator in the convenience of introducing this new crime. Its report stated the existence of a gap of impunity, as only the publication of information obtained without the consent of the victim was criminalized before 2015. On the other hand, the Public Prosecutor Council report (Consejo Fiscal) considered that most serious behaviors were already covered by art. 173.1 CC (Criminal Code) as an offense against moral integrity. The legislator, however, agreed on the need to criminalize these conducts and in the preamble of the law just describes the new offense, without undertaking its possible concurrence with a crime against moral integrity².

Regarding jurisprudential analysis, it is true that there was an insufficient criminal judicial response before 2015, as article 197.3 CC (disclosure of secrets) requires the absence of consent in the access to information. This requirement implied acquittal sentences in most cases, and only some convictions via article 173.1 CC.

From a criminological point of view these conducts can lead to committing other crimes as blackmail, pornography, harassment, etc. In general, when private contents are disseminated affecting the privacy of a person there is a high risk of being subject of ridicule, humiliation and threats, affecting social reputation and maybe leading to mental health problems in the most serious cases. A relationship with suicide has been also found in young people³. In short, these behaviours fundamentally affect the right to privacy but also other related legal rights, such as honour and dignity, and indirectly, sexual freedom and indemnity.

From a dogmatic perspective, it is necessary to analyse whether the criminalisation of sexting could represent a possible conflict with some criminal law principles. On the one hand, a review of the options of protection to new social needs already offered by our legal system has been carried out. It is considered possible to satisfactorily protect privacy from the civil sphere, at least when these conducts are committed among adults with full capacity or

¹ A public officer (Olvido Hormigos) sent an erotic video to her extramarital partner, and then he forwarded it to his friends. More details can be found at: https://elpais.com/sociedad/2013/04/26/actualidad/1367001448_404152.html

² https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

³ Concerning the relationship with suicide in adolescents, see Noelia Navarro Gómez, “El suicidio en jóvenes en España. Cifras y posibles causas. Análisis de los últimos datos disponibles”, in *Clinica y Salud*, vol. 28, issue 1, march, 2017, 25-31.

when it comes to mild behaviours. The use of criminal law in these cases could infringe the principle of fragmentary character of penal law (as very different behaviours are included in new article 197.7 CC and not only particularly vulnerable subjects are protected), or the principle of subsidiarity (as protection of the legal asset through civil law⁴ could be enough, at least regarding less serious behaviours).

Regarding the legislative technique, the research addresses issues such as the concept of “seriousness” of the impairment of privacy, and aspects that should be included in the configuration of the legal asset; the possible repercussion of the initial behaviour, sometimes neglected, of those who give their own private images to third parties; the possibility or not of sanctioning participation in these conducts; the affection to other legal assets such as sexual freedom and indemnity, and a possible concurrence of crimes, etc.

II. PRIVACY AS A LEGAL ASSET. THE EVOLUTION OF THE CONCEPT FROM A SUPRANATIONAL POINT OF VIEW

As established by civil law (article 2.1 of the OL 1/1982), the scope of protection of privacy is defined by laws and social costumes, attending to what each person decides to keep reserved. The configuration of privacy as a legal asset has evolved due to these social practices and also to various supranational instruments that seek to protect the subjects involved in the growing traffic of personal information and, especially, the most vulnerable people, such as minors, who are also making a more intensive use of these new means of communication.

These interpretations have had a decisive influence on the configuration of the concept of privacy as a protected legal asset, to the extent that they overcome and complement the traditional, negative point of view, which conceives privacy as the sphere of life that remains protected from external intrusions. Thus, the positive conception is based on the ability of the subject to decide on what he or she wants to show or share with others. The dynamic concept of privacy implies that the holder has the ability to control what others know and can also decide to prevent or limit the subsequent dissemination of it. In this sense, the protection of privacy, traditionally based on delimiting the specific contents that should be protected in any case (material aspect), is completed with the recognition of the ability of the subject itself to share some of those contents (formal aspect).

Regarding supranational jurisprudence, several judgments of the European Court of Human Rights have filled in the concept of private life with

⁴ Organic Law (OL) 1/1982, May 5, of civil protection of the right to honour, privacy and self-image.

aspects related to sexual habits and identity, physical and moral integrity, health, etc. In this sense, privacy has a broad and not exhaustive definition related to the right to identity (*Wisse v. France*, 2005), the right to personal development, personality and autonomy (*Christine Goodwin v. United Kingdom*, 2002; *Evans v. United Kingdom*, 2007); honour and reputation, and moral integrity (*Sánchez Cárdenas v. Norway*, 2007), etc. Of course, the right to privacy is violated when holder does not consent to image capture (*Reklos and Davourlis v. Greece*, 2009), or its publication (*Schüssel v. Austria*, 2002; *Sciacca v. Italy*, 2002; *Von Hannover v. Germany*, 2004).

There are two important rulings that mean a relevant evolution of the concept of privacy. In *Niemitz against Germany* (1992), the court states that it would be too restrictive to limit the notion of privacy to an “inner circle” or private sphere protected from third-parties and that is why respect for private life must also include the right to establish and develop relationships with other human beings. A more recent sentence goes further, placing the emphasis on the fact that authorising the capture of an image, even in a public place, does not imply that its publication is authorised. Therefore, consent cannot be presumed, nor of course can an express will against it be required. This reasoning, in a context of images took in a public place, can also be applied, with even greater restrictions, to the context of sexting, in which capture usually takes place in a private space.

The Court of Justice of the European Union has also accepted a dynamic conception of privacy. In 2014 (case C131/12), expressly stated that sharing private information in a context of trust does not imply shared confidentiality or generalized consent about access to other aspects of private sphere. In this sense, a positive and dynamic side has been added to the negative perspective of the protection of privacy.

The Spanish Constitutional Court considers that the right to privacy is closely linked to one’s personality and derives from the dignity of a person, being necessary to maintain a reserved sphere out of knowledge of others in order to guarantee a minimum quality of life. Although initially the court followed a concept of privacy in its negative side, as the faculty to demand non-interference by third parties in specific aspects of private life (sentence 231/1988), subsequently the constitutional court recognised a positive side as the ability to avoid dissemination of contents shared with third parties (sentence 134/1999). Regarding the images published on social networks, in Spain both the Constitutional Court and the Supreme Court have declared that consent to publish with a purpose does not imply other uses and/or purposes (sentences of Spanish Supreme Court 1225/2003, 1024/2004, 1184/2008, 746/2016, and 363/2017, among others). However, it must be pointed out that up to 2015 (before the reform that introduced article 197.7 in the criminal code), these two courts have also indicated that who shares a

secret with anyone assumes the risk of an unfair behaviour (sentences of Constitutional Court 114/1984 and 56/2003; and Supreme Court 27/11/1997 and 8/6/2001). Even if it was in the context of the crime of disclosure of secrets (article 197.1), this point of view should be considered in order to interpret the new conducts of sexting of article 197.7.

Concerning international regulations, a frequent argument of legislator to carry out penal reforms is that there are some supranational commitments to accomplish. As a matter of fact, these supranational instruments not always require a penal reform, but a legal reform, that could be of civil or administrative nature. In the European context, for instance, the Recommendations and Agreements of the Council of Europe, and some Directives of the European Union stand out. Most of the regulations of the first one that seek to provide guidelines to regulate behaviours that may affect the right to privacy address this issue from the perspective of the protection of minors, with particular relevance to the Budapest Convention on Cybercrime (2001), the Lanzarote Convention on the protection of children against sexual exploitation and abuse (2007), the Declaration on the protection of the dignity, security and privacy of children on the Internet (2008), the Recommendation on measures to protect children from harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications technologies (2009), and the Recommendation on the protection of human rights in social networks, also referred to adults (2012). In the context of the European Union, the Directive on the protection of individuals with respect to the processing of personal data and the free movement of data (1995), and the Directive on the fight against sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography (2011) stand out.

III. THE NEW CRIME OF SEXTING. A CRITICAL ANALYSIS OF ARTICLE 197.7 SPANISH CRIMINAL CODE.

Once analysed the supranational and Spanish constitutional jurisprudence it is clear that privacy must also be protected when the subject initially gives consent to the capture of intimate images or recordings. The current dynamic and positive concept of privacy implies taking into account situations that could emerge from the relationship with others. It is evident that the harmful potential of sexting behaviours has been increased by the use of social networks, as the possibilities of dissemination and circulation of intimate images are exponentially multiplied. However, it is doubtful whether criminal intervention is always necessary to protect this legal asset. In this sense, the penal reform of 2015 could violate principles of subsidiarity and fragmentarity.

Regarding the former, civil regulation through the aforementioned Organic Law 1/1982 could cover most cases, so only very serious behaviours

should be criminalised. It is however necessary to consider whether the response from the civil sphere could be sufficient to address at least conducts of the basic offense, or whether a slight modification of the existing provisions could be enough to cover the more serious cases.

Civil compensation could already have an adequate reparation effect for the victim, making criminal intervention unnecessary. But it is also true that for more serious dissemination behaviours it may be appropriate to obtain an additional preventive effect from a penal level. In any case, it is still early to assess the preventive impact of the application of this crime, as there is still no jurisprudence of the Spanish Supreme Court in this regard, nor is there enough criminological studies to analyse this aspect⁵.

With regard to the principle of fragmentarity, new article 197.7 CC requires violation of privacy to be serious, but this not seem to guarantee that criminal intervention will be limited to the most serious behaviours. As will be analysed later, the concrete object of crime is not specified, so it could be very varied provided that the violation of privacy is considered serious. Understanding privacy in a dynamic way (based on what the holder of the legal right decides to leave outside of third parties intromissions) could lead to leave the victim the decision about the seriousness of the conduct. Rather, maybe the most serious behaviours should be only those involving vulnerable victims (as minors or disabled) and when the hard core of privacy is affected in a way that means a very important damage.

Beyond the possible violation of principles of fragmentarity and subsidiarity, the analysis of the legislative technique used at the reform of 2015 shows some other important issues that could be problematic.

⁵ Among others, Carolina Villacampa Estiarte, “Sexting: prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España”, in *Revista General de Derecho Penal*, n. 25, 2015; María Isabel Fajardo Caldera, Marta Gordillo Hernández, y Ana Regaladao Cuenca, “Sexting: Nuevos usos de la tecnología y la sexualidad en adolescentes”, in *International Journal of Development and Educational Psychology*, n. 1, vol. 1, 2013, 531-532; José R. Agustina, “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-11 (2010), 27-29, and also José R. Agustina, y Esperanza Luisa Gómez Durán, “Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización. Estudio de factores correlacionados con el sexting en una muestra universitaria”, in *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 22, junio 2016, 42.; Deborah GARCÍA MAGNA, Palmira, EXPÓSITO CAMACHO, “El nuevo delito de sexting. Análisis exploratorio sobre su incidencia en adolescentes y posibles medidas para su prevención”, XII Congreso Español de Criminología (SEIC), Oviedo, junio 2018; Cinthia Tomasa Mercado Contreras, Francisco Javier Pedraza Cabrera, y Kalina Martínez Martínez, “Sexting: su definición, factores de riesgo y consecuencias”, in *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n.10, abril, 2016.

Regarding the specific content of the dissemination, article 197.7 does not expressly mention what type of audio-visual images or recordings can be the object of the crime. The precedents in supranational instruments and the events that triggered the legislative process, as well as the majority of the sentences passed before 2015, relate to the sexual life of the victim. However, the Spanish legislator has not specified what aspects of privacy should be embodied in the material object of the conduct. It seems that, at least, they should be part of the hard core of private life, as it happens in the aggravation circumstance of article 197.5 (when it comes to disclosure and dissemination of secrets). In any case, intimate information described in text messages could not be included⁶.

When a comparison is made between the various typical modalities found throughout article 197, it is clear the central role of the fact that the offender has initially obtained the private images “with the consent” of the victim. It is of course more serious the conduct of the person who disseminates them knowing that the material was obtained without authorisation (article 197.3 and 5). Thus, the penalty for the conduct of dissemination of private data not having taken part in its discovery but knowing its illicit origin is 2 to 3 years of prison and fine of 18 to 24 months (for the aggravated circumstance of section 5, that is to say, when it comes to hard core of privacy: ideology, sex life, religion, etc.). However, when the dissemination occurs after having received the material from the victim, the penalty is imprisonment from 3 months to 1 year or a fine of 6 to 12 months. Therefore, even if the dissemination of the material obtained with consent can be as damaging to privacy as the one referred to in section 3 (after a conduct of disclosure, which will be less frequent in practice), the difference of penalty seems to place all the weight on the initial will of the victim. Besides the fact that the neglected conduct of the victim could deserve less criminal protection, this initial behaviour may have repercussions on issues such as the objective imputation of the result, and a possible error of perception on the offender.

With regard to the latter, as the precept requires that the offender disseminates images received from the victim or captured with his or her authorisation, it could be difficult to punish the successive recipients that receive and disseminate the images but don't know whether there is an initial consent or not.

⁶ It is remarkable that the General Attorney, in its report on the reform of 2015 (Circular 3/2017), includes also intimate contents that can be perceived by the auditory sense (for instance, noises or recorded conversations), as it has not been expressly excluded by the legislator. I think that this extensive interpretation violates the principle of legality. In this sense, also Asunción Colás Turégano, “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica”, en María Luisa Cuerda Arnau y Antonio Fernández Hernández (dirs.), 2016, ob.cit., pp. 98 y ss.

Indeed, especially among adolescents in groups or chats of mobile applications or on the Internet, it is common that people forward messages without worrying about their contents. Obviously, the harmful potential of these behaviours is very intense in these cases. For this reason, it is necessary to examine if the new crime allows to sanction also the person who forwards the material without having received it directly from the victim, but knowing that there is no authorization to do it. Given the wording of the provision, it seems complicated to consider these persons as offenders, since they have not obtained the material with the consent of the victim. Nor would it be correct to consider them participants of the offender, except in those cases in which there is really an agreement on dissemination between the author and the following subjects who are sending the material. In the end, it would not be possible to sanction the person who simply receives the images and forwards them without knowing the victim or the perpetrator (something which is very common in the context of social networks). This is also the interpretation of the General Attorney in the aforementioned report of 2017. Thus, one could only participate as an abettor or an essential cooperator of said perpetrator, and it would be complicated to punish the third parties who receive the image and disseminate it in turn (*extranei*). These people could be committing a crime against the moral integrity of art. 173.1, although it would be difficult to punish them more severely, by 173.1, than the one who reveals the images in the beginning, by 197.7. In both cases it is possible to reach the same number of people and, therefore, be the conduct equally serious. In this sense, it would be contradictory to punish the stranger more severely than the one who has violated the victim's trust.

In relation to this, the strict interpretation of the express wording of the precept could also exclude the cases in which it is the victim who sends the intimate images to the offender, since article 197.7 expressly says that the material has to be obtained "at the victim's domicile or in any other place beyond the reach of the eyes of third parties". In any case, this does not seem to be the intention of the legislator, as the criminalisation of this behaviour was precisely triggered by the media impact of a case in which it was the victim herself who sent the material in the first place. However, for some authors⁷, receiving the images from the victim should exclude the application of this offense.

Concerning the place where the images are captured, the report of the General Attorney of 2017 cites the jurisprudence of the Supreme Court⁸ to

⁷ For Fermín Morales Prats, "La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad: a propósito del caso Hormigos", in *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 31, 2013, 13, criminalising these behaviours would mean "the generalization of a broad-spectrum obligation" (translated from Spanish) for the offender who receives the images from the victim without having asked this kind of trust.

⁸ Sentence of the Supreme Court n. 731/2013, October 7, among others.

state that the concept of domicile has to be understood broadly and flexible as it seeks to defend the areas in which the individual's private life develops. In this sense, it must be interpreted in the light of the principles that tend to extend the protection of dignity and the development of privacy through which the holder projects his or her "psychic self" in multiple directions. Understood in this context, the domicile is the shelter of personal and family privacy, and, to that end, it is indifferent whether is the victim, the offender or a third party who owns it. Due to the imprecision of the concept, it could include any closed place, or even an open-air site, although in this case it would be necessary to prove that it has sufficient privacy guarantees to ensure that the scenes or images are captured or recorded in a context of strict intimacy. In this sense, the concept of "third parties" should be understood as referring to persons alien to the act or situation recorded.

It is also interesting the question of whether the consent given initially by a minor or person with disability in need of special protection is valid and, therefore, whether this penal provision is applicable in those cases. In effect, if the consent is not valid, as happen in other areas such as sexual abuse with children under 16, the conduct could not be framed in article 197.7, but neither in any of the other figures of that same precept, since it can't be understood that a conduct of disclosure of secrets has been carried out. In this case, the aggravating circumstance of the second paragraph of article 197.7 would not make sense, insofar as the basic conduct is not given. It is also usual that in some groups or chats in which many young people participate, a hostile or exclusionary environment is created towards those who refuse to share photos or videos of intimate content. In these cases, the pressure of the group can reach such an entity that the consent given (or the publication by the owner of the intimate material) could be considered invalid⁹.

Regarding concurrence of offenses, especially in the case of aggravated circumstances, there can be some problems. If the material has sexual content the conduct of sexting may be overlapping with other figures such as the child-grooming of article 183.ter, the possession or access to child

⁹ Regarding the valid age to consent, some authors (Beatriz Ogando Díaz, y César García Pérez, "Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro", in *Pediatría Integral*, 2007, XI (10), pp. 878-880) point that child below 12 years old have not yet acquired the ability to foresee the consequences of their actions, but from 12 years old can already be considered mature in some areas. The legislation recognises their right to privacy, honour, own image and confidentiality of communications (Organic Law 1/1996 of protection of minors), the right to decide about health (over 16 years old, in Law 41/2002, of autonomy of patients), and establishes limitations to the legal representation of minors in acts related to personality rights, among which are sexuality and privacy, which according to the laws and their conditions of maturity can be carried out for themselves (article 162 Civil Code).

pornography of article 189.5, and coercion and threats (if the dissemination of the material is conditioned on the victim performing some behaviour or paying any economic amount). When one of the conducts is a preparatory act of others, as happens with child-grooming, the *ne bis in idem* principle could be violated. It should also not be forgotten that the criminalisation of this behaviour can't be an obstacle to the fact that in cases where dissemination occurs under conditions that seriously affect the moral integrity of the person, article 173.1 must be applied, and not the milder of article 197.7, as different legal assets are affected.

IV. CONCLUSIONS

Although in the criminal law literature there are authors who consider that it was not necessary to criminalise the conduct of dissemination of private images received directly by the owner or obtained with his or her consent, the truth is that these behaviours have a great harmful potential that has been increased by new technologies and social networks. There is no doubt that sending a picture on paper with sexual content to someone, or writing certain things in a letter, when the recipient shows it to third parties, does not have the same effect on privacy, honour and dignity that they may have in a virtual context. Furthermore, once the new concepts of privacy based on the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union have been analysed, it is evident that legal protection cannot be denied to a subject who is simply exercising his or her right to privacy on the positive or dynamic point of view of controlling which aspects of private life are shared with other people. The consideration that a subject who shares some intimate information loses the legitimacy of being criminally protected, it is a narrow-minded approach based on a static concept of privacy.

After addressing in the first place the evolution of the configuration of the legal asset from the supranational jurisprudence and instruments and its reception by the Spanish Constitutional Court, this research has analysed whether the decision of the legislator of 2015 to criminalise sexting is correct. To do this, it has been studied, first, whether it respects the principles of fragmentarity and subsidiarity and, later, the concrete manner in which it has been done, attending to the analysis of specific aspects of the new criminal type.

The legislative technique causes some problems and has been criticised. However, it was necessary to cover a punitive gap at least regarding the most serious conducts (concerning minors and disabled people, and only when the dissemination causes a great damage to privacy). Therefore, the decision to criminalise these behaviours is considered appropriate in these cases. Of

course, there are many aspects of the precept that need improvement, and more empirical studies must be carried out in order to assess the effects of this new regulation.

REFERENCES

- AGUSTINA, José R., “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-11, 2010
- y Gómez Durán, Esperanza Luisa; “Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización. Estudio de factores correlacionados con el sexting en una muestra universitaria”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 22, June 2016
- COLÁS TURÉGANO, Asunción, “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica”, Cuerva Arnau, María Luisa (dir.) y Fernández Hernández, Antonio (dir.), 2016
- FAJARDO CALDERA, María Isabel, GORDILLO HERNÁNDEZ, y Marta, REGALADO CUENCA, Ana, “Sexting: Nuevos usos de la tecnología y la sexualidad en adolescentes”, *International Journal of Development and Educational Psychology*, n. 1, vol. 1, 2013
- GARCÍA MAGNA, Deborah, y EXPÓSITO CAMACHO, Palmira, “El nuevo delito de sexting. Análisis exploratorio sobre su incidencia en adolescentes y posibles medidas para su prevención”, XII Congreso Español de Criminología (SEIC), Oviedo, June 2018
- MERCADO CONTRERAS, Cinthia Tomasa, PEDRAZA CABRERA, Francisco Javier; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Kalina, “Sexting: su definición, factores de riesgo y consecuencias”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n.10, April 2016.
- MORALES PRATS, Fermín, “La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad: a propósito del caso Hormigos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 31, 2013
- NAVARRO GÓMEZ, Noelia, “El suicidio en jóvenes en España. Cifras y posibles causas. Análisis de los últimos datos disponibles”, *Clínica y Salud*, vol. 28, issue 1, March, 2017.
- OGANDO DÍAZ, Beatriz, y GARCÍA PÉREZ, César, “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro”, *Pediatría Integral*, 2007, XI (10)
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Sexting: prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 25, 2015

A BRIEF PHILOSOPHICAL HISTORY OF THE SOCIAL FUNCTION OF PRIVATE PROPERTY IN THE PHILIPPINES¹

*Una breve historia filosófica sobre la función social de la
propiedad privada en Filipinas*

Solomon Fernando Lumba²

Assistant Professor
College of Law
University of the Philippines

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp89-154](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp89-154)

Recibido: 07.11.2019

Aceptado: 20.12.2019

Abstract

According to the Buddha, we all seek the eternal cessation of suffering. It is the ultimate end goal of our existence over which we have no choice. Due to this “ultimateness,” it explicitly or implicitly permeates everything that we do. Due to the lack of choice, whatever conduces towards it must necessarily be moral. On its face, this article is about a legal principle for regulating and allocating private property – the Social Function. However, since this principle is a human creation, it is unavoidably an expression of a moral philosophy on how to bring about best what we are

¹ This article was presented during the V International Scientific Congress: Five Centuries Sailing the Legal World at the University of Deusto, Bilbao, Spain on June 17-19, 2019.

² The author is an Assistant Professor of the University of the Philippines College of Law. He is currently a student in the Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales of the Facultad de Derecho of the University of Malaga, Spain. This article is part of his doctoral thesis entitled “A Brief Philosophical History and Future of the Social Function of Private Property in the Philippines and Spain.”

compelled to pursue, and the role that property plays in that pursuit. As a philosophy, it is a collection of asserted truths. But in order to properly evaluate these assertions, it is necessary to first have an appropriate theory of truth (epistemology) and a theory of reality (ontology) because, like the unity of space-time, they are epistemo-onto-moral. To make a mistake in one is to make a mistake in all. Accordingly, Section B is devoted to the development of an epistemo-ontological framework that will allow us to compare, apples to apples, all philosophies in terms of their truth values. In the process, we will correct the epistemo-ontological errors of the Western philosophical tradition using the Buddhist philosopher Nagarjuna's solution to the Problem of Induction that has bedeviled this tradition since the time of Hume in the 1700s. In Section C, we will apply this framework to compare and evaluate two (2) moral philosophies – Locke's and Grotius' natural law. We will show that their truth values are both "false." Afterwards, we will extrapolate their probable solutions to this fictional problem: Suppose that there are nine (9) healthy adults and a terminally ill baby on an overcrowded sinking lifeboat cast adrift at sea. To survive, one of them has to be thrown overboard. The adults decide to sacrifice the baby. Is their decision moral? The solutions will highlight their differing notions of the common good and positions on the redistribution of wealth: Is it moral to take from the rich and give to the poor? This in turn will accentuate the difference of the Social Function from other regulatory and allocative legal principles. In Section D, these philosophies will be situated within a historical context to trace the philo-historical evolution of the Social Function of the Philippines. In Section E, we will integrate our epistemo-ontology with a Buddhist theory of morality to understand why correct epistemology and ontology is an indispensable prerequisite to attaining the ultimate purpose of our lives. Lastly, in Section F, we will conclude that, since the Social Function, as currently constructed, is based on a false philosophy, it is at most an expedient while the Philippines searches for the correct path to true freedom.

Keywords

Social function of property, social function, philosophy of private property, philosophy of property, Buddhism, Nagarjuna, western philosophy, Hume, Kant, Locke, Grotius natural law, problem of induction.

Resumen

Según el Buda, todos buscamos el cese eterno del sufrimiento. Es el objetivo final de nuestra existencia sobre el cual no tenemos otra opción. Debido a esta "supremacía", impregna explícita o implícitamente todo lo que hacemos. Debido a la falta de elección, lo que sea que conduzca hacia él debe ser necesariamente moral. A primera vista, este artículo trata sobre un principio legal para regular y asignar la propiedad privada: la Función Social. Sin embargo, dado que este principio es una creación humana, es inevitablemente una expresión de una filosofía moral sobre cómo lograr lo mejor que estamos obligados a perseguir, y el papel que juega la propiedad en esa búsqueda. Como filosofía, es una colección de verdades afirmadas. Pero para evaluar adecuadamente estas afirmaciones, primero es necesario tener una teoría de la verdad (epistemología) y una teoría de la realidad (ontología) apropiadas porque, como la

unidad del espacio-tiempo, son epistemo-ontolo-morales. Cometer un error en uno es cometer un error en todos. En consecuencia, la Sección B está dedicada al desarrollo de un marco epistemo-ontológico que nos permitirá comparar, manzanas con manzanas, todas las filosofías en términos de sus valores de verdad. En el proceso, corregiremos los errores epistemo-ontológicos de la tradición filosófica occidental utilizando la solución del filósofo budista Nagarjuna al problema de inducción que ha afectado a esta tradición desde la época de Hume en la década de 1700. En la Sección C, aplicaremos este marco para comparar y evaluar dos (2) filosofías morales: la ley natural de Locke y Grotius. Mostraremos que sus valores de verdad son ambos “falsos”. Luego, extrapolaremos sus soluciones probables a este problema ficticio: supongamos que hay nueve (9) adultos sanos y un bebé con enfermedad terminal en un bote salvavidas hundido y hacinado a la deriva en el mar. Para sobrevivir, uno de ellos tiene que ser arrojado por la borda. Los adultos deciden sacrificar al bebé. ¿Es su decisión moral? Las soluciones resaltarán sus diferentes nociones del bien común y las posiciones sobre la redistribución de la riqueza: ¿es moral tomar de los ricos y dar a los pobres? Esto a su vez acentuará la diferencia de la Función Social de otros principios legales regulatorios y asignativos. En la Sección D, estas filosofías se situarán dentro de un contexto histórico para rastrear la evolución filohistórica de la Función Social de Filipinas. En la Sección E, integraremos nuestra epistemo-ontología con una teoría budista de la moralidad para comprender por qué la correcta epistemología y ontología es un prerrequisito indispensable para alcanzar el objetivo final de nuestras vidas. Por último, en la Sección F, concluiremos que, dado que la Función Social, tal como se construye actualmente, se basa en una filosofía falsa, es como mucho un expediente mientras Filipinas busca el camino correcto hacia la verdadera libertad.

Palabras clave

Función social de la propiedad; filosofía de la propiedad privada; budismo; Nagarjuna; filosofía occidental; Hume; Kant; Locke; Grotius; Derecho natural; problema de inducción.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. EPISTEMO-ONTOLOGY. 1. *Western philosophy*. a. Observation. b. Deduction. c. Induction. d. Opinion. e. Sub-section summary. 2. *The fatal flaw in Western philosophy*. 3. *Correcting the fatal flaw*. 4. *Non-duality and quantum mechanics*. a. The Wave-Particle Duality. b. Quantum entanglement. 5. Quo vadis induction?. III. EVALUATING AND COMPARING THE NATURAL LAW PHILOSOPHIES OF LOCKE AND GROTIUS. 1. *John Locke*. a. Its truth value. b. Locke's solution to the fictional problem. 2. *Grotius' natural law*. a. Its truth value. b. Grotius' solution to the fictional problem. 3. *Natural versus conventional right*. IV. THE HISTORY OF THE PHILOSOPHY OF PRIVATE PROPERTY OF THE PHILIPPINES. 1. *France*. 2. *Spain*. 3. *Philippines*. a. From the Treaty of Paris of 1899 until before the 1935 Constitution. b. From the 1935 Constitution until before the 1973 Constitution: From Locke to Grotius. c. From the 1973 Constitution until before the 1987 Constitution: Introducing the Social Function. c.1. Textual expansion of social justice provisions. c.2. Introducing the Social Function. d. From the 1987 Constitution to the present. V. EPISTEMO-ONTOLOGY AND MORALITY: DOES TRUTH MATTER?. 1. *Happiness and suffering are just opinions*. 2. *The object conditions of temporary happiness or suffering*. 3. *The strategy of inferior persons*. 4. *The strategy of the wise*. VI. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCTION

This work will start and end with the teachings of the Buddha. Not the Buddha as a religious figure, or of mythology, or popular culture, but as a philosopher par excellence. According to the Buddha, all sentient beings seek the eternal cessation of suffering.³ How so? Suffering is a term we

³ This is a natural consequence of the Buddha's Four Noble Truths, which was the subject of his first discourse after enlightenment, and was recorded in the Dhammacakkappavattana Sutta. These are the Noble Truths of Suffering, the Origin of Suffering, the Cessation of Suffering, and the Path Leading to the Cessation of Suffering. As to the First Noble Truth, the Sutta states that: "The Noble Truth of Suffering (dukkha), monks, is this: Birth is suffering, aging is suffering, sickness is suffering, death is suffering, association with the unpleasant is suffering, dissociation from the pleasant is suffering, not to receive what one desires is suffering — in brief the five aggregates subject to grasping are suffering." As for the Second Noble Truth, it says: "The Noble Truth of the Origin (cause) of Suffering is this: It is this craving (thirst) which produces re-becoming (rebirth) accompanied by passionate greed, and finding fresh delight now here, and now there, namely craving for sense pleasure, craving for existence and craving for non-existence (self-annihilation)" On the Third Noble Truth: "The Noble Truth of the Cessation of Suffering is this: It is the complete cessation of that very craving, giving it up, relinquishing it, liberating oneself from it, and detaching oneself from it." And for the Fourth Noble Truth:

ascribe to a feeling that we do not want. As a result, while we might sometimes be willing to bear suffering, we can never want the suffering in itself. Whenever we are suffering, we want it to stop. Whenever we are not, we want that to go on. Thus, we are always in a state of not wanting to suffer, and for that non-suffering to continue without end.

Alternatively, we can also say without contradiction that the Buddha taught that we pursue eternal happiness. In what way? Because suffering and happiness are logical and conceptual opposites.⁴ As such, they mutually recall, define and delimit each other. To explain, the logical opposite of *white* is *not white* because there is nothing observed or imaginable in the entire universe that does not belong to either of these categories. In the same manner, the logical opposite of suffering is *non-suffering*. But this non-suffering is none other than happiness. Why? Because there is no excluded middle or in-between state. To the extent that we do not suffer, in the same proportion we are happy, and vice-versa. Suffering and happiness are a continuum. They are just two sides of the same coin. They are relative. That which we call happiness is just temporary reduced suffering.

Hence, the Buddha said in his First Noble Truth that all life is suffering: “The Noble Truth of the Origin (cause) of Suffering is this: It is this craving (thirst) which produces re-becoming (rebirth) accompanied by passionate greed, and finding fresh delight now here, and now there, namely craving for

“The Noble Truth of the Path Leading to the Cessation of Suffering is this: It is the Noble Eightfold Path, and nothing else, namely: right understanding, right thought, right speech, right action, right livelihood, right effort, right mindfulness and right concentration.” Pi-yadassi Thera (trans.), <https://www.accesstoinight.org/tipitaka/sn/sn56/sn56.011.piya.html>.

⁴ “Logical contradiction is a property of propositions. A logical contradiction involves two terms, a proposition and its logical denial. For example, if P is a proposition, then a logical contradiction is involved in asserting simultaneously that P and not-P are both true. A conceptual opposition, on the other hand, is a property of a relation between concepts in a particular context—it therefore need not involve a logical contradiction between propositions. A conceptual opposition consists of three elements—the first term, the second term, and the context or relationship by which they are opposed. x x x If we say that red and green are opposite colors in a traffic light, we are not saying that they logically contradict each other. Rather, they are opposed with respect to the meanings these colors are given in traffic signals. The context of conventions concerning traffic signals makes them opposites. In another context, they may be seen as similar to each other. For example, red and green are both colors of the natural spectrum, or colors associated with Christmas, while lavender and brown are not. Thus red and green are seen as different in some contexts, and are seen as having similar properties in others.” Jack M. Balkin, *Nested Oppositions*, Faculty Scholarship Series, Paper 281, p. 6, available at http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/281.

sense pleasure, craving for existence and craving for non-existence (self-annihilation)”⁵ He reiterated this in the *Fire Sermon*,⁶ to wit:

Bhikkus, all is burning. And what is the all that is burning?

Bhikkus, the eye is burning, the visible forms are burning, visual consciousness is burning, visual impression is burning, also **whatever sensation, pleasant or painful or neither-painful-nor-pleasant, arises on account of the visual impression, that too is burning.** Burning with what? Burning with the fire of lust, with birth, aging and death, with sorrows, with lamentations, with pains, with griefs, with despairs.⁷ (emphasis supplied)

On the other hand, when cultural or personal context is taken into account, the conceptual opposite of white might be *black*, although there are an infinite number of other colors and shades. Ergo, for some, when they talk about a white man, it will be in relation to a black man. One’s whiteness is construed in terms of one’s non-blackness.

So why did the Buddha generally speak in terms of suffering instead of happiness? Would it not be more “optimistic” to do so? On this point, we can only surmise. But even with the passage of more than two millennia, it appears, even today, that his approach is pedagogically sound. Had he approached the human condition from the standpoint of happiness, a hedonist might argue that, “because I like to scratch my balls, my life purpose is to make that feeling last forever.” By referencing suffering, the Buddha

⁵ The First Noble Truth should not be interpreted to mean that the Buddha denies the possibility of happiness in this life, only that it is a mundane type of happiness because it is always permeated with suffering and impermanence, and not the eternal happiness that we all ultimately seek. As Rahula comments: “The First Noble Truth is generally translated by almost all scholars as ‘The Noble Truth of Suffering,’ and it is interpreted to mean that life according to Buddhism is nothing but suffering and pain. Both translation and interpretation are highly unsatisfactory and misleading. It is because of this limited, free and easy translation, and its superficial interpretation, that many people have been misled into regarding Buddhism as pessimistic. . . . It is true that the Pali word dukkha in ordinary usage means ‘suffering,’ ‘pain,’ ‘sorrow’ or ‘misery,’ as opposed to the word sukha meaning ‘happiness,’ ‘comfort’ or ‘ease.’ But the term dukkha as the First Noble Truth, which represents the Buddha’s view of life and the world, has a deeper philosophical meaning and connotes enormously wider senses. It is admitted that the term dukkha in the First Noble Truth contains, quite obviously, the ordinary meaning of ‘suffering,’ but in addition it also includes deeper ideas such as ‘imperfection,’ ‘impermanence,’ ‘emptiness,’ ‘insubstantiality.’ It is difficult therefore to find one word to embrace the whole conception of dukkha as the First Noble Truth, and so it is better to leave it untranslated, than to give an inadequate and wrong idea of it by conveniently translating it as ‘suffering’ or ‘pain.’” Walpola Rahula, *What the Buddha Taught*, Gordon Fraser Gallery, Ltd. (1959), pp. 16-17.

⁶ Walpola Rahula, *What the Buddha Taught*, Gordon Fraser Gallery, Ltd. (1959), p. 95.

⁷ In the rest of the *Fire Sermon*, the Buddha repeats the same formula for the ear, nose, tongue, body and mind, in short, the other (5) senses.

forestalls such fraudulent types of reasoning that can arise by extending specific instantiations of happiness. Rather, it becomes clear that the eternal cessation of suffering in all its forms is equivalent to eternal happiness. Accordingly, henceforth, in this work, when we speak of eternal happiness, it should be understood in this way. We are not talking about scratching balls here.

If the Buddha is correct, then we sentient beings have an ultimate objective not of our own choosing. It explicitly or implicitly permeates all our actions. Furthermore, since we are not at liberty on this matter, then whatever actions that will conduce towards that end must necessarily be moral in the sense of “something we ought to do.” The focus then shifts to discovering whether those actions exist and what are they. In short, is there a path to eternal happiness? Is that even possible?

Consequently, this work is fundamentally about morality. While on its face, it is about a legal principle for regulating and allocating private property – the Social Function, this principle is also a human creation. As such, it is impliedly, but necessarily, part of our journey as a species to figure out how best to bring about that which we are compelled to pursue despite our doubts and gnawing uncertainties. Otherwise stated, this principle is in reality, and unavoidably, a moral philosophy about the path that we think, at this juncture of our collective history, will lead towards eternal happiness, and the role property plays in it.

As a moral philosophy, it is a collection of asserted truths. But in order to properly evaluate these assertions, we must initially answer the first two of three questions – “What is truth?” “Where is truth?” and “Why does truth matter?” From the standpoint of philosophy, the first question is classified under epistemology, the second under ontology⁸ or the nature of reality, and the third under morality. However, like space-time, they are actually epistemo-ontolo-moral because they are inseparable. In the same way that you cannot affect space without affecting time and vice-versa, you cannot answer one question without having answered the others, consciously or subconsciously. To make a mistake in one is to make a mistake in all. Thus, Section B is devoted to epistemo-ontology. Here, we will develop an epistemo-ontological framework that will allow us to compare, apples to apples, all philosophies in terms of their truth values. In the process, we will be correcting the epistemo-ontological errors of the Western philosophical tradition.

In Section C, we will begin our comparative and evaluative effort by applying the epistemo-ontological framework to establish the truth values of two (2) moral philosophies. These are the natural laws of John Locke and

⁸ Ontology is used in this article to include metaphysics.

Hugo Grotius. Afterwards, we will continue our efforts by extrapolating their probable solutions to the fictional problem described below which is adapted from the fact pattern of *Regina v. Dudley and Stephens*:⁹

Suppose that there are nine (9) healthy adults and a terminally ill baby on an overcrowded sinking lifeboat cast adrift at sea. To survive, one of them has to be thrown overboard. The adults decide to sacrifice the baby. Is their decision moral?

The solutions will highlight their differing notions of the common good and positions on the redistribution of wealth: *Is it moral to take from the rich and give to the poor?* This in turn will accentuate the distinction between the Social Function and other regulatory and allocative legal principles.

In Section D, these philosophies will be situated within a historical context to trace the evolution of the Social Function in the Philippines. As a caveat to this philo-historical journey, when we say that this or that country has such and such philosophy, we mean it only in the blackletter, official or formal sense, and not how it is in practice. Since society is a hodgepodge of many competing and often irreconcilable ideologies, this caveat should allay any fears that we are engaged in over simplification.

In Section E, we will answer the question, “Why does truth matter?” by integrating our epistemo-ontological framework with a Buddhist theory of morality to understand that correct epistemology and ontology is an indispensable prerequisite to attain the ultimate purpose of our existence.

⁹ 14 QBD 217 DC (December 9, 1884). This case involves the four-man crew of the English yacht named the *Mignonette*. They were trapped in a storm and had to abandon ship on a lifeboat. They had very little provisions and were about 1,100 kilometers away from the nearest land. Around twenty (20) days into the ordeal, one of the crew members was in a coma from drinking sea water. Two of the crew, Dudley and Stephens, killed him so that they and the other crew member could survive by drinking his blood and eating his body. Eventually, the three (3) survivors were rescued. Dudley and Stephens were tried and convicted for murder. The court disposed of their defense of necessity in this wise: “Though law and morality are not the same, and many things may be immoral which are not necessarily illegal, yet the absolute divorce of law from morality would be of fatal consequence; and such divorce would follow if the temptation to murder in this case were to be held by law an absolute defence of it. It is not so. To preserve one’s life is generally speaking a duty, but it may be the plainest and the highest duty to sacrifice it. War is full of instances in which it is a man’s duty not to live, but to die. The duty, in case of shipwreck, of a captain to his crew, of the crew to the passengers, of soldiers to women and children, as in the noble case of the *Birkenhead*; these duties impose on men the moral necessity, not of the preservation, but of the sacrifice of their lives for others from which in no country, least of all, it is to be hoped, in England, will men ever shrink, as indeed, they have not shrunk. It is not correct, therefore, to say that there is any absolute or unqualified necessity to preserve one’s life.”

Lastly, in Section F, we will conclude that since the Social Function, as currently constructed, is based on a false philosophy, it is at most only an expedient while the Philippines searches for the correct path to true freedom.

II. EPISTEMO-ONTOLOGY

1. *Western philosophy*

We employ four (4) tools to assert the truth or falsity of something – observation, deduction, induction/abduction and opinion. Each of these have their respective domains and truth values. The relationship between tool, domain and truth value is that only the tool associated with a particular domain can establish the truth value of an assertion that falls within that domain to its fullest extent. This will become clearer as each tool is explained below.

a. Observation

This tool uses the ability of the six (6) senses (visual, auditory, olfactory, tactile, gustatory and mental) to apprehend an object. Its domain is EXISTENCE and NON-EXISTENCE. Its truth value is either TRUE or FALSE. For instance, if I assert that “There is a table in front of me,” that assertion is true if there exists before my eye consciousness an object to which I ascribe the name “table.” Otherwise, it is false.¹⁰

Included in existence/non-existence are assertions of regularities or constant conjunctions. An example of a regularity is fire and firelight. Whenever there is fire, there is firelight; never darkness. Another is seed and seedling. Whenever the seed disappears, the seedling appears. They follow the syntax, “IF THIS, THEN THAT.” Now, if we assert that observation establishes the existence of fire and firelight, or the non-existence/existence of seed and seedling, we will also have to assert that it establishes the existence of their

¹⁰ An observational assertion is what Hume would call a “matter of fact” proposition and what Kant would call a “synthetic a posteriori” proposition. “Synthetic” because the predicate of the proposition is claimed to add something to the subject of the proposition, such as in “fire (subject) burns (predicate).” “A posteriori” because its truth or falsity depends on observation (experience). Bryan Magee, *Confessions of a Philosopher*, Chapter 9, Weidenfeld and Nicolson (1997), pp. 150-151; Ed L. Miller, *Questions That Matter: An Invitation to Philosophy*, McGraw-Hill, 2nd Shorter Edition (1998), pp. 199-201. To say that the proposition is synthetic a posteriori is equivalent to saying that the subject and predicate are within the domain of observation because the existence of subject and predicate is established through observation. For instance, in “fire burns,” you must see “fire” and feel it “burn.”

regularity because we apprehend these events simultaneously. As Hume says, “If we examine the operations of [inanimate] bodies and the production [in them] of effects from their causes, we shall find that our faculties can never give us more knowledge of this [cause-effect] relation than merely to **observe that particular objects are constantly conjoined together.**”¹¹ (emphasis supplied) Another way of saying that objects are constantly conjoined is that they are “object conditions” for each other.

b. Deduction

This tool uses reason. Its domain is ENTAILMENT and CONTRADICTION. Its truth value is either TRUE or FALSE. For instance, if I assert that “All dogs are animals. Fido is a dog. Therefore, Fido is an animal,” the conclusion is true if it necessarily follows from the premises. If contradicted by them, it is false.¹²

c. Induction¹³

This tool also uses reason. Its domain, from the standpoint of most of Western philosophy due to the works of Hume and Kant, is CAUSATION

¹¹ David Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, section 8, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hume1748.pdf>.

¹² A deductive assertion is what Hume would call a “relations of ideas” proposition and what Kant would call an “analytic a priori” proposition. “Analytic” because the predicate is asserted to be included in the subject, such as “a barking dog barks.” “A priori” because their truth or falsity depend on reason. Bryan Magee, *Confessions of a Philosopher*, Chapter 9, Weidenfeld and Nicolson (1997), pp. 150-151; Ed L. Miller, *Questions That Matter: An Invitation to Philosophy*, McGraw-Hill, 2nd Shorter Edition (1998), pp. 199-201. To say that the proposition is analytic a priori is equivalent to saying that the subject and predicate are within the domain of deduction because the entailment or contradiction between subject and predicate is established through deductive reasoning.

¹³ Philosophers usually distinguish between induction and abduction but this article will not do so for the reasons set forth later in this note. An induction is customarily defined as one based on the statistical frequency of an event. For instance, “Sixty-four percent of Filipinos above the age of five speak English. Jose is a twenty-year old Filipino. Therefore, he probably speaks English.” An abduction supposedly adds an explicit or implicit causal explanation to this statistical frequency. An example of an explicit assertion is, “Whenever I see fire, there is light. Therefore, when I light the candle, there will be light, because fire causes light.” An example of an implicit assertion is to just delete the phrase, “because fire causes light.” Elliott Sober, *Core Questions in Philosophy*, Prentice-Hall (1995), pp. 20-25. However, even inductions ultimately assume the operation of a hidden cause(s). Why? Because without such assumption, it would be impossible to make inductions because everything would be random. For this reason, and because the finer distinctions between induction and abduction are not indispensable to the project of eternal happiness, and because induction is the more familiar term to the general public, “induction” will henceforth be used in this article to include “abduction.”

and NON-CAUSATION. For Hume, its truth value is either MAYBE TRUE or FALSE. For instance, if I assert that, “Fire and firelight are constantly conjoined. Therefore, fire causes light,” the conclusion is maybe true at best. Why? Because neither observation or deduction, which are the only tools that can establish anything with one hundred percent certainty, can do so. As this is so, there is, in the words of Hume, no “necessary connection” between fire and firelight or, for that matter, between any other object. You cannot observe by which power fire causes firelight. Neither can you deduce why fire should cause it. It is for this reason that when we see for the first time something like a cellular phone, we have to fiddle with it to discover what each button and icon does. As Hume explains:

When we look about us towards external objects, and consider the operation of causes, we are never able, in a single instance, to discover any power or necessary connection; any quality, which binds the effect to the cause, and renders the one an infallible consequence of the other. We only find, that the one does actually, in fact, follow the other. The impulse of one billiard-ball is attended with motion in the second. This is the whole that appears to the outward senses. The mind feels no sentiment or inward impression from this succession of objects: Consequently, there is not, in any single, particular instance of cause and effect, anything which can suggest the idea of power or necessary connection.

From the first appearance of an object, we never can conjecture what effect will result from it. But were the power or energy of any cause discoverable by the mind, we could foresee the effect, even without experience; and might, at first, pronounce with certainty concerning it, by mere dint of thought and reasoning.

In reality, there is no part of matter, that does ever, by its sensible qualities, discover any power or energy, or give us ground to imagine, that it could produce anything, or be followed by any other object, which we could denominate its effect. Solidity, extension, motion; these qualities are all complete in themselves, and never point out any other event which may result from them. The scenes of the universe are continually shifting, and one object follows another in an uninterrupted succession; but the power of force, which actuates the whole machine, is entirely concealed from us, and never discovers itself in any of the sensible qualities of body. **We know, that, in fact, heat is a constant attendant of flame; but what is the connection between them, we have no room so much as to conjecture or imagine. It is impossible, therefore, that the idea of power can be derived from the contemplation of bodies, in single instances of their operation; because no bodies ever discover any power, which can be the original of this idea.**¹⁴

¹⁴ David Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, section 2, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hume1748.pdf>.

X X X

In short, every effect is a distinct event from its cause. So it can't be discovered in the cause, and the first invention or conception of it a priori must be wholly arbitrary.¹⁵ (emphasis supplied)

But while the best truth value for an inductive assertion is maybe true, its worst is false. Falsifiability is possible if the induction crosses into the domain of observation or deduction. An example of the former is the assertion that, "Because of a low pressure area in the Pacific, there will be a typhoon tomorrow over Japan." If the prediction is not observed, the assertion is falsified. An example of an induction that does not cross-over is, "Because of capitalism, the workers of the world will eventually unite, take control of the factors of production, and establish a communist paradise."¹⁶ Even if the prediction is not observed in a trillion years, the assertion is still not falsified because it only says "eventually."¹⁷

An induction that is falsifiable is considered "scientific." As Popper said, "One can sum up all this by saying that the criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability."¹⁸ It is because of its scientificity that we keep on testing Einstein's theory of gravity even though it has survived every experimental challenge thrown at it since 1915. Nevertheless, since his theory is inductive, from a Humean perspective, it is at most only maybe true.

The failure of observation and deduction to establish any necessary connections between objects raises the Problem of Induction: *How can we have total certainty that the past and present regularities that are established by observation will continue into the future?* Hume believed this problem to be insoluble. He declares:

My experience directly and certainly informs me that that fire consumed coal then; but it's silent about the behaviour of the same fire a few minutes later, and about other fires at any time. Why should this experience be extended to future times and to other objects, which for all we know may only seem similar? — that's what I

¹⁵ David Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, section 4, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hume1748.pdf>.

¹⁶ See Popper's discussion on Marxism in *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, Routledge (1963).

¹⁷ An example of an induction that crosses into the domain of deduction is, "Since fire and firelight are constantly conjoined, fire is the cause of firelight." Why this is within the domain of deduction will be explained later on in the discussion of the Buddhist philosopher Nagarjuna's analysis of production.

¹⁸ Karl Popper, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, Routledge (1963).

want to know. The bread that I formerly ate nourished me; i.e. a body with such and such sensible qualities did at that time have such and such secret powers. But does it follow that other bread must also nourish me at other times, and that the same perceptible qualities must always be accompanied by the same secret powers? It doesn't seem to follow necessarily. Anyway, it must be admitted that in such a case as this the mind draws a conclusion; it takes a certain step, goes through a process of thought or inference, which needs to be explained. These two propositions are far from being the same:

- I have found that such and such an object has always had such and such an effect.
- I foresee that other objects which appear similar will have similar effects.

The second proposition is always inferred from the first; and if you like I'll grant that it is rightly inferred. **But if you insist that the inference is made by a chain of reasoning, I challenge you to produce the reasoning.**¹⁹ (emphasis supplied)

In the last sentence of the above quote, Hume challenges us to show the reasoning that will establish the continuation of past and present regularities into the future. Kant takes up Hume's challenge in this way. First, he conjectured that there is an independent external world, i.e., a world not caused by our consciousness. He believed that because the world appears to our senses as real, then it is probably real, which is an ontological claim about the nature of reality.²⁰ Second, he opined that there exists the Forms of the Sensibility

¹⁹ David Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, section 4, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hume1748.pdf>.

²⁰ In expounding upon the improbability of omniscience in his chapter on Kant, Magee explains Kant's ontological position as follows: "The simple truth is that as far as we can ever know there is no limit to what can exist outside the possibility of our knowledge. Of course, because there is no limit on it, one of the infinitely many possibilities is that there is nothing outside the possibility of our knowledge. But that is infinitely unlikely. An additional assumption is needed to make it even in the smallest degree implausible, and that is that all reality is the product of our minds. Kant firmly disbelieved that. He believed as confidently as anyone can ever believe anything that there is an independent reality outside the world of all possible experience. He called this the world of the noumenal, the world of things as they are in themselves, and of reality as it is in itself. He called the world as it appears to us – the directly known world of actual experience with its penumbra, the postulated world of possible experience – the world of phenomena . . . the world as we ordinarily think of it, the actual world, the world of material objects in space and time, the world of common sense and of science: what we are used to calling the empirical world." Bryan Magee, *Confessions of a Philosopher*, Weidenfeld and Nicolson (1997), pp. 151-152.

that superimpose order or structure to the sensory data coming from the supposed real world as they reach the senses. These superimpositions include causal connection, space, time, physical identity and general scientific laws.²¹ Finally, based on these conjectures, he concludes that past and present regularities will certainly continue into the future, not because of observation or deduction, but because the Forms impose the necessary causal connections between objects.²²

In effect, if Kant is correct, induction will have a truth value of TRUE, MAYBE TRUE or FALSE. “True” refers to assertions that past and present regularities will proceed into the future. “Maybe true” refers to assertions that the *convergence of continuums of regularities* (hereafter, just “Convergences”) will give or has given rise to an event. A well-known illustration of Convergences is the so-called butterfly effect. Will the flapping of the wings of a butterfly in Madrid set-off a storm in Manila? Since a storm involves a potentially infinite number of convergences stretching out from the potentially infinitely distant past (visualize infinite ripples in an infinite pond propagating over infinite time), one cannot have absolute certainty which ripples will come together at the precise moment for the storm to arise.²³

²¹ Bryan Magee, *Confessions of a Philosopher*, Weidenfeld and Nicolson (1997), pp. 149-152.

²² An inductive assertion of the continuation of past and present regularities into the future is what Kant would call a “synthetic a priori” proposition. “Synthetic” because the predicate of the proposition is claimed to add something to the subject of the proposition, such as in “fire (subject) will always burn (predicate).” “A priori” because its truth or falsity depends on Forms of the Sensibility. Prior to Kant, Western philosophy believed that only synthetic a posteriori (observations) and analytic a priori (deductions) propositions were capable of being true. Kant called his Forms his Copernican Revolution in philosophy because it meant that, because of the Forms, objects conform to knowledge and not the other way around, as hitherto thought. Bryan Magee, *Confessions of a Philosopher*, Chapter 9, Weidenfeld and Nicolson (1997), pp. 150-151; Ed L. Miller, *Questions That Matter: An Invitation to Philosophy*, McGraw-Hill, 2nd Shorter Edition (1998), pp. 199-201. In hindsight, maybe Western philosophy should not have been so enamored with Kant’s Forms since being conjectural, its truth value is at best “zero.” But then again, maybe it cannot be faulted because as the saying goes, in the land of the blind, the one-eyed man is king. In any event, the Buddhist philosopher Nagarjuna’s analysis of production, to be discussed later in this article, if correct, will establish why Kant’s Forms is “false.” “How anyone in the twentieth century can take Kant’s transcendental philosophy seriously is baffling, even though it may always remain admirable in certain respects as an extraordinarily elaborate and ingenious intellectual invention.” Mortimer J. Adler, *Ten Philosophical Mistakes*, Collier Books (1985), p. 98.

²³ The term “butterfly effect” comes from a question posed by meteorology professor Edward Lorenz during a meeting of the American Association for the Advancement of Science where he posed the question, “Does the flap of a butterfly’s wings in Brazil set off a tornado in Texas?” The purpose of his question was to illustrate his findings that in

d. Opinion

This last tool uses non-deductive and non-inductive reasoning, emotions and feelings. Its domain is everything outside the domain of the other three. Its truth value is ZERO if the truth asserted is purely personal or conventional. For instance, if I assert that “you are handsome or beautiful,” its truth depends on my preference or those of a community. Its truth value is FALSE if the opinion intrudes into the domain of observation or deduction and is falsified by them.²⁴ Hence, if a thought just crossed my mind that there is someone standing behind me, yet when I turn around, there is no one there, then that opinion is false because the existence or non-existence of that person is within the domain of observation.

And even if there was someone standing behind me, the truth value is still zero. There are two (2) reasons for this. First, consider a meteorologist who inductively asserts that, “Because of a low pressure area in the Pacific, there will be a typhoon tomorrow over Japan.” Even if the prediction happens, its truth value is still “maybe true.” Then take a shaman who conjectures that, “I have faith that there will be a typhoon over Japan tomorrow.” Even if his faith comes true, it cannot have a higher truth value than the meteorologist’s prediction because the latter asserts Convergences which are within the domain of induction. Second, by Western philosophy’s standards, the minimum requirement for an assertion to plausibly be considered knowledge is Justified True Belief.²⁵ “Justified” means it is supported by rational argu-

complex dynamic systems, outcomes are unpredictable because small variances in initial conditions can have profound effects. Jamie L. Vernon, *Understanding the Butterfly Effect*, americanscientist.org, available at <https://www.americanscientist.org/article/understanding-the-butterfly-effect>. Lorenz’s findings are consistent with the truth value of inductive assertions of Convergences. At most, it is “maybe true.”

²⁴ Even if an opinion is falsifiable, it does not make it scientific because science requires assertions that are rationally justified through deduction or induction. Thus, instinct, faith, hope, etc. do not qualify as justifications from a scientific point of view.

²⁵ Some Western philosophers feel that Justified True Belief is an insufficient standard for knowledge. For instance, Edmund Gettier demonstrated through two (2) counterexamples that you could have Justified True Belief even though you just got lucky. Edmund Gettier, *Is Justified True Belief Knowledge?*, *Analysis* (1963). His counterexamples came to be known as “Gettier Problems.” Here is one from Bertrand Russell: Suppose that there is a clock that has always been correct located in the town square. The current time is 9:55. Unbeknownst to you, the clock stopped exactly 24 hours before. You look at the clock and assert that it is 9:55. Hence, you met all the requisites of Justified True Belief. You believed that it was 9:55, that belief was true, and it was justified inductively through previous experience of the clock’s accuracy. Yet, you were only correct by accident. Is that knowledge? Elliott Sober, *Core Questions in Philosophy*, Prentice-Hall (1995), pp. 158. Western philosophy generally accepts that observation and deduction are sources of knowledge. The problem is with induction and opinion. Can inductions be a source of

ments. While the shaman's prediction was true and he believed it, it was non-rational. Thus, it cannot be given a truth value of "true."

e. Sub-section summary

The tool employed to make an assertion controls its truth value unless the assertion intrudes into the domain of observation or deduction in which case the minimum truth value is controlled by them. For instance, if I assert based on a hunch that "there is a cat in a hat," its truth value will at best be "zero." Why? Since a hunch is not an observation, deduction or induction, it is an opinion. But since the existence or non-existence of the cat is within the domain of observation, the minimum truth value is "false." If I check and see that there is no cat in the hat, then the opinion is falsified. If there is a cat in the hat, then its truth value is still zero.

If my assertion is based on seeing cat fur outside the hat, then it is at most "maybe true" since it is inductive. Even if it turns out that there is a cat in the hat, it is still "maybe true" because I am implying a convergence of events that somehow left a trail of cat fur as the cat came to be in the hat. The minimum is "false" because the assertion again intrudes into the domain of observation.

If my assertion is based on seeing a cat placed in the hat and an assumption that nothing has occurred for the cat to disappear from the hat, then it is "true" because it is purely deductive. It does not matter whether or not there is a cat in the hat because the conclusion necessarily follows from the premises.

The foregoing Western epistemo-ontological frameworks can be combined and summarized through the table below:

knowledge even if their maximum truth values are only "maybe true?" If yes, how well supported should the inductions be to be considered knowledge? Can opinions be a source of knowledge if they are the result of non-deductive and non-inductive lines of reasoning such as those employed in theoretical philosophy? Adler says yes: "In the light of what has just been said, we can divide the sphere of knowledge into (1) bodies of knowledge that are methodically investigative and (2) bodies of knowledge that are noninvestigative and that employ only common, not special experience. To the first group belong history, geography, and all the empirical sciences, both natural and social. To the second group belong mathematics, logic, and theoretical philosophy." Mortimer J. Adler, *Ten Philosophical Mistakes*, Collier Books (1985), p. 103. This article does not delve into Western philosophy's debates on how knowledge should be defined or propose a definition. It is concerned with tools, domains, and truth values because that is sufficient for its purposes. Hopefully, the epistemo-ontological framework developed here will help inform these debates, because it appears that they ultimately stem partly from the premise that the nature of reality cannot be known through deduction. If Nagarjuna's analysis of production, to be discussed later, is correct, then that premise is mistaken.

TOOL	DOMAIN	TRUTH VALUE
Observation	Existence and non-existence (of objects and past and present regularities)	True or False
Deduction	Entailment and contradiction	True or False
Induction	Causation and non-causation (between regularities and Convergences)	Maybe True or False (Hume) True to False (Kant)
Opinion	Others	Zero or False

2. *The fatal flaw in Western philosophy*

While the above epistemo-ontological frameworks will suffice to compare all philosophies apples-to-apples, it contains a fatal flaw. It is fatal because it has prevented Western philosophy from coming up with definitive answers to the most basic questions about the nature of reality and morality. Is there a real external world? Is there a creator God?²⁶ Is there life after death? Is there life before life? Are there other consciousnesses? Is there such a thing as chance? Does free will exist? Is morality absolute? Can eternal happiness be achieved? Simply put, incorrect epistemology is at the root of the inaccuracies and uncertainties of Western philosophy regarding the central mysteries of life and the universe. This is such a tragedy because philosophy has the potential to solve many of the world’s problems, but it must be correct philosophy. Otherwise, it just misleads humanity and brings it down a path of self-destruction.²⁷

²⁶ People usually conflate the question, “Is there a God?” with “Is there a creator God?” The two are not the same. The first is within the domain of observation, and the second, deduction, as will be gleaned from the discussion on Nagarjuna’s analysis of production later in the article.

²⁷ Riemen attributes the cyclical rise of fascism to truth relativity because it gives birth to the mass-man or the man of the crowd who, when he gains influence in a democracy, will naturally undermine the belief in the absolute moral and spiritual values on which it was built. He says: “But this historical opportunity was rejected by a new type of person who quickly won influence in society: the man of the crowd, the mass-man. The term refers not just to quantity but also to quality, to a certain mindset or, more accurately, to an absence of mind. Moreover, this mass-man appears in every rank or class, rich or poor, educated or not. According to Ortega y Gasset, the rise of the mass-man – the revolt of the masses! – is a direct threat to the values and ideals of liberal democracy and European humanism, traditions in which the spiritual and moral development of the free individual form the basis of a free and open society.” Riemen’s solution is for society to recover the European spirit, the spirit of true philosophy which is metaphysics. He says: “So

Although we will not be responding directly to most of these queries in this work because they are outside its scope, we will be improving upon these frameworks so as not to regurgitate the errors of the past to the detriment of future generations. After we have done so and explained why it must be so, the solutions should be evident to those who are willing to carry the result of these efforts to their logical conclusion.

The flaw we are referring to concerns assertions of cause and effect. Western philosophy locates them within the domain of induction. This flaw is attributable principally Kant and secondarily to Hume.²⁸ Kant built on

what can we do? In his speech about democracy, Thomas Mann claimed that education is the heart of democracy. This is remarkable because for us democracy is always measured by freedom and suffrage, freedom of expression, the rule of law, and human rights. Mann would not deny this, but he points to a pillar of democracy that reaches much further: education. The question, of course, is: Education in what?" Riemen answers this by quoting his friend Radim, a student of Patocka, who died in 1977 under interrogation by the Prague Communist regime: "Patocka knew that, and so he saw it as his task to rediscover the spirit of true philosophy and educate us about it. He started to read Plato, and Plato became his teacher, his Virgil in the search for the soul of Europe. The first thing he learned from Plato was that true philosophy is metaphysics. It is philosophy that surpasses empiricism, the everyday world, because it tries to understand the deeper significance of being human. That is what makes European culture unique. Europe is not a tradition of customs passed down – no, Europe is first of all that quest for true humanity." Rob Riemen, *To Fight Against This Age: On Fascism and Humanism*, W.W. Norton and Company (2018), pp. 41, 152-153, 162-163. Education in metaphysics is not enough. It must be correct metaphysics. Otherwise, history will just repeat itself. Society will return to truth relativity, then back to fascism, then back to education in metaphysics, in an endless cycle. You cannot just reset the clock without changing anything.

²⁸ Hume's brilliant contribution to Western philosophy was to identify the Problem of Induction. His fatal error was to consider it insoluble. Kant's fatal error was to solve it incorrectly through his Forms of the Sensibility (to be discussed later). By doing so, he has led Western philosophy down a very wrong road by providing an ostensibly plausible theoretical justification for moral relativity with appalling consequences to society. The gullible would take his distinction between noumenon and phenomenon as reason enough not to search for or believe in absolute moral truths since it is impossible to know anyway. Linguistic determinists would try to replicate his so-called Copernican revolution by replacing his Forms with language. Since language is not the same for everyone, then there is no absolute moral truth. On this point, Saussure, the father of linguistic structuralism, the progenitor of poststructuralism, says: "Psychologically our thought - apart from its expression in words - is only a shapeless and indistinct mass. Philosophers and linguists have always agreed in recognizing that without the help of signs we would be unable to make a clear-cut, consistent distinction between two ideas. Without language, thought is a vague, uncharted nebula. There are no pre-existing ideas, and nothing is distinct before the appearance of language." Ferdinand Saussure, *Course in General Linguistics*, ed. by Charles Bally and Albert Sechehaye in collaboration with Albert Riedlinger, trans. by Wade Baskin, McGraw-Hill, pp. 111-112.

Hume's work to become the central figure of modern Western philosophy. From Kant's lineage, we have one line to Schopenhauer, Nietzsche and the existentialists. Another line to Wittgenstein and the analytic philosophers. Then another to Hegel and Marx. And another to Popper and the critical and science-based rationalists. Then separate lines to Cassirer, Langer and Chomsky. From Hume's lineage, we have Mill and Russell. Collectively, these philosophers have built the bulk of the Western philosophical tradition today.²⁹

Why were Hume and Kant mistaken? **Because assertions of cause and effect are within the domain of deduction, not induction.** Unfortunately, Hume and Kant missed the deductive argument that establishes this. Why does this matter? Because correcting Western epistemology automatically resolves at the theoretical level the core ontological problem of philosophy and science: *what is the nature of reality?* This in turn will lead to the theoretical resolution of the core problem of morality: *what should we do in life and how to achieve it?*

Why only theoretical? Because knowing that E-MC² is not the same as building a nuclear bomb. Theory must be actualized. From the perspective of Buddhism, this is the sole point of all its trainings in generosity, ethical discipline, patience, joyous perseverance, meditation and wisdom.³⁰ It is to correct one's theory and then transform this dry, sterile intellectual understanding to realization or enlightenment, and then help others do the same.

3. Correcting the fatal flaw

The deductive argument that Hume and Kant missed can be found in the writings of the Buddhist philosopher Nagarjuna. It involves an analysis of how objects are produced, arise or come into existence. Nagarjuna says, "No thing is ever born from itself, from something else, from both or without a cause."³¹ "From itself" is called *self-production*. "From something else" is *other production*. "From both" is a combination of self-production and other production. "Without a cause" is *spontaneous* or *random production*.

²⁹ Bryan Magee, *Confessions of a Philosopher*, Weidenfeld and Nicolson (1997), p. 166.

³⁰ These are collectively known as the six (6) perfections or paramitas. Tsongkhapa, *The Great Treatise on the Stages of the Path to Enlightenment*, trans. by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Chapter 24, Volume 2, Snow Lion Publications (2000), pp. 113-224.

³¹ Nagarjuna, *Fundamental Verses on the Middle Way*, trans. by Stephen Batchelor, available at <https://www.stephenbatchelor.org/index.php/en/verses-from-the-center>.

To explain this passage, the experiential world of sentient beings consists of consciousness and the objects of consciousness. Furthermore, this world is characterized by regularity. That is to say, observation establishes the constant conjunction between consciousness and objects, and objects with other objects. Speaking of the latter, Hume says: “It is a general maxim that no objects have any discoverable connection with one another, and that all the inferences we can draw from one to another are based merely on **our experience of their constant and regular conjunction**.”³² (emphasis supplied)

From this division of the world into consciousness and its objects, Nagarjuna asserts that there are only two (2) possibilities. Either consciousness causes its objects to come into existence or not. If not, then there are four (4) other possibilities. Either objects cause themselves to exist (self-production), cause other objects to exist (other production), cause themselves and others to exist (self and other production), or causelessly come into existence (spontaneous or random production).

Nagarjuna refutes self-production as follows. First, if objects are self-produced, then they do not need conjunction. For instance, firelight will not need fire to arise since it only needs itself to arise. Also, a seed will never become a seedling, because for the latter to appear, the former must disappear. But the former will never disappear since it will keep on arising in an infinite loop. However, this is refuted by the observation of regularities. Second, for objects to cause itself, it must already have arisen. But if it has already arisen, then it is a contradiction to assert that it causes itself to arise. Third, if an object needs only itself to arise, if it hasn't arisen, then it will never arise since the cause (itself) does not exist. In that case, there will never be objects, which is contradicted by our observation of objects. As the Buddhist philosopher Tsongkhapa expounds:

“If a seedling were produced from itself, its production would be pointless because production means that what is produced has come into being. If it were produced from itself, a seedling would already have come into being—as in the case of a seedling that is clearly manifest. Production also would be endless because if an already-arisen seed were to arise again, the very same seed would have to arise repeatedly. In that case, there is the fallacy that since the seed itself is arising continuously, there is never a chance for the production of seedlings and such.”³³

³² David Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, section 10, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hume1748.pdf>.

³³ Tsongkhapa, *The Great Treatise on the Stages of the Path to Enlightenment*, trans. by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Chapter 24, Volume 3, Snow Lion Publications (2000), pp. 312-313.

Nagarjuna also refutes other production. Since observation and deduction cannot establish any necessary connection between objects, there is no reason why an object should be in constant conjunction with another specific object when the former's relation to the latter is exactly the same as its relation to every other object. Accordingly, if one arises, then either everything or anything should arise. Nevertheless, both of these possibilities are refuted by regularity. Otherwise, the world as we know it would not exist. Tsongkhapa says:

If effects were produced from intrinsically different causes, then thick darkness could arise even from a flame because those two are other. Furthermore, all things – whether or not they are effects – would be produced from all other things – whether or not they are causes – because they are alike in their otherness. This means that if you assert that seed and seedling exist essentially or intrinsically, then it is evident that the way that a rice seedling essentially or intrinsically differs from things that cannot produce it, such as fire, is identical to the way that a rice seedling intrinsically differs from its cause, a grain of rice. That is, when it appears to be intrinsically different from something that cannot produce it, a seedling seems different in the sense of being autonomous and independent, and it would seem different in the same way when it appears from its own seed. If the way they seem different is that they appear to be essentially or intrinsically different, then it is completely impossible to make the distinction that the rice seedling is not produced from fire and such, but is produced from a rice seed.³⁴

Nagarjuna likewise refutes a combination of self-production and other production by combining his refutations for each.³⁵ Finally, he refutes spontaneous production since it is also contradicted by regularity. Objects would just pop up and everything would be senseless. Tsongkhapa states:

For if production were causeless, then production such as exists at one place and time would have to exist at all places and times, or else must never exist anywhere. This is because things arise at one place and time, and not at another, due to the presence or absence of their causes – something you do not accept. The “eyes” on the tail feathers of peacocks would also be present on crows and the like.

In brief, if something were produced causelessly, then it would have to be produced from everything, or else it would never be produced. Worldly

³⁴ Tsongkhapa, *The Great Treatise on the Stages of the Path to Enlightenment*, Chapter 24, Volume 3, translated by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Snow Lion Publications (2000), pp. 313-314.

³⁵ Tsongkhapa, *The Great Treatise on the Stages of the Path to Enlightenment*, Chapter 24, Volume 3, translated by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Snow Lion Publications (2000), pp. 314-315.

beings, in order to obtain a desired effect, would not have to work to create the causes of that effect, and everything would be senseless.³⁶

Since Nagarjuna has refuted the possibility that objects are not caused by consciousness through a refutation of self-production, other production, both self and other production, and random production, then the remaining possibility, no matter how incredible it may seem because it is in total opposition to how the world appears to us, must perforce be true – **that objects are caused by consciousness!**

Consequently, by fixing our epistemology, we automatically gain theoretical knowledge of the nature of reality – **there is no real external world!** While observation establishes that objects exist, deduction establishes the manner in which they exist: **they are just projections of consciousness.** Being projections, they are unreal, just like things in a dream, reflections in a mirror, mirages, holograms or hallucinations. In Buddhist parlance, they are **empty, essenceless, selfless, substanceless or without own-being, own-nature, or intrinsic nature.** As Tsongkhapa elucidates:

Therefore, what exists objectively in terms of its own essence without being posited through the power of a subjective mind is called “self” or “intrinsic nature.” The absence of this quality in the person is called the selflessness of the person; its absence in phenomena such as eyes, ears, and so forth is called the selflessness of objects.³⁷

Our mistaken perception of an essence for each object makes them appear to us as having the characteristics of *independence or self-existence, identity, and permanence or immutability.* Take for instance the place where you are right now. Look around. Does anything there appear to be dependent on other objects? Of course not! They all appear that they would exist even if all the objects in the universe including the universe itself disappeared.

Going further, does anything there appear to be identity-less. Of course not! They all appear to have something in them that makes them distinct or unique; to have a “soul.” I am I, you are you, and the world is the world. Our essences are different, unlike the waves of the ocean which, though not the same as each other, still have the same “wetness.”

Finally, returning to where you are, does anything there appear to be impermanent? Of course not! They all appear that even if you chop them up

³⁶ Tsongkhapa, *The Great Treatise on the Stages of the Path to Enlightenment*, Volume 1, translated by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Snow Lion Publications (2000), p. 315.

³⁷ Tsongkhapa, *The Great Treatise on the Stages of the Path to Enlightenment*, Volume 3, trans. by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Snow Lion Publications (2000), p. 213.

a trillion times, there would still be something left, like an atom or particle, that is unchanging and would subsist forever, combining and recombining with other atoms or particles to form other objects.

But those appearances break down under analysis. How can objects be independent when they are part of regularities? The elements of a regularity are co-dependent. They need each other to exist. How can they have identity when they are like images in a dream or in a painting, just part of one seamless tapestry. How can they have permanence when there is nothing to chop up? Can you cleave a hologram into pieces? Of course not because while it exists, it is insubstantial. There is really nothing there. Thus, objects are all just appearances in your consciousness. That is why the Buddha said:

The **primary misconception** about the mind and body is the false view that the mind dwells in the physical body. You do not know that the physical body, as well as the mountains, the rivers, empty space, and the great earth are all within the wonderful bright true mind. It is like ignoring hundreds of thousands of clear pure seas and taking notice of only a single bubble, seeing it as the entire ocean, as the whole expanse of great and small seas.³⁸ (emphasis supplied)

It should be clear to the reader that independence, identity and permanence are parasitic on this imputed “self.” That is why the Buddha identified it is the “primary misconception” and why it is the fundamental object of Nagarjuna’s refutation. Tsongkhapa takes pains to emphasize this because it is of critical importance to the project of the utter and eternal extinction of suffering. To quote:

Opponent: The object to be negated is an intrinsic nature that has three attributes: (1) **causes and conditions do not bring it into being**, (2) **its condition is immutable**, and (3) **it is posited without depending on some other phenomenon**.

X X X

Reply: In general, if someone claims that internal and external things—e.g., seedlings—have “intrinsic nature” in this sense, then Madhyamikas³⁹

³⁸ Shurangama Sutra, available at <http://www.cttbusa.org/shurangama/shurangama7.asp>.

³⁹ Madhyamikas are adherents of Madhyamaka or the Middle Way, a Buddhist philosophical school founded by Nagarjuna in India and Kumarajiva in China. There are several Buddhist schools. They differ from each other either in the way they present or interpret aspects of the Buddha’s teachings, their methods of teaching and training, and the principal Buddhist scriptures that they use for study. Nan Huai-Chin, *Basic Buddhism: Exploring Buddhism and Zen*, Samuel Weiser, Inc. (1997), pp. 90-93. However, the distinctions between schools are beyond the scope of and irrelevant to this article. Why? Because Nagarjuna presents his argument as deductive, similar to “1 + 1 = 2.” Thus, it is

indeed must refute such. However, here, identifying the object to be negated means identifying the fundamental object of negation. When you refute the fundamental object of negation, then the Madhyamaka view—knowledge that phenomena lack intrinsic nature—develops in your mind-stream.

X X X

Many Madhyamaka texts adduce arguments such as: **If things existed essentially, then they could not depend on causes and conditions, they would have to be immutable, and so forth. However, these statements indicate fallacies that would be entailed if things existed essentially; they do not identify the object of negation on its own terms.** It is the case that if something existed ultimately, existed in reality, or truly existed, then it could not depend on causes and conditions, and so forth; however, that is not what ultimate existence means. For example, even though being a pot entails being impermanent, impermanence is not the proper meaning of pot; rather you have to say that it means a “bulbous splay-based thing able to perform the function of holding water.”

Likewise, if something existed ultimately, etc., it would have to be a partless thing; still, here in Madhyamaka we do not suggest that “partless thing” is the fundamental object of negation. Since partless things are merely imputed from the unique perspective of advocates of philosophical tenets, such notions are not the fundamental cause that binds embodied beings in cyclic existence. Further, even if you determined that those partless things lack intrinsic nature and then meditated on that, this would not at all counter the ignorant conception which has operated from beginningless time. Therefore, even optimal and direct knowledge of that would not overcome the innate afflictions.

Thus, when making philosophical determinations, make your principal task to determine that an object as conceived by innate ignorance does not exist. Ancillary to that, refute objects of acquired misconceptions. **If you do not understand this, and fail to eradicate the perspective of innate ignorance, then, when you refute a personal self, you will only refute a self that is permanent, unitary, and independent.** When you refute an objective self, you will only refute things that are imputed by the advocates of philosophical tenets—such as objects that are partless particles, partless moments of experience, or a natural substrate (pradhana) with three gunas (“strands”) asserted by the Samkhyas.⁴⁰ This is completely inappropiate.

to be engaged on its own terms. By way of analogy, if our purpose is to arrive at the truth, it does not matter who first said that “ $1 + 1 = 2$.” Its truth or falsity depends on its own merits and not on who said it. In the same way, since our purpose for bringing up Nagarjuna’s argument is to arrive at correct epistemo-ontology, we do not have to study every other belief system in the world, Buddhist or non-Buddhist. If Nagarjuna is right, we automatically know that every other system that has a contrary position is wrong.

⁴⁰ Samkhya is the oldest of the six (6) orthodox or Brahmanic philosophical schools in India during the time of the Buddha. The others were Yoga, Vaisheshika, Nyaya, Mimamsa and Vedanta. They are orthodox because they accept the authority of the Vedas.

If you think otherwise, then when you make philosophical determinations, you will establish nothing more than this shallow selflessness. As philosophical determinations are made for the purposes of meditation, when you meditate you will have to meditate only on this. Therefore, even if you actualized such a selflessness in meditation and consummated your cultivation of it, nothing would come of it. It would be extremely absurd to claim that you can overcome innate afflictions by seeing as nonexistent the two selves imputed by acquired misconceptions.⁴¹ (emphasis supplied)

Furthermore, if objects are empty, **then consciousness too must be empty!** How so? First, since objects have no identity, then consciousness necessarily has no identity because to have identity requires another entity to be differentiated from. For “me” to be me, there must be something else that is not me. They are relative. Conversely, if consciousness had identity, then objects would have identity, as well, but this has already been refuted.

Second, consciousness and objects are part of a regularity. If there are objects, then there must be consciousness since it is their cause. On the flipside, if there is consciousness, then there must be objects because you cannot be conscious without being conscious of something. That is why it is called “consciousness.” As this is so, neither of them are independent.

Accordingly, as both consciousness and its objects are empty, they are neither the same or different from each other. Why? Because their sameness is refuted by observation (they exist) and their difference is refuted by deduction (they have no identity). In Buddhist terminology, **they are non-dual.** As Maitreya, the Buddha’s regent, explains:

Once it has been established that what appears to be apprehended does not exist,⁴²

It has also been established that what appears to apprehend does not exist either.

The unorthodox schools were Buddhism, Jainism and Worldly Secularism. As explained by Nan Huai-Chin: “The worldview of the Samkhya school was dualistic. It maintained that at the basic source of the world there were two original principles: a material inherent identity and a spiritual self. . . . The Samkhya philosophers propounded the theory that the result is there in the cause.” Nan Huai-Chin, *Basic Buddhism: Exploring Buddhism and Zen*, Samuel Weiser, Inc. (1997), pp. 12-13; Shantideva, *Guide to the Bodhisattva’s Way of Life*, trans. by Neil Elliott under the guidance of Geshe Kelsang Gyatso, Tharpa Publications (2002), p. 207. Nagarjuna’s argument refutes the Samkhya position that the world is dualistic, and that the result is present in the cause (self-production).

⁴¹ Tsongkhapa, *The Great Treatise on the Stages of the Path to Enlightenment*, Volume 3, translated by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Snow Lion Publications (2000), pp. 195-197.

⁴² “Exist” here means “intrinsically exist.”

Due to this, access to the nonexistence
 Of what appears as apprehended and apprehender
 Is established because of the full emergence
 Of that which has no beginning.

**The reason for this is that the complete lack of establishment
 Of duality is fully established.**⁴³ (emphasis supplied)

Obviously, ordinary sentient beings do not view the world in this way. We only see its existence aspect. This leads us to notions of “I” and “others,” of “subject” and “object,” the very basis of language. We only perceive what separates, never what unites. On the other hand, there are extraordinary beings who can turn their attention around from this aspect to see the same-ness aspect – the **Essence or Dharmakaya**.⁴⁴ It is inexpressible because language requires a subject and an object. This is not an ordinary type of perception because here, **All is One**.⁴⁵ But only those who have become Buddhas see the **unity of both aspects, non-duality, things as they truly are, the realm of reality**. And since these two (2) aspects combined, of phenomena and noumenon, encompass all that there is, was or will ever be, they enter into **omniscience** and the **final and absolute liberation from suffering**.

⁴³ Maitreya, *Distinguishing Phenomena from Their Intrinsic Nature*, translated by the Dharmachakra Translation Committee, Snow Lion (2013), p. 26.

⁴⁴ “Dharmakaya, the body of reality, the truth-body, is the ontological essence of all things.” Nan Huai-Chin, *Working Toward Enlightenment*, Samuel Weiser, Inc. (1993), footnote 4, p. 27.

⁴⁵ Buddhism divides truth into conventional and ultimate. For the Madhyamaka school of Nagarjuna, conventional truth is within the domain of observation and deduction. Tsongkhapa says: “How does one determine whether something exists conventionally? We hold that something exists conventionally (1) if it is known to a conventional consciousness; (2) if no other conventional valid cognition contradicts its being thus known; and (3) if reason that accurately analyzes reality – that is, whether something intrinsically exists – does not contradict it. We hold that what fails to meet those criteria does not exist.” On the other hand, the ultimate truth is outside the domain of any of the epistemological tools used by ordinary sentient beings. While it can be established conventionally through deduction as Nagarjuna did, it is just an intellectual understanding. Knowing that water consists of H₂O is different from seeing, swimming in, and drinking it. One who has never done so will never really understand. As the Buddha cautions: “You still listen to the Dharma with the conditioned mind, and so the Dharma becomes conditioned as well, and you do not obtain the Dharma-nature. It is like when someone points his finger at the moon to show it to someone else. Guided by the finger, that person should see the moon. If he looks at the finger instead and mistakes it for the moon, he loses not only the moon but the finger also. Why? He mistakes the pointing finger for the bright moon.” *Shurangama Sutra*, available at <http://www.cttbusa.org/shurangama/shurangama7.asp>.

4. *Non-duality and quantum mechanics*

To help visualize non-duality for pedagogic purposes, it might be advantageous to make an analogy with two (2) experimental results from quantum mechanics. This is not to say that these results prove or disprove non-duality and vice-versa. Only that they may be beneficial in imagining it.

Quantum mechanics is science's most successful theory about the physical world. Every digital electronic device that you have ever used owes its existence to it. Nevertheless, no one understands what it means.⁴⁶ It is like accepting the Pythagorean Theorem ($a^2 + b^2 = c^2$, where "a" and "b" are the shorter sides of a right triangle, and "c" is the hypotenuse) yet not knowing why the Theorem is correct. With this formula, you can build such marvels as the Pyramid of Giza but at the end of the day, you are still an ignoramus.

a. The Wave-Particle Duality

One of the quantum mechanical experiments conducted by scientists is called the Double Slit experiment. Quantum objects such as photons are shot sequentially at a first screen with two (2) vertical slits and hits a second screen positioned behind the first. Whenever there is an observer, the pattern on the second screen indicates that the photons are behaving like particles by passing through one slit or the other. However, when there is no observer, there is an interference pattern in the second screen which indicates that each photon is behaving like a wave by passing through both slits at the same time.⁴⁷ The results give rise to the question, "What is the nature of reality?" Is it particle-like? Wave-like? Both? Neither? Scientists do not know.

For our visualization, we can interpret these results as follows. Whenever we observe the objects of the world, we cannot help but see them as particles. They seem to have self, independence, identity and permanence. In short, they appear dual. But in reality, as established by Nagarjuna, they are non-dual. They are waves.

Why would waves be analogous to non-duality? If we look at a wave that is propagating, we can never observe the "break" that separates the immediately preceding and succeeding moment of any segment of that continuum. These moments are not the same because the past, present and future are not the same. Yet, they are also not different because being a regularity, we apprehend the present and its immediate past simultaneously. When the

⁴⁶ Adam Becker, 'Einstein's Unfinished Revolution' Looks at the Quantum Physics and Reality Problem, available at <https://www.npr.org/2019/04/19/714600205/einsteins-unfinished-revolution-looks-at-the-quantum-physics-and-reality-problem>.

⁴⁷ Tim Wogan, Do Atoms Going Through a Double Slit 'Know' When They are Being Observed?, Physicsworld.com, available at <https://physicsworld.com/a/do-atoms-going-through-a-double-slit-know-if-they-are-being-observed/>.

present becomes the past, the future becomes the present without any interval. This is similar to our previous example in Section B about the seed and the seedling. When the seed disappears, the seedling appears at the same time. Not the same, not different, that is precisely non-duality.

b. Quantum entanglement

Quantum entanglement sometimes known as Spooky Action at a Distance or Non-Locality is the result of a thought experiment conducted by Einstein, Podolsky and Rosen, and subsequently confirmed by physical experiments. These experiments show that when two (2) objects are entangled, a change in the behaviour of the first object appears to be mirrored in the second object *instantaneously*, even when they are separated by light years. This is problematic for scientists because it implies faster-than-light communication between objects which is not allowed by Einstein's theory of relativity, or that there is some undiscovered physical law or property of the universe at work.⁴⁸

For our visualization, one way to look at quantum entanglement is this. If objects are in reality waves, these problems disappear. For what reason? Look at the waves in an oscilloscope. The crests of these wave and their troughs are mirroring each other instantaneously. As the former goes up or down, the latter goes down or up, as well, regardless of the distance between the crest and the trough. Ergo, while it may seem that faster-than-light communication is going on, there really is none. Neither is there a need to discover some hidden mechanism of nature. Instantaneity is just how waves function because they are non-dual.

5. *Quo vadis induction?*

Recall that in Western philosophy, causation is the domain of induction. Considering that Nagarjuna transferred it to deduction, and given that past and present regularities are within the domain of observation, what then remains of the domain of induction, if any? There are two (2) candidates: future regularities and Convergences.

To determine which of them belongs, we must solve the Problem of Induction which has bedeviled Western philosophy since Hume in the 1700s: *how can we have certainty that past and present regularities will proceed into the future?* Hume believed this to be insoluble. On the other hand, Kant's solution is a false opinion. Why? Because his Forms of the Sensibility

⁴⁸ Tom Siegfried, Quantum Spookiness Survives Its Toughest Test, *Sciencenews.org*, Parts 1 and 2, available at <https://www.sciencenews.org/blog/context/quantum-spookiness-survives-its-toughest-tests>.

is premised on an ontological conjecture that a real external world exists, which Nagarjuna has deductively debunked.

The answer can actually be found by extending Nagarjuna's analysis of production. Recall that each of Nagarjuna's refutations of self-production, other production, both, and spontaneous production uses regularity as one of the contradicting arguments. Thus, we can sum up his analysis in a simple formula: REGULARITY EQUALS EMPTINESS. This means that because there is regularity, everything is necessarily empty, and vice-versa. As the *Heart Sutra* explains:

O, Sariputra, form does not differ from voidness, and voidness does not differ from form. Form is voidness and the void is form; the same is true for feeling, conception, volition and consciousness.⁴⁹

As a consequence, if past and present regularities will not propagate into the future like a wave, then that future, with all its objects and consciousnesses, when it becomes the present, will not be empty. If it is not empty, then it has identity like a particle. If so, the present which has become the past, with all its objects and consciousnesses, will also have identity. Why? Because identity needs another entity to be distinguished from. But Nagarjuna has already established that the past and present have no identity because they are empty. Hence, the future must be empty, as well, because it cannot have identity.

The foregoing analysis deductively establishes that regularities are an endless continuum and must perforce extend infinitely into the past and future. Incidentally, this automatically answers the questions: *Is there life before life? Is there life after death?* Life has no beginning and no end. This makes it even more imperative for us to know if there is a path to liberation from suffering.

Given that future regularities are within the domain of deduction, only Convergences remain as the sole domain of induction. With this, we can now modify the Western epistemo-ontological frameworks as follows:

⁴⁹ The Prajna Paramita Heart Sutra, trans. from Sanskrit into Chinese by Hsuan Tsang, commentary by T'an Hsu, trans. into English by Lok To, K'un Li, Shih and Dr. Frank G. French (eds.), Buddha Dharma Association, Inc. (1995), p. 5. In Buddhism, all phenomena can be grouped into five (5) skandhas or aggregates which ordinary sentient beings take individually or collectively for their real self and the real world. These are form, feeling, conception, volition and consciousness. The Heart Sutra says that these are all empty of that imputed reality. And since all phenomena are part of regularities, then the Sutra is effectively saying that REGULARITY = EMPTINESS.

TOOL	DOMAIN	TRUTH VALUE
Observation	Existence and non-existence (of objects and past and present regularities)	True or False
Deduction	Entailment and contradiction (includes causation and future regularities)	True or False
Induction	Convergences	Maybe True or False
Opinion	Others	Zero or False

III. EVALUATING AND COMPARING THE NATURAL LAW PHILOSOPHIES OF LOCKE AND GROTIUS

1. *John Locke*

a. Its truth value

The natural law can be a moral or legal philosophy.⁵⁰ John Locke's is both. As a moral philosophy, it claims that objectively true moral propositions can be derived, through reason, from the nature of human beings or the world.⁵¹ "Nature" here means some permanent feature(s) that gives them identity. For example, what makes people different from other animals? Whatever is consistent with that nature must be moral. Why? Because human beings cannot go against who they are or what the world is.⁵²

On the other hand, natural law as a legal philosophy posits some necessary connection between law and morality.⁵³

Locke's line of reasoning for his moral philosophy can be broken down into five (5) assertions. First, he asserts that there is such a thing as a state of nature which is a state prior to government. Second, in that state, we are free to do what we want. Third, as such, we are by nature free. Otherwise stated,

⁵⁰ Philip Soper, *Some Natural Confusions About Natural Law*, Mich. L. Rev., Vol. 90, No. 8 (Aug 1992), p. 2393.

⁵¹ Internet Encyclopedia of Philosophy, available at <https://www.iep.utm.edu/nat-law/>.

⁵² There is no unanimity on how to define natural law except that it claims the existence of objective moral truths that can be derived through reason. Philip Soper, *Some Natural Confusions About Natural Law*, Mich. L. Rev., Vol. 90, No. 8 (Aug 1992), p. 2395.

⁵³ Philip Soper, *Some Natural Confusions About Natural Law*, Mich. L. Rev., Vol. 90, No. 8 (Aug 1992), p. 2395.

freedom is our natural right. Fourth, since we are by nature free, then we are by nature equal. Equality is also our natural right. Fifth, being equal, we ought to respect each other's freedom. This includes valuing people's lives because they cannot be free without being alive, their liberty so that they can pursue their happiness, and property because it aids them in that pursuit. To quote:

To understand political power correctly and derive it from its proper source, **we must consider what state all men are naturally in. In this state men are perfectly free to order their actions, and dispose of their possessions and themselves, in any way they like, without asking anyone's permission** —subject only to limits set by the law of nature.

It is also a state of equality, in which no-one has more power and authority than anyone else; because it is simply obvious that creatures of the same species and status, all born to all the same advantages of nature and to the use of the same abilities, should also be equal 'in other ways', with no-one being subjected to or subordinate to anyone else, unless 'God', the lord and master of them all, were to declare clearly and explicitly his wish that some one person be raised above the others and given an undoubted right to dominion and sovereignty.

X X X

But though this is a state of liberty, it isn't a state of license in which there are no constraints on how people behave. A man in that state is absolutely free to dispose of himself or his possessions, but he isn't at liberty to destroy himself, or even to destroy any created thing in his possession unless its destruction is required for some nobler purpose. The state of nature is governed by a law that creates obligations for everyone. And reason, which is that law, teaches anyone who takes the trouble to consult it, that **because we are all equal and independent, no-one ought to harm anyone else in his life, health, liberty, or possessions.**⁵⁴ (emphasis supplied)

Locke's third and four assertions that we are by nature free and equal is an implied ontological assertion about the nature of reality. This places it within the domain of deduction and is refuted by Nagarjuna's analysis of production. There is nothing in the universe that has a nature that is permanent and gives anyone or anything a real identity. Accordingly, their truth values are "false" and makes Locke's entire moral philosophy false.

The last assertion that we "ought" to respect each other's life, liberty and property is not an observation since it is not an apprehension by the senses. Neither is it a deduction because it is not entailed or contradicted by the first

⁵⁴ John Locke, Second Treatise of Government, Chapter 9, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>.

four (4) assertions. Nor is it an induction because it is not about Convergences. This makes it an opinion. Thus, its truth value is “zero” at best.

Viewed in another way, this last assertion is an example of an “is-ought” fallacy. Just because we are by nature equal does not entail that we ought to respect other people’s freedom. The former is a fact; the latter a preference which puts it within the domain of opinion whose maximum truth value is “zero.” Accordingly, even if we grant the truth of the third and fourth assertions, the truth value of Locke’s philosophy is “zero” at best.

We can summarize our evaluation through the table below:

ASSERTION	DOMAIN	TRUTH VALUE
There is a state of nature.	?	?
In that state, we are free.	?	?
As such, we are by nature free.	Deduction	False
Being free, we are by nature equal.	Deduction	False
Being free and equal, we ought to respect each other’s life, liberty and property.	Opinion	Zero
		FALSE

b. Locke’s solution to the fictional problem

Is it moral to throw a terminally ill baby overboard if it will save the lives of nine (9) healthy adults on an overcrowded sinking lifeboat? Locke’s probable answer would depend on his notion of the “common good.” According to him, there are three (3) defects in the state of nature that can prevent us from exercising our natural moral rights to life, liberty and property:

So the great and chief purpose of men’s uniting into commonwealths and putting themselves under government is the preservation of their property. The state of nature lacks many things that are needed for this; I shall discuss three of them. **First, The state of nature lacks an established, settled, known law, received and accepted by common consent as the standard of right and wrong and as the common measure to decide all controversies.** What about the law of nature? Well, it is plain and intelligible to all reasonable creatures; but men are biased by self-interest, as well as ignorant about the law of nature because they don’t study it; and so they aren’t apt to accept it as a law that will bind them if it is applied to their particular cases.

Secondly, the state of nature lacks a known and impartial judge, with authority to settle all differences according to the established law. In that state everyone is both judge and enforcer of the law of nature, and few men will play either role well. Men are partial to themselves, so that

passion and revenge are very apt to carry them too far, and with too much heat, in their own cases; and their negligence and lack of concern will make them remiss in other men's cases.

Thirdly, the state of nature often lacks a power to back up and support a correct sentence, and to enforce it properly. People who have committed crimes will usually, if they can, resort to force to retain the benefits of their crime; this includes using force to resist punishment; and such resistance often makes the punishment dangerous, even destructive, to those who try to inflict it.⁵⁵ (emphasis supplied)

To remedy these defects, Locke says that we voluntarily gave up a portion of our moral rights to enter into a social contract in order to establish government. Hence, for him, the core purpose of government is to secure the common good, by which he meant to protect EVERYONE'S residual moral rights:

But though men who enter into society give up the equality, liberty, and executive power they had in the state of nature . . . each of them does this only with the intention of better preserving himself, his liberty and property (for no rational creature can be thought to change his condition intending to make it worse). **So the power of the society or legislature that they create can never be supposed to extend further than the common good. It is obliged to secure everyone's property by providing against the three defects mentioned above, the ones that made the state of nature so unsafe and uneasy.**⁵⁶ (emphasis supplied)

It follows then that the common good in Locke's view cannot be a numbers game. It is not about the good of the majority or minority. Rather, when he speaks of the common good, he literally means the COMMON good, with emphasis on the word "common." The common good is merely the individual good writ large. As he declares, "All the members of the society are to be preserved as much as may be."⁵⁷ Accordingly, for him, it would probably be immoral to kill the baby. Under no circumstance can the moral rights of any individual be sacrificed for the benefit of any person or group. Furthermore, since these moral rights include property, it stands to follow that Locke would probably oppose government taking from the rich and giving to the poor for the sole purpose of saving them.

⁵⁵ John Locke, *Second Treatise of Government*, Chapter 9, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>.

⁵⁶ John Locke, *Second Treatise of Government*, Chapter 9, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>.

⁵⁷ John Locke, *Second Treatise of Government*, Chapter 14, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>.

2. *Grotius' natural law*

a. Its truth value

Grotius' basic line of reasoning is three-fold. First, we all desire society, not because it is in our interest, but because it is human nature. To desire society is not a choice. It is part of what makes us who we are as a species:

Interest, that Spring of Just and Right, if we speak accurately, is not true; for the Mother of Natural Law is **human Nature** itself, which, though even the Necessity of our Circumstances should not require it, would of itself create in us a **mutual Desire of Society**: And the Mother of Civil Law is that very Obligation which arises from Consent, which deriving its Force from the Law of Nature, Nature may be called as it were, the Great Grandmother of this Law also. But to the Law of Nature Profit is annexed: For the Author of Nature was pleased, that every Man in particular should be weak of himself, and in Want of many Things necessary for living commodiously, to the End we might more eagerly affect Society: Whereas of the Civil Law Profit was the Occasion; for that entering into Society, or that Subjection which we spoke of, began first for the Sake of some Advantage. And besides, those who prescribe Laws to others, usually have, or ought to have, Regard to some Profit therein.⁵⁸

Second, since we have no choice, whatever is consistent with society must be moral:

This Sociability, which we have now described in general, or this Care of maintaining Society in a Manner conformable to the Light of human Understanding, **is the Fountain of Right**, properly so called; to which belongs Abstaining from that which is another's, and the Restitution of what we have of another's, or of the Profit we have made by it, the Obligation of fulfilling Promises, the Reparation of a Damage done through our own Default, and the Merit of Punishment among Men.⁵⁹

Third, we can discover what is moral using reason:

From this Signification of Right arose another of larger Extent. For by reason that **Man above all other Creatures is endued** not only with this Social Faculty of which we have spoken, but likewise **with Judgment to discern Things pleasant or hurtful, and those not only present but fu-**

⁵⁸ Hugo Grotius, *De Jure Ac Pacis*, Book 1, Richard Tuck (ed.) from the edition by Jean Barbeyrac, Liberty Fund (2005), pp. 93-94, available at <https://oll.libertyfund.org/titles/grotius-the-rights-of-war-and-peace-2005-ed-vol-1-book-i>.

⁵⁹ Hugo Grotius, *De Jure Ac Pacis*, Book 1, Richard Tuck (ed.) from the edition by Jean Barbeyrac, Liberty Fund (2005), pp. 85-86, available at <https://oll.libertyfund.org/titles/grotius-the-rights-of-war-and-peace-2005-ed-vol-1-book-i>.

ture, and such as may prove to be so in their Consequences; it must therefore be agreeable to human Nature, that according to the Measure of our Understanding **we should in these Things follow the Dictates of a right and sound Judgment,** and not be corrupted either by Fear, or the Allurements of present Pleasure, nor be carried away violently by blind Passion. And whatsoever is contrary to such a Judgment is likewise understood to be contrary to Natural Right, that is, the Laws of our Nature.⁶⁰ (emphasis supplied)

The truth value of Grotius’ first assertion is deductively “false” which makes the truth value of his philosophy also “false.” Why? Because like Locke, he posits the existence of a nature that makes humans inherently distinct from other animals and everything else: “For Man is indeed an Animal, but one of a very high Order, and that excels all the other Species of Animals much more than they differ from one another; as the many Actions proper only to Mankind sufficiently demonstrate. Now amongst the Things peculiar to Man, is his Desire of Society, that is, a certain Inclination to live with those of his own Kind, not in any Manner whatever, but peaceably, and in a Community regulated according to the best of his Understanding.”⁶¹ Nagarjuna’s analysis of production debunks the existence of such a nature. Everything is empty.

As for his third assertion, it is again an example of an “is-ought” fallacy which, same as with Locke, makes it an opinion with a truth value of “zero.” To summarize:

ASSERTION	DOMAIN	TRUTH VALUE
It is our nature to desire society.	Deduction	False
We ought to do whatever is consistent with society.	Opinion	Zero
We can find what we ought to do through reason.	?	?
		FALSE

b. Grotius’ solution to the fictional problem

For Grotius, the common good is living in society because that is consistent with our nature. Consequently, he would probably not consider it

⁶⁰ Hugo Grotius, *De Jure Ac Pacis*, Book 1, Richard Tuck (ed.) from the edition by Jean Barbeyrac, Liberty Fund (2005), p. 87, available at <https://oll.libertyfund.org/titles/grotius-the-rights-of-war-and-peace-2005-ed-vol-1-book-i>.

⁶¹ Hugo Grotius, *De Jure Ac Pacis*, Book 1, Richard Tuck (ed.) from the edition by Jean Barbeyrac, Liberty Fund (2005), pp. 79-80, available at <https://oll.libertyfund.org/titles/grotius-the-rights-of-war-and-peace-2005-ed-vol-1-book-i>.

immoral to throw the baby overboard if the very existence of society is at stake. This distinguishes him from the utilitarians who require only a majority of society. Bentham, its founder, says: “An action then may be said to be conformable to the principle of utility, or, for shortness sake, to utility, (meaning with respect to the community at large) when the tendency it has to augment the happiness of the community is greater than any it has to diminish it.”⁶²

As for taking from the rich and giving to the poor, he would probably not consider that immoral if it would preserve or strengthen society. This distinguishes him from Locke. While both of them are natural law philosophers, private property for Grotius is not a natural right but only conventional, because it is established by mere agreement.⁶³ On this point, he says:

X. And to this belongs a prudent Management in the gratuitous Distribution of Things that properly belong to each particular Person or Society, so as to prefer sometimes one of greater before one of less Merit, a Relation before a Stranger, a poor Man before one that is rich, and that according as each Man’s Actions, and the Nature of the Thing require; which many both of the Ancients and Moderns take to be a part of Right properly and strictly so called; when notwithstanding that Right, properly speaking, has a quite different Nature, since it consists in leaving others in quiet Possession of what is already their own, or in doing for them what in Strictness they may demand.⁶⁴ (emphasis supplied)

3. *Natural versus conventional right*

Why would it matter if property is a natural or conventional right? Because if Locke is correct, then there are substantial limits to how much government can interfere with an individual’s power to acquire, use and dispose things beyond which it becomes objectively immoral (because it violates our natural right) and conventionally illegal (because it violates the social contract). In other words, private property would have an expansive

⁶² Jeremy Bentham, Introduction to the Principles of Morals and Legislation, par. 6, available at <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/bentham/morals.pdf>.

⁶³ “According to Grotius, the existence of a property right presupposes the existence of the previous natural right to use something that has no owner. But it is important to stress that a property right is, nevertheless, a human institution and not a natural state of affairs.” Marcelo de Araujo, Contractualism, and the Concept of Private Property: An Institutional Interpretation, *History of Philosophy Quarterly*, Vol. 26, No. 4 (October 2009), p. 360.

⁶⁴ Hugo Grotius, *De Jure Ac Pacis*, Book 1, Richard Tuck (ed.) from the edition by Jean Barbeyrac, Liberty Fund (2005), pp. 87-88, available at <https://oll.libertyfund.org/titles/grotius-the-rights-of-war-and-peace-2005-ed-vol-1-book-i>.

core of negative moral and legal rights (rights against interference) that are non-derogable. It is expansive because, for Locke, that core is breached when government regulates private property to an extent greater than necessary for everybody to exercise theirs because that contradicts the very purpose of government under the social contract. He says, “So the power of the society or legislature that they create can never be supposed to extend further than the common good. It is obliged to secure everyone’s property by providing against the three defects mentioned above, the ones that made the state of nature so unsafe and uneasy.”⁶⁵ In addition, “the supreme power can’t take from any man any part of his property without his consent. What men enter into societies with governments for is the preservation of their property; so it would be a gross absurdity to have a government that deprived them of that very property! So men in society have property, which means that they have such a right to the goods that are theirs according to the law of the community, and nobody has a right to take any part of those goods from them without their own consent.”⁶⁶

It is because of this core that Locke would probably consider it immoral to throw our fictional baby overboard just to save the nine (9) other occupants in the sinking lifeboat. It does not matter to him that the survival of the entire society is at stake. That core should never be breached. Extending this, it is also for him probably immoral for the government to take from the rich and give to the poor just because they are poor, even if it costs the latter their lives. Contrarily, Grotius finds no such core. Thus, it is probably not immoral for him if the baby is thrown overboard or property is taken from the rich and given to the poor for the good of society.

IV. THE HISTORY OF THE PHILOSOPHY OF PRIVATE PROPERTY OF THE PHILIPPINES

1. *France*

Locke’s natural moral and legal philosophy was first embraced by the legal order through France.⁶⁷ It was embodied in the Declaration of the

⁶⁵ John Locke, *Second Treatise of Government*, Chapter 9, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>.

⁶⁶ John Locke, *Second Treatise of Government*, Chapter 9, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>.

⁶⁷ Falla says: “Los pilares básicos de la nueva construcción se colocan por la Asamblea francesa de 4 de Agosto de 1789, al declararse abolidos los antiguos derechos feudales. Ahora bien, la nueva propiedad se configura como un *droit inviolable et sacre*, como se desprende de las Declaraciones Revolucionarias. Así, - x x x La Declaración de

Rights of Man and of the Citizen which was approved by the French National Assembly on 26 August 1789:⁶⁸

2. **The aim of all political association** is the preservation of the **natural and imprescriptible rights** of man. These rights are liberty, property, security, and resistance to oppression.

x x x

4. Liberty consists in the freedom to do everything which injures no one else; hence the exercise of the natural rights of each man has no limits except those which **assure to the other members of the society the enjoyment of the same rights**. These limits can only be determined by law.

x x x

los Derechos del Hombre y del Ciudadano: de 26 de Agosto de 1789, artículo 17: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad publica, legalmente constatada, lo exija claramente, y con la condicion de una indemnization justa y previa.” Fernando Garrido Falla, *Comentarios A La Constitucion*, Tercera Edicion, Civitas Ediciones, S.L., (2001), p. 782. Translation by the author: “The basic pillars of the new construction were placed by the French Assembly of 4 August 1789, when it declared the ancient feudal rights abolished. However, the new property was configured as an inviolable and sacred right, following the Revolutionary Declarations. Thus, - The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 26 August 1789, article 17: “Since property is an inviolable and sacred right, no one shall be deprived thereof except where public necessity, legally determined, shall clearly demand it, and then only on condition that the owner shall have been previously and equitably indemnified.””

⁶⁸ The legislative history of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen shows that there was much passionate debate in the French National Assembly on whether property was a natural or conventional right: “Many defended the right to property in Lockean terms as a natural right; others insisted it was purely social and conventional. The majority spoke mainly in terms of rights, but a number demanded a declaration of concomitant responsibilities. While most viewed property rights as essential to the creation of a proper constitutional order, some argued that issuing an express guarantee before the constitution had even been established would be foolish and even counterproductive.” Ultimately, those who saw it as a natural right won: “In the course of the following week, the entire Assembly heavily revised the draft of the Sixth Bureau article by article, with a number of sections completely rewritten. The result was a final draft that was markedly clearer, more forceful, and more felicitous in expression. The Lockean foundations underlying the Declaration as a whole and the right to property in particular were more sharply articulated. Thus on August 20, the initial articles were replaced by new material proposed by Mounier, leader of the moderates. The final version clearly declares in Article 2 that property is a natural right: “The aim of every political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are liberty, property, security, and the resistance to oppression.”” Bret Boyce, *Property as a Natural Right and as a Conventional Right in Constitutional Law*, 29 *Loy. L.A. Int'l. & Comp. L. Rev.* 201 (2007), pp. 250, 259, available at <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol29/iss2/2>.

17. Since property is an **inviolable and sacred right**, no one shall be deprived thereof except where public necessity, legally determined, shall clearly demand it, and then only on condition that the owner shall have been previously and equitably indemnified. (emphasis supplied)

“Natural and imprescriptible rights of man” and “inviolable and sacred right” refer to his moral theory. “The aim of all political association” pertains to his legal theory. “Assure to the other members of the society the enjoyment of the same rights” concerns his idea of the common good.

2. *Spain*

Spain and its colony, the Philippines, followed suit in the early 19th century. Article 172 of the Constitution of Cadiz of 1812 provides that:

Tenth. The King may not take the property of any individual or corporation, nor disturb him in the possession, use and exploitation thereof, and if in case it is necessary to do so for a known common good, it may not be done without at the same time indemnifying him of the reasonable value thereof.

This provision is substantially the same as art. 17 of the French Declaration sans express reference to the “inviolable and sacred right” to private property. Nevertheless, contemporaneous legislations make it clear that property is a sacred right. For instance, the Decree of 6 August 1811 by the Cortes de Cadiz abolishing the feudal manors states⁶⁹ that, “Quedan abolidos los dictados de vasallo y vasallage y sus prestaciones, así Reales como personales, que deban su origen á título jurisdiccional, á excepción de las que procedan de contrato libre en uso del sagrado derecho de propiedad.”⁷⁰

Article 172 (Tenth) is substantially repeated in the subsequent Spanish Constitutions prior to the Philippines’ independence from Spain on June 12, 1898. Title One designated as “De Los Espanoles” of the Spanish Constitutions of 1837 and 1845 states:

Art. 10. No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización.⁷¹

⁶⁹ Fernando Garrido Falla, *Comentarios A La Constitucion, Tercera Edicion*, Civitas Ediciones, S.L., (2001), p. 782.

⁷⁰ Author’s translation: “The dictates of vassal and vassalage and their obligations, whether Royal or personal, that originate from jurisdictional title, except those that come from a free contract in the use of the sacred right of property, are abolished.”

⁷¹ Author’s translation: “Art. 10. The penalty of confiscation of property will never be imposed, and no Spaniards shall be deprived of their property except for public use, after

Title One designated as “De La Nacion y De Los Espanoles” of the Spanish Constitution of 1856 provides:

Art. 13. Ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización.⁷²

Title One designated as “De La Nacion y Sus Derechos” of the Spanish Constitution of 1869 stipulates:

Art. 13 – Nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial. Los funcionarios públicos que bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción, serán personalmente responsables del daño causado. Quedan exceptuados de ella los casos de incendio e inundación u otros urgentes análogos, en que por la ocupación se haya de excusar un peligro al propietario o poseedor, o evitar o atenuar el mal que se temiere o hubiere sobrevenido.

Art. 14 – Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el Juez con intervención del interesado.⁷³

Title One designated as “De La Nacion y Sus Derechos” of the Spanish Constitution of 1876 specifies:

Art. 10 – No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización.

Si no precediera este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado.⁷⁴

payment of the corresponding compensation.”

⁷² Author’s translation: “Art. 13. No Spaniard shall be deprived of his property except for public use, after payment of the corresponding compensation.”

⁷³ Author’s translation: “Art. 13 – No one may be temporarily or perpetually deprived of his property and rights, or disturbed in their possession, except by virtue of a judicial decision. Public officials that under any pretext infringe this prohibition, will be personally liable for the damage caused. Excepted from this are cases of fire and flood and other analogous emergencies, in which for the occupation the danger to the owner or possessor must be excused, or to avoid or mitigate the evil that is feared or would ensue. x x x Article 14 – No one’s property shall be expropriated except for public use and by virtue of a judicial order, which will not be executed without prior compensation regulated by the Judge with the intervention of the interested party.”

⁷⁴ The penalty of confiscation of property shall never be imposed, and no one shall be deprived of his property except by competent authority and for public use, always after payment of the corresponding compensation. x x x If this requirement is not met before expropriation, judges shall in every case protect and reinstate the possession to the person deprived thereof.

The substance of these constitutional provisions were also embodied in articles 348 and 349 of the Spanish Civil Code of 1889, to wit:

ARTICLE 348. Ownership is the right to enjoy and dispose of a thing with no limitations other than those established by law.

The owner has a right of action against the holder and the possessor of the thing to recover the same.

ARTICLE 349. No one may be deprived of his property unless it be by competent authority for some purpose of proven public utility and after payment of the proper compensation.

Unless this requisite has been complied with, it shall be the duty of the courts to protect the owner of such property in its possession or to restore its possession to him, as the case may be.

Commenting on article 348, Falla writes that, “The evolutionary process that has been mentioned explains clearly the full definition of article 348 of the Civil Code prior to its inscription.”⁷⁵ By “evolutionary process” and “full definition,” he meant that the historical context of article 348 reveals that it was originally intended to be an expression of Lockean philosophy.

The Spanish Civil Code continued to be in force in the Philippines even after its independence from Spain up until August 30, 1950 when the Philippines’ New Civil Code took effect. Articles 348 and 349 are substantially reproduced in this new code:

Art. 428. The owner has the right to enjoy and dispose of a thing, without other limitations than those established by law.

The owner has also a right of action against the holder and possessor of the thing in order to recover it.

Art. 435. No person shall be deprived of his property except by competent authority and for public use and always upon payment of just compensation.

Should this requirement be not first complied with, the courts shall protect and, in a proper case, restore the owner in his possession.

From the foregoing, we can say that the philosophy of private property in Spain and the Philippines at least up to the late 19th century was Lockean.

⁷⁵ “El proceso evolutivo de que se ha hecho mención explica claramente la rotunda definición del artículo 348 del Código Civil antes transcrita. Claro es que en este precepto se deja salvo la posibilidad de que la propiedad absoluta que en él se configure conozca limitaciones (<las establecidas en las Leyes>); pero las limitaciones previstas lo eran fundamentalmente pro ración de que el derecho de cada propietario había de cohererarse con el que a los demás propietarios correspondía.” Fernando Garrido Falla, *Comentarios A La Constitución, Tercera Edición, Civitas Ediciones, S.L.*, (2001), p. 783.

3. *Philippines*

a. From the Treaty of Paris of 1899 until before the 1935 Constitution

Spain ceded the Philippines, Puerto Rico, Cuba, Guam and other islands in the West Indies to the United States through the Treaty of Paris on April 11, 1899. Did the change in sovereignty result in a change in philosophy in the Philippines? To answer this, a little bit of American constitutional history is in order.

Locke's natural law influenced, not only the political landscape of Europe, but the then American colonies, as well. This is reflected in the 1776 American Declaration of Independence⁷⁶ which states, in part:

We hold these truths to be **self-evident**, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain **unalienable Rights**, that among these are **Life, Liberty and the pursuit of Happiness**. **That to secure these rights, Governments are instituted** among Men, deriving their just powers from the consent of the governed. That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. (emphasis supplied)

“Self-evident,” “unalienable Rights,” and “Life, Liberty and the pursuit of Happiness” come from Locke's moral theory. “That to secure these rights, Governments are instituted” pertain to his legal theory.

Notice that the American Declaration substitutes “pursuit of Happiness” in lieu of Locke's “property.” This has been taken to indicate a difference in views among the American Founding Fathers.⁷⁷ For instance, Jefferson believed at the time of the drafting of the Declaration that the right was

⁷⁶ Charles S. Desmond, *Natural Law and the American Constitution*, *Ford. L. Rev.*, Vol. 22, Issue 3 (1953).

⁷⁷ “With the emergence of the first modern written constitutions in the late eighteenth century, the right to property was enshrined as a fundamental constitutional right. Although Locke's influence was certainly critical, it would be incorrect to assume, as some have, that the framers of the first declarations of rights simply constitutionalized Lockean principles. Although the framers generally agreed on the importance of the right to private property, they did not agree on the essential nature of this right. Is it natural, pre-political, and essentially inalterable, or is it conventional and thus subject to redefinition? Is it exclusively a negative individual right, or does it entail social responsibilities?” Bret Boyce, *Property as a Natural Right and as a Conventional Right in Constitutional Law*, 29 *Loy. L.A. Int'l. & Comp. L. Rev.* 201 (2007), pp. 231-232, available at <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol29/iss2/2>.

merely positive or conventional. For him, there is no natural right to property that preexisted the State, only a legal right that was granted by the State for the good of society:

[I]t is a moot question whether the origin of any kind of property is derived from nature at all ... It is agreed by those who have seriously considered the subject, that no individual has, of natural right, a separate property in an acre of land, for instance. By an universal law, indeed, whatever, whether fixed or movable, belongs to all men equally and in common, is the property for the moment of him who occupies it; but when he relinquishes the occupation, the property goes with it. **Stable ownership is the gift of social law, and is given late in the progress of society.**⁷⁸ (emphasis supplied)

Opposing him, among others, was Madison who said:

It is sufficiently obvious, that Persons and Property are the two great subjects on which Governments are to act; and the rights of persons, and the rights of property, are the objects, for the protection of which Government was instituted. These rights cannot well be separated. **The personal right to acquire property, which is a natural right,** gives to property, when acquired, a right to protection, as a social right.⁷⁹ (emphasis supplied)

The debate on property as a natural versus conventional right has been one of ideological undercurrents to American constitutional discourse, with the pendulum swinging from one end to the other over the centuries.⁸⁰ But around the time of the Treaty of Paris, the displacement was towards natural rights. This was the tenor of the decision of the US Supreme Court in *Downes v. Bidwell* (1901).⁸¹ The issue here was whether the US Constitution applied to Puerto Rico, an unincorporated territory, since by the terms of the Treaty of Paris, “The civil rights and political status of the native inhabitants of the

⁷⁸ Quoted in Bret Boyce, Property as a Natural Right and as a Conventional Right in Constitutional Law, 29 Loy. L.A. Int'l. & Comp. L. Rev. 201 (2007), pp. 238, available at <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol29/iss2/2>, citing Thomas Jefferson, An Autobiography, reprinted in Thomas Jefferson: Writings, Merrill D. Peterson ed. (1984).

⁷⁹ Speech given during the Virginia Convention of December 2, 1829, available at <https://rotunda.upress.virginia.edu/founders/default.xqy?keys=-FOEA-print-02-02-1924>.

⁸⁰ “The U.S. Constitution never adopted an explicit theory of the nature of the right to property, and throughout its history the Supreme Court’s jurisprudence of property rights has reflected a profound conflict between jusnaturalism and positivism.” Bret Boyce, Property as a Natural Right and as a Conventional Right in Constitutional Law, 29 Loy. L.A. Int'l. & Comp. L. Rev. 201 (2007), p. 270.

⁸¹ 182 U.S. 244 (1901).

territories hereby ceded to the United States shall be determined by the Congress,” and Congress had not yet legislated on the matter. The Court held that while the Constitution generally did not apply, the Due Process Clause⁸² did because “under the underlying principles of the Constitution,” the Puerto Ricans were entitled “to be protected in life, liberty and property.” What were these underlying principles that the Court was referring to? They were none other than those of Locke’s philosophy. In effect, *Downes* subsumed “property” in the Due Process Clause under “pursuit of Happiness” under the Declaration of Independence. To quote *Downes*:

We suggest, without intending to decide, that **there may be a distinction between certain natural rights, enforced in the Constitution by prohibitions against interference with them, and what may be termed artificial or remedial rights, which are peculiar to our own system of jurisprudence.** Of the former class are the rights to one’s own religious opinion and to a public expression of them, or, as sometimes said, to worship God according to the dictates of one’s own conscience; **the right to personal liberty and individual property**; to freedom of speech and of the press; to free access to courts of justice, to due process of law and to an equal protection of the laws; to immunities from unreasonable searches and seizures, as well as cruel and unusual punishments; and to such other immunities as are indispensable to a free government. Of the latter class are the rights to citizenship, to suffrage, (citation omitted) and to the particular methods of procedure pointed out in the Constitution, which are peculiar to Anglo-Saxon jurisprudence, and some of which have already been held by the States to be unnecessary to the proper protection of individuals.

Whatever maybe finally decided by the American people as to the status of these islands and their inhabitants—whether they shall be introduced into the sisterhood of States or be permitted to form independent governments – it does not follow that, in the meantime, awaiting that decision, the people are in the matter of personal rights unprotected by the provisions of our Constitution, and subject to the merely arbitrary control of Congress. **Even if regarded as aliens, they are entitled under the principles of the Constitution to be protected in life, liberty and property.** (emphasis supplied)

The Philippine Supreme Court reached the same conclusion in *United States v. Dorr* (1903)⁸³ which was affirmed by the US Supreme Court in *Dorr*

⁸² The American Due Process Clause can be found in the Fifth and Fourteenth Amendments of the United States Constitution. The Fifth states that, “No person shall . . . be deprived of life, liberty, or property, without due process of law.” The Fourteenth states that, “. . . nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.”

⁸³ 2 Phil. 322 (1903).

v. United States (1904).⁸⁴ The issue again was whether the US Constitution applied to the Philippines after the cession. Mirroring *Downes*, the Philippine Court held:

1. That while the Philippine Islands constitute territory which has been acquired by and belongs to the United States, there is a difference between such territory and the territories which are a part of the United States with reference to the Constitution of the United States.

2. **That the Constitution was not extended here by the terms of the treaty of Paris, under which the Philippine Islands were acquired from Spain. By the treaty the status of the ceded territory was to be determined by Congress.**

3. **That the mere act of cession of the Philippines to the United States did not extend the Constitution here, except such parts as fall within the general principles of fundamental limitations in favor of personal rights** formulated in the Constitution and its amendments, and which exist rather by inference and the general spirit of the Constitution, and except those express provisions of the Constitution which prohibit Congress from passing laws in their contravention under any circumstances; that the provisions contained in the Constitution relating to jury trials do not fall within either of these exceptions, and, consequently, the right to trial by jury has not been extended here by the mere act of the cession of the territory. (emphasis supplied)

The ramification of *Downes* and *Dorr* was to confirm the continued efficacy of Locke's philosophy from the Spanish times to the American period. Consistent with this, the Philippine Supreme Court in *People v. Pomar* (1924)⁸⁵ struck down a piece of social welfare legislation that sought to impose on employers an obligation to pay maternity leave benefits to their female employees, holding that, "It has been decided in a long line of decisions of the Supreme Court of the United States, that the right to contract about one's affairs is a part of the liberty of the individual, protected by the "due process of law" clause of the constitution."

Pomar conformed with Locke's philosophy because the invalidated legislation sought to give preferential treatment to pregnant women at the expense of the employers, akin to taking from the rich and giving to the poor. From the foregoing, we can say that prior to the 1935 Constitution, the philosophy of private property in the Philippines was still Lockean.

⁸⁴ 195 U.S. 138 (1904).

⁸⁵ G.R. No. L-22008, 3 November 1924.

b. From the 1935 Constitution until before the 1973 Constitution: From Locke to Grotius

The 1935 Constitution was enacted during the period of American rule in preparation for the Philippines' eventual independence. Article II thereof entitled "Declaration of Principles" states that:

SECTION 5. The **promotion of social justice** to insure the well-being and economic security of all the people should be the concern of the State. (emphasis supplied)

Article XIV entitled "General Provisions" of said Constitution declares that:

SECTION 6. The State shall **afford** protection to labor, especially to working women, and minors, and shall **regulate the relations between the landowner and tenant, and between labor and capital** in industry and in agriculture. The State may provide for compulsory arbitration. (emphasis supplied)

The appearance of social justice provisions in the 1935 Constitution in relation to the Due Process Clause⁸⁶ marked an unmistakable shift in the philosophy of private property in the Philippines away Locke. This was in stark contrast to the United States which, to this day, is still debating the role Locke's philosophy in the interpretation of their own constitution.⁸⁷ As explained by the Philippine Supreme Court in *Antanamok v. Court of Industrial Relations* (1940),⁸⁸ the shift arose out of a realization that the Philippines' historical context requires an emphasis on community interests over individual interests if it wanted to avoid armed revolutions:

By and large, these provisions in our Constitution all evince and express the need of shifting emphasis to community interest with a view to affirmative enhancement of human conformity with the constitutional objective and cognizant of the historical fact that industrial and agricultural disputes had given rise to disquietude, bloodshed and revolution in our country.

Since Locke's philosophy privileged individual over community interests, it had to be abandoned, at least with respect to private property. In *Antanamok*, the Court indicated that the underlying philosophy of social justice,

⁸⁶ The Due Process Clause of the 1935 Constitution can be found in Section 1, Article III entitled the "Bill of Rights" and states that, "No person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law . . ."

⁸⁷ See note 74.

⁸⁸ G.R. No. 46892, 28 June 1940.

and property under the Due Process Clause, was now the natural law of Grotius, among others.

To recall, Grotius claims that it is human nature to desire society. Since we have no choice in this matter, the morality of an act is to be measured by how it strengthens society. According to the Court, the Philippines can strengthen society by re-conceptualizing private property as a trust held for the benefit of the community:

Embodying the spirit of the present epoch, general provisions were inserted in the Constitution which are intended to bring about the needed social and economic equilibrium between component elements of society through the application of what may be termed as the *justitia communis* advocated by Grotius and Leibnits many years ago to be secured through the counterbalancing of economic and social forces and opportunities which should be regulated, if not controlled, by the State or placed, as it were, in *custodia societatis*.

In *Calalang v. Williams* (1940),⁸⁹ the Court emphasized that this re-conceptualization is “neither communism, nor despotism, nor atomism, nor anarchy,” but the humanization of laws and the equalization of social and economic forces by the State so that justice in its rational and objectively secular conception may at least be approximated.” Thus:

Social justice is “neither communism, nor despotism, nor atomism, nor anarchy,” but the humanization of laws and the equalization of social and economic forces by the State so that justice in its rational and objectively secular conception may at least be approximated. Social justice means the promotion of the welfare of all the people, the adoption by the Government of measures calculated to insure economic stability of all the competent elements of society, through the maintenance of a proper economic and social equilibrium in the interrelations of the members of the community, constitutionally, through the adoption of measures legally justifiable, or extra-constitutionally, through the exercise of powers underlying the existence of all governments on the time-honored principle of *salus populi est suprema lex*.

Social justice, therefore, must be founded on the recognition of the necessity of interdependence among divers and diverse units of a society and of the protection that should be equally and evenly extended to all groups as a combined force in our social and economic life, consistent with the fundamental and paramount objective of the state of promoting the health, comfort, and quiet of all persons, and of bringing about “the greatest good to the greatest number.” (bold supplied)

⁸⁹ G.R. No. 47800, December 2, 1940.

Many years later, in *Mataas na Lupa v. Dimayuga* (1984)⁹⁰ and *Sumulong v. Guerrero* (1987),⁹¹ the Court called this re-conceptualization the “stewardship concept.” To quote from *Mataas na Lupa*:

The aforementioned Section 6 of Article II, which is a modified version of the original provision of the 1935 Constitution, “emphasizes the **stewardship concept**, under which private property is supposed to be **held by the individual only as a trustee for the people in general, who are its real owners**. As a mere steward, the individual must exercise his rights to the property not for his own exclusive and selfish benefit but for the good of the entire community or nation.” (emphasis supplied)

c. From the 1973 Constitution until before the 1987 Constitution:
Introducing the Social Function

c.1 Textual expansion of social justice provisions

The Philippines became independent from the United States on July 4, 1946. Nonetheless, the 1935 Constitution continued to be in force and effect until it was replaced by the 1973 Constitution. This later document saw an expansion of social justice provisions both in number and express scope. Article II entitled “Declaration of Principles and State Policies” provides that:

SECTION 6. The State shall promote social justice to ensure the dignity, welfare, and security of all the people. Towards this end, the State shall **regulate the acquisition, ownership, use, enjoyment, and disposition of private property, and equitably diffuse property ownership and profits**.

SECTION 7. The State shall **establish, maintain, and ensure adequate social services in the field of education, health, housing, employment, welfare, and social security** to guarantee the enjoyment by the people of a decent standard of living.

SECTION 9. The State shall **afford protection to labor**, promote full employment and equality in employment, ensure equal work opportunities regardless of sex, race, or creed, and regulate the relations between workers and employers. The State shall assure the rights of workers to self-organization, collective bargaining, security of tenure, and just and humane conditions of work. The State may provide for compulsory arbitration.

Article XIV entitled “The National Economy and Patrimony of the Nation” provides that:

⁹⁰ G.R. No. L-32049, 25 June 1984.

⁹¹ G.R. No. L-48685, 30 September 1987.

SECTION 12. The State shall formulate and implement an **agrarian reform program** aimed at emancipating the tenant from the bondage of the soil and achieving the goals enunciated in this Constitution.

SECTION 13. The Batasang Pambansa may authorize, upon payment of just compensation, the **expropriation of private lands to be subdivided into small lots and conveyed at cost to deserving citizens**. (emphasis supplied)

Thus, the State now had the express mandate to “regulate the acquisition, ownership, use, enjoyment, and disposition of private property, and equitably diffuse property ownership and profits,” to provide for social security, and “formulate and implement an agrarian reform program.” The Constitution also authorized the Batasang Pambansa (Philippine Congress) to expropriate “private lands to be subdivided into small lots and conveyed at cost to deserving citizens.” All of these were anathema to Lockean philosophy because they were analogous to taking from the rich and giving to the poor.

c.2 Introducing the Social Function

The 1935 and 1973 Constitutions do not mention the Social Function. Neither can it be found in the Court’s pre-1973 Constitution jurisprudence. But in *Alfanta v. Noe* (1973),⁹² the Court read it into the above-cited Section 6, Article II, to wit:

Thus, under the new Constitution, property ownership has been impressed with a social function. This implies that the owner has the obligation to use his property not only to benefit himself but society as well. Hence, it provides under section 6 of Article II thereof, that in the promotion of social justice, the State “shall regulate the acquisition, ownership, use, enjoyment, and disposition of private property, and equitable diffuse property ownership and profits.” The Constitution also ensures that the worker shall have a just and living wage which should assure for himself and his family an existence worthy of human dignity and give him opportunities for a better life.

Alfanta begs the following interrelated questions. First, how did the Court’s reading differ from the literal text of section 6, Article II?” Second, what is the relation between the section 6, Article II and social justice? Finally, does the Social Function Clause have a different philosophical basis from social justice? In other words, did the Court’s reading result in a change in the philosophy of private property in the Philippines?

To answer the first question, recall that the text of section 6, Article II only authorizes the State to “regulate the acquisition, ownership, use, enjoyment, and disposition of private property, and equitably diffuse property

⁹² G.R. No. L-32362, 19 September 1973.

ownership and profits.” It never said, as the Court interpreted it to say, that property owners have an “obligation to use his property not only to benefit himself but society as well.”

To answer the second question, the Court itself in *Alfanta* describes section 6, Article II as an implementation of social justice.

Answering the third question is a little bit more problematic because the Court never explained where it got the term “social function.” In *Ferrer v. Carganillo* (2010),⁹³ the most it said was that it was an ancient concept stretching out to the genesis of society itself: “The concept of social function of private property which today is presented as one of the possible justifications for agrarian and urban land reform **has its roots in the cosmogenic and philosophical concept which maintains that man must answer to the Creator for the use of the resources entrusted to him. It is an old concept and is ultimately related to the genesis of society itself.** Hence, the use, enjoyment, occupation or disposition of private property is not absolute. It is predicated on the social functions of property. It is restricted in a sense so as to bring about maximum benefits to all and not to a few chosen individuals.” (emphasis)

Given this ambiguity, we are now left to resolve this question through inference. One possible solution is that since the Philippines is a predominantly Catholic country, perhaps the obligation of property owners under the section 6, Article II is based on Catholic morality. To quote from the papal encyclical *Mater et Magistra*:⁹⁴

The Social Function of Property

119. Our predecessors have insisted time and again on the social function inherent in the right of private ownership, for it cannot be denied that in the plan of the Creator all of this world’s goods are primarily intended for the worthy support of the entire human race.

Hence, as Leo XIII so wisely taught in *Rerum Novarum*: “**whoever has received from the divine bounty a large share of temporal blessings**, whether they be external and corporeal, or gifts of the mind, **has received them for the purpose of using them for the perfecting of his own nature, and, at the same time, that he may employ them, as the steward of God’s Providence, for the benefit of others.** ‘He that hath a talent,’ says St. Gregory the Great, ‘let him see that he hide it not; he that hath abundance, let him quicken himself to mercy and generosity; he that

⁹³ G.R. 170956, 12 May 2010.

⁹⁴ Issued by Pope John XXIII on May 15, 1961; See *Rerum Novarum* issued by Pope Leo XIII on May 15, 1891; *Quadragesimo Anno* issued by Pope Pius XI on May 15, 1931 to commemorate the 40th anniversary of *Rerum Novarum*.

hath art and skill, let him do his best to share the use and the utility thereof with his neighbor’.”(emphasis supplied)

However, it is doubtful that the Court would imply, through an act of interpretation, that Catholic morality is the ideological basis of private property in the Philippines, because that might go against the Constitutional separation between Church and State, and its own consistent self-declared limitations to its powers, as seen in *Leus v. St. Scholastica’s College Westgrove*.⁹⁵

However, determining what the prevailing norms of conduct are considered disgraceful or immoral is not an easy task. An individual’s perception of what is moral or respectable is a confluence of a myriad of influences, such as religion, family, social status, and a cacophony of others. In this regard, the Court’s ratiocination in *Estrada v. Escritor* is instructive.

In *Estrada*, an administrative case against a court interpreter charged with disgraceful and immoral conduct, **the Court stressed that in determining whether a particular conduct can be considered as disgraceful and immoral, the distinction between public and secular morality on the one hand, and religious morality, on the other, should be kept in mind. That the distinction between public and secular morality and religious morality is important because the jurisdiction of the Court extends only to public and secular morality.**

Another possible solution to the third question is Leon Duguit’s functionalism. Duguit is a 20th century philosopher who proposed that private property should not be viewed as a right but as a social function. For him, since man has never been seen outside of society, there must be some mechanism at work which he calls the “laws of coordination” that leads all of us to society: “The cells which compose an organism are subjected to the law of that organism. Everyone recognizes this; and the law of that organism is the one which presides over its formation and development. In the same way, the individuals who compose a social group are subject to the law of this group, a law which presides over its formation and development. Both these laws are laws of coordination.”⁹⁶ He makes it “clear that the law to which man as a member of society is subjected is not a causal law.”⁹⁷

⁹⁵ G.R. No. 187226, January 28, 2015. Also *Estrada v. Escritor*, A.M. No. P-02-1651, August 4, 2003 and June 22, 2006; *Concerned Employee v. Mayor*, A.M. No. P-02-1564, November 23, 2004; *Anonymous v. Radam*, A.M. No. P-07-2333, December 19, 2007; *Imbong v. Ochoa*, G.R. No. 204819, April 8, 2014; *Capin-Cadiz v. Brent Hospital*, G.R. No. 187417, February 24, 2016; *Inocente v. St. Vincent Foundation*, G.R. No. 202621, June 22, 2016; *Tuvillo v. Laron*, A.M. No. MTJ-10-1755, October 18, 2016.

⁹⁶ Leon Duguit, *Objective Law*, Colum. L. Rev., Vol. XX, No. 8 (Dec., 1920), p. 827.

⁹⁷ Leon Duguit, *Objective Law*, Colum. L. Rev., Vol. XX, No. 8 (Dec., 1920), p. 823.

These laws supposedly create a social norm or obligation for individuals to act in ways that are consistent with interdependence because when that is disturbed, there is, by virtue of these laws, a spontaneous reaction within the social group against the individual to reestablish the equilibrium:

The object of the social norm is the regulation of individual activity, the determination of the acts which man is obliged to perform or not to perform. In speaking of obligation, it is understood, as I have already explained, that it is a question, not of an obligation modifying the substantial will of the individual, but of a **purely social obligation; that is, such that if it is not fulfilled, a certain instability is produced in the elements constituting the social group, and consequently a social reaction, that is, a spontaneous effort for the reestablishment of equilibrium.** In other words, the social norm forbids every action or abstention which can produce a social disorder, so that when such an agitation has been produced there is a tendency in society to reestablish order.⁹⁸ (emphasis supplied)

For Duguit, the obligation is not moral but merely social because it does not prescribe what an individual ought to do based on a superior principle but is merely descriptive of how the laws of coordination operate to compel individuals to act in certain ways to establish or reestablish group order. In other words, the individual “ought” to do something only in the sense that if he does not, he will be forced to do so. Thus:

The obligation which results is not properly speaking moral, but only social. If it is violated, there is no attack upon a superior principle of morality, but only upon the equilibrium of the social group; there is a certain disorder which results in a more or less energetic reaction against the violator of the norm.⁹⁹ (emphasis supplied)

From this, Duguit concludes that private property is not a moral right but a social function. It is just the natural outcome of the operation of the law of coordination and, as such, exists primarily for the purpose for benefitting society as a whole, even though it may have the secondary effect of benefitting the individual qua individual.

Given this, it is also doubtful that the Court was nodding its head to Duguit’s philosophy when it read the Social Function into section 6, Article II. Duguit’s philosophy is amoral. The Court is not. As it stated in *Leus*, “the jurisdiction of the Court extends only to public and secular morality.” The Court would also probably be mindful that in a very predominantly Catholic

⁹⁸ Leon Duguit, *Objective Law*, Colum. L. Rev., Vol. XX, No. 8 (Dec., 1920), p. 828.

⁹⁹ Leon Duguit, *Objective Law*, Colum. L. Rev., Vol. XX, No. 8 (Dec., 1920), p. 828.

country such as the Philippines, an amoral philosophy might not gain much acceptance with the people.

On the other hand, that property owners would have a moral obligation to society with respect their property is not inconsistent with Grotius' philosophy. For him, all things were originally held in a state of community. Thereafter, private property arose as a matter of convention for the purpose of furthering the interests of the members of that community. Due to this, it cannot be supposed that they would contract away the power to return to a state of community in case of absolute necessity for themselves or for the community. He says:

VI. 1. Let us now see whether Men may not have a Right to enjoy in common those Things that are already become the Properties of other Persons; which Question will at first seem strange, since the Establishment of Property seems to have extinguished all the Right that arose from the **State of Community**. But it is Property of Goods. **There is all the Reason in the World to suppose that they designed to deviate as little as possible from the Rules of natural Equity; and so it is with this Restriction, that the Rights of Proprietors have been established:** For if even written Laws ought to be thus explained, as far as possible; much more ought we to put that favourable Construction on Things introduced by a Custom not written, and whose Extent therefore is not determined by the Signification of Terms.

2. From whence it follows, first, that in a **Case of absolute Necessity, that antient Right of using Things, as if they still remained common, must revive, and be in full Force:** For in all Laws of human Institution, and consequently, in that of Property too, such Cases seem to be excepted.¹⁰⁰ (emphasis)

Because of these considerations, it is very reasonable to suppose that the philosophy of private property in the Philippines remains Grotian.

d. From the 1987 Constitution to the present

The Social Function was formally incorporated into the 1987 Constitution through Article XII entitled "National Economy and Patrimony," viz:

Section 6. **The use of property bears a social function,** and all economic agents shall contribute to the common good. Individuals and private groups, including corporations, cooperatives, and similar collective organizations, shall have the right to own, establish, and operate economic enterprises, subject to the **duty of the State to promote distributive justice**

¹⁰⁰ Hugo Grotius, *De Jure Ac Pacis*, Book II, Richard Tuck (ed.) from the edition by Jean Barbeyrac, Liberty Fund (2005), pp. 433-434, available at <https://oll.libertyfund.org/titles/grotius-the-rights-of-war-and-peace-2005-ed-vol-2-book-ii>.

and to intervene when the common good so demands. (emphasis supplied)

This Constitution also saw a massive expansion in social justice provisions. Article II entitled “Declaration of Principles and State Policies” stipulates that:

Section 9. The State shall **promote a just and dynamic social order** that will ensure the prosperity and independence of the nation and free the people from poverty through policies that **provide adequate social services**, promote full employment, a rising standard of living, and an improved quality of life for all.

Section 10. The State shall **promote social justice** in all phases of national development.

Section 21. The State shall promote comprehensive rural development and **agrarian reform**. (emphasis supplied)

Article XII entitled “National Economy and Patrimony” says:

Section 1. The goals of the national economy are a more **equitable distribution of opportunities, income, and wealth**; a sustained increase in the amount of goods and services produced by the nation for the benefit of the people; and an expanding productivity as the key to raising the quality of life for all, especially the underprivileged.

The State shall promote industrialization and full employment based on sound agricultural development and **agrarian reform**, through industries that make full of efficient use of human and natural resources, and which are competitive in both domestic and foreign markets. However, the State shall protect Filipino enterprises against unfair foreign competition and trade practices.

In the pursuit of these goals, all sectors of the economy and all regions of the country shall be given optimum opportunity to develop. Private enterprises, including corporations, cooperatives, and similar collective organizations, shall be encouraged to broaden the base of their ownership.

Section 6. **The use of property bears a social function**, and all economic agents shall contribute to the common good. Individuals and private groups, including corporations, cooperatives, and similar collective organizations, shall have the right to own, establish, and operate economic enterprises, subject to the **duty of the State to promote distributive justice and to intervene when the common good so demands.** (emphasis supplied)

Article XIII is entitled and devoted entirely to “Social Justice and Human Rights.” Its social justice stipulations include:

Section 1. The Congress shall give highest priority to the enactment of measures that protect and enhance the right of all the people to human dignity, reduce social, economic, and political inequalities, and remove

cultural inequities by **equitably diffusing wealth and political power for the common good.**

To this end, the State shall **regulate the acquisition, ownership, use, and disposition of property and its increments.**

Section 2. The **promotion of social justice** shall include the commitment to create economic opportunities based on freedom of initiative and self-reliance.

Section 3. The State shall afford full protection to labor, local and overseas, organized and unorganized, and promote full employment and **equality of employment opportunities for all.**

It shall guarantee the rights of all workers to self-organization, collective bargaining and negotiations, and peaceful concerted activities, including the right to strike in accordance with law. **They shall be entitled to security of tenure, humane conditions of work, and a living wage. They shall also participate in policy and decision-making processes affecting their rights and benefits** as may be provided by law.

The State shall promote the principle of shared responsibility between workers and employers and the preferential use of voluntary modes in settling disputes, including conciliation, and shall enforce their mutual compliance therewith to foster industrial peace.

The State shall **regulate the relations between workers and employers, recognizing the right of labor to its just share in the fruits of production** and the right of enterprises to reasonable returns to investments, and to expansion and growth.

Section 4. The State shall, by law, undertake an **agrarian reform program founded on the right of farmers and regular farmworkers who are landless, to own directly or collectively the lands they till or, in the case of other farmworkers, to receive a just share of the fruits thereof.** To this end, the State shall encourage and undertake the **just distribution of all agricultural lands**, subject to such priorities and reasonable retention limits as the Congress may prescribe, taking into account ecological, developmental, or equity considerations, and subject to the payment of just compensation. In determining retention limits, the State shall respect the right of small landowners. The State shall further provide incentives for voluntary land-sharing.

Section 5. The State shall recognize the **right of farmers, farmworkers,** and landowners, **as well as cooperatives,** and other independent farmers' organizations to participate in the planning, organization, and management of the program, and shall provide support to agriculture through appropriate technology and research, and adequate financial, production, marketing, and other support services.

Section 6. The State shall **apply the principles of agrarian reform or stewardship,** whenever applicable in accordance with law, in the disposition or utilization of other natural resources, including lands of the public domain under lease or concession suitable to agriculture, subject to prior rights, homestead rights of small settlers, and the rights of indigenous

communities to their ancestral lands. The State may resettle landless farmers and farmworkers in its own agricultural estates which shall be distributed to them in the manner provided by law.

Section 7. The State shall protect the rights of subsistence fishermen, especially of local communities, to the preferential use of the communal marine and fishing resources, both inland and offshore. It shall provide support to such fishermen through appropriate technology and research, adequate financial, production, and marketing assistance, and other services. The State shall also protect, develop, and conserve such resources. The protection shall extend to offshore fishing grounds of subsistence fishermen against foreign intrusion. **Fishworkers shall receive a just share from their labor in the utilization of marine and fishing resources.**

Section 8. The State shall provide incentives to landowners to invest the proceeds of the **agrarian reform program** to promote industrialization, employment creation, and privatization of public sector enterprises. Financial instruments used as payment for their lands shall be honored as equity in enterprises of their choice

Section 9. The State shall, by law, and for the common good, undertake, in cooperation with the private sector, a continuing program of **urban land reform and housing** which will make available at affordable cost, decent housing and basic services to under-privileged and homeless citizens in urban centers and resettlement areas. It shall also promote adequate employment opportunities to such citizens. In the implementation of such program the State shall respect the rights of small property owners.

Section 10. Urban or rural poor dwellers shall not be evicted nor their dwelling demolished, except in accordance with law and in a just and humane manner.

No resettlement of urban or rural dwellers shall be undertaken without adequate consultation with them and the communities where they are to be relocated.

Section 14. The State shall **protect working women** by providing safe and healthful working conditions, taking into account their maternal functions, and such facilities and opportunities that will enhance their welfare and enable them to realize their full potential in the service of the nation. (emphasis supplied)

Article XVIII entitled “Transitory Provisions” also provides that:

Section 22. At the earliest possible time, the Government shall **expropriate idle or abandoned agricultural lands as may be defined by law, for distribution to the beneficiaries of the agrarian reform program.** (emphasis supplied)

V. EPISTEMO-ONTOLOGY AND MORALITY: DOES TRUTH MATTER?

1. *Happiness and suffering are just opinions*

In the Introduction, we noted that epistemology, ontology and morality are like space-time because they are epistemo-ontolo-moral. You cannot assert something about one without explicitly or implicitly asserting something about the others. And to be wrong in one is to be wrong in all.

For instance, if you claim that the biblical ten (10) commandments are absolute moral truths because they were handed down from a creator God, you might also be supposing that, ontologically, there is a real world external where this God can be found and, epistemologically, that your senses are accurate as to the existence of that world.

As another example, you may be of the persuasion, like the Western linguistic determinists,¹⁰¹ structuralists¹⁰² and poststructuralists, that all morality is relative because reality is created by language. If so, ontologically, you

¹⁰¹ "In much of our social and political discourse, people simply assume that words determine thoughts. x x x And supposedly there is a scientific basis for these assumptions: the famous Sapir-Whorf hypothesis of linguistic determinism, stating that people's thoughts are determined by the categories made available by their language, and its weaker version, linguistic relativity, stating that differences among languages cause differences in the thoughts of their speakers. x x x But it is wrong, all wrong. The idea that thought is the same thing as language is an example of what can be called a conventional absurdity: a statement that goes against all common sense but that everyone believes because they dimly recall having heard it somewhere and because it is so pregnant with implications. . . Think about it. We have all had experience of uttering or writing a sentence, then stopping and realizing that it wasn't exactly what we meant to say. To have that feeling, there has to be a 'what we meant to say' that is different from what we said. Sometimes, it is not easy to find any worlds that properly convey a thought. When we hear or read, we usually remember the gist, not the exact words, so there has to be such a thing as a gist that is not the same as a bunch of words. And if thoughts depended on words, how could a new word ever be coined? How could a child learn a word to begin with? How could translation from one language to another be possible?" Steven Pinker, *The Language Instinct*, HarperCollins (1994), pp. 56-58.

¹⁰² Saussure, the father of linguistic structuralism, the progenitor of poststructuralism, says: "Psychologically our thought - apart from its expression in words - is only a shapeless and indistinct mass. Philosophers and linguists have always agreed in recognizing that without the help of signs we would be unable to make a clear-cut, consistent distinction between two ideas. Without language, thought is a vague, uncharted nebula. There are no pre-existing ideas, and nothing is distinct before the appearance of language." Ferdinand Saussure, *Course in General Linguistics*, ed. by Charles Bally and Albert Sechehaye in collaboration with Albert Riedlinger, trans. by Wade Baskin, McGraw-Hill, pp. 111-112.

might be assuming that a real external world exists and that the sensory data from this world is sieved through language before reaching your consciousness. Effectively, you are replacing Kant's Forms of the Sensibility with language. However, unlike the Forms which for Kant are uniform to everyone, there are many different languages. Consequently, there are many different realities and, therefore, no absolute morality. Epistemologically, you might be assuming once more that your sensory experiences of a real world are sufficient proof of that world.

If indeed epistemology, ontology and morality are inseparable like space-time, then what does the epistemo-ontology that we have outlined in Section B say about morality? How are they connected? How does the truth about truth (epistemology) and the truth about the nature of reality (ontology) relate to the project of eternal happiness (morality)?

To work this out, let us first recall the epistemo-ontological framework we built, then try to locate happiness and suffering within it:

TOOL	DOMAIN	TRUTH VALUE
Observation	Existence and non-existence (of objects and past and present regularities)	True or False
Deduction	Entailment and contradiction (includes causation and future regularities)	True or False
Induction	Convergences	Maybe True or False
Opinion	Others	Zero or False

Now whenever we cognize an impression of an object on our senses, we will also notice that that impression is accompanied by feelings of happiness or suffering. Suffering if we want to run away from that object, and happiness if not.

Some might claim that they have neutral or indifferent feelings towards an object. Nonetheless, that is still happiness because they are not running away from that object. In fact, if that object was replaced by something worse, they would be running back towards the former if they still could. Thus, you are never truly neutral to any object because you cannot help but cognize it relative to your feelings for other objects past or present.

Cognitions of impressions and feelings belong to the domain of observation because we are merely dealing with their existence or non-existence. But the feelings qua feelings belong to the domain of opinion. How so? Look back on your personal experience. You know that on some days, an impression of an object will give rise to happy feelings, while on other days, an

impression of the very same object will give rise to suffering. For instance, when you look at your spouse, sometimes you just want to love him or her to death, but there are times when you even wonder how you ever married this person. Furthermore, while you might feel that your spouse is the salt of the earth, others may consider him or her the devil incarnate.

This demonstrates that happiness and suffering are opinions because they are not always the same for everyone and are malleable. They can be changed. They are unlike those within the domain of observation, deduction or induction. For instance, even if you tell yourself a million times that the brick wall in front you does not exist, it is not going away, either for you or anyone else. Neither will “1 + 1 = 2” change whatever corner of the universe you go to. Nor will you win the lottery until you buy a ticket to initiate a continuum of regularities that will hopefully converge with other regularities that will result in your number being drawn.

2. *The object conditions of temporary happiness or suffering*

There are only four (4) object conditions for each of the eight (8) ways by which temporary happiness or suffering can arise, endure or cease. These are summarized through the table below:

	1	2	3	4
A	Get	Real object	Want	Happiness
B	Get	Real object	Do not want	Suffering
C	Not get	Real object	Want	Suffering
D	Not get	Real object	Do not want	Happiness
E	Lose	Real object	Want	Suffering
F	Lose	Real object	Do not want	Happiness
G	Not lose	Real object	Want	Happiness
H	Not lose	Real object	We do not want	Suffering

“Want” encompasses need, desire, craving and addiction. “Object” means either a particular thing or a general state of mind. “Real” means an object that appears to have a self.

The table illustrates that there are only four (4) ways each for happiness or suffering to arise or endure. For happiness, either we get what we want (Row A), not get what we do not want (Row D), lose what we do not want (Row F) and not lose what we want (Row G). Suffering would be covered by Rows B, C, E and H.

3. *The strategy of inferior persons*

The strategy of most beings to attain eternal happiness can be found in Rows A, D, F and G. For example, if you are the romantic type, you might be searching for your “soul mate” (Row A) and, having found that person, try to be a couple forever (Row G). However, these strategies are bound to fail because, as established by Nagarjuna, everything is empty. Thus, nothing in the phenomenal world is permanent except impermanence. Everything is in ceaseless flux or change, like a wave. On this, the Buddha said:

Outer adornments will eventually deteriorate,
 Inner body will likewise degenerate;
 Only the unsurpassed Dharma is indestructible,¹⁰³
 All intelligent persons should carefully consider,
 That age, sickness, and death are undesirable,
 And a deformed figure and appearance are disgusting.
 Youth and beauty remain just temporarily,
 Before long all will be decrepit.
 Even if the life span extends to one hundred years,
 Ultimately no one is exempted from the persecution of impermanence.
 The sufferings of age, death, and sickness always follow.
 Persistently they do harm to all living beings.¹⁰⁴

Hence, even if you get the object of your desire, you will eventually lose it, either because the object perishes (Column 2), or your preference changes (Column 3), or because it is taken away from you by your death or other circumstance (Column 1). It would not be so bad if there was nothing else after you die. But as established in Section B,¹⁰⁵ your life is a continuum that has no end. Ergo, even if you think that things are going great for you right now, there is one thing you should be sure of. That that will eventually end and you will most certainly suffer. And even if things are going badly, you never know if there is something even worse in store for you that will make your present suffering feel like a paradise. Accordingly, it is of the utmost urgency that we forever terminate this beginningless cycle of happiness and suffering at the soonest possible time.

¹⁰³ By this, the Buddha meant the Truth or the nature of reality.

¹⁰⁴ The Sutra of the Buddha’s Discourse on Impermanence, trans. into Chinese from Sanskrit by I Ching, trans. into English by Li Kuo Wei, http://www.drbachinese.org/vbs/1_100/vbs23/23_4.html.

¹⁰⁵ Subparagraph 5.

4. *The strategy of the wise*

There is only one way to accomplish this. We must have the correct view of the nature of reality and then actualize it by seeing non-duality, things as they truly are, the realm of reality. In short, you must become a Buddha yourself.

But why would that lead to eternal happiness or the utter cessation of suffering? Because in non-duality, you no longer perceive real objects (Column 2). If there are no real objects, then it becomes impossible for wanting or not wanting (Column 3), getting or not getting (Column 1), losing or not losing (Column 1), and happiness or suffering (Column 4) to arise because they are all co-conditions for each other. It is like waking up from a horrible dream where you were being chased by a monster. Once you wake up, you have no more fears. Why? Because you realize that the monster was never real in the first place. As the Buddhist philosopher Buddhapalita explains:

What is the nature of entities as they truly are? They are insubstantial. Those who are ignorant of this because their insight is obscured by the darkness of the root – ignorance, imagine that entities have their own self-existence; and at that time those persons develop attraction and aversion. **When the darkness of delusion is dispelled by the light of knowledge of dependent-arising, one observes with the eye of insight that the entities have no self-existence. Deprived of any support, there is no opportunity, and in that person attraction and aversion do not arise.**¹⁰⁶ (emphasis supplied)

How do you actualize the correct view? The Buddha gives an overview through the Fourth Noble Truth: “The way leading to cessation of suffering, as a noble truth, is this: It is simply the noble eightfold path, that is to say, *right view, right intention; right speech, right action, right livelihood; right effort, right mindfulness, right concentration.*”¹⁰⁷

“Right view” means correct theory, which includes correct epistemo-ontolo-morality. “Right intention”¹⁰⁸ means that our thoughts must always be

¹⁰⁶ Buddhapalita, *Indian Madhyamaka Buddhist Philosophy after Nagarjuna*, trans. and summarized by Richard H. Jones, Volume 1, Jackson Square Books (2011), p. 123.

¹⁰⁷ Dhammacakkappavattana Sutta,

Piyadassi Thera (trans.), available at <https://www.accesstoinsight.org/tipitaka/sn/sn56/sn56.011.piya.html>.

¹⁰⁸ “Right Thought denotes the thoughts of selfless renunciation or detachment, thoughts of love and thoughts of non-violence, which are extended to all beings. It is very interesting and important to note here that thoughts of selfless detachment, love and non-violence are grouped on the side of wisdom. This clearly shows that true wisdom is endowed with these noble qualities, and that all thoughts of selfish desire, ill-will, hatred and violence are the result of a lack of wisdom – in all spheres of life whether individual,

consistent with the right view. Since there is no self, we must always think selflessly or compassionately. “Right speech,” “right action,” and “right livelihood” mean that our behaviour must always be consistent with the right view. Thus, we must always act selflessly or compassionately with respect to others and ourselves. “Right mindfulness” means always being vigilant that our thoughts and actions are completely consistent with the right view. “Right effort” means that we are always cheerfully and energetically diligent in practicing the Buddha’s Eight-Fold Path. “Right concentration” means having mastery over the two (2) types of meditation: non-analytic or non-conceptual, and analytic. Tsongkhapa is emphatic about the importance of analytic meditation to the project of actualization. In such meditation, one combines discursive thought on the various arguments that establish selflessness with the powerful concentrations developed through non-analytic meditation.

What kind of meditation leads to liberation? As cited earlier, the very next [verse of the *King of Concentrations Sutra*] says:

If you analytically discern the lack of self in phenomena
 And if you cultivate that analysis in meditation
 This will cause the result, attainment of nirvana;
There is no peace through any other means.

The first line sets out the condition—if, after you have analytically discerned phenomena which are selfless, you develop the wisdom that understands the meaning of selflessness. The second line, “And if you cultivate that analysis in meditation,” refers to sustaining and cultivating in meditation the philosophical view of selflessness that you have gained. The third line, “This will cause the result, attainment of nirvana,” means that this is the cause of attaining the goal—nirvana, or liberation. Liberation is attained through cultivating that wisdom. Can you also attain liberation without that wisdom, by cultivating some other path? The fourth line of this passage says, **“There is no peace through any other means,” meaning that even were you to cultivate another path, you would not quell suffering and the afflictions without that wisdom.**

This scripture very clearly teaches that only the wisdom of selflessness severs the root of cyclic existence; Kamalasila quotes it in his second *Stages of Meditation* in order to discredit the assertions of the Chinese abbot Ha-shang.¹⁰⁹ Therefore, you must have certain knowledge of this. **For**

social, or political.” Walpola Rahula, *What the Buddha Taught*, Gordon Fraser Gallery, Ltd. (1959), p. 49.

¹⁰⁹ Ha-shang believed that one can achieve realization, actualization, enlightenment or nirvana through mere non-conceptual meditation. Tsongkhapa, *The Great Treatise on*

even non-Buddhist sages have many good qualities—such as concentration and the superknowledges—but, since they do not have the view of selflessness, they cannot escape cyclic existence at all.¹¹⁰ (emphasis supplied)

Unfortunately, we cannot go beyond the brief passages quoted above. The details of the Buddha's path are very profound and well, well beyond the scope of this work. Hopefully, the reader will only treat this article like a finger pointing to the moon.¹¹¹ We must all study hard and work harder if we are to save ourselves and others. There is no peace through any other means.

VI. CONCLUSION

The natural law of Grotius is the philosophy of private property in the Philippines and underlies the Social Function. However, it is a false philosophy because it is mistaken epistemologically, ontologically and morally. Epistemologically because it fails to identify to proper domain of causation. Ontologically because, as a consequence of this epistemological error, it posits the existence of an inherent nature for persons and things. Morally because, as a consequence of these epistemological and ontological errors, it will not lead anyone to attaining the very purpose of their existence – the complete, utter, final, and absolute liberation from suffering, which is none other than eternal happiness.

Accordingly, the Social Function, as currently constructed, is at most, only an expedient until Philippine society finds the correct path to true freedom.

BIBLIOGRAPHY

- VV.AA., *Internet Encyclopedia of Philosophy*, available at <https://www.iep.utm.edu/natlaw/>.
- VV.AA., *The Prajna Paramita Heart Sutra*, trans. from Sanskrit into Chinese by Hsuan Tsang, commentary by T'an Hsu, trans. into English by Lok To, K'un Li, Shih and Dr. Frank G. French (eds.), Buddha Dharma Association, Inc. (1995).

the Stages of the Path to Enlightenment, trans. by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Chapter 24, Volume 2, Snow Lion Publications (2000), p. 16.

¹¹⁰ Tsongkhapa, *The Great Treatise on the Stages of the Path to Enlightenment*, trans. by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Chapter 24, Volume 2, Snow Lion Publications (2000), pp. 113-224. Tsongkhapa, *The Great Treatise on the Stages of the Path to Enlightenment*, trans. by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Chapter 24, Volume 2, Snow Lion Publications (2000), p. 108.

¹¹¹ See note 45.

- VV.AA., *Shurangama Sutra*, available at <http://www.cttbusa.org/shurangama/shurangama7.asp>.
- Mortimer J. ADLER, *Ten Philosophical Mistakes*, Collier Books (1985).
- Marcelo DE ARAUJO, *Contractualism and the Concept of Private Property: An Institutional Interpretation*, *History of Philosophy Quarterly*, Vol. 26, No. 4 (October 2009), p. 360.
- Adam BECKER, "Einstein's Unfinished Revolution". *Looks at the Quantum Physics and Reality Problem*, available at <https://www.npr.org/2019/04/19/714600205/einsteins-unfinished-revolution-looks-at-the-quantum-physics-and-reality-problem>.
- Jeremy BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, par. 6, available at <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/bentham/morals.pdf>.
- Bret BOYCE, *Property as a Natural Right and as a conventional Right in Constitutional Law*, 29 *Loy. L.A. Int'l. & Comp. L. Rev.* 201 (2007), pp. 250, 259, available at <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol29/iss2/2>.
- BUDDHAPALITA, *Indian Madhyamaka Buddhist Philosophy After Nagarjuna*, trans. and summarized by Richard H. Jones, Volume 1, Jackson Square Books (2011).
- Charles S. DESMOND, *Natural Law and the American Constitution*, *Ford. L. Rev.*, Vol. 22, Issue 3 (1953).
- Leon DUGUIT, *Objective Law*, *Colum. L. Rev.*, Vol. XX, No. 8 (Dec. 1920).
- Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Tercera Edición, Civitas Ediciones, S.L., (2001).
- Edmund GETTIER, *Is justified true belief knowledge?*, *Analysis* (1963).
- Hugo GROTIUS, *De jure ac pacis*, Book 1, Richard Tuck (ed.) from the edition by Jean Barbeyrac, Liberty Fund (2005), available at <https://oll.libertyfund.org/titles/grotius-the-rights-of-war-and-peace-2005-ed-vol-1-book-i>.
- Nan HUAI-CHIN, *Basic Buddhism: Exploring Buddhism and Zen*, Samuel Weiser, Inc. (1997).
- David HUME, *An Enquiry concerning human understanding*, section 8, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hume1748.pdf>.
- John LOCKE, *Second Treatise of Government*, Chapter 9, available at <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>.
- Bryan MAGEE, *Confessions of a Philosopher*, Chapter 9, Weidenfeld and Nicolson (1997).
- MAITREYA, *Distinguishing phenomena from their intrinsic nature*, translated by the Dharmachakra Translation Committee, Snow Lion (2013).
- NAGARJUNA, *Fundamental Verses on the middle way*, trans. by Stephen Batchelor, available at <https://www.stephenbatchelor.org/index.php/en/verses-from-the-center>.
- Karl POPPER, *Conjectures and refutations: The growth of scientific knowledge*, Routledge (1963).
- Walpola RAHULA, *What the Buddha Taught*, Gordon Fraser Gallery, Ltd. (1959).
- Rob RIEMEN, *To fight against this age: On fascism and humanism*, W.W. Norton and Company (2018).

- SHANTIDEVA, *Guide to the Bodhisattva's Way of Life*, trans. by Neil Elliott under the guidance of Geshe Kelsang Gyatso, Tharpa Publications (2002).
- Tom SIEGFRIED, *Quantum spookiness survives its toughest test*, Sciencenews.org, Parts 1 and 2, available at <https://www.sciencenews.org/blog/context/quantum-spookiness-survives-its-toughest-tests>.
- Elliott SOBER, *Core questions in Philosophy*, Prentice-Hall (1995).
- Philip SOPER, *Some natural confusions about Natural Law*, *Mich. L. Rev.*, Vol. 90, No. 8 (Aug 1992).
- TSONGKHAPA, *The great Treatise on the stages of the path to enlightenment*, trans. by the Lamrim Chenmo Translation Committee, Chapter 24, Volume 2, Snow Lion Publications (2000).
- Jamie L. VERNON, *Understanding the butterfly effect*, americanscientist.org, available at <https://www.americanscientist.org/article/understanding-the-butterfly-effect>.
- Tim WOGAN, *Do atoms going through a double slit "know" when they are being observed?*, Physicsworld.com, available at <https://physicsworld.com/a/do-atoms-going-through-a-double-slit-know-if-they-are-being-observed/>.

Dedication

This work and all its merits are dedicated to the benefit of all sentient beings. May they all attain their supreme aspiration in life.

INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AND NEW SOVEREIGNTY: SOME PENDING CHALLENGES

Derecho medioambiental internacional y la nueva soberanía: Algunos retos pendientes

Dr. Xabier Ezeizabarrena¹

Lecturer of Environmental Law

University of Deusto

University of the Basque Country

x.ezeizabarrena@deusto.es

<http://ezeizabarrena.wordpress.com>

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp155-162](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp155-162)

Recibido: 17.10.2019

Aceptado: 20.12.2019

Abstract

This brief paper tries to underline my international general experience on Environmental law, in particular from the point of view of concerned individuals. There is a real need for international alternative settlement of environmental conflicts in despite of the international principle of sovereignty which is failing in order to protect natural resources during the last decades. However, States and their subdivisions are reluctant to submit themselves to the new principles of co-sovereignty, especially in the relationship with individuals. Although one may safely state that the

¹ X. Ezeizabarrena (Phd Law, University of the Basque Country) is a lawyer from the Bar of San Sebastian. He is a the Director of the Master's Program on Environmental Law of the Faculty of Law of the University of the Basque Country serving as Professor of its Department of Constitutional and Administrative Law and at the University of Deusto. He was a Visiting Fellow at Oxford (2003), Edinburgh (2009) and Rio Grande do Norte (2013) Universities.

international law of the environment is on the road to strengthening the role of non-state actors, there is still a long way to go before access of these actors to international adjudication will be fully recognised. Therefore, there is real need worldwide for an open debate and proposal on an international forum for making available the need for international resolution of environmental disputes. The pending international challenges on Climate Change, inter alia, would find here another reason to push forward in terms of international solidarity and new sovereignty on environmental matters.

Keywords

Environmental Law; sovereignty; International Law; climate change.

Resumen

Este breve documento intenta subrayar mi experiencia general internacional en derecho ambiental, en particular desde el punto de vista de las personas interesadas. Existe una necesidad real de una solución alternativa internacional de conflictos ambientales a pesar del principio internacional de soberanía que está fallando para proteger los recursos naturales durante las últimas décadas. Sin embargo, los Estados y sus subdivisiones son reacios a someterse a los nuevos principios de co-soberanía, especialmente en la relación con los individuos. Aunque se puede afirmar con seguridad que el derecho internacional del medio ambiente está en camino de fortalecer el papel de los actores no estatales, todavía queda un largo camino por recorrer antes de que el acceso de estos actores a la adjudicación internacional sea completamente reconocido. Por lo tanto, existe una necesidad real en todo el mundo de un debate abierto y una propuesta en un foro internacional para poner a disposición la necesidad de una resolución internacional de disputas ambientales. Los desafíos internacionales pendientes sobre el cambio climático, entre otras cosas, encontrarían aquí otra razón para avanzar en términos de solidaridad internacional y nueva soberanía sobre asuntos ambientales.

Palabras clave

Derecho medioambiental; soberanía; Derecho internacional; cambio climático.

SUMARIO: I. ENVIRONMENTAL RIGHTS WITHIN THE RULE OF LAW. II. BRIEF NOTE ON THE GENERAL JURISDICTIONAL PROTECTION OF ENVIRONMENTAL RIGHTS. III. SOME PENDING CHALLENGES FOR THE PATH FORWARD. BIBLIOGRAPHY.

I. ENVIRONMENTAL RIGHTS WITHIN THE RULE OF LAW

During the second half of the 20th century we have seen the development, either under international or domestic laws, of certain ethical and political parameters and rules called Human Rights which are nowadays the core issue of any Rule of Law system. The role of the European Union system is as well remarkable in this sense either from the point of view of the EU Treaties or at the EU Charter of Fundamental Rights. The development of Human Rights law is demonstrated by the establishment, for instance, of the European Court of Human Rights² (ECHR) and the provision, in many constitutions, of systems for an effective judicial protection of these rights.

The purpose of environmental rights law is to reach certain common legal grounds to achieve a similar international framework of law for the protection of the environment and fostering sustainable development. Legal practice, however, demonstrates otherwise in most of the cases including the very risky process of Climate Change. Subject to a few exceptions, national courts do not assume the existence of the required customary or principles of international environmental law necessary for individuals, non-governmental organizations (NGOs) and municipalities to derive claims from eventual violation in various and very complex issues related to the environment³.

² The European Court of Human Rights was established by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, <http://www.echr.coe.int>

³ According to the UN studies, natives and the indigenous peoples are the worst hit of globalization. As a result, according to the UN, today 20% Northern minority of humankind has: 82% of world gross national product, 81% of world trade, 94% of all commercial lending, 80% of all domestic investment, 80% of all domestic savings, 94% of all research and development. <https://sustainabledevelopment.un.org/intergovernmental/csd>

II. BRIEF NOTE ON THE GENERAL JURISDICTIONAL PROTECTION OF ENVIRONMENTAL RIGHTS⁴

The current failure of judicial protection of environmental rights by means of national courts is not compensated through the availability of international judicial review with the general exception of the so called first generation of Human Rights⁵. There are various international dispute settlement mechanisms which address environmental issues in specific contexts, such as the International Tribunal for the Law of the Sea, the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the European Court of Human Rights, even though the 1950 Rome Convention on Human Rights does not include any specific reference to environmental rights. Since the 1994 *López Ostra v. Spain* Judgment at the ECHR there is an open possibility to link environmental rights with certain other Human Rights included along the rights protected at the 1950 Rome Convention, once domestic remedies exhausted.

In addition, there is an environmental chamber of the International Court of Justice (ICJ), though it has not often been accessed by governments for a variety of reasons. Furthermore, decisions of the World Trade Organization's (WTO) dispute settlement bodies may also affect environmental matters. The Permanent Court of Arbitration (PCA) is also actively working in this field during the last years. So to say for the case of the International Court of Environmental Arbitration and Conciliation, founded by international authors like R. Martín Mateo, D. Loperena, R. Ojeda, E. Rehbindler and A. Kiss, *inter alia*, and particularly active dealing with different environmental cases within the period 1995-2011.

Meanwhile, one of the main tasks of institutionalised arbitration and conciliation of environmental disputes is to protect the rights of peoples to an adequate environment and, in particular, considering the deep crisis of the principle of sovereignty⁶, by granting individuals and non-governmental organisations access to real and effective justice remedies. Arbitration could

⁴ Romano, C. P. R. "The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle", *Journal of International Law and Politics* Vol. 31, n° 4, New York University, 1999.

⁵ See Loperena, D. "Desarrollo sostenible y globalización", Thomson-Aranzadi, 2003, and also his work on "El derecho al medio ambiente adecuado", Civitas, 1998.

⁶ In particular, if we consider that natural resources need to be assumed as public domain goods of every human being: "Res commune omnium". At the same time, there are still many data bounding into the other direction linking natural resources with national sovereignty. See "Mining in Mexico: the sovereign take", *The Economist*, 2-11-2013, page. 44. Regarding marine energy, see, *inter alia*, Leary, D., and Esteban, M. Climate change and renewable energy from the ocean and tides: Calming the sea of regulatory uncertainty. *The International Journal of Marine and Coastal Law* 24, 2009, 617–651.

also develop a substantive right to a healthy environment based on existing international Human Rights, principles previously mentioned, as well as statutory law applicable under the relevant conflicts rules.

This would comprise prevention, restitution and compensation of environmental harm. The current situation clearly shows that individuals and NGOs are not adequately protected in international environmental disputes nowadays. Their role must be strengthened in order to achieve effective environmental protection and sustainable development⁷.

This brief paper argues that there is a need for international enforcement of environmental law, arbitration and conciliation on environmental international matters regardless of the classic principle of sovereignty which seems to be useless in order to protect natural resources. In fact, the action of international courts dealing with environmental issues does not mean that every single petition reaches the final procedural phase misleading, in many cases, the real protection of environmental rights.

Therefore, new concepts of sovereignty within a general proposal of international environmental justice should be fostered at the international arena⁸ and, in particular, from the powerful economies, companies and banks which may need to analyse the direct linkages between economy and ecology⁹.

⁷ That is a particular concern, for instance, on sustainable fisheries. In the 1990s fishing reached the point of diminishing returns. Many fish stocks have fallen to levels from which they can no longer recover without reductions in the catches or a moratorium on fishing. There are simply too many boats catching too many fish. The first surge in number of fishing vessels occurred during the industrial revolution. This situation tapered off during the two World Wars, but boomed again in the 1950s through the 1970s. The world's fishing fleet doubled between 1970 and 1990. More than 100 million people in developing countries are dependent on fisheries. For them fishing is a way of life, not just a source of income.

Traditionally, small-scale or artisanal fishers have provided fish for local consumption; but as fish becomes scarce and its value increases, it enters the global market and becomes unaffordable for common people. Developed nations, which have overfished their closer waters, have headed into the waters close to developing countries. The EU has around 40% more vessels than necessary to catch fish on a sustainable basis. I still have in my recent memories the trouble of driftnets along Biscay bay during the last decades. See Ezeizabarrena, X. "Problems and legal rules regarding fishing with driftnets, with particular reference to EC Law", en *Ocean Yearbook* 15, Chicago University Press-Dalhousie Law School, 2001.

⁸ Ezeizabarrena, X. "Rio+20 (1992-2012): el reto del desarrollo sostenible", Universidad de Deusto, Cuadernos Deusto de derechos humanos, 70, Bilbao, 2013.

⁹ In fact, both words share the common relevant root "eco".

III. SOME PENDING CHALLENGES FOR THE PATH FORWARD

The experience of the enforcement International Environmental Law in general shows that, from the point of view of individuals, there is a growing need for an international alternative dispute settlement mechanism to deal with environmental conflicts. However, given their relationship with individuals and NGOs, States and their subdivisions are reluctant to submit themselves to such adjudication. Although one may safely state that the International Law of the environment is on the road to strengthening the role of non-state actors, there is still a long way to go before the access of these actors to international adjudication is properly granted. There is a clear space to offer an open study and debate on the necessity of an international forum for the international resolution of environmental disputes. In my view, this tool should be constituted and funded by the EU, some powerful but concerned governments worldwide, international companies and financial institutions.

In terms of real protection of Human Rights the aforementioned proposal would become a clear example of an open field within the enforcement of Law for sustainable development. Once again in this context, International Law needs to start assuming a shifting process within the concept of sovereignty. Thereby, the system could take advantage of this sort of thoughts and common grounds whenever the involved parties may assume the voluntary jurisdiction of a real international universal jurisdiction on environmental issues, in particular towards the fight against climate change¹⁰.

This challenge is nowadays a key element for the development and real enforcement of the whole principles and rules of sustainable development, for the direct protection of individuals or collective rights. Therefore, we have a pending challenge within Rio+20 context and the future to come. From the old Europe we must offer to the future generations something more than GDP and fresh money to buy things. I do sincerely hope that this historical anniversary of Elcano's world circumnavigation (1419-2019) could become an inspiring part of this step forward. Why not a tiny piece of European environmental international solidarity?¹¹

We are facing a very slow process that requires a deep shift in International Law and the concept of sovereignty. We have to tackle both the Global economic, ecology crisis and Climate Change through new concepts and the

¹⁰ Vid. "The Climate Issue", National Geographic Magazine, November 2015; "How to fix it? A blueprint for a Carbon-free America", in National Geographic Magazine, The Climate Issue, November 2015.

¹¹ Vid. also "Planet or Plastic?", National Geographic Magazine, June 2018.

¹¹ See Rifkin, J. "El sueño europeo: cómo la visión europea del futuro está eclipsando al sueño americano", Paidós, Barcelona, 2004.

real development of a common and shared sovereignty towards environmental protection. It is an all inclusive approach from an ethical viewpoint. The life of the planet, the dependent health of the whole humanity should not be sacrificed by the greed of a few. In fact, it is a worldwide open challenge for domestic and international lawyers worldwide.

BIBLIOGRAPHY

- AA.VV. “Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente”, Instituto Vasco de Administración Pública, 1999.
- “Cases and Materials on International and Comparative Environmental Law”, Ed. Laguna & International Court of Environmental Arbitration and Conciliation, Mexico, 2000.
- “Environmental conflict resolution”, edited by Napier C., Cameron May, International Law & Policy, London, 1998.
- “Earth Summit 2002. A new deal”, edited by F. DODDS, Earthscan, London, 2002.
- DUPUY, P. M. “The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice”, *Journal of International Law and Politics* Vol. 31, nº 4, New York University, 1999.
- EZEIZABARRENA, X. “Problems and legal rules regarding fishing with driftnets, with particular reference to EC Law”, en *Ocean Yearbook* 15, Chicago University Press-Dalhousie Law School, 2001.
- “Un problema endémico en el Derecho Ambiental: el tránsito del Derecho Internacional a su aplicación como Derecho interno”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Gipuzkoa* nº 12, Julio 2002.
- “Algunas consideraciones jurídicas sobre el asunto “Prestige”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Diciembre 2003.
- “Responsabilidad civil ambiental y energía nuclear”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* nº 20, 2011-2.
- “Río+20 (1992-2012): El reto del Desarrollo Sostenible”, *Cuadernos de Derechos Humanos* nº 70, Universidad de Deusto, 2013.
- KINGSBURY, B. “Is the proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic problem?”, *Journal of International Law and Politics* Vol. 31, nº 4, New York University, 1999.
- KISS, A. “The Rights and Interest of Future Generations and the Precautionary Principle.” *Ob. Col.* dirigida por D. FREESTONE y E. HEY: *The Precautionary Principle and International Law*. Kluwer. La Haya, 1996.
- LOPERENA ROTA, D. “Balance de la Conferencia de Río sobre medio ambiente y desarrollo”, *RVAP*, nº 35, 1993.
- “El derecho al medio ambiente adecuado”, *CIVITAS*, Madrid, 1996.
- “Los principios del Derecho Ambiental”, *CIVITAS*, Madrid, 1998.
- “La perplejidad del iusambientalista”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, 2000.

- “Globalización y desarrollo sostenible”, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- MARTÍN MATEO, R. “El hombre, una especie en peligro”, Campomanes libros, 1993.
- “La revolución ambiental pendiente”, Universidad de Alicante, 1999.
- REHBINDER, E. “Environmental agreements. A new instrument of environmental policy”, European University Institute, Jean Monnet Chair Paper, 1997.
- “Precaution and sustainability: two sides of the same coin”, en “A Law for the Environment”, Kiss & Burhenne ed., 1994.
- REST, A. “An International Court for the Environment: The role of the Permanent Court of Arbitration”, Asia Pacific Journal of Environmental Law, nº 4, 1999.
- ROMANO, C. P. R. “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, Journal of International Law and Politics Vol. 31, nº 4, New York University, 1999.

TRACING EVOLUTION OF THE PHILIPPINE
CONCEPT OF EXTRA-CONTRACTUAL
RESPONSIBILITY IN THE CONTEXT OF STATE
IMMUNITY FROM SUIT: IS A NEW APPROACH
NECESSARY?

*Seguimiento de la evolución del concepto filipino de
responsabilidad extracontractual en el contexto de la
inmunidad estatal contra la demanda: ¿es necesario un
nuevo enfoque?*

Dan Kevin Mandocdoc Castro¹
Assistant Professor
ADMU's School of Law (Philippines)

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp163-200](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp163-200)

Recibido: 05.11.2019
Aceptado: 20.12.2019

Abstract

The Philippines and Spain, at one point in history, shared the same civil code. In the realm of extra-contractual responsibility (torts in common law, quasi-delicts in Philippine law) in relation to public services, however, the two legal systems currently have a vastly different approach. On the one hand, the Philippines adheres to the common law concept of state immunity from suit — making it almost impossible for individuals to sue the government or its agencies in cases where the act or

¹ '20, Ph.D (cand.), University of Malaga (UMA); '20, LL.M (cand.), Ateneo de Manila University (ADMU); '13, J.D., ADMU (with honors). The Author is currently a doctoral student at UMA under the Erasmus K107 Program. He is also an assistant professor of ADMU's School of Law.

omission that caused the damage is intertwined in the government's exercise of governmental functions. Spain, on the other hand, applies strict or objective liability with respect to the Public Administration's rendering of public services. This makes negligence immaterial on the question of whether an individual may claim against the government for damages related to public services.

In this paper, the author traces the continental law origins and evolution of the Philippine concept of quasi-delict (the term used in the Philippines to refer to torts or extra-contractual obligations), subjects these legal regimes to different legal philosophies, and uses the lens of economic analysis of law in order to determine whether the Philippines needs to reconsider the doctrine of state immunity in the context of extra-contractual responsibility for damages relating to public services.

Keywords

continental law; common law; tort or extra-contractual responsibility; state immunity; public services.

Resumen

Filipinas y España, en un momento de la historia, compartieron el mismo código civil. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (agravios en el derecho consuetudinario, cuasi-delitos en el derecho filipino) en relación con los servicios públicos, los dos sistemas jurídicos tienen actualmente un enfoque muy diferente. Por un lado, Filipinas se adhiere al concepto del derecho consuetudinario de inmunidad estatal contra demandas, lo que hace que sea casi imposible para las personas demandar al gobierno o sus agencias en los casos en que el acto u omisión que causó el daño se entrelaza en el ejercicio del gobierno de funciones gubernamentales. España, por otro lado, aplica una responsabilidad estricta u objetiva con respecto a la prestación de servicios públicos por parte de la Administración Pública. Esto hace que la negligencia sea irrelevante en la cuestión de si un individuo puede reclamar contra el gobierno por daños relacionados con los servicios públicos.

En este artículo, el autor rastrea los orígenes y la evolución de la ley continental del concepto filipino de cuasi-delito (el término utilizado en Filipinas para referirse a los agravios u obligaciones extracontractuales), somete estos regímenes legales a diferentes filosofías legales y usos. la lente del análisis económico de la ley para determinar si Filipinas necesita reconsiderar la doctrina de la inmunidad estatal en el contexto de la responsabilidad extracontractual por daños relacionados con los servicios públicos.

Palabras clave

Derecho continental; common law; responsabilidad extracontractual; inmunidad estatal; servicios públicos.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. HISTORICAL PERSPECTIVE. 1. *Ancient Lineage: Roman Law*. 2. *The Twelve Tables*. 3. *Lex Aquilia*. 4. *Corpus Iuris Civilis*. II. STATE RESPONSIBILITY IN ROMAN LAW. III. DEVELOPMENT IN THE MIDDLE AGES. IV. DEVELOPMENTS IN THE MODERN PERIOD. V. THE SPANISH CIVIL CODE OF 1889. VI. GENERAL PROVISION FOR EXTRACONTRACTUAL RESPONSIBILITY. VII. VICARIOUS LIABILITY. VIII. SPANISH CIVIL CODE IN THE PHILIPPINES. IX. CONCEPT OF STATE IMMUNITY FROM SUIT IN THE PHILIPPINES. X. DEVELOPMENTS IN SPAIN AFTER SEVERANCE OF TIES. XI. STATE IMMUNITY XII. STRICT LIABILITY. 1. *Utilitarianism*. 2. *Libertarianism*. 3. *Kantian ethics*. 4. *Justice as fairness*. 5. *Analysis*. XIII. ECONOMIC ANALYSIS TOWARDS A FEASIBLE RECOMMENDATION. XIV. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCTION

The municipality cannot be held liable for the torts committed by its regular employee, who was then engaged in the discharge of governmental functions. Hence, the death of the passenger — tragic and deplorable though it may be imposed on the municipality no duty to pay monetary compensation.

*Municipality of San Fernando, La Union v. Firme*²

The conclusion reached by the Philippine Supreme Court in the case above, which involved the death of a passenger of a public utility vehicle that collided with a dump truck of a municipality that was on its way to obtain sand and gravel for the repair of streets, may seem unusual to the eyes of a contemporary Spanish legal scholar. The legal regime in the Philippines that makes the government immune from suits arising from its discharge of government functions, in fact, may even appear unjust.³ After all, no less than the Spanish Constitution provides that “[p]rivate individuals shall, under the terms established by law, be entitled to compensation for any loss that they may suffer to their property or rights, except in cases of force majeure, whenever such loss is the result of the operation of public services.”⁴

While the ruling in *Municipality of San Fernando* has been modified by the enactment of the Local Government Code, which vests municipal corporations the power to sue and be sued,⁵ the concept of state immunity still

² G.R. No. 52179, April 8, 1991.

³ Article XIV, Section 3 of the Philippine Constitution provides: “The State may not be sued without its consent.”

⁴ Spanish Constitution, art. 106.2

⁵ Republic Act No. 7160, Local Government Code, Sec. 22 (1991).

exists in the Philippines. For one, the general rule of state immunity applies to the national government. Secondly, Philippine courts distinguish between consent to sue and consent to be liable – “where the suability of the state is conceded and by which liability is ascertained judicially, the state is at liberty to determine for itself whether to satisfy the judgment or not. ... Thus, where consent to be sued is given by general or special law, the implication thereof is limited only to the resultant verdict on the action before execution of the judgment.”⁶

The divergence in the legal regimes for the liability of the government for a quasi-delict (the term used in the Philippine Civil Code to refer to the Spanish concept of extra-contractual liability or torts by negligence) is amusing considering that the Philippines and Spain, at one point in their histories, shared a Civil Code. The disparity between the two legal regimes is further highlighted by the fact that the potential extra-contractual responsibility of the Spanish government is assessed on a strict or objective liability basis. On the other hand, Philippine laws provide only limited instances (mostly inherited from Spain as well) where the strict liability may apply — these instances include animal possession, objects being thrown, death of an employee, vehicle accidents, and product liability.

On the surface, this difference in the two legal systems can be attributed to the history. More than a century ago, the Philippines’s link to Spain’s civil law tradition was severed and common law doctrines — including the American concept of State immunity from suit (a product of the maxim that the King can do no wrong) — became embedded in the former’s legal system. In addition to this, however, one cannot deny the reality that Spain’s economy is significantly more developed than the national economy of the Philippines. Finally, the Philippines, unlike Spain, is not a welfare state.

This article explores the reason behind the difference in the approach of Spain and the Philippines in the matter of extra-contractual responsibility vis-à-vis the doctrine of State immunity from suit. Primarily, it will trace the continental law origins and evolution of the Philippine concept of quasi-delicts and determine how vastly common law has affected the said concept, particularly with respect to those related to public services. Together with this, the evolution of the concept of legal personality will also be touched upon. The administration or State, after all, is an entity that has a legal personality distinct from the natural persons who discharge public services. Thereafter, the status quo in the Philippines — that is, the applicability of state immunity from suit in cases involving the government’s discharge of public functions — will be analyzed using different legal philosophies.

⁶ Municipality of Hagonoy, Bulacan v. Dumdum, Jr., G.R. No. 168289, March 22, 2010.

Finally, the result of this analysis will be further examined using an economic lens with the aim of formulating a realistic recommendation.

II. HISTORICAL PERSPECTIVE

As mentioned above, the Philippines and Spain once shared a Civil Code until the late 19th Century. As a preliminary approach in determining the reason behind the difference in the two jurisdictions' approach on quasi-delicts relating to public services, this portion of the article will trace the history of extra-contractual responsibility and determine at what point in history did the concept of governmental responsibility become different in the two countries.

1. *Ancient Lineage: Roman Law*

Any attempt to trace the evolution of the Philippine concept of quasi-delict must begin with its ancient origins — Roman Law. Similar to the Spanish concept of extra-contractual liability,⁷ the Philippine concept of quasi-delicts has its roots on Roman Law. In *Barredo v. Garcia*,⁸ the Philippine Supreme Court noted that the Philippine concept of quasi-delict “is of ancient lineage, one of its early ancestors being the *Lex Aquilia* in the Roman Law.” The *Lex Aquilia* has been described as “a statute quite comprehensive in scope, repealing provisions of many earlier laws and rendering obsolete some portions of the Twelve Tables regarding liability for damage to another’s property.”⁹

⁷ For one author, “there is little dispute about the main outlines of the history of the core of delictual liability from Roman law to the continental European law codes of the 18th and 19th centuries.” D. Ibbetson, *How the Romans Did for Us: Ancient Roots of the Tort of Negligence*, 26 UNSW L.J. 475, 477 (2003). Another author also notes that “Roman law is the foundation of the European systems of law, at least west of the Cistula, and of their offshoots outside Europe, ... and those parts of the continental codes which have been adopted by countries like Japan.” J. Bray, *A Plea for Roman Law*, 9 Adelaide L. Rev. 50, 53 (1983).

⁸ G.R. No. 48006, July 8, 1942.

⁹ R. Balane, *Jottings and Jurisprudence in Civil Law (Obligations and Contracts)* 13, fn. 7 (2018 ed.) [hereinafter R. Balane, *Obligations and Contracts*]. It has been noted that “[i]n the area of private law, legislation was rare in the republic after the enactment of the Twelve Tables (the main exception to this being the *lex Aquilia* ...).” P. Stein, *Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law*, 70 Chicago-Kent L. Rev. 1539, 1540 (1995).

2. *The Twelve Tables*

The enactment of the Twelve Tables happened during the Republican Period¹⁰ when “the Romans codified centuries-old legal customs and traditions into a formal written expression[.]”¹¹

There is nothing in the Twelve Tables that would govern the liability of the State for damage caused by its act or omission to a third-party. In fact, the Twelve Tables also did not define nor provide general principles on what amounts to quasi-delicts. Instead, the provisions merely enumerated certain wrongs and provided the applicable penalty.¹² In the realm of torts or delicts, the Twelve Tables provided “retaliation in kind (*talio* in Latin — or the ‘eye for an eye’ philosophy typical of most ancient legal codes), or an option of monetary compensation for damage caused.”¹³ It was silent, however, as to how the matter should be handled if the entity that caused the harm was the State or a person acting on behalf of the State.

3. *Lex Aquilia*

The *Lex Aquilia* is believed to have been passed sometime in 286 B.C.¹⁴ Like the Twelve Tables, *Lex Aquilia* did not introduce a general principle in relation to liability — much less how to handle cases involving the State or its agent as the entity causing the damage. Ibbetson notes that “the modern consensus is probably that the *lex* was not concerned with the creation of

¹⁰ M. Monahan, *The Problem of “The Judge Who Makes the Case His Own”: Notions of Judicial Immunity and Judicial Liability in Ancient Rome*, 49 *Catholic Univ. L. Rev.* 429, 441 (2000).

¹¹ M. Monahan, *supra* note 10, at 441.

¹² Some of the wrongs enumerated in Table VIII (Torts or Delicts) include (1) the composition of a song that insults another person, which merits clubbing to death of the composer; (2) breaking of another person’s limb, which justifies retaliation unless the other agrees to pay compensation; (3) breaking or bruising of bone with a hand club, which imposes the payment of penalty of 150 or 300 copper coins depending if the victim is a freeman or a slave; (4) pasturing on or for cutting secretly by night another’s crops acquired by tillage, which results to hanging and death by sacrifice to Ceres if the offender is an adult; and (5) burning of a building or a stack of corn set alongside a house, which has the penalty of being bound, scourged, burned to death if done intentionally. P. R. Coleman-Norton (trans.), *The Twelve Tables*, available at https://www.ksassessments.org/sites/default/files/HGSS_Preview_Texts/Grade_6/The%20Twelve%20Tables%20of%20Roman%20Law.pdf (last accessed Apr. 23, 2019).

¹³ J C Zietsman, *Medical Negligence in Ancient Legal Codes*, 52 *Akroterion* 87, 87 (2007) (citing R.O.L. III: Tabula 8:2-4; Warmington 1967:476-77).

¹⁴ R. Balane, *Obligations and Contracts*, *supra* note 7, at 13, fn 3. See also J C ZIETSMAN, *supra* note 13, at 87 (citing Dannenbring 1968: 213-14). He dates *Lex Aquilia* to 287 BC.

legal liability where none had existed before, but rather with the alteration of the criteria by which damages for certain specific forms of wrongs were assessed.”¹⁵ If at all, *Lex Aquilia* reveals that “while the ancient Romans ‘were under no general obligation’ to ensure that others did not experience material loss, they were required ‘to act with care’ in circumstances where their actions risked causing such loss to another.”¹⁶

Although copies of the original *Lex Aquilia* have not been found, quotations by later lawyers enabled researchers to understand its relevant portions, particularly chapters one and three.¹⁷ Particularly, “they were quoted by Gaius in his commentary on the *edictum provincial* (first chapter) and by Ulpian in his commentary on the Edict (third chapter), and these quotations have been incorporated into the *Corpus Juris Civilis*.”¹⁸

The first chapter of *Lex Aquilia* provided “punishment for the killing of another’s slaves and animals that were of importance for an agricultural community — animals that were collectively referred to by the *Lex* as ‘four-footed beasts of the class of cattle’, that is, not quadrupeds as such but those

¹⁵ See, e.g., A.M. Honoré, ‘Linguistic and Social Context of the *Lex Aquilia*’ (1972) 7 *Irish Jurist* (New Series) 138, 147; B. Winiger, *La Responsabilité Aquilienne Romaine: Damnum Iniuria Datum* (1997) 35.

¹⁶ Z. Sarkady, *The Lex Aquilia and the Standards of Care*, in *Acta Universitatis Szegediensis : acta juridica et politica : publicationes doctorandorum juridicorum* 205 (2003).

¹⁷ D. Ibbetson, *supra* note 5, at 481. As to the second chapter of *Lex Aquilia*, only the paraphrase of Gaius is available. It provides: “*Capite secundo <adversus> adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, anti actio contuitur.*” R. Westbrook, *The Coherence of the Lex Aquilia*, in *Revue Internationale des droits de l’ antiquité* 437, 442 (1995). One author interprets this as giving “a right of action against an *adstipulator* who has given *acceptilatio* in fraud of his *stipulator* for the value of the subject-matter.” D. Nasmith, *Outline of Roman History from Romulus to Justinian* 324 (2006). This second chapter, however, became obsolete in Justinian’s time. G. Campbell, *A Compendium of Roman Law* 133 (1878).

Modern scholars in Roman Law have grappled in deciphering the organization of the *Lex Aquilia* — with some believing that the order of the three chapters resulted from a historical accident. R. Westbrook, *supra* note 19, at 438. Another opines that *Lex Aquilia*’s structure is based on two things: (1) logic — “Three examples are given of different circumstances which give rise to a different point in time for assessment of damages: prior to the wrong, at the same time as the wrong, and subsequent to the wrong”; and (2) its academic character — it was “the culmination of a two-fold process of transformation. ... [I]t acquired the status of normative legislation, through insertion into a known legislative form and by juristic interpretation within that conceptual framework.” R. Westbrook, *supra* note 19, at 450 & 471.

¹⁸ R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* 953 (1996) (citing Gai. D. 9, 2, 2 pr & Ulp. D. 9, 2, 27, 5).

grazing animals that forage in groups.”¹⁹ The penalty imposed upon the defendant was payment of “an amount equal to the highest value that the object had had during the year before it was killed.”²⁰ On the other hand, unlike the first chapter that dealt precisely with forcible killing or *occiderit*,²¹ “[t]he third chapter was phrased in more general terms and covered all cases of loss caused to another by burning, breaking or destroying property (*usserit, frangerit, ruperit*).”²² For these instances, the penalty slapped on the defendant is the payment of the compensation based on the value of the object “probably within the last thirty days before the damage took place”²³ — *in diebus triginta proximis*.

The imposition of penalties based on the value of the damaged object is an improvement from the fixed schedule provided by the Twelve Tables. In *Lex Aquilia*, the amount to be paid is based on the loss suffered by the owner,²⁴ and not merely as a penalty for a wrongdoing. Thus, in effect, *Lex Aquila* also served as a compensatory mechanism for damage inflicted by one to another.²⁵ This improvement could have happened because the punitive vengeance regime under the Twelve Tables had already been considered to be “harsh and inflexible antique rules in cosmopolitan Rome.”²⁶

Eventually, *Lex Aquilia* became the sole governing law on the subject matter. Despite this, however, silence still remained as to whether the State could be held responsible for quasi-delicts inflicted on private third-parties.

4. *Corpus Iuris Civilis*

In 527 A.D., Justinian became Emperor in Constantinople.²⁷ Sometime a year after, “Justinian issued instructions for the compilation of a new code,

¹⁹ J.C. Zietsman, *supra* note 13, at 87.

²⁰ J.C. Zietsman, *supra* note 13, at 88 (citing Gaius 3.210; Digest 9.2.2 pr.).

²¹ D. Ibbetson, *supra* note 5, at 482.

²² J.C. Zietsman, *supra* note 13, at 88.

²³ J.C. Zietsman, *supra* note 13, at 88. Citing Van Warmelo, he also notes that while the first chapter clearly qualified the compensation to the highest value by using the word “*plurimi*”, the third chapter did not do so. Nevertheless, “both Gaius and Justinian refer to an interpretation by the first century AD jurist Sabinus who held that the law should be interpreted as if it had been inserted, ‘the legislator having thought it sufficient to have used the word in the first chapter.

²⁴ D. Nasmith, *supra* note 19, at 324.

²⁵ F. De Zulueta, *The Institutes of Gaius. Part II: Commentary* (1967).

²⁶ Z. Sarkady, *The Lex Aquilia and the Standards of Care*, in *Acta Universitatis Szegediensis : acta juridica et politica : publicationes doctorandorum iuridicorum* 205 (2003).

²⁷ P. Birks & G. McLeod (trans.), *Justinian’s Institutes* 8 (1987).

which ... should embrace the imperial constitutions down to the date of its promulgation.”²⁸ The ultimate result of this compilation was a three volume collection of Roman Law “called the *Corpus Iuris Civilis*, literally the ‘Body of the Civil Law’”²⁹ — comprised of four works: the *Institutes*, the *Digest*, the *Codex*, and the *Novels*.³⁰ Of these four works, the Digest is relevant in understanding the origins of quasi-delicts.

Ad Legem Aquiliam is the subject matter discussed in Book 9 of the Digest.³¹ Book 9 of the Digest also maintained the first and third chapters of *Lex Aquilia*. In particular, Digest 9.2.2. contains what is believed to be Gaius’s direct quotation of the first chapter of *Lex Aquilia*, which provides: “[*Si quis*] *servamve alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.*”³² On the other hand, Digest 9.2.27.5 appears to be Ulpian’s

²⁸ T. Sandars, *The Institutes of Justinian; with English Introduction, Translation, and Notes* 23 (2nd ed. 1859).

²⁹ P. Birks & G. McLeod, *supra* note 35, at 8. The use of the word civil in this literal translation should be read as a synonym for “Roman.”

³⁰ These four works can be generally described as follows:

1. Digest: Also referred as the Pandects, it “is the largest of the works. It preserves the writings of the classical jurists.” Birks & McLeod, *supra* note 35, at 9. It is comprehensive in character, being divided into 50 books. Sandars, *supra* note 36, at 24. “There are thirty-nine jurists from whose writings the Digest contains literal extracts, those from Ulpian and Paul constituting about one-half of the whole work.” *Id.* Ultimately, “Justinian ... commanded that this Digest have the force of law. Any texts not contained in the Digest could not be offered in argument in court.” D. Bogen, *Ignoring History: The Liability of Ships’ Masters, Innkeepers and Stablekeepers Under Roman Law*, 36 *Am. J. Leg. Hist.* 326, 329 (1992).

2. Institutes: Due to the vastness of the Digest, and because it “also required for its comprehension too great a previous knowledge of law to admit its being made the opening of a course of legal study”, Justinian determined that the composition of an elementary work was necessary. One can consider the Institutes as “a book for beginners, only one twentieth the size of the Digest.” Birks & McLeod, *supra* note 35, at 12.

3. Novels: The Novels were, in fact, not originally planned as part of the Justinian’s plan to compile the law. In essence, included in the Novels “are the new pronouncements of the Emperor, those which he made after the work of his commissions was complete.” Birks & McLeod, *supra* note 35, at 9.

4. Codex: “Before computers and before printing, the *codex*, the book with a spine and pages, was the first great revolution in information storage and retrieval.” Birks & McLeod, *supra* note 35, at 9.

³¹ J.C. Zietsman, *supra* note 13, at 87.

³² R. Westbrook, *supra* note 19, at 441-42. It translates to: “If anyone shall have unlawfully killed a male or female slave belonging to another or a four-footed animal, whatever may be the highest value of that in that year, so much money is he to be condemned to give to the owner.” D. Ibbetson, *supra* note 5, at 481.

direct quotation of the third chapter — “[*Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos*] si quis alteri damnum faxit quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.”³³

III. STATE RESPONSIBILITY IN ROMAN LAW

As noted above, the responsibility of State for quasi-contracts has not been established in the Twelve Tables, in *Lex Aquila*, and in *Corpus Iuris Civilis*. The question now is whether State responsibility for quasi-delicts, or at least its basis can be found in other aspects of Roman Law.

Edwin M. Borchard, in his series of articles published in the Yale Law Journal in the early 20th Century, finds that one can easily justify that there was no concept of State responsibility for quasi-delicts in Roman Law considering that it provided “but imperfect prototypes for the modern conceptions of the State, of sovereignty, of officers exercising State power, or of private individuals possessing privileges and immunities which the State may not constitutionally impair.”³⁴ He also notes in the same work that “[t] here is some authority for the view, strongly disputed, that the *populus Romanus*, the nearest earlier Roman conception to the State, could hardly be subject to the rules of private law, for it would thus be bound by its own laws.”³⁵

He further states that Roman Law generally limited subjects of legal relations to natural persons and not to corporations — the reason which for centuries was the basis for the non-responsibility of corporations in torts or quasi-delicts. In this regard, Henry O. Taylor observes that Gaius’s discussions on persons, which the Digest of Justinian followed, did not give any indication about the notion of corporation. He adds that while corporations

³³ R. Westbrook, *supra* note 19, at 442. It translates to “If anyone may cause loss to another, insofar as he shall have burnt, smashed or maimed unlawfully, whatever may be the value of that matter in the thirty days next ... so much money.” D. Ibbetson, *supra* note 5, at 481. In Westbrook’s article, he omits the opening clause (*i.e.*, “*ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos*”) and reasons that “[t]he phrase *praeter himine et pecudem occisos* has long been regarded as suspect, not least because it is ungrammatical. Lenel rejected *ceterarum rerum* on the grounds that ‘other things’ could not refer back to [the second chapter of *Lex Aquilia*], since it concerned a debt, not a thing. Honoré, however, regards these words as genuine, referring not to things other than slaves and animals but to “matters other than those comprised under the first two chapters of the statute”.

³⁴ E. Borchard, *Governmental Responsibility in Tort*, VI, 36 Yale L.J. 1, 3 (1926)

³⁵ E. Borchard, *supra* note 50, at 5 (citing I Mommsen, *Romisches Staatsrecht* (Leipzig 1876) 162 & 227, and as cited by Loening, *Die Haftung Des Staates Aus Rechtswidrigen Handlungen Seine Beamten* 12 (1879).

may be treated as persons for limited instances, “in no place in the Pandects are corporations said to be persons[.]”³⁶ In addition, there is literature stating that “[f]or Roman jurists, ‘persons’ essentially meant human beings, but there were instances in the Empire where non-human entities were recognized as acquiring rights and duties. In some respects, these entities were treated as legal persons, although they were not described as such.”³⁷ In Roman Law, a person is “an individual, a human being capable of possessing and exercising legal rights. It is one who has legal capacity to acquire and possess property; who may sue and be sued, and in other ways may exercise legal privileges. When a *universitas*, a corporation, was recognized as having rights as collected whole, a unit, apart and separate from the individual members that composed it, it surely, for legal purposes had a sort of personality, or, at least must have been treated as a sort of person.”³⁸ The idea “[t]hat a corporation is an artificial person, a juristic person, a legal person, a legal fiction, or that it is intangible, or invisible, are the products of philosophic reflection. Such views were not expressed by the Roman lawyers.”³⁹

Jose Manuel de Torres Perea also takes the same view. He states that ancient Rome did not have sufficient capacity for abstraction to elaborate a concept comparable to that of legal entity — much less viewing the State as a subject of rights and obligations. Citing Joan Miquel Gonzales, de Torres Perea notes that the *populus romanus* never came to be considered as a true abstract body against the citizen; the State was not assimilated to a private individual. If at all, there was merely a relative personification of an organization in the public sphere in the form of municipalities and colonies, and in the private sphere in the form of *universitates personarum* that were given some form of economic independence. While the concept of a corporation has been considered in the course of evolution of Roman Law (for example, the *collegia* distinguished between the *universitas* and its members and the debts of these two were separated), there was no recognition that an organization had a distinct legal personality from its members.⁴⁰

³⁶ H. O. Taylor, *The Notion of a Corporation in the Roman Law*, in 1 A Treatise on the Law of Private Corporations (4th ed. 1898). He nevertheless notes in the same work that “[t]he right of a corporation to make by-laws for the regulation of its affairs appears to be as old as the Twelve Tables; and, not unlikely, the right to sue and be sued is equally ancient.”

³⁷ P. du Plessis, Borkowski’s Textbook on Roman Law 87 (2015 5th ed.).

³⁸ W. Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law* 276 (2004).

³⁹ Burdick, *supra* note 54, at 276.

⁴⁰ J.M. de Torres Perea, *Alcance de la Personalidad Jurídica de la Sociedad Civil Externa* 13-14 (2003) (citing J. Miquel Gonzales, *Curso de Derecho Romano* 87 & 89 (1987)).

As for the extra-contractual responsibility of the organization for its agent's willful wrong or excess in authority, Borchard observes that Roman Law generally renders the agent solely liable for the same, except the portion in which the corporation was justly enriched. Further, for torts done in relation to official functions, only the officer at fault was personally liable and this liability did not extend to the corporation. For Borchard, at most, this principle of fault (1) served as a guidance for the distinction between liability for unlawful and lawful acts in the context of State responsibility and (2) aided in making the private law principles applicable in solving problems relating to governmental responsibility.

Given these, it can be concluded that Roman Law did not have a clear rule as to whether the State can be held accountable for quasi-delicts suffered by private third-parties. To begin with, Roman Law was not evolved enough to grant a complete legal personality to all corporate bodies as far as Romans lacked the necessary capacity of legal abstraction to do so. Therefore, the Roman state was not deemed to have legal personality. Indeed, "[t]here is reason to doubt ... if a contemporary interpretation of Roman [L]aw would have justified the conclusion that even in legal theory the head of the state was exempt from legal responsibility[.]"⁴¹

IV. DEVELOPMENT IN THE MIDDLE AGES

Upon the decline of the Roman Empire, the popularity of Roman Law also decreased. Studies relating to it only re-emerged in the late 11th Century with the work of the glossators. Given that the glossators were scholars who focused on interpreting, and not on enacting, Roman Law, their work did not overhaul the concepts discussed above.

One important development happened during the Middle Ages with respect to the concept of legal personality. Otto von Gierke, a famous German scholar, ascribes the origin of the fiction giving a corporation a separate juridical personality to the writings of Sinibaldus Fieschi, an Italian jurist who later became Pope Innocent IV in the year 1243.⁴² Pope Innocent IV, in his commentary on the five decretal books of Pope Gregory IX, provided two passages that would make some scholars consider him the father of corporate fiction.⁴³ Maximilian Koesler summarizes these two passages as follows. First, when a *collegium* (a type of an ecclesiastical corporation) was needed to deliver an oath, it was possible to execute the same through an oath by a

⁴¹ Watkins, *The State as a Party Litigant* 1 (1927).

⁴² M. Koessler, *The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation*, 9 La. L. Rev 435, 437 (1949).

⁴³ M. Koessler, *supra* note 59, at 437.

representative of the *collegium* instead of using several oaths executed by the members of the ecclesiastical group. Pope Innocent IV explained that this was possible because the *collegium* figured as a person for corporate matters. Second, a *universitas* (considered to be the closest Roman Law Term to today's corporation) could not be excommunicated — Pope Innocent IV reasoned that excommunication was not possible because a *universitas* is a legal term rather than a name of a person. While Pope Innocent IV's writings only focused on ecclesiastical groups, scholars believe that "we may be sure that what applied to religious organizations applied *a fortiori* to civil."⁴⁴ These contributions of Pope Innocent IV led Gierke to consider him as "the father of the dogma of the purely fictitious and intellectual character of juridical persons which still rules."⁴⁵

As for quasi-delicts, general principles relating to it started to emerge in Spain in the 13th Century.⁴⁶ While maintaining the texts in *Lex Aquilia* as the primary basis,⁴⁷ general principles were already being made in the *Siete Partidas*⁴⁸ — a seven-book collection, with each book bearing a letter of Spain's King Alfonso. The first *Partida* provided the laws of God while the remaining six provided the laws of man.⁴⁹ Each *Partida* contains several titles, and under each title are several provisions of laws.

The link of the *Siete Partidas* to Roman Law cannot be undermined. It has been considered as a milestone that served as one of the best tools to recover Roman Law in Europe in the Middle Ages — a law whose influence

⁴⁴ J. Dewey, *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, 35 Yale L.J. 655, 665 (1926).

⁴⁵ J. Dewey, *supra* note 61, at 655 fn. 13 (citing Gierke, 3 Das deutsches Genossenschaftsrecht, 279-285).

⁴⁶ It goes without saying that the Spanish legal tradition did not only commence with the *Siete Partidas*. A summary of the development of the Spanish legal system up to the enactment of the Philippine Civil Code has already been written by Prof. Ruben F. Balane. See Balane, Spanish Antecedents, *supra* note 59.

⁴⁷ See Balane, Spanish Antecedents, *supra* note 59. Prof. Balane notes that "[t]he *Partidas* are, to a certain extent, influenced by the local laws and customs of Castile, but the preponderant influence upon them comes from canon law and the Roman law of Justinian. In fact, the style and structure are in conscious imitation of the Pandects and numerous sections contain literal translations of portions of Justinian's codes, with liberal infusions from the works of the Italian glossators."

⁴⁸ D. Ibbetson, *supra* note 5, at 484. The Philippine Supreme Court observes that "[t]he exact date when the preparation of the *Siete Partidas* was commenced and completed is not expressly stated by any of the authors. It is certain, however, that El Rey Don Alfonso El Sabio, ordered their preparation in the early part of the thirteenth century (1251) and that they were probably completed in the early part of the fourteenth century (perhaps 1330). Sy Joc Lieng v. Encarnacion, G.R. No. 4718, March 19, 1910.

⁴⁹ M. Nichols, *Las Siete Partidas*, 20 Calif. L. Rev. 260, 262 (1932).

significantly decreased and has almost disappeared. Andres Bello, a Venezuelan-Chilean philosopher, even considers the *Siete Partidas* as a copy of the Roman Pandects.⁵⁰ It has also been described as “the most perfect system of Spanish laws, and may be advantageously compared with any code published in the most enlightened ages of the world.”⁵¹

With respect to quasi-delicts, the applicable portion of the *Siete Partidas* are the laws in Partida 7, Title XV. Some of these laws provided in general strokes guiding principles for what eventually be the Philippine concept of quasi-delict. Even the Philippine Supreme Court has recognized the role of the *Siete Partidas* in the development of the Philippine concept of quasi-delicts. In *Barredo v. Garcia*,⁵² the Philippine Supreme Court noted that the *Siete Partidas* “contributed to the genealogy of the present fault or negligence under the Civil Code, for instance, Law 6, Title 15, of Partida 7, says: ‘*Tenudo es de fazer emienda, porque, como quier que el non fizo a sabiendas el daño al otro, pero acaescio por su culpa.*’”⁵³|||

In terms of the responsibility of State,⁵⁴ the *Siete Partidas* started to provide exemption from liability for damage caused in the exercise of official functions. For instance, Law 2, Title XV, Partida VII provided that when some judge has rightfully given judgment against another, if in enforcing it, the judge or people under his command cause harm to the guilty party or his assets, they would not be liable for it. Nevertheless, if the judge harmed or caused harm to another person tortuously, he will be liable. It also provided that judges, those who have power to complete justice, and the ones in charge of the royal contributions who should take beasts or cattle because of their charge must not keep the animals stacked in such a way that they cannot eat or drink. If any of them would do otherwise, he must pay compensation to the owner of the cattle for the damages or lost resulted from this encirclement.

What can be noted is that while Law 2, Title XV, Partida VII exempted the judge or those in charge of royal contributions from liability in the absence of torts, the responsibility arising from damages resulting from

⁵⁰ I. Jaksic, *Selected Writings of Andres Bello* (F. M. Lopez-Morillas, trans.) (1997).

⁵¹ L. M. Lislet & H. Carleton (trans.), *The Laws of Las Siete Partidas, Which are Still in Force in the State of Louisiana* vii (1820).

⁵² G.R. No. 48006, July 8, 1942.

⁵³ G.R. No. 48006, July 8, 1942. The portion of the *Siete Partidas* cited by the Philippine Supreme Court translates to: “[he] will be liable to compensate, because while he did not intentionally caused the damage, it happened because of his fault.”

⁵⁴ See also J. F. O’Callaghan, *Alfonso X, The Justinian of his Age* 156 (2019). He notes that “[i]n addition to natural persons or human beings, the law recognized juristic persons, that is, institutions or corporations that enabled a group of individuals to act as one person. The *pesonero* who occupied ‘the place of the person of another, whether an individual or a corporation, reflected that idea (SP3, 5, 1).”

abuse of power falls solely within the person of the official involved and does not extend to the State. This is not surprising inasmuch as the prevailing school of thought that time was that fault was personal and, generally, could not be attributed to a corporation.⁵⁵ Borchard notes that the idea of not extending to the corporation the personal liability of a corporate officer who acted outside the range of his functions was an idea underlying the legal development in several continental Europe countries during this time.

V. DEVELOPMENTS IN THE MODERN PERIOD

In the realm of corporate personality, de Torres Perea notes that great advance happened during this period due to the formation of large groups of capital contributors to finance large companies.⁵⁶ He explains that the development related to the creation in Great Britain and the Netherlands of large companies that obtained the privilege of limiting liability, making the risk to subscribers acceptable. While there was initial hesitation to extend separate personalities to these large companies, the attribution of separate juridical personalities eventually happened — starting from the personification of the corporations, continuing with the foundations, and leading to the associations and societies themselves.

This development resulted in doctrinal advances on the subject matter. De Torres Perea notes that for Hugo Grotius, for instance, corporations had their own personality recognized and protected by natural law, which could not be left to the discretion of the authority. He advances that in the view of Grotius, the *universitas* has been endowed with a certain permanent *spiritus* and it maintained its real personality despite changes in the composition of its members. Thus, a city could be considered as a moral person.

In continental Europe, the concept of legal entity happened first in Germany through the efforts of its pandectists given that the French Civil Code did not have the concept of a moral person⁵⁷ — a name that Friedrich Carl von Savigny considered as misleading and suggested to be replaced by the term juristic person.⁵⁸ While Pope Innocent IV still viewed the term “person” as referring to natural individuals, Savigny viewed it as referring to one of two things: either a human individual or, in a larger sense, any rights and duties bearing unit that could encompass any other kind of juridical entity.⁵⁹ Maximilian Koessler, in summarizing Savigny’s work, states that in case

⁵⁵ E. Borchard, *supra* note 50, at 11.

⁵⁶ J.M. de Torres Perea, *supra* note 56, at 16-17.

⁵⁷ J.M. de Torres Perea, *supra* note 56, at 17.

⁵⁸ 2 F. C. Savigny, *System des Heutigen Roemischen Rechts* 240, 241 (1840).

⁵⁹ M. Koessler, *supra* note 59, at 442 (citing Plucknett, *Words* (1928) 14 *Corn. L.Q.* 263, 266; Neckam, *The Personality Conception of the Legal Entity* (1938) 49).

positive law develops to allow the capacity of a separate entity that is not human, an artificial creation of a juristic person — a rights and duties bearing unit — would take place.⁶⁰

De Torres Perea continues the development of the concept of corporate personality as follows in this paragraph. In the realm of codification, he *Bürgerliches Gesetzbuch* or the German Civil Code was initially interpreted as not granting separate legal personality to a civic society — a notion that was based on the reason that only capitalist companies had independent and separate assets. This idea, however, was eventually widened to include other forms or corporations. In France on the other hand, the concept started first with the concept of moral person: the idea that both corporations and other mercantile entities covered by the Commercial Code were moral persons. Later on, the French Civil Code voluntarily ignored this concept. Civil societies would also be included in the category of corporations and mercantile entities under the justification that it was necessary to understand the preference granted to the creditors of the company to collect from the social assets ahead of the creditors of the partners.⁶¹

VI. THE SPANISH CIVIL CODE OF 1889

In Spain, the Constitution of Cadiz of 1812 recognized the need for the country to have a unified civil code.⁶² Nevertheless, it took more than eight decades before Spain, in the form of the *Codigo Civil de España* (Spanish Civil Code), had its own civil code. It took effect on 24 July 1889.

The enactment of the Spanish Civil Code was not an easy feat. In the span of eight decades, several civil code projects were drafted. The projects include (a) the incomplete first civil code project of 1821; (b) the civil code project by Pablo Gorosábel in 1823; (c) the civil code project of Manuel Cambronero that was completed by Tapia, Vizmanos, and Ayuso in 1836; (d) Project of the Spanish Civil Code of 1851 (the “1851 Civil Code Project”); and (e) the Anteproyecto del Codigo Civil Español (the “1882-88 Preliminary Bill”).⁶³

⁶⁰ M. Koessler, *supra* note 59, at 443 (citing 2 F. C. Savigny, *supra* note 76, at 2 & 236).

⁶¹ J.M. de Torres Perea, *supra* note 56, at 18-19.

⁶² Various developments happened in the Spanish legal system in between the *Siete Partidas* and the enactment of the Spanish Civil Code. Inasmuch as work on these development has already been written and considering that these developments do not have significant effect on quasi-delicts, these are no longer examined in this article. .

⁶³ A. Parise, *The Place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: The Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851*, 68 Louisiana Law Review 823 (2008) & I M. Bernaldo de Quiros, *El Anteproyecto del Codigo Civil Español (1882-1888)* 726 (new ed. 1965).

The 1851 Civil Code Project was mainly written by Florencio García Goyena in a serious attempt to publish a Civil Code for the whole Spanish Kingdom. Unfortunately, this project could not be adopted by the Spanish Parliament, due to the strong opposition from the Catholic Church (the proposal tried to establish a civil marriage) and from some historical Spanish territories that did not want to lose their respective civil laws. However, this project, that was called the “Codigo Isabelino” in honor of Queen Isabel II, inspired the lawmakers of different Latin American countries, especially the Civil Code of Mexico, and the own legislators of Spain, when drafting the Spanish Civil Code of 1889.

In terms of the responsibility of State for damages caused to private third-parties, the Constitution of Cadiz of 1812 granted immunity in favor of the King. Chapter IV, Article 168 provided that the King’s person was sacred and inviolable and he could not be held responsible for anything.

VII. GENERAL PROVISION FOR EXTRA-CONTRACTUAL RESPONSIBILITY

Article 1902 of the Spanish Civil Code provides: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*”⁶⁴ Prof. Rodríguez de las Heras Ballell explains that the regime of civil liability on Article 1902 of the Civil Code has four elements: (1) harming conduct (whether an act or an omission), (2) bases of liability or criteria to allocate liability (risk or negligence), (3) injury to a right deserving of protection, and (4) causation.⁶⁵ For Manresa, “The obligation imposed by said article comprises the two items or the two terms that are present in every indemnity, in accordance with Article 1106 of said Code, that is, the amount of the loss which may have been suffered, and that of the profit which a person may have failed to realize.”⁶⁶

The 1882-88 Preliminary Bill indicates that Article 1902 (marked in the 1882-88 Preliminary Bill as Article 13, Chapter II, Title XVI) was based on Article 1900 of the earlier 1851 Civil Code Project.⁶⁷ Both provide the same

⁶⁴ “The person who, as a result of an action or omission, causes damage to another by his fault or negligence shall be obliged to repair the damaged caused.” Ministerio de Justicia, Spanish Civil Code, available at <http://derechocivil-ugr.es/attachments/article/45/spanish-civil-code.pdf> (last accessed on 15 October 2018).

⁶⁵ T.R. Heras Ballell, Introduction to Spanish Private Law: Facing the Social and Economic Challenges 273 (2010 ed.).

⁶⁶ E. Garcia, *Torts under the Spanish Law*, 2 Phil. L.J. 27, 41 (1915) (citing XII Manresa at 12 & Rakes case).

⁶⁷ I.M. Peña, *supra* note 62, at 726. See F. Garcia Goyena, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Codigo Civil España 968* (1974).

thing: anyone who causes damage to a third person through an act involving fault or negligence is obliged to repair the damage caused.

Ultimately, this provision is based on the universal maxim: *alterum non laedere*.⁶⁸ The fault should harm no one but its author. For Garcia Goyena, while Article 1900 of the 1851 Civil Code Project does not elevate the act or omission to the level of a crime or to one punished by the Penal Code, it obliges one to repair the damage that he cause to another. He also opines that it is a recognition that the scale of fault or negligence can be vast and no matter how thorough the specific provisions of laws are crafted, these cannot anticipate each possibility of fault or negligence -- thus, each case must be decided on the basis of the particular circumstances of the facts and the persons involved.

VIII. VICARIOUS LIABILITY

Liability for the acts of another (*responsabilidad por hecho ajerno*) is commonly referred to as indirect liability in civil law jurisdictions or vicarious liability for those under common law. Citing Francisco Jordano Fraga, Prof. Rodríguez de las Heras Ballell explains that it “entails dissociating between the person causing damages and the person subject to compensation for damages aiming at ensuring fair reparation to the victim.”⁶⁹ The governing provision for this type of liability is Article 1903 of the Spanish Civil Code.

As to the diligence of a good father of a family mentioned in the last paragraph of Article 1903, the concepts of *culpa in vigilando*, *culpa in eligendo*, and *culpa in educando* must be taken into account. Article 1903 of the Spanish Civil Code is based on Article 1384 of the French Civil Code. In the preparatory works for the text of Article 1384 of the French Civil Code, its drafters stated that one of the foundations or bases of the reasons for the responsibility arising from this provision is the presumption that there had been guilt in monitoring (*culpa in vigilando*) or in choosing (*culpa in eligendo*) — that is, negligence in the control of the behavior of children or dependents, or in the election of the latter.⁷⁰

⁶⁸ *Id.* “*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*” (“The maxims of law are these: to live honestly, to hurt no one, to give every one his due.”) Sandars, *supra* note 36, at 78.

⁶⁹ Rodríguez de las Heras Ballell, *supra* note 14, at 288.

⁷⁰ R. de Angel Yaguez, *Lecciones Sobre Responsabilidad Civil* 58 (1978). The other reason given for the liability arising from this article is social order — the convenience of assuring the victims that they will be compensated for the damages suffered considering that the presumed insolvency of the tortfeasors (children, apprentices, employees or servants).

With respect to the potential responsibility of State for damages caused to private third-parties, the Spanish Civil Code recognized this. Paragraph 5 of Article 1903 expressly recognized that the State is subject to the same liability when it acts through a special agent, but not if the damage shall have been caused by the official upon whom properly devolved the duty of doing the act performed.

IX.SPANISH CIVIL CODE IN THE PHILIPPINES

The Spanish Civil Code of 1889 was extended to the Philippines in the late 19th Century. One week after the publication of the Spanish Civil Code on 24 July 1889, a royal decree was dated 31 July 1889 was issued by Queen Regent Maria Cristina in the name of King Alfonso XIII, her son.⁷¹ The royal decree extended the Spanish Civil Code “to the Islands of Cuba, Puerto Rico, and the Philippines, to take effect twenty days after its publication in the official newspapers of the same⁷² — “*a los veinte dias siguientes á su publicación en los periódicos oficiales de las Islas.*” It is in this context that the concept of quasi-delicts became embedded in the Philippine legal system.

By virtue of this royal decree, the provisions of the Spanish Civil Code were extended to the Philippines. The abovementioned provision of the Spanish Civil Code on quasi-delicts, therefore, also became part of the Philippine legal system.

As history would have it, however, the ties between the Philippines and Spain did not last long after 1889. Before the end of the 19th Century, Philippines was ceded by Spain to the United States of America — a country that primarily adopts the common law regime. One question that aroused during this time was whether the private laws of the Philippines (which was then governed by the Spanish laws) should be patterned after the common law model of the United States of America.

Initially, the consensus was to maintain civil law in the realm of private law. For example, then law student Jose P. Laurel, who would later on become an Associate Justice of the Philippine Supreme Court and a President of the Philippines, explained that “[l]egally and socially, the civil-law system has become so interwoven with the life and proprietary interests of the inhabitants of these Islands that to introduce an entirely new legal system would be destructive of an institution under which the Filipino people have been bred and to which they have been accustomed for a period of more than three

⁷¹ Balane, Spanish Antecedents, *supra* note 59.

⁷² R. Balane, The Spanish Antecedents of the Philippine Civil Code (1989) (citing 1 Sherman, *op. cit.* pp. 278-279) [hereinafter R. Balane, Spanish Antecedents].

hundred years.”⁷³ This position was consistent with other scholars in the Philippines that time. For instance, the opinion of Justice Carson in *U.S. v. Cuna*⁷⁴ indicates that neither English or American Common Law was in force in the Philippines at the start of the twentieth century.⁷⁵

About five years after the publication of Mr. Laurel’s work, however, the Philippine legal system took a different turn. In the case of *In Re: Application of Max Shoop for Admission to Practice Law*,⁷⁶ the Philippine Supreme Court through Justice Malcolm noted that while several Spanish laws⁷⁷ were made effective in the Philippines, the “prolific use of Anglo-American authorities ... in the decisions of th[e] court, combined with the fact that the available sources for study and reference on legal theories are mostly Anglo-American”,⁷⁸ supports the conclusion that “there has been developed, and will continue, a common law in the jurisprudence of this jurisdiction (which for purposes of distinction may properly be termed a Philippine Common Law), based upon the English Common Law in its present day form of an Anglo-American Common Law[.]”⁷⁹

Former Chief Justice of the Supreme Court of Puerto Rico José Trías Monge describes the creation of this hybrid system as a tension between the legal cultures of the politically dominant and the subservient states. For the Philippines in particular, Trías Monge ascribes the infusion of common law principles in matters involving civil law to the appointment of non-Speaking magistrates in the Supreme Court, the change of official language (from Spanish to English), the adoption of the American style of opinions, and the fluctuation of American lawyers to the Philippine bar.⁸⁰ Yet, the civil law tradition remained in the Philippines. The reform of its Civil Code — which was the Spanish Civil Code — in the middle of the 20th Century resulted in the production of a “code of civil extraction, where principles derived from Philippine jurisprudence join others established in the civil codes of Germany, France, Italy, Switzerland, Argentina, and Mexico.”⁸¹

⁷³ J.P. Laurel, *What Lessons May Be Derived by the Philippine Islands from the Legal History of Louisiana — Part Two*, 2 Phil. L.J. 63, 93 (1915).

⁷⁴ 12 Phil. 241 (1908).

⁷⁵ 12 Phil. 241, 244 (1908).

⁷⁶ Nov. 29, 1920.

⁷⁷ These include the Penal Code of 1887, the Code of Commerce of 1888, Ley Provisional, Code of Criminal Procedure, and Code of Civil Procedure of 1888, Civil Code of 1889.

⁷⁸ *In Re: Application of Max Shoop for Admission to Practice Law*, Nov. 29, 1920.

⁷⁹ *In Re: Application of Max Shoop for Admission to Practice Law*, Nov. 29, 1920.

⁸⁰ J. Trías Monge, *Legal Methodology in Some Mixed Jurisdictions*, 78 Tul. L. Rev. 333, 335-36 (2003).

⁸¹ J. Trías Monge, *supra* note 110, at 345.

With respect to the revision of Articles 1902 to 1910 of the Spanish Civil Code on extracontractual liability, the Philippine Civil Code Commission was very careful in choosing the word that would encompass “*actos y omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia*”.⁸² These provision of quasi-delicts were eventually placed in Book IV, Title XVII, Chapter 2 of the new Philippine Civil Code — specifically Articles 2176 to 2194.

X. CONCEPT OF STATE IMMUNITY FROM SUIT IN THE PHILIPPINES

A review of the prior organic laws of the Philippines, from the Instructions of President William McKinley to the Second Philippine Commission to the 1935 Constitution, reveals the absence of any express provision granting the State immunity from suit.⁸³ Yet, as early as 1922, the concept of state immunity from suit has already been recognized by the Philippine jurisdiction relying on the treatise of Floyd R. Mechem — an American commentator. This concept of State immunity from suit continued to grow with jurisprudence and was later inscribed in Article XV, Section 16 of the 1973 Philippine Constitution. The same concept was carried to the 1987 Philippine Constitution as its Article XVI, Section 3. It provides that “[t]he State may not be sued without its consent.”

But where did this concept arise from? In the United States of America, its incorporation has been justified on one of two legal theories: “the first, that the king — erroneously transformed into the State — can do wrong, a doctrine evidently deemed to have an immutable historical foundation; and the second, espoused primarily by Mr. Justice Holmes for the Supreme Court that the State, the authority that makes the law, cannot be subject to law, and hence, it is argued, cannot be chargeable with or sued in tort.”⁸⁴

For historians, the axiom “the king can do no wrong” originated during the time of Edward I of England in light of the petition of right that he developed.⁸⁵ During this time, Push notes that the king of course could not be made answerable for his own court but the immunity from suit was only limited to the person of the king — something that was practical considering that it was the king who would rule on the petitions, and definitely not based on any notion that the king was above the law. This immunity is identical with the

⁸² Balane, *Obligations and Contracts*, *supra* note 7, at 13.

⁸³ J.D. Jimenez, *State Immunity from Suit*, 35 *Ateneo L.J.* 27, 27 (1991).

⁸⁴ E. Borchard, *supra* note 50, at 17.

⁸⁵ G. Push, *Historical Approach to the Doctrine of Sovereign Immunity*, 13 *Louisiana Law Review* 476, 477 (1953)

one present in the Constitution of Cadiz in Spain, which provided in Chapter IV, Article 168 that the King's person was sacred and inviolable and he could not be held responsible for anything.

How this doctrine transformed exactly into the immunity of the entire State remains unclear. Some historians trace this transformation of the nation state: "what was once the mere personal immunity of an individual was finally merged with the whole concept of sovereignty; and the theory of the divine right of kings lent support to the proposition that the king was above the law-that he was in fact the law-giver appointed by God[.]"⁸⁶

As to how this English concept became applicable in the non-monarch United States of America, its first mention with reference to the United States happened in *Colins v. Virginia*.⁸⁷ In that case, United States of America Supreme Court Chief Justice John Marshall held that "[T]he universally received opinion is that no suit can be commenced or prosecuted against the United States; and the Judiciary Act does not authorize such suits."⁸⁸

This concept became so embedded in the Philippine jurisdiction that it was even adopted in the 1973 and 1987 Philippine Constitution. Recent jurisprudence also maintains its application. For instance, in *Arigo v. Swift*,⁸⁹ the Philippine Supreme Court *en banc* held that the State may not be sued without its consent. Citing American cases, the Philippine Supreme Court, in *Arigo*, echoed Justice Holme's opinion that "there can be no legal right against the authority which makes the law on which the right depends."⁹⁰ The Supreme Court added that "[w]hile the doctrine appears to prohibit only suits against the state without its consent, it is also applicable to complaints filed against officials of the state for acts allegedly performed by them in the discharge of their duties. The rule is that if the judgment against such officials will require the state itself to perform an affirmative act to satisfy the same, such as the appropriation of the amount needed to pay the damages awarded against them, the suit must be regarded as against the state itself although it has not been formally impleaded."⁹¹ The Philippine Supreme Court also justified the applicability of the concept using practicality. In *City of Bacolod v. Phuture Visions Co., Inc.*,⁹² the Supreme Court explained that "[t]he purpose behind this principle is to prevent the loss of governmental efficiency as a result of the time and energy it would require to defend itself against lawsuits."

⁸⁶ Push, *supra* note 139, at 479.

⁸⁷ 6 Wheat 264.

⁸⁸ 6 Wheat 264 (406).

⁸⁹ G.R. No. 206510, September 16, 2014.

⁹⁰ *Kawanakoa v. Polybank*, 205 U.S. 349.

⁹¹ G.R. No. 206510, September 16, 2014.

⁹² G.R. No. 190289, January 17, 2018.

Applied in the context of quasi-delicts, Cesar Sangco observes that “[c]ertain functions and activities, which can be performed only by the government, are more or less generally agreed to be ‘governmental’ in character, and so the State is immune from tort liability. On the other hand, a service which might as well be provided by a private corporation, and particularly when it collects revenues from it, the function is considered a ‘proprietary’ one, as to which there may be liability for the torts of agents within the scope of their employment.”⁹³ He explains, however, that victims of quasi-delicts are not without a remedy because the officer or employee committing the tort is personally liable and may be sued as any other citizen and held answerable for the damage caused by his tortious act. In effect, Sangco was referring to paragraph 6 of Article 2180 of the new Philippine Civil Code, which provides that the general provision on quasi-delicts in Article 2176 shall be applicable when the damage has been caused by an official to whom the task done properly pertains.

Does this mean that the Philippine government cannot be sued at all in cases involving quasi-delicts? The answer is in the negative. For instance, in *Commissioner of Customs v. Agfa Incorporated*,⁹⁴ the Philippine Supreme Court denied the claim immunity from suit claim of the government and ordered it to pay the value of the shipment that was lost while in the custody of the Bureau of Customs. This is consistent with the earlier case of *Republic v. UNIMEX Micro-Electronics*,⁹⁵ which involved the Bureau of Customs’s ineptitude and gross negligence in keeping of a private entity’s goods. The Philippine Supreme Court held that while the judgment may result to the obligation ultimately falling upon the government and the doctrine of state immunity from suit exempts the government from being held liable for governmental acts, the Bureau of Customs should not be exonerated from liability as the circumstances involved warrant the non-application of the state immunity doctrine. The Philippine Supreme Court explained that it could not turn a blind eye to the gross negligence of the Bureau of Customs and its lackadaisical attitude in failing to provide a cogent explanation on the goods’ disappearance that was in its custody. The Supreme Court explained that justice and equity required the shredding of the State’s cloak of invincibility against suit.

Indeed, justice demanded the non-application of the doctrine of state immunity in the abovesited case. In doing so, however, did the Philippine Supreme Court engage in judicial legislation by ruling against the clear wording of the Philippine Constitution? Are these actions by the Philippine

⁹³ C. Sangco, 2 Philippine Law on Torts and Damages 612 (1994).

⁹⁴ G.R. No. 187425, March 28, 2011.

⁹⁵ GR No. 166309-10, Mar 09, 2007.

Supreme Court not indications that the doctrine of state immunity as currently worded in the Philippine Constitution requires a modification?

XI.DEVELOPMENTS IN SPAIN AFTER SEVERANCE OF TIES

On the other side of the world, the concept of extra-contractual obligations in Spain developed differently than the Philippines. For example, initially, the Spanish extra-contractual responsibility regime was primarily fault based — except Article 1905 for damage caused by animals and under Article 1910 for those caused by things from a house. Under the fault liability regime, the negligence is measured by ability of a person's conduct and capacity to assess the probability that the accident would happen and its consequences (*test de previsibilidad*) and the possibility of preventing them by adopting adequate precautionary measures (*test de evitabilidad*).⁹⁶ This predictability test is irrelevant to the other liability regime under the Spanish legal system, which is liability without fault (*responsabilidad sin culpa* or strict liability).

With respect to liability relating to public administration, Article 106.2 of the 1978 Spanish Constitution provides that the Public Administration is civilly liable for damages caused to individuals' rights or goods in the exercise of public services. The governing rule for this is Articles 139 to 149 of the Law of 30/1992 of 26 November, as partially modified by the Fourth Law of 1999 and by Royal Decree 429 of 26 March.

Based on the Spanish Supreme Court's Judgment of 15 December 1997,⁹⁷ this system of civil responsibility of the Public Administration first appeared in Article 121 of the 1954 with the Law of Compulsory Expropriation⁹⁸ and was followed by Articles 40 and 41 of the Law of the Legal System of the Administration of the State of 1957. The subsequent adoption of the regime in Articles 9 and 106.2 of the Spanish Constitution made it a fundamental guarantee of legal security. The same judgment notes that the Public Administration's patrimonial responsibility, as contemplated in Articles 106.2 of the Constitution, 40 of the Law on the Legal Regime of the State Administration of 1957, and 121 and 122 of the Law of Compulsory Expropriation, is configured as an objective liability. This means that to obtain relief, it is irrelevant that the administrative action has been normal or abnormal and it suffices to there has been an effective, economically evaluable, and individualized damage as a result of the Public Administration's rendering of public service. Having an objective character, it not necessary to prove that the

⁹⁶ Rodríguez de las Heras Ballell, *supra* note 14, at 281.

⁹⁷ RJ 1997\9357.

⁹⁸ RCL 1954\1848 and NDL 12531.

responsibility of the owners or managers of the administrative activity that has caused damage has acted with intent or fault. In fact, it is not even necessary to prove that the public service has developed in an anomalous way, because the constitutional and legal precepts that make up the applicable legal regime extend the obligation to compensate the cases of normal operation of public services. Thus, it is sufficient that the risk inherent in its use has exceeded the limits imposed by the security standards required according to social conscience. There will then be no duty of the injured party to withstand the impairment and, consequently, the obligation to compensate for the damage or injury caused by the administrative activity will be attributable to the Public Administration.

This legal regime has been described as a departure from the general fault-based rule provided in the Spanish Civil Code. Pilar Vanegas Roa notes that this concept of patrimonial responsibility adopted by Spain abandoned the concept of fault under Articles 1902 and 1903 of the Spanish Civil Code and is based on the concept of compensable injury provided that the damage was a consequence of normal or abnormal functioning of public services.⁹⁹ Unlike the Philippines, the Spain has adopted a legal regime that renders the public administration objectively liable for damage arising from its discharge of public services — regardless whether the public administration acted with fault or negligence.

XII. STATE IMMUNITY VS. STRICT LIABILITY

After tracing the historical developments on quasi-delicts and corporate juridical personality, the prevailing legal regimes in Spain and the Philippines can be stated in the following broad concepts. In Spain, the responsibility of the public administration with respect to damage arising from extracontractual matters is strict liability — that is, the public administration becomes liable to pay damages to the citizen whether the damage arose with or without fault. On the other hand, the liability regime in the Philippines for quasi-delicts is restricted by State immunity from suit. Because of this, two matters must first be taken into account before a citizen can recover damages from the State: (1) the State's consent to be sued and (2) the State's consent to pay or become liable. In this part of the article, the existing legal regime in the Philippines will be tested against different legal philosophies with the hope of answering whether it is still beneficial to the Filipino people.

⁹⁹ P. Vanegas Roa, *Los conflictos de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento del servicio público deportivo*, 8 Revisita de Paz y Conflictos 267, 270 (1988).

1. *Utilitarianism*

Founded by Jeremy Bentham, this legal philosophy is based on the notion that the highest form of morality maximizes utility — the difference between pleasure or pain. In the words of Bentham, “[n]ature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, *pain* and *pleasure*. ... By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, then the happiness of the community: if a particular individual, then the happiness of that individual.”¹⁰⁰ Michael Sandel summarizes Bentham’s utilitarianist approach as follows: given that people are governed by pain and pleasure, government’s legislation must maximize the happiness of its citizenry as a whole.¹⁰¹ Stated otherwise, Bentham’s utilitarianism sees the maximization of happiness, the difference between pleasure and pain, as the ultimate goal.¹⁰²

The legal regime in the can be justified using the legal philosophy of utilitarianism. On the one hand, the Philippine Supreme Court has explained that State immunity from suit goes on to the very essence of sovereignty — “a continued adherence to the doctrine of non-suability cannot be deplored, for the loss of governmental efficiency and the obstacle to the performance of its multifarious functions would be far greater in severity than the inconvenience that may be caused private parties, if such fundamental principle is to be abandoned[.]”¹⁰³ In effect, the Philippine Supreme Court was saying that to allow each aggrieved party to sue after the State would also force the State to spend its resources on defending the suit and, if found responsible, paying damages. This would, in effect, negatively affect the State’s ability to perform its governmental functions. Thus, the aggrieved party should suffer the damage instead of affecting the entire citizenry. This line of thinking has resulted to the Philippine Supreme Court recognizing the damage caused to a private individual but still maintaining the applicability of State immunity from suit. In *Municipality of San Fernando v. Hon. Firme*, the Supreme Court held that “the death of the passenger — tragic and deplorable though it may be — imposed on the municipality no duty to pay monetary

¹⁰⁰ J. Bentham, *Utilitarianism* 5-6 (1890).

¹⁰¹ M. Sandel, *Justice What’s the Right Thing to do?* 34 (2009)

¹⁰² N. Sigot, *Wealth and Happiness in Bentham’s Utilitarianism*, in 3 *The Political Economy* 27-29 (2016).

¹⁰³ *Department of Agriculture v. National Labor Relations Commission, et al.*, G.R. No. 104269, Nov. 11, 1993.

compensation.”¹⁰⁴ This reasoning clearly falls within utilitarianism. A greater number of people would be more satisfied if the resources that the government would allocate to respond to a suit against it is used to ensure that that the government is able to focus on its primary functions.

On the other hand, the legal regime in Spain may appear to contradict the utilitarian model. Making the public administration liable for damage suffered by a private individual does not maximize the happiness of all its people because it would require the government to allocate funds to the victim instead of using it for matters that would benefit the entire population. Yet, it must be noted that Spain is a welfare state and a fundamental feature of a welfare state is social insurance.¹⁰⁵ This social insurance “is usually financed by compulsory contributions and is intended to provide benefits to persons and families during periods of greatest need.”¹⁰⁶ When the unexpected damage arising from the performance of public services is considered as a risk that the people should be protected against, one can argue that the population would be happier when they have the assurance that part of their contribution or taxes protects them against unexpected damages arising from public functions. The pain caused by having to pay an additional amount for the protection against this type of risk is balanced by the pleasure obtained from having the assurance that in case anything happens to any of them, that person would receive damages that would make him as whole as he was prior to the unexpected event. In short, the minor inconvenience suffered by the people who pay taxes (a portion of which is used to pay extra-contractual responsibilities of the public administration) is outweighed by the happiness felt by the populace in general by being assured that they would receive compensation for potential injuries connected with the administration of public service.

Indeed, both legal regimes satisfy the utilitarianist approach. Nevertheless, one of the objections often ascribed to utilitarianism also applies to both the legal systems. As noted by Sandel, one main criticism of utilitarianism is its failure to consider that each individual matter should be treated beyond his preferences being counted to obtain the preferences of the entire population.¹⁰⁷ With respect to the Philippines, by making the State immune from suit so that its discharge of governmental functions will remain unhampered, the legal regime is unjust because it allows a person who has suffered damage to bear it despite not having any hand as to its cause. On the other hand,

¹⁰⁴ G.R. No. L-52179, April 8, 1991.

¹⁰⁵ Welfare State, available at <https://www.britannica.com/topic/welfare-state> (last accessed May 30, 2019).

¹⁰⁶ Welfare State, available at <https://www.britannica.com/topic/welfare-state> (last accessed May 30, 2019).

¹⁰⁷ M. Sandel, *supra* note 175, at 37.

for Spain, one can argue that its legal system deprives individuals their personal freedom to choose whether they would like to be insured against the risk of damage relating to public services. In effect, both legal regimes ignores the right of each member of the population in order to ensure that the entire group is happy.

2. *Libertarianism*

Whereas one of utilitarianism's primary objection is its disregard of an individual's rights, the legal philosophy of libertarianism, which is arguably an American concept, is anchored on each individual's fundamental right to liberty. In this regard, some have observed that utilitarianism "seems at odds with a theory of substantive rights, such as liberty-based ones."¹⁰⁸ For a libertarian, each person has the right to do whatever he pleases on everything that he owns subject to the condition that he respects the right of other people to do the same. Sandel submits that "[o]nly a minimal state — one that enforces contracts, protects private property from theft, and keeps the peace — is compatible with the libertarian theory of rights. Any state that does more than this is morally unjustified."¹⁰⁹ He also observes that libertarianism does not agree on paternalism (laws intended to prevent people from causing harm to themselves), morals legislation (laws that seek to advance ideas of virtue), and redistribution of income (laws that ensures that wealth is redistributed to help everyone).

In a case involving the installation of police checkpoints, the Philippine Supreme Court recognized that the Philippine legal system adopts the libertarian model: "[n]o one can be compelled, under our libertarian system, to share with the present government its ideological beliefs and practices, or commend its political, social and economic policies or performance."¹¹⁰ It is submitted that this libertarian system is also consistent with the current State immunity from suit. The government gives an individual great freedom to exercise his rights. When damage arises in relation to the government's exercise of governmental functions, the individual is left on his own to seek redress. Thus, in one case, the Supreme Court maintained that the family members of a child who died after being runover by a municipal car could only go after the driver in his personal capacity and not after the municipality that employs him. The Supreme Court held that "[j]ustice cannot sway in favor of petitioners simply to assuage their pain and loss. The law on the

¹⁰⁸ D. Jackson, *Bentham and Payday Lenders*, in H. Stacy & W. Lee (eds.), *Economic Justice Philosophical and Legal Perspectives* 31 (2013).

¹⁰⁹ M. Sandel, *supra* note 175, at 60.

¹¹⁰ *Valmonte v. de Villa*, G.R. No. 83988, May 24, 1990.

matter is clear: only the negligent driver, the driver's employer, and the registered owner of the vehicle are liable for the death of a third person resulting from the negligent operation of the vehicle."¹¹¹

As for the Spanish legal regime, it does not go in line with the reasoning of libertarianism. While James P. Sterba has works claiming that libertarianism can be compatible with the right of the poor to a welfare minimum that the government should guarantee, other philosophers like Tibor Machan and Jan Naverson have already critiqued Sterba's argument.¹¹² The author agrees that Spain's being a welfare state is inconsistent with libertarianism. For one, allowing the public administration to answer for responsibilities arising from the discharge of governmental functions implies the intrusion of the State to matters that are beyond the scope of functions of a minimalist state. Further, if the legal regime of strict liability for damage arising in the discharge of public services is viewed as part of Spain's being a welfare state, one can argue that it is a form of morals legislation — an imposition of the sovereign's belief that no person should bear the consequences of an event where the public administrator was the service provider. The legal regime's concept of making everyone pay so that the aggrieved citizen does not suffer the damage, to a certain extent, can also be considered as a form of legislation of wealth distribution. It makes everyone pay through their taxes so that the aggrieved party can be restored to his original position before the damage happened.

3. *Kantian Ethics*

Immanuel Kant does not adhere to either utilitarianism or libertarianism. "Kant's ethical theory holds that every human being has equal dignity as an end in itself, but his theory of human nature and history is based on the idea that civilized human beings tend to assert their self-worth antagonistically in relation to others, seeking superiority over them. ... He therefore thinks we need to guard against our corrupt tendency to quibble with the strictness of the moral law and make exceptions to moral rules in our own favor."¹¹³ In what Sandel considers to be "one of the most powerful and influential accounts any philosopher has produced",¹¹⁴ the concept that the human person, as a rational being, deserves dignity and respect is advanced by Kant. In Kant's perspective, the categorical imperative requires that every human be respected as ends in themselves and not a mere objects to obtain general welfare.

¹¹¹ Spouses Buenaventura v. Apostol, *et. Al*, G.R. No. 163609, Nov. 27, 2008.

¹¹² See J.R. Edwards, *Is There a 'Libertarian' Justification of the Welfare State? A Critique of James P. Sterba*, 4 *Libertarian Papers* 97 (2012).

¹¹³ A. Wood, *Kantian Ethics* 6 (2008).

¹¹⁴ M. Sandel, *supra* note 175, at 104.

The Philippine legal regime is inconsistent with Kant's point of view. The current regime denies the aggrieved individual of the right to go after the government even if the act or omission causing damage to that person was due to the negligence of the government or its officer. As jurisprudence would show, the primary basis for the denial of this right is the notion that inconveniencing the government with all potential law suit that would arise from respecting this right would make it less effective in delivering its governmental functions. This line of reasoning shows that the aggrieved individual is not seen as one worthy of respect but a mere subject that the State should govern — if the State causes damage to this person, he or she must bear the consequences and allow the State to carry on in governing other members of the population. The overarching principle here is that the government exists to govern and the each individual member of the population only exists to be governed. Instead of viewing the individual as the very reason why the government is existing, the individual is seen nothing more than a mere subject of governance.

On the contrary, the legal regime in Spain is consistent with Kantian ethics. Instead of seeing the public administration as a mighty being that should not be held accountable for damage suffered by individuals, the Spanish legal regime makes the individual the very reason why the government exists in the first place. The public administration must deliver public services to the individual and if damage is caused to him in the government's course of delivering these services, the individual should be made whole again regardless of whether there is negligence on the part of the government. The overarching principle in this legal regime is that the dignity of each individual should be respected simply because this dignity is worthy of respect.

4. *Justice as Fairness*

American philosopher, John Rawls, offers a different approach on legal philosophy. For Rawls, the direction of administration that is in line with justice involves a hypothetical contract — one that is formulated by individuals who are placed in a position of equality. That is, if each individual is placed in an equal footing, what kind of government would they want to govern them. Sandel points out that Rawls obtains two principles of justice that result from this hypothetical contract. First, basic liberties would be given to each individual and this would be given more importance than general welfare. Second, distribution of wealth to make everyone absolutely equal would not happen. Rather, distribution would only focus to benefit those who are the least members of society.

The philosophy of Rawls is inconsistent with the Philippine legal regime. If the Filipinos are given placed in an equal position, one that places everyone as the aggrieved party in a quasi-delict involving the government, the

people would choose to ensure that whoever among them becomes the victim would be able to be placed back in their position before the quasi-delict. Further, in terms of wealth distribution, it would be a consensus that everyone should contribute such that none of them would suffer the effects of a quasi-delict. These would lead to a contract among the people that would give them the assurance that they have a way to go after the persons liable for an act or omission that caused damaged to them — regardless whether the cause is a private individual or the government. This social contract is clearly inconsistent with the current legal regime that grants the government immunity if it or its officer causes damage to a private individual.

As for the Spanish legal regime, it is submitted that the strict liability on public administration is consistent with the philosophy of Rawls. A system that guarantees to each individual that they would be given damages to recover what they lost because of faulty public service is one that persons of equal footing would adhere to. Instead of risking the possibility that he could be an aggrieved party without any right to recover, individual members of the population would be willing to shell out a small amount.

5. *Analysis*

Based on the foregoing, it becomes clear that the system of utilitarianism and libertarianism could be used to justify the legal regime in the Philippines that grants the state an immunity against suit. On the other hand, utilitarianism, Kantian ethics, and John Rawl's principle of equality support the current legal regime in Spain that makes the public administration objectively liable for damage arising in relation to its discharge of public services.

It is unfortunate that the current legal regime in the Philippines is inconsistent with Kantian ethics and the principle of equality. In the Preamble of the Philippine constitution, the following are stated as the goals for its enactment: to embody the Filipinos ideals and aspirations, promote common good, promote and develop the Filipino patrimony, and secure the blessings of independence and democracy under the rule of law and regime of truth, justice, freedom, love, equality, and peace. While the current legal regime can be argued to promote common good (utilitarianism) and to maintain the rule of freedom (libertarianism), it fails to consider that the government exists because of the Filipino people — the very people who had the power to enact the Constitution. By failing to take into account that the Filipino people should be the ends why the government exists in the first place (Kantian ethics) and that these people would want to have themselves protected against the risk of possibly being the victims of quasi-delicts involving the government (principle of equality), the current system on State immunity from suit, unfortunately, pales in comparison to the Spanish system that not only makes

the public administration liable for quasi-delicts but even disregards whether there was fault in the discharge of public services.

While one may argue that the concept of State immunity from suit is a constitutional provision, which was ratified by the Filipinos themselves and carries with it the decision of the Filipinos to waive their ability to go after the government so that the latter could focus more in delivering its government functions, it will not do the Filipinos any harm to consider how things are done in the other parts of the world. In fact, the very doctrine of State immunity from suit is also based on the common law doctrine that the King can do no wrong. In a republican and democratic country like the Philippines, this doctrine finds no application. Thus, the author proposes that the abolition of the applicability of the doctrine of State immunity from suit with respect to quasi-delicts arising from the discharge of governmental functions be considered.

XIII. ECONOMIC ANALYSIS TOWARDS A FEASIBLE RECOMMENDATION

In reconsidering the current State immunity from suit doctrine in the Philippines, one cannot escape the fact that Spain and the Philippines have different levels of economic maturity. Spain is a developed economy while the Philippines still has a developing one. This economic difference can also be the reason why the Philippines cannot adopt the legal regime in Spain.

Economic analysis of law, a branch of research pioneered by Richard A. Posner, “is based on the insights of property rights theory and transaction cost economics.”¹¹⁵ Klaus Mathis describes it as being anchored on explaining human behavior using an economic model. Human behavior, under the economic lens, is seen as a result of decisions involving limited resources and alternative uses for these resources. In other words, economic analysis of law starts from the premise that individuals are interested in maximizing their well-being — the values that individuals assign to their costs and benefits are stable; individuals are the ones who know and determine the best value that things have for them. In economic analysis of law, this premise is used as basis in crafting laws and governmental policies, which are then contrasted with reality to determine their degree of validity.¹¹⁶ Thus, it is a recognition that “the law has an economic function and, in particular, that the common law serves as an ‘instrument for promoting economic efficiency.’”¹¹⁷

¹¹⁵ K. Mathis, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law* (D. Shannon, trans.) 1 (2009 ed.).

¹¹⁶ S. Pastor, *Sistema Juridico y Economia* 32 (1989).

¹¹⁷ A. Ogus, *What Legal Scholars can Learn from Law and Economics*, 79 *Chicago-Kent L. Rev.* 383, 384 (2004) (citing R. Posner, *Some Uses and Abuses of Economics*

To a certain extent, economic analysis of law flows in the same way as utilitarianism. The need of individuals to maximize their well-being is used as a guiding principle in crafting laws. Unlike utilitarianism that only considers the individual as a sample to obtain the general sentiment, the center of economic-juridical analysis is the individual, which is considered to be rational and coherent with his aims when trying to maximize the utility of his acts. Through this way, it is considered that a maximum of social welfare is achieved if the conditions of competition are perfect (social welfare is the sum of the individual statuses). Therefore, it is estimated that the law has to promote this social welfare by enabling the sum of maximizing behavior and the conditions of exchange in the market that allow greater efficiency. This is achieved by law, encouraging efficient behaviors and dissociating from distributive solutions.

In the realm of extra-contractual responsibility, “[t]he basic idea is that by exposing tortfeasors to the social costs of their activity, they will have *ex ante* incentives to take optimal preventive measures. ... Optimal care is defined as the level of care where the marginal costs of taking more care equal the marginal benefits thereof (in the sense of a reduction in the expected accident losses).”¹¹⁸ Thus, “[f]rom an economic perspective, the main goal of tort law is to provide behavioural incentives to the actors involved.”¹¹⁹

In translating this economic perspective into law, policymakers can view their decisions with a recognition that governments have limited resources. It is certainly legitimate and necessary to study the extent to which legal regulations avoid the waste of resources and increase efficiency. Eduardo Garcia de Enterría summarizes the importance of economic analysis in determining the policies of a country:¹²⁰ one believes to dream when on mountain roads in any of the states to which the Alps extend provide a warning that tries to excuse the respective government of the duty to repair damages that may have caused the status of such roads, a duty that is assumed without reservation in the normal case of opening to the public of more ordinary routes of use. He concludes that this institution of civil liability, in the reality of other countries, is not the same as the one that applies in Spain. During the late 1960s, the time when this excerpt of Garcia de Enterría was written, Spain was still a developing country and it was not viable for it to have a regulation that would diminish public treasury in street insurance measures when there

in Law, 46 U. Chi. L. Rev. 281, 289-90 (1979)).

¹¹⁸ M. Faure, *et al.*, *Liability for Unknown Risks: A Law and Economics Perspective*, 7 J. European Tort L. 198 (2016).

¹¹⁹ M. Faure, *et al.*, *supra* note 188.

¹²⁰ E. Garcia de Enterría, *Prologue*, in M. Rebollo, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”.

were other more important needs. Today obviously the situation has changed, and therefore the guidelines for demanding responsibility have changed. As explained by Martin Rebollo,¹²¹ the aim is to achieve the coherence of the legal system with the economic system. To look for the balance between the system of responsibility, the possibilities of management, the dimensions of the public, the quality guidelines and the financial and tax system itself. Therefore, economic analysis of law proposes that the legislator should, as far as possible, set guidelines to determine the level of diligence required of the government in accordance with the context of what the country is in all orders. These regulations, for example, and regarding the proposed case, would establish when and how a highway should be signaled, when it should be inspected, to exonerate or at least reduce liability.

Similarly, the following example given by Claus Ott and Hans-Bernd Schafer¹²² is very illustrative. It relates to models that determine the level of diligence that must be required of those responsible for road safety in an advanced country and others in the process of development. This compares the level of diligence to be demanded of those responsible for road safety to protect the drivers of landslides in the Alps, with the same assumption in the Khyber Pass that unites Afghanistan with Pakistan. In the first case, blasting and deployment of metallic nets should be done, resources necessary to avoid serious accidents and damages. They point out that to us that it is more important to avoid those accidents than to save on the costs that such avoidance entails. Therefore, we can consider as efficient a legal regulation that originates such costs. On the other hand, with respect to Afghanistan and Pakistan, these costs could not be justified, the referred Khyber Pass passes through a dangerous mountain range and carry out the same expenses as in the Alps to prevent accidents, it would totally exhaust the budget of a poor and on-going country. Ott and Schafer point out that it would be wasteful to use all state resources to avoid these accidents and neglect the remaining tasks of the State. If a legal provision were given that would lead to it, it would be totally inefficient. Finally, they conclude that it is well known that in Germany and Afghanistan, different modules must be applied to prosecute before the courts the imprudence of those responsible for road safety; that it may be unfair to apply in one country the same resources that seem just in another and that it is clear that avoiding waste is an obligation of justice, so that effectiveness and justice can coincide in certain areas.

These examples can be applied to the Philippine legal regime on quasi-delict in relation to public services. While it is opined that Spain's regime

¹²¹ M. Rebollo, *supra* note 187.

¹²² C. Ott & H. Shafer, *Manual de analisis economico del Derecho civil* (V. Carstenn-Lichterfelde, trans.) 21 (1991).

of strict liability for damage arising in the discharge of public services is more aligned with the idea of respecting the human dignity of the Filipinos, policymakers must also consider whether adopting this system of legal regime is economically viable for the Philippines — a developing nation that has yet to make its ends meet to provide basic services like universal health-care to the Filipinos. As lofty as adopting the Spanish legal regime may sound, policymakers in the Philippines should also not forget about the other basic needs of the Filipinos. Thus, while the doctrine that the King can do no wrong finds no application in the Philippines, it is improper to simply copy the doctrine of strict liability in Spain.

XIV. CONCLUSION

Both the Spanish concept of extra-contractual liability and the Philippine concept of quasi-delicts are based on Roman Law. They evolved together, considering that the concept of quasi-delicts was transplanted in the Philippines upon the extension of the coverage of the *Codigo Civil*. The two concepts only started to grow separately when the Philippine started becoming both a civil law and common law jurisdiction in the early 20th Century.

With respect to immunity from suit, the Philippines currently has a general blanket immunity from suits by individuals against the government. This immunity from suit traces its history from the common law tradition of “the King can do no wrong”; a concept that the Philippines inherited from the United States of America, which in turn inherited it from England. While the Spanish Constitution grants immunity from suit on the person of its king, this immunity was not extended to the entire sovereign. In fact, for extra-contractual responsibility in the context of public services, the Public Administration is subjected to the strict liability test which allows recovery of damages even in the absence of negligence.

Because of the application of immunity from suit doctrine, victims of accidents involving the government are left to go after the government personnel who are responsible for the quasi-delict in their personal capacities — an ineffective remedy considering the possible non-liquidity of these personnel or the possible impossibility of knowing who exactly is the tortfeasor. Thus, the Philippine Supreme Court, in exceptional cases involving gross negligence, held the inapplicability of immunity from suit to serve the ends of justice.

This case-by-case solution, however, creates two legal infirmities. First, the Supreme Court is forced to judicially legislate — that is, to interpret the law differently than how it is expressly written. Second, the cases where the Supreme Court exercised its discretion on the subject matter involved *gross*

negligence, which is more stringent than the threshold for actions under Article 2176 of the Philippine Civil Code that only requires simple negligence.

Subjecting the two legal regimes to different legal philosophies, it is opined that the Spanish legal regime is more consistent with respecting the human dignity of the citizens. Nevertheless, on the basis of economic analysis of law, it is also not feasible for the Philippines to adopt strict liability with respect to all damages arising from the government's discharge of public services. What the author humbly suggests is a compromise — now that the amendment of the Philippine Constitution is being considered, it may serve the Filipino people well if the removal of the applicability of the doctrine of State immunity from suit with respect to quasi-delicts arising in relation to the State's discharge of its governmental functions is considered. This way, aggrieved individuals will still be able to find proper redress against the damage that they suffered and the Supreme Court will no longer be forced to create a separate legal regime that requires gross negligence.

BIBLIOGRAPHY

- R. DE ANGEL YAGUEZ, *Lecciones Sobre Responsabilidad Civil* (1978).
- R. BALANE, *Jottings and Jurisprudence in Civil Law (Obligations and Contracts)* 13, fn. 7 (2018).
- I M. BERNALDO DE QUIROS, *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)* 726 (1965).
- J. BRAY, *A Plea for Roman Law*, 9 *Adelaide L. Rev.* 50, 53 (1983).
- D. BOGEN, *Ignoring History: The Liability of Ships' Masters, Innkeepers and Stable-keepers Under Roman Law*, 36 *Am. J. Leg. Hist.* 326, 329 (1992).
- E. BORCHARD, *Governmental Responsibility in Tort*, VI, 36 *Yale L.J.* 1, 3 (1926).
- W. BURDICK, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law* 276 (2004).
- G. CAMPBELL, *A Compendium of Roman Law* 133 (1878).
- P. R. COLEMAN-NORTON (trans.), *The Twelve Tables*, available at https://www.ksassessments.org/sites/default/files/HGSS_Preview_Texts/Grade_6/The%20Twelve%20Tables%20of%20Roman%20Law.pdf (last accessed Apr. 23, 2019).
- J. DEWEY, *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, 35 *Yale L.J.* 655, 665 (1926).
- J.R. EDWARDS, *Is There a 'Libertarian' Justification of the Welfare State? A Critique of James P. Sterba*, 4 *Libertarian Papers* 97 (2012).
- M. FAURE, et al., *Liability for Unknown Risks: A Law and Economics Perspective*, 7 *J. European Tort L.* 198 (2016).
- E. GARCIA, *Torts under the Spanish Law*, 2 *Phil. L.J.* 27, 41 (1915).
- F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Española* 968 (1974).
- T.R. HERAS BALLELL, *Introduction to Spanish Private Law: Facing the Social and Economic Challenges* 273 (2010 ed.).

- A.M. HONORÉ, 'Linguistic and Social Context of the Lex Aquilia' (1972) 7 *Irish Jurist* (New Series) 138, 147.
- D. IBBETSON, *How the Romans Did for Us: Ancient Roots of the Tort of Negligence*, 26 UNSW L.J. 475, 477 (2003).
- J.D. JIMENEZ, *State Immunity from Suit*, 35 *Ateneo L.J.* 27, 27 (1991).
- D. JACKSON, *Bentham and Payday Lenders*, in H. Stacy & W. Lee (eds.), *Economic Justice Philosophical and Legal Perspectives* 31 (2013).
- M. KOESSLER, *The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation*, 9 *La. L. Rev.* 435, 437 (1949).
- J.P. LAUREL, *What Lessons May Be Derived by the Philippine Islands from the Legal History of Louisiana — Part Two*, 2 *Phil. L.J.* 63, 93 (1915).
- K. MATHIS, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law* (D. Shannon, trans.) 1 (2009 ed.).
- M. MONAHAN, *The Problem of "The Judge Who Makes the Case His Own": Notions of Judicial Immunity and Judicial Liability in Ancient Rome*, 49 *Catholic Univ. L. Rev.* 429, 441 (2000).
- D. NASMITH, *Outline of Roman History from Romulus to Justinian* 324 (2006).
- M. NICHOLS, *Las Siete Partidas*, 20 *Calif. L. Rev.* 260, 262 (1932).
- A. OGUS, *What Legal Scholars can Learn from Law and Economics*, 79 *Chicago-Kent L. Rev.* 383, 384 (2004).
- A. PARISE, *The Place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: The Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851*, 68 *Louisiana Law Review* 823 (2008).
- S. PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía* 32 (1989).
- P. DU PLESSIS, *Borkowski's Textbook on Roman Law* 87 (2015 5th ed.).
- G. PUSH, *Historical Approach to the Doctrine of Sovereign Immunity*, 13 *Louisiana Law Review* 476, 477 (1953).
- T. SANDARS, *The Institutes of Justinian*, (1859).
- Z. SARKADY, *The Lex Aquilia and the Standards of Care*, in *Acta Universitatis Szege-diensis : acta juridica et politica : publicationes doctorandorum juridicorum* 205 (2003).
- F. C. SAVIGNY, *System des Heutigen Roemischen Rechts* 240, 241 (1840).
- P. STEIN, *Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law*, 70 *Chicago-Kent L. Rev.* 1539, 1540 (1995).
- J.M. DE TORRES PEREA, *Alcance de la Personalidad Jurídica de la Sociedad Civil Externa* 13-14 (2003).
- J. TRÍAS MONGE, *Legal Methodology in Some Mixed Jurisdictions*, 78 *Tul. L. Rev.* 333, 335-36 (2003).
- P. VANEGAS ROA, *Los conflictos de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento del servicio público deportivo*, 8 *Revista de Paz y Conflictos* 267, 270 (1988).
- R. D. WATKINS, *The State as a Party Litigant* 1 (1927).
- B. WINIGER, *La Responsabilité Aquilienne Romaine: Damnum Iniuria Datum* (1997) 35.
- J C ZIETSMAN, *Medical Negligence in Ancient Legal Codes*, 52 *Akroterion* 87, 87 (2007).

R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* 953 (1996).

F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius. Part II: Commentary* (1967).

LA PLURALIDAD DE VÍCTIMAS DERIVADA DE LA ELEVADA LESIVIDAD EN LOS CIBERDELITOS: UNA RESPUESTA PENAL PROPORCIONAL

Victim multiplicity derived from harm in cybercrime: A proportional criminal response

Jon López Gorostidi

Investigador predoctoral

Profesor de Derecho penal

Universidad de Deusto

jlgorostidi@deusto.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp201-221](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp201-221)

Recibido: 10.10.2019

Aceptado: 02.02.2020

Resumen

El siguiente trabajo aborda la cuestión del cibercrimen desde la perspectiva de la víctima y analiza este extremo con base en los principios penales fundamentales y la proporcionalidad.

Más concretamente, se centra en el hecho de que el cibercrimen presenta un nivel elevado de lesividad en comparación con los delitos tradicionales, cometidos por los medios comisivos habituales, y en consecuencia, el número de resultados lesivos por cada comportamiento humano penalmente relevante puede aumentar considerablemente.

Es por esto por lo que es necesario un examen que se cuestione si la respuesta penal actual a este tipo de delitos cibernéticos es adecuada en términos de proporcionalidad entre el daño causado y la pena aparejada a cada delito.

Así, el presente trabajo reflexiona sobre la respuesta penal otorgada por el Código Penal español, tanto por medio de preceptos de parte general (como la figura del delito continuado o los delitos cualificados), como por figuras penales específicas.

Palabras clave

cibercrimen, proporcionalidad, lesividad, Derecho penal, cibercriminalidad.

Abstract

This paper approaches cybercrime from the victim perspective and analyses the matter regarding the fundamental criminal principles of harm and proportionality.

Precisely, it is since cybercrime presents an elevated level of harm compared to traditional criminality and, as a result, the number of victims in each criminal action can be easily increased.

Consequently, a conscious review of the principle of proportionality between the caused harm and the penal response in each case becomes compulsory, questioning if the current criminal legislation gives an adequate response.

For this aim, the paper analyses the way the Spanish Criminal Code manages the issue, with both general articles (such as the figure of continuous crimes or aggravations) or concrete criminal figures.

Keywords

cybercrime, proportionality, harm, Criminal Law, computer crime.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: EL CIBERESPACIO COMO ESPACIO DELICTIVO SINGULAR. 1. Características de uso, técnicas y lógicas de la red y de las TIC. 2. La cifra negra en los ciberdelitos. 3. La contribución de la víctima en el ciberdelito. 4. La relatividad temporal de los ciberdelitos. II. LA PLURALIDAD DE VÍCTIMAS Y LA ELEVADA LESIVIDAD DE LOS CIBERDELITOS. III. ENCAJE Y TRATAMIENTO EN NUESTRA LEGISLACIÓN PENAL ACTUAL: EL DELITO CONTINUADO Y EL DELITO MASA. IV. CONCLUSIONES: REFLEXIONES DOGMÁTICAS Y DE POLÍTICA LEGISLATIVA. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN: EL CIBERESPACIO COMO ESPACIO DELICTIVO SINGULAR

Es latente que existen diversas características distintivas en los ciberdelitos dignas de mención y análisis, que configuran el ciberespacio como un espacio delictivo novedoso el cual invita a la doctrina especializada a plantearse si son adecuadas para la ciberdelincuencia las respuestas penales creadas para cubrir el espacio físico tradicional. Son solo muestras de ello las novedosas características técnicas, lógicas y de uso de las TIC, la cuestión de la cifra negra en los ciberdelitos, la contribución de la víctima desde un plano victimológico, la reinterpretación de las reglas espaciotemporales, la superior capacidad lesiva de estos injustos o la pluralidad de potenciales víctimas existentes.

No obstante, son las dos últimas cuestiones mencionadas al inicio de esta introducción las que van a ser objeto de examen en este estudio, puesto que busca subrayar la frecuencia en la que la víctima no se trata de un individuo singular, sino que el titular del bien jurídico protegido en los cibercrímenes son, a menudo, una pluralidad de personas. Esto es debido, principalmente, a la capacidad multiplicadora que ofrecen las TIC, lo que lleva, en ocasiones, a enfrentarnos incluso a la indeterminación de la cuantía y la identidad de los afectados¹. Cuestiones a las que se dedica un epígrafe específico con el apartado segundo del trabajo.

Ahora bien, tratamos de introducir en los subapartados que siguen unas líneas generales sobre el resto de los caracteres del ciberespacio como lugar de comisión de los ciberdelitos.

¹ Carlos María Romeo Casabona, «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, ed. por Carlos María Romeo Casabona (Granada: Editorial Comares, 2006), 26-27.

1. Características de uso, técnicas y lógicas de la red y de las TIC

Resulta adecuado comenzar la enumeración de características del ciberespacio por la descripción de los factores que hacen que la propia red Internet y, en un plano general, las TIC sean el escenario ideal para la actividad criminal que nos ocupa.

Un primer distintivo de Internet es la capacidad de procesar, albergar y circular, de forma automática y a tiempo real, colosales cantidades de información en distintos (y cada vez más) soportes digitales². Esto es posible gracias a los protocolos universales de transmisión y acceso y resultan en una herramienta de una potencialidad sin parangón para los cibercriminales, puesto que permiten el envío bidireccional de texto, sonido, imagen o voz con los únicos límites que la velocidad de la propia red y la capacidad de procesamiento del sistema informático utilizado impongan³.

Esto, unido a la extraordinaria capacidad de procesamiento, almacenamiento y envío de datos, se traduce, como comprobaremos más adelante, en la dificultad de supervisión y control que preside la red⁴. Internet, al contar con una estructura descentralizada y no jerarquizada, no permite la existencia natural de órganos o instituciones de control. En consecuencia, a pesar de que es posible aprobar protocolos de actuación en clave de seguridad, como el rastreo de direcciones IP o la censura sistemática, un control exhaustivo de tal ingente cantidad de información es absolutamente inviable⁵.

Así pues, gracias a esta característica, el ciberespacio es un terreno especialmente proclive para facilitar conductas ilícitas en las que una transmisión clandestina de una gran cantidad de información resulta crucial. Por ende, injustos como el *phishing*, los daños informáticos vía virus, los delitos de piratería contra la propiedad intelectual o para la difusión de pornografía infantil, entre otros, son potenciados por las bondades técnicas de las nuevas tecnologías.

En la misma línea, es necesario subrayar también el inabarcable número de usuarios que utilizan la red y la frecuencia de acceso y de uso que estos hacen de esta tecnología⁶. Los sistemas informáticos con acceso a Internet han copado todas y cada una de nuestras actividades cotidianas y derivan

² *Ídem*, 3.

³ Antonio Asencio Guillén, «El ciberespacio como sistema y entorno social: una propuesta teórica a partir de Niklas Luhmann», *Comunicación y Sociedad*, vol. 31, núm. 1 (2018): 23-36.

⁴ Carlos María Romeo Casabona, «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», 3.

⁵ Lawrence Lessig, «Las leyes del ciberespacio», *THEMIS: revista de Derecho*, núm. 1 (2002): 171-179.

⁶ Carlos María Romeo Casabona, «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», 3.

irremediamente al hecho de que son escasos los momentos en el día en el que no intercambiamos, al menos, un par de mensajes instantáneos o en los que no descargamos o subimos información a la red⁷.

Como consecuencia, estos millones de usuarios diarios podemos ser tanto potenciales víctimas como los propios sujetos activos de hechos ilícitos, sin necesidad de una mayor preparación o tener acceso a ningún tipo de herramienta electrónica determinada⁸: el mero hecho de estar conectado a Internet y poder interactuar en el ciberespacio es condición suficiente para ser víctima o participar activamente en la comisión de un delito, gracias a la libre circulación y navegación que preside el sistema.

Asimismo, las posibilidades de anonimato y/o simulación de personalidad que la red permite facilitan la comisión delictiva y la decisión de perpetrar el injusto y, al mismo tiempo, dificultan la persecución del mismo⁹. Es posible que el rechazo y las inherentes represalias sociales lleven a un potencial delincuente a no cometer un injusto penal en el espacio tradicional, pero que el ciberespacio y la posible eliminación de estas consecuencias lo impulsen a tomar la decisión criminal. Además, siendo factible el seguimiento del rastro digital que una dirección concreta deja tras su navegación, pudiendo así identificar el terminal desde el cual se llevaron a cabo los actos que derivaron en la comisión de un delito, es siempre tarea complicada el identificar quién en concreto hizo uso de ese sistema informático en el momento de los hechos.

Por ello, estos caracteres de inimaginable número de usuarios y consultas diarias, junto con el anonimato y dificultad de persecución en la red, convierten el ciberespacio en un escenario adecuado para la perpetración de ilícitos como el *phishing*, el *pharming*, los delitos de espionaje informático, el blanqueo de capitales, los delitos de acoso sexual vía redes, el *stalking*, los delitos de injurias y calumnias, las amenazas, coacciones o extorsiones, la incitación al odio o a la violencia, los delitos de suplantación de personalidad o el ciberterrorismo.

Por último, las características lógicas de las TIC permiten que estas sean alteradas e intervenidas en cualquier momento por (casi) cualquier usuario, lo que se concreta en el permanente interrogante de si en realidad llegó a alterarse un dato o un fichero y desde qué terminal se llevó a cabo dicho movimiento¹⁰.

⁷ Francisco Javier Valiente García, «Comunidades virtuales en el ciberespacio», *Doxa comunicación: revista interdisciplinar de estudios de comunicación y ciencias sociales*, núm. 2 (2004): 137-150.

⁸ Alberto Hernández Moreno, «Ciberseguridad y confianza en el ámbito digital», *Información Comercial Española, ICE: revista de economía*, núm. 897 (2017): 55-66.

⁹ Lawrence Lessig, «Las leyes del ciberespacio», 171-179.

¹⁰ Carlos María Romeo Casabona, «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», 3.

Siendo esto así, son habituales los casos en los cuales se tiene acceso a información sin el consentimiento de sus responsables o creadores o se manipulan y alteran datos con propósitos presididos por la mala fe en entornos empresariales. Siempre desde la cómoda posición de anonimato que la red otorga y la dificultad de persecución que acabamos de subrayar¹¹.

Ejemplos de delitos que aprovechan estos factores son los de defraudación y hurto de tiempo por uso de sistemas de telecomunicaciones, los de daños informáticos, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los de espionaje informático y secretos de empresa, los de falsedad de documentos y tarjetas, los delitos de pornografía infantil y los de descubrimiento y revelación de secretos.

2. La cifra negra en los ciberdelitos

También es necesario tratar la cuestión de la cifra negra existente¹² en la ciberdelincuencia.

Si bien los informes de la Fiscalía General del Estado apenas hacen mención de la cibercriminalidad, desde muchos ámbitos se sigue afirmando que su amenaza es creciente y nuestra propia experiencia de uso nos dicta que la frecuencia criminal en el ciberespacio no hace más que ir en aumento. Es más, se percibe un ambiente contradictorio en torno a esta cuestión, ya que se exageran ciertos aspectos, en un tono alarmista, sobre la ciberdelincuencia, a la vez que se banalizan otros, restándole importancia a la cuestión¹³.

Esto es debido a la exageración de ciertos peligros en la red, con el exceso de publicidad que se les otorga a ciertas amenazas virtuales, junto con la desinformación y el desconocimiento que preside la cuestión para el público general. Lo cual deriva en una alarma inicial cuando, por ejemplo, llega a nuestros oídos un ataque de denegación de servicio contra un partido político y se convierte en incredulidad y minusvaloración si escuchamos la creciente posibilidad de un ciberataque terrorista¹⁴. Más aún, si la amenaza sobre los inminentes peligros de la red e Internet se lleva prolongando durante varios años y, sin embargo, la percepción es que nuestros tribunales siguen

¹¹ Francisco Javier Valiente García, «Comunidades virtuales en el ciberespacio», 139.

¹² Miguel Gómez Perals, «Los delitos informáticos en el derecho español, en Informática y Derecho», *Informática y Derecho: revista iberoamericana de Derecho informático*, n° 4 (1994): 483.

¹³ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2012), 289.

¹⁴ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 289-291.

ocupándose de delitos contra la seguridad vial, de violencia de género y de tráfico de drogas, esencialmente.

A continuación, se enumeran los factores que dan pie al fenómeno de la cifra negra en los ciberdelitos.

Un primer factor relevante, a día de hoy, para la justificación del fenómeno es sin duda el elevado nivel de tecnicidad que ha alcanzado la tecnología en su parcela informática, lo que dificulta enormemente las tareas de persecución de los delitos¹⁵. La autoridad policial y judicial se encuentran, en ocasiones, faltos de medios a la hora de investigar e instruir ciertas causas ciberdelictivas por lo complejo de su desarrollo y la alta cualificación de los delincuentes en la red¹⁶.

Es más, la tarea más complicada a la hora de instruir un cibercrimen suele ser la inicial de identificar al presunto criminal, puesto que las denuncias en muchas ocasiones no van dirigidas a un usuario determinado, sino que las casuística es muy variada, pero con la característica común de la falta de identificación inicial del denunciado¹⁷: desplazamientos patrimoniales por una estafa informática, daños en sistemas informáticos vía virus o calumnias en redes sociales por medio de un perfil falso, son ejemplos de esto.

Con todo, el anonimato que aporta el ciberespacio, el carácter transnacional del delito y las novedosas reglas espaciotemporales fomentan la cifra negra de la ciberdelincuencia por su dificultad de persecución.

No es desdeñable tampoco la cuestión de que, en ocasiones, las propias víctimas desconocen su condición de sujetos pasivos del delito¹⁸, de nuevo por las características de naturaleza técnica que presiden estos supuestos¹⁹. Son habituales las intromisiones en sistemas informáticos ajenos por vías telemáticas a tiempo real, sin que el perjudicado logre tomar conciencia del potencial delito, o los ataques, copias y transmisiones de estos bienes informáticos sin dejar rastro²⁰, lo que deriva en que el sujeto pasivo no tome conciencia de la lesión que ha sufrido o lo haga una vez transcurrido un periodo

¹⁵ Luis Miguel Reyna Alfaro, «Aproximaciones criminológicas al delito informático», *Capítulo Criminológico*, vol. 31, núm. 4 (2003), 99.

¹⁶ José Luis de la Cuesta Arzamendi y Ana Isabel Pérez Machío, «Ciberdelincuentes y cibervíctimas», *Derecho penal informático*, ed. por De la Cuesta Arzamendi, José Luis (Pamplona, Editorial Civitas - Thomson Reuters, 2010), 116.

¹⁷ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 295.

¹⁸ M. Carmen Alastuey Dobón, «Apuntes sobre la perspectiva criminológica de la delincuencia informática patrimonial», *Informática y Derecho: revista iberoamericana de Derecho informático*, nº 4 (1994): 457.

¹⁹ José Luis de la Cuesta Arzamendi y Ana Isabel Pérez Machío, «Ciberdelincuentes y cibervíctimas», 116.

²⁰ Esther Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2002), 27.

de tiempo²¹. Otro ejemplo de esta situación lo puede constituir el caso en el que un usuario de una red social injurie o calumnie a otro, sin que este último se percate, lo que no impida que el resto de los usuarios del servicio consuman dicha información, potencialmente delictiva que, generalmente, nunca será denunciada. Esto es, existe una *macro-victimización*²² muy difícil de determinar y cuantificar, que a menudo es percibida por la víctima cuando ya es absurdo ejercer acciones legales por los costes que estas acarrearían o por haber prescrito o, incluso, que nunca es percibida por esta²³.

También es habitual el supuesto en el cual la víctima sí es consciente del ciberataque en un primer momento, pero no considera que este pueda ser constitutivo de delito: este es generalmente el caso de las infecciones por virus, los envíos de *spam*, los casos de *phishing* o *pharming*, el acceso informático ilícito por *hacking*, a pesar de que en algunos supuestos, en especial los patrimoniales, se trate de ilícitos en grado de tentativa, si aún no se ha llevado a cabo el pertinente desplazamiento patrimonial²⁴.

En el ámbito empresarial, además, se debe tomar en consideración la cuestión de la publicidad negativa que puede influir sobre una corporación que ve vulnerado su sistema informático²⁵. Aquí debemos tener en cuenta es desprestigio que esto supone para la seguridad del sistema informático de la empresa y para la seguridad de esta en general, lo que puede derivar en una pérdida de confianza de inversores y clientes en su gestión. Como añadidura, es más que probable que estos últimos también vean la posibilidad de que sus datos personales o sociales se vuelvan accesibles a los delincuentes que han burlado los sistemas informáticos de la empresa en cuestión²⁶. Todo esto deriva, como es lógico, en la no denuncia por parte de los responsables de la mercantil y la contribución así a la cifra negra de la ciberdelincuencia²⁷.

²¹ Carlos María Romeo Casabona y José Antonio Martín Pallín, *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del Derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información*, (Madrid: Editorial Fundesco, 1988), 38.

²² Moisés Barrio Andrés, *Ciberdelitos: amenazas criminales del ciberespacio*, (Madrid: Editorial Reus, 2017), 49.

²³ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 296.

²⁴ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 297.

²⁵ José Luis de la Cuesta Arzamendi y Ana Isabel Pérez Machío, «Ciberdelincuentes y cibervíctimas», 117.

²⁶ Carlos María Romeo Casabona y José Antonio Martín Pallín, *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del Derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información*, 39.

²⁷ Esther Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, 37.

Es muy relevante también el papel de los menores, tanto como sujetos activos de los cibberdelitos, como en el perfil de víctimas, y su contribución al fenómeno de cifra negra. Puesto que, a pesar de constituir el colectivo más victimizado y digitalizado²⁸, tiene un escaso impacto en la estadística de cibbercriminalidad y en los tribunales de justicia. MONTIEL JUAN²⁹, en su estudio criminológico en torno a esta concreta cuestión, apunta como posibles explicaciones, además de que ciertas conductas no revistan la gravedad suficiente para ser catalogadas como delito, la transversalidad de las formas de delincuencia que pueden así manifestarse en ilícitos de muy diversa naturaleza, la ausencia de pruebas impidiendo su imputación y esclarecimiento, las dificultades técnicas de registrar el componente cibbernético o la propia reticencia a denunciar los hechos por parte de los menores.

Por último, existen también cibbervíctimas que deciden no denunciar los hechos por la falta de confianza en el sistema judicial, dadas las dificultades de averiguación que acabamos de exponer. Esto es bastante común en el caso de los delitos patrimoniales en los que la pérdida económica no es demasiado elevada, en los cuales el sujeto pasivo opta por asumir el perjuicio económico causado por el cibberdelito, en lugar de afrontar los costes económicos y morales que acarrea un proceso judicial sin garantía de éxito³⁰.

Así pues, la doctrina introduce el término *invisibilidad del delito informático*³¹ relativa a la sensación que produce en la opinión pública este fenómeno delictivo derivado, en suma, por las características de diversa índole que están siendo analizadas en el presente apartado: las características técnicas, lógicas y de uso de las TIC, la reinención de las reglas de espacio y tiempo y las dificultades de investigación y persecución aparejadas a estos delitos, principalmente.

Por todo ello, DE LA CUESTA³² propone centrar la discusión doctrinal en un plano victimológico, con el objetivo de acabar con la impunidad de este tipo de conductas y visibilizar los casos de delitos cibbernéticos. Afirma que el camino a seguir es, a su juicio, la adopción de estrategias preventivas de incremento del riesgo y del esfuerzo a la hora de la comisión del delito y la presentación de denuncias por parte de los afectados. Lo cual contribuirá,

²⁸ Irene Montiel Juan, «Cibbercriminalidad social juvenil: la cifra negra», *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 22 (2016), 119-131.

²⁹ *Ídem*.

³⁰ Fernando Miró Linares, *El cibbercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el cibberespacio*, 297.

³¹ Luis Miguel Reyna Alfaro, «Aproximaciones criminológicas al delito informático», 100 o Myriam Herrera Moreno, «El fraude informático en el Derecho penal español», *Actualidad penal*, nº 39 (2001), 925.

³² José Luis de la Cuesta Arzamendi y Ana Isabel Pérez Machío, «Cibberdelincuentes y cibbervíctimas», 118.

como consecuencia directa, en un mayor conocimiento de estos ilícitos tanto por parte de la generalidad y potenciales víctimas, como por parte de la Administración de Justicia.

ACURIO DEL PINO³³ apostilla que con el fin de conseguir una prevención efectiva de la criminalidad informática es necesario un análisis de las necesidades de protección y las fuentes de peligro, con el fin de que las potenciales víctimas conozcan las técnicas de manipulación y las formas de prevención y encubrimiento.

En definitiva, resulta obvio que la cuestión de la cifra negra está haciendo un flaco favor a una futura reducción de la tasa de ciberdelincuencia a nivel global y que la política-criminal de los estados debe centrar sus esfuerzos en la visibilidad del problema y de los riesgos que el ciberespacio alberga para sus usuarios, en la minimización de los riesgos para las víctimas (con especial hincapié en el ámbito empresarial) y en la formación en materia de ciberseguridad para los ciudadanos como mejor herramienta de prevención ante este tipo de delitos en constante aumento.

3. *La contribución de la víctima en el ciberdelito*

Un tercer punto que subrayar, esta vez desde el plano victimológico³⁴, es la contribución de la víctima a la comisión de ciertos delitos, partiendo de la base de que el sujeto pasivo no suele ser un elemento neutro en los casos de ciberdelitos.

De hecho, son muchos los ciberataques que se realizan en la red sin una víctima concreta, acciones que encuentran su objetivo final en el momento en el que un usuario de Internet interactúa con esta y se convierte en víctima³⁵. Es decir, el criminal no tiene un papel tan determinante en el ciberespacio como en el espacio tradicional, ya que para que el cibercrimen exista es necesario que la potencial víctima esté en la red, que interactúe de alguna manera con el ciberdelincuente y que no esté protegido de un posible ciberataque³⁶.

³³ Santiago Martín Acurio del Pino, «La delincuencia informática transnacional y la UDIMP», *AR: Revista de Derecho informático*, nº 95 (2006), 17.

³⁴ En Fernando Miró Llinares, «La victimización por cibercriminalidad social: un estudio a partir de las teorías de las actividades cotidianas en el ciberespacio», *Revista española de investigación criminológica REIC*, núm. 11 (2013) se lleva a cabo un estudio estrictamente criminológico, que escapa del objeto de estudio del presente trabajo, que busca medir los niveles de cibervictimización social y, además, plantear estrategias de prevención en este sentido.

³⁵ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 191.

³⁶ Fernando Miró Llinares, «La oportunidad criminal en el ciberespacio», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 13 (2011), 47.

MIRÓ LLINARES³⁷ expone tres factores principales por los cuales se puede afirmar que el sujeto pasivo del ciberdelito tiene un papel fundamental en su comisión y, por ende, en su potencial prevención. En primer lugar, apunta que el usuario de la red escoge los valores que introduce en la red y, por tanto, pueden ser potencialmente afectados por un crimen virtual. En segundo lugar, expone que existen ciertas conductas más peligrosas que otras que pueden llevarse a cabo en la red y que, en aras de aumentar nuestra seguridad y evitar ser víctima de un ciberdelito, podríamos evitar. En especial al ser conductas identificables por cualquier usuario medio de Internet. Además, afirma que, a diferencia que en un espacio delictivo físico tradicional, el establecimiento de guardianes o barreras para evitar la ciberdelincuencia es extremadamente sencilla en el mundo virtual (*firewalls*, *software* antivirus o control parental, entre otros).

Además, sobre la teoría delimitación de los riesgos a los que se expone la víctima de un ciberdelito, por las particularidades de los entornos virtuales, es relevante que el usuario se enfrenta a menudo a dificultades para controlar la información, para limitar su permanencia en el tiempo y la huella de su actividad digital y para controlar la proyección expansiva al abrirse a un grupo de ofensores más amplio y diverso, en comparación con el espacio delictivo tradicional³⁸.

Asimismo, podemos exponer dos factores que ayudan a comprender mejor la posición de la víctima en el cibercrimen.

El primero de ellos es el efecto desinhibidor u *online disinhibition effect*³⁹ que se analiza el comportamiento de las víctimas en la red y se traduce en que existen usuarios habituales de Internet que dicen y hacen cosas en el ciberespacio que no dirían ni harían en el espacio físico tradicional. En el sentido en el cual estos usuarios son más directos, menos constreñidos y se expresan de una forma mucho más abierta en sus relaciones virtuales. Esto puede resultar en oportunidades delictivas para los ciberdelincuentes, puesto que los usuarios de Internet que actúan bajo el efecto desinhibidor son más proclives a revelar información personal en Internet, a mantener relaciones más íntimas

³⁷ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 191-193.

³⁸ José Ramón Agustina Sanllehi, «Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 114 (2014): 156-157.

³⁹ Concepto introducido en John Suler, «The online disinhibition effect», *Cyberpsychology and Behavior*, vol. 7, núm. 3 (2004), el cual enumera los siguientes elementos y oportunidades del ciberespacio para explicar el fenómeno: anonimidad disociativa, invisibilidad, asincronicidad, introyección solipsística o que la persona imagine datos sobre la persona con la que interactúa en la red, imaginación disociativa y minimización del status y autoridad.

que las que tienen en el espacio tradicional o a ser parte de enfrentamientos *online*⁴⁰.

El segundo factor, mucho más obvio, es la ingenuidad y la irreflexión que preside en ocasiones nuestra actividad en la red y que deja vía libre a quien desee cometer un delito en el ciberespacio⁴¹. Esta característica es bastante común, sobre todo, en el segmento de edad de los más jóvenes quienes, movidos por la necesidad social de compartir contenido de forma constante y maravillados por la inmediatez que les proporciona Internet, ni tan siquiera reflexionan antes de subir y descargar información de la red, en forma de sonido, texto o imagen.

4. *La relatividad temporal de los ciberdelitos*

Es muy relevante mencionar también que la contracción de las distancias que caracteriza al ciberespacio tiene dos consecuencias sencillas y directas en la percepción temporal en este lugar de comisión de delitos. Por un lado, la importancia del factor tiempo se multiplica por el simple hecho de que el espacio no sea ya un obstáculo para las interacciones virtuales; por otro, al eliminar las distancias, el factor tiempo también se contrae en el mundo virtual⁴².

Las leyes temporales que rigen nuestro sistema penal tradicional se ven, así, alteradas por el ciberespacio. Las características técnicas y lógicas que hemos analizado y las facilidades de tratamiento y procesamiento de la información ofrecen a los usuarios de Internet la posibilidad de actuar en la red de forma instantánea o por medio de programas con actuación retardada o controlada en el tiempo. Asimismo, estas comunicaciones telemáticas permiten a un potencial criminal actuar en tiempo real en espacios distantes⁴³.

Todo ello, multiplica la posibilidades de comisión delictiva, rompiendo con los límites que la necesidad de encontrarse en un momento determinado en un lugar concreto de la delincuencia tradicional impone y, a su vez, dificulta también la investigación, persecución y enjuiciamiento de los cibercrímenes.

Pues es latente la posibilidad que dan las redes de contar con un alto grado de separación temporal entre la comisión del hecho ilícito y la materialización

⁴⁰ José Ramón Agustina Sanllehí, «Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización», 162-164.

⁴¹ *Ídem*, 165-167.

⁴² Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 148.

⁴³ Elena Davara Fernández de Marcos y Laura Davara Fernández de Marcos, *Delitos informáticos*, (Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2017), 38.

final del mismo en un posible resultado lesivo, si bien la doctrina lo ha catalogado en la figura del delito continuado. Lo cual deriva, en más de una ocasión, a la imposibilidad material de determinar de forma exacta el momento concreto de consumación del delito ya que, a pesar de que el sujeto activo haya podido llevar a cabo todos los actos que objetivamente darían lugar a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico en el espacio delictivo tradicional, puede que no exista aún afectación alguna en el valor protegido⁴⁴.

Una cuestión concreta en relación a la reglas temporales en el ciberespacio es la de la caducidad de los *logs*⁴⁵. Resulta que el tamaño de los discos duros es limitado y, por ende, cuando transcurre un periodo de tiempo (variable dependiendo de la capacidad de almacenamiento de cada terminal) la información relativa al programa o sistema concreto se sobrescribe, borrando el rastro electrónico de una actuación delictiva en la red, en su caso. Es por esto por lo que la investigación en cuestiones de ciberdelincuencia tiene cierta premura, a no ser que el programa no presente actividad, ya que en ese caso el *log* dejaría de almacenar información nueva, pudiendo estar tanto en el ordenador del autor, como en el de la víctima e, incluso, en algún sistema intermediario⁴⁶.

Además del carácter instantáneo y programable de las comunicaciones en el ciberespacio, es posible que estas adquieran, si así lo desea el usuario, un carácter perenne en la red, a pesar de que el esfuerzo comunicativo solo dure un instante. Este es el caso de los virus, por medio de los cuales somos capaces de alojar una comunicación en la red que se perpetúa en el tiempo, lo que deriva a que el resto de los usuarios de Internet puedan ser infectados por nuestra interacción en cualquier momento, siempre que sea posterior al de la acción inicial. Lo que va en clara contradicción a las reglas del espacio delictivo tradicional, puesto que las acciones producen un efecto en un momento determinado y, si sus efectos son duraderos en el tiempo, sus consecuencias son mucho más controlables que las de un envío de información en el ciberespacio⁴⁷.

⁴⁴ Enrique Rovira del Canto, *Delincuencia informática y fraudes informáticos* (Granada: Editorial Comares, 2002), 96-97.

⁴⁵ En Manuel Viota Maestre, «Problemas relacionados con la investigación de los denominados delitos informáticos (ámbito espacial y temporal, participación criminal y otros)», *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 4 (2007), 243 se habla de los *logs* que se tratan de unos ficheros donde se almacenan todos los datos de un programa o sistema creado, con el fin de comprobar en todo momento la coherencia entre el funcionamiento del sistema y su diseño.

⁴⁶ Manuel Viota Maestre, «Problemas relacionados con la investigación de los denominados delitos informáticos (ámbito espacial y temporal, participación criminal y otros)», 247-248.

⁴⁷ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 150-151.

II. LA PLURALIDAD DE VÍCTIMAS Y LA ELEVADA LESIVIDAD DE LOS CIBERDELITOS

En este segundo apartado, por ende, tratamos de desarrollar los caracteres que traen como consecuencia la existencia de una pluralidad de sujetos pasivos en los delitos cibernéticos y su consiguiente lesividad elevada.

ROVIRA DEL CANTO⁴⁸ entiende que dichos fenómenos que presentan los cibercrímenes son consecuencia de la *permanencia del hecho*, la cual tiene su base en la repetición y el automatismo⁴⁹ que la red permite respecto de las conductas delictivas. Suceso que se repite cada vez que el delincuente es capaz de encontrar una laguna en el sistema informático por medio de la cual puede perpetrar un cibercrimen, dada la rígida organización que caracteriza a un equipo de procesamiento de datos. También SIEBER⁵⁰, unos años antes, advertía de la *permanencia y automatismo del hecho* respecto de los ilícitos patrimoniales cometidos por fenómenos de delincuencia informática, característica trasladable a la ciberdelincuencia, al ser esta última una concreción de la primera.

Tradicionalmente, se ha relacionado la comisión de ilícitos patrimoniales por medio de sistemas informáticos con un perjuicio económico superior a los cometidos por otros medios⁵¹, jugando un papel clave en este aspecto la interconexión de las actividades económicas y el efecto cascada que estas pueden producir, al poder extender su afectación a un número importante de entidades del sector⁵². Actualizando a las formas criminales actuales, por tanto, los delitos ciber-económicos procuran a quienes los cometen, con carácter general, elevadas ganancias⁵³.

En concreto, GÓMEZ PERALS⁵⁴ apunta que la rentabilidad de estos delitos es una tercera parte superior al resto, o bien por la sustracción en contadas ocasiones de grandes cantidades, o bien por la recurrente apropiación de importes

⁴⁸ Enrique Rovira del Canto, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, 77-79, donde se refiere a la delincuencia informática, pero es una característica aplicable a la ciberdelincuencia, al ser esta última una concreción de la primera.

⁴⁹ M. Carmen Alastuey Dobón, «Apuntes sobre la perspectiva criminológica de la delincuencia informática patrimonial», 459.

⁵⁰ Ulrich Sieber, «Criminalidad informática: peligro y prevención», en *Delincuencia informática*, ed. por Santiago Mir Puig (Barcelona: Editorial PPU, 1992), 29-30.

⁵¹ Rovira del Canto, *Delincuencia informática...*, 79.

⁵² De la Cuesta Arzamendi, Pérez Machío y San Juan Guillén, «Aproximaciones criminológicas a la realidad de los ciberdelitos», 86-87.

⁵³ Alastuey Dobón, «Apuntes sobre la perspectiva criminológica de la delincuencia informática patrimonial», 459.

⁵⁴ Miguel Gómez Peral, «Los delitos informáticos en el derecho español, en *Informática y Derecho*», 483-484.

más pequeños. También ÁLVAREZ VIZCAYA⁵⁵ alerta sobre esta cuestión cuando afirma que el perjuicio económico que causan estos delitos difícilmente puede compararse con los perjuicios derivados de la delincuencia tradicional.

Debemos sumar a esto algo que pone de relieve ROVIRA DEL CANTO⁵⁶ cuando argumenta que existe, además, otra causa que convierte a los delitos cibernéticos de contenido patrimonial en especialmente lesivos para el bien jurídico que protegen: que el objeto del delito es el llamado *dinero contable*. Dicho de otra forma, que la cantidad máxima de sustracción en un delito informático no se limita al dinero que en el momento preciso de la comisión del delito el sujeto pasivo posee o tiene en caja, sino que se extiende a todo lo disponible en un soporte informático, cantidad habitualmente superior.

Este carácter de capacidad lesiva potenciada lo mantienen, no obstante, los ilícitos cibernéticos de nueva creación que no afectan tan solo al patrimonio de las víctimas, sino que extienden su capacidad de afectación a bienes jurídicos de todas las esferas de la vida de los ciudadanos (intimidad, honor, libertad, libertad sexual, moral, seguridad del estado, etc.)⁵⁷. Así pues, a pesar de que ya no es siempre reflejo del perjuicio económico creado por el delito, la lesividad extensa y elevada sigue siendo un elemento de estos crímenes desde un punto de vista material del concepto y se traduce tanto en un mayor desvalor de resultado en cada acción delictiva virtual, como en la posibilidad de afectación a un mayor número de usuarios de Internet.

Algo que, desafortunadamente, dificulta enormemente la detección e investigación de los cibercrímenes⁵⁸ ya que, en ocasiones, las conductas que conforman todo el proceso criminal consideradas individual y aisladamente, no son de suficiente gravedad como para constituir un hecho delictivo, lo que deriva en la imposibilidad de analizar la lesividad global del conjunto de conductas concretas, a pesar de que estas causen una extensa afectación y un elevado resultado perjudicial total⁵⁹.

Ahora bien, es cierto que este dato no constituye una novedad atribuible de forma exclusiva y originaria a Internet, ni siquiera a los sistemas informáticos, sino que este efecto de superior capacidad lesiva ha sido tratado y resuelto ya doctrinalmente en otros ámbitos de carácter tradicional⁶⁰.

⁵⁵ Maite Álvarez Vizcaya, «Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red», *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 10 (2001): 264-265.

⁵⁶ Rovira del Canto, *Delincuencia informática...*, 81.

⁵⁷ De la Cuesta Arzamendi, Pérez Machío y San Juan Guillén, «Aproximaciones criminológicas a la realidad de los ciberdelitos», 87.

⁵⁸ Ídem, 88.

⁵⁹ Rovira del Canto, *Delincuencia informática...*, 81.

⁶⁰ Juan José González Rus, «Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en Internet», *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 4 (2007): 33.

Un ejemplo de este fenómeno lo constituyen los atentados al honor perpetrados vía medios de comunicación, como la televisión, los periódicos, la radio, las publicaciones periódicas o revistas. Los cuales ya aportan el efecto multiplicador que la red y los sistemas informáticos pueden añadir a ciertos delitos de injurias, calumnias, entre otros. No es desdeñable, sin embargo, el hecho de que la red no solo facilita la difusión, sino que también abarata considerablemente los costes y favorece la comunicación y el intercambio instantáneo de información con personas afines, a diferencia de los medios de comunicación tradicionales⁶¹.

En otro plano, los delitos tradicionales contra los consumidores presentan una fundamentación paralela, por ejemplo, a los delitos de daños informáticos llevados a cabo por medio de virus, en el sentido en el cual su característica distintiva está basada en la capacidad que presentan de afectación a un número de sujetos muy elevado.

Esto es, tanto en el caso de Internet, como en los supuestos en los que entran en juego las plataformas comunicativas tradicionales, el soporte empleado permite obtener un mayor desvalor de acción o de resultado, o la ampliación y multiplicación del peligro o de la lesión propia del delito, hasta alcanzar un número de sujetos superior al habitual y unas dimensiones de gran envergadura⁶².

III. ENCAJE Y TRATAMIENTO EN NUESTRA LEGISLACIÓN PENAL ACTUAL: EL DELITO CONTINUADO Y EL DELITO MASA

El apartado que sigue trata, así, de arrojar luz sobre la cuestión de cómo trata el Código Penal español las peculiaridades de los ciberdelitos analizadas hasta el momento.

Lo cierto es que dichas características del cibercrimen nos llevan irremediablemente a la construcción dogmática prevista en el art. 74 CP de delito continuado, ya que el sujeto activo afecta a una pluralidad de personas «en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión», tal y como describe el propio precepto. Tanto que, en ocasiones, una sola ocasión es suficiente para afectar a varios sujetos pasivos, infringiendo el mismo tipo penal⁶³.

⁶¹ Carlos María Romeo Casabona, «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», 4.

⁶² Juan José González Rus, «Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en Internet», 33.

⁶³ De la Cuesta Arzamendi, Pérez Machío y San Juan Guillén, «Aproximaciones criminológicas a la realidad de los ciberdelitos», 85.

Según ROMEO CASABONA, además, el hecho de que el autor recurra a procedimientos automatizados para conseguir la afectación a varias personas no está obstaculizado por la exigencia del elemento subjetivo que apuntamos, puesto que, en su ejecución, el sujeto es plenamente consciente y quiere aprovecharse del recurso al procedimiento repetitivo⁶⁴.

Más concretamente, resulta muy recurrente la opción de la subsunción de este tipo de conductas en la figura del delito masa, previsto en el apartado segundo del artículo y que prevé una agravación mayor dependiendo de su nivel de afectación y del perjuicio total causado, en los casos de delitos contra el patrimonio.

Este es el caso, por ejemplo, del delito de *phishing* por medio del cual un delincuente logra hacerse con las contraseñas bancarias de una pluralidad de afectados, tras el envío masivo de un correo electrónico con un enlace que, al acceder, redirige a los sujetos pasivos a una página web, que simula ser el portal oficial de su entidad bancaria. De este modo, con tan solo un *click*, consistente en el envío de cientos de mensajes con idéntico contenido, logra estafar electrónicamente (art. 248. 2 a) del CP) a una pluralidad de víctimas en el momento en el cual se lleva a cabo el acto de disposición patrimonial en su beneficio.

No obstante, no deben pasarse por alto las conductas que no afectan al patrimonio y presentan, de igual manera, el carácter de continuidad delictual, puesto que estas centran su afectación en bienes jurídicos personalísimos, como la integridad moral, el honor o la libertad, lo que las lleva a estar excluidas de la aplicación de la norma del delito continuado en virtud de lo expuesto en el art. 74. 3 CP⁶⁵ (cuando afectan a distintos sujetos).

La cuestión controvertida aquí, sin embargo, se trata de si la respuesta penal que el legislador ofrece a las figuras de delito continuado y, sobre todo, de delito masa (pena superior en uno o dos grados) es suficiente a la vista de la enorme capacidad lesiva de estas conductas que llevan a cabo los ciberdelincuentes, con un desvalor de resultado descomunal⁶⁶, en comparación con lo que requiere la comisión de un delito continuado en el espacio delictivo tradicional. Y, no solo eso, sino si el carácter de anonimato, riesgo reducido y dificultad de persecución que los ciberdelitos ofrecen deben ser tenidos de alguna manera en cuenta en estos supuestos, a la hora de determinar la respuesta penal.

⁶⁴ Romeo Casabona, «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», 27.

⁶⁵ De la Cuesta Arzamendi, Pérez Machío y San Juan Guillén, «Aproximaciones criminológicas a la realidad de los ciberdelitos», 85-86.

⁶⁶ Romeo Casabona, «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», 27.

GONZÁLEZ RUS⁶⁷ no considera, por ende que, desde un punto de vista de técnica penal, la superior capacidad lesiva de los ciberdelitos constituya una novedad de suficiente relevancia como para justificar la creación de bienes jurídicos nuevos o de específicas figuras delictivas. Ahora bien, aboga por la justificación e inclusión de tipos agravados en la redacción de los delitos afectados, en la medida en la que la elevada capacidad lesiva que aporte la comisión delictual por medio de la red configure la conducta como merecedora de respuesta penal de mayor gravedad. Dependiendo del valor de lo defraudado, la entidad del perjuicio o el número de sujetos pasivos, por ejemplo.

En idéntico sentido se pronuncia ROVIRA DEL CANTO⁶⁸ cuando apunta que en los ciberdelitos la cuantía del perjuicio económico, potenciada por la extensa lesividad, no debe afectar a la consumación del delito ni a la existencia del delito en sí, sino que solución legal adecuada es tenerlo únicamente en cuenta para la formulación de tipos agravados y cualificados y para la depuración de la responsabilidad civil correspondiente.

IV. CONCLUSIONES: REFLEXIONES DOGMÁTICAS Y DE POLÍTICA LEGISLATIVA

Así las cosas, son cuatro los principales aspectos distintivos de un posible delito continuado o masa en el ciberespacio respecto a esta figura en el caso de que sea cometida en el espacio delictivo tradicional: la elevada lesividad que presenta, la capacidad de afectación a una pluralidad de víctimas, la facilidad con la que el ciberdelincuente consigue llevar a cabo esta pluralidad de acciones y el carácter anónimo y distanciado de los ilícitos virtuales que derivan en el fácil encubrimiento del delito y la consiguiente dificultad de persecución de este.

Sobre la primera cuestión, en un plano general y a sabiendas de que se trata de un punto digno de largo análisis, es necesario plantearse si son suficientes las penas previstas para algunos de los delitos tradicionales que pueden también cometerse por Internet.

No existen dudas, en los casos en los cuales manipulación está prevista ya en el tipo, como es el caso de la estafa informática del artículo 248. 2 a) del CP o los delitos de daños informáticos.

No es tan claro, por ejemplo, en el caso de un delito de calumnias cabe preguntarse si es proporcional una pena de 6 meses a dos años de prisión por calumniar con publicidad, si tenemos en cuenta que dicha publicidad se definió en su momento como propagar «por medio de la imprenta, la

⁶⁷ Juan José González Rus, «Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en Internet», 33.

⁶⁸ Rovira del Canto, *Delincuencia informática...*, 82.

radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante». La cuestión reside en si Internet en un medio de eficacia semejante hoy en día o su eficacia es brutalmente mayor.

Así pues, se presentan las posibilidades de confiar en que el marco penal propuesto en estos casos es suficientemente amplio para dar respuesta a estos casos de elevada lesividad, escogiendo el juzgador una pena cercana al límite penal máximo o la opción de incluir apartados específicos previendo modalidades agravadas de comisión por medios cibernéticos.

En relación con la afectación a varias víctimas, la legislación penal actual da una respuesta completa y proporcional a los distintos niveles que el ciberdelito que afecte al patrimonio (delito masa) pueda alcanzar vía el artículo 74. 2 CP, puesto que, en estos casos, el precepto prevé que el juzgador tenga en cuenta el perjuicio total causado a la hora de la imposición de la pena, permitiendo agravar el castigo hasta dos grados, sean uno o varios los sujetos afectados.

No obstante, como hemos avanzado, la ciberdelincuencia no afecta hoy en día tan solo al patrimonio de los usuarios de la red, sino que lo económico constituye tan solo una pequeña parte de todos los intereses y valores que cada día están en juego en el mundo *online*. Así pues, resulta aún una incógnita la adecuación de lo que expone el 74. 3 CP a los ilícitos cibernéticos actuales, ya que la excepción sobre los delitos que afectan al honor y la indemnidad sexual no sería aplicable aquí al tener que darse sobre el mismo sujeto pasivo. Por tanto, el juez deberá atenerse a «la naturaleza del hecho y del precepto infringido» para dilucidar el castigo penal adecuado en los casos de pluralidad de víctimas.

Por último, sobre las dos últimas cuestiones relativas a la facilidad de afectación a varias víctimas y el sencillo encubrimiento del hecho, es posible plantearse que sean tenidas en cuenta por medio de las circunstancias agravantes previstas en los artículos 22. 1 y 22. 2 del CP, relativas a la alevosía y el aprovechamiento del lugar para facilitar la impunidad del delincuente que, en este caso, sería Internet.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

a. Libros

BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberdelitos: amenazas criminales del ciberespacio*, (Madrid: Editorial Reus, 2017).

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Delitos informáticos*, (Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2017).

MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2012).

MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2002).

ROMEO CASABONA, Carlos María y MARTÍN PALLÍN, José Antonio, *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del Derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información*, (Madrid: Editorial Fundesco, 1988).

ROVIRA DEL CANTO, Enrique, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, (Granada: Editorial Comares, 2002).

b. Capítulos de libro

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel y SAN JUAN GUILLÉN, César, «Aproximaciones criminológicas a la realidad de los ciberdelitos», *Derecho penal informático*, ed. por DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Pamplona: Editorial Civitas - Thomson Reuters, 2010).

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, «Ciberdelincuentes y cibervíctimas», *Derecho penal informático*, ed. por DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Pamplona, Editorial Civitas - Thomson Reuters, 2010).

ROMEO CASABONA, Carlos María, «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, ed. por ROMEO CASABONA, Carlos María (Granada, Editorial Comares, 2006).

SIEBER, Ulrich, «Criminalidad informática: peligro y prevención», *Delincuencia informática*, ed. por MIR PUIG, Santiago (Barcelona, Editorial PPU, 1992).

SIEBER, Ulrich, «Las medidas de seguridad de los usuarios de ordenadores», *Delincuencia informática*, ed. por MIR PUIG, Santiago (Barcelona, Editorial PPU, 1992).

c. Artículos de revista

ACURIO DEL PINO, Santiago Martín, «La delincuencia informática transnacional y la UDIMP», *AR: Revista de Derecho informático*, nº 95 (2006).

AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, «Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 114 (2014).

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, «Apuntes sobre la perspectiva criminológica de la delincuencia informática patrimonial», *Informática y Derecho: revista iberoamericana de Derecho informático*, nº 4 (1994).

ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite, «Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red», *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 10 (2001).

ASENCIO GUILLÉN, Antonio, «El ciberespacio como sistema y entorno social: una propuesta teórica a partir de Niklas Luhmann», *Comunicación y Sociedad*, vol. 31, núm. 1 (2018).

GÓMEZ PERALS, Miguel, «Los delitos informáticos en el derecho español», *Informática y Derecho*, nº 4 (1994).

- GONZÁLEZ RUS, Juan José, «Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en Internet», *Cuadernos penales José María Lidón*, n° 4 (2007).
- HERNÁNDEZ MORENO, Alberto, «Ciberseguridad y confianza en el ámbito digital», *Información Comercial Española, ICE: revista de economía*, núm. 897 (2017).
- HERRERA MORENO, Myriam, «El fraude informático en el Derecho penal español», *Actualidad penal*, n° 39 (2001).
- LESSIG, Lawrence, «Las leyes del ciberespacio», *THEMIS: revista de Derecho*, núm. 1 (2002).
- MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal en el ciberespacio», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n° 13 (2011).
- MIRÓ LLINARES, Fernando, «La victimización por cibercriminalidad social: un estudio a partir de las teorías de las actividades cotidianas en el ciberespacio», *Revista española de investigación criminológica REIC*, núm. 11 (2013).
- MONTIEL JUAN, Irene, «Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra», *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 22 (2016).
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, «Aproximaciones criminológicas al delito informático», *Capítulo Criminológico*, vol. 31, n° 4 (2003).
- SULER, John, «The online disinhibition effect», *Cyberpsychology and Behavior*, vol. 7, núm. 3 (2004).
- VALIENTE GARCÍA, Francisco Javier, «Comunidades virtuales en el ciberespacio», *Doxa comunicación: revista interdisciplinar de estudios de comunicación y ciencias sociales*, núm. 2 (2004).
- VIOTA MAESTRE, Manuel, «Problemas relacionados con la investigación de los denominados delitos informáticos (ámbito espacial y temporal, participación criminal y otros)», *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 4 (2007).

Estudios

LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE. APUESTA POR EL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD INSTITUCIONAL AL CUIDADO DEL ENTORNO COMO BIEN COMÚN

The legal-constitutional protection of the environment. It is committed to the principle of institutional proximity to the care of the environment as a common good

Ángel B. Gómez Puerto¹

Profesor de Derecho Constitucional
Departamento de Derecho Público y Económico
Universidad de Córdoba
bgomez@uco.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp225-255](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp225-255)

Recibido: 26.06.2019

Aceptado: 12.06.2020

Resumen

En materia de protección de medio ambiente, de gestión de programas públicos de educación, prevención y control, considera el autor que los Ayuntamientos deberían tener cada vez mayor implicación para hacer posible, real y efectivo el derecho a un medio ambiente adecuado, que como principio de la política económica y social proclama nuestro artículo 45 de la Constitución.

En ese objetivo, la entidad local, próxima al territorio y a la población, debe tener también como acción conseguir cada vez más una mayor implicación de la ciudadanía en el respeto y defensa del entorno como bien común. El medio ambiente es cosa de toda la comunidad, un bien común de primer orden.

¹ Código autor en Dialnet: 152953. Blog: <http://gomezpuerto.blogspot.com/>.

Y en paralelo a esas dos líneas de actuación, es fundamental según el autor incrementar la educación ambiental en todos los niveles académicos y poner en marcha campañas de sensibilización dirigidas a la ciudadanía en general. Sólo así tendremos asegurado nuestro derecho al medio ambiente.

Palabras clave

Medio Ambiente; Protección constitucional; Bien común; Educación Ambiental; Políticas públicas participadas.

Abstract

As for protection of environment, of management of public programs of education, prevention and control, thinks the author that the Town halls must have every time major implication to make possible, royal and effective the right to a suitable environment, that as beginning of the economic politics and social proclamation our article 45 of the Constitution.

In this aim, the local authority, next the territory and the population, must have as action obtain also increasingly a major implication of the citizenship in the respect and defense of the environment as common good. The environment is a thing of the whole community, common good of the first order.

And in parallel to these two lines of action, it is fundamental according to the author to increase the environmental education in all the academic levels and start campaigns of awareness directed the citizenship in general. Only this way we will have our right insured to the environment.

Keywords

Environment; Constitutional protection; Common good; Environmental education; Public informed policies.

SUMARIO: I. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. II. ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. III. CIUDADANÍA, CERCANÍA INSTITUCIONAL E INTERÉS GENERAL MEDIO AMBIENTAL: LA PROTECCIÓN DE UN BIEN COMÚN EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA AVANZADA. IV. CONTENIDOS Y METODOLOGÍA PARA UNA ESTRATEGIA LOCAL DE MEDIO AMBIENTE DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA PARA EL PERÍODO DE GOBIERNO LOCAL 2019-2023. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

1. *Ideas previas generales. Origen y evolución histórica de la protección del medio ambiente a nivel internacional*

En los últimos años ya se habla muy poco de la importancia de proteger los valores ambientales. La crisis económica, sus causas y sus consecuencias han provocado el olvido de cuestiones como el medio ambiente. Como reseñemos a continuación, será a partir de la cumbre de Naciones Unidas de Estocolmo de 1972, y sobre todo, tras la Cumbre de Río de 1992, las políticas medioambientales y las normas jurídicas de protección experimentaron un avance notable, que lamentablemente en los últimos diez años cayeron bastante en el olvido.

En lo referente a Andalucía, nuestra tierra, es evidente que cuenta, entre otras potencialidades, con un conjunto de recursos naturales muy destacados, un ingente patrimonio natural. Es nuestra obligación colectiva para con las generaciones futuras conservar esos valores y es en el ámbito local en el que se pueden articular estrategias efectivas y democráticas para este objetivo. El artículo 28 del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 establece la «versión andaluza» del derecho al ambiente en unos términos más actualizados y completo que el artículo 45 de la Constitución Española. Se proclama en el texto estatutario que todas las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable, así como a disfrutar de los recursos naturales, del entorno y el paisaje en condiciones de igualdad.

Se garantiza este derecho mediante una adecuada protección de la diversidad biológica y los procesos ecológicos, el patrimonio natural, el paisaje, el agua, el aire y los recursos naturales. Asimismo se expresa en el artículo 28 que todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos.

Un concepto que considero muy importante recordar en un trabajo de estas características es el de desarrollo sostenible. El libro «Nuestro Futuro Común», que lideró la ex primera Ministra de Noruega Gro Harlem Brundtland, constituyó el primer intento de eliminar la confrontación entre desarrollo y sostenibilidad².

La generación de la preocupación social por la protección del medio ambiente, y la incorporación de esta nueva preocupación social y sentimiento colectivo en los ordenamientos jurídicos occidentales se producen durante el siglo XX, sobre todo en su segunda mitad. La toma de conciencia sobre el grado de deterioro de los recursos naturales hizo necesario que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales se enfrentaran al dilema entre desarrollo económico de los territorios y la protección del medio ambiente.

En este proceso histórico, un punto de inflexión determinante lo constituyó la celebración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano que tuvo lugar en Estocolmo en 1972. A partir de esta fecha, sobre todo en el ámbito de las instituciones de las Comunidades Europeas, se inicia una intensa labor de elaboración y aprobación de normas de protección ambiental que determinará de forma notable el cambio de los ordenamientos jurídicos de los Estados en materia ambiental, y el inicio de un cambio social en cuanto a la sensibilización ciudadana hacia el medio ambiente.

También, entre final de los años sesenta y principios de los setenta, se promueven, a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (firmado en diciembre de 1966 y que entró en vigor en enero de 1977), los llamados Derechos Humanos de Tercera Generación, entre los que se encuentra el derecho al medio ambiente, como un derecho inherente a la persona y con el objetivo del progreso social y elevación del nivel de vida de todos los pueblos.

Precisamente, nuestra Constitución de 1978 se aprueba pocos años después y está inmersa en este nuevo escenario internacional y europeo, aunque todavía no éramos Estado miembro de las Comunidades Europeas. Por tanto, la introducción del artículo 45 en nuestra Constitución (derecho constitucional al medio ambiente y deber de conservar el entorno), con rango de principio rector de la política económica y social, hay que leerlo e interpretarlo en ese nuevo contexto político y jurídico internacional favorable a lo ambiental y en el marco del nuevo constitucionalismo social del momento.

² El denominado «Informe Brundtland», que se presentó en 1987 por la Comisión Mundial Para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU, *definió desarrollo sostenible* como el que tiene como objetivo *satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades* (Meets the needs of the present generation without compromising the ability of future generations to meet their own needs).

En la evolución histórica de la protección jurídica del medio ambiente es central el papel de la Unión Europea, que supuso la adaptación jurídico-ambiental de España con su incorporación en enero de 1986. Con la vigencia de las normas ambientales comunitarias, estatales y autonómicas, se generó en nuestro Estado una compleja trama de normas y políticas ambientales. En este escenario competencial, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales están siendo determinantes tanto en la generación de nuevas normas, como en la ejecución de medidas tendentes a conseguir los objetivos constitucionales de protección del medio ambiente.

La consecuencia histórica, política y jurídica de este proceso ha sido la vigencia en la actualidad de un cuerpo normativo ambiental amplio y variado, así como una estructura administrativa ambiental especializada, con el reto común de garantizar el cumplimiento efectivo de dichas normas, para lo cual es estratégico contar con la implicación y participación activa de la sociedad y de los colectivos implicados.

Recientemente, en 2015, el *Papa Francisco ha publicado la Encíclica Laudato Si`* sobre el cuidado de la Casa Común, considerando al medio ambiente como patrimonio común de la humanidad.

2. *La protección del medio ambiente como objetivo constitucional*

Entre los objetivos del nuevo Estado Social y Democrático de Derecho que se inicia con esta Constitución de 1978 es destacable una nueva y necesaria aspiración de la sociedad española, la protección del medio ambiente, que se consagraba como derecho y como obligación colectiva en el artículo 45 de la Carta Magna: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo»; «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales»; «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».

Ese reconocimiento constitucional de la protección del medio ambiente se produjo, entre otras razones, por influencia de la celebración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente celebrada en Estocolmo en 1972.

Precisamente, nuestra Constitución se aprueba pocos años después de esta cumbre y está inmersa en este nuevo escenario internacional y europeo, aunque todavía no éramos Estado miembro de las Comunidades Europeas. Por tanto, el contenido medioambiental de nuestra Constitución hay que interpretarlo en ese nuevo contexto político y jurídico internacional favorable a lo ambiental.

La Constitución española de 1978 se sumó a esa nueva corriente jurídica internacional. Así, a través del artículo 45 de nuestra constitución, se incorpora por primera vez en nuestro Derecho Constitucional la noción de calidad de vida y se constitucionaliza el deber de conservar el entorno. La obligación constitucional de conservar el medio ambiente se configuró realmente como contenido del Estado Social.

Como hemos apuntado, nuestro texto constitucional al tiempo que consagra el derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado, recoge el deber de conservarlo. Este deber se refuerza con la posible imposición de sanciones penales y administrativas y con la obligación de reparar el daño causado. Una forma de concretar el deber constitucional de conservación fue la inclusión en 1995 en el Código Penal del llamado delito ecológico, reforzado en la reforma que entró en vigor en 2015³, y en la esfera administrativa, con la vigilancia e imposición de sanciones pecuniarias.

Además de esa importante novedad en el Código Penal, en los 40 años de vigencia de la actual Constitución se han aprobado importantes leyes de contenido ambiental que atienden a los objetivos constitucionales antes mencionados⁴.

3. El proceso de la constitucionalización del medio ambiente en nuestro texto constitucional

3.1. Concepto jurídico-constitucional de medio ambiente

Es conveniente e ilustrativo tener presente la literalidad y estructura de contenidos del artículo 45 de nuestra Constitución Española (CE) de 1978, que es la siguiente:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴ Destacables son las aprobadas en las dos primeras décadas del siglo XXI: la Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (actual Real Decreto Legislativo 1/2016, por el que se aprueba su Texto Refundido); Ley 37/2003, del Ruido; Ley 1/2005, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero(modificada por la Ley 13/2010); Ley 27/2006, por la que se regulan los derechos de Acceso a la Información, de Participación Pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental; Ley 34/2007 de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera; Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados; o la Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental

2. *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de 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.*

Cuestión previa e importante es el concepto jurídico de medio ambiente. El profesor italiano Giannini⁵ delimitó el concepto jurídico de medio ambiente catalogándolo en tres posibles versiones: a) en cuanto conservación del paisaje, incluyendo tanto las bellezas naturales como los centros históricos; b) el medio ambiente en cuanto normativa relacionada con la defensa del suelo, del aire y del agua; y c) el ambiente en cuanto objeto de disciplina urbanística.

El profesor Raúl Canosa Usera⁶, al abordar este tema, pone en cuestión incluso el carácter reiterativo del término medio ambiente. Mantiene que sería mejor ambiente, a secas. Parece que el término es producto del lenguaje administrativo que se caracteriza por preferir la expresión más prolija a la más breve. No obstante, desde su empleo por la legislación de los años 70 se ha ido consagrando jurídicamente. En cuanto al contenido del concepto, debido a la fuerza atractiva de lo ambiental, se tiende a la adopción de un concepto amplísimo, inabarcable de medio ambiente, ya que, si nos atenemos a la realidad, ambiente es todo lo que nos rodea. Pero, este concepto tan amplio debilitaría su valor jurídico. Según el autor, el objetivo de los ordenamientos jurídicos debe ser acotar qué bienes pueden calificarse de ambientales.

El constituyente español de 1978 adoptó un concepto de medio ambiente poco nítido, apenas perfilado en su significado jurídico. La tarea clarificadora corresponde al legislador ordinario, que habrá de concretar este concepto en la anhelada ley básica ambiental. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al unísono con ciertos sectores de la doctrina, han apostado por un concepto funcional de medio ambiente: estaríamos ante una norma ambiental cuando su «centro de gravedad» estuviera en lo ambiental, es decir, cuando su principal finalidad fuera la tutela ambiental, el «mantenimiento de un alto nivel de protección del ciclo de la vida».

La sentencia 102/1995, de 26 de junio, del Tribunal Constitucional, pone el acento sobre la relación compleja existente entre todos los factores ambientales: el medio «no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física sino un entramado complejo de las relaciones entre todos esos elementos...».

⁵ Giannini, Massimo S. «Ambiente: aspectos jurídicos», Revista de Derecho Público, 1973.

⁶ Canosa Usera, R. Constitución y medio ambiente. Dykinson, 2000.

Para el Tribunal Constitucional, la dinamicidad del concepto de medio ambiente se conjuga con su carácter antropocéntrico: «...esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica de medio ambiente fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción perteneciente al hoy y operante»⁷ Por tanto, nuestro alto tribunal sostiene un concepto dinámico de medio ambiente, es decir, como entorno vital conformado más que por los elementos considerados aisladamente, por las relaciones entre los distintos factores y elementos ambientales.

3.2. Naturaleza de la protección del medio ambiente en nuestra Constitución

El profesor Delgado Piqueras⁸ ha sostenido que el derecho al medio ambiente no debe ser entendido como el derecho a disfrutar de un ambiente ideal, sino como el derecho a que éste sea preservado, protegido del deterioro y, en su caso, mejorado en el momento y lugar concreto en que se manifieste una situación de degradación efectiva o potencial.

Asimismo, considera que el deber del legislador no consiste en redundar una proclamación general que ya sanciona la Constitución ni tampoco en establecer una definición universalmente válida del derecho, sino en extender y hacer realidad su verificación en los distintos sectores del ordenamiento que le afectan. Esta es, según Delgado Piqueras, la tarea que el constituyente encomienda al legislador, decidir progresivamente en los distintos ámbitos y realidades de conflicto ambiental cuál debe ser el alcance de ese derecho, conjugándolo y armonizándolo con el resto de bienes, valores, principios y derechos igualmente reconocidos en la Constitución.

Por su parte, Jordano Fraga⁹ ha afirmado que la construcción del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como derecho subjetivo es posible en nuestro ordenamiento jurídico por tres razones:

- La primera razón es la que nos ofrece la interpretación literal: si el artículo 45 de la CE utiliza la expresión derecho, lo que se reconoce es un derecho.
- En segundo término, cabe una construcción expansiva en base al artículo 10.2 de la Constitución: el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado y en artículo 12 reconoce el

⁷ Fundamento Jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995.

⁸ Delgado Piqueras, F. «Régimen Jurídico del Derecho Constitucional al Medio Ambiente», Revista Española de Derecho Constitucional, 1993.

⁹ Jordano Fraga, J. «El Derecho a disfrutar de un Medio Ambiente adecuado». Revista electrónica de Derecho Ambiental, Universidad de Sevilla, 2002.

derecho de toda persona al mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente.

- En tercer lugar, el artículo 53.3 de la Constitución es base indiscutible para defender la naturaleza de verdadero derecho subjetivo del derecho consagrado en el artículo 45 de la Constitución.

En opinión de Domper Ferrando¹⁰, el reconocimiento de un derecho del ambiente en las constituciones recientes y la conciencia creciente de la problemática medioambiental, junto al carácter consensuado con que se elaboró nuestra Constitución, abocaron a un reconocimiento expreso del derecho al medio ambiente en su artículo 45. Constitucionalmente en España el medio ambiente se entronca entre los principios rectores de la política económica y social, localizándose en la parte dogmática como un nuevo derecho económico-social: el derecho al medio ambiente y a la calidad de vida.

El profesor Canosa Usera mantiene el contenido incierto y de estructura abierta de este nuevo «derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» (artículo 45.1 de la Constitución), y por tanto, la urgente y necesaria regulación del mismo, pues, no basta la regulación constitucional. Es decir, la inexistencia, aún, en nuestro ordenamiento jurídico de una ley general del medio ambiente, que desarrolle los derechos y principios recogidos en dicho precepto constitucional. Este es un asunto principal del tema que estamos abordando, pues, en nuestro ordenamiento jurídico pasamos de las muy generales normas jurídicas contenidas en el artículo 45 a normas administrativas absolutamente sectoriales y concretas, sin norma general intermedia. Es pues, necesario, determinar legalmente los contenidos del derecho al medio ambiente y el deber de conservarlo.

Este autor también aborda la configuración subjetiva de lo ambiental, la estructura del derecho constitucional a disfrutar de un medio ambiente adecuado para la persona. La primera idea que deja clara es que el reconocimiento del derecho a disfrutar de un ambiente adecuado va poco a poco extendiéndose y encontrando su sitio en ordenamientos jurídicos de la segunda mitad del pasado siglo.

Nuestra Constitución de 1978 es un buen ejemplo de toda esta problemática. El artículo 45 del texto constitucional, que consagra un derecho subjetivo al medio ambiente adecuado, está ubicado sistemáticamente en el capítulo III del título I. En rigor, no es un derecho, sino un principio rector de la política económica y social. Estos principios suponen mandatos al legislador y al resto de los poderes públicos para que orienten su actividad en la senda que marcan estos principios. Se puede concluir que, el reconocimiento

¹⁰ Domper Ferrando, J. *El medio ambiente y la intervención administrativa. Planteamientos constitucionales*. Civitas/Universidad de Zaragoza, 1992

de un derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, al margen de su formulación literal y de su problemático valor como derecho subjetivo típico, es, según el autor, incuestionablemente un principio, y como tal, se proyecta sobre todo el orden jurídico.

La referencia más clara al derecho en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la encontramos en la STC 102/1995, según la cual «el aseguramiento de la solidaridad colectiva que haga posible el ejercicio del derecho a disfrutar del medio y el correlativo deber de conservarlo, legitiman la atribución al Estado de competencias ambientales». En esta misma resolución, el Tribunal Constitucional brinda un importante apoyo a la consideración como fundamental del derecho proclamado en el artículo 45.1, al entender que como emanación de la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución), cada cual tiene el derecho inalienable a habitar en su entorno de acuerdo con sus características culturales¹¹.

3.3. La obligación constitucional de conservar el medio ambiente como contenido del Estado Social

En 1978, la constitucionalización del medio ambiente se realiza en nuestra Carta Magna en una doble vertiente: reconociendo un derecho subjetivo y proclamando unos principios ambientales. En efecto, el artículo 45.2 de la Constitución encarga a los poderes públicos «velar por la utilización racional de los recursos naturales» y «defender y restaurar el medio ambiente». Estos principios han de estar vinculados a los fines que el propio precepto establece, «proteger y mejorar la calidad de vida» y ser un «medio adecuado para el desarrollo de la persona».

Algunos estatutos de autonomía recogen entre los objetivos a alcanzar por las instituciones autonómicas, los ambientales. Así, el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007¹² incluye, entre los objetivos básicos de la acción de los poderes públicos propios: «La mejora de la calidad de vida de los andaluces y andaluzas, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución, junto con el desarrollo de los equipamientos sociales, educativos, culturales y sanitarios, así como la dotación de infraestructuras modernas» (Art. 10.3.7).

Y en su artículo 28 establece, en su apartado primero que «todas las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable, así como a disfrutar de los recursos naturales, del entorno y el

¹¹ Fundamentos jurídicos séptimo y octavo de la STC 102/1995.

¹² Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE de 20 de marzo de 2007).

paisaje en condiciones de igualdad, debiendo hacer un uso responsable del mismo para evitar su deterioro y conservarlo para las generaciones futuras, de acuerdo con lo que determinen las leyes».

En su apartado segundo garantiza «este derecho mediante una adecuada protección de la diversidad biológica y los procesos ecológicos, el patrimonio natural, el paisaje, el agua, el aire y los recursos naturales».

Y por último, proclama que «todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos, en los términos que establezcan las leyes».

En cuanto a la eficacia normativa de los principios ambientales que recoge nuestra Constitución, la primera idea que hay que dejar clara es que, como todos los preceptos del Capítulo III del Título I, la eficacia normativa de los principios que contienen el artículo 45 CE (ubicado en ese capítulo) depende de lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, que regula la eficacia normativa. Textualmente dice este precepto que «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Hay que recordar una cuestión importante respecto a los principios constitucionales del capítulo III, del título I. Estos operan como mandatos al legislador y en consecuencia son normas de cobertura constitucional: al asignar obligaciones a los poderes públicos, vinculan su discrecionalidad al modelo de transformación que impone la Constitución (artículo 9.2 y Capítulo III, del Título I de la Constitución). Esta función de cobertura es, en materia ambiental, bastante clara pues la realización de los objetivos constitucionales ambientales supone importantes sacrificios de otros intereses jurídicos.

Importante es el tema de la integración del medio ambiente en lo que se ha venido en denominar constitucionalismo de lo concreto, es decir, la preocupación de los textos constitucionales por las condiciones de vida del ser humano. Esto es el constitucionalismo social, que a diferencia del liberal, se preocupa de lo concreto, de las condiciones de vida del ser humano, lo que supone un acercamiento de las constituciones al ser humano, al ciudadano. En este sentido hay que entender la inclusión de lo ambiental en las constituciones.

3.4. Regulación constitucional de las infracciones de las normas de protección del medio ambiente

Nuestro artículo 45 de la Constitución Española, al tiempo que consagra el derecho a «disfrutar del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona», en el propio primer apartado, in fine, recoge el «deber de conservarlo». Este deber se refuerza con la posible imposición de sanciones penales

y administrativas y con la obligación de reparar el daño causado (artículo 45.3). No puede haber ejercicio de un derecho si los titulares del derecho no son, a su vez, sujetos del deber de conservar su objeto, el medio ambiente. Sin la solidaria contribución de todos en la conservación del medio, no es posible el goce del derecho, el ejercicio del derecho al medio ambiente.

La naturaleza de este deber ambiental es la propia de un deber constitucional, puesto que no corresponde con el derecho sino que es impuesto objetivamente por la Constitución y desarrollado por otras normas de carácter sectorial. En realidad, gran parte de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico ambiental provienen de directivas comunitarias, transpuestas a la legislación interna.

Una forma de concretar el deber constitucional de conservación ha sido la inclusión en el Código Penal del llamado delito ecológico, y en la esfera administrativa, con la vigilancia e imposición de sanciones. El artículo 45.3 ofrece cobertura constitucional a todas estas formas de garantizar el objetivo constitucional ambiental.

El Tribunal Constitucional, al abordar el régimen administrativo sancionador en el orden ambiental, entiende que esta materia forma parte de la materia ambiental básica, y en consecuencia, las normas que la regulan tienen la consideración de básicas. Las comunidades autónomas tan sólo pueden ampliar y mejorar el régimen sancionador fijado por las normas básicas, pero no disminuirlo ni restringirlo¹³.

3.5. La protección constitucional y estatutaria del medio ambiente como marco referencial de las políticas públicas.

Revisada la principal proclamación medioambiental del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en su versión actualizada de 2007, es interesante destacar que tanto el mismo como nuestra Constitución, establecen una conexión entre calidad de vida y protección ambiental, asunto que es muy importante desde el punto de vista axiológico, de los valores, como concepto de modelo de Estado y de políticas públicas.

Es un asunto central, que también aparece, como hemos dicho, en el artículo 45 de nuestra Constitución, aunque no estrictamente como derecho fundamental especialmente protegido, sino como principio rector de la política social y económica, con valor jurídico no de derecho fundamental, sino de principio informador de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, que no implica aplicabilidad o vinculación directa

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1996.

como derecho fundamental, habiendo que estar a la legislación de desarrollo o actuaciones de los poderes públicos a través de programas de actuación.

En la próxima y necesaria reforma constitucional, debería garantizarse el derecho al medio ambiente como fundamental y no sólo como principio rector de la política social y económica, de aplicación y desarrollo a la voluntad de los poderes públicos y sin capacidad de la ciudadanía de reclamación de ejercicio efectivo.

II. ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

1. *Idea previa*

En materia de protección de medio ambiente, de gestión de programas públicos de educación, prevención y control, considero que los Ayuntamientos debieran tener cada vez mayor implicación para hacer posible, real y efectivo el derecho a un medio ambiente adecuado, que como principio de la política económica y social proclama nuestro artículo 45 de la Constitución.

En ese objetivo, la entidad local, próxima al territorio y a la población, debe tener también como acción conseguir cada vez más una mayor implicación de la ciudadanía en el respeto y defensa del entorno como bien común. El medio ambiente es cosa de toda la comunidad.

2. *Las competencias de la Administración Local*

El profesor Lorenzo Martín-Retortillo¹⁴ mantiene que son importantes tres ideas en el tema de la participación de la Administración Local en la protección y gestión del medio ambiente, que considero vigentes pese a que han transcurrido ya dos décadas de dicha publicación:

- a) El cuidado, la defensa y la protección del medio ambiente serían hoy uno de los signos de nuestro tiempo, una exigencia de racionalidad en que caen de vez de en cuando las sociedades organizadas y con sensibilidad, para llegar a la conclusión de son de inexcusable búsqueda y afianzamiento, sabiendo al mismo tiempo, que constituye una de esas causas nobles por la que vale la pena empeñar sacrificios y esfuerzos.

¹⁴ Martín Retortillo, L. «Administración Local y medio ambiente». Derecho del Medio Ambiente y Administración Local, Civitas, 1996.

- b) En los modernos Estados (incluida España), de la tensión descentralizadora que se deja sentir con fuerza a la hora de dar organización al poder público, con el consiguiente reflejo en el protagonismo que debe corresponder a las entidades locales. Se trataría así del empeño (otra de las exigencias clave de nuestra época) de acercar la Administración a los ciudadanos, en esa búsqueda incesante de fórmulas de participación que revaloricen el papel de las corporaciones locales.
- c) Hay que empecinarse en reclamar con fuerza que el Derecho, lo jurídico, presenta también unas exigencias inexcusables: en el sentido de que la norma, si es importante, es sólo un medio a través del cual intentar conseguir unos resultados; que esa efectiva incidencia sobre la realidad es lo que de hecho importa; en resumen, que de poco vale una norma si luego es sólo objeto de la más hiriente inaplicabilidad. En España, según este autor, se produce este espejismo que se complace con la sola elaboración de normas, acaso sin haberse siquiera tomado la molestia en el trámite de su preparación de calcular si iban a resultar efectivamente aplicables, si se contaba con los medios adecuados, si se asumían los esfuerzos o sacrificios necesarios para hacerlas operativas.

La Carta Europea de la Autonomía Local¹⁵ proclama en su preámbulo «la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder». En el artículo 3.1 considera que «por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes».

El artículo 4.3 preceptúa que «el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía». Y en el precepto 4.4 establece que «las competencias encomendadas a las entidades locales deben ser normalmente plenas y completas. No pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro de la ley».

3. *La autonomía municipal en la Constitución Española de 1978*

Hay recordar que la Constitución Española, en el artículo 137 (Título VIII: Organización Territorial del Estado) proclama que «El Estado se

¹⁵ Aprobada por el Consejo de Europa el 15 de octubre de 1985 y ratificada por España en 1988.

organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Reforzando este principio de distribución territorial de poder, el Tribunal Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones que los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, dada la distribución vertical de poderes y la participación de entidades territoriales de distinto rango¹⁶.

Por su parte, el artículo 140 de la Constitución establece que «La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales.»

4. *La Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)*

La normativa reguladora del régimen local ha experimentado diversas modificaciones desde su aprobación en 1985. A destacar la reforma que constituyó la Ley 57/2003 de medidas para la Modernización del Gobierno Local¹⁷, o la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

El artículo 2.1 de la LRBRL, en consonancia con lo dispuesto en la Carta Europea de la Autonomía Local, proclama que «para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos».

5. *La asignación de competencias concretas a los municipios en materia ambiental la establecen en nuestro ordenamiento jurídico los artículos 25 y 26 de la LRBRL*

El primer apartado del artículo 25 establece un principio general de actuación de las autoridades locales para conseguir sus objetivos: «El municipio,

¹⁶ STC 247/2007.

¹⁷ La conocida como «ley de grandes ciudades» supuso una amplia reforma de la Administración Local.

para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal». Este principio de actuación es muy importante en la materia de la gestión del medio ambiente urbano, para el cual será necesario poner en marcha instrumentos públicos diversos para conseguir asegurar el derecho ciudadano al medio ambiente.

El artículo 25.2 de la LBRL establece la lista general de competencias que deberá ejercer en todo caso el municipio (en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas). De ese listado legal, las siguientes son las competencias que podríamos considerar conectadas con la materia medio ambiente local:

- Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.
- Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.
- Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- Prevención y extinción de incendios.
- Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.
- Protección de la salubridad pública.

Por su parte, el artículo 26.1 de la LBRL establece los servicios que obligatoriamente deberán prestar los municipios, por sí solos o asociados. Indicamos, a efectos ilustrativos, los de contenido ambiental:

Los municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

- En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.
- En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.
- En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, prevención y extinción de incendios.

- En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.

En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios:

- Recogida y tratamiento de residuos.
- Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- Limpieza viaria.

6. *Propuesta general de un modelo de gestión del medio ambiente urbano*

Revisadas las previsiones legales, creo muy importante dejar clara la necesidad de tener en cuenta la variable ambiental en las distintas decisiones y planes referentes a las políticas que desarrolle una Administración Local (transporte público y movilidad, desarrollo local, urbanismo y planificación territorial, turismo, comercio, participación ciudadana, educación e infancia, etc), pues, no es incompatible el desarrollo de la Ciudad y la protección del medio ambiente urbano.

Es más, es que son admisibles modelos de desarrollo económicos insostenibles desde el punto de vista del respeto al entorno, por mucho empleo que pudieran generar. Muy al contrario, el debido cuidado de nuestro entorno puede aportar muchas posibilidades de futuro para los territorios. En este sentido, considero necesario apostar por una idea de ciudad entendida como un entorno de vida saludable, equilibrada en la ordenación del territorio, en la que las personas sean el principal centro de interés de la actuación municipal.

Para conseguir los objetivos de sostenibilidad local, propongo como modelo ambiental para las Administraciones Locales con los siguientes contenidos estratégicos:

- Gestión de los residuos urbanos. Consecución del ciclo integral de los residuos (reducción, reutilización y reciclaje-compostaje), así como potenciación de los servicios de limpieza viaria y la implicación ciudadana para estos cometidos.
- Gestión del agua. Ciclo integral del agua, control en la red de abastecimiento para evitar pérdidas y concienciación social para reducir el consumo de agua.

- Control de la calidad del aire. Contribución desde lo local a la aplicación de normativa autonómica y estatal sobre calidad del aire.
- Urbanismo sostenible. Planificación racional y sostenible de los usos del suelo (incorporación de la variable ambiental en la planificación del territorio). Asimismo, medidas de apoyo a la rehabilitación de viviendas y solares abandonados en el casco histórico, como alternativa a un crecimiento desmedido de las ciudades. Se trata de apostar por la idea de ciudad compacta, evitando la ocupación innecesaria de suelo.
- Transporte urbano y movilidad: potenciar el transporte público colectivo, concienciación para el uso de medios de transporte alternativos, racionalización (reducción) del uso del vehículo privado y apuesta clara por la peatonalización, sobre todo en los cascos históricos y antiguos.
- Apuesta por el uso de bicicleta en el ámbito urbano, como una estrategia de movilidad y de salud pública.
- Gestión de la energía: ahorro y eficacia energética. Potenciar viviendas con técnicas de construcción aislantes (arquitectura bioclimática), así la instalación de fuentes de energía no contaminantes (paneles de energía solar).
- Medidas a nivel local para la reducción de la contaminación acústica producida por ruidos y vibraciones.
- Espacios verdes. Incrementar las zonas verdes de las ciudades hasta alcanzar los objetivos actuales de la Organización Mundial de la Salud: entre 10 y 15 m² de zonas verdes por habitante.
- Protección y rehabilitación del patrimonio histórico de las ciudades, como elemento integrante también del medio ambiente urbano.
- Acciones permanentes de educación ambiental con el doble objetivo transversal de hacer más ambiental la actuación municipal en su conjunto y más comprometida a la ciudadanía.

Desde el punto de vista de la organización municipal, para llevar a efecto con eficacia los objetivos estratégicos ambientales, la Administración Local debe dotarse de Concejalías de Medio Ambiente bien estructuradas desde el punto de vista competencial y presupuestario, que incluyan no sólo la propia delegación municipal de medio ambiente, sino también a todo el sector público local medioambiental (empresas municipales u organismos autónomos de gestión de los residuos, del agua, del transporte público municipal o educación ambiental).

Las Concejalías de Medio Ambiente de carácter mixto con otras delegaciones (urbanismo, obras, etc.) no son lo más adecuado administrativa y

jurídicamente para actuar con eficacia en la protección y defensa del medio ambiente urbano.

Asimismo, es muy importante potenciar mecanismos de participación como pueden ser los Consejos Locales de Medio Ambiente (mecanismo de participación de los colectivos), o el Defensor Ambiental de la Ciudadanía, que acogería las propuestas o quejas de los vecinos sobre todas estas cuestiones, y fiscalizaría la actuaciones y omisiones de las administraciones públicas competentes en materia medioambiental (Autonómica y Local). No obstante, paralelamente también han de potenciarse las medidas de vigilancia, inspección y sanción de las diferentes infracciones a la normativa ambiental general y a las ordenanzas de protección del medio ambiente local.

Especial importancia tiene la participación de los ciudadanos en estas estrategias locales de medio ambiente. La Carta de las Ciudades Europeas hacia la Sostenibilidad¹⁸ destaca especialmente el «protagonismo de los ciudadanos y la participación de la comunidad» en los programas locales de medio ambiente. En concreto, se dice que ha de garantizarse el acceso a la información a todos los ciudadanos y grupos interesados. Se perseguirá, prosigue, por todos los medios la educación y la formación en materia de desarrollo sostenible. Estos principios también se desarrollan en diferentes Programas de Acción de la Unión Europea para el Medio Ambiente de la Unión Europea.

Por su parte, en el Libro Blanco de la Educación Ambiental en España¹⁹, se expresa que «la participación es el proceso de compartir decisiones sobre los asuntos que afectan a la vida de uno mismo y de la comunidad en que vive. De forma específica, la participación ambiental es un proceso que posibilita la implicación directa de los ciudadanos en el conocimiento, la valoración, la prevención y la corrección de los problemas ambientales».

En los grandes municipios el fomento de la educación ambiental y de la participación ciudadana al respecto se ha de considerar un objetivo estratégico que ha de impregnar cada una de las actuaciones que se desarrollan en la gestión del medio ambiente urbano. Los -diferentes programas de educación y concienciación ambiental son el instrumento que permiten la relación directa con los ciudadanos (escolares, universitarios, colectivos verdes, asociaciones de vecinos, etc.) para hacer más eficaz la gestión de la recogida de los residuos, limpieza de nuestras calles y plazas (muy impactadas de suciedad en los eventos festivos), separación y reciclaje de residuos, ahorro en el consumo de agua, ahorro energético, respeto de caminos públicos,

¹⁸ Denominada Carta de Aalborg, Dinamarca, de 27 de mayo de 1994.

¹⁹ De fecha 15 de junio de 1999: pdf disponible en https://www.miteco.gob.es/es/ce-neam/recursos/documentos/blanco_tcm30-77431.pdf

protección de las zonas verdes y espacios naturales, respeto del planeamiento urbanístico, etc.

Toda esta actividad municipal y ciudadana tendría que articularse y potenciarse como una contribución desde lo local a la efectividad del derecho constitucional a un «medio ambiente adecuado», proclamado y consagrado en el artículo 45 de nuestra Constitución, precepto en el que también se establece el «deber de conservarlo» (solidaridad colectiva con el medio ambiente).

Conseguir el compromiso de la ciudadanía, comunidad escolar y universitaria, asociaciones, empresas, medios de comunicación e instituciones, en la cultura del respeto al medio ambiente urbano, es una tarea en la que todos tenemos un papel importante que no debemos ni podemos eludir. Posiblemente, los Ayuntamientos y organismos municipales en su conjunto debieran coordinarse en todas sus acciones de educación y sensibilización ambiental en torno a una sola delegación u organismo municipal, para mayor coherencia y eficacia.

III. CIUDADANÍA, CERCANÍA INSTITUCIONAL E INTERÉS GENERAL MEDIO AMBIENTAL: LA PROTECCIÓN DE UN BIEN COMÚN EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA AVANZADA

1. *Marco conceptual previo. El bien común y los intereses generales. Nuestro modelo constitucional*

La dimensión social del ser humano y su tendencia natural a agregarse en comunidades políticas tiene como fundamento y finalidad la consecución de determinados beneficios generales o comunes. A estos beneficios, en orden a satisfacer las necesidades básicas, el pleno desarrollo humano y la felicidad colectiva, a través de modelos políticos de convivencia, cambiantes en el devenir histórico, es a lo que se suele denominar «bien común».

En la Teoría del Derecho, disciplina jurídica que tiene como objeto de estudio los fundamentos filosóficos del Derecho, se suele situar en el pensamiento de Aristóteles el primer planteamiento filosófico de lo que en siglos posteriores se denominaría como bien común. En su conocida obra «Política», indicaba el pensador griego que la sociedad organizada en la *polis* debería proporcionar a cada uno de sus miembros lo necesario para su bienestar y su felicidad²⁰.

A partir de esta aportación aristotélica, este objetivo político de buscar el bien para la colectividad no dejaría de ser motivo de reflexión y propuesta de

²⁰ Pérez Luño, Antonio E. Teoría del Derecho (capítulo XIX «El Bien Común»). Tecnos, 2017.

los principales pensadores y teóricos del Estado y de la sociedad hasta nuestros días, época contemporánea en la que se acuñaron términos como interés general o colectivo para referirse al originario concepto de bien común, que muy recientemente ha sido recuperado tanto en ámbitos académicos, como políticos y ciudadanos.

La conexión del bien común con los nuevos objetivos del constitucionalismo del siglo XX, derivados de la generación de derechos y libertades de corte social y económico es evidente. La incorporación de los objetivos del Estado Social a los propios del Estado de Derecho y de Estado Democrático hacen que el bien común sea elevado a un objetivo fundamental para hacer efectivo el principio de igualdad, facilitando el progreso colectivo en términos de condiciones de vida digna, para dar pasos hacia el objetivo de la felicidad colectiva. En definitiva, podemos concluir en este punto que el bien común sería asegurar por parte de los poderes públicos que se cumpla la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Además, hemos de tener en cuenta que en nuestro país, vivimos actualmente en un Estado que tiene como objetivo conseguir una «sociedad democrática avanzada», objetivo proclamado en el propio Preámbulo nuestra Constitución, por lo que la ciudadanía y sus intereses generales debieran ser el indiscutible centro de atención de las políticas públicas, entendidas éstas como conjunto de decisiones cuyo objeto es la distribución de los bienes o recursos públicos, tanto entre los individuos que conforman una determinada comunidad, como entre los grupos entre los que se organiza, con el objetivo común de asegurar la felicidad colectiva, el bienestar general del común²¹.

Por este objetivo constitucional y fundacional de nuestro sistema democrático es tan importante la implicación directa de la ciudadanía en defensa de lo común, para situar a los poderes públicos y a las políticas públicas en la senda real de sus obligaciones de defensa de lo que es de todas las personas que componemos una comunidad.

En este marco conceptual tampoco podemos olvidar que nuestra Constitución apuesta, en su modelo de «constitución económica», no sólo por la libre economía de mercado, sino que también aparece en preceptos fundamentales la apuesta por la iniciativa pública en la actividad económica y por la economía social, llegando a proclamar que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general» (artículo 128). Se trata por tanto, de una previsión constitucional que posibilita definir y aplicar conceptos de una nueva economía del bien común, totalmente necesaria para atender a los intereses generales de la

²¹ Gómez Puerto, Ángel B. *Derecho y Democracia. Reflexiones sobre el Estado social*. Ediciones Don Folio, 2018.

ciudadanía. En este sentido, han surgido en nuestro país iniciativas con este objetivo²².

Pues bien. El bien común, lo colectivo, lo que es susceptible y deseable que sea valorado y disfrutado por todas las personas de una colectividad, y respecto al que tenemos obligación de preservar para las generadoras venideras, pues son valores respecto a lo que somos meros «usufructuarios» temporales, respecto a los cuales la ciudadanía tenemos esa especial responsabilidad, de nuestra acción depende su protección.

2. La hora de las iniciativas ciudadanas en la búsqueda del equilibrio entre el valor social y económico de lo común. Experiencias en la ciudad de Córdoba en defensa del patrimonio común

Tradicionalmente la ciudadanía hemos dejado en manos de los poderes públicos la gestión y administración diaria de esos intereses generales o colectivos. De hecho, en lo referente a la capacidad legislativa y de gobierno y gestión administrativa sigue siendo, obviamente, así. Pero, en la actualidad, afortunadamente, cada vez se dan más iniciativas ciudadanas que cuidan y protegen el bien común, cuya titularidad corresponde a todas las personas que componen una colectividad. Como guía, muy recomendable es el documental «Mañana» (Cyril Dion y Mélanie Laurent, 2016), una estupenda colección de experiencias en diferentes puntos del planeta en las que la ciudadanía trabaja por el bien común.

Justo en ese punto puede surgir alguna discrepancia: ¿qué asuntos en concreto integran el bien común? Hay temas pacíficos, sobre los que parece no haber dudas de que integran el bien común de una comunidad, de una ciudad, de un territorio. Los valores ambientales, la movilidad, la ordenación física de un territorio o el modelo de desarrollo local. Pero hay otros en que igual el tema ya no está tan claro. En todo caso, en principio, creo que la ciudadanía tenemos pleno derecho a plantear a las instituciones cualquier cuestión que creamos puede mejorar lo común y la vida del común, para garantizar que la igualdad sea real y efectiva, y no una mera oportunidad.

En nuestra tierra, Córdoba, en los últimos años se están desarrollando experiencias desde la ciudadanía para cuidar el bien común en facetas variadas, en defensa del valor social, cultural y medioambiental de los bienes comunes, frente a tesis y prácticas exclusivamente economicistas en la ocupación y uso del espacio público y de los bienes del común.

²² Sanchís Palacio, J. R y Amigo Pérez, M. El modelo de la economía del bien común. Delta Publicaciones, 2018.

Sin duda, se trata de buenas prácticas que se han tejido en nuestra tierra, surgidas netamente desde las personas, sin impulso administrativo ni institucional, pero con nítidos objetivos de salvaguardar los valores patrimoniales esenciales para una vida digna y respetuosa con nuestro entorno y con el futuro.

Desde plataforma ciudadana «A desalambrar» en defensa de los caminos públicos, la iniciativa ciudadana por el parque natural Sierra Morena de Córdoba con miles de firmas registradas en apoyo a esta causa, colectivos surgidos en defensa del derecho a vivienda, la sanidad o la educación pública, medios de comunicación para (y desde) la ciudadanía como Paradigma, la plataforma ciudadana Mezquita-Catedral de todas y todos, colectivos que promueven el consumo responsable o la economía del bien común, experiencias como el centro social Rey Heredia, o la acción concreta de la asociación de vecinos del barrio de El Naranjo llevando al Defensor del Pueblo la situación de la Fuente pública de La Palomera ante la inacción de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir.

O las acciones que están desarrollando ciudadanos a título individual, pues, el activismo de las personas a título individual también está dentro de este concepto de defensa del bien común, sin lugar a dudas, con denuncias públicas o instando al Defensor del Pueblo para que las Administraciones actúen en asuntos concretos.

Y más recientemente, el foro ciudadano nacido en Córdoba que pretende hacer real el «derecho a la ciudad», que trata de hacer compatible las actividades económicas (sector turismo y hostelería) en determinadas zonas del casco antiguo de la capital con derechos básicos de los residentes, y que está ya en un proceso de elaboración de medidas concretas tras el diagnóstico y definición de objetivos. Un equilibrio necesario en una ciudad muy necesitada de empleo, objetivo esencial en el que se debe respetar la vida cotidiana de las personas que habitan por aquí así como el espacio público, «propiedad» de todas las personas.

Pero cierto es, que el empleo, como ha recordado en muchas ocasiones la Unión Europea en múltiples documentos, es la mejor política de integración y prevención de la exclusión²³, y desde luego, estos objetivos sin duda constituyen contenidos esenciales del bien común. Por esta razón y por las dificultades en términos de creación de empleo que se dan Córdoba, es tan necesaria la reflexión para hacer compatible el respeto al espacio público y el desarrollo de actividades económicas que generan empleo.

Todos estos movimientos y acciones que se están dando en nuestra tierra tienen como principales características que surgen de la propia ciudadanía, se

²³ Agudo Zamora, Miguel J. «El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español». Revista de Derecho Político, UNED, 2017.

organizan de forma democrática, transparente y autónoma, no tienen conexiones partidarias, y son muy activos en la defensa de esos objetivos comunes. Están suponiendo un elemento pedagógico democrático de primer orden y actúan recordando a los poderes públicos sus obligaciones.

Suponen un elemento para la esperanza en Córdoba. En una tierra en la que, en muchas ocasiones, hay demasiado (o absoluto) silencio sobre problemas históricos como el desempleo o la falta de protección de la Sierra, estas iniciativas ciudadanas están suponiendo una reactivación de la gente en defensa de lo común, de lo que atañe la vida de todos, de lo que hemos de dejar en las mejores condiciones a las generaciones venideras. Es responsabilidad de todas las personas, es nuestro patrimonio común.

3. La necesaria participación ciudadana en la gestión del medio ambiente

Este proceso de participación deseable y necesario, a medida que pueda ir implementándose, hace que la ciudadanía se implique en la acción de la gobernanza de lo público mucho más allá de la mera elección de nuestros representantes políticos en las instituciones (concejales, diputados, parlamentarios regionales, etc), avanzando de esta manera la sociedad y la cultura democrática, que sin duda, genera también responsabilidad colectiva.

En cuanto a la organización de estos procesos participativos, sin duda el extraordinario avance de las tecnologías de la información y la comunicación suponen una herramienta que ayuda y posibilita hacerlo una realidad, así como la eficiencia y transparencia de las propias administraciones en su relación con la ciudadanía.

Sin duda, estos procesos de participación ciudadana son aún más necesarios en un tema clave, contenido esencial del interés general o bien común, como es la protección del medio ambiente. En esta materia, la necesaria colaboración colectiva es fundamental para que las políticas públicas en la materia sean de verdad eficaces.

Hemos de apostillar, en este punto, que el interés público o social, el bien común, aunque es responsabilidad central en los sistemas democráticos de los poderes públicos, de las distintas Administraciones (nuestra propia Constitución proclama en su artículo 103 que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales»), sin embargo, en un objetivo de una sociedad democrática avanzada es esencial contar con la participación ciudadana tanto en la fase de definición de las políticas públicas, como en el momento de su puesta en práctica.

De esta manera, asuntos como la gestión de los residuos urbanos (procesos de separación en origen y reciclaje) o la limpieza pública, serían casi imposible que alcanzase sus objetivos sin una ciudadanía participativa y colaborativa, pero al mismo tiempo, considero que es fundamental que la

gente participe en la propia definición de dichas política públicas, en este caso de ámbito claramente municipal, para lo que sin duda serían muy convenientes acciones de educación ambiental generalizadas y permanentes, elemento estratégico de gestión pública local, a no olvidar para el inminente período local 2019/2023.

IV. CONTENIDOS Y METODOLOGÍA PARA UNA ESTRATEGIA LOCAL DE MEDIO AMBIENTE DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA PARA EL PERÍODO DE GOBIERNO LOCAL 2019-2023

1. *Introducción. El sector público medioambiental de la Ciudad de Córdoba en el actual período democrático 1979/2019: cuarenta años de gestión local*

El Ayuntamiento de Córdoba, ciudad con 325.708 ciudadano/as²⁴ se dotó en la actual Corporación Municipal 2015-2019 de una Concejalía inespecífica de Infraestructuras y Medio Ambiente específica, a diferencia de algún mandato anterior en que sí existió una Concejalía de Medio Ambiente exclusiva (2007/2011).

En cuanto a las políticas locales de participación en la gestión del medio ambiente, en el actual mandato municipal 2015/2019 se ha dinamizado el Consejo Municipal de Medio Ambiente, como órgano de participación ciudadana y de colectivos sociales en defensa del medio ambiente.

Además de esta concejalía, ahora inespecífica, el Ayuntamiento de Córdoba cuenta con importantes empresas (de titularidad íntegramente municipal) y organismos municipales, que tienen cometidos muy importantes en la gestión medioambiental de la ciudad:

- Empresa Municipal Saneamientos de Córdoba, S. A. (SADECO): gestiona el ciclo integral del residuo y la limpieza y saneamiento de la ciudad. Abordamos su experiencia de gestión en el siguiente punto de manera monográfica.
- Empresa Municipal de Aguas (EMACSA): gestiona el ciclo integral del agua. Todas las aguas residuales de la Ciudad de Córdoba vuelven debidamente depuradas al río Guadalquivir. Cuenta con una modélica Estación Depuradora de Aguas Residuales (EDAR), denominada La Golondrina.

²⁴ Dato oficial de población 2018 según el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía.

- Instituto Municipal de Gestión Medioambiental (IMGEMA-Jardín Botánico): finalidades de conservación de la flora y desarrollo de acciones de educación ambiental. La Universidad de Córdoba (UCO) participa en la gestión científica del IMGEMA-Jardín Botánico, que además cuenta con un Banco de Germoplasma, en convenio con la Junta de Andalucía.
- Gerencia Municipal de Urbanismo (GMU), con competencias en el ámbito de la ordenación de territorio, en una ciudad con un término municipal de 1254,9 km² (dato oficial según el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía), constituyendo el segundo mayor término municipal de Andalucía tras Jerez.

Hemos de recordar en este punto que en la ciudad de Córdoba se han desarrollado, desde el inicio de la década de los noventa del pasado siglo XX, una serie prácticas muy relevantes en el compromiso con el medio ambiente urbano, en clara sintonía con los objetivos y acciones contenidos en los distintos Programas Comunitarios de Medio Ambiente. Experiencias como la consecución del ciclo integral de residuo, completado definitivamente en el año 2003, basado en la implicación permanente y diaria de la ciudadanía en la separación de los residuos en sus propios domicilios para su posterior transformación, que viene a sumarse a la gestión del ciclo integral del agua. Todo ello gestionado desde una red de empresas públicas municipales con capital social íntegramente del Ayuntamiento de Córdoba, que hemos indicado anteriormente.

Otro tema muy importante, y en clara sintonía con las recomendaciones de la Unión Europea y de las Naciones Unidas, ha sido la elaboración participada de la Agenda Local 21 del Medio Ambiente de la Ciudad de Córdoba, en el que se abordan cuestiones como la gestión del medio natural, los residuos, la gestión del agua, o la movilidad urbana. Los contenidos de este documento fueron asumidos por el Plan Estratégico de la Ciudad de Córdoba 2003-2010, como la apuesta estratégica para el medio ambiente en los próximos años. Estos planes quedaron sin ejecutar.

El reto pendiente en la Ciudad de Córdoba es coordinar eficazmente todo este sector público local medioambiental. Tendría que ser la Concejalía como órgano político desde la que se tendría que abordar la coordinación de actuaciones en la materia medio ambiental en el municipio de Córdoba.

2. *En particular, la gestión de los residuos urbanos en la Ciudad de Córdoba*

La apuesta decidida de la Ciudad de Córdoba por una gestión sostenible de sus residuos a través de la Empresa Municipal Saneamientos de Córdoba,

S.A. (SADECO)²⁵, ha supuesto que sea considerada en el ámbito nacional como una capital ejemplar desde el punto de vista medioambiental, un ejemplo de buenas prácticas para el medio urbano, que viene a sumarse a la consideración de Ciudad Patrimonio de la Humanidad, por su riqueza histórica, patrimonial y cultural.

Esta doble vertiente, ambiental y patrimonial, hacen de Córdoba una ciudad con mucha potencialidad, que podría tener consecuencias positivas en términos de desarrollo económico y creación de empleo. No debemos olvidar que la Unión Europea considera a la gestión de los residuos como uno de las nuevas fuentes generadoras de empleo, intensivo en utilización de mano de obra y que viene a cubrir una demanda social muy importante. A nivel local existen estudios de mercado de trabajo que confirman esas posibilidades.

Este objetivo estratégico para el desarrollo económico local se recogieron en las líneas estratégicas del II Plan Estratégico de la Ciudad de Córdoba 2003-2010, y en varias acciones del I y II Pacto Local por el Empleo y el Fomento Empresarial de la Ciudad de Córdoba (2004-2007; 2008-2011), firmado por el Ayuntamiento de Córdoba con el resto de agentes institucionales, económicos y sociales de Córdoba.

Desde el momento en que el Ayuntamiento de Córdoba crea la empresa pública Saneamientos de Córdoba S.A. (24 de septiembre de 1986), se le encomendaron servicios tan importantes y estratégicos para como:

- La limpieza e higiene de calles y plazas.
- La limpieza de los colegios públicos de la ciudad y los edificios de titularidad municipal (centros cívicos, edificios de servicios municipales).
- Recogida de la basura que generamos cada día. Control de plagas.
- Recogida animales vagabundos. La empresa municipal cuenta con un Centro de Control Animal, en el que también se desarrollan actividades educativas.

Jurídicamente toda la actividad que desarrolla la Empresa Municipal Saneamientos de Córdoba S.A. está regulada den la Ordenanza Municipal de Higiene Urbana de 1997.

En la primera década del siglo XXI, esta empresa municipal consiguió el objetivo de extender y perfeccionar a toda la ciudad la recogida selectiva en origen de todas las fracciones de la basura, y su posterior tratamiento en la Planta de Reciclaje y Compostaje ubicada en el Complejo Medioambiental de la Ciudad de Córdoba (abierto en el año 2004), situado en la carretera de Granada. Hay que recordar que Córdoba fue una ciudad pionera en todo lo

²⁵ Entidad mercantil de capital 100% perteneciente al Ayuntamiento de Córdoba. El pleno de su Corporación Municipal constituye su Junta General de Accionistas.

referente al reciclado de la basura. Ya en 1994, adelantándose a la normativa ambiental referente a la gestión de residuos, se implantó con carácter experimental la recogida selectiva en un barrio de Córdoba, la Fuensanta.

Para facilitar a la ciudadanía el reciclaje de los residuos, desde la empresa municipal de saneamiento se procedió en el año 2001 a la distribución gratuita (proyecto cofinanciado por la Unión Europea), en colaboración con la Federación de Asociaciones de Vecinos, 115.000 cubos de doble compartimiento (cubos para el reciclaje domiciliario). Este tema es fundamental para que el posterior tratamiento de la basura en el Complejo Medioambiental sea más eficaz y se pueda producir un compost (abono) de mayor calidad para la agricultura de nuestra provincia.

Asimismo, la empresa municipal Saneamientos de Córdoba S.A. cuenta con un Servicio de Educación Medioambiental que trabaja en labores de concienciación de niños y de mayores para una mayor eficacia de todos estos retos ambientales. Esta labor es clave para incrementar el proceso de participación de la ciudadanía en las labores del reciclaje, y es una de las que debería ser objeto de coordinación superior desde la Concejalía que gestiones las competencias de medio ambiente.

Con todas esas acciones en la Ciudad de Córdoba se ha conseguido completar, con la indispensable colaboración ciudadana, el ciclo integral de los residuos. Todas las fracciones de la basura vuelven a tener un uso. Los residuos se transforman en otra utilidad: abono (compost) para la agricultura y jardinería, papel reciclado, plástico reciclado, envases, vidrio, etc, con lo que hacemos una contribución esencial al medio ambiente de nuestra ciudad y, en definitiva, a la sostenibilidad global.

3. Propuestas de futuro. Diez ejes estratégicos de actuación para la ciudad de Córdoba para el periodo 2019/2023

Considero clave destacar el papel fundamental de la administración local en la protección del bien común medioambiental. Metodológicamente, los contenidos de las políticas locales de medio ambiente que se desarrollen debieran ajustarse a la realidad de cada ámbito territorial, y elaborarse con la participación más amplia posible, con eficacia real de los consejos sectoriales de medio ambiente.

Además, para la eficacia de la política medioambiental son imprescindibles acciones permanentes de educación e información ambiental, con el doble objetivo transversal de hacer más ambiental la actuación municipal en su conjunto y más informada y comprometida a la ciudadanía.

Con este marco, propongo los siguientes diez ejes estratégicos de una política local de medio ambiente en la Ciudad de Córdoba para el mandato de gobierno local que se iniciará con las elecciones municipales que se

celebrarán en mayo de 2019, y que debieran implementarse en necesaria coordinación con las políticas medioambientales de la comunidad autónoma de Andalucía:

Eje 1. Seguir mejorando y optimizando la gestión de los residuos urbanos con el objetivo de consolidar la consecución del ciclo integral de los residuos urbanos. Para conseguir la eficacia de este objetivo es imprescindible la educación y formación.

Eje 2. Gestión sostenible del agua: incidir en aspectos educativos en relación al consumo.

Eje 3. Fomento del transporte público colectivo: apuesta por la movilidad en nuestra ciudad.

Eje 4. Plan municipal de fomento del uso de la bici aprovechando la red de carril bici: apuesta por hábitos saludables. Incidir en los aspectos educativos sobre la importancia para la salud individual y colectiva del uso de la bicicleta en la ciudad, y sobre el respeto al peatón, el elemento más vulnerable de la movilidad. Este eje estaría vinculado a un compromiso con el cuidado del espacio público como bien común esencial del municipio.

Eje 5. Contribución desde lo local a la aplicación de la normativa autonómica sobre calidad del aire: políticas de prevención y control.

Eje 6. Implementación de una política municipal de eficiencia energética: en la vía pública y edificios municipales.

Eje 7. Medidas serias contra la contaminación acústica: control de la aplicación de la normativa autonómica existente.

Eje 8. Líneas de actuación permanente de fomento de la información y educación ambiental: en materias como consumo responsable, reciclaje, movilidad sostenible o sobre los valores ambientales de Córdoba (de la Sierra, del Río Guadalquivir, etc.).

Eje 9. Participación efectiva de ciudadanía y colectivos en la definición de políticas medioambientales: Consejo Municipal de Medio Ambiente con competencias reales y funcionamiento dinámico y diverso.

Eje 10. Apuesta desde el Ayuntamiento de Córdoba para instar a la Junta de Andalucía a que continúe e impulse de manera efectiva el proceso de declaración de Parque Natural de la Sierra Morena de Córdoba, iniciado en el Parlamento de Andalucía en 2016, tras la recogida y registro de miles de firmas desde una iniciativa ciudadana, conectando el corredor ecológico protegido que va desde el Parque Natural Sierra de Aracena hasta el Parque Natural Sierra de Andújar. Con el Parque Natural Sierra Morena de Córdoba quedaría completa la red de parques naturales de la Sierra Morena en Andalucía.

V. CONCLUSIONES

Como conclusión, estamos pues, ante una protección constitucional insuficiente, pues el medio ambiente debería estar entre los derechos fundamentales, no como principio rector de la política económica y social, que dependa de la política de propuesta legislativa del gobierno de turno.

En una futura reforma constitucional, el medio ambiente debería estar protegido al más alto nivel, con recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional incluido, como un derecho humano, pues, sin la máxima protección jurídica de nuestro entorno no hay futuro. Y con una ley general que desarrolle y concrete el derecho al medio ambiente, y con recursos y servicios públicos para hacerlo real y efectivo.

Y en paralelo a esas mayores exigencias jurídicas de protección, es fundamental incrementar la educación ambiental en todos los niveles académicos en particular y poner en marcha campañas de sensibilización dirigidas a la ciudadanía en general. Asuntos como el respeto a los valores de los espacios naturales (protegidos o no), la gestión del agua, la correcta gestión de los residuos o la prevención de la contaminación atmosférica en nuestras grandes ciudades, exigen de una apuesta clara por la educación ambiental, destinando para ello los recursos públicos necesarios, una inversión de futuro.

La protección del medio ambiente debería formar parte de los programas de formación reglada en diferentes ámbitos de la enseñanza, incluida la universitaria. En particular, el Grado universitario en Derecho debería contener materias obligatorias para la enseñanza de la protección constitucional (y en los Estatutos de Autonomía) del medio ambiente, así como la organización administrativa de esta importante política pública.

Y para estos objetivos la actuación de la administración local y la implicación directa de la ciudadanía son claves. Sólo así tendremos garantizado nuestro derecho al medio ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO ZAMORA, Miguel J. «El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español». *Revista de Derecho Político*, UNED, 2017.
- ARANA GARCÍA, E. y TORRES LÓPEZ, M.A. *Derecho Ambiental*. Tecnos, 2018.
- BOLAÑO PIÑEIRO, M. C. *Nuevas perspectivas del Derecho Ambiental en el siglo XXI*. Marcial Pons, 2018.
- CANOSA USERA, R. *Constitución y medio ambiente*. Dykinson, 2000.
- CRUZ ALLI, J. C. y LOZANO CUTANDA, B. *Administración y Legislación Ambiental*. Dykinson, 2018.
- ESTEVE PARDO, J. et al. *Derecho al medio ambiente y administración local*. Civitas/Diputació de Barcelona, 1996.

- GÓMEZ PUERTO, Ángel B. Aspectos jurídicos y administrativos de la protección del medio ambiente en los diferentes ámbitos institucionales. Dykinson, 2008.
- «Administración local y efectividad jurídica de la protección del medio ambiente», Estudios sobre la modernización de la administración local. La Ley-Wolters Kluwer, 2009.
- Ciudadanía y Estado democrático. Reflexiones para el bien común medioambiental. Dykinson, 2019.
- Derecho y Democracia. Reflexiones sobre contenidos del Estado Social. Ediciones Don Folio, 2018.
- LÓPEZ RAMÓN, F. Manual de Derecho Ambiental y Urbanístico. Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2018.
- MARTÍN RETORTILLO, L. «Administración Local y medio ambiente», Derecho del Medio Ambiente y Administración Local). Editorial Civitas/Diputació de Barcelona, 1996.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. La ordenación jurídica de los residuos urbanos. Comares, 2002.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. «Las competencias de las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y la jurisprudencia constitucional», El derecho constitucional al medio ambiente. Tirant Lo Blanch, 2000..
- SANCHÍS PALACIO, J. R y AMIGO PÉREZ, M. El modelo de la economía del bien común. Delta Publicaciones, 2018.
- VALENCIA MARTÍN, G. Autorización ambiental integrada y licencias municipales. Aranzadi, 2018.
- Jurisprudencia constitucional y medio ambiente. Aranzadi, 2017.
- VERA JURADO, D. J. *et al.* Derecho Ambiental de Andalucía. Tecnos, 2005.

LÍMITES PARA LOS DELITOS DE PREPARACIÓN: CRITERIOS RESTRICTIVOS PARA SU INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

*Limits for preparation crimes: restrictive criteria for
inclusion in the criminal code*

Roberto Cruz Palmera¹
Profesor Doctor (LL.M.)
Universidad Autónoma del Caribe

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp257-285](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp257-285)

Recibido: 30.04.2020

Aceptado: 12.06.2020

Resumen

La tesis que aquí se defiende se sustenta en algunos aportes doctrinales, pero especialmente en las contribuciones de los tribunales españoles. En esta contribución se vuelve a tratar, una vez más, el problema de los delitos de preparación; no se trata de una nueva crítica de la incompatibilidad de los delitos de preparación con los principios básicos del Derecho Penal. Por el contrario, se exponen criterios limitadores para admitir su inclusión. Se asume, que dentro de la excepcionalidad que supone la incriminación de la fase de preparación, es posible incriminar dicha fase, únicamente, para casos puntuales.

Palabras clave

Poder punitivo del Estado. Excepción. Preparación.

¹ Prof. Dr. Roberto Cruz Palmera (LL.M.), Universidad Autónoma del Caribe, Barranquilla, Colombia.

Para las citas jurisprudenciales opté por la base de datos vLex España.

Abstract

The thesis defended here is based on some doctrinal contributions, but especially on the contributions of the courts. In this contribution the problem of preparatory crimes is dealt with again; this is not a new criticism of the incompatibility of preparatory crimes with the basic principles of criminal law. On the contrary, limiting criteria are exposed to admit its inclusion. It is assumed that, within the exceptional nature of the incrimination of the preparation phase, it is possible to incriminate said phase, only for specific cases.

Keywords

Punitive power of the State. Exception. Preparation.

SUMARIO: I. EL PROBLEMA. II. DISTINCIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES Y «DELITOS DE PREPARACIÓN». III. REVISIÓN DE ALGUNOS AUTORES. IV. UNIÓN DE SUJETOS EN LOS «ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES» Y SUS CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS. V. LA POSTURA JURISPRUDENCIAL. VI. SOBRE LA ATENUACIÓN OBLIGATORIA DE LA PENA EN LOS «DELITOS DE PREPARACIÓN». VII. REFLEXIÓN PERSONAL. VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PROBLEMA

1. Una de las figuras de anticipación más controvertidas en nuestra legislación penal son los denominados «delito de preparación». Desde nuestro punto de vista, el adelantamiento de las barreras de protección que caracteriza a estas normas penales obliga a trabajar en la solución, de por los menos, tres puntos problemáticos. El primero, ofrecer criterios específicos para interpretar y aplicar estos delito de manera restrictiva; el segundo, una elaboración de motivos para la disminución de las penas actualmente previstas en esas normas; el tercero, criterios para limitar la inclusión de delitos de preparación en el Código Penal. Debido a la complejidad de la materia, en este trabajo, revisaremos, si bien de manera sucinta, algunos aspectos relacionados con los dos primeros aspecto; de esa manera será posible la elaboración de criterios restrictivos para incluir «delito de preparación» en la legislación penal.

Los «delitos de preparación» sancionan una fase previa a la tentativa de un delito², pues el legislador incrimina formas o modos concretos de preparación con los cuales se realizará un determinado delito fin o tipo base. Son, a su vez, distintos a otros métodos de anticipación como los delitos de peligro y delitos de emprendimiento, aunque se les puede identificar con alguna de estas últimas categorías debido a la anticipación que también representan³. Por obvio que parezca, debido a la excesiva extensión de las barreras de punición, no son pocos los problemas que presentan los «delitos de preparación», pongo por caso, su evidente contradicción con el principio de proporcionalidad penal, pues las sanciones previstas por el legislador no responden precisamente a la lógica que demanda dicho principio, en algunos casos se sanciona, de la misma manera, tanto el resultado como la preparación de un ilícito⁴. También, queda en duda la compatibilidad con otros principios

² Véase, STS 747/2017, 21 de Noviembre de 2017.

³ Véase, STS 241/2019, 9 de Mayo de 2019.

⁴ Véase, por ejemplo, las consecuencias jurídicas previstas para los siguientes delitos: art. 248.2, preparación de una defraudación informática; b), art. 399 bis 2, preparación de

básicos como el principio de culpabilidad, es posible sancionar al alguien por acciones ejecutadas por otro, pienses, en el castigo de la posesión o tenencia de instrumentos prohibidos que han sido elaborados o fabricados por un sujeto distinto al poseedor⁵. Además, podemos añadir la cuestionable sanción de la tentativa en estas normas penales, pues al estar ubicadas en la parte especial es de total aplicación el art. 16.1 del Código Penal⁶; en similar dirección, un asunto de necesaria revisión, es, a mi juicio, el desistimiento voluntario, ya que al estar ligado a la tentativa, será necesario determinar si en realidad es posible determinar cuándo un sujeto desiste de la preparación delictiva y cuándo la conducta realizada despliega un riesgo típicamente relevante de tentativa⁷. Ahora bien, en esta contribución no pretendo agotar todos los problemas que caracterizan a los delitos de preparación, por el contrario, me centraré, en lo esencial, en brindar argumentos para decir cuándo en un sistema penal respetuoso de los postulados que sostienen un Estado de Derecho pueden ser incluidas esta clase de figuras de anticipación⁸. Para ello, empiezo «desligando» a los «delitos de preparación» de una figura ampliamente estudiada en nuestro Derecho penal: «actos preparatorios punible»; por ser considerada la excepción respecto a la sanción de conductas de estricta preparación⁹. Después repasaré algunas valoraciones doctrinales respecto a la inclusión de «delitos de preparación», para finalmente llegar a mi conclusión. En esta última parte, la tesis, propongo dos criterios para incluir «delitos de preparación» en el Código Penal. Y finalmente, expondré mi conclusión.

II. DISTINCIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES Y «DELITOS DE PREPARACIÓN»

En el código penal español contamos con una figura de anticipación que sanciona actos de estricta preparación, los supuestos que se sancionan mediante esta figura son la excepción al castigo de conductas en estado de

fraude mediante tarjeta de crédito, débito o cheque de viaje falsificado; art. 400, preparación de falsificación de documento público o privado. En este grupo la pena prevista es exactamente igual a la realización del tipo doloso del respectivo delito fin que se prepara.

⁵ Véase, ampliamente, STS 956/2013, 17 de Diciembre de 2013.

⁶ Véase, STS 673/2015, 4 de Noviembre de 2015.

⁷ Yesid Reyes Alvarado, *El delito de tentativa*, (Montevideo/Buenos Aires: BdF, 2016), 106-111.

⁸ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte especial*, 9.^a ed., (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 31-33.

⁹ Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., (Barcelona: Reppertor, 2015), 350-351.

preparación¹⁰. De un lado, la conspiración para delinquir que junto con la proposición se recoge en el art. 17. De otro lado, la provocación que incluye consigo la apología, art. 18, conservando un marco penal inferior en uno o dos grados al señalado para los correspondientes delitos que se prepara¹¹.

La distinción entre «actos preparatorios punibles» y «delitos de preparación» tiene gran relevancia en nuestro análisis, pues si pretendemos ofrecer criterios limitadores para la inclusión de los «delitos de preparación», es necesario partir de un análisis comparativo entre ambas figuras de anticipación¹², un asunto que no podría elaborarse prescindiendo del estudio de los «actos preparatorios punibles», pues, como se adelantó, se trata de la «excepción» al castigo de conductas en estado de preparación¹³. El problema presenta notoria repercusión en la interpretación de esta clase de delitos. Por ejemplo: con el precepto que sanciona los supuestos para preparar la incitación o reforzamiento moral para ejecutar desórdenes públicos (art. 559)¹⁴. A casi nadie se le oculta que la mera *preparación* de un acto que pretenda alterar el *orden público* es desde todo punto de vista inofensivo si hablamos de una estricta preparación¹⁵. Al parecer, el citado precepto se configura como una tentativa de inducción extensiva y se podría concebir además como un tipo de incitación, pero no se trata de una inducción directa, sino generalizada¹⁶.

¹⁰ Véase, STS 480/2009, 22 de Mayo de 2009.

¹¹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal...*, 479; STS 214/2018, 8 de Mayo de 2018.

¹² Véase, STS 277/2015, 3 de Junio de 2015.

¹³ En el Código Penal abundan ejemplos: arts. 270.6, 286.1, 345, 371.1, 386.2; véase además, STS 234/2017, 4 de Abril de 2017.

¹⁴ En el Código Penal abundan ejemplos: arts. 270.6, 286.1, 345, 371.1, 386.2.

¹⁵ A la luz del precepto contenido en el art. 559, resulta punible la redacción de un discurso que cuente con unos argumentos tan convincentes que pueda generar un desorden público. Esta conducta puede imputarse tanto al redactor del escrito como por otra persona. Cfr. Ignacio. F. Benítez Ortúzar, «Delitos contra el orden público», en Lorenzo Morillas Cueva dir., *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, 2.^a ed., (Madrid: Dickinson, 2016), 1361-1363.

¹⁶ El hecho de que la incitación en este precepto no tenga que ser directa genera varios interrogantes. A nuestro juicio contradice la lógica interna del legislador. La cuestión toma sentido cuando nos preguntamos: por qué, en la mayoría de los casos, castigamos con la pena prevista para los autores en supuestos de inducción. El fundamento de ese marco penal es conocido por todos, pero posiblemente ha sido olvidado por el legislador. Así pues, si aceptamos que la peligrosidad de la inducción se fundamenta en el incremento sustancial del riesgo mediato para un bien jurídico. El inductor es quien logra despertar y generar la idea criminal, por consiguiente se interpreta como «elemento» determinante de una concreta voluntad dolosa que logra ser trasladada en otro o, lo que es lo mismo, despierta en alguien la firme decisión de cometer un delito. De manera que su entidad

Los «actos preparatorios punibles» pueden entenderse, por un importante sector de la doctrina, como formas de «participación intentada»¹⁷ o; por otro sector, como «formas previas a la codelinuencia del hecho consumado»¹⁸. A nuestro parecer, entendemos que son fases anteriores a la participación, puesto que están encaminadas a lesionar un interés jurídico, pero se enmarcan en un plan delictivo (o proyecto criminal)¹⁹. De manera que nos encontramos ante actos de preparación para cometer un delito, por eso, para admitir su castigo no es necesario la creación de un riesgo relevante en la fase de planificación, y esto requiere una ideación delictiva acompañada de algunos presupuestos específicos. Por eso decimos que la infracción penal que se prepara ha de ser, generalmente, lo suficientemente relevante para ser de interés por el Derecho Penal. Ahora bien, en los «actos preparatorios punibles» es notorio el incremento de la percepción de peligrosidad que se evidencia con la unión de sujetos que buscan y quieren causar una lesión, y por eso se decide dar un adelanto e intervenir antes de que se produzca el resultado de lesión a un bien jurídico. Dicha unión de fuerzas, a mi juicio, coloca en un estado de indefensión a la potencial víctima.

Sabemos que tanto los «actos preparatorios punibles» como los «delitos de preparación» son instrumentos que se ubican en el terreno de la preparación delictiva; y que la delimitación entre ambas figuras puede realizarse estudiando el alcance de la expresión «formas intentadas de participación», elemento que se ausenta en los «delitos de preparación» frente a los «actos preparatorios punibles»; así como de otras formas de anticipación²⁰. La diferencia entre una y otras formas de anticipación delictiva parecer estar, por tanto, en la intensidad o grado de la peligrosidad representada para el legislador.

cuantitativa requiere –entre otros presupuestos– que sea no sólo «directa», sino que se acompañe de una carga lo suficientemente relevante a efectos de imputación. Sin duda alguna, la relación personal e inmediata entre los sujetos incrementa de manera significativa el riesgo para el bien jurídico, asimismo, el hecho de despertar una decisión para delinquir que no existía *ex ante* en la mente del inducido, por lo tanto, la valoramos como causa jurídicamente relevante del resultado. Considero que estos requisitos hacen admisibles la equiparación del marco penológico a pesar de que quien actúe sea otro. Sin embargo, en varios «delitos de preparación», algunas de estas valoraciones no están presentes.

¹⁷ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal...*, 479-480. Para estos autores, dada la naturaleza de los «actos preparatorios punibles» no pueden separarse –por decirlo de algún modo– del principio de accesoriedad limitada. También aseguran que el criterio de dicho principio solo se podría palear de manera hipotética, puesto que en los «actos preparatorios punibles» no es necesario realizar el plan delictivo.

¹⁸ Santiago Mir Puig, *Derecho penal...*, 351.

¹⁹ Véase, STC 177/2015, 22 de Julio de 2015.

²⁰ Santiago Mir Puig, *Derecho penal...*, 346-347.

Expuestas algunas diferencias entre las dos figuras de adelantamiento objeto de ocupación, pasemos ahora a explicar qué es lo que caracteriza en realidad a un instrumento tan controvertido como los «delitos de preparación». Sobre el particular, cabe hacer, por de pronto, tres matizaciones. La primera, casi nadie duda que no requieren la vinculación de sujetos para la realización del plan delictivo. La segunda, se trata de un instrumento que puede ser empleado para proteger cualquier clase de bien jurídico ya sea individual o colectivo, es decir, no se limita su aplicación para determinados intereses sociales, por lo tanto, no es un recurso de urgencia (si me permite la expresión). Asimismo, tampoco se reduce su aplicación para un grupo de agresiones o ataques específicos; ya que existe una variedad de conductas incriminadas. La tercera, no se trata de una técnica de protección para bienes jurídicos irrecuperables (aunque se emplea en algunos supuestos)²¹.

A pesar de estas observaciones, la sanción que el legislador establece para los «delitos de preparación» supera al marco penológico esperado²². Nos interesa conocer cuál es la razón que fundamenta la imposición de un marco penal tan controvertido como el actualmente previsto en la legislación española²³. Mejor dicho, nos preguntamos qué es lo que invita al legislador a castigar, cada vez más, actos de preparación con igual pena a la prevista en la realización del respectivo delito base si desde todo punto de vista la

²¹ El hecho de anticipar la intervención para bienes jurídicos tan dispares como el patrimonio económico, art. 386; la integridad sexual, art. 183 ter 1; orden público, art. 557.2; administración pública, art. 428; propiedad intelectual, art. 270.6, nos inclina a la afirmación de que los «delitos de preparación» se distancian de ser figura de corte excepcional, pues tanto bienes jurídicos recuperables (art. 248.2 b]) como irrecuperables (art. 183 ter 1) se pueden proteger de forma anticipada con esta técnica.

²² El legislador renuncia—inclusive— a elementos objetivos que describen los propios tipos, equipara la preparación de un acto de terrorismo con el adiestramiento para cometer un acto terrorista (art. 575 CP). Aquí surgen—cuanto menos— una objeción; aunque el legislador no «sepa» con certeza cuando el sujeto que se prepara realizará el injusto, lo cierto es que da por sentado que lo hará. Pues no espera hasta el inicio, sino que se adelanta, castigando su posible intención. Un adelantamiento como este impide al sujeto la decisión (libre) de renunciar a la acción criminal. Por descontado, nos referimos al desistimiento voluntario que habrá de ser valorado en estos preceptos, pues no hay que desestimar la posibilidad de reflexión que deriva en un arrepentimiento profundo para supuestos como la preparación y ejecución de un acto terrorista, así como de otros delitos.

²³ Veamos la siguiente cuestión. Si el legislador prevé una pena inferior en uno o dos grados es porque atiende tanto a la peligrosidad que genera el intento como al grado de ejecución, en el mayor número de casos mediante daño causado. Si esto es lo que, en parte, hace posible emitir una sanción como la de la tentativa, creo que deberíamos insistir en atender a un marco penológico, cuanto menos, distintamente inferior al previsto hasta ahora en los «delitos de preparación».

preparación no representa ni lesión ni peligro ni una misma impresión que la producida en la realización perfecta del tipo base²⁴.

La doctrina, históricamente, se centró en determinar los niveles de necesidad para castigar *actos preparatorios*, lo que es, incriminación de conductas preparatoria para delitos que se recogen en la Parte Especial del Código Penal. Resumidamente: Se discutió si había que entender a la necesidad concreta para anticipar la intervención de algunos bienes jurídicos; o a la necesidad abstracta de salvar cualquier clase de bien jurídico (sistema abierto de incriminación). Pero finalmente se entendió que una fórmula abierta no era la más adecuada, porque nos podría conducir a *limitar demasiado la libertad*²⁵.

Por eso, atendemos ahora a la necesidad concreta, esto es, todo «*acto preparatorio*» para ser sancionado o considerado «*punible*» deberá estar específicamente conectado a un tipo previsto en la Parte Espacial y cumplir con los presupuestos exigidos para cada modalidad²⁶. («*conspiración*», «*provocación*», «*proposición*»...).

Si bien se seleccionaron una serie de bienes jurídicos a razón de su importancia en un primer momento, lo cierto es que luego el legislador ha incluido de manera progresiva más «actos preparatorios punibles»²⁷ en el Código

²⁴ A todo esto, para que un acto de estricta *preparación* sea considerado como *delito* y rompa el criterio lógico interno en términos penológicos deberán —desde nuestro juicio— estar presentes una serie de presupuestos que soporten esta ruptura, de lo contrario, se tendría que abogar por una *desincriminación* para los preceptos. O, de otro modo, defender una interpretación ajustada a los principios limitadores del poder punitivo. Por tanto, se requiere la presencia de elementos adicionales que fundamenten y justifiquen su equiparación con el tipo consumado. En esta dirección, para aceptar las penas actualmente previstas para dichas conductas tipificadas en el estadio de la preparación, tendrán que representar una eficacia lesiva desde dicho estado, lo que es, generar una impresión de un alto riesgo desde la preparación. También, sería adecuado atender a este recurso a razón de la gravedad del bien jurídico. Por ejemplo, la capacidad de defensa por parte del titular (vida e integridad sexual, menores o incapaces).

²⁵ Así como se decidió «cerrar la válvula de escape» para la sanción de todas las conductas de preparación, se debe proponer un sistema de cierre para evitar que se sigan «filtrando» en el Código Penal más actos de estricta preparación. A mi modo de ver, una desmesurada inclusión de conductas preparatorias no nos alejaría de limitaciones injustificadas para coartar libertades; por ello la necesidad de un micro sistema de filtro.

²⁶ Véase, entre otras, STS 323/2006, 22 de Marzo de 2006; STS 9/2017, 18 de Enero de 2017.

²⁷ También crítico sobre este particular Juan Carlos Campo Moreno, *Los actos preparatorios punibles*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 23. Quien apuesta por una restricción para esta forma de intervención. Campo Moreno afirma que para admitir dicho recurso e identificar el injusto de estas conductas habrá que entender a tres criterios fundamentales. El primero, el criterio del bien jurídico; el segundo, el criterio de la acción, esto es, la clase de conducta que amenaza con lesionar el interés social protegido; el tercer

Penal, así como «actos preparatorios autónomos»²⁸, demostrando un interés preponderante en la preparación delictiva como instrumento de lucha contra el crimen.

8. Si hoy asumimos a los «actos preparatorios punibles» mediante un sistema cerrado, nos preguntamos, qué es «lo que ocurre» con los «delitos de preparación». ¿Se tratan de conductas tipificadas con tentativa autónoma? ¿Son solo aquellas conductas que sancionan una inducción o cooperación psíquica independiente? ¿Se refieren únicamente a la prohibición de tenencia de útiles o instrumentos para delinquir, así como a la capacitación para cometer un delito? Varios han sido los razonamientos expresados por la doctrina, razonamientos que pasamos a analizar para luego presentar nuestra opinión.

III. REVISIÓN DE ALGUNOS AUTORES

1. *HIRSCH/WOHLERS: los «delitos de preparación» no producen un resultado lesivo*

1. Antes de presentarnos un concepto de «delitos de preparación» o «delitos preparatorios», los autores parten de una idea fundamental, recordar la función que le corresponde a la teoría del bien jurídico en el Derecho penal. Pues bien, se trata de una misión crítica frente a las decisiones que toma el legislador cuando *eleva conductas a la categoría de delito*, puesto aseguran que mediante dichos preceptos, «delitos de preparación», no se salva ningún interés jurídico²⁹. Entremos en detalle. Aunque el centro de discusión para estos autores puede darse, en menor o mayor grado, en determinar si es legítimo o no adelantar las barreras de protección penal para algunos bienes jurídicos³⁰, también estudian la posibilidad de parámetros normativos para

criterio, se trata, pues, del respeto a los principios de intervención mínima que deberían –también a nuestro parecer– inspirar el ejercicio de la intervención penal.

²⁸ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal...*, 444.

²⁹ Andrew Von Hirsch /Wolfgang Wohlers, «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa», en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, en trd. Beatriz Spínola Tártalo, y Roland Hefendehl/Andrew Von Hirsch/Wolfgang Wohlers edtrs., (Madrid: Marcial Pons, 2007), 287. Desde esta opinión, la legitimidad de un tipo penal se basa en analizar tanto las *medidas* como las *formas* de ataque que puede recibir un bien jurídico, puesto que la legitimación del precepto no puede hacerse –de manera exclusiva– mediante la fijación de un bien jurídico «merecedor» de tutela; por el contrario, el problema está en detallar qué clase de conductas encubren una afectación directa para el bien jurídico que se protege.

³⁰ Andrew Von Hirsch /Wolfgang Wohlers, «Teoría del bien jurídico»..., 288.

valorar la legitimidad en la forma que se emplea, o sea, a través de un adelantamiento que representa la ausencia tanto de lesión como de resultado.

En lo que se refiera a una descripción, aseguran que los «delitos de preparación» al no ser tipos de resultado necesariamente tendrán que incluirse en los *delitos de peligro*, pues se trata de una clasificación clásica y aceptada en Derecho penal. Efectivamente, resulta notorio que en la categoría de *delitos de peligro abstracto* podrían entrar –por así decirlo– todo aquel precepto que no pueda ser calificado como *tipo de resultado* o, en su defecto, como delito de *peligro concreto*. De modo que los «delitos de preparación» –siguiendo a HIRSCH y a WOHLERS– deben quedar incluidos dentro de los *delitos de peligro abstracto*; pues son delitos cuyo ámbito de protección consiste en salvar tanto bienes jurídicos personales como colectivos sin que se requiera la lesión para dicho bien jurídico.

Mediante esta técnica, afirman los autores, se sancionan conductas que por sí solas son incapaces de producir un resultado lesivo, pero pueden servir de plataforma para la comisión de una infracción penal. Al respecto, exponen algunos ejemplos, pero siempre relacionados a la posesión; «posesión de sustancias peligrosas». Sobre este particular, es evidente que la mera tenencia de un veneno u otra sustancia no pueden generar una lesión –por si sola– para la vida o para la integridad física de las personas, pues hace falta que «alguien haga algo más. No obstante, si se utiliza o se da inicio a un proyecto criminal, concluyente, mediante su uso, no podemos negar que se organiza un riesgo de lesión, a pesar de que *ex ante* la mera tenencia resultare inofensiva. En otro orden de ideas, también comentan la necesidad de elaborar un conjunto de presupuesto para admitir esta forma de adelantamiento, que como se dijo en su momento, el problema no está tanto en el objeto de protección, que aunque digno de adelantamiento también debemos centrarnos en la forma de anticipación. Desde mi parecer, para admitir o legitimar los «delitos de preparación» será indispensable contar con unos requisitos que sirvan de límite para esta técnica de intervención. Como se mencionó, pese a proteger intereses sociales importantes, de los que casi nadie niega su reconocimiento, son preceptos que no presentan ni un resultado lesivo («daño») ni una ejecución («conducta»)³¹.

³¹ El hecho de que el legislador incluya mediante este método de protección varios bienes jurídicos no quiere decir que todo reforzamiento de protección ha de ser cuestionable, es decir, que debemos dudar de la importancia del interés protegido. Creo que allí no se encuentra el tema de debate; por el contrario, considero que el debate se encuentra en el criterio de selección de esos bienes, porque a efectos de preparación delictiva poco importa la sobreprotección. Vamos a una comparación, no es lo mismo adelantar la protección para un interés de *menor entidad* que para un bien jurídico *indispensable*, por caso, la vida humana. Pues cuando hablamos de ese bien, lo entendemos como un valor de

2. *KUBLLEN: un injusto mayor obedece a una lesión concreta*

Por lo que alcanzo a ver, este autor, inicia sus críticas al revisar los «delitos de preparación» a partir del grado de cercanía (o «posible») lesión del bien jurídico. Discute tanto el nivel como el merecimiento de la pena que habrá de fijar el legislador. Kublen³² asegura que un injusto mayor obedece a una lesión concreta, o sea, cuando percibimos una lesión «real», es decir, una lesión «seria» que afecta de manera directa a un interés jurídico protegido, perturbando a la convivencia (se refiere a un resultado en sentido fenoménico).

Hasta aquí se podrían plantear algunas valoraciones, remitiéndonos a los limitantes que se le impone a un Estado de Derecho de cara al ejercicio de su potestad punitiva³³. Esto nos remitiría, cuanto menos, al *principio de proporcionalidad*, pero también al de *lesión*. En ese sentido –continuando con Kublen– nadie pone en duda que el legislador cuenta con la potestad de determinar lo que ha de ser delito, además, puede acudir y acude a las figuras que mejor le parezca, o sea, estipula cuál es de mayor utilidad o cuál es de mejor eficacia para garantizar la convivencia de los individuos en una determinada sociedad. Y, por eso, puede fijar medidas que restringen la libertad mediante la prohibición de una lesión o, lo que podría resultar más «drástico», sancionar una mera probabilidad, una puesta en peligro o una serie de actos de estricta preparación. Pues bien, este autor nos dirige al término de un análisis que contiene aspectos tanto normativos como doctrinales al afirmar

indiscutible prelación, esto es, máximo, irrefutable...; lo mismo se podría decir de la integridad sexual; mucho más si se trata de un menor. En virtud de que en el ámbito sexual se relacionan y se protegen intereses insalvables, irrecuperables; además, entra en juego la incapacidad del titular del bien. De suerte que se hace razonable adjudicarle un grado (o un nivel) de adelantamiento a razón de su inferioridad, de su indefensión, por eso es indiscutible la necesidad de entender al interés protegido. Creo que estas apreciaciones pueden introducirnos –aunque sea en menor medida– a la elaboración de criterios de selección para restringir el poder punitivo en materia de «delitos de preparación» en el Código Penal. Hasta este punto, podemos decir que tanto el bien jurídico como el titular del mismo han de ser considerados al momento de emplear los «delitos de preparación» como recurso de adelantamiento.

³² Lotbar Kublen, «Bienes Jurídicos y nuevos tipos de delito», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, edit. Por Andrew von Hirsch/Kurt Seelmann/Wolfgang Wohlers (Barcelona: Atelier, 2012), 225-229.

³³ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal...*, 89-90: «La intervención del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos dependerá además, como dice Hassermer, del criterio de *merecimiento de pena*, es decir, del juicio de si un comportamiento concreto que afecte a un determinado bien jurídico debe, por la gravedad del ataque, por la propia importancia del bien jurídico, etc., ser sancionado penalmente» (cursivas en original).

que: «Normativamente [...] no es legítimo crear tipos penales que vayan más allá del peligro abstracto», pero –en palabras del propio Kublen– «la discusión más reciente a esta suposición se ha modificado y reducido de forma tan significativa que también podría decirse que ha sido rechazada»³⁴.

Los «delitos de preparación» para KUBLEN buscan expandir la responsabilidad penal, tipificando conductas que no representan una lesión a un bien jurídico. Aunque hablando en términos normativos, estas figuras sí que sirven de *base perfecta* para la realización de otro tipo penal³⁵. Los separa tanto de los *delitos de peligro abstracto* como de los *delitos de acumulación* y nos brinda un par de ejemplos. El primero, fabricación de moneda falsa; el segundo, venta de armas de fuego. Además, asegura que su legitimidad no puede ser objeto de discusión, del mismo modo afirma que esta clase de delitos merecen ser incluidos en una «ulterior categoría delictiva».

Comparto la postura de Kublen en cuanto a la descripción ofrecida para estos preceptos, igualmente, participo en la valoración del injusto que nos brinda en su contribución. En efecto, también comparto el carácter «formal» que aprecia en los «delitos de preparación», pues entiendo que sirven para cometer otro delito. Sin embargo, no estoy totalmente de acuerdo con que estas figuras no puedan ser objeto de discusión de cara a su legitimidad –que es lo que Kublen también sostiene–, dado que los tipos penales que sanciona la preparación presentan incongruencias dogmáticas, son normas penales que rompen los esquemas tradicionales de imputación y ponen en tela de juicio el mantenimiento de no pocos principios básicos del Derecho penal. La apreciación del injusto en esas normas penales se dirige, más que a otro lugar, a estadios de eficacia preventiva, ubicándonos en un Derecho penal de excesos, puesto que no permiten determinar, en muchos supuestos, ni siquiera, el inicio de un proyecto delictivo concreto.

3. ПУЧКЕ: los «delitos de preparación» buscan quitarle al futuro autor el dominio del hecho

Este autor relaciona la inclusión de los «delitos de preparación» con la necesidad de afrontar los retos de vivir en una sociedad de riesgo, sociedad que percibe cierta amenaza en casi todo su entorno; esto es: la salud, el medio ambiente, el empleo, etc. Con no menor conducencia sostiene ПУЧКЕ que los «delitos de preparación» representan el inicio de un nuevo Derecho penal

³⁴ Lotbar Kublen, «Bienes Jurídicos y nuevos tipos de delito», 226.

³⁵ Al brindar una descripción para estos tipos afirma que: «Lo que en ellos resulta decisivo es que ofrecen un punto de partida normativamente suficiente para las posteriores conductas delictivas del autor y otras personas», Lotbar Kublen, «Bienes Jurídicos y nuevos tipos de delito», 229.

que se centra en evitar la producción de posibles acciones delictivas, pero siempre enfocadas en el futuro³⁶.

Efectivamente, cobra sentido cuando afirma que no es legítimo considerar a las actitudes delictivas como elemento objetivo típico, puesto que estas – por si solas– no representan nunca ninguna clase de peligro para un bien jurídico que impida la convivencia.

En palabras de Puschke: «Un Derecho penal del hecho orientado al bien jurídico, respetuoso del principio constitucional *nullum crimen sine lege* y con un mandato de determinación, exige además, una conducta establecida propiamente cargada de significado que produzca la puesta en peligro de un bien jurídico en términos objetivos»³⁷. Podríamos continuar con más apreciaciones de este nivel, pero por de pronto, pasaremos a centrarnos en algunos aspectos relacionados con la legitimidad de los «delitos de preparación».

Para empezar, se refiere a ellos mediante el término «tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito». Sabemos que nos encontramos ante meras consideraciones, puesto que el legislador equipara la preparación delictiva con la realización perfecta dolosa en términos penológicos en varios supuestos. En efecto, entendemos que el legislador es consciente de romper el significado conceptual que envuelven a estas normas penales, lo que es: conoce que se trata de una consideración ajena al lenguaje ordinario y que quiebra la representación conceptual del injusto penal. Volviendo al autor, Puschke asegura que estos tipos deben incluirse dentro del grupo de los de los «delitos de peligro abstracto». Sostiene son preceptos orientados a una acción lesiva que se conseguirá en un ulterior momento, de suerte que no se puede determinar la lesión de un interés protegido. Sin embargo, son empleados para reforzar la protección de bienes sociales tanto individuales como colectivos.

A nuestro juicio –aunque leyendo a Puschke– no es necesario hablar de cierta gravedad en términos de valores de protección para poder acudir a esta figura, lo cierto es que se protege tanto la vida como la propiedad intelectual mediante una misma técnica que corta la correspondencia subjetiva con la afectación objetiva del bien jurídico protegido. Lo que pretende entonces el legislador mediante la inclusión de estas normas penales, es tratar de quitarle al criminal el dominio de un hecho que se producirá o que puede producirse en el futuro.

Por último, este autor argumenta que los «tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito» tienen «cinco piedras de toque»³⁸. En

³⁶ Jens Puschke, «Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito», *Indret Penal* 4 (2010), 9.

³⁷ Jens Puschke, «Origen, esencia y límites», 18.

³⁸ Jens Puschke, «Origen, esencia y límites», 13: «En relación con los límites de la legitimidad de tipos penales que tipifican actos preparatorios cabe hablar de cinco piedras

nuestras palabras: son normas indeterminadas, se centran en el ámbito de la autonomía de las personas, tanto las penas como las conductas tipificadas no responden a la proporcionalidad penal y los intereses que se intentan proteger no son todos merecedores de esta protección. Por eso, a mi modo de ver, es necesario proponer criterio que restrinjan la inclusión de esta categoría delictiva en nuestro Código Penal.

4. *BARBER BURUSCO: los «delitos de preparación» están dirigidos a evitar la preparación de otro delito*

Esta autora se destaca, entre otras investigaciones, por haber aportado a la doctrina española una valiosa interpretación, así como un serio estudio respecto a los asuntos más problemáticos que presentan los «actos preparatorios punibles»: su legitimación. Los describe como una de las *formas de preparación delictiva*, en efecto, dentro de su ámbito de estudio incluye a los «delitos de preparación» como otra forma de *preparación punible*. Los denomina «delitos de preparación» o «actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo³⁹». Afirma que la razón de ser de este instrumento de anticipación no radica en la protección de un bien jurídico, sino en conductas encaminadas o dirigidas a preparar otro delito⁴⁰. Entiendo que dicha particularidad es lo que capta la *atención* del legislador, puesto que se centra en la prohibición de acciones que si bien no han alcanzado siquiera el inicio de una actividad peligrosa; ello no es un obstáculo como para establecer un castigo. En otras palabras, se pretende evitar algo que con cierto grado de certeza podría llegar a producirse.

A partir del panorama descrito por la autora se podrían presentar –cuanto menos– dos problemas. El primero, la lejanía del bien jurídico «susceptible de afectación». El segundo, los inconvenientes en determinar la «conducta típica», esto es, fijar qué clase de conductas podría crear un riesgo típicamente relevante a la luz de estos preceptos. Siguiendo el análisis y las

de toque que adquieren especial relevancia: En primer lugar, los efectos del Derecho penal han de producirse en la esfera psicológica -y no exclusivamente a través de la intervención-, también en los tipos penales que recogen actos preparatorios. En segundo lugar, el objeto de protección de estos tipos penales sólo puede ser un bien jurídico concreto con un contenido estrechamente delimitado. En tercer lugar, sólo el castigo de conductas preparatorias peligrosas, es decir, conductas típicas con una concreta intención de lesionar, resulta acorde con el principio de proporcionalidad. En cuarto lugar, las conductas inculpativas no pueden pertenecer al ámbito de autonomía del sujeto. Por último, las normas tienen que ser concretas, de manera que respeten el principio de determinación».

³⁹ Soledad Barber Burusco, *Los actos preparatorios del delito: Conspiración, proposición y provocación*, (Comenares: Granada, 2004), 148.

⁴⁰ Soledad Barber Burusco, *Los actos preparatorios...*, 152-153.

particularidades comentadas, también sobresalen una serie de contradicciones. Vamos a resaltar algunas de ellas. Por una parte, se estima una clara contradicción con el *principio de igualdad*⁴¹; por otra parte, se percibe una vulneración de cara a lo que entendemos por el *principio de eficacia penal*⁴². La primera, se centra en el análisis comparativo con relación a los «actos preparatorios punibles», pues no está de acuerdo en que se fije para esta *forma de preparación delictiva* la misma pena prevista para los tipos de tentativa. Desde nuestro punto de vista este planteamiento resulta correcto, ya que la gravedad de la tentativa, para algunos, está en el inicio de un proyecto criminal que no se produce por causas que escapan de la voluntad del autor, pero que a razón del mensaje que lanza en autor de la tentativa o de las consecuencias producidas y otros motivos relacionados nos decantamos por admitir la sanción. Pueda que se llegue a lesionar un bien jurídico después de la preparación de un ilícito, y que por eso se anticipe la intervención, por fines meramente preventivos; sin embargo, la tentativa resulta más grave que la preparación⁴³.

Así las cosas, creo que también faltaría al *principio de igualdad* a partir de este análisis. Si admitimos sancionar la mera preparación de conductas encaminadas a cometer un delito, pero no con una pena acorde al grado de lesión, sino con una igual a la del resultado del respectivo tipo fin... En mi opinión, considero que esta decisión legislativa no encaja en lo que entendemos por igualdad⁴⁴.

⁴¹ Soledad Barber Burusco, *Los actos preparatorios...*, 118.

⁴² Soledad Barber Burusco, *Los actos preparatorios...*, 119-120.

⁴³ Véase, STS 109/2017, 22 de Febrero de 2017.

⁴⁴ Son dos los argumentos que presento respecto al criterio de igualdad. Por un lado, no sería correcto sancionar con la misma pena tanto actos preparatorios como la realización perfecta de un delito base, puesto que las conductas preparatorias no logran afectar la estabilidad del bien jurídico: no hay ni siquiera inicio. Por otro lado, podemos añadir, que en virtud de estas circunstancias, resultaría más igualitario intentar una conducta, si bien no se consiga, que prepararla. No pocos casos sostienen esta afirmación, véase, entre otros, la pena descrita en los siguientes preceptos: 270.6, 286.1, 345, 371.1, 386.2, 399 bis, 400, 563. Mediante estos tipos, el legalismo eleva a la categoría de delito actos de estricta preparación, incluyendo sanciones desiguales.

Nótese que la pena que se prevé para la tentativa es inferior que la prevista en la preparación a pesar de que en esta última no se dé inicio a la ejecución. De modo que la lógica legislativa podría estar en las siguientes líneas, entre menos acciones criminales se realicen, a pesar de que la posible lesión del bien jurídico esté más distante, la condena será mayor (pena equiparada al resultado). Y entre más conductas se ejecuten, buscando la consumación del resultado, aunque no se consigan pese haberse iniciado, la pena será menor (*pena de tentativa*). Entre más lejos estemos del resultado, tendremos más sanción (*pena de preparación*).

A partir de la crítica de Barber, entendemos que en términos penológicos resultaría más conveniente al delincuente intentar el delito (es decir, dar inicio a la ejecución del hecho directamente por hechos exteriores...) que «entrar en la preparación delictiva», lo que resultaría un ámbito más peligroso de lo que parece para el *delincuente*. A todo esto, podemos cuestionarnos la misión que le corresponde al Derecho Penal, en concreto, determinar si este instrumento está llamado a resolver las vicisitudes que se relacionan con los *delitos de preparación*. En todo caso, Barber afirma que no es competencia del Derecho Penal tratar de resolver los asuntos que se involucran tras la inclusión de estos tipos, puesto que el Derecho Penal carece de capacidad como para intervenir («eficazmente») en todos los supuestos que maquinan actividades delictivas; y con razón, pues ello resultaría una competencia absolutamente inabarcable⁴⁵.

5. *CORCOY BIDASOLO: los «delitos de preparación» sólo podrían justificarse por el bien jurídico protegido*

Los denomina «actos preparatorios como delitos de peligro». Advierte que su legitimidad dependerá, únicamente, de la relevancia del bien jurídico que se quiera proteger. Conjuntamente, la preparación debe implicar ciertas actividades de peligro donde se evidencie un incremento relevante del riesgo permitido⁴⁶. Cita algunos ejemplos como la fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias... para cometer el delito de falsedades (art. 400)⁴⁷; así como el antiguo art. 509 del Código Penal de 1973, respecto a este último ofrece una interesante reflexión.

Los «delitos de preparación» se pueden clasificar, según Corcoy, mediante dos posibles *grupos*. Por un lado estarían los «*delitos de preparación de peligro abstracto*», por otro lado, los «*actos preparatorios autónomos*». Sobre los primeros advierte que estarían legitimados si se equipara al delito de tenencia de armas o sin licencias, pese a la necesidad de demostrar el incremento del riesgo. Sobre los segundos, señala que no podrían estar legitimados de ninguna manera atendiendo al siguiente argumento: «Si, como vimos, la punición de la tentativa de delitos de peligro abstracto no está legitimada, menos lo pueden estar los actos preparatorios...»⁴⁸.

⁴⁵ Soledad Barber Burusco, *Los actos preparatorios...*, 120: «El principio de eficacia queda altamente cuestionado. Pues en principio no parece posible (ni deseable) que las instituciones penales tengan la capacidad de intervenir en todos o al menos en un número importante de supuestos en los que se proyecten cualquier clase de hechos delictivos».

⁴⁶ STS 19 de noviembre de 2014 (MP: Manuel Marchena Gómez 771/2014), F.D. 2.

⁴⁷ Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro...*, 284.

⁴⁸ Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro...*, 284.

De cara a la segunda clasificación, esto es, «actos preparatorios autónomos», nos recuerda que en su momento fueron considerados como delitos de sospecha, puesto que no era necesario probar que las conductas tildadas por el legislador como preparatorias estaban destinadas a la comisión de un delito, sino se daba por seguro. Pues bien, se trata de conductas de las que se presume la realización de un ilícito penal, aunque se ausente el inicio del plan delictivo.

Pero además, advierte que la tipificación de actos preparatorios como delito autónomo puede terminar en la incriminación de sujetos que no han planeado nunca la posibilidad de cometer una infracción penal o participar en ella, infringiendo el principio de culpabilidad personal, este método de anticipación es capaz de llegar a espacios inimaginables⁴⁹. Del mismo modo, son delitos que dificultan o, de otro modo, imposibilitan la diferenciación entre actos de preparación y actos de consumación.

IV. UNIÓN DE SUJETOS EN LOS «ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES» Y SUS CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

El hecho de que varias personas se unan para realizar un objetivo o un proyecto determinado, generalmente, incrementa las posibilidades para su obtención. Conjuntamente, puede entenderse que la inclusión de más personas en los «actos preparatorios punibles» implica la imposibilidad de «desistir voluntariamente» del proyecto criminal, pues obvio que se pierde el poder de controlar la circunstancia criminal.

Casi nadie discute que la unión de sujetos agrava el injusto debido al incremento potencial que representa el concurso de persona que libremente deciden cometer un delito. Ahora bien, aunque dicho incremento no esté presente en los «delitos de preparación», es un elemento clave en los «actos preparatorios punibles». Esto nos demuestra que no es un requisito utilizado por el legislador penal para admitir el adelantamiento que caracteriza a los «delitos de preparación». También, como se adelantó, resulta discutible determinar cómo se podrá adjudicar el incentivo o premio para sujetos que quieran desistir en la preparación delictiva respecto a los «delitos de preparación». Por eso, pasamos a analizar dos puntos (hipotéticos) de cara a la importancia del desistimiento voluntario en *la preparación delictiva*. El primer punto, si la teoría del premio está pensada en recompensar al criminal que se arrepiente, entendemos que si el legislador introduce tipos penales con difícil determinación de dicha figura es porque («posiblemente») estima que tales conductas representan una magnitud tan relevante –en términos de

⁴⁹ En ese sentido, como adelantamos, entraría en juego su incompatibilidad con el principio de culpabilidad. Esto es, nadie puede responder por la acción criminal ejecutada por otro (responsabilidad personal).

peligrosidad— que no merecen la adjudicación del perdón por parte del Estado. Si esto es así, es decir, si el criterio de gravedad es lo que invita al legislador a crear figuras que resulta complejo la adjudicación de la recompensa, podríamos suponer otra contradicción por parte del legislador. Es complejo determinar la prerrogativa del desistimiento en los «delitos de preparación» porque se adelanta la barrera de sanción a un paso previo a la tentativa sin que se produzca una lesión al bien jurídico⁵⁰; de ese modo, la compleja determinación de la conducta jurídicamente relevante, a efectos de preparación, quedaría absorbida en el análisis de la consumación del tipo objetivo. Por otro lado, si la teoría del premio busca enviar un mensaje de ejemplaridad que exprese que «la ley sabe» galardonar a los arrepentidos, tampoco encajaría dicho mensaje porque mediante los «delitos de preparación» resulta difícil evitar la consumación, pues como hemos visto, se habla de desistir de una ejecución iniciada y aquí se sanciona la preparación⁵¹. De ese modo, un sujeto podría desistir, voluntariamente, cuando después de empezar la instalación del arsenal; desecha el conjunto de materiales absolutamente idóneos para la creación de billetes falsos (art. 400 CP)⁵². Nótese que en el supuesto apuntado, el acto de desistir se encuentra inmerso en espacios de la intimidad del individuo que no logran aún la puesta en marcha de un peligro remoto.

En cuanto al principio de igualdad, hemos anunciado que con los «delitos de preparación» el legislador aplica una pena superior a la prevista en la tentativa del respectivo delito fin, así como otras sanciones desmedidas, también sabemos que acude a una pena igual a la señalada en el delito base, a pesar de tipificar actos de mera «elaboración»⁵³. De ese modo, la lógica (o la coherencia) legislativa se ve quebrantada y el mensaje que pretenda enviar mediante estos preceptos se torna mucho más incomprensible⁵⁴.

Ante lo expuesto, cabe recordar que solo es posible el desistimiento voluntario en aquellos tipos que admiten la tentativa, dado que el desistimiento voluntario se encuentra inmerso en dicha figura (art. 16 CP).

A pesar de que la inclusión de otros sujetos en un determinado proyecto sirva de fundamento para adelantar la intervención penal como es el caso de

⁵⁰ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal...*, 448-451; Esteban Sola Recha, *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*, (Granada: Comares, 1996), 74-75; entre otros.

⁵¹ De otra opinión, Marcelo Domínguez Correa, *El desistimiento de la tentativa*, (Buenos Aires/Montevideo: BdF, 2013), 114-145.

⁵² Véase, STS 771/2014, 19 de Noviembre de 2014.

⁵³ Véase, por ejemplo, la sanción prevista para las siguientes: arts. 557.2, 559, 576, 577; 249, 428, 475 y 575.2.

⁵⁴ En similar sentido, entre otros, SAP Burgos 69/2014, 21 de Febrero de 2014.

los «actos preparatorios punibles», el legislador ha dejado claro que dicha inclusión no es necesaria para la tipificación de «delitos de preparación». Además, el criterio de inclusión no parece responder a la naturaleza de los «delitos de preparación»; no obstante, como lo mencionamos, la necesidad de incluir a otros en un programa delictivo, muy a pesar de la importancia representada, es desestimado para unas figuras («actos preparatorios autónomos»); pero apreciado en otras («actos preparatorios punibles»).

Lo anterior nos aproxima cada vez más a la idea de que los «delitos de preparación» representan otra clase de riesgo en comparación con figuras que necesiten la inclusión de dos o más sujetos para configurar la legitimidad del adelantamiento. Así pues, aunque es notable el incremento de peligro cuando dos o más sujetos se juntan para delinquir, lo cierto es que existen figuras referidas a la *preparación delictiva* que no necesitan de ninguna clase de concierto para ser elevadas a la categoría de delito y que objetivamente se ubican en un estadio anterior a la tentativa y representa un grado de peligrosidad distinto a los propios «actos preparatorios punibles».

V. LA POSTURA JURISPRUDENCIAL

Expuestas varias nociones respecto a los «delitos de preparación», vamos a analizar algunos criterios aportados por la doctrina jurisprudencial relacionados con el adelantamiento a de la intervención penal. Pues bien, veremos cuáles son los motivos que tienen en cuenta los tribunales respecto a la sanción de *estadios de estricta preparación*. A todo esto, si el Código Penal de 1995 se decantó por no castigar de manera general ningún acto preparatorio⁵⁵, posiblemente en dicha decisión se encubren algunos motivos, por el hecho de referirnos a la excepción del castigo de conductas en estado de preparación⁵⁶. Volviendo al tema de la doctrina Jurisprudencial, pasamos a señalar dos consideraciones.

En primer lugar, el Tribunal Supremo⁵⁷, con ocasión a la forma de emplear los instrumentos que anticipan la intervención penal entiende que ha de admitirse la «infracción» a los *principios limitadores del poder punitivo* a razón de la importancia del *bien jurídico objeto de protección*, eso es lo que permite o justifica el adelantamiento, aunque resulte un poco desmesurado; pues hay situaciones en que desde el estado de preparación se aprecia una peligrosidad inminente para el *bien jurídico objeto de protección*. Así, a este respecto, el Tribunal se refiere, puntualmente, al fenómeno del terrorismo, pues tanto la vida como la seguridad de las personas, así como la paz social

⁵⁵ Santiago Mir Puig, *Derecho penal...*, p. 350.

⁵⁶ Véase, STS 177/2018, 12 de Abril de 2018.

⁵⁷ STS 1993/1189, 8 de Marzo de 1995.

estarían «en juego»⁵⁸. También, nos ha recordado el Tribunal que los actos de preparación no pasan a la fase de ejecución, pero como advierte la Sentencia: «La prevalencia de los bienes jurídicos obligan a anticipar la barrera de protección penal».

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional admite que no se ve vulnerado el *principio de proporcionalidad* en un adelantamiento de intervención siempre y cuando el bien jurídico sea de *primer nivel*, por lo que deben estar relacionadas conductas que impliquen una amplísima valoración social. En definitiva, se refiere a que la intervención, en términos de preparación, es proporcional por considerarse un medio necesario para salvar dichos interés que se aprecian como merecedores de un adelantamiento.

A partir de ese panorama, si tanto el bien jurídico como la gravedad representada en la formación del ataque se utilizan para calificar un adelantamiento como *justificado y proporcional*, no encontramos razones que impidan que en los «delitos de preparación» sea necesario acudir a criterios que transiten en esta dirección. Más cuando representan una mayor lejanía tanto en términos de puesta en peligro como de lesión, si los comparamos con otras figuras de anticipación⁵⁹.

La utilización de esos elementos son –hasta el momento– requisitos esenciales empleados por la Jurisprudencia para interpretar la preparación delictiva que caracteriza a los «actos preparatorios punibles». Asimismo, podemos decir que los criterios son congruentes, hasta cierto punto, con las posiciones doctrinales que hemos repasado en este trabajo⁶⁰.

VI. SOBRE LA ATENUACIÓN OBLIGATORIA DE LA PENA EN LOS «DELITOS DE PREPARACIÓN»

1. Algunos autores conciben que, más que buscar nuevos criterios para regular los delitos de preparación habría que evitar la desproporcionalidad de esas normas y otros problemas derogando un gran número de preceptos⁶¹. Otra salida podría ser otorgarle al juez la potestad de imponer al autor de la preparación en supuestos graves la pena inferior en un grado a la señalada para el delito que prepara. En definitiva, lo que se trata es de proponer otro marco penal que atienda al criterio preventivo general más allá de optar por la exclusión de estas figuras de facto.

⁵⁸ Véase también, STS 214/2018, 8 de Mayo de 2018.

⁵⁹ Véase, STS 149/2017, 9 de Marzo de 2017.

⁶⁰ Santiago Mir Puig, *Derecho penal...*, p. 350.

⁶¹ De esta opinión, Alberto Alonso Rimo, «Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559 CP)», *Estudios Penales y Criminológicos*, 35 (2015), 371.

No obstante, dado el caso de que la crítica que recibiría esta propuesta fuera la inseguridad jurídica procedente de la actual situación, esto es, por la proliferación de «delitos de preparación» en el Código Penal, no encontramos motivos para estimar razonable transformar esa inseguridad en una completa libertad del juez, despojando además de esta forma la calificación jurídica de la conducta al control judicial previsto en la casación. Por otro lado, con la disminución de la pena prevista en los preceptos referidos a «delitos de preparación» no se soluciona el problema, sino que simplemente se reduciría. Con ello, obviamente se disminuiría la cuestión, por lo que solo dilataría la necesidad de limitar algunas cuestiones como las implicadas en la calificación de conductas como principales («delimitación de autoría»), secundarias («delimitación de la participación»), así como en el inicio de la tentativa, en la accesoriedad cualitativa, etc.

Al estudiar estas figuras encontramos que no hay, todavía, razones suficientes como para defender una inmediata derogación de todos los preceptos referidos a los «delitos de preparación». Pues existen motivos como la inseguridad en algunos ámbitos relacionados con la tecnología que dan lugar a la permanencia de algunos preceptos en el Código Penal.

En otro orden de ideas, si la *limitación* es entendida como un recurso basado en la interpretación restrictiva, entendemos que no es del todo conveniente por la misma vaguedad de su contenido. Por eso, tanto a la doctrina como a la Jurisprudencia le corresponde proponer criterios limitadores que se ajusten a los principios básicos del Derecho Penal; en similar dirección, si existen dudas para la imputación de un precepto como «delito de preparación», creo que a nadie se le ocurriría negar la aplicabilidad del principio *in dubio pro reo*.

Por descontado, atendiendo a la función del Derecho penal que hemos mantenido, esto es, como instrumento de control social, creo que no deberían ser valoradas conductas con posibilidad de un resultado o aquellas que solo incrementan el riesgo de *posibilidad* de lesión sin que implique de por sí una lesión, no es un postura que se distancie de los criterios empleados por la doctrina Jurisprudencial.

Tanto la disminución obligada de la pena prevista actualmente para los «delitos de preparación» como la restricción de elevar a la categoría de delito meros aspectos de preparación, se basa en la falta de relevancia; pues carecemos de certeza respecto de la producción del resultado... Además, el propio Código Penal establece el límite mínimo para sancionar conductas (art. 10 CP).

La propuesta de sancionar los «delitos de preparación» con una pena inferior, cobra sentido cuando al centrarnos en una figura que rompe la lógica interna del legislador⁶². La doctrina asegura que en los «actos preparatorios

⁶² Véase, STS 660/2018, 17 de Diciembre de 2018.

punibles» no caben las formas de imperfecta realización, así, es el mismo Mir Puig quien asegura que: «Como nos hallamos frente a «delitos no autónomos», no cabe en ellos la *participación* ni la punición de formas de imperfecta realización»⁶³. Pues bien, cabría preguntarse por qué en los actos preparatorios punibles no pueden involucrarse las reglas de la participación o de la tentativa... La razón consiste en que *ellos no son delitos* y que dichas reglas sólo son aplicables para tipos autónomos previstos en la Parte Especial, sin más. No obstante, esto no se podría predicar *–al menos rápidamente–* respecto a los «delitos de preparación», puesto que son tipos autónomos, en virtud de estar previstos en la Parte Especial del Código Penal. A lo que vamos, si fijamos límites reducimos el ámbito de prohibición; más aún cuando nos queda claro que la extensión de la responsabilidad criminal en los «delitos de preparación» es mucho más amplia que la representada en los «actos preparatorios punibles».

Nuevamente la lógica del legislador queda en tela de juicio. Veamos el motivo. Por un lado, nos dice que existe una «excepción»⁶⁴ para el castigo de conductas de estricta preparación; pero por otro lado, incluye actos preparatorios autónomos en la Parte Especial del Código Penal. Así pues, los «delitos de preparación» no encajan con la *conocida* excepción para el castigo de conductas de estricta preparación, pues se caracterizan *–como se ha reiterado en este trabajo–* no solo por ampliar desmesuradamente la responsabilidad penal, también, por señalar un castigo desmesurado respecto al peligro que representan.

La necesaria disminución de la pena para estas normas penales, en todo caso, es una cuestión de *lege ferenda* que aportaría a eliminar el tratamiento arbitrio que realiza el legislador penal al incluir paulatinamente *conductas de preparación* sin explicar «*el por qué*» de su inclusión y «*el cómo*» de su aplicación, más allá de asumir compromisos internacionales en algunos casos que sugieren u obligan a garantizar la armonía en ciertos ámbitos de la sociedad. Esto a nuestro modo de ver es necesario, pues contradice la denominada excepción para el castigo de conductas en estado de preparación en la legislación penal.

Seguidamente, pretendemos analizar por qué es lógico rebajar la pena en los «delitos de preparación» como figuras de anticipación. Pues bien, la diferencia entre *la preparación* y *la consumación* de un ilícito penal, en términos de sanción, debería entenderse como una garantía que emana del principio de proporcionalidad. La preparación debe ser moderada, proporcionalmente menor respecto al delito doloso consumado (o intentado).

⁶³ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal...*, 351.

⁶⁴ Véase, STS 428/2016, 19 de Mayo de 2016.

Una propuesta de menor sanción para los «delitos de preparación» no depende de su tipificación como delitos *siu generis*. Pasaré a desarrollar esta valoración. Entre la preparación delictiva y la consumación media una distinción en términos de gravedad, de suerte que los hechos tipificados deban llevar consigo sanciones mucho más leves respecto a los supuestos de delitos consumados (*me refiero a la realización perfecta del respectivo tipo base o delito fin, esto es, la infracción penal que el sujeto prepara*). En otras palabras, el castigo previsto en la preparación delictiva debe ser siempre menor que el señalado en casos de perfecta realización de delito base o tipo fin, dado que su gravedad es inferior... Esta idea tiene un soporte *histórico, legislativo y sociológico*. Por razones *históricas*, sancionar la tentativa –situándose en una fase previa a la preparación, por ejemplo– trae una conjetura antigua de castigo que caracteriza a una pena «extraordinaria», lo que es, distinta respecto a la del delito consumado doloso, de manera que nos conduce camino a la atenuación. A la par, por motivos *legislativos*, la previsión de la responsabilidad criminal por actos de estricta preparación se entiende como excepcional respecto a los supuestos consumados (dolosos), de modo que es obligatoria su permanente comparación y nos llevarían a admitir una sanción necesariamente menor; por tanto, el castigo no puede ser igual al de un tipo consumado ni al de una tentativa acabada porque fenoménicamente tanto los hechos como las consecuencias son distintas. Y, por razones *sociológicas*, podemos entender que la tipificación de conductas de estricta preparación es algo que se torna necesario, porque un relevante número de supuesto se interrelacionan con el núcleo duro de la vida ordinaria, es más, son las consecuencias o el precio de vivir en la sociedad moderna, esto es, donde la vida resulta inimaginable fuera de las fuentes de peligro (impresoras, ordenadores, máquinas fotocopiadoras, el uso del Internet... No obstante, socialmente aceptamos que la incriminación de conductas de preparación están ubicadas en un plano excepcional y su sanción es proporcional a la gravedad que representa, por tanto, suelen caracterizarse por presentar penas inferiores a la prevista en la realización perfecta del tipo doloso porque el daño, si es que puede ser cuantificable, será siempre ínfimo en comparación con el representado en el tipo base o delito fin⁶⁵.

Con todo, casi nadie dudaría que las razones citadas le resultan escasas al legislador penal. Por un lado, la *historia*, hasta ahora, demuestra que varias legislaciones renuncian de manera paulatinamente a los principios limitadores poder punitivo. Por otro lado, en el ámbito *legislativo*, no podemos olvidar que aunque se predique un criterio de «excepcionalidad», lo que es,

⁶⁵ Véase, entre otras, STS, 1 de Julio de 2013; STS 849/2013, 12 de Noviembre de 2013; STS 689/2014, 21 de Octubre de 2014; STS 849/2013, 12 de Noviembre de 2013; TS 174/2015, 14 de Mayo de 2015.

sancionar «únicamente» los actos «preparatorios punibles» como ejemplo de intervención en estadio de la preparación, vemos que nuestro legislador ha demostrado otra posición. Por si fuera poco, sabemos que los «delitos de preparación» prohíben conductas que no se refieren de manera exclusiva a intereses jurídicos irrecuperables, por tanto, es tanto ilógico como innecesario que la reacción penal sea superior a la de un hecho consumado. Y, en el ámbito *sociológico*, no es posible pretender que valoraciones subjetivas alcancen un estatus generalizado, es decir, que puedan lograr una posición de carácter irrefutable respecto a toda una sociedad, pues los criterios personales son controvertidos y más si nos referimos a la percepción de riesgos o sensación de inseguridad: casi nadie duda de que las sensaciones personales son graduables.

Los motivos que hemos recogido en esta investigación nos aproximan a una disminución de la pena para los «delitos de preparación», porque desde su configuración no logran fundamentar de manera incuestionable la imposición de la sanción hasta ahora prevista.

Aceptar una pena inferior en los delitos de preparación, puede explicarse por diversos argumentos como los señalados en esta contribución. En esa línea, la justificación se da a razón de una valoración de carácter global tanto de la gravedad de la conducta como de la necesidad preventiva representada en la acción efectuada por el agente. No obstante, como dijimos, la disminución de la sanción es tan sola uno de los aspectos centrales en esta materia, por eso, pasemos a desarrollar los criterios para la inclusión de estas normas en el Código Penal.

VII. REFLEXIÓN PERSONAL

1. Los «delitos de preparación», como demostramos, se caracterizan por ser tipos penales que violan varios *principios básicos del Derecho Penal*. Son *figuras que reposan en la parte especial*, aunque el castigo de la pena en algunos casos *dependerá de la sanción prevista en otro precepto*, es decir, son tipos que contiene remisión normativa; pero en otros, la disposición de la sanción goza, por así decirlo, de plena autonomía⁶⁶. Continuando con las características, podríamos afirmar que son conductas de «gestación» con las

⁶⁶ Este es el caso, por ejemplo, del art. 183 ter, porque la pena está fijada de forma independiente en el contenido del mismo precepto. Mientras que el art. 400 aunque es un «delito de preparación», la pena está conectada a la prevista en el tipo de falsedades, es decir, el legislador remite la sanción a la de un tipo base, rompiendo en cierto grado parte de la autonomía, pero sigue estando en la parte especial, lo cual lo hace en cierto modo un tipo autónomo. Sin embargo, la pena prevista para el art. 400 es la misma que la señalada en el tipo de perfecta realización, estado consumada.

cuales se pretende alcanzar la comisión de un ulterior delito, asimismo, puede decirse que son formas delictivas que no responden a lo que tradicionalmente entendemos por *inter criminis*, es decir, proceso o etapas para el desarrollo del delito, de ahí también deviene su incompatibilidad con los principios básicos del Derecho Penal. En efecto, mediante su ejecución no se percibe un daño del otro bien jurídico protegido en términos materiales. Aunque se produjere el resultado que se quiere evitar, los bienes jurídicos que se verían lesionados son recuperables en su inmensa mayoría y, además, ya están protegidos mediante otros preceptos que reposan en el mismo cuerpo legal, Código Penal.

En esto delitos también se aprecia que la entidad del daño es inferior tanto en el riesgo cuantitativo que se produce como en el resultado normativo. Pero ante todo, llama la atención que algunas cualidades que el legislador ha resalado durante mucho tiempo no aparezcan aquí. Nos referimos a los supuestos que constituyen un mayor merecimiento de pena, esto es, el mayor daño ocasionado⁶⁷.

Así como en los «actos preparatorios punibles» existen una serie de criterios para admitir el adelantamiento de la intervención, por coherencia legislativa deberán existir para los «delitos de preparación», pues ambos se ubican en la preparación delictiva, mejor dicho, ambos corresponden a la idea de excepcionalidad. Por todo esto, propongo que para incluir «delitos de preparación» el Código Penal deberán estar presentes dos criterios:

- El primero, ha de acudir a esta técnica, únicamente, para salvar bienes jurídicos de primer nivel, es decir, todos aquellos que sean de carácter irrecuperable;
- El segundo, esta forma de preparación habrá de reservarse para supuestos que representen un una amenaza lo suficientemente relevante desde la preparación⁶⁸.

⁶⁷ Sin ir más lejos. Así como la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente, también estos principios elementales de culpabilidad y de proporcionalidad deberían inspirar la técnica de tipificación en los delitos de preparación (art. 13 CP).

⁶⁸ El legislador no se centra en la protección de un interés social, puesto que ya ese ejercicio se empleó pensando en evitar un resultado mediante la inclusión del tipo base. Mientras que ahora tipifica para evitar la mera preparación que, como decíamos en líneas anteriores, es un estado que se *escapa* de sus manos. Por ejemplo, la prohibición de estafar fue empleada en su oportunidad y es una consecuencia derivada de la protección del patrimonio económico. En tanto que la prohibición representada en los «delitos de preparación» *puede* verse como el resultado de una protección para los mismos bienes jurídicos, aunque se resalte una sobrevaloración. No obstante, a nuestro juicio, el valor está conce-

En nuestra propuesta, siguiendo en buena parte a los autores arriba citados, entendemos las *conductas de preparación* como un *género* en el que podrían ubicarse perfectamente tanto los «delitos de preparación» como los «actos preparatorios punibles», dado que se trata de un ámbito excepcional.

Los «delitos de preparación» se caracterizan así, positivamente, como *acciones* referidas en un estado de «*elaboración delictiva*». Pero su diferenciación respecto a los «actos preparatorios punibles» va más allá como una figura negativa o rasgo negativo, esto es, como preceptos dependientes de un tipo señalado en la Parte Especial. La punibilidad de los «delitos de preparación» y de los «actos preparatorios punibles», como fenómeno de anticipación penal, no comparten el mismo fundamento, al reparar los requisitos para admitir las figuras previstas en los actos *preparatorios punibles* se atiende a una serie de razonamientos que no pueden compararse con los «delitos de preparación». De este modo, como ocurre en estos últimos, no basta con la intención o, de otro modo, con la mera posesión de instrumentos destinados a la comisión de una estafa para que exista *conspiración* o *proposición* para realizar un delito contra el patrimonio económico (art. 248.2 b]). Tampoco es suficiente con la mera capacitación o adiestramiento para constituir la *proposición* para cometer un delito de terrorismo (art. 509), sino que será preciso que haya una resolución firme y decidida de un sujeto para consumir el delito y, tras ello, invitar a otros a participar en él.

Así las cosas, nos volvemos a preguntar respecto a otra diferencia entre los «actos preparatorios punibles» y los denominados «delitos de preparación». . . Pues bien, como dijimos, lo que los hace diferentes es la medida de incremento del riesgo que a sus características típicas responden. Afirmamos que la distinción entre «*delitos de preparación*» y «*actos preparatorios punibles*» se fundamenta en fuertes criterios de prevención y aunque parezca ilógico las consecuencias seguirán siendo así: a mayor riesgo, menor gravedad de pena y a menor riesgo de lesión, mayor extensión de la responsabilidad criminal.

Los «actos preparatorios punibles» son, por tanto, aquellas figuras que mediante la inclusión de sujetos hacen posible la reacción penal a razón del incremento del riesgo. Pues se acredita que el delito que se pretende realizar concurrirán los elementos necesarios para realizar la infracción, en gran parte la decidida y firme resolución de los sujetos involucrados, pues hablamos de una potencial lesividad que va camino a la consumación.

Es sabido por casi todos que para apreciar el incremento del riesgo en una conducta podemos fijarnos en el acto ejecutado; también la materialización de los actos *potencialmente lesivos* son pautas valorativas para determinar el

dido o se refiere a la posibilidad representada en el estado de preparación y en la posibilidad de alcance que este representa.

riesgo típico relevante a efectos de imputación. Desde nuestro punto de vista, el ámbito de la preparación delictiva no puede resumirse simplemente con la adquisición de materiales o artefactos necesario para delinquir; ya que sancionar aspectos o conductas que se ubique en una zona muy alejada de la propia ejecución y a pasos previos de la tentativa nos introduciría a un Derecho penal excesivo, por no decir innecesario. Dijimos, aunque entre líneas, que el criterio representado en la *proposición* era insatisfactorio si no lo «veíamos» como una forma de participación intentada, *inducción*. La apreciación de la conducta debe emitirse comparando *ex ante* la posibilidad del delito representado en la aportación (en este caso un aporte inmaterial), podemos decir que si la probabilidad de cometer el injusto se incrementa sustancialmente para la obtención del resultado, basta decir que el incremento se evidencia en la consecución del deseo criminal que surge gracias a al inductor, salvo que, por circunstancias concretas la conducta no hubiera sido lo suficientemente firme como para despertar la idea.

Es de sobra conocido que estas contribuciones han de apreciarse en los «*actos preparatorios punibles*» como tipos dependientes y pueden «valorarse» tanto en la fase ejecutiva como en fase de preparación, aunque lo ideal es evitar el aporte de forma compartida, puesto que puede contribuir a la renuncia del sujeto o derivar en una tentativa de proposición (impune). El criterio más aconsejable, sin duda, es el referido a la contribución en fase ejecutiva, pero no podemos pasar por alto que estamos en *formas intentadas de participación*, por lo que se podrían presentar disminuciones en las posibilidades por distintos motivos como la idoneidad de la incitación por parte del autor.

Para cerrar, los «delitos de preparación» no se reconoce la inmediatez del peligro respecto a otras figuras de anticipación (delitos de peligro concreto, por ejemplo). Por todo eso, no solo se necesitan disminuir las penas actualmente previstas, no solo es necesario criterios restrictivos para su interpretación, sino, además, necesitamos contar con pautas específicas para poder acudir a esta controvertida figura de anticipación penal, y sostengo que son controvertidas porque distan de su cercanía con los principios básicos del Derecho Penal.

VIII. CONCLUSIONES

No es legítimo considerar a las actitudes delictivas como elemento objetivo típico, pues por si solas no representan nunca ninguna clase peligro para un bien jurídico, esto es lo que en parte ocurre con los «delitos de preparación». El objeto de valoración en los «delitos de preparación» está siempre en pretender despojar al criminal del dominio de un resultado posible o hipotético.

El sentido de los «delitos de preparación» como instrumentos de anticipación penal no radica en la protección de un bien jurídico, sino en las conductas encaminadas o dirigidas a preparar la ejecución de otro delito.

Los «delitos de preparación» son una figura muy cercana a la intromisión de asuntos internos que en todo caso podría colisionar con las esferas más íntimas de la libertad; de ahí la necesidad de proponer criterios específicos para admitir si inclusión el Código Penal. Si no se establecemos límites a los «delitos de preparación» el panorama será el siguiente. Entre menos acciones se realicen, a pesar de que la posible lesión del bien jurídico esté más distante la condena será mayor (*pena equiparada al resultado*). Y entre más conductas se ejecuten, buscando la consumación del resultado, aunque no se consiga, la pena será menor (*pena por tentativa*). Entre más lejos estemos del resultado, tendremos menos sanción (*pena de preparación*). Por todo esto, del mismo modo se requiere la observación de los criterios que proponemos en esta contribución.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO RIMO, Alberto, «Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559 CP)», *Estudios Penales y Criminológicos*, 35 (2015), 371.
- BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito: Conspiración, proposición y provocación*, (Comenares: Granada, 2004), 148.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. F., «Delitos contra el orden público», en Lorenzo Morillas Cueva dir., *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, 2.ª ed., (Madrid: Dickinson, 2016), 1361-1363.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Los actos preparatorios punibles*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 23.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 282-286.
- DOMÍNGUEZ CORREA, Marcelo, *El desistimiento de la tentativa*, (Buenos Aires/Montevideo: BdF, 2013), 114-145.
- KUBLEN, Lotbar, «Bienes Jurídicos y nuevos tipos de delito», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, edit. Por Andrew von Hirsch/Kurt Seelmann/Wolfgang Wohlers (Barcelona: Atelier, 2012), 225-229.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., (Barcelona: Reppertor, 2015), 350-351.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte especial*, 9.ª ed., (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 31-33.
- PUSCHKE, Jens, «Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito», *Indret Penal* 4 (2010), 9.
- REYES ALVARADO, Yesid, *El delito de tentativa*, (Montevideo/Buenos Aires: BdF, 2016), 106-111.

- SOLA RECHA, Esteban, *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*, (Granada: Comares, 1996), 74-75; entre otros.
- VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang, «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa», en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, en trd. Beatriz Spínola Tártalo, y Roland Hefendehl/Andrew Von Hirsch/Wolfgang Wohlers edtrs., (Madrid: Marcial Pons, 2007), 287.

JURISPRUDENCIA:

- SAP Burgos 69/2014, 21 de febrero de 2014.
TS 174/2015, 14 de mayo de 2015.
STC 177/2015, 22 de julio de 2015.
STS 323/2006, 22 de marzo de 2006.
STS 480/2009, 22 de mayo de 2009.
STS 849/2013, 12 de noviembre de 2013.
STS 956/2013, 17 de diciembre de 2013.
STS 689/2014, 21 de octubre de 2014.
STS 771/2014, 19 de noviembre de 2014.
STS 277/2015, 3 de junio de 2015.
STS 673/2015, 4 de noviembre de 2015.
STS 428/2016, 19 de mayo de 2016.
STS 9/2017, 18 de enero de 2017.
STS 109/2017, 22 de febrero de 2017.
STS 149/2017, 9 de marzo de 2017.
STS 747/2017, 21 de noviembre de 2017.
STS 177/2018, 12 de abril de 2018.
STS 214/2018, 8 de mayo de 2018.
STS 660/2018, 17 de diciembre de 2018.
STS 241/2019, 9 de mayo de 2019.

(DE)-CONSTRUCTING AND DESMITIFYING EUROPEAN UNION'S FOUNDED VALUE OF SOLIDARITY

*(Des)construccion y desmitificacion del valor fundacional
de la union europea de la solidaridad*

Antoni Abat i Ninet
Professor Constitutional law
University of Copenhagen

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp287-305](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp287-305)

Recibido: 03.03.2020

Aceptado: 16.06.2020

Abstract

Over these past few years, both the European Union (“EU”) as a whole and some of its member states have faced unprecedented challenges that have seriously put at risk not only the EU project in its entirety but also the integrity of some of its limbs: the economic crisis started in 2008, the migration crisis with its bulk of humanitarian implications and political tensions, Brexit and the Catalan independence referendum, the surge of populism, or the current COVID-19 crisis, are just examples of this complex phenomenon. Against this problematic backdrop lurks the value of solidarity, a principle that is not only deeply embedded in the constitutional texts of some of its member states, but it has profoundly informed the EU model since its inception. Taking solidarity more seriously and rediscover its legal (not just its moral/aspirational) meaning could thus represent a concrete tool to tame the tensions that traverse the continent and a way out of the various crises that threaten its very essence.

Keywords

Solidarity, deconstruction, myth, Founded Value.

Resumen

En los últimos años, tanto la Unión Europea (“UE”) en su conjunto, como algunos de sus estados miembros se han enfrentado a desafíos sin precedentes que han puesto en grave peligro no solo el proyecto de la UE en su totalidad, sino también la integridad de algunos de sus países miembros: la crisis económica que comenzó en 2008, la crisis migratoria con tremendas implicaciones humanitarias y tensiones políticas, el Brexit y el referéndum de independencia catalán, el aumento del populismo o la crisis actual de COVID-19, son solo ejemplos de este complejo fenómeno. En este contexto problemático, se esconde el valor de la solidaridad, un principio que no solo está profundamente arraigado en los textos constitucionales de algunos de sus estados miembros, sino que ha informado profundamente al modelo de la UE desde su inicio. Tomar la solidaridad más en serio y redescubrir su significado legal (no solo moral / aspiracional) podría representar una herramienta concreta para dominar las tensiones que afectan el continente y una salida a las diversas crisis que amenazan su esencia.

Palabras claves

Solidaridad, deconstrucción, mito, valor fundacional.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. SOLIDARITY IN GENERAL. III. SOLIDARITY AND “SPIRITUALITY”. IV. SOLIDARITY AS A PURE LEGAL CONCEPT: *UBI DUO REI FACTI SUNT, POTEST VET AB UNO EORUM SOLIDUM PETIT*. V. THE SOCIO-POLITICAL TRANSFORMATION OF SOLIDARITY. VI. DEMYSTIFYING SOLIDARITY. VII. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCTION

Over these past few years, both the European Union (“EU”) as a whole and some of its member states have faced unprecedented challenges that have seriously put at risk not only the EU project in its entirety but also the integrity of some of its limbs: the economic crisis started in 2008, the migration crisis with its bulk of humanitarian implications and political tensions, Brexit and the Catalan independence referendum, the surge of populism or the current COVID-19 crises, are just examples of this complex phenomenon. Against this problematic backdrop lurks the value of solidarity, a principle that is not only deeply embedded in the constitutional texts of some of its member states, but it has profoundly informed the EU model since its inception. Taking solidarity more seriously and rediscover its legal (not just its moral/aspirational) meaning could thus represent a concrete tool to tame the tensions that traverse the continent and a way out of the various crises that threaten its very essence: being a very rich but also elusive concept, shedding light on the legal understanding of solidarity might be very important. The goal of this paper is to offer an epistemological de-construction of the principle of solidarity as a foundational/historical principle and as an element forging the constitutional identity of the European Union (“EU”): as such, solidarity can become the legal answer to reinforce the political integration of the EU and to redress the humanitarian, political and democratic crises affecting it.

In terms of methodology, the paper is an exercise of postmodernist conceptualism approach that proposes the analysis of the plural meanings and domains that solidarity has had throughout history. The deconstruction of the principle proposed in this piece follows Derrida’s conceptualisation of the phenomenon and its definition as a postmodernist theory although, similarly to Deleuze and Foucault, he does not use the term and would resist affiliation with “-isms” of any sort.¹ Once the principle is deconstructed, the paper does

¹ Jacques Derrida, *De la grammatologie*, Minuit 1967. See also, Aylesworth, Gary, “Postmodernism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, Edward N. Zalta (ed.), URL= <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/postmodernism/>>.

not suggest an alternative proposal but values the legal dimension of the epistemological evolution of the term.

II. SOLIDARITY IN GENERAL

The process of deconstruction starts with an analysis and decomposition of the different connotations that the principle of solidarity has in the sense of *logos*. The first step is devoted to the analysis of solidarity in a spiritual sense and, more concretely, with the Hebrew, Christian and Islamic notions of charity, love, friendship, purification and compassion, all virtues that have been used as synonyms of (or closely associated to) solidarity. This is followed by an examination of solidarity as a purely legal concept, dispossessed of its spiritual, moral and idealistic nature to become a more mundane but legally enforceable concept. The second step examines the conceptualisation that solidarity and the theory of contractual obligations experienced in Roman law, its modern reception by the Napoleonic Civil Code and the present civil law systems. The legal construction corresponds to the etymological analysis of the word.

The term solidarity comes from the Latin word “*in solidum*” that connotes a shared responsibility for the whole common objective (*solidum*) and not just the care for an individual. Roman civil law institutionalised the “obligations in *solidum*” implying that each debtor owed an identical thing to that to which (his co-oblige) is held. Although there is scepticism on the epistemological analysis of solidarity, this paper proposes to value an interpretation of the principle concomitant with this etymological root and its original pure legal conceptualisation. The next phase of this deconstructive process of the *logos* is focused on the social-political transformation that the concept experienced with the French revolution and its new idealisation. With the utopic framing of the concept of fraternity, the French revolutionaries naturalised a new ideal connotation of solidarity despite the fact that solidarity and fraternity are not synonyms. The examination continues by analysing the relations between both concepts in French constitutionalism and the typology of solidarity. Once the deconstruction of the genealogical historical approach of the *logos* is concluded, the paper proposes a demystification and delusion of the principle, recovering its legal nature and obligational sense, to be able to assign responsibilities within the EU legal and political framework. The methodological process of demystification engaged in the fourth section of the chapter, after the deconstruction of the term, can be defined as a pragmatic conceptual proposal. The idea that the law itself governs can be understood as the idea that legal provisions authorise officials to act in a manner entailed by a gasp of the legal provisions.² Pragmatic conceptualism rejects the

² Benjamin C. Zipursky, “Pragmatic Conceptualism”, *Legal Theory*, vol.6 (2000), pp.457-485, p.475.

idea that the function of the law necessarily exhausts its content, it does not deny the significance of a functional analysis of the law in legal theorizing or in legal interpretation.³

Solidarity is a universal value, a virtue, a meta-principle that has had various meanings, synonyms and conceptualisations throughout history. Solidarity as a phenomenon is multi- and cross-disciplinary with moral, ethical, political and legal implications. The Oxford dictionary defines the concept as: “unity or agreement of feeling or action, especially among individuals with a common interest; mutual support within a group”.⁴ This great semantic richness, various forms and its epistemological link with other concepts along the history (friendship, charity, fraternity) and with legal principles (loyalty, cooperation, cohesion, subsidiarity) makes it difficult to define the concept and invites to distinguish solidarity from close but not synonymic notions.

Somehow, the modern understanding of solidarity is *a-historic*, in the sense that its development had breakups and its evolution was not lineal and not attached to previous historical meanings. In other words, following Saussure's well-known distinction, the signifier of solidarity (the codification of a word, its phonic component) is autonomous of its signified (the ideational component, the concept that appears in our mind when we hear or read the signifier).⁵

The historical account of solidarity links this concept with man nature as a political animal (*zoon politikon*), the egalitarian notions of civic friendship (*Philia*) in Ancient Greece and Rome and the brotherliness in some spiritual traditions.⁶

III.SOLIDARITY AND “SPIRITUALITY”

Spiritualism has used ambivalent concepts such as charity, love, fraternity, compassion to the concept of solidarity even if there are differences among them, as we are going to illustrate in this section.

a. Judaism

In Judaism, charity, *Tzedakah* (צדקה) comes from the same root as the word justice, that is not only good but also right.⁷ The same message is

³ Ibid p. 476.

⁴ Oxford dictionary entry “solidarity”, available at: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/solidarity> last access on 27 September 2018.

⁵ F.de Saussure, *Écrits de linguistique générale*, Gallimard, 2002.

⁶ Hauke Brunkhorst, *Solidarity, from Civic Friendship to a global legal community*, The MIT Press, 2005.

⁷ Michael Walzer, “On Humanitarianism: Is Helping Others Charity, or Duty, or Both?”, *Foreign Affairs*. Vol.90/4, pp.69-90, p.70.

conveyed by the Hebrew word *mitzvah*, which in the Bible means ‘commandment’ but has come colloquially to mean ‘a good deed’ or ‘an act of human kindness’ although it still implies that something has to be done.⁸

Through a host of institutions—most notably the *tithe*, Jewish law makes the giving of charity a *mitzvah* (a commandment), not an option.⁹ Charity is righteousness as far as God, the Giver of all blessings, claims from His gifts a share for the poor. According, the ideal type of the righteous man is he who is “eyes to the blind”, “feet to the lame”, and “father of the poor”.¹⁰ Charity is equal in importance to all the other commandments in the Torah combined, reads an early rabbinic law code.¹¹

Under Jewish law, an individual’s duty to others includes giving charity to the poor and the needy. This charitable duty extends not only to identifiable persons who need financial and similar assistance but to the community at large as well. While one might have reached a similar conclusion by analogizing from the duty to rescue as derived from verse 16, the Pentateuch instead contains many concrete references to such obligations.¹²

According to the Maimonides, charity is the most important positive commandment; it applies to everyone, including poor people,¹³ and it can be enforced in Rabbinic courts. The obligations of charity, like the duty to rescue, are ultimately grounded on a meta-narrative of Jewish law. These obligations indicate rather clearly that individuals are not to view themselves as strangers, but rather as close-knit members of a family-like community who are to watch over and take care of one another.¹⁴

Maimonides delineate eight levels of charity, in descending order of moral virtue, that can characterize the relationship between donor and recipient, where the highest degree is “*that of the person who assists a poor Jew by providing him with a gift or a loan or by accepting him into a business*

⁸ Ibid

⁹ Jon D Levenson, Charitable in Judaism, available in <https://hds.harvard.edu/news/2013/12/13/why-give-religious-roots-charity#> The Hebrew word for charity is Tzedakah also translated as righteousness”.

¹⁰ The Book of Job, as quoted in Joseph Jacobs, Kaufmann Kohler, Cyrus Adler, A.M. Friedenbergr and Lee K. Frankel, “Charity and Charitable institutions” in Jewish Encyclopedia.

¹¹ Ibid

¹² David Hartman and Tzvi Marx, “charity” in A Cohen and Paul Mendes Florhr (eds) Contemporary Jewish Religious Thought: original essays on critical concepts, movements, and beliefs, Collier Mcmillan, 1988.

¹³ Sheldon Nahmod, “The Duty to Rescue and the Exodus Meta-Narrative of Jewish Law”, Arizona J. Int’l & Comp. L. 751 (1999), p. 759.

¹⁴ Dudley C. Rose, The Ministry of Healing in <https://hds.harvard.edu/news/2013/12/13/why-give-religious-roots-charity#>

partnership or by helping him find employment—in a word, by putting him where he can dispense with other people's aid."¹⁵ Maimonides argued, following Talmudic precedents, that insofar as Jewish communities in the Diaspora had coercive power, they could legitimately force their members to give *Tzedaka*.

b. Christianity

For Christianity, the role of charity is first built on the injunctions of the Hebrew Bible. In the New Testament, Jesus' parables and actions also speak to the morality of charitable sentiments.¹⁶ The concept of charity referred to love of God above all things is a core theological virtue for Christian morality. Kierkegaard described Christian love with three Greek concepts: (a) *agape*, or altruistic and unconditional love, mercy, and compassion; (b) *philia*, or love as friendship, love for relatives and neighbors, consisting in sharing friendship and mutual admiration; and (c) *eros*, sensual and passionate love, connected with the corporal and sensuality.¹⁷

Catholic theology and its criticism have been debating whether other concepts of love such as Eros have been included in the proto-theological conceptualisation of love to God and consequently *caritas*.¹⁸ In *Summa Theologiae*, Thomas Aquinas relates charity with friendship and union of man with God.¹⁹ Charity as friendship is considered as an Aristotelian virtue even if it did not seem so, distinct from other virtues, but yet the most important and the mover of the other virtues.

Thus, solidarity is not rooted in the Aristotelian understanding of friendship as utility or pleasure. Rather, solidarity is friendship in the fullest sense of the term because it is grounded in the goodness of virtue, a mutuality of wanting the good for the other person that you want for yourself.²⁰

Solidarity as defined in Catholic social teaching is that which "helps us to see the 'other' whether a person, people or nation, not just as some kind of instrument, with a work capacity and physical strength to be exploited at low cost and then discarded when no longer useful, but as our "neighbour", a "helped", to be made a sharer, on a par with ourselves in the banquet of life

¹⁵ Maimonides, Mishne Torah.

¹⁶ Dudley C. Rose, "The Ministry of Healing in Christianity" in <https://hds.harvard.edu/news/2013/12/13/why-give-religious-roots-charity#> See: the First Epistle of Paul to the Corinthians, the Gospels of John, Matthew or Luke.

¹⁷ Soren Kierkegaard, *Works of Love*, some Christian reflections in the forms of discourse, Harper and Row Publishers, 1962.

¹⁸ See Nietzsche critics

¹⁹ Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, Benzinger Bros, 1948, II–II, q. 23, a. 1

²⁰ *Ibid*

to which all are equally invited by God.”²¹ This love of the neighbour was transplanted ambiguously into the political realm as fraternity.

c. Islam

In Islamic tradition, the concept of solidarity can be related with two notions, *Zakat* (زكاة) “that which purifies” and *Ummah* (أمة) “community of believers”. *Zakat* is related to the forms of giving and among the different forms, the one that is best known is *zakat*, one of the Five Pillars of Islam and an immediate obligation of Men.²² The *zakat* consists in the obligatory payment of a determinate portion of specified for the benefit of the poor. In the Koranic usage is referred to the portion of the property so paid.²³ The mandatory nature of the *zakat* makes it comparable to a tax system where citizens were expected to give a percentage of their income to satisfy the needs of the community. In the modern world, we see charity as a much more personal act, but in the ancient Islamic world, it was much more a community duty.

In Islamic law, the *Zakat* is a hybrid between the elements of ritual and revenue-raising, insofar as paying *zakat* is a ritual act of purification, the focus is on the payer; as a system of revenue-raising, the centre of concern is the recipients, particularly the poor.²⁴ Being charitable is a way of purifying material deeds, and thus never losing track of the most important goal, which is serving God—in this case, by serving one’s fellow humans.²⁵

The development of the legal framework for *zakat* in an Islamic state is dependent upon the school of law, which is adopted as an official school in that particular state. A good example of the application of the *zakat* institution in modern legislation is the *Zakat Ordinance of 1980* of the Islamic Republic of Pakistan. Save for a few exceptions, *zakat* as an obligatory tax is not imposed in modern Islamic states.²⁶

The concept of solidarity is also related with the *Ummah*, since a *Hadiz* (the words of the prophet and sources of law after Coran) state: “He is not a believer whose stomach is filled while the neighbor to his side goes

²¹ See John Paul II, Enc.Let. *Sollicitudo Rei Socialis*, No.40 (30 December 1987): AAS 80.5, 513-586, as quoted in Stalpelton, op. cit.

²² Jocelyne Cesari, “Islam: the many reasons for charity”, in <https://hds.harvard.edu/news/2013/12/13/why-give-religious-roots-charity#>

²³ A. Zysow, “Zakat” in Encyclopaedia of Islam, available at https://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/zakat-COM_1377?s.num=0&s.f.s2_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-2&s.q=zakat

²⁴ Ibid

²⁵ Jocelyne Cesari, Ibid.

²⁶ Javaid Rehman and Aibek Ahmedov, *Islamic Law of Obligatory Alms*, UK centre for Legal Education, 2011, p.45-46.

hungry.”²⁷ This addresses a moral obligation and sets a social norm about what a truly Islamic community should be and how the relationship among believers must be organized.

IV. SOLIDARITY AS A PURE LEGAL CONCEPT: *UBI DUO REI FACTI SUNT, POTEST VET AB UNO EORUM SOLIDUM PETI*²⁸

The French Napoleonic codifiers (Jean Jacques Régis de Cambacérès and Louis Joseph Faure) transplanted into article 1211 of the Napoleonic *Code Civil* of 1804 the institutes of Justinian 531 (*ius in solidum*) as passive solidarity with some changes. The etymological and legal meaning of *solvere* identifies with releasing, unleashing, dissolving, especially in the archaic period. The origin of the obligation was related to the payment of a sum of money (*poena*) to redress the victim of a crime.²⁹ The Napoleonic codification was restricted to civil obligations and not those that arose from a crime.

This restriction of the primitive principle of *in solidum* results primarily from a general development of modern law, in which civil and criminal law are differentiated. This process of modernisation led to a paradoxical reconstruction of the Roman law enabling the concept of solidarity for uses that derive from very different traditions and from a completely different social realm than in Roman law.³⁰

From this first codification, continental civil codes regulate solidary obligation as a kind of multi-personal obligation and diverse to prorata (communal) or simple obligations, in which each obligee is the holder of a share-part of the total obligation, and each obligor responds only to the portion that corresponds to it.³¹ Each type produces different legal consequences.

In some civil code systems (France, Spain, Italy) if a plurality of subjects concurs, there is a general *iuris tantum* presumption that the obligation does not subsist as an inseparable whole but is divided into equal or proportional parts between each of the obliges. In other words, solidarity cannot be presumed and the law recognizes its existence: (a) when the obligation itself expressly provides for solidarity, for the burden is now assumed voluntarily

²⁷ Al-Sunan al-Kubrā 19049.

²⁸ If there are two obliged supporters, it can be asked to all one of them. Ulpianus Lib.47 ad Sabinum.

²⁹ S. Solazzi, *L'estinzione delle obbligazioni nel diritto romano*, ed. Jovene, 1935, p.9.

³⁰ Thomas Fiegle, *Von der solidarité zur solidarität: ein franz sich-deutscher Begriff-transfer*, LIT Verlag, 2002, p.37-39.

³¹ See Principles of European Contract Law, Chapter 10, Section 1: Obligations with a plurality of debtors. See French Civil Code Book 3 Title 3 Chapter 4 (art. 1197-1216), Spanish Civil Code Book 4, Title 1, Chapter 3 (art. 1137-1148), Italian Civil Code Book 4, Title 1, Section VII (art. 1292).

by the debtor/s who are supposed to take care of their own concerns and affairs (conventional solidarity); (b) when the law expressly provides for solidarity for which the law has its own legal reason for the imposition of solidarity (legal solidarity); and (c) when the nature of the obligation requires solidarity (real solidarity).³²

However, even in continental European jurisdictions there is a general trend to avoid prorate obligations, and in some of these legal systems all that is required is the willingness of the contracting parties to lend or demand the obligation integrally, without requiring the use of the term solidarity obligation.³³ Furthermore, the Principles of European Contract law required the contrary presumption and stipulates that under the same contract, they are solitarily liable, unless the contract or the law provides otherwise.³⁴

It is also relevant to the proposal of deconstruction and transplantation of the private law conceptualisation into the public constitutional domain, the distinction between active and passive solidary obligations. The active solidarity or solidarity of the creditors focuses on the internal relation between the creditors, in which each creditor is entitled to demand the debtor's fulfilment of their entire obligations and when one of the creditors is settled, the obligation is extinguished to all other creditors.³⁵

The passive solidarity has two dimensions: *external*, whereby the solidary obliged responds for the whole, and *internal*, related to the obligations among the obliged themselves. In our case-scenario, the internal sense is the relationship between member states of the EU, whereas the external dimension refers to the consequences that a breach of the principle of solidarity causes vis-à-vis third parties.

The Napoleonic codification enables a rationalisation and the legal civil enforcement of solidarity; in other words, with codification, the principle of solidarity is no longer presumed (as it happened with moral and ethical dimensions), but it is expressly stipulated. This means that the codification of solidarity placed the concept in a more realistic dimension and less in the ideal. After the revolution and the epistemological mutation, solidarity

³² See <https://lspublicon2015.wordpress.com/category/i-obligations/chapter-3-different-kinds-of-obligations/section-4-joint-and-solidary-obligations/>

³³ See: Principles of European Contract Law, in Spain "Obligaciones Solidarias" in Wolters Kluwer available in .. in France, Clément François, "Présentation des articles 1310 à 1319 du nouveau paragraphe 1 "l'obligation solidaire" available in <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap1/sect3/ssect2/para1-obligation-solidaire/>

³⁴ Principle of European Contract Law, article 10:102.

³⁵ *ibid*

moves from this private law constitutive essence and swifts to the realm of public law and politics.³⁶

V. THE SOCIO-POLITICAL TRANSFORMATION OF SOLIDARITY

Following the first appearance of the word *solidarity* in article 1211 of the Napoleonic Civil Code, Charles Fourier incorporated the word into his vocabulary, thus initiating the political-social nuance that the concept has today, while Leroux transformed the legal concept into a social concept.³⁷ The main characteristic of solidarity according to Leroux is not the rightful claim but a direct and altruistic feeling, as opposed to an exterior duty. The author transformed solidarity from its purely legal undertone to a binding moral principle that would bind socioeconomic relationships in the society.³⁸

Leroux conceived solidarity as the law of mutual interdependence and used it to replace the concept of charity in the laic public republican sphere. The French revolutionary also linked the modern political concept of solidarity to the French utopic Revolutionary principle of *fraternité*, in spite of the fact that solidarity was not much coined in legal terms as the principle of *fraternité*.³⁹

However, fraternity is a political and anthropological principle to articulate the individual in the community.⁴⁰ The current conception of solidarity, politicised in the French revolution, share substantive elements and *telos* with the concept of fraternity, an epitome value of the French revolutionary political engineering used to idealise, and compact the French Nation and the *patrie*.

In the French revolution, fraternity appears as an abstract virtue that enables or re-establishes the connections between the individuals even if it was not included in the 1789 Declaration on the Rights of Man and of the Citizen.⁴¹ Fraternity experienced a slow and gradual process and the Revolution elevated the concept to a position alongside the more prominent Republican

³⁶ Ibid.

³⁷ Charles Fourier, *Theorie de l'Unité Universelle*, (1822), Les Presses du reel, 2001, p. 65, Vol.II. Pierre Leroux, *De L'Humanité*, Fayard, 1980, p.4.

³⁸ Andreas Wildt, "Solidarity: Its History and Contemporary Definition" in *Solidarity: Philosophical Studies in Contemporary Culture*, 2009.

³⁹ Pierre Cot, *Les Procès de la République*, La maison Française, 1944.

⁴⁰ H. Brunkhorst, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, 2002; K.H. Metz, "Solidarität und Geschichte", in: K. Bayertz (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, 2002, 172 et seq.

⁴¹ Marcel David, *Fraternité et Révolution Française*, Aubier, 1987, p.350

ideals of liberty and equality, but it never gained the same official, legal status in this period.⁴²

The concept of fraternity was always problematic and was situated more in an aspirational realm, what Le Pourhiet terms “purely moral wishful thinking”.⁴³ The principle of fraternity was, in essence, a utopic principle and a core element to build up the political organisation of an ideal society even if the treatment and nature of the principle evolved significantly after the revolutionary momentum.⁴⁴ As in the revolutionary period, the principle of fraternity has played as an indirect constitutional norm in the development of a body of jurisprudence on solidarity.⁴⁵

It can be stated that in French constitutionalism solidarity is only a truncated approach to the value of fraternity as a constitutional principle, with fraternity being the justification lying behind measures to promote solidarity.⁴⁶ The principle of solidarity is enshrined in section 12 of the preamble of the 1946 Constitution – which was incorporated to the 1958 Constitution – in the following terms: “The Nation proclaims the solidarity and equality of all French people in bearing the burden resulting from national calamities.” In general terms, the preamble to the 1946 Constitution has been described by some scholars as “one of the stellar moments of the welfare state”⁴⁷ because it combines the restatement of the rights of the man and of the citizen with the fundamental principles protected by the constitution, in addition to a list of political, economic and social principles among which is solidarity.⁴⁸ The solidarity principle has been invoked in several decision of the *Conseil Constitutionnel* as a constitutional value binding the legislator in its policy-making activity.⁴⁹ In the 1958 Constitution, the concept of solidarity is present as a link to all people belonging to the French-speaking world: “The Republic shall participate in the development of solidarity and cooperation between States and peoples having the French language in common.” On the other hand, and due to the success and polyvalence of solidarity at international level, French constitutionalism faced a legal and political penumbra that was

⁴² Jeremie Gilbert and David Keane, “Equality versus fraternity? Rethinking France and its minorities”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, Issue 4, 2016, pp.883-905, p. 900.

⁴³ Anne Marie Le pourhiet, “Droit à la difference etrevendication égalitaire” in Norbert Rouland, *Le droit à la difference*, Presses universitaires d’ Aix Marseille, 2002.

⁴⁴ Anne-Rozenn Morel, “Le Principe de Fraternité dans les fictions utopiques de la révolution Française”, *Dix-huitième siècle*, 2009/01 (n. 41), pp. 120-136, p.125.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Michel Borgetto, *op.cit.* p.11-14.

⁴⁷ Fernandez Segado, p. 146

⁴⁸ Fernandez Segado, p. 146

⁴⁹ Fernandez Segado, p. 148

amended with an analogy of the constitutional accommodation and understanding of fraternity. It is in connection with the principle of fraternity that solidarity received a positive legal application.⁵⁰ In the French political discourse, and despite the differences between the two principles, solidarity has been progressively substituting fraternity as a basic principle of law.

French modern constitutionalism can be understood as a valid example of how the principles of fraternity and solidarity have been used indistinctively. However, this legal strategy confusing both terms limits the concept of solidarity to its vertical variant and confuses etymologically two different realities because fraternity is more nuanced than solidarity.

Durkheim also distinguishes the various types of solidarity; mechanical solidarity or solidarity by similarities, this kind of social solidarity comes from a number of states of consciousness common to all the members of the same society. It lies in the social cohesion, a psychic type of society.⁵¹ Mechanical solidarity happens in traditional and more homogenous societies, where people had a similar living, social and cultural conditions.⁵²

Social assistance, charity and other forms of vertical solidarity imply the cooperation of those who have more economic resources with those who have fewer opportunities. An emergent phenomenon, the social factor consists of commonalities, similitudes, and likenesses. It is what individual's share, what they have in common. Mechanical solidarity derives from and is proportional to the strength of the collective conscience.⁵³ In this kind of societies, solidarity is very strong, comparable to the solidarity between brothers, to fraternity, before the idealisation of the principle of fraternity to achieve political goals.

In contrast to mechanical solidarity, organic solidarity is the social integration that arises out of the need of individuals for one another's services. In a society characterized by organic solidarity, there is a relatively greater division of labour, with individuals functioning much like the interdependent but differentiated organs of a living body. Society relies less on imposing uniform rules on everyone and more on regulating the relations between different groups and persons, often through the greater use of contracts and laws.⁵⁴

In the case of organic solidarity, the emphasis is on the diversity that exists between solidary parties. The recognition of the value of otherness is

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Emile Durkheim, *La división du travail sociale*, Quadrige/Presses Universitaires de France, (5 Edition), 1998, p. 35-78.

⁵² Ibid

⁵³ Whitney Pope and Barclay D Johnson, "inside organic solidarity", *American Sociological Review*, Vol. 1983, p. 681.

⁵⁴ <https://www.britannica.com/topic/mechanical-and-organic-solidarity>

essential to successfully integrating individuals into an organic whole. Recognition claims tend to promote group differentiation but also organic solidarity because they also proclaim unity in diversity.⁵⁵

What worried Durkheim was that the process of weakening mechanical solidarity might leave a moral vacuum that would not automatically be filled.

VI. DEMYSTIFYING SOLIDARITY

Following Derrida's theory,⁵⁶ the process of deconstruction of solidarity in this paper has ended and an alternative theory of re-constructive theory will denaturalise the methodology. However, the paper does not aim to reconstruct the logos but value a pure legal dimension, autonomous to the moral, ethical and spiritual domains that have transformed solidarity into a polysemic term. This legal purification of the term does not necessarily imply the avoidance of the other related significances but to remark the legal essence.

The principle of solidarity in the EU cannot be restricted to the utopic realm, as a forward-looking viewpoint.⁵⁷ Solidarity has to take advantage of its privileged legal conceptualisation and hierarchic position in the EU legal systems. The lack of a precise definition in the communitarian *acquis* cannot mean a lack of enforcement or weakness of this EU constitutional identity principle. In order to be effective and become a possible tool and a valid answer to reinforce the political integration of the EU, solidarity needs to transit from an aspirational and illusionary dimension to an aversive one.

The obligational nature and the assessment of responsibilities in a communal sense is a way to generate the necessary demystification of the principle. A binding solidary multi-party obligation in both, an active (relation between the member states) and passive (external and internal) dimensions will enforce the concept of solidarity.

In order to illustrate this application, we propose an example of how the principle could be applied in factual and real cases concerning the principle of solidarity and the process of integration of the EU. In June 2018, Matteo Salvini, Italy's Interior Minister responsible for managing immigration policies, denied the Dutch flag vessel *Aquarius* that saved 629 migrants stranded

⁵⁵ Peter Thijssen, "From mechanical to organic solidarity, and back: With Honneth beyond Durkheim", *European Journal of Social Theory*, Vol.15 (4), pp.454-470, p.

⁵⁶ Jacques Derrida, *Force de Loi, le fondement mystique de l'autorité*, Galilée, 1994;

⁵⁷ Kim lane Scheppele, "Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models", *International Journal of Constitutional Law*, I.CON, vol.1, number 2, 2003, pp. 296-324, p.299.

in Libyan waters to dock in an Italian port.⁵⁸ One hundred twenty-three unaccompanied minors, 11 younger children and seven pregnant women were among the passengers of the *Aquarius*. The refusal of this vessel is not anecdotic, but it has been consolidating a general policy of some EU governments, but Italy and Malta have refused several vessels to dock in their ports (*Aquarius*, *Dattilo* and *Orione*). A measure that wanted to be imposed even to the Italian vessel *Diciotti* transporting 177 migrants.⁵⁹ The measures are in the same line as other migratory policies implemented by Hungary, Poland and the Czech Republic or the identity controls at Danish-Swedish borders to stop migration flux.

Matteo Salvini's argument is the need to stop undocumented migration and organisations rescuing migrants at sea that conduct human trafficking and business with illegal immigration.⁶⁰ Spain offered their ports to disembark these ships, a fact that opened a controversy between the Spanish and Italian governments. Among the arguments maintained by the Spanish minister against this refusal were the damages to the notion of Europe and he asked for a "unified EU policy based on solidarity that brings order to the refugee flows".⁶¹ However, the same Spanish authorities, in a later case involving a Spanish fishing boat, *Nostra Maria del Loreto*, have denied the authorisation to dock in Spanish ports.⁶² This denial evidences a gerrymandering abuse of the concept of solidarity by the Spanish institutions, that only six months after accusing Malta and Italy, are reproducing mimetically the same behaviour, by failing to abide by the principle of solidarity.

The shutting of ports to needed migrants can be considered as breaching European Human Rights Conventions and other Human Rights charters. However, if the notion of solidarity is understood as charity, utopic, ideal, aspirational the effects of these violations are the same to the consequences of not following the Kantian categorical imperative or breaching a moral contractualist obligation.

A legal notion of solidarity in its active dimension will allow each of the member states to demand Italy, Malta or Hungary to fulfil their entire legal obligation. In its passive dimensions, external (the legal concept of solidarity obliges to respond for the whole) all the member states are responsible for the Maltese

⁵⁸ See <https://www.bbc.com/news/world-europe-44432056>

⁵⁹ https://www.corriere.it/politica/18_agosto_25/diciotti-migranti-attesa-funzionari-l-identificazione-bordo-f2ea641a-a84d-11e8-a941-3e0c2a4df45f.shtml?refresh_ce-cp

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ https://elpais.com/elpais/2018/08/07/inenglish/1533634921_878837.html

⁶² <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-pesquero-senora-loreto-pone-rumbo-espana-permiso-gobierno-desembarcar-11-migrantes-20181201221429.html>

and Italian breach, and they can be demanded the fulfilment of the obligation. In the internal dimension of the passive solidarity, the obligation will establish the channels to demand responsibilities among the member states themselves.

As it has been mentioned previously, there is a current legal and jurisprudential trend to consider that a common obligation is solidary if there is evidence about the willingness of the contracting parties to lend or demand integrally the obligation unless the contract of the law provides otherwise.⁶³ In this sense, the communitarian *acquis* and the transcendence of the principle of solidarity invite to consider that the obligation is solidary in both active and passive terms.

The demystification of the solidarity principle remarking its nature and essence as contractual obligation allows the transplantation of the social contract theory to the object of research. The TEU is a normative agreement that grounds principles of justices, rights and political and legal obligations. Member states are subjected collectively to this pact and therefore the agreements must be kept (*pacta sunt servanda*), especially if the obligations derived from a constitutional-identity principle such as solidarity. In other words, and using Kierkegaard's expression, in the case of the principle of solidarity in the EU, love is the fulfilment of the Law.⁶⁴

VII. CONCLUSION

Habermas claimed the need of a deeper and real constitutionalisation of the EU to tackle the greatest crisis that the Union has been facing for a decade.⁶⁵ A crisis that is multidimensional encompassing economic causes (since the big global banks, corporations and hedge funds attacked and ruled the EU sovereignty throughout Market signals)⁶⁶, humanitarian aspects (migratory, security, EU external borders), democratic (democratic deficit of the EU functioning) and political reasons (the effects of the Brexit, the rise of populist and xenophobic regimes in the EU). A political perfect storm that has been placing the Union into an existential crisis for a decade and that seems to be growing over the time.

Brunkhorst already wondered in 2011 if the crisis of solidarity was putting the EU into an end.⁶⁷ The answer that offers this paper, following the

⁶³ Principle of European Contract Law, article 10:102.

⁶⁴ Kierkegaard, op. cit.

⁶⁵ Habermas Jorgen, *Zur Verfassung Europas-Ein Essay*, Suhrkamp, 2011.

⁶⁶ Hauke Brunkhorst, "Europa in der Krise. Die fatale Gleichzeitigkeit von Konstitutionalisierung und Dekonstitutionalisierung der Union", *Zeitschrift für Evangelische Ethik*, 57, pp: 249-257, 2013. p.255.

⁶⁷ Hauke Brunkhorst, "Solidarität in der Krise: Ist Europa am Ende?, *Leviathan*, 39: 459-477, 2011.

rationale of Brunkhorst question, consists in valuing a legal concept of solidarity to mediate in the crises. This valuing advocates for the application of the contractualist theory, stressing the privileged political consideration and legal conceptualisation that the principle of solidarity, as constitutional identity value, has in the EU political history and legal *acquis*.

The paper does not limit its proposal to a classical contractual analogy, but it suggests a legal transplantation of the theory and principles of contractual obligations law into the domain of public EU constitutional law. The goal is to provide effectiveness to an aspirational principle of the Union. Effectiveness is a key concept of the European constitutional legal order and a well-established doctrine in the EU supranational order created by the case law of the Court of Justice. The paper claims effectiveness of the principle of solidarity in relationship with the effects of the provisions of EU treaties and the possibility of judicial review and enforcement (ie direct or indirect effect, direct applicability, enforceability, self-executing nature of some legal rules).

The principle of solidarity will be effective if it is implemented, executed and obeyed by as many addresses as possible. As Karpen remarks, the effectiveness of a law is measured in terms of outcomes since nobody would approve and support ineffective legislation:

Effectiveness is the extent to which the observable attitudes and behaviours of the target population (individuals, enterprises, public officials in charge of the implementation or enforcement of legislation) correspond, and are a consequence of, the normative model of the law that is the purposes of behaviour, which the legislator strives for ... Effectiveness is impact in the real world, implementation of norms, realisation of law ... Effectiveness of legislation is clearly in the centre of law drafting. A law, which has no causal consequences – the targeted ones! – makes little sense.⁶⁸

Therefore, a first conclusion is to claim for a political effective Europe all the way through the assumed legal obligations by the member states even that this effectiveness might threat, according to some, their sovereignty. The “threat” will be particularly inopportune because it comes in a moment that the Union is facing an existential dilemma and a political crossroad. The answer to this statement consists in affirming that the transfer of sovereignty happened before, when the State became a member of the Union, ratifying the EU “constitutional” Treaties, the communitarian *acquis* and the rights and duties that this political founding contract implied.

⁶⁸ Karpen, U, “Efficacy, Effectiveness, Efficiency: From Judicial to Managerial Rationality” in Meßerschmidt; K and Oliver-Lalana, D, (eds.) Rational lawmaking under review. German constitutional law. Legisprudence according to the German Federal Constitutional Court (Springer 2016) 295.

It is also arguable from a conservative perspective that concept of sovereignty is open and changes across time and space,⁶⁹and therefore, the government of Hungary, Poland or Spain are not obliged by their predecessors, especially, when these new governments are majoritarially supported in fair electoral contests. The answer to this claim consists denying the use as synonyms of majoritarian elected and democracy and the use of the principle of the rule of law and legal obligations.

Whether the legal enforcement of the principle of solidarity proposed in this paper is not politically realistic? We understand that idealistic is not to expect a response of the Union protecting its founding values versus a short-termism and openly Europhobic nationalism,⁷⁰particularly, when the existence of the Union, the rule of law and human rights are endangered.

BIBLIOGRAPHY

- Jens BARTELSON, "The Concept of Sovereignty revisited", *European Journal of International Law*, Vol.17, num.2, 2016.
- Hauke BRUNKHORST, "Europa in der Krise. Die fatale Gleichzeitigkeit von Konstitutionalisierung und Dekonstitutionalisierung der Union", *Zeitschrift für Evangelische Ethik*, 57, 2013, pp. 249-257.
- "Solidarität in der Krise: Ist Europa am Ende?", *Leviathan*, 39: 2011, pp. 459-477.
- *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, 2002.
- Pierre COT, *Les Procès de la République, La maison Française*, 1944.
- Marcel DAVID, *Fraternité et Révolution Française*, Aubier, 1987.
- Jacques DERRIDA, *Force de Loi, le fondement mystique de l'autorité*, Galilée, 1994.
- Emile DURKHEIM, *La división du travail sociale*, Quadriga/Presses Universitaires de France, (5 Edition), 1998.
- Thomas FIEGLE, *Von der solidarität zur solidarität: ein französisch-deutscher Begriffstransfer*, LIT Verlag, 2002.
- Jeremie GILBERT and David KEANE, "Equality versus fraternity? *Rethinking France and its minorities*", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, Issue 4, 2016, pp.883-905.
- Jürgen HABERMAS, "New" Perspectives for Europe?, *Social Europe*, available in <https://www.socialeurope.eu/new-perspectives-for-europe>.
- *Zur Verfassung Europas-Ein Essay*, Suhrkamp, 2011.
- U. KARPEN, 'Efficacy, Effectiveness, Efficiency: From Judicial to Managerial Rationality' in Meßerschmidt; K and Oliver-Lalana, D, (eds.) *Rational lawmaking*

⁶⁹ Bartelson, Jens, "The Concept of Sovereignty revisited", *European Journal of International Law*, Vol.17, num.2, 2016.

⁷⁰ Habermas, Jürgen, "New" Perspectives for Europe?, *Social Europe*, available in <https://www.socialeurope.eu/new-perspectives-for-europe>.

- under review. German constitutional law. Legisprudence according to the German Federal Constitutional Court*, Springer, 2016.
- Soren KIERKEGAARD, *Works of Love, some Christian reflections in the forms of discourse*, Harper and Row Publishers, 1962.
- K.H. METZ, "Solidarität und Geschichte", in: K. Bayertz (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, 2002.
- Anne-Rozenn MOREL, "Le Principe de Fraternité dans les fictions utopiques de la révolution Française", *Dix-huitième siècle*, 2009/01 (n. 41), pp. 120-136.
- Anne Marie LE POURHIET, "Droit à la difference et revendication égalitaire" in Norbert Rouland, *Le droit à la difference*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2002.
- F. DE SAUSSURE, *Écrits de linguistique générale*, Gallimard, 2002.
- Kim LANE SCHEPPELE, "Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models", *International Journal of Constitutional Law*, I.CON, vol.1, number 2, 2003, pp. 296-324.
- S. SOLAZZI, *L'estinzione delle obbligazioni nel diritto romano*, ed. Jovene, 1935.
- Peter THIJSEN, "From mechanical to organic solidarity, and back: With Honneth beyond Durkheim", *European Journal of Social Theory*, Vol.15 (4), pp.454-470.
- Michael WALZER, "On Humanitarianism: Is Helping Others Charity, or Duty, or Both?", *Foreign Affairs*. Vol.90/4, pp.69-90.
- Andreas WILDT, "Solidarity: Its History and Contemporary Definition" in *Solidarity: Philosophical Studies in Contemporary Culture*, 2009.
- Benjamin C. ZIPURSKY, "Pragmatic Conceptualism", *Legal Theory*, vol.6 (2000), pp.457-485.

EL SUBSISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES¹

The subsystem of fundamental rights

M.^a Isabel Garrido Gómez
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Alcalá

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp307-334](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp307-334)

Recibido: 02.01.2020

Aceptado: 12.06.2020

Resumen

En este trabajo, se pretende dar cuenta de cuál es la conformación de los derechos fundamentales, incidiendo en su sistematicidad y en los factores que intervienen de forma más influyente. Con el fin de llevar a cabo este análisis, examinaremos el concepto de sistema jurídico, adentrándonos posteriormente en el estudio concreto del subsistema de los derechos fundamentales, para proseguir con la explicación del contexto en el que se insertan y la aportación de algunas de sus modalidades. Por último, se exponen una serie de conclusiones a las que nos lleva el cambio de paradigma y la existencia de un contexto plural y complejo que incide de manera evidente en el subsistema de los derechos fundamentales.

Palabras Clave

Derechos fundamentales; subsistema; paradigma; características contextuales; nuevo subsistema.

¹ Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación «Diversidad y convivencia. Los derechos humanos como guía de acción» (DER 2015-65840-R) del Ministerio de Economía y Competitividad.

Abstract

In this work, it is intended to give an account about the conformation of fundamental rights, influencing its systematicity and the factors that intervene in a more influential way. In order to carry out this analysis, we will examine the concept of the legal system, going further into the concrete study of the subsystem of fundamental rights, to continue with the explanation of the context in which they are inserted and the contribution of some of their modalities. Finally, we present a series of conclusions that lead us to the change of paradigm and the existence of a plural and complex context that clearly affects the subsystem of fundamental rights.

Keywords

Fundamental rights; subsystem; paradigm; contextual characteristics; new subsystem.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES DEL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO Y SUS IMPLICACIONES. II. EL SUBSISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CONTEXTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. IV. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA APERTURA Y DINAMISMO DE LOS SUBSISTEMAS QUE CONFORMAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU POSIBLE ARMONIZACIÓN. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES DEL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO Y SUS IMPLICACIONES

El tema del sistema se vincula de manera ineludible a la historia de la Ciencia jurídica y no podemos entenderlo de otra manera. En efecto, la concepción de la Ciencia del Derecho que aparece en los sistemas racionalistas de Derecho natural, desde Grocio y Pufendorf hasta Kant y Fichte, se plasma en el ideal de la Ciencia racional. La característica es que parten de ciertos principios evidentes y son sus desarrollos deductivos. Pero en el siglo XIX se empezó a producir un cambio influido por la Codificación en Francia, la Escuela histórica de Savigny en Alemania y el utilitarismo de Bentham y Austin en Inglaterra².

Así, durante el siglo XIX, nacerían la Escuela de la Exégesis (Toullier o Pothier) y la Escuela histórica, anidando en ella el origen de la Dogmática (Hugo, Savigny o Puchta) en sus derivaciones de la Pandectística (Windscheid, Regelsberger, Brinz) y de la Escuela germanista (von Gierke, Eichhorn, Mittermaier, Bessler), aunque Ihering es el fundador real con la doctrina expuesta en su obra *Espíritu del Derecho romano*³. No obstante, también es afirmable que la Dogmática jurídica nace como producto del positivismo científico en el ámbito del Derecho. Ella se estructura como un paradigma de Ciencia normal una vez que se han consumado los subprocesos filosóficos, científicos y culturales referentes a la idea moderna de la Ciencia⁴.

Pero sería el normativismo kelseniano el que se ocuparía de llevar la creencia descrita hasta el extremo, definiendo el Derecho por la forma en la que se presenta. En la ley impuesta se parte de la norma como condición que

² C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales* (Astrea, Buenos Aires, 2002), pp. 89 y 90.

³ G. Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. 3, trad. de J. F. Lorca Navarrete (Pirámide, Madrid, 1985), pp. 154 y ss.

⁴ A. Hernández Gil, *La Ciencia jurídica tradicional y su transformación* (Civitas, Madrid, 1981), pp. 30 y ss.; E. Zuleta Puceiro, *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación* (Edeval, Valparaíso –Chile–, 1980), pp. 16 y 17.

permite conocer el contenido del Derecho positivo, siendo su cualidad esencial el «ser norma», en cuanto que es un «deber ser» dirigido a las conductas⁵. Sin embargo, con todo, la obra de Kelsen supuso una corrección de la Dogmática jurídica tradicional, poniéndose en contra de todo tipo de asimilación de elementos que no fueran normativos. Y, en la actualidad, la Teoría pura sigue conservando sus aspectos tradicionales, aunque se introduce la validez para determinar la integración normativa⁶.

A lo expuesto hay que añadir que en la primera mitad del siglo XX se produjeron intentos de fundar una Ciencia jurídica sobre una base empírica. Como ejemplos se pueden citar a Geny, Heck, Kantorowicz, Duguit, Pound, Holmes, Cardozo, Gray, Llewellyn, Frank, Hägerström, Lundstedt, Olivecrona y Ross⁷.

Pues bien, situándonos en la idea del sistema de los derechos fundamentales se trasluce una interdependencia entre los derechos en cuestión junto a la fijación de tres notas comunes: la unidad, la plenitud y la coherencia. Así, apreciamos la idea de una unidad de sentido. Como acabamos de ver, el proceso de sistematización en general corre paralelo a la evolución del Estado moderno, siendo uno de los aspectos más representativos de los ordenamientos jurídicos más evolucionados en los que actúa como un elemento esencial de la seguridad jurídica. En este sentido, su estructura constituye un todo único y bien delimitado, con unas peculiaridades que informan cada elemento⁸.

En relación con la plenitud, la tesis que la propugna se ha apoyado en la fuerza de la expansión lógica del Derecho positivo, o en la funcionalidad de una norma tácita complementaria que cierra el sistema cubriendo y

⁵ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo (Porrúa, México, 2002), p. 54.

⁶ M. Díaz y Díaz, *Derecho y orden. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos* (Fontamara, México, D. F., 2002), p. 86.

⁷ C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 89 y ss. Las corrientes vistas han de emplearse conjunta y complementariamente, concluyéndose que hay diversas tradiciones, cfr. R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de Droit contemporains* (Daloz, Paris, 2002), pp. 2 y ss. (hay traducción castellana de P. Bravo Gala: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (Aguilar, Madrid, 1973); M. van de Kerchove y F. Ost, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. de I. Hoyo Sierra (Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997), pp. 45 y 46; M. G. Losano, *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho extranjero y europeo*, trad. de A. Ruiz Miguel (Debate, Madrid, 1993), pp. 38 y 39.

⁸ A. E. Pérez Luño, «El sistema de los derechos fundamentales», en G. Peces-Barba Martínez y M. A. Ramiro Avilés (coords.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después* (Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, Madrid, 2004), pp. 380 y 381.

abrazando (negativamente) los casos no previstos –Zitelmann, Donati y Kelsen–. Mas hay que comprender que la lógica y la Norma que cierra el sistema jurídico adolece de problemas en la práctica del Derecho positivo, siendo innegables las zonas de penumbra –Bergbohm–⁹. A su vez, la realidad de las lagunas está conectado con la integridad de los ordenamientos, lo que designa completud gracias a que cada caso es resoluble. Esta propiedad representa en la doctrina una concepción estatalista del Derecho y es el movimiento Codificador el que simboliza tal actitud¹⁰.

Y en cuanto a la coherencia hay que señalar que la unidad sistemática viene enunciada como el principio de no-contradicción, teniendo que ser coherentes entre sí sus elementos. En este sentido, es conveniente distinguir entre la coherencia lógica, o consistencia, que nos remite a que no hay contradicciones normativas entre los enunciados jurídicos; y lo que conocemos como la coherencia en el sentido propio del término, la cual es más amplia porque considera otros factores valorativos o funcionales que influyen en el Derecho¹¹.

En conjunto, hablar de un ordenamiento supone que las normas que lo componen no están aisladas, sino que se conectan por su pertenencia a un sistema estructurado. El concepto de estructura nos da a conocer una pluralidad de elementos y la configuración dinámica de una totalidad¹². De esta manera, los sistemas jurídicos se caracterizan por su sentido ordenador según una serie de tipos funcionales, a estos efectos, se enuncian la «integración social o control social», el «tratamiento o resolución de conflictos», la «organización social» o la «legitimación del poder social»¹³.

Por consiguiente, establecer la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico depende, al menos, de mostrar que la norma es válida en relación a un sistema normativo y que este pertenece a un ordenamiento jurídico. A este respecto, Caracciolo da por supuesto que un modelo sistémico se edifica sobre las prescripciones consideradas como el Derecho vigente de una comunidad. De otro lado, queda claro que la pretensión de relevancia del

⁹ M. Segura Ortega, «El problema de las lagunas en el Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VI, 1989, p. 291. Cfr. V. Iturralde Sesma, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley* (Tecnos, Madrid, 1989), pp. 147 y ss.

¹⁰ N. Bobbio, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Roza Acuña (Debate, Madrid, 1995), pp. 224 y ss.

¹¹ M. Ruiz Sanz, *La construcción coherente del Derecho* (Dykinson, Madrid, 2009), p. 292.

¹² G. Lumia, *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel (Debate, Madrid, 1993), pp. 53 y 54.

¹³ M. J. Fariñas Dulce, «El Derecho como forma de organización social», en G. Peces-Barba, E. Fernández y R. de Asís, *Curso de Teoría del Derecho* (Marcial Pons, Madrid, 2000), pp. 47-58.

modelo con respecto a esa práctica conlleva una dimensión empírica y es preciso que los criterios teóricos se formulen de acuerdo con tal objetivo¹⁴.

En consecuencia, un análisis lógico-formal no nos aporta la captación deseada, y menos aún cuando en los Estados sociales y democráticos de Derecho, como es el caso de España. Los sistemas normativos en los que aparecen los derechos fundamentales son solo un elemento estructural de una realidad jurídica más amplia y compleja y, con ello, las crisis del Derecho y de los derechos inciden en la teoría jurídica, precisándose una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones. En el de la teoría política, plasmada en una revisión de la concepción procedimental de la democracia y en el reconocimiento de una esfera sustancial. En el de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, siendo precisa una nueva definición del papel del juez y una actualización de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley. Y, finalmente, en el campo de la Ciencia jurídica, que ha de superar lo meramente descriptivo, para convertirse en crítica del objeto que contempla¹⁵.

Por último, resta decir que, al igual que ocurre con el Derecho, los derechos fundamentales se manifiestan como un discurso que responde al subsistema jurídico que conforma pero este mismo subsistema está en relación con otros, pudiendo establecer relaciones entre ellos y el exterior, o también pueden permanecer aislados¹⁶. La apertura sistémica tiende a definirse por la capacidad organizativa quedando el tipo de apertura dominado en cada etapa, de manera que haya un proceso que se pueda verificar de forma científica¹⁷.

II. EL SUBSISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En base a lo dicho hasta ahora, se ha reiterado que «en primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Mas, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional»¹⁸.

¹⁴ R. A. Caracciolo, *La noción de sistema en la Teoría del Derecho* (Fontamara, México D. F., 1999), pp. 49 y ss.; M. van de Kerchove y F. Ost, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, op. cit., pp. 45 y 46.

¹⁵ K. Tuori, *Positivismo crítico y Derecho moderno* (Fontamara, México 1998), pp. 20-22.

¹⁶ N. Bobbio, *Teoría general del Derecho*, op. cit., pp. 253 y ss. En estos casos hay que indicar que Bobbio habla de «ordenamientos jurídicos».

¹⁷ A. J. Arnaud y M. J. Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, trad. de la primera parte de R. Escudero (Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006), pp. 268 y 269.

¹⁸ Por ejemplo, cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981, de 14 de julio.

La norma es un elemento nuclear en el concepto de los derechos fundamentales. En esta línea, podrían definirse con Peces-Barba como «aquellos regulados por regla general en la Constitución, conformadores de un subsistema jurídico propio, aunque no aislado, que se despliega por las leyes orgánicas u ordinarias y por la jurisprudencia, singularmente la del Tribunal Constitucional». Cada norma reguladora de un derecho se relaciona con las reguladoras de otros derechos o del mismo derecho, conformando un subsistema dentro de los preceptos constitucionales y del sistema jurídico amplio, con rango de Norma básica material¹⁹.

La concordancia entre los componentes del subsistema jurídico es un requisito de coherencia. Para aclarar esta vertiente, Alexy y Peczenik indican diez criterios o directivas que se deben respetar en la construcción del sistema justificativo. Esos criterios de justificación coherente, cuyo respeto influye en el grado de perfección de la estructura de apoyo, atañen a las propiedades de esa estructura constituida por la teoría, las propiedades de los conceptos utilizados y las propiedades del ámbito de las materias tratadas (entre estos criterios puede haber tensiones)²⁰.

Así, los elementos que han de contenerse son los resumidos por Peczenik. El sistema ha de ser lógicamente consistente; poseer un alto grado de consistencia probabilística y un número significativo de conexiones de inferencia que sean relativamente fuertes entre las creencias componentes; existir una conexión relativa, o sea, no dividirse en subsistemas relativamente desunidos unos de otros; poseer pocas anomalías que no hayan sido explicadas; y satisfacer el requerimiento de observación, es decir, contener leyes que otorguen confiabilidad a una variedad razonable de creencias cognitivamente espontáneas, encerrando creencias introspectivas²¹.

Más concretamente, los derechos fundamentales son parte de una regulación o campo normativo superior. Se trata de partes de un conjunto de normas más amplio y que únicamente en su conexión mutua pueden ser plenamente entendidas con armonía y lógica interna²². A estos efectos, la descripción del sentido de la estructura y de la función del subsistema objeto de estudio se resumen en la siguiente catalogación:

¹⁹ G. Peces-Barba Martínez, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. (Teoría general)* (Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999), pp. 353 y ss., y 413 y ss.

²⁰ Para una explicación sinóptica, véase A. Peczenik, «Law, Morality, Coherence and Truth», *Ratio Juris*, núm. 7, 1994, p. 168.

²¹ A. Peczenik, *Derecho y razón*, trad. de E. Garzón Valdés (Fontamara, México, D. F., 2003), p. 101.

²² Cfr. R. A. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988), p. 20.

- a) El subsistema de los derechos fundamentales se sitúa en un estadio de alto nivel dentro del conjunto del ordenamiento jurídico.
- b) En subsistema suele radicarse en la Constitución –el cual es la máxima norma jurídica de los Estados–, y se desarrolla legislativa y jurisprudencialmente, esto último fundamentalmente por el Tribunal Constitucional.
- c) Es extensión de la norma básica de identificación de normas, y atribuye a titulares, personas físicas y en ocasiones a personas jurídicas, derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades.
- d) La jerarquía interna entre las normas del subsistema es factible si nos centramos en el ámbito formal, pudiéndose determinar criterios de interpretación si los derechos entran en conflicto.
- e) Los criterios formales jerárquicos vienen dados por las normas para desarrollarse y por la protección que poseen.
- f) Las normas del subsistema se entrecruzan y regulan el nacimiento de derechos. Igualmente, establecen poderes para acceder a su titularidad, dictaminan sus contenidos y cuáles son los comportamientos regulando las garantías de los derechos²³.

Ahora bien, en la actualidad si observamos los Derechos positivos contemporáneos advertimos una tendencia globalizadora que se traduce en la generalización de derechos, transnacionalizándose sus instrumentos de protección. A la vez que las coordenadas indicadas juegan dentro de una superposición de los niveles de juridicidad, la multiplicación de las instancias legislativas y la proliferación de normas. Ahora el sistema jurídico es abierto y flexible. Sus normas se entrelazan con otras y que proceden de distintas instancias; el pluralismo jurídico global se distingue por un elemento estructural referente a la variedad de instituciones, normas y procesos de resolución de conflictos registrados y localizados en distintas esferas del mundo. Y, a su vez, destaca un elemento relacional entre ámbitos de naturaleza distinta en lo referente a la estructura y al proceso²⁴.

Ello trastoca la consideración de que los derechos fundamentales conforman subsistemas cerrados, plenos y coherentes porque se deja a un lado la sistematicidad lineal para implantarse una sistematicidad circular²⁵. Aun así es posible afirmar que los valores que fundamentan tales derechos desde el

²³ G. Peces-Barba Martínez, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. (Teoría general)*, op. cit., pp. 379 y 380.

²⁴ A. de Julios Campuzano, «Globalización, pluralismo jurídico y Ciencia del Derecho», en Id. (ed.), *Dimensiones jurídicas de la globalización* (Dykinson, Madrid, 2007), p. 19, siguiendo a Zinder.

²⁵ Sobre ello, ver M. I. Garrido Gómez, *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global* (Thomson-Aranzadi, Madrid, 2010), cap. III

punto de vista material se desdoblaron en los valores de «libertad», «igualdad» y «solidaridad»; y desde un enfoque formal se vinculan con la «seguridad».

Además, la regulación de los derechos fundamentales obedece a un pensamiento condicionado por la forma de organización social. La aparición de centros de poder difusos y no necesariamente institucionales han erosionado la realidad territorial del Estado. Hoy la progresiva remisión pública a fórmulas autorregulativas que desembocan en la desregulación indican la tendencia de que las leyes y reglamentos se concentren en los aspectos procedimentales, sin considerar aspectos sustantivos como los atinentes a las condiciones técnicas y materiales por las que deben conducirse las actividades. Remisiones que concurren también en las condiciones de cada licencia derivándose hacia la autorregulación, cuestión que incide de manera relevante en los derechos fundamentales, especialmente en los políticos, sociales y culturales²⁶.

En síntesis, todas las técnicas y fórmulas autorreguladoras empleadas tienen dos orientaciones. Una se remite a la concreción de los requerimientos del ordenamiento jurídico con respecto a los derechos, libertades y valores que están más directamente implicados en los procesos de comunicación social. La otra orientación pretende una mayor calidad en sus contenidos y una atención a algunos valores que no tienen una salvaguarda específica o afirmación explícita en las Constituciones²⁷. En relación con lo dicho, los espacios más comunes para la autorregulación son el ámbito de los derechos fundamentales, la economía, el sistema financiero y la gestión de riesgos tecnológicos²⁸.

Sin embargo, los Estados nacionales no han desaparecido ni pueden desaparecer, dadas las funciones que tienen asignadas de distribución política, sus mecanismos jurídico-políticos y la dimensión de sus funciones de ajuste²⁹. En suma, de lo expuesto se desprende que se debe repensar la función que desempeñan los derechos fundamentales como criterios de

²⁶ J. Esteve Pardo, *Autorregulación. Génesis y efectos*, (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor –Navarra–, 2002), pp. 26 y 27; A. Ogas, *Regulation. Legal Form and Economic Theory* (Clarendon Press, Oxford, 1984), pp. 17 y ss.

²⁷ J. Esteve Pardo, *ibidem*, pp. 58 y 59; A. Watson, *Law Out of Context* (University of Georgia Press, Atenas, 2000), pp. 140 y ss. Ver también I. Borrajo Iniesta, «The Privatization of Legal Rules: Spain», *Revue européenne de droit public*, número especial, 1994.

²⁸ J. Esteve Pardo, «El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya», en L. Arroyo Jiménez y A. Nieto Martín (dirs.), *Autorregulación y sanciones* (Lex Nova, Valladolid, 2009), p. 43.

²⁹ E. Olivas, «Globalización y crisis de legitimación del Estado democrático», en Varios autores, *La globalización y la crisis de los derechos* (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2005), p. 53; A. McGrew, «From Global Governance to Good Governance», en M. Ougaard y R. Higgott (eds.), *Towards a Global Polity* (Routledge, Londres, 2002), pp. 207 y ss.

legitimidad del Derecho y del Estado en cuanto a la exigencia de su responsabilidad, y mantener que tales derechos constituyen sus límites³⁰.

En este apartado, hemos de prestar atención al hecho de toparnos también con regulaciones paralelas a los Derechos estatales, a título ilustrativo las que provienen de la sociedad civil; y a que los efectos de la autorregulación pueden ser de diferente naturaleza como indiciarios, presuntivos, periciales, integradores, sustitutorios, transformadores y rescisorios³¹.

Ratificadas estas coordenadas, la dignidad humana se debe erigir como fundamento último de los subsistemas jurídicos que contienen a los derechos fundamentales. En coherencia, la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales ha de realizarse sobre el reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de valores corresponde a la persona³². Lo cual es relevante cuando se produce un conflicto entre derechos fundamentales a la hora de su resolución.

Derivativamente, el problema apunta a los límites de los poderes públicos cuando han de realizar alguna actuación sobre los derechos de acuerdo con sus competencias, esto es, a cómo han de tratarse las acciones del poder que se refieren a los derechos fundamentales. De manera que el límite se fija de forma externa al derecho que antes de la ponderación presentaba un carácter abierto, pasando después a ser cerrado. Si la ley que limita no supera la ponderación, el contenido definitivo del derecho coincidirá con el atributo *prima facie*, aunque si la ley y el límite están justificados, el contenido definitivo habrá de ser más reducido que el aparente o *prima facie*³³.

³⁰ J. González Amuchastegui, «Los límites de los derechos fundamentales», en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004), pp. 446 y 447. Ver, en este sentido, J. C. Bayón, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. Páramo y L. Prieto Sanchís (coords.), *ibidem*, pp. 76, y 97 y ss.

³¹ J. Esteve Pardo, *Autorregulación. Génesis y efectos*, *op. cit.*, pp. 129 y ss.; A. N. Roth, «La transformación del Estado y del Derecho frente al proceso de globalización de la economía», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cauca*, núm.1, 1996, pp. 19 y ss.

³² Los derechos de la personalidad más importantes se recogen en la Sección I del Capítulo II del Título I del Texto constitucional –«De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»–, asignándoseles una posición privilegiada. Cfr. L. García San Miguel (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995); J. Ruiz Giménez Cortés, «Derechos fundamentales de la persona (comentario al art. 10 de la Constitución)», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. I, (Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid), 1996, pp. 55 y ss.

³³ L. Prieto Sanchis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Trotta, Madrid, 2003), pp. 220 y 221. Ver también J. Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales* (Dykinson, Madrid, 2004), pp. 251 y ss.

Finalmente, se debe señalar que la seguridad jurídica desempeña un papel informador y conclusivo de la libertad, la igualdad y la solidaridad. La seguridad como fundamento de los derechos fundamentales puede entenderse desde un enfoque funcional y desde otro normativo e histórico³⁴. En cierta medida, han surgido como respuesta a algunas de las necesidades más radicales de certeza y protección que definen a cada tiempo y sociedad.

Por su parte, la seguridad viene regulada objetivamente por la regularidad estructural y funcional del sistema jurídico. Estaríamos ante una seguridad reflexiva, producto de la comprensión por la cultura de una sociedad que deposita muchas expectativas en el sistema jurídico, siendo sustancial que sea seguro en su vigencia y administración. El control de los procesos de producción, interpretación o cambio de las directivas que configuran dicho orden traspasará, en un momento de la evolución jurídica, el plano de las aspiraciones, las quejas o recomendaciones de jurisconsultos y filósofos para adquirir una entidad jurídica³⁵.

Mas un sector de la doctrina atribuye a la seguridad jurídica una materialización, como es el caso de la protección directa de los derechos fundamentales, la democracia, el Estado social, la aceptación moral de las decisiones judiciales, etc. Así se habla de la seguridad jurídica como de una seguridad frente a la necesidad (Peces-Barba³⁶); de un deslizamiento hacia la seguridad de los bienes jurídicos como justicia social (Denninger³⁷); de la capacidad de un ordenamiento jurídico para hacer seguros los valores de la libertad y la igualdad (Atienza³⁸); de la demanda de que la legalidad realice una cierta legitimidad (E. Díaz³⁹); de la concepción del *Rule of Law* como «el gobierno de una concepción pública correcta de los derechos fundamentales» (Dworkin⁴⁰), etc.⁴¹

³⁴ G. Peces-Barba Martínez, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. (Teoría General)*, op. cit., pp. 245 y ss.

³⁵ V. Zapatero, M. I. Garrido Gómez y F. Arcos Ramírez, *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho* (Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares –Madrid–, 2010), pp. 212 y ss.

³⁶ G. Peces-Barba Martínez, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. (Teoría general)*, op. cit., pp. 256-258.

³⁷ E. Denninger, «Der Präventions-Staat», *Kritische Justiz*, núm. 1, 1988, p. 1, citado por A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica* (Ariel, Barcelona, 1994), p. 72.

³⁸ M. Atienza, *Introducción al Derecho* (Editorial Club Universitario, San Vicente – Alicante–, 1998), p. 107.

³⁹ E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho* (Taurus, Madrid, 1991), pp. 44 y 45.

⁴⁰ R. Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, Massachusetts, 1985), pp. 11 y 12.

⁴¹ V. Zapatero, M. I. Garrido Gómez y F. Arcos Ramírez, *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 221 y 222.

III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CONTEXTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La categorización de que los derechos fundamentales configuran un subsistema jurídico conlleva una separación de los sistemas económicos, sociales, morales, etc. Siguiendo en este caso la teoría de Ferrajoli, es claro que la separación entre su imagen histórica o social dejaría sin explicación satisfactoria ciertos problemas vinculados a la casuística y estatuto jurídico. En un Estado de Derecho, el reconocimiento de un derecho individual significa el ejercicio de la autonomía privada por la estipulación del perfeccionamiento de contratos y la obtención de bienes o prestaciones de los demás. En un Estado así la estructura de los derechos es individualista, pudiendo producirse estrategias no adecuadas al descontar que la mujer, las personas con discapacidad o las minorías raciales, se encuentran en la situación actual por causas «naturales», sin darse cuenta de que se trata de un problema social que afecta a las relaciones individuo-comunidad⁴².

Los derechos fundamentales son la dimensión en la que toman forma identidades, necesidades y valores de carácter externo. Estas demandas generan una dinámica continua que aspira a llevar a cabo un incremento de los niveles globales de libertad e igualdad, por lo que no todo derecho es fundamental, ya que ha de reunir una serie de requisitos adicionales: pertenecer a un sistema jurídico y responder a ciertos valores inmersos en la historicidad con fuentes, dice Recaséns Siches, como la diversidad de materias sociales y el cambio de esas materias; la variación y mutación en las necesidades de cada momento histórico, y los diferentes y cambiantes instrumentos elegidos para su satisfacción; las modificaciones que surgen del aleccionamiento que suministra la experiencia práctica respecto de las tareas humanas y, por ende, de las jurídicas; y la prelación que conlleva el escalonamiento de urgencia de las necesidades sociales que cada momento plantea⁴³. En este sentido, es ilustrativa la postura de Böckenförde al sustentar que la teoría de los derechos en cuestión depende de la concepción del Estado y de la teoría de la Constitución que se mantenga⁴⁴.

Ahora bien, la pregunta que procede es ¿cuál es la funcionalidad que reviste el conflicto y el consenso dentro del sistema democrático en el que se diseñan nuestros derechos? Al respecto, parece claro que el consenso más

⁴² P. Barcellona, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, trad. de J. R. Capella, J. A. Estévez y H. Silveira (Trotta, Madrid, 1999), pp. 105 y ss.; K. Tuori, *Positivismo crítico y Derecho moderno*, op. cit., p. 22.

⁴³ L. Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho* (Porrúa, México, 1991), pp. 462 y ss.

⁴⁴ E. W., Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993), pp. 44 y ss.

importante es el de las reglas de resolución de los conflictos, debiendo ser este un proceso de ajuste entre intereses discrepantes. Así, el pluralismo se plantea como la mejor defensa y legitimación del principio de que la mayoría debe respetar los derechos de la minoría⁴⁵. La racionalidad comunicativa habermasiana se construye como un medio por el que la gente puede llegar a un entendimiento recíproco, a una comprensión mutua, como un modelo procedimental que acarrea la superación entre las construcciones formales y las materiales, mediante la constitución de un arquetipo democrático⁴⁶.

Mas el interrogante que queda por dilucidar es el del papel que juega el Estado. Pues bien, su noción como poder soberano, absoluto primero y limitado posteriormente, va ligada a la noción de orden y a la de paz social, marcando un hito el liberalismo europeo del siglo XIX en la formulación de garantías de la libertad individual⁴⁷. Haciendo un poco de historia, la legitimación del poder político de Rousseau, que había sido ya apuntada por Locke y Hobbes, se concibe como una idea racional que actúa como criterio regulador para apreciar si un régimen es justo. Para Kant, el Estado se debía constituir sobre un pacto. Da por supuesto que el hombre debió contratar y aceptar lo que le convenía racionalmente, causa por la que nadie está sus- traído al pacto social⁴⁸.

Al hilo de esta argumentación, la actitud comprensiva del Derecho puede adquirir la forma del súbdito y la del ciudadano. El primero denota una posición de dependencia hacia la autoridad política y estima el Derecho como algo que le es ajeno. En contrapartida, el ciudadano mantiene una posición comprensiva, porque es miembro de la comunidad política y tiene derechos y deberes respecto de la misma. La mutación de la legislación como fuente del Derecho se remite al principio de la separación de las funciones del poder y hace más compleja la operatividad jurídica desde un ángulo democrático⁴⁹.

⁴⁵ J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo (Trotta, Madrid, 2010), pp. 363 y ss.; L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 43 y ss.

⁴⁶ J. Habermas, *ibidem*, p. 375.

⁴⁷ E. Fernández, «Estado, sociedad civil y democracia», en Varios Autores, *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX* (Dykinson-Universidad Carlos III, Madrid), 1996, p. 124.

⁴⁸ G. Peces-Barba Martínez, con la colaboración de L. Prieto Sanchís, *La Constitución española de 1978: un estudio de Derecho y política* (F. Torres, Valencia, 1984), p. 17.

⁴⁹ A. Squella, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos* (Fontamara, México D. F., 2004), p. 67. Ver además N., Bobbio, *Igualdad y libertad*, introducción de G. Peces-Barba, trad. de P. Aragón Rincón (Paidós-Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000), pp. 117 y ss.

Por otro lado, el Estado de Derecho traduce un prototipo político-jurídico que se sintetiza en el desenvolvimiento de los miembros de la sociedad desde el reconocimiento de su libertad e igualdad, y las restricciones en las atribuciones de los órganos estatales en lo que respecta a su actuación. Implica un Estado sometido a Derecho, contrapuesto a cualquier fórmula de absolutismo o totalitarismo con poder ilimitado, jurídicamente hablando, o insuficientemente regulado y sometido. El régimen constitucional y la democracia están íntimamente unidos y representan ingredientes irrenunciables de nuestra concepción de la organización política. Según dice Prieto Sanchís⁵⁰, si la democracia conforma un modelo valioso es porque, además de aportar una regla para solucionar disputas jurídicas, propicia mejor que otros sistemas el desarrollo de la autonomía individual, del diálogo, de la igualdad de derechos y de la participación en los asuntos comunes.

Sin embargo, en los tiempos que corren estamos atravesando una crisis del Derecho, concretada en lo que Ferrajoli denomina «crisis de la legalidad», y en la falta de adecuación estructural entre el Estado de Derecho y las funciones del *Welfare State*, aumentada por el carácter selectivo y desigual que proviene de la «crisis del Estado social». A ello se une la «crisis del Estado nacional», expresada en los cambios de la soberanía, en la alteración de las fuentes y, como consecuencia, en un debilitamiento del constitucionalismo; siendo obvio que la situación descrita corre el riesgo de desembocar en una «crisis de la democracia», cuestión que viene impuesta por la alteración del sometimiento de los poderes públicos a la ley, en el que se fundan la soberanía popular y el Estado de Derecho⁵¹.

Así, una aproximación realista a los modelos de Estado de Derecho contemporáneos nos lleva a advertir una divergencia dentro del ordenamiento jurídico entre la proclamación ideal-constitucional de los derechos, y su grado de plasmación legal y de realización práctica, lo que conduce a plantear graves problemas a la hora de establecer las relaciones entre el poder y el Derecho. De lo enunciado deducimos que la globalización supone grandes paradojas. Implica que haya una ruptura de las clásicas fronteras nacionales, instaurándose relaciones entre los distintos espacios geográficos; y se aprecia la actuación de un acusado regionalismo y localismo en los que la participación de los ciudadanos sea más activa, apoyándose la conservación y desarrollo de las culturas.

Este marco ha incidido directamente en los derechos fundamentales y urge la aceptación de la diferencia del otro dentro de la tolerancia y la

⁵⁰ L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 137.

⁵¹ L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero (Trotta, Madrid, 2018), pp. 9 y ss.

no-exclusión, reconociendo la diversidad dentro de la unidad. Por tanto, las normas jurídicas deben reconocer y aprobar la variedad y la diferenciación, asumiéndolas y valorándolas positivamente con el límite del respeto a la dignidad humana y a los derechos inviolables que le son inherentes⁵². La especificación de los derechos es el cimiento sobre el cual se construyen las identidades. En estos supuestos lo que sucede es que la igualdad que venía reclamándose hasta ahora, sin hacerse relevante jurídicamente una serie de factores, como el sexo, la raza, la lengua, la religión o la condición social, se ha reivindicado en relación con esas diferencias como derecho a un tratamiento distinto, pero para compatibilizarla con la igualdad en la sociedad en la que vivimos son precisos unos principios y valores comunes que aúnen las diferencias⁵³.

No obstante, los cambios acontecidos, junto a los nuevos moldes indicados y lo que implican, no se quedan ahí, sino que tienen una gran influencia en la determinación de las garantías que, en su caso, corresponden a los derechos fundamentales y, sobre todo, a los sociales. Efectivamente, dado que el Derecho tiende a establecer la paz entre sujetos relacionados en términos de libertad, igualdad y/o solidaridad, los titulares de los derechos fundamentales deben tener recursos para garantizarlos y reparar los daños sufridos. Las causas de que no hayamos conseguido todavía un nivel satisfactorio en este terreno derivan de que no se ha producido el consenso necesario para legitimar la inclusión de los derechos de solidaridad como derechos humanos; y de que falta un alto margen de coincidencia entre el consenso social y su percepción por parte de los analistas de los valores vigentes⁵⁴.

Para solventar el problema al que nos enfrentamos, Barcellona propone la búsqueda de una comunidad mejor que entre en tensión «con» y «dentro» de las formas de la democracia liberal, puesto que solamente por esta tensión podrá crearse una nueva decisión colectiva sobre lo participable y lo indivisible. Esta búsqueda, aunque necesaria, no estaría exenta de un alto índice de utopía que, reflexiona B. de Sousa Santos, significa la explotación de

⁵² M. J. Fariñas Dulce, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos* (Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000); J. Martínez de Pisón, «El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVII, 2000, pp. 78 y 79.

⁵³ J. de Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural* (Temas de Hoy, Madrid, 1994); J. de Lucas, «La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos», en M. J. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas, (coords.), *Derecho y Sociedad* (Tirant lo Blanch, Valencia, 1998), pp. 19 y ss.

⁵⁴ L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos* (Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998), pp. 69 y ss.

posibilidades innovadoras y voluntades humanas «por el camino de la oposición de la imaginación a la necesidad de lo que existe, solo por que existe»⁵⁵.

IV. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA APERTURA Y DINAMISMO DE LOS SUBSISTEMAS QUE CONFORMAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como sabemos, los derechos se proyectan a lo largo de la historia naciendo su concepto moderno en un momento determinado: el tránsito a la modernidad situado a finales del siglo XVI y principios del XVII, debido a una suma de causas de carácter doctrinal, político, económico, social o geográfico. Desde entonces se han ido concretando y modificando sus postulados y las líneas de protección adecuándose a los escenarios y las necesidades de cada momento.

En este sentido, a lo largo del tiempo han ido apareciendo diversas categorías de derechos, correspondiéndose con fases y fórmulas de organización estatal diferentes, entre ellas aparecen las etapas de la positivización, la generalización, la internacionalización y la especificación. De esta manera, observamos que con respecto a la última fase, además de los titulares individuales abstractos, los derechos también pueden tener como titulares grupos que revisten especial fragilidad en la sociedad por diferentes razones⁵⁶.

Más modernamente, muchas de las perspectivas de la RSE se centran en el modelo de la red social al estimar que las organizaciones tienen una responsabilidad social respecto a los derechos de los empleados. A título ilustrativo, tales derechos podrían incluir la garantía de lugares de trabajo seguros y saludables; y como ejemplo de la red social, podemos indicar la teoría del grupo de interés. En esta línea, se da cuenta de que las compañías existen en una red de relaciones con muchos grupos de interés, y estas relaciones pueden crear una variedad de responsabilidades⁵⁷.

⁵⁵ P. Barcellona, *Dallo Stato social allo Stato immaginario. Critica della «razione funzionalista»* (Bollatti Boringhieri, Turín, 1994), p. 269; B. de Sousa Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad* (Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2012), p. 424. Ver también P. Barcellona, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social, op. cit.*; B. de Sousa Santos, *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de C. Rodríguez (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Bogotá, 2002).

⁵⁶ O. M. Fiss, «Grupos y la Cláusula de la Igual Protección», en R. Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, trad. de R. Gargarella, en colaboración con G. Maurini y P. Bergallo (Gedisa, Barcelona, 2015), pp. 138 y 139.

⁵⁷ J. J. Griffin y J. F. Mahou, «The Corporate Social Performance and Corporate Financial Performance Debate: Twenty-Five Years of Incomparable Research», *Business &*

Contemporáneamente, hay una serie de nuevas aspiraciones de la ciudadanía para ampliar el campo de participación. Manteniendo esta opción, la diferencia como principio jurídico se ha de traducir en el fomento de mecanismos que protejan también las identidades culturales, incluidos aspectos como la lengua o la religión. En el modelo de la ciudadanía diferenciada, que es el más avanzado, nos hallamos ante un estatus político fundado en que la ciudadanía está constituida, junto a los derechos individuales, por las peculiaridades colectivas de naturaleza cultural que pertenecen a los grupos de los que forman parte los individuos. En ese nivel despunta una superación de la mera ciudadanía integrada, pues es menester que se haga realidad la integración diferenciada de las minorías no exclusivamente como individuos, sino como grupos específicos⁵⁸.

Estas ideas trasladadas a los derechos fundamentales significan que han de interpretarse conjuntamente, a causa de que no cabe comprender los derechos individuales de forma absolutamente desgajada e independiente de los sociales o de los de solidaridad⁵⁹. Además, hay que entender que los subsistemas jurídicos que conforman los derechos fundamentales son expresión de la cultura que en cada momento está vigente. Hoy día, se aprecia que se han creado sistemas jurídicos por encima y por debajo del Estado. Por encima destacan en el caso de Europa el nacimiento de la Unión Europea, y previamente de las Comunidades Europeas, con su consiguiente Derecho. Por debajo, cabe hablar del Derecho autonómico, de los convenios colectivos y los negocios jurídicos en los que juega la autonomía de las partes⁶⁰.

Ahora bien, en relación con el fundamento del subsistema que conforma los derechos fundamentales nos hemos de situar en otro plano de análisis que

Society, núm. 36/2, 1997, pp. 5-31; L. P. Hartman, J. Desjardins y F. A. Espinoza, *Ética en los negocios. Decisiones éticas para la responsabilidad social e integridad personal* (McGraw Hill, México, D. F., 2014), pp. 107-109.

⁵⁸ M. J. Añón Roig, «Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías», en J. de Lucas (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 92 y 93; M. J. Añón Roig, «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en Lucas, J. de (dir.), *La multiculturalidad* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001), p. 228; M. J. Fariñas Dulce, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, op. cit., p. 49; J. Rubio Carracedo, «Ciudadanía compleja y democracia», en J. Rubio Carracedo, J. M. Rosales y M. Toscano Méndez, *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos* (Trotta, Madrid, 2000), p. 22.

⁵⁹ M. J. Añón Roig, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994), pp. 265 y 266; F. J. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología* (Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1994), pp. 52 y ss.

⁶⁰ L. Prieto Sanchis, *Ley, principios, derechos*, op. cit., pp. 29 y ss.; V. Zapatero, M. I. Garrido Gómez y F. Arcos Ramírez, *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 118 y 119.

refuerza la idea su apertura, el de la moral. En este sentido, es fundamental la posición que mantengamos en conexión con el iusnaturalismo o con el positivismo, por ejemplo, a grandes rasgos un iusnaturalista pensará que una norma jurídica que contenga aspectos no morales no será una norma jurídica. Y un positivista estimará que, puesto que existe una separación entre el Derecho y la moral, si reúne los requisitos de la validez formal esa norma obligará aunque no sea moral⁶¹.

Intentando superar lo anterior, lo que parece claro es que toda clase de Derecho positivo está desarrollando una moral. Pero la pregunta que procede es de cuál se trata. Se trata de una moral ideal, eterna, inmutable y universal, o bien se trata de una moral social, es decir de las consideraciones de moral convencional mayoritarias que estén vigentes en la sociedad⁶².

En este sentido, se pueden presentar varios modelos en la implicación entre el Derecho y la moral, estos son los que a continuación se relacionan⁶³. Dentro de la tesis de la conexión necesaria formulada como «la determinación de aquello que es Derecho depende de su adecuación a la moral crítica», se encuentran otras tres subtesis correspondientes a lo sostenido por el iusnaturalismo clásico (una norma moral no puede ser jurídica), a lo sustentado por algunos autores que pertenecen al iusnaturalismo contemporáneo (caso de Fuller o Finnis), y a lo que mantiene Dworkin. Por otra parte, esto contrasta con la tesis de separabilidad formulada como «la determinación de aquello que el Derecho es no depende de su adecuación a la moral crítica», la cual se subdivide a su vez en distintas tesis, a saber, la de que el Derecho no puede depender de la moral propio del positivismo excluyente (supuesto de Kelsen, Ross y Raz), la de que el Derecho no necesita depender de la moral del positivismo incluyente (por ejemplo Hart, Waluchow y Coleman) y de la de que el Derecho no debe depender de la moral del positivismo ético (caso de Scarpelli, Campbell y Waldron).

Nosotros partimos de la comunicabilidad entre ambos campos por medio de la coordinación de las normas jurídicas a la moral. Mas esta coordinación no puede servir para introducir un elemento de inseguridad jurídica. Desde este punto de vista, el positivismo inclusivo podría ser una buena postura, en él la validez de las normas puede depender de su validez moral contingentemente. En el caso de que existan preceptos jurídicos que incorporen

⁶¹ J. Austin, *El objeto de la Jurisprudencia*, estudio preliminar y trad. de J. R. de Páramo Argüelles, con una introducción de H. L. A. Hart, (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002), pp. 144 y ss.

⁶² L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo* (Fontamara, México D. F., 1997), pp. 74 y 75.

⁶³ J. M. Vilajosana, *Identificación y justificación del Derecho* (Marcial Pons, Madrid, 2017), pp. 65 y ss.

conceptos morales o que precisen de la argumentación moral para ser aplicados, la validez jurídica de algunas normas de derechos fundamentales estará vinculada a la moralidad y dependerá de su adecuación a ella. Pero si no existieran dichos preceptos jurídicos la validez jurídica no dependería de la moralidad⁶⁴.

En resumen, las normas jurídicas en las que se incluyen los derechos fundamentales formando un subsistema y la moral son dos puntos de vista sobre la conducta humana. No obstante, existe una relación entre ellos, punto que se explica al estar siempre el Derecho teñido de eticidad y servir la moral de fundamento de los derechos fundamentales. No olvidaremos que aquel es un punto de vista sobre la justicia⁶⁵. El subsistema de los derechos fundamentales deberá tener en cuenta la moral, en la dimensión en que su respeto es algo que importa al interés general, debiendo escoger las prescripciones que le interese sancionar⁶⁶.

Finalmente, las relaciones indicadas hasta ahora se ven afectadas de algún modo por la Economía, y es que, simplificando mucho, las relaciones entre lo jurídico y lo económico se han entendido entre dos concepciones. Para el liberalismo, en su versión más extrema, el ámbito económico se rige por sus normas y el Derecho solo tiene que mantener y defender la libertad de los sujetos intervinientes. El Derecho y el Estado se deberán orientar a organizar una superestructura distinta de la realidad económica con el objetivo de mantenerla. En contraste, el marxismo, que parte de una concepción materialista de la historia y de la sociedad, entiende que la Economía es la que determina el Derecho. Se piensa que el Derecho está ligado a la burguesía y se vincula a formas organizativas y modos de producción⁶⁷.

Mas ni el reduccionismo liberal ni el marxista nos sirven para explicar el tema de la relación entre el Derecho y la Economía vinculado al subsistema de los derechos fundamentales. A estos efectos, es indispensable tener en cuenta el análisis que lleva a cabo Weber⁶⁸, quien profundiza en las relaciones más

⁶⁴ *Ibidem*, p. 80.

⁶⁵ C. S. Nino, *Derecho, moral y política* (Ariel, Barcelona, 2007), pp. 25 y ss.

⁶⁶ Ver la tesis de F. Ost, mantenedor de una estructura circular en la relación Derecho-Moral plena de interacciones (F. Ost y M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit* (Publicaciones de las Facultades Universitarias de Saint-Louis, Bruselas, 2002).

⁶⁷ C. Monzón Arribas, «Orígenes y primeras teorías sobre la opinión pública: el liberalismo y el marxismo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, 1985, pp. 81 y ss.; J. Touchard, *Historia de las ideas políticas*, trad. de J. Pradera (Tecnos, Madrid, 2006), pp. 75 y ss.

⁶⁸ Cf. M. Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, ed. J. Winkelmann, trad. de J. Medina, J. Roura, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater (Fondo de Cultura Económica, México, 2005), pp. 30 y ss.

generales entre Derecho y Economía y las traduce en que: 1) El Derecho garantiza los intereses más diversos; 2) en ciertas circunstancias, un orden jurídico puede seguir sin modificarse a pesar de cambiar radicalmente las relaciones económicas; 3) el orden jurídico de una situación real puede ser fundamentalmente diferente, sin que las relaciones económicas sean afectadas en una medida considerable; 4) naturalmente, la garantía jurídica está en el más alto grado al servicio de los intereses económicos; 5) la medida de los resultados que pueden alcanzarse mediante la eventualidad de la coacción que está detrás del orden jurídico, en especial en el campo de la acción económica, está limitada por su propio modo de ser además de por otras circunstancias; 6) para ningún fenómeno económico fundamental es imprescindible, desde un punto de vista teórico, la garantía *estatal* del Derecho.

Con todo, un orden económico moderno no puede dar la espalda al orden regulador de los derechos fundamentales que poseen características muy particulares. Como ya decía Stammler, el orden jurídico precede en la dimensión espiritual al nuevo régimen económico respecto del que se estima anticuado. Los fundamentos a que responden las transformaciones del orden jurídico hay que buscarlos, en último término, en la actuación precedente de la cooperación regulada, constituyéndose en cuestión superior de la evolución social la que se refiere a los cambios operados en el orden jurídico al que la sociedad está sujeta. Por consiguiente, toda transformación de la regulación jurídica implica una nueva estructura de la Economía social que se regula⁶⁹.

V. CONCLUSIONES

El orden jurídico se entiende como «un conjunto de conjuntos de normas que se suceden temporalmente» y que equivalen a la expresión del «Derecho nacional». Para Caracciolo⁷⁰, la racionalidad desde la concepción del sistema jurídico «funciona como un modelo normativo que viene a ocultar el hecho de que tal racionalidad es juzgada externamente desde la escala de valores asumida en cada interpretación de las normas».

Por otro lado, no debemos olvidar que una comprensión dinámica del Derecho debe aunar los aspectos descriptivos y explicativos, y debe partir de una concepción unitaria de la racionalidad en la creación de las leyes y en el de su aplicación⁷¹. Para Alexy no es posible establecer una inferencia directa entre las reglas del discurso y los derechos humanos, porque las reglas del

⁶⁹ R. von Stammler, *Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia*, trad. de W. Roces (Reus, Madrid, 1929), pp. 279, 283 y 413.

⁷⁰ R. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, op. cit., p. 20; R. Caracciolo, *La noción de sistema en la Teoría del Derecho*, op. cit., p. 65.

⁷¹ M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación* (Civitas, Madrid, 1997), p. 100.

discurso son reglas del hablar, «cumplirlas significa únicamente tratar al otro en el discurso como interlocutor con igualdad de derechos»⁷².

Pero, lo que los individuos desean para él como derechos y lo niega a los otros tienen que fundamentarse. Como insiste Alexy «sobre aquello que el individuo puede aspirar como derecho no se decide sobre la base del poder o de las tradiciones sino a través de un procedimiento de fundamentación caracterizado por la libertad y la igualdad argumentativas y, por lo tanto, bajo las condiciones de la imparcialidad argumentativa». Conforme a estos postulados y de acuerdo con el interés en la corrección, se establecen una serie de derechos que pueden ser discursivamente necesarios, por ejemplo: el tratamiento básicamente igual y el derecho a un mínimo vital⁷³.

El Derecho positivo tiene que responder a una sistematicidad que construya un mecanismo de seguridad, que remite a valores como la libertad y la igualdad en los que la regulación de los derechos fundamentales ocupa un lugar primordial⁷⁴. En este sentido, se aprecia que la complejidad normativa de los sistemas y subsistemas actuales va creciendo, pero, como dice Arnaud⁷⁵, el concepto de complejidad va más allá. Desarrolla la noción de recursividades y de entrecruzamiento de las relaciones de un nivel institucional a otro, y pervive en las diferentes relaciones como son las sociales, económicas y jurídicas.

Desde el razonamiento práctico, se aprecia que los derechos jurídicos son un tipo particular de los institucionales dependiente de grupos organizados de personas que poseen comportamientos con un marco de referencia compuesto por reglas interrelacionadas, reglas que confieren facultades y reglas que imponen deberes y obligaciones, cabiendo la posibilidad de formas mixtas, las cuales determinan las condiciones de existencia, las consecuencias jurídicas y el ámbito temporal de aplicación del conjunto de reglas de los sistemas jurídicos. Así, el concepto dado de derechos humanos hace que nos situemos en un plano afirmador de su universalidad, que imposibilita sustentar que son universales y producto del orden jurídico positivo de forma simultánea. La razón principal se debe a que la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción universalista, siendo la única salida argumentar la existencia de un sistema positivo con normas universales en el sentido que nos ocupa⁷⁶.

⁷² R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña (Gedisa, Barcelona, 2004), pp. 152 y 153.

⁷³ *Ibidem*, pp. 153 y 154.

⁷⁴ M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, op. cit., p. 32.

⁷⁵ J. A. Arnaud y M. J. Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pp. 232 y ss.

⁷⁶ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, revisión de R. Zimmerling (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014),

Más la complejidad se eleva si nos centramos en la investigación de los derechos fundamentales, porque la conexión entre sus contenidos jurídico-objetivos y jurídico-subjetivos se desdobra en diversos niveles: el de la relación procesal-procedimental, al tener estos derechos carácter de pretensiones frente al poder público, poseyendo especial trascendencia los problemas de los deberes de protección del derecho fundamental y los de los mandatos de acción, manifestados sobre «la materia, alcance e intensidad de la eficacia del contenido jurídico-objetivo de la pretensión jurídico-subjetiva». En segundo lugar, aparece el plano de la relación material, donde vislumbramos las direcciones de «coordinación y autonomía del contenido jurídico-objetivo», de «libertad garantizada», de «fortalecimiento de la fuerza de la validez primaria de los derechos fundamentales dirigida a la garantía de la libertad jurídico-subjetiva del ciudadano particular». Y, finalmente, destaca el nivel del principio de «proporcionalidad», o «coordinada utilizada para la ponderación resolutoria de los conflictos de derechos»⁷⁷.

Al confusionismo señalado se añade la falta de precisión de la mayor parte de las definiciones que suelen proponerse por lo que resulta verdaderamente difícil dar a conocer el alcance de estos derechos. Haciendo un esfuerzo recopilador destacan tres tipos de definiciones que se han formulado sobre la materia, y que son insuficientes para elaborar una noción de los derechos humanos con límites firmes. Las definiciones que no aportan ningún elemento categorizador; las que no especifican el contenido proporcionando alguna mediación sobre su estatuto deseado o propuesto; y aquellas en las que se claman valores íntimos, susceptibles de interpretaciones controvertidas⁷⁸.

Al respecto, si bien nosotros empleamos muchas veces el término de derechos humanos por ser el más clásico y el más fácilmente comprensible para todos, parece que la expresión derechos fundamentales es más precisa al referirse al plano normativo jurídico, sobre todo al constitucional, sin olvidar las demás normas de desarrollo, estimando que su validez es formal y, por lo

pp. 20 y ss.; L. Prieto Sanchís, «Derechos fundamentales», en E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El Derecho y la justicia* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Trotta, Madrid, 2000), p. 508.

⁷⁷ R. Asís Roig, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista* (Dykinson, Madrid, 2001), pp. 35 y ss.; J. Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales* (Tecnos, Madrid, 2001), pp. 165-168.

⁷⁸ A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Tecnos, Madrid, 2018), pp. 21 y ss. Con respecto a las concepciones filosófico-jurídicas y jurídico-políticas que se esconden detrás de las terminologías ver, entre otros: E. Fernández, «El problema del fundamento de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981, pp. 75 y ss.; E. P. Haba, «¿Derechos humanos o Derecho natural? (Metacrítica de una crítica iusnaturalista a la noción de derechos humanos)», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. II, 1983, pp. 205 y ss.

tanto, que tales derechos valen en función de su acogimiento por el Derecho positivo según la consideración que, siguiendo el procedimiento democrático, han llevado a cabo los representantes de la ciudadanía, sin desconocer que hay pautas morales externas al bloque constitucional que sirven de crítica a los ya regulados, pudiendo ser acogidas tales posiciones en textos ulteriores con la creación de nuevas normativas, modificando las vigentes, completándolas o derogándolas.

Por añadidura, los derechos fundamentales deben responder a ciertos valores inmersos en la historicidad, indicativa de que las necesidades que representan son acordes con las que coyunturalmente se reclaman. Lo señalado conduce a hacer ostensible la trascendencia que tienen como fenómeno socio-jurídico en aras del aumento de bienes estimados merecedores de tutela; del hecho de haber sido ampliada la titularidad de algunos derechos típicos a sujetos diferentes del hombre; y de la consideración del hombre conforme a las distintas formas de estar en la sociedad⁷⁹.

En síntesis, los problemas actuales en la conformación socio-jurídica de los derechos fundamentales denotan que nos hallamos ante cuestiones de configuración jurídica y de aceptación social. Las tesis que deben tenerse en cuenta para mejorar la eficacia de las medidas tomadas por los poderes públicos son: la determinación de un orden de prioridades que adapte la escasez de los recursos a los problemas más graves; la optimización en la combinación de los fondos públicos y privados; la simplificación de los procedimientos; el reforzamiento de la subsidiariedad, aclarando las responsabilidades de cada parte, ampliando la participación, involucrando a los interlocutores sociales y manteniendo la flexibilidad para responder a las nuevas situaciones. Resumiéndose las modalidades enunciadas en: «a) Las intervenciones públicas para garantizar y proteger los derechos sociales (intervención legal); b) las intervenciones públicas para influir sobre la estructura de ingresos (intervención económica); c) las intervenciones públicas para la mejora del contexto material y social (intervención espacial); y d) las intervenciones públicas para la mejora directa de la competencia de los individuos (intervención educativo/asesora)⁸⁰.

En esta línea, hay que subrayar la existencia de una textura abierta en los subsistemas jurídicos referentes a los derechos fundamentales, o lo que es lo

⁷⁹ G. Peces-Barba Martínez, con la colaboración de con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general, op. cit.*, pp. 21-25 y 36-38. En palabras de Bobbio, «el reconocimiento de nuevos derechos *de* (donde «de» indica el sujeto) comporta casi siempre el aumento de derechos *a* (donde «a» indica el objeto) (N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig (Sistema, Madrid, 1991), p. 114).

⁸⁰ Ver M. I. Garrido Gómez, *La política social de la familia en la Unión Europea* (Dykinson, Madrid, 2000), pp. 129 y 130, y sus referencias.

mismo, ciertas áreas de conducta que han de concretarse por la actuación judicial o de los funcionarios en cuanto las circunstancias que concurren dados los intereses en conflicto de cada supuesto⁸¹.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales* (Astrea, Buenos Aires, 2002).
- ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña (Gedisa, Barcelona, 2004).
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, revisión de R. Zimmerling (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014).
- AÑÓN ROIG, M. J., «Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías», en J. de Lucas (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999).
- «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en J. de Lucas (dir.), *La multiculturalidad* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001).
- *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994).
- ARNAUD, A. J. y FARIÑAS DULCE, M. J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, trad. de la primera parte de R. Escudero (Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006).
- ASÍS ROIG, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista* (Dykinson, Madrid, 2001).
- ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación* (Civitas, Madrid, 1997).
- *Introducción al Derecho* (Editorial Club Universitario, San Vicente –Alicante–, 1998).
- AUSTIN, J., *El objeto de la Jurisprudencia*, estudio preliminar y trad. de J. R. de Páramo Argüelles, con una introducción de H. L. A. Hart, (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002).
- BARCELONA, P., *Dallo Stato social allo Stato immaginario. Critica della «razione funzionalista»* (Bollatti Boringhieri, Turín, 1994).
- *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, trad. de J. R. Capella, J. A. Estévez y H. Silveira (Trotta, Madrid, 1999).
- BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004).
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig (Sistema, Madrid, 1991).

⁸¹ M. Troper, *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau (Dykinson, Madrid, 2001), p. 168.

- *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Roza Acuña (Debate, Madrid, 1995).
- *Igualdad y libertad*, introducción de G. Peces-Barba, trad. de P. Aragón Rincón (Paidós-Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000).
- BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993).
- BORRAJO INIESTA, I., «The Privatization of Legal Rules: Spain», *Revue européenne de droit public*, número especial, 1994.
- BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales* (Dykinson, Madrid, 2004).
- CARACCILO, R. A., *El sistema jurídico. Problemas actuales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988).
- *La noción de sistema en la Teoría del Derecho* (Fontamara, México D. F., 1999).
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología* (Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1994).
- DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de Droit contemporains* (Daloz, París, 2002).
- DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho* (Taurus, Madrid, 1991).
- DÍAZ Y DÍAZ, M., *Derecho y orden. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos* (Fontamara, México, D. F., 2002).
- DENNINGER, E., «Der Präventions-Staat», *Kritische Justiz*, núm. 1, 1988.
- DWORKIN, R., *A Matter of Principle* (Harvard University Press, Massachusetts, 1985).
- ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor –Navarra–, 2002).
- «El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya», en L. Arroyo Jiménez y A. Nieto Martín, (dirs.), *Autorregulación y sanciones* (Lex Nova, Valladolid, 2009).
- FASSÒ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. 3, trad. de J. F. Lorca Navarrete (Pirámide, Madrid, 1985).
- FARIÑAS DULCE, M. J., «El Derecho como forma de organización social», en G. Peces-Barba, E. Fernández y R. de Asís, *Curso de Teoría del Derecho* (Marcial Pons, Madrid, 2000).
- *Globalización, ciudadanía y derechos humanos* (Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000).
- FERNÁNDEZ, E., «El problema del fundamento de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981.
- «Estado, sociedad civil y democracia», en Varios Autores, *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX* (Dykinson-Universidad Carlos III, Madrid), 1996.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero (Trotta, Madrid, 2018).

- FISS, O. M., «Grupos y la Cláusula de la Igual Protección», en R. Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, trad. de R. Gargarella, en colaboración con G. Maurini y P. Bergallo (Gedisa, Barcelona, 2015).
- GARCÍA SAN MIGUEL, L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995).
- GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea* (Dykinson, Madrid, 2000).
- *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global* (Thomson-Aranzadi, Madrid, 2010).
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Los límites de los derechos fundamentales», en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchis (coords.), *Constitución y derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004).
- GRIFFIN, J. J. y MAHOU, J. F., «The Corporate Social Performance and Corporate Financial Performance Debate: Twenty-Five Years of Incomparable Research», *Business & Society*, núm. 36/2, 1997.
- HABA, E. P., «¿Derechos humanos o Derecho natural? (Metacrítica de una crítica iusnaturalista a la noción de derechos humanos)», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. II, 1983.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo (Trotta, Madrid, 2010).
- HARTMAN, L. P., DESJARDINS, J. y ESPINOZA, F. A., *Ética en los negocios. Decisiones éticas para la responsabilidad social e integridad personal* (McGraw Hill, México, D. F., 2014).
- HERNÁNDEZ GIL, A., *La Ciencia jurídica tradicional y su transformación* (Civitas, Madrid, 1981).
- ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley* (Tecnos, Madrid, 1989).
- JULIOS CAMPUZANO, A. de, «Globalización, pluralismo jurídico y Ciencia del Derecho», en A. de Julios Campuzano (ed.), *Dimensiones jurídicas de la globalización* (Dykinson, Madrid, 2007).
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo (Porrúa, México, 2002).
- KERCHOVE, M. VAN DE Y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. de I. Hoyo Sierra (Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997).
- LOSANO, M. G., *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho extranjero y europeo*, trad. de A. Ruiz Miguel (Debate, Madrid, 1993).
- LUCAS, J. de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural* (Temas de Hoy, Madrid, 1994).
- «La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos», en M. J. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas (coords.), *Derecho y Sociedad* (Tirant lo Blanch, Valencia, 1998).
- LUMIA, G., *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel (Debate, Madrid, 1993).

- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M., «El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVII, 2000.
- *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales* (Tecnos, Madrid, 2001).
- MCGREW, A., «From Global Governance to Good Governance», en M. Ougaard y R. Higgott (eds.), *Towards a Global Polity* (Routledge, Londres, 2002).
- MONZÓN ARRIBAS, C., «Orígenes y primeras teorías sobre la opinión pública: el liberalismo y el marxismo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, 1985.
- NINO, C. S., *Derecho, moral y política* (Ariel, Barcelona, 2007).
- OGUS, A., *Regulation. Legal Form and Economic Theory* (Clarendon Press, Oxford, 1984).
- OLIVAS, E., «Globalización y crisis de legitimación del Estado democrático», en Varios autores, *La globalización y la crisis de los derechos* (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2005).
- OST, F. y KERCHOVE, M. van de, *Jalons pour une théorie critique du droit* (Publicaciones de las Facultades Universitarias de Saint-Louis, Bruselas, 2002).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., con la colaboración de L. Prieto Sanchís, *La Constitución española de 1978: un estudio de Derecho y política* (F. Torres, Valencia, 1984).
- con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. (Teoría general)* (Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999).
- PECZENIK, A., «Law, Morality, Coherence and Truth», *Ratio Juris*, núm. 7, 1994.
- *Derecho y razón*, trad. de E. Garzón Valdés (Fontamara, México, D. F., 2003).
- PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica* (Ariel, Barcelona, 1994).
- «El sistema de los derechos fundamentales», en G. Peces-Barba Martínez y M. A. Ramiro Avilés (coords.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después* (Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, Madrid, 2004).
- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Tecnos, Madrid, 2018).
- PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos* (Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998).
- *Constitucionalismo y positivismo* (Fontamara, México D. F., 1997).
- «Derechos fundamentales», en E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El Derecho y la justicia* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Trotta, Madrid, 2000).
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Trotta, Madrid, 2003).
- RECASÉNS SICHES, L., *Filosofía del Derecho* (Porrua, México, 1991).
- ROTH, A. N., «La transformación del Estado y del Derecho frente al proceso de globalización de la economía», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cauca*, núm. 1, 1996.
- RUBIO CARRACEDO, J., «Ciudadanía compleja y democracia», en J. Rubio Carracedo, J. M. Rosales y M. Toscano Méndez, *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos* (Trotta, Madrid, 2000).
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., «Derechos fundamentales de la persona (comentario al art. 10 de la Constitución)», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la*

- Constitución española de 1978*, t. I, (Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid), 1996.
- RUIZ SANZ, M., *La construcción coherente del Derecho* (Dykinson, Madrid, 2009).
- SANTOS, B. de Sousa, *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de C. Rodríguez (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Bogotá, 2002).
- *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad* (Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2012).
- SEGURA ORTEGA, M., «El problema de las lagunas en el Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VI, 1989.
- SQUELLA, A., *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos* (Fontamara, México D. F., 2004).
- STAMMLER, R. von, *Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia*, trad. de W. Roces (Reus, Madrid, 1929).
- TOUCHARD, T., *Historia de las ideas políticas*, trad. de J. Pradera (Tecnos, Madrid, 2006).
- TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau (Dykinson, Madrid, 2001).
- TUORI, K., *Positivismo crítico y Derecho moderno* (Fontamara, México 1998).
- WATSON, A., *Law Out of Context* (University of Georgia Press, Atenas, 2000).
- VILAJOSANA, J. M., *Identificación y justificación del Derecho* (Marcial Pons, Madrid, 2017).
- WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, ed. J. Winkelman, trad. de J. Medina, J. Roura, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater (Fondo de Cultura Económica, México, 2005).
- ZAPATERO, V., GARRIDO GÓMEZ, M. I. y ARCOS RAMÍREZ, F., *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho* (Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares –Madrid–, 2010).
- ZULETA PUCEIRO, E., *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación* (Edeval, Valparaíso –Chile, 1980).

FACEBOOK Y EL DERECHO A LA PROPIA
IMAGEN: REFLEXIONES EN TORNO A LA STC
27/2020, DE 24 DE FEBRERO

*Facebook and the right to one's own image: reflections
on the judgement of the Spanish Constitutional Court
27/2020 of february 24th*

Laura Flores Anarte
Universidad de Sevilla

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp335-376](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp335-376)

Recibido: 07.04.2020

Aceptado: 12.06.2020

Resumen

En la STC 27/2020 el Tribunal Constitucional se pronuncia acerca de la ilicitud de ilustrar una crónica periodística sobre un acontecimiento violento con una imagen de la víctima que había sido tomada de Facebook sin recabar consentimiento de su titular. El fallo estima que la publicación de una fotografía en una red social no equivale a una autorización para que terceros puedan hacer uso de la misma libremente y que la divulgación de la imagen de la víctima ni reviste interés informativo por sí, ni guarda relación de accesoriedad con la información contenida en el reportaje, por lo que aprecia la vulneración del derecho fundamental a la propia imagen.

Palabras clave

Facebook, redes sociales, propia imagen, derechos fundamentales, Tribunal Constitucional.

Abstract

In the judgement 27/2020, the Constitutional Court of Spain ruled on the unlawfulness of illustrating a journalistic chronicle of a violent event with an imagen of the

victim that had been taken from Facebook without his consent. The court decision considers that the publication of a photograph on a social network is not equivalent to authorization for third parties to use it freely and that publishing the victim's image is neither newsworthy itself nor accessory to the information contained in the report and, therefore, appreciates the violation of the fundamental right to one's own image.

Keywords

Facebook, social networks, right to one's own image, fundamental rights, Spanish Constitutional Court.

SUMARIO: I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN LA ERA DE INTERNET. II. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: CONTENIDO Y LÍMITES. III. STC 27/2020: RESUMEN DEL CASO Y FALLO DEL SUPREMO. 1. *Antecedentes de hecho y sentencias de primera y segunda instancia.* 2. *El fallo del Supremo (STS 91/2017, de 15 de febrero).* IV. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. *Delimitación del contenido autónomo del derecho a la propia imagen.* 2. *La utilización no consentida de las imágenes ajenas publicadas en el entorno digital.* 3. *Publicación de la imagen de la víctima para ilustrar la crónica de un suceso: Relevancia pública y accesoriidad.* V. REFLEXIÓN FINAL: UNÁNIME APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN LA ERA DE INTERNET

Las nuevas formas de comunicación propias de la era digital han traído consigo un modelo de transmisión de la información en el cual los ciudadanos y ciudadanas han pasado de ser meros consumidores de contenidos creados por terceros a convertirse en transmisores de datos y opiniones de forma masiva¹ y en el que los flujos comunicativos y de intercambio de información se han acelerado considerablemente. La propia naturaleza de los medios de comunicación digitales ofrece unas posibilidades de interacción entre sus usuarios inéditas anteriormente, derivadas del reducido coste económico que supone la instalación doméstica de los medios técnicos necesarios para tener acceso a Internet y de una dinámica de funcionamiento que podríamos calificar de sencilla y accesible para la mayoría de la ciudadanía.

En este contexto, las redes sociales on-line se han convertido en las indiscutibles protagonistas de la era digital debido a la gran popularidad que han

¹ «Internet supone que cualquier usuario no sólo tenga, a través de la Red, acceso a una gran cantidad de información sino que, además, sea un potencial emisor. La propia conexión le convierte por definición en un usuario activo, que en la medida en que lo desee puede participar en foros de discusión, publicar documentos o enviar mensajes. Además de convertir a todos sus usuarios en potenciales emisores activos de información este medio de comunicación los coloca en una situación de igualdad casi absoluta. Las diferencias iniciales entre cualquier usuario son más bien escasas. La Red ofrece la posibilidad a cualquier ciudadano de, con un coste reducido, estar en condiciones de llegar (potencialmente) a tantos cientos de miles de personas como puedan hacerlo las corporaciones con más recursos económicos y tecnológicos» (Boix Palop, 2002: 147).

alcanzado entre la ciudadanía². Como recoge Soler Presas (2011), las redes sociales de internet (RSI) son: «servicios web que permiten a los individuos (1) construir un perfil público o semipúblico partiendo de un modelo de formulario determinado (2) articular una lista de usuarios con los que se va a compartir conexión y (3) visualizar y navegar a través de esa lista de conexiones y de otras establecidas por otros usuarios del sistema» (p. 4). En la creación e interacción entre esos perfiles, el intercambio de contenido entre los usuarios se configura como la actividad fundamental que da sentido a la existencia y modo de funcionamiento de las redes sociales. A través de ellas, las personas usuarias se convierten en creadoras, difusoras y gestoras de contenido que ponen en común con sus contactos información sobre diferentes aspectos de su vida pública y privada. Así, si el gran volumen de datos compartidos y la fluidez con la que los mismos se comparten resulta, como se ha dicho, una de las características esenciales de la Web 2.0 como nuevo medio hegemónico de comunicación, en el caso de las RSI, este intercambio masivo de información por parte de los usuarios se encuentra precisamente en la base del funcionamiento y razón de ser de este tipo de plataformas virtuales que, no podemos olvidar, constituyen también un determinado modelo de negocio. En este sentido, la peculiaridad del modelo de negocio propio de las RSI viene dada por el hecho de que la actividad del usuario y su interacción con el resto de integrantes de una RSI no solo constituye en sí misma el propio objetivo que lleva a una persona a crearse un perfil en una red social, sino que la posibilidad de acceder a esos datos que los usuarios vuelcan en la plataforma virtual por parte de la propia plataforma constituye en sí misma una forma de lucrarse. Como señala Soler Presas (2011), el negocio de las RSI difiere sustancialmente del de otro tipo de plataformas digitales, en tanto «[n]o cobran por la tecnología que ofrecen para la interconexión entre usuarios. Tampoco por las aplicaciones, propias o ajenas, que facilitan para que la comunicación sea más rica. Su negocio está en los datos, propios o de terceros, que los usuarios facilitan; en el uso lucrativo que pueden obtener de ellos» (p. 5). Así, el uso productivo que las redes sociales hacen de la información que sus usuarios proporcionan desde que se abren un perfil deriva de la extracción, análisis y segmentación que este tipo de plataformas digitales llevan a cabo de los datos que en ellas se vuelcan por lo cual, para mantener un determinado volumen de negocio «necesita[n] predisponer al usuario para que vuelque contenidos» (*id.*). Son diversas las técnicas utilizadas por las distintas plataformas de RSI para conseguir que los usuarios compartan el mayor volumen de información posible: por ejemplo, para poder crear un

² Según datos de la propia compañía, Facebook, una de las redes sociales más populares desde su creación en 2004, cuenta con más de 1.860 millones de usuarios activos en todo el mundo y cada día acceden a esta red social más de 1.150 millones de personas.

perfil en una red social, lo más habitual es que se exija facilitar determinados datos estandarizados como nombre y apellidos, edad, dirección de correo electrónico, estado civil, domicilio, intereses, preferencias, etc. Una vez creada la cuenta, se *anima* al usuario a seguir compartiendo contenido de carácter personal, como fotografías, vídeos, estados de ánimo, opiniones personales etc.

Más allá de los diferentes factores que empujen a ello, lo cierto es que la difusión masiva de contenidos de diversa índole (fotografías, textos, vídeos) por parte de personas, en principio, anónimas (en el sentido de no disfrutar de una proyección pública, tal y como se había venido entendiendo hasta ahora ese concepto coloquialmente) constituye hoy en día una realidad ciertamente generalizada y asentada en los usos sociales. Si nos fijamos en los datos ofrecidos por Facebook, a esta plataforma digital —una de las pioneras y más populares en el sector— se suben más de 300 millones de fotografías diarias y, en un minuto, se publican más de 510.000 comentarios, se actualizan más de 293.000 estados y se suben más de 136.000 fotografías (STC 27/2020, FJ 3°).

Toda esta información se vuelca, de manera habitual, desde el más profundo desconocimiento por parte de los usuarios de las implicaciones para su privacidad que ello puede tener. Y es que, al crear una cuenta en Facebook, esta se activa por defecto con el mayor grado de publicidad y, para establecer condiciones más restrictivas, el usuario tendrá que modificar sus preferencias manualmente. Así, por ejemplo, Facebook registra los datos de los usuarios y los comparte por defecto con motores de búsqueda externos, que indexan los perfiles poniendo dicha información a disposición de cualquier usuario de Internet, sin necesidad de que disponga de una cuenta en la red social. El usuario, al aceptar los términos y condiciones de uso del servicio cuando crea una cuenta, está consintiendo esta y otras formas de acceder a y de compartir su información. La cuestión problemática es que nos encontramos ante un contrato de adhesión, de suscripción obligatoria para acceder al servicio en el que las cláusulas no son individualmente negociadas, sino aceptadas en bloque, mediante un simple clic que por lo general ni siquiera lleva aparejada la lectura de las condiciones de servicio, por otra parte, redactadas en un lenguaje técnico y generalista que no parece garantizar la comprensión por parte del usuario del alcance de la cesión de sus datos personales que está otorgando en el momento de aceptar las condiciones del servicio. Por otra parte, desde la perspectiva de la ordenación estatal de los medios de comunicación, los usos sociales propios del mundo digital han configurado un medio en el que se ha visto considerablemente atenuada la rigidez de los controles sobre los intercambios de información con respecto al ejercicio sobre los medios tradicionales, como la radio o la televisión (Boix Palop 2002).

Todo ello puede conllevar para los usuarios de las redes sociales una pérdida del poder de control sobre sus datos personales y sobre el uso que se

hace de los mismos. En este sentido, si, como se ha dicho, en las redes sociales el factor humano es considerado el «elemento neurálgico» de este tipo de plataformas hasta tal punto que sin el mismo «no puede hablarse de red social» (Rico Carrillo 2012, 35), al mismo tiempo, «la actividad de los individuos que forman parte de la red es una de las fuentes que más problemas genera en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales» (*id.*). A este respecto, no puede olvidarse que, aun con la pérdida de privacidad por lo general consustancial al uso más común de este tipo de plataformas, lo cierto es que los derechos fundamentales reconocidos a la persona en nuestra Constitución continúan estando vigentes en la era digital, con todas las facultades que ello conlleva. Es más, ya en el año 78 el propio Constituyente contemplaría la posibilidad de que la evolución tecnológica en el ámbito de la informática pudiera conllevar un riesgo para el reconocimiento de los derechos de la personalidad del individuo e incluiría un apartado cuarto en el artículo 18 CE en el que mandaba al legislador a «limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Posteriormente, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha dotado de autonomía a lo que en principio podría parecer simplemente una manifestación del derecho a la intimidad, para afirmar que el artículo 18.4 CE supone el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la «autodeterminación informativa», entendida esta como la facultad conferida a sus titulares de disposición y control de sus datos personales que implica el poder de conocimiento de «qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin» (STC 292/2000, FJ 6º), facultad que ha sido objeto de desarrollo en Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). En este sentido, de una interpretación sistemática de la Constitución, podemos inferir que una relajación de la aplicación de los estándares tradicionales de protección de los derechos de la personalidad al aplicarlos al medio digital supondría ir totalmente en contra del espíritu del texto constitucional.

En efecto, que, en el contexto de los medios de comunicación digital, los datos personales circulen a un volumen masivo y a gran velocidad puede suponer sin duda una mayor dificultad para controlar la licitud de los intercambios de información y de los distintos usos que se hace de los mismos, pero ello no se traduce por sí en un debilitamiento del reconocimiento de la titularidad de los derechos de las personas usuarias, tales como la intimidad, el honor o la propia imagen. Como señala Boix Palop (2002) «[a]l fin y al cabo, Internet sigue siendo un medio, distinto y moderno, pero un mero medio, de transmisión de contenidos que realizan y difunden unas personas con la intención de que lleguen a otras. Con independencia de la importancia de muchos de los cambios que ha presenciado, la difusión de información por medio de la Red no

deja de ser, en definitiva, difusión de información» y, por ello «no es preciso, para proporcionar una adecuada respuesta jurídica a esta nueva realidad, renunciar a muchas de las instituciones jurídicas que han regulado el mundo de la comunicación previo a la aparición de Internet [...]» (pp. 133-134). Ciertamente, no por la obviedad del planteamiento debe pasarse por alto que los límites a cualquiera de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos deben mantenerse independientemente de lo cambiante del medio a través del cual estos se ejerciten (Soler Presas 2011, 14).

Al hilo de esta cuestión, la adaptación al medio digital del contenido de uno de los derechos de la personalidad que más expuesto a intromisiones ilegítimas se halla en el contexto de las redes sociales, como es el derecho a la propia imagen, y de los límites del derecho fundamental con el que aquel más frecuentemente suele entrar en conflicto, como es el derecho a la información, ha sido objeto de atención por parte del Tribunal Constitucional en una reciente sentencia que reflexiona sobre buena parte de las cuestiones problemáticas aludidas. El interés del fallo analizado radica en lo inédito de pronunciamientos anteriores del Tribunal de garantías sobre propia imagen y redes sociales. En efecto, la propia sentencia objeto de este estudio alude a que el interés constitucional del caso (requisito por lo demás exigible para la admisión a trámite de cualquier recurso de amparo desde la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en 2007) radica en la novedad del supuesto planteado, que se refleja en el hecho de que no existe doctrina sobre esta faceta del derecho fundamental a la propia imagen.

II. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: CONTENIDO Y LÍMITES

El derecho fundamental a la propia imagen, reconocido en el artículo 18.1 CE junto con el honor y la intimidad personal y familiar, deriva directamente del más amplio derecho a la dignidad humana y confiere a su titular, como ha tenido oportunidad de puntualizar el TC en una prolija jurisprudencia en la que ha concretado su contenido (SSTC 231/1988; 99/1994; 81/2001; 83/2002; 14/2003; 72/2007; 176/2013, entre otras), la facultad para controlar la captación y la difusión de la información sobre los rasgos que identifican a una persona³, la cual incluye no solo los rasgos físicos, sino también el nom-

³ Revestiría, por consiguiente, el derecho a la propia imagen contemplando en el artículo 18.1 CE tanto una faceta positiva, referida a la facultad de disponer de la representación del aspecto físico que permita su identificación y de determinar qué información gráfica generada por sus datos personales puede tener dimensión pública; como una faceta negativa, que otorgaría al titular del derecho la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin su consentimiento expreso, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta. No gozaría de protección constitu-

bre y la voz (STC 117/1994). Se desmarca aquí tanto la Constitución Española como el Tribunal Constitucional en su interpretación del artículo 18.1 CE del tratamiento constitucional que en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el alemán, se hace de los derechos de la personalidad, para configurar el derecho a la propia imagen, no como un parte integrante del derecho a la intimidad, sino como un derecho de la personalidad autónomo, aunque indudablemente conectado con el primero (Rodríguez Ruiz 2016, 340). Y es que, si bien en una primera etapa, el Tribunal de garantías entendiera el derecho a la propia imagen como un instrumento para la protección del derecho a la intimidad, posteriormente, sin negar la evidente vinculación entre uno y otro, pasaría a inclinarse por reconocer el contenido autónomo del derecho a la propia imagen, que podría verse lesionado de manera independiente, sin que tenga que verse comprometida la intimidad del individuo necesariamente para que la eventual vulneración de la propia imagen sea reconocida. Lo específico del derecho a la propia imagen como derecho autónomo de la intimidad y del derecho al honor sería que su reconocimiento confiere «protección frente a las reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de tu titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima» quedando protegido frente a la acción y el conocimiento de los demás por el reconocimiento de este derecho «un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo» (STC 139/2001, FJ 4º). El reconocimiento autónomo de ambos derechos tendría como principal consecuencia la admisión de la posibilidad de que puedan ser vulnerados independientemente:

[M]ediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los

cional, sin embargo, la vertiente patrimonial de la propia imagen, entendida como la explotación económica de la representación gráfica de los atributos físicos de una persona. Así lo establecería el TC en la STC 321/1988, sobre el caso Paquirri, en la que dispuso que «el derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica» sería protegible en la vía civil, pero no podría ser objeto de tutela en vía de amparo al carecer de contenido constitucional la disputa circunscrita a la explotación económica de la propia imagen.

casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada (STC 139/2001, FJ 5º).

En definitiva, el derecho a la propia imagen lo que confiere a su titular es la facultad para evitar la difusión no consentida de su aspecto físico, considerado este como «el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo» (STC 99/1994, FJ 5º), merecedor, por ello, de tutela constitucional. En principio, por tanto, cualquier captura y/o reproducción de la imagen de una persona que no sea expresamente consentida por esta podría ser reputada ilegítima. Con todo, no nos encontramos ante un derecho ilimitado y, al igual que sucede con el resto de los derechos constitucionalmente reconocidos, su ejercicio se encuentra modulado por ciertos límites derivados tanto del ejercicio de otros derechos fundamentales como de la protección jurídica debida a otros bienes⁴.

En concreto, son las libertades comunicativas reconocidas en el artículo 20 CE las que, por su modo de desenvolvimiento natural, van a entrar en conflicto con el derecho a la propia imagen. En caso de un eventual enfrentamiento entre las facultades derivadas del reconocimiento del derecho a la propia imagen y el derecho a la información, deberá llevarse a cabo la oportuna ponderación entre los diferentes intereses enfrentados para, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección. Ahora bien, la peculiaridad de las libertades de la comunicación reside en que las mismas trascienden su naturaleza como derechos fundamentales ejercidos por la ciudadanía en la medida en que se presentan como un pilar fundamental para el funcionamiento de nuestro sistema democrático ya que, no solo protegen un interés individual, sino que entrañan «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político» (STC 79/2014, FJ 6º), y que constituye «un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (STC 12/1982, FJ 3º), sin el cual «quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática» (STC 6/1981, FJ 3º). Es por ello, que el TC ha sentado igualmente que el derecho fundamental reconocido en el art. 20.1.d) ocupa una

⁴ Como apunta Gómez Corona (2012, 17), el derecho a la propia imagen no solo podría verse limitado por su necesaria articulación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la información, sino también para garantizar la protección de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Así, una eventual limitación de las facultades conferidas por el derecho a la propia imagen podría venir dada por la necesidad de perseguir un delito o en la búsqueda de una persona desaparecida.

posición que exige «una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio» (STC 159/1986, FJ 6º). De esta modo, como señala Gómez Corona parece que, aunque «el TC habla de ponderación, (...) se apunta ya a un sistema de preponderancia de las libertades comunicativas debido a la función esencial que cumplen en democracia» de tal manera que queda clara su posición preferencial con respecto a los derechos de la personalidad del artículo 18 CE «y la necesidad de interpretar restrictivamente sus límites para evitar que el núcleo de la libertad de expresión o información no quede desnaturalizado (Gómez Corona 2014, 80). No obstante, el propio TC ha ido suavizando esta postura con el tiempo y ha querido matizar esta apreciación para puntualizar que «[e]l derecho a la información no ocupa una posición prevalente respecto del derecho a la imagen, solo se antepone a este último tras apreciar el interés social de la información publicada como fin constitucionalmente legítimo» (STC 19/2014, FJ 3º).

En todo caso, la aludida estrecha conexión entre la libertad de expresión e información del art. 20.1 CE y los pilares más básicos de nuestro sistema democrático hace que, ya en el temprano desarrollo legislativo de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se contemplaran excepciones a la necesaria concurrencia de consentimiento para la captura y reproducción de la imagen de la persona, que se reputarán conductas legítimas en determinadas circunstancias y siempre que exista un interés público. Así, el art. 8.2 de la LO 1/1982 dispone que, aunque no concurra consentimiento de su titular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
- b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
- c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Se hace eco así el precepto de tres supuestos en los que, por diversas circunstancias, las facultades amparadas por el derecho a la propia imagen decaerían en beneficio del ejercicio de las libertades comunicativas. Como sostiene Navas Sánchez (2017), «[o]pta así el legislador dentro de la libertad de configuración de que dispone, por ordenar de una determinada manera este conflicto predeterminando en abstracto la ponderación que, en el caso concreto y en atención a las circunstancias concurrentes, habrán de realizar jueces y tribunales» (p. 16).

La dicción literal del precepto que contiene la primera de las excepciones contempladas permite inferir la inclusión de un amplio rango de casos, relacionados todos con la nota de exposición pública que acompañaría a la persona que debe soportar la limitación de las facultades de su derecho a la propia imagen en beneficio del derecho a la información cuando esta es captada en actos públicos o en lugares abiertos al público. En este sentido, si bien la primera categoría contenida en el art. 8.2.a), a saber, personas que ejercen cargos públicos, no parece plantear grandes conflictos en su concreción⁵, las expresiones «profesión de notoriedad» y «proyección pública» sí exigen un esfuerzo interpretativo más intenso a consecuencia de su indeterminación, que puede permitir «acoger excepciones que no necesariamente responden a ese interés informativo» (Gómez Corona 2014, 85). En este sentido, la ambigua definición dada por el Tribunal Constitucional a la categoría «personaje público» —«aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de relevancia pública» (STC, 99/2002, FJ 7º)— que permite incluir las más heterogéneas categorías entre aquellas personas que deberán soportar una modulación de sus derechos de la personalidad, ha sido criticada por la doctrina por «su excesiva amplitud» (Gómez Corona, 2014: 88). Es por ello que esta interpretación del artículo 8.2.a) de la LO 1/1982 exige, a la hora de aplicar el canon de constitucionalidad a una cierta conducta para determinar si nos encontramos ante el legítimo ejercicio de la libertad de información o, por el contrario, ante una vulneración de los derechos de la personalidad, combinar el criterio subjetivo de la notoriedad pública de la persona objeto de la información difundida con el criterio objetivo del interés noticiable de los hechos constitutivos de la información.

Así, por ejemplo, a pesar de que el TC ha reconocido como personas de proyección pública a los personajes habituales de los programas y publicaciones de entretenimiento⁶, quedando, en principio, la captación y

⁵ Lo cual no quiere decir que no haya sido necesario que el TC se pronunciara para delimitar el alcance concreto de tal expresión. A este respecto, *vid.* SSTC 192/1999; 134/1999; 105/1999; 132/1995; 54/2004.

⁶ Así definiría el TC a las personas «famosas» en la STC 115/2000 en alusión a la figura de Isabel Preysler, a quien consideró «una persona con notoriedad pública por diversas razones, entre ellas su frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional o determinados aspectos de su vida privada. Por lo que cabe incluirla en el grupo de aquellos sujetos que, junto con quienes tienen atribuidas la administración del poder público (STC 134/1999, FJ 7), por su actividad asumen un mayor riesgo frente a informaciones que les conciernen» (STC 115/2000, FJ 9º).

reproducción de la imagen de las personas famosas en lugares abiertos al público amparada dentro de las facultades de la libertad de información en aplicación del art. 8.2.a) de la LO 1/1982, dicho reconocimiento se ve modulado por la exigencia de que la información difundida satisfaga el interés general. Un interés general que, como ha sentado el TC, no ampara la intromisión en los derechos de la personalidad llevada a cabo por la denominada «prensa del corazón», en tanto esta «tiene por finalidad satisfacer la curiosidad sobre los aspectos íntimos de la vida privada de los personajes con alguna proyección pública y, por tanto, no contribuye a suscitar debate alguno de interés general para la sociedad española» (STC 176/2013).

Por su parte, el apartado b) del art. 8.2 de la LO 1/1982, cuando contempla como intromisión legítima en el derecho a la propia imagen «la utilización de caricaturas de acuerdo con el uso social» lo hace en aludiendo a «dichas personas», lo cual no puede interpretarse sino en referencia a las mencionadas en el apartado precedente.

En el contexto de generalización de las nuevas tecnologías, el TC ha considerado incluidas en la noción de caricatura referida en el artículo, no solo los dibujos satíricos realizados a partir de las facciones deformadas de una persona, sino cualquier creación que, persiguiendo una finalidad humorística, altere la realidad mediante la manipulación de la imagen. Quedarían, por tanto, comprendidos también en la aplicación del precepto los fotomontajes creados a partir de la alteración digital de fotografías originales (STC 23/2010).

Por otra parte, la dicción del precepto también parece presentarse en este caso como insuficiente para salvaguardar todos los intereses en juego a la hora de ponderar la prevalencia de uno u otro derecho en un eventual conflicto. En efecto, la utilización de determinadas caricaturas, por mucho que se lleve a cabo conforme a los usos sociales, puede estar amparando la vulneración de otros derechos fundamentales del caricaturizado, como el derecho al honor. Es por ello que, también en la aplicación de este supuesto, a la hora de determinar el uso lícito o ilícito de la imagen de alguien, habrá de combinar la aplicación del criterio contenido en la LO 1/1982 con otros límites, en concreto, el que vendría marcado por el respeto al resto de derechos fundamentales del caricaturizado (Gómez Corona 2014, 94). En este sentido, más allá de que la utilización se corresponda con los usos sociales, deberá constatararse que la caricatura entraña un legítimo ejercicio de la libertad de expresión. A este respecto, ha entendido el TC que está amparada por la libertad de expresión la publicación de caricaturas con el fin «de expresar mediante la burla y la ironía críticas sociales o políticas que, en tanto que elemento de participación y control público, resultan inescindibles de todo sistema democrático»; sin embargo, «cabe imaginar la difusión de caricaturas comercializadas por mero objetivo económico o incluso creadas con la específica intención de

denigrar o difamar a las personas representadas» y, en estos casos, «la ausencia de un interés público constitucionalmente defendible priva de justificación a la intromisión en el derecho a la propia imagen» (STC 23/2010, FJ 5°).

El último de los supuestos contemplados en el art. 8.2 de la LO 1/1982 se desmarca del ámbito de aplicación subjetiva de los dos precedentes en tanto hace referencia a la captura y reproducción de la imagen, no ya de personas con proyección pública o notoriedad, sino de particulares anónimos o desconocidos. La intromisión en la propia imagen en estos casos sería legítima cuando nos encontremos ante la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público y siempre que la imagen de la persona aparezca como meramente accesoria. El juicio de legalidad que debe superar una conducta para entender que constituye una manifestación de las facultades de la libertad de información amparada por lo dispuesto en el art. 8.2.c) de la LO 1/1982 depende, por tanto, de la concreción de dos conceptos a priori indeterminados, como son la noción de accesoriidad y de suceso o acaecimiento público.

Con respecto al carácter accesorio de la imagen, este hace referencia a que la misma debe encontrarse «siempre en relación de subordinación con el suceso o acontecimiento público que ilustra, el cual debe ser el objeto principal de la noticia o reportaje» (De Verda y Beamonte, 2017: 311-312) siendo la imagen accesoria «la que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria y al servicio de aquél» (*id*). En aplicación del art. 8.2.c) LO 1/92, la jurisprudencia ha manejado fundamentalmente dos nociones de accesoriidad: accesoriidad de la imagen de la persona en relación con el propio documento gráfico que la reproduce; y accesoriidad referida al papel secundario de la información gráfica en su conjunto con respecto de la noticia en sí. Según Gómez Corona (2017), la primera de las acepciones, que califica como interpretación ortodoxa, sería la acepción «más clara y acorde al espíritu y la letra del artículo 8.2.c)» si bien, «comparte protagonismo en la jurisprudencia con la segunda interpretación» (p. 97). En efecto, podemos encontrar en los pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional el reconocimiento de la aplicación de la excepción del art. 8.2.c) referido a situaciones subsumibles bajo ambas interpretaciones de la noción de accesoriidad. Así, si la primera acepción ha sido acogida, por ejemplo, en STS 1079/2008, de 20 de noviembre, en la cual el Tribunal Supremo aseveraría que «[l]a imagen accesoria es aquella que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal»; otras resoluciones recogen asimismo una interpretación de la accesoriidad entendida en referencia a la relación que guarda la imagen con la información escrita. En este sentido, por ejemplo, la STS 888/1992, de 19 de octubre, dispone que el art. 8.2.c) «se está refiriendo a aquellos casos en que la información periodística se realiza por medio de fotografías en que se plasma un suceso o acontecimiento o en que el texto

escrito va ilustrado con fotografías del evento objeto de la información». A juicio de Gómez Corona (2014), «[e]sta manera de interpretar la accesoriadad permite dar cabida a un mayor número de supuestos en los que la imagen de la persona no tiene que aparecer como un elemento secundario de la composición sino que puede incluso aparecer en primer plano, concentrando toda la atención sobre su persona» (p. 98). En efecto, la aplicación de esta acepción de accesoriadad puede dar lugar a la consideración como legítimas de intromisiones en el derecho a la propia imagen que trascienden lo que en principio debería tener que soportar una persona anónima en aplicación del canon constitucional aplicable a la libertad de información. En este sentido, la jurisprudencia ha matizado el alcance del art. 8.2.c), estableciendo una interpretación casuística de los límites a la libertad de información más garantista para con el derecho a la propia imagen de las personas anónimas, de tal manera que un desconocido no se vea expuesto a convertirse, por la aplicación de una interpretación demasiado amplia de la noción de accesoriadad contemplada en la LO 1/1982, en elemento principal de un hecho noticiable, adquiriendo un protagonismo que como sujeto anónimo no le corresponde. Así, el TS ha sentado que, con respecto a un reportaje televisivo que da cuenta de un accidente de tráfico, no ostentan la condición de accesoriadad las imágenes de los primeros planos del rostro del accidentado, apriionado entre el asfalto y la carretera (STS 490/2003, de, 23 de mayo). Tampoco reviste, a juicio del Alto Tribunal, el rasgo de accesorio la publicación de la imagen de una persona, perfectamente reconocible, practicando nudismo para ilustrar un reportaje sobre playas nudistas (STS de 28 de mayo de 2002). En sentido similar, en el ATC 28/2004, el Tribunal Constitucional inadmitió a trámite un recurso de amparo presentado por un medio de comunicación, confirmando la valoración del Supremo que estimaba que la publicación de una fotografía de una bañista en *top less* como imagen que ilustraba un reportaje sobre la afluencia de bañistas a una playa, no puede reputarse como conducta constitutiva del legítimo ejercicio de la libertad de información, toda vez que no se halla presente la requerida nota de accesoriadad de la imagen, al no apreciarse la relación requerida entre la publicación de la fotografía y la información que se quiere transmitir.

Por otra parte, como ya se ha dicho, el otro concepto clave cuya interpretación resulta inexcusable en la aplicación de la excepción contenida en el art. 8.2.c) de la LO 1/1982, es la noción de suceso o acontecimiento público⁷, conceptos que entroncan directamente con el de interés público. Según reiterada

⁷ «En la jurisprudencia no ha provocado muchos problemas la calificación de lo que deba considerarse como suceso o acontecimiento público, que cabría asimilar, siguiendo a Gitrama, al suceso o acontecimiento que se desarrolle en público o es de interés público ()» (Gómez Corona, 2014, 96).

jurisprudencia, la concurrencia de interés público se erige como requisito determinante para que la difusión de cualquier información que pueda entrar en conflicto con los derechos de la personalidad, incluida la gráfica, sea reputada legítima, gozando de la cobertura que brinda el ejercicio de las libertades del artículo 20.1 CE. Así lo ha entendido el TC, que ha afirmado que «el carácter noticiable de la información se erige [...] en el criterio fundamental [...] y decisivo [...] que hará ceder un derecho público subjetivo como el derecho a la imagen que se funda en valores como la dignidad humana» (STC 19/2014, FJ 6º). Huelga decir, por lo demás, que, en el caso de la publicación en medios de comunicación de reportajes que incluyan tanto información verbal o escrita como gráfica, la exigencia de que concurra el aludido interés público se predica simultáneamente tanto del texto como de la imagen.

En este sentido, compartimos con Gómez Corona la apreciación que hace al hilo de la importancia de tener en cuenta el «interés público» como criterio fundamental a la hora de determinar la licitud de las intromisiones en los derechos de la personalidad, toda vez que, por sí sola, la aplicación literal de las excepciones contempladas en el art. 8.2 de la LO 1/1982 «ha permitido que en estos treinta años de vigencia de la ley, nuestro país se haya convertido en un coto abierto para la captación y difusión de imágenes de personas del ámbito político, deportivo, del espectáculo, sin que se otorgara ninguna relevancia a la voluntad de los retratados ni al ámbito en que estas imágenes se captaban» (2014, 103).

Sin embargo, no toda información que revista interés público, entendido en el sentido de suscitar curiosidad o atención por parte de la ciudadanía o parte de ella, será válida a los efectos de legitimar el sacrificio de los derechos de la personalidad en aras del ejercicio de las libertades comunicativas, sino solo aquella que se considere «constitucionalmente prevalente». Para determinar esa prevalencia de las distintas facultades de las libertades comunicativas susceptibles de cobertura constitucional, el TC trae a colación la «relevancia pública» de la información, que se predicará de aquellos contenidos que, además de suscitar el interés general «contribuyan a la formación de una opinión pública libre», en tanto «condición para el ejercicio de los derechos inherentes a un sistema democrático» e «institución política fundamental, indisolublemente ligada con el pluralismo político» (STC 105/1990, FJ, 1º).

III. STC 27/2020: RESUMEN DEL CASO Y FALLO DEL SUPREMO

1. *Antecedentes de hecho y sentencias de primera y segunda instancia*

Con fecha 8 de julio de 2013, tanto la edición en papel como la digital del medio «La opinión-El correo de Zamora» publicaban un reportaje sobre un

suceso acaecido en la ciudad el día anterior: un hombre se había suicidado con un arma de fuego tras haber disparado con la misma a su hermano, causando a este último varias lesiones. El reportaje ofrecía detalles de las personas involucradas en el suceso que permitían su identificación, tales como los nombres de los dos hermanos, las iniciales de sus apellidos, el apodo del fallecido, la dirección exacta del domicilio familiar, así como referencias a otros detalles de la familia, como que el padre había sido médico o que la madre padecía la enfermedad de Alzheimer. Además, la crónica se ilustraba con sendas fotografías de los hermanos, que habían sido tomadas de sus cuentas en la red social Facebook sin que mediara autorización para ello. Ante estos hechos, el hermano del fallecido presenta demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Bilbao por entender que se había producido una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y solicitaba que se condenara a la editora del diario a la retirada de las fotografías y de tantos datos personales y familiares que se hallaran en los archivos del periódico, así como a reparar el daño moral causado por tal intromisión mediante el pago de una indemnización y la publicación de la parte dispositiva de la sentencia que pusiera fin al procedimiento. Por su parte, La Opinión de Zamora se opuso a la demanda alegando la licitud del reportaje en base a la entidad y relevancia pública del hecho ocurrido. El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda y condenando al periódico a abonar a la parte actora la cantidad de 30.000 en concepto de indemnización por considerar que la información publicada, aunque veraz, suponía una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante en tanto desvelaba numerosos datos personales y familiares que permitían su identificación. La sentencia de instancia también estimaba la vulneración del derecho a la propia imagen del demandante, al entender que se había publicado la fotografía sin contar con consentimiento y sin que además aportara elemento informativo alguno de interés público. Ante la posterior desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Opinión de Zamora ante la Audiencia de Vizcaya, que falló la confirmación del pronunciamiento de primera instancia, el medio de comunicación presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando la indebida aplicación de los artículos 18.1 y 20.1.d) de la Constitución pues, a su juicio, la información publicada no entrañaba una intromisión en la intimidad del sujeto afectado y de su familia y, en todo caso, de haberse producido la intromisión, no sería de entidad suficiente como para limitar la libertad de información del periódico. También se alegaba infracción del artículo 8.1 de la LO 1/1982, por entender la parte recurrente que la reproducción de la imagen del demandante no podía reputarse como no consentida toda vez que la misma había sido tomada del perfil de Facebook de aquel —que estaba configurado de tal manera que cualquier persona podía acceder a la misma— lo

cual excluiría la ilicitud de su reproducción en aplicación de la doctrina de los actos propios. En todo caso, en opinión del diario, de haberse producido intromisión en el derecho a la propia imagen del demandante, debería haber sido apreciada la excepción contemplada en el art. 8.2.c), que excluye la ilicitud de la captación y reproducción de la imagen incontestada, por entender que la imagen publicada del demandante resultaba meramente accesoria con respecto al suceso, de interés público, que recogía el reportaje.

2. *El fallo del Supremo (STS 91/2017, de 15 de febrero)*

En el fallo que resolvió el recurso de casación interpuesto por La Opinión de Zamora, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo llega a la conclusión de que efectivamente se había producido una vulneración del derecho a la propia imagen del ofendido, si bien, no de su derecho a la intimidad, y estimaba parcialmente el recurso interpuesto por el diario, rebajando la indemnización a la mitad, en base a los siguientes argumentos:

A juicio del TS, concurrían una serie de circunstancias que determinaban la prevalencia de la libertad de información frente al derecho a la intimidad personal y familiar del demandante, a saber: (1) que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, no podía considerarse que se hubiera producido una intromisión grave en la intimidad del demandante ni de su familia; (2) que la publicación de la crónica en un medio de tirada provincial sobre un suceso que tiene lugar en una ciudad de ámbito geográfico reducido como es Zamora no aumentaba significativamente el conocimiento que de un hecho de estas características, ocurrido en la propia ciudad y en el seno de una familia conocida, pudieran tener sus convecinos; (3) los hechos de los cuales daba cuenta el artículo periodístico eran objetivamente graves y noticiables y se publicaron inmediatamente después de su acaecimiento; (4) no se exponían los hechos con extralimitación morbosa, ni se desvelaban hechos íntimos sin relación con lo sucedido; (5) en relación con la mención de la enfermedad de la madre, este dato gozaba de cierta relevancia para informar sobre lo acaecido, en tanto la madre se encontraba presente en el momento de los hechos y tuvo que ser trasladada a casa de unas vecinas debido a su estado avanzado de Alzheimer.

Por tanto, resuelve el TS que el derecho a la intimidad debe ceder en este caso en beneficio de la libertad de información toda vez que, por otro lado, se trata de una crónica que da cuenta de un hecho veraz y noticiable, y recuerda la doctrina, tanto constitucional (SSTC 178/1993; 320/1994; 127/2003) como de la propia sala (SST 129/2014 y 587/2016) que reconoce la relevancia pública de la información sobre hechos de trascendencia penal, aunque la persona afectada por la noticia tenga el carácter de sujeto privado (SSTC 154/199; 52/2002; y 121/2002) y ello en atención «a la conveniencia y

necesidad de que la sociedad sea informada sobre los sucesos de relevancia penal [...] cuando no existe una extralimitación morbosa» (STS 587/2016).⁸

Con respecto al derecho a la propia imagen, el Supremo empieza por afirmar en su fallo que el hecho de que la fotografía publicada por el diario reproduzca una imagen de la vida privada del recurrente no excluye *per se* la existencia de intromisión en el derecho a la propia imagen, haciéndose eco de la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del derecho a la propia imagen como derecho autónomo con respecto al derecho a la intimidad. A continuación, rechaza la aplicación de la doctrina de los actos propios alegada por la recurrente al caso que nos ocupa como justificación de la licitud de la reproducción de la imagen del demandante que acompañaba al reportaje.

La doctrina de los actos propios —originaria del Derecho privado y fundamentada en el art. 7.1 del Código Civil, que dispone que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe— implica la inadmisibilidad del *venire contra factum proprio*, al exigir la coherencia entre los actos exteriorizados por el individuo y los adoptados en el futuro en defensa de la confianza en la buena fe que un tercero haya podido albergar en el entendimiento del comportamiento ajeno como una declaración de voluntad de carácter tácito. En otras palabras, lo que se afirma con esta teoría es que los hechos que cada cual exterioriza requieren de un comportamiento futuro coherente con los mismos, toda vez que dicha exteriorización genera en los demás la confianza en que las cosas se harán tal y como venimos

⁸ De Verda disiente del pronunciamiento del Supremo a este respecto y considera que la revelación de la identidad del demandante en este caso no debería haberse reputado como legítima por mucho que concurra interés informativo en la publicación de la noticia: «desde mi punto de vista, la circunstancia de que el hecho delictivo del que se informa sea de interés general no significa necesariamente que ese mismo interés general exija conocer la identidad del que lo sufre: la víctima tiene derecho a permanecer en el anonimato, salvo que la formación de una opinión pública libre exija sacrificarlo. Por ello, estimo que en el caso litigioso estuvieron más acertadas las sentencias de instancia, al entender que había existido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante, ya que la revelación de su identidad no era necesaria para informar a la sociedad del suceso». Además, considera el autor que el TS yerra al calificar la intromisión como leve: «ciertamente, el demandante no había sido objeto de un delito que objetivamente fuera especialmente ofensivo para su dignidad (como puede serlo un delito de violación o de violencia de género), pero, a mi entender, no tenía por qué soportar ser señalado ante sus convecinos como víctima de un asesinato frustrado, cometido por su propio hermano, posteriormente muerto por suicidio. Me parece que estamos ante un delito particularmente morboso, susceptible de alimentar la curiosidad ajena, especialmente, la de los habitantes de un ámbito geográfico reducido; por ello, estimo que, por muy justificada que estuviera la crónica del suceso, la revelación de la identidad del demandante supuso una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad» (De Verda y Beamonte 2017, 307).

haciéndolas (STC 73/1988, FJ 5º). No obstante, la aplicación de la doctrina de los actos propios vendrá excluida cuando no concurren una serie de requisitos desarrollados por la jurisprudencia al objeto de evitar su utilización impropia cuando no ampara a la buena fe que justifica la propia teoría⁹, de tal manera que se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también que la conducta previa sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva; así como que quien la realiza tenga plena consciencia y conocimiento de cuál es la situación jurídica en la que se desenvuelve (SSTS 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero; 63/2018, de 5 de febrero).

A juicio del Tribunal Supremo, los requisitos exigibles para la aplicación de la doctrina de los actos propios no se dan en el caso objeto de estudio, en tanto «que el titular de una cuenta en una red social en Internet permita el libre acceso a la misma, y, de este modo, que cualquier internauta pueda ver las fotografías que se incluyen en esa cuenta, no constituye, a efectos del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, un ‘acto propio’ del titular del derecho a la propia imagen que excluya del ámbito protegido por tal derecho la publicación de la fotografía en un medio de comunicación». Según el razonamiento del órgano juzgador, «que en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya ‘subido’ una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular», en tanto «tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet». Y ello es así —continúa argumentando el Tribunal— porque, conforme a lo ya establecido en previas resoluciones (SSTS 1225/2003, de 24 de diciembre; 1024/2004, de 18 de octubre; 1184/2008, de 3 de diciembre; 311/2010, de 2 de junio), cuando no se trata de personas con proyección pública, el consentimiento dado para publicar una imagen con finalidad determinada —en este caso, utilizarla como foto de perfil en Facebook— no legitima su publicación

⁹ «Centenares de sentencias dicen que para que proceda la aplicación de esta doctrina hace falta que se den estas condiciones: (i) debe partirse de la existencia de unos actos válidos y eficaces; (ii) han de ser libres y voluntarios; (iii) tales actos deben ser inequívocos y definitivos; (iv) identidad de sujetos, es decir, que quien los lleva a cabo es la misma persona que luego viene a desdecirse de los mismos; (v) la contradicción entre esos actos y otros posteriores: entre esos actos previos válidos y eficaces, libres y voluntarios, inequívocos y definitivos y los que con posterioridad trata de llevar a cabo el mismo sujeto, debe existir una contradicción, y no cualquier contradicción, sino una completa y absoluta incompatibilidad, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior. Aquellos actos anteriores han creado una confianza en otro sujeto, que ahora se ve defraudado ante la nueva y contradictoria realidad» (Yzquierdo Tolsada 2017, 354).

con otra finalidad distinta —en este caso, ilustrar un reportaje sobre un acontecimiento violento en el que el demandante se vio envuelto— ya que, como se desprende de los artículos 2.2 y 8.1 de la LO 1/1982, el consentimiento para la captación, reproducción o publicación de la imagen no puede ser general, sino que ha de referirse a cada acto concreto, lo que deriva del carácter irrenunciable del derecho fundamental a la propia imagen. Más en concreto, el TS cita una resolución previa que dirime un contencioso sobre propia imagen derivado de la publicación de unas fotografías reproducidas sin consentimiento de su titular por parte de un medio de comunicación en la cual ya había afirmado que la publicación de una imagen en la red social Facebook por parte de tu titular no equivale a un consentimiento, que tiene que ser expreso y, además, revocable en cualquier momento (STS 746/2016, de 21 de diciembre). Por tanto —concluye el Supremo— «la publicación en el periódico de una fotografía del demandante, acompañando a la información sobre el hecho noticioso [...] obtenida de su cuenta de Facebook, sin recabar el consentimiento expreso del afectado para realizar tal publicación, no puede considerarse autorizada y constituye por tanto una intromisión en [el derecho a la propia imagen] que no está justificada del modo previsto en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982» (STS 91/2017, de 15 de febrero).

Tampoco considera el TS que resulte de aplicación, tal y como alega la recurrente, el artículo 8.2.c) de la LO 1/1982, toda vez que la publicación de la imagen del demandante no puede considerarse como meramente accesorio en ninguna de las dos acepciones recogidas por la jurisprudencia, es decir, ni con respecto a una fotografía más amplia (puesto que solo incluye la imagen del demandante), ni con respecto a la información contenida en el reportaje. En este caso, sostiene el Supremo, la publicación de la fotografía únicamente sirve al objeto de identificar a la víctima del hecho violento objeto de la noticia.

Por último, dispone el Tribunal, que si bien la captación de una imagen en el lugar de unos hechos con ocasión de un suceso sí podría entenderse amparada por el ejercicio de la libertad de información en tanto entroncaría con la narración gráfica del suceso noticioso, la obtención de una fotografía de un perfil de Facebook no constituye supuesto asimilable a la práctica descrita, toda vez que nos encontramos ante un ámbito ajeno a aquel en el que sucedieron los hechos.

IV. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ante la firmeza del fallo que estima solo parcialmente el recurso de casación interpuesto por La Opinión de Zamora y mantiene la condena por vulneración del derecho a la propia imagen, el diario interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando que la sentencia de la Sala

Primera del Tribunal Supremo vulnera su derecho a comunicar libremente información veraz (art. 20.1.d) CE) al otorgar prevalencia al derecho a la propia imagen (art. 18.1. CE).

Entiende La Opinión de Zamora que la conducta reputada como intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen por la sentencia recurrida es en realidad un acto lícito amparado por el ejercicio de la libertad de información, que comprende la facultad de transmitir información gráfica veraz y complementaria de otra escrita sobre un suceso noticiable y de relevancia pública. En concreto, sostiene la parte recurrente que, en la publicación de la imagen objeto de la controversia, se limitó a actuar como mediadora informativa «entre una imagen divulgada en la red social y sus lectores, lo que resultó especialmente útil para satisfacer el derecho a recibir información veraz de aquellos lectores que carecen de los dispositivos o la habilidad social necesaria para acceder a los datos publicados en Facebook».

Para justificar la legitimidad de la reproducción de la imagen del afectado (a quien la sentencia del TC se refiere por sus iniciales, como don I. I. L.), la recurrente en amparo alega nuevamente los mismos motivos que ya esgrimiera en casación, a saber: que la inclusión de la fotografía en la crónica periodística estaba amparada por lo dispuesto en el art. 2.1 de la LO 1/1982, toda vez que la publicación de la misma por parte del afectado en su cuenta de Facebook, con acceso público, equivaldría a un consentimiento tácito para su reproducción por terceros, en aplicación de la doctrina de los actos propios. Por lo demás, la recurrente en amparo pone de relieve el carácter noticiable y de interés informativo del suceso que contiene la crónica y señala la naturaleza accesoria de la fotografía respecto del texto escrito, pues se trata de una imagen neutral y respetuosa con la víctima cuya utilización solo persigue el fin de complementar la noticia a la que acompaña. Así, a juicio de la recurrente, en aplicación del art. 8.2.c) de la LO 1/1982, aun en caso de reputarse incontestada la reproducción de la imagen, esta debería entenderse como lícita, dado el interés público prevalente que subyace al ejercicio de la libertad de información. A este respecto, advierte la recurrente que el contenido de la resolución recurrida «arroja serias dudas acerca de si en el futuro podrá incluirse información gráfica de la víctima sin su consentimiento, lo que en caso negativo entrañaría una grave restricción del derecho a la libre comunicación de información gráfica en las informaciones sobre sucesos».

Don I. I. L., que se persona en el procedimiento para solicitar la desestimación de la demanda de amparo interpuesta por La Opinión de Zamora, entiende que la ponderación de los derechos fundamentales llevada a cabo por el Tribunal Supremo en su sentencia es constitucionalmente correcta. Rechaza que el hecho de exhibir voluntariamente una fotografía propia en una red social suponga que un tercero esté legitimado para hacer uso de ella sin un consentimiento expreso de su titular al respecto; y sostiene que la

publicación de la imagen resultaba de todo punto innecesaria a efectos del reportaje, pues ni contribuía a un debate de interés general ni generaba opinión pública, simplemente satisfacía la curiosidad humana.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa en su escrito de defensa la desestimación del recurso de amparo por entender que la falta de consentimiento expreso para la publicación de la fotografía del afectado en el periódico conllevó una vulneración de su derecho a la propia imagen y rechaza igualmente la aplicación de la doctrina de los actos propios al presente caso. Defiende, en cambio, el Ministerio público que el hecho de subir una fotografía a una red social, por mucho que la misma sea accesible para cualquier persona, en ningún momento equivale a autorizar su divulgación por otros medios.

1. *Delimitación del contenido autónomo del derecho a la propia imagen*

En el fallo que resuelve el recurso de amparo planteado por La Opinión de Zamora por supuesta vulneración de su derecho fundamental a difundir libremente información (art. 20.1.d) CE), el Tribunal Constitucional comienza su argumentación jurídica haciendo un repaso a la doctrina constitucional sobre el derecho a la propia imagen en su colisión con el derecho a la información. Entre otras apreciaciones, el Tribunal recuerda su jurisprudencia sobre el contenido del derecho a la propia imagen como derecho autónomo, independiente de, aunque ineludiblemente conectado con, el derecho a la intimidad al afirmar que «la defensa que constitucionalmente se dispensa a la imagen de la persona también comprende las llamadas fotografías neutrales, es decir, todas aquellas que, aunque no contengan información gráfica sobre la vida privada o familiar del retratado, muestran sin embargo su aspecto físico de modo que lo haga reconocible» (STC 27/2020, FJ 2º). Con esta apreciación que —ya adelantamos— constituye una premisa determinante para la argumentación jurídica que resuelve el caso, la sentencia analizada da continuidad a la línea jurisprudencial inaugurada por la STC 139/2001, en la que por primera vez el Tribunal Constitucional dota de virtualidad autónoma e independiente al derecho a la propia imagen de manera contundente.

En efecto, en un primer momento, el TC «entendió casi siempre el derecho a la propia imagen como un instrumento para la protección del derecho a la intimidad» (Pérez Royo, 2019). Así, por ejemplo, la STC 117/1994 dispondría que «[e]n la medida en que la libertad de esta [la persona] se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, identidad o su voz» (FJ 3º).

La falta de deslinde claro en la primera jurisprudencia constitucional de los derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18 CE puede venir justificada no solo por el hecho de que «en la actualidad el mayor riesgo de que la intimidad pueda vulnerarse es el de la divulgación de aspectos de la vida privada o familiar a través de fotografías u otro tipo de reproducciones gráficas» (De Verda y Beamonte 2017, 304), sino también por otros factores de índole más formal. Así, mientras que, por un lado, el reconocimiento expreso del derecho a la propia imagen en nuestra Constitución supone una novedad en comparación con el tratamiento conjunto que de los derechos de la personalidad dan otros textos constitucionales, a la confusión también induce el tratamiento legislativo que se diera a los derechos desde bien temprano. En efecto, la Ley 1/1982, desarrolla de manera conjunta el contenido de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen «como si todos fueran un solo derecho y como si nada se pudiera decir de uno que no sea también predicable de los demás. De hecho, únicamente el art. 8.2 se ocupa de uno solo de los derechos (el de la propia imagen en particular), mientras que en el resto de los artículos, o se llama a los cuatro por su nombre, o las normas se refieren a los cuatro de modo más o menos explícito, siempre juntos y revueltos» (Yzquierdo Tolsada 2017, 351).

A partir de la STC 81/2001, sin embargo, el TC —sin desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad— pasa a reconocer la existencia de un contenido autónomo propio del derecho a la propia imagen. En concreto, el fallo que da pie a este cambio en la interpretación por parte del Tribunal de garantías enjuiciaba la publicación por parte de una revista de las denominadas «del corazón» de una serie de fotografías hechas a un conocido empresario y a una mujer famosa durante un viaje. Las fotografías habían sido tomadas en un lugar público y no revelaban detalles íntimos de la vida de ninguno de ellos, pues era conocida públicamente la relación sentimental que mantenían, por lo que la implicación del derecho a la intimidad quedaba descartada. Aun así, el TC apreciaría vulneración del derecho a la propia imagen, afirmando de manera tajante que no era preciso entrar a examinar si las fotografías «se halla[n] en el ámbito propio de la intimidad, puesto que ni en la demanda de amparo se invoca expresamente el derecho a la intimidad ni, por otra parte, se condicionan mutuamente, de modo necesario, este derecho y el de la propia imagen, dada la autonomía de uno y otro, por más que puedan estar vinculados en algunos supuestos; pero es, en todo caso, claro [...] que dichas imágenes se insertan en el ámbito propio y reservado de lo que es la esfera personal de los afectados» (FJ 5º). De este modo, se reconoce un contenido autónomo del derecho a la propia imagen que protegería frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal del titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su

vida íntima. Esta doctrina sobre la autonomía del derecho a la propia imagen con respecto del derecho a la intimidad es la que acoge el TC en su jurisprudencia posterior¹⁰.

2. *La utilización no consentida de las imágenes ajenas publicadas en el entorno digital*

El art. 2.2 de la LO 1/82 dispone, no solo con respecto al derecho a la propia imagen, sino también en referencia a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, que «no se apreciará existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso». La cuestión que se dirime en el caso concreto es si, en aplicación del precepto citado, la reproducción por parte de un medio de comunicación de una imagen obtenida de un perfil público en una red social puede reputarse como un comportamiento lícito al amparo de las facultades otorgadas por la libertad de información, por entenderse la publicación voluntaria de la fotografía accesible al público como equivalente a la concurrencia de consentimiento expreso para su utilización por terceros. En otras palabras: ¿implica la exhibición pública voluntaria de una imagen en una red social por parte de su titular que cualquier tercero esté legitimado para hacer uso de la misma sin que medie consentimiento expreso para ello? En el caso que nos ocupa, la recurrente en amparo entiende que sí y alega que, si de entre las distintas opciones de configuración de privacidad de la cuenta, don I. I. L. optó por publicar la imagen con el mayor grado de difusión y sin restricciones para su acceso, esta conducta debe ser entendida como «acto propio» que legitimaría al medio de comunicación a hacer uso de la fotografía en cuestión al amparo de lo dispuesto en el art. 2.2 LO 1/82.

Por su parte, antes de entrar de lleno en la ponderación de los distintos derechos fundamentales en conflicto, el Tribunal advierte sobre los riesgos que para los derechos de la personalidad entrañan muchas de las prácticas asentadas en el contexto de la sociedad digital, apuntando que «es innegable que algunos contornos de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), garantes todos ellos de la vida privada de los ciudadanos, pueden quedar desdibujados y que la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación, unida a los cambios en los usos sociales que ellas mismas han suscitado, añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales. Si bien es un hecho que el

¹⁰ Conteniéndose también en los fallos en los que, sin embargo, se aprecia una lesión conjunta de los derechos a la propia imagen y a la intimidad. En este sentido, SSTC 156/2001; 83/2002 176/2013; 19/2014; 18/2015 (De Verda y Beamonte 2017).

funcionamiento de las redes sociales en Internet permite la difusión de información personal, también lo es que puede significar una pérdida de control de la información suministrada por el propio usuario». A continuación, adelantando ya el sentido de su parecer con respecto a la ilegitimidad de la utilización no consentida de las imágenes obtenidas en las redes sociales, el Tribunal señala que:

Contemplado de esta manera el panorama tecnológico actual y aceptando que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, hemos de advertir sin embargo –por obvio que ello resulte– que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen (STC 27/2020, FJ 3º).

En su valoración de si, como alega la recurrente, procede declarar la legitimidad de la publicación de la imagen en aplicación del art. 2.2 de la LO 1/82, comienza el Tribunal excluyendo de entrada de manera tajante la pretendida equivalencia entre la publicación de una imagen por parte del usuario de Facebook y el consentimiento tácito para su posterior publicación por terceros:

El consentimiento solo ampara aquello que constituye el objeto de la declaración de voluntad. El titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. El consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión. De la misma manera debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia. Tampoco el permiso de uso otorgado a una persona determinada se extiende a otros posibles destinatarios. En definitiva, hay que entender que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada. Por ello, el usuario de Facebook que «sube», «cuelga» o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros, tan solo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.) (STC 27/2020, FJ 4º).

Ciertamente, el consentimiento a que se refiere el art. 2.2 LO 1/82, si bien no tiene que ser necesariamente expresado formalmente, sí debe reunir los requisitos de resultar inequívoco (SSTS 21 de diciembre de 2016, FJ 4; de 6 de junio de 2011, FJ 4; 18 de mayo de 2007, FJ 3 y 4; y 6 de mayo de 2002,

FJ 2 y 3) y de ser otorgado «al efecto»¹¹ concreto para el cual se hace uso de la imagen (Yzquierdo Tolsada 2017, 355).

Se desmarca así nuestro Tribunal de una interpretación que podría encontrar semblanza con el modelo de protección de datos norteamericano donde, la capacidad para modular la esfera de privacidad se encuentra mucho más limitada para los individuos que en los sistemas europeos toda vez que, aunque existe una inicial potestad de control sobre la información personal, una vez una determinada información se hace pública a cualquier efecto, la persona pierde el control sobre su posterior difusión:

No puede olvidarse que las SNS nacieron en EEUU, luego es el sistema norteamericano de protección de la privacidad el que tienen presente al definir su negocio [...]. Pues bien, en este sistema, el norteamericano, la noción de «privacidad» apenas admite matices. Entronca con la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo para decidir, en primera instancia, qué información personal hace pública; pero, una vez publicada, le niega el derecho a controlar su difusión. Entiende que con la libre comunicación de esa información pierdes toda expectativa de privacidad sobre los datos asistiéndote, si acaso, una pretensión para controlar el uso lucrativo que se pueda hacer de ellos [...] Desde su perspectiva, y simplificando el análisis, una vez que, voluntariamente, has revelado el dato o que te muestras en sitios públicos, la información o la imagen es pública (Soler Presas 2011, 6-13).

En efecto, según la doctrina acogida por los tribunales estadounidenses —«the third-party doctrine, desarrollada por primera vez en el caso *Smith vs. Maryland* en 1979— una vez una persona comparte cierta información privada con un tercero, pierde «any reasonable expectation of privacy» sobre dicha información. Esto, traducido al ámbito de Internet, implica que

¹¹ «Creo, en efecto, que hay que considerar que el carácter expreso del consentimiento no se refiere tanto a la forma de prestarlo, como a cada uno de los posibles usos de la imagen (captación, reproducción o publicación), los cuales deberán ser específicamente autorizados. Por ello, el hecho de que una persona haya consentido ser fotografiada no autoriza a deducir que implícitamente haya dado también su autorización para la publicación de las fotografías. Así mismo, la autorización para publicar una imagen en un concreto medio de comunicación no implica que se preste el consentimiento para que la imagen sea publicada en medios distintos a aquél al que se concedió la autorización [SSTS 24 abril 2000 (Tol 1837) y 24 diciembre 2004 (Tol 340987)]. El medio de comunicación autorizado para publicar una imagen no puede utilizarla en reportajes distintos o para fines diversos a los acordados con el titular del derecho [SSTS 3 de diciembre 2008 (Tol 1413580) y 2 junio 2010 (Tol 1878914)] por ejemplo, aquél, a quien se concede autorización para publicar una fotografía para ilustrar un reportaje periodístico, no puede utilizar dicha fotografía para insertarla en un anuncio publicitario; e, igualmente, el consentimiento dado a un fotógrafo para que exponga un retrato en un escaparate no autoriza para que pueda reproducirlo en postales.» (De Verda y Beamonte 2017, 308).

cualquiera puede hacer uso de los datos personales que los usuarios suben a las redes sociales, que son contempladas por la ley como lugares públicos (Mund 2018). Se trata de una cuestión que presenta importantes consecuencias para la privacidad de la persona y que ha generado controversias no solo derivadas de la utilización de datos personales con fines comerciales, sino también en relación con la vigilancia llevada a cabo por el Gobierno de la actividad en la Red de los ciudadanos.

Por lo demás, la legislación vigente en Estados Unidos sobre privacidad solo alcanza a proteger determinados datos especialmente sensibles y deja un vacío importante en el cual los intereses de los particulares relativos a su privacidad quedan desprotegidos en la mayoría de los casos (Demarco & Fox 2019, 1020). Para muestra de esta situación, el episodio protagonizado por Cambridge Analítica, la empresa de análisis de datos contratada por Donald Trump que recolectó datos personales de millones de perfiles de Facebook, sin autorización de sus titulares, al objeto de desarrollar un programa para predecir e influir en el sentido del voto¹².

No obstante, lo cierto es que la posición especialmente débil ocupada por los usuarios de Internet con respecto a las grandes compañías digitales es una situación que en los últimos tiempos ha dado lugar a la proliferación de las reclamaciones por un nuevo modelo de privacidad para los internautas, también en Norteamérica:

In the digital economy, the real power is not held by individual consumers and citizens using their smartphones and laptops to navigate the twists and turns of their lives, but by the large government and corporate entities who monitor them. The digital consumer is not like the classic American myth of the cowboy, a rugged and resilient island of autonomy set against the backdrop of the digital frontier. On the contrary, she is increasingly disempowered, marginalized, and subject to monitoring and sorting by powerful institutions about whose existence she may not know, and whose activities she may not be able to resist. In the digital world, we may heap responsibility on individual users of technology, but they lack options for protecting themselves.» (Richards & Hartzog 2017).

Por otra parte, a pesar de que con lo anteriormente sentado con respecto a la necesidad del consentimiento expreso y al efecto, parece quedar de todo punto excluida la procedencia de la aplicación del art. 2.1 LO 1/82 al caso, el TC procede a argumentar por qué considera improcedente también la aplicación de la doctrina de los actos propios alegada por la recurrente. A tal efecto, el Tribunal trae a colación la Exposición de motivos de la LO 1/1982, que

¹² «Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach», *The Guardian*, 17/03/2018 (<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>).

contiene unas consideraciones explicativas de la *ratio legis* del art. 2.1 de la ley, el cual dispone que la protección de los derechos de la personalidad quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. La Exposición de motivos de la LO 1/1982, por su parte, citada por el TC en el FJ 4 de la sentencia, dispone que lo no previsto por las leyes en lo relativo al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, queda determinado «de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas. De esta forma la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas». Extrapoladas estas consideraciones al caso concreto, el TC resuelve que no puede aplicarse la doctrina de los actos propios al mismo, en tanto que «[d]e conformidad con el comportamiento usual de los usuarios en las RSI, y especialmente en aquellas como Facebook, no puede afirmarse que don I.I.L. con la publicación de una fotografía suya en su perfil estuviera creando en la editora demandante de amparo (o cualquier otro medio de prensa) la confianza de que autorizaba su reproducción en el periódico como víctima de un suceso».

Ciertamente, resulta difícil inferir de un análisis pormenorizado de las dinámicas de funcionamiento de la red social en cuestión que los usos habituales de la misma respondan a un total control y consciencia por parte de las personas usuarias del grado de difusión que puede tener la información que comparten en sus perfiles, así como de las consecuencias que para su privacidad pueden implicar las distintas opciones que seleccionan en el uso de la herramienta digital. A este respecto, parece existir un desfase entre cómo se percibe en términos de privacidad el entorno de la red social por parte de los usuarios y hasta qué punto estamos comprometiendo efectivamente nuestros datos personales a la hora de crear y gestionar un perfil, mediante la aceptación de las condiciones de uso del servicio. Como señala Ana Soler, haciéndose eco de varios estudios sociológicos, no parece que el modo habitual de comportamiento de los usuarios de las redes sociales —compartiendo todo tipo de datos personales con un público que puede llegar a ser bastante amplio— se corresponda tanto con una renuncia expresa y consciente a su privacidad como con la percepción errónea de las redes sociales como una versión digital de su entorno más inmediato, incluso íntimo, por amplio que este pueda llegar a considerarse, sobre todo si lo analizamos a la luz de los cánones de socialización característicos de la era pre-Internet:

[...] su negocio [de las RSI] depende del volumen de datos que contenga la red, por lo que necesita predisponer al usuario para que vuelque contenidos. En este empeño es esencial crear la ilusión de que se expresa

un entorno privado, de confianza, íntimo. Así, el uso de datos reales y la foto en el interfaz generan la sensación de interacción personal y directa con sus amigos; las relaciones se estructuran para estimular una comunicación permanente entre ellos; y se sugiere que esta interacción está blindada: empleando términos de grafismo inequívoco («muro») o indicando que las intromisiones serán excepcionales e imputables a terceros.

Crean, en definitiva, un contexto propicio para que se revelen datos que, de otra forma, no se volcarían; y que inevitablemente llegarán a una audiencia mucho mayor que la percibida por el usuario (Soler Presas 2011, 6).

Al mismo tiempo, sin embargo, el tratamiento que las RSI en general y Facebook en particular dan a los datos personales vertidos por los usuarios en sus perfiles responde a unos criterios que pueden resultar invasivos para la privacidad en un grado mayor al que un usuario, en principio, estaría dispuesto a tolerar.

Dicho desequilibrio entre el grado de privacidad deseado y el efectivamente disfrutado por los usuarios de las redes sociales viene en buena medida posibilitado tanto por la configuración de la política de privacidad como por el sistema de aceptación de las condiciones del servicio. En efecto, la relación entre Facebook y sus usuarios se materializa a través de un contrato de adhesión, que implica que solo tras la necesaria aceptación en bloque de *todas* las «condiciones de servicio» incluidas en la «Declaración de derechos y responsabilidades» se permite el ingreso en la red social como usuario. Al mismo tiempo, para mayor abundamiento en la desinformación que esto puede causar, «[l]os avisos legales, las condiciones de uso y las políticas de privacidad están redactadas en un lenguaje generalista, de difícil comprensión para el usuario medio, de tal suerte que, a pesar de encontrarse recogidas en el sitio web, no alcanzan su finalidad última, que no es otra que la comprensión por el usuario del objeto, la finalidad y el plazo para el que otorga dicha autorización» (STC 27/2020, FJ 4º).

En concreto, con respecto a la política de privacidad, si bien los propios usuarios de Facebook pueden establecer, en función de sus preferencias, el nivel de protección de privacidad que deseen para los distintos datos que comparten, de tal manera que «cuenta con mecanismos que permiten a los usuarios determinar el tipo de información visible para el público en general y elegir qué verán sus contactos y qué no» (Rico Carrillo 2012, 38), lo cierto es que, al aparecer activado el máximo grado de publicidad de la cuenta por defecto, son muchos los usuarios que al darse de alta no reparan si quiera en leer las condiciones de la política de privacidad y mucho menos en modificarlas, y simplemente interactúan con base a la configuración de privacidad original sin ser conscientes del grave riesgo que ello supone para la seguridad de sus datos personales, en la medida en que serán accesibles para cualquiera.

En este sentido, la recurrente alega ante el TC que, al aceptar las condiciones de servicio de Facebook, el titular de la imagen estaba aceptando su

uso por parte de terceros, toda vez que en la cláusula 2.4 se advierte de que «cuando publicas contenido o información con la configuración ‘Público’, significa que permites que todos, incluidas las personas ajenas a Facebook, accedan y usen dicha información y la asocien a ti (por ejemplo, tu nombre y foto del perfil)¹³.

Para el TC, sin embargo, no resulta suficiente la aceptación por parte del usuario de tales condiciones de servicio para reputar como tácitamente consentido el uso de la imagen de perfil por parte del medio de comunicación. Y ello, no solo porque, tal y como el Tribunal trae a colación, las propias condiciones de privacidad incluyen también otra cláusula, la 5.7, que advierte a terceros de que «si obtienes información de los usuarios deberás obtener su consentimiento previo», sino también, y —deberíamos decir— sobre todo, porque «[n]o puede obviarse que la información ofrecida en la red social está inmersa en una maraña de cláusulas contractuales contenidas en un prolijo y extenso documento alojadas en lugares del sitio web de difícil acceso para el usuario, reservándose, por otro lado, la plataforma la posibilidad de modificar las condiciones de uso y privacidad en cualquier momento¹⁴, sin necesidad de preaviso a los usuarios registrados que con anterioridad las hubieran aceptado» (STC 27/2020, FJ 4º). Todo ello lleva al Tribunal a inferir que, si entendemos que «el ciudadano desconoce la mayor parte de las veces el contenido real y las consecuencias del otorgamiento de la autorización exigida para su registro y utilización, pues resultan de no fácil comprensión para cualquier usuario medio que no disponga de conocimientos jurídicos y tecnológicos [...], difícilmente en este caso puede hablarse de un consentimiento basado en información fiable o confiable» (STC 27/2020, FJ 4º).

En definitiva, el razonamiento contenido en el FJ 4º de la STC 27/2020 viene a sentar que la publicación de una imagen en una red social por parte de un usuario no puede interpretarse como consentimiento para su reproducción por terceros a los efectos del art. 2.2 LO 1/82, y ello es así aun cuando el grado de privacidad establecido en el perfil permita el acceso público a la

¹³ Como se encarga de recordar Álvarez Olalla (2017), estas cláusulas no fueron alegadas en el recurso de casación interpuesto por la ahora recurrente en amparo, por lo que no dieron oportunidad al TS de pronunciarse al respecto. La autora, sin embargo, anticipa en su comentario a la sentencia del Supremo, ahora objeto de recurso de amparo, el sentido del razonamiento esgrimido por el TC al someterse la cuestión a su juicio: «si bien cabría preguntarse cuál habría sido el argumento del TS en caso de que tales cláusulas hubieran sido alegadas por el periódico que utilizó las fotografías. Quizá el argumento a esgrimir sería la ausencia real de consentimiento dado que normalmente los usuarios aceptan las condiciones de uso del servicio sin ni siquiera leerlas».

¹⁴ Como señala Rico Carillo, «los cambios en las políticas de privacidad de *Facebook* han sido notables en los últimos años, circunstancia que obedece a las numerosas demandas entabladas en contra de la compañía por violación a este derecho» (2012, 38).

imagen y aunque la suscripción por parte del usuario de las condiciones generales de contratación del servicio suponga la aceptación de cláusulas que autoricen tal cesión. De esta manera, la solución otorgada por el TC a esta cuestión, sin apartarse en su razonamiento de la aplicación al caso de los cánones de constitucionalidad desarrollados con respecto a los distintos derechos en juego, apuesta por la solución más garantista desde la perspectiva de la protección jurídica del usuario de la red social:

Es obvio, por tanto, que respecto a los efectos que conlleva cada una de las acciones que los usuarios realizan a través de la plataforma ha de prevalecer el deber de garantizarles el control de la información publicada en la red, poniendo a su disposición el mayor número de herramientas tecnológicas encaminadas a hacer efectivos sus derechos de forma automática, sencilla y rápida, entre los que se encuentran la posibilidad de impedir su uso no autorizado (STC 27/2020, FJ 4°).

Por lo demás, una interpretación *sensu contrario* hubiera equivalido a establecer que el uso in consentido por parte de terceros de datos personales publicados por los usuarios en las redes sociales supone una exposición inherente al uso de las mismas que personas anónimas deben soportar. Una conclusión que se encontraría en abierta contradicción con lo desarrollado por toda la jurisprudencia construida en torno a los derechos a la intimidad y a la propia imagen que —en atención a interpretación de estos derechos como manifestaciones de la dignidad humana— reconoce la facultad de sus titulares para controlar en todo momento el uso que se hace de esa información y cuya utilización requiere de un consentimiento expreso prestado al efecto, salvo en los tasados casos excepcionales que ya se han visto.

3. *Publicación de la imagen de la víctima para ilustrar la crónica de un suceso: Relevancia pública y accesoriadad*

Una vez excluida la aplicación del art. 2.2 LO 1/82 y verificada la existencia de intromisión en el derecho a la propia imagen del demandado, el TC entra a valorar si tal intromisión puede reputarse como legítima, esto es, justificada por el necesario sacrificio que en determinadas circunstancias ha de hacerse de los derechos de la personalidad en beneficio de la libertad de información cuando la presencia de un interés constitucionalmente legítimo considerado como prevalente así lo exija. En el caso que nos ocupa, y dado que nos encontramos ante la representación de la imagen de una persona anónima, que alcanza cierta fama solo de manera puntual por los hechos violentos en los que involuntariamente se ve envuelto, la publicación de la fotografía solo podrá reputarse legítima conforme a las previsiones del art. 8.2.c) LO 1/1982, es decir, si se concluye que nos encontramos ante la

información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público y que la imagen de la persona aparece como meramente accesoria.

El canon de constitucionalidad a aplicar en estos casos requiere en primer lugar verificar que la información reviste el preceptivo interés público que legitima su difusión cuando puede afectar a otros derechos constitucionalmente protegidos. En efecto, «[e]l carácter noticiable de la información se erige, por tanto, en el «criterio fundamental» [...] y «decisivo» [...] que hará ceder un derecho público subjetivo como el derecho a la imagen que se funda» (STC 19/2014, FJ 6). Así lo afirma el TC en la sentencia objeto de estudio cuando afirma que «salvo que concurra una autorización inequívoca para la captación, reproducción o publicación de la imagen por parte de su titular, la injerencia en el derecho fundamental a la propia imagen debe necesariamente estar justificada por el interés público preponderante en tener acceso a ella y en divulgarla» (STC 27/2020, FJ 3º).

Por lo demás, como se ha dicho, el TC viene exigiendo para apreciar el interés público que determina el carácter noticiable de una información, no solo que la misma despierte el interés general, pues ello supondría reconocer legitimidad a cualquier intromisión en los derechos a la intimidad y propia imagen de las personas únicamente al objeto de satisfacer la curiosidad ajena¹⁵, sino que para que sea legítima la intromisión en los derechos de la personalidad de un individuo mediante la publicación de una determinada información, la misma ha de contribuir a la formación de la opinión pública libre o a generar un debate de interés general (STC 19/2014).

En cuanto a la información objeto del reportaje conjuntamente considerada, no resulta cuestionable ni la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidos en la noticia, ni su relevancia pública. En efecto, tal y como concluía el Supremo en su fallo, no solo la información recogida en el reportaje resulta veraz, sino que el tratamiento informativo de los hechos se acomoda a los usos sociales a y los cánones de la crónica de sucesos, que es un género

¹⁵ En este sentido, la interpretación sostenida durante años por el TS —que no en pocas ocasiones admitió la concurrencia de relevancia pública en la publicación de informaciones por parte de los medios pertenecientes al género del entretenimiento, a pesar de moverse estas en el terreno del mero entretenimiento y de la satisfacción de la curiosidad ajena— llevó al TC a corregir dicho criterio, declarando que «si bien es aceptable que el concepto de interés noticiable sea aplicado a los programas de entretenimiento, dicho carácter del medio o de las imágenes publicadas no permite eludir ni rebajar la exigencia constitucional de relevancia pública de la información que se pretende divulgar al amparo de la libertad de información. De aceptarse ese razonamiento, la notoriedad pública de determinadas personas —que no siempre es buscada o deseada— otorgaría a los medios de comunicación un poder ilimitado sobre cualquier aspecto de su vida privada, reduciéndolas a la condición de meros objetos de la industria de entretenimiento» (STC 19/2014, FJ 8º).

periodístico tradicional. Por otra parte, resulta pacífica la jurisprudencia sobre el carácter noticiable de los hechos de trascendencia penal, aunque la persona afectada por la noticia tenga el carácter de sujeto privado (SSTC 154/1999; y 52/2002), y siempre que no exista una «extralimitación morbosa» dada por la búsqueda y revelación de aspectos íntimos¹⁶ que no guarden relación con el hecho informativo (STS 587/2016, de 4 de octubre).

En definitiva, si bien no cabe duda alguna con respecto a la veracidad y al interés público del reportaje conjuntamente considerado, el conflicto estriba, sin embargo, en si dicha relevancia pública resulta predicable también de la imagen que lo acompaña. En efecto, como se ha dicho, las facultades inherentes al reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen como derecho autónomo, con contenido propio, exigen que dicha relevancia pública se desprenda también de la publicación de la fotografía en sí que, además, dada la condición de persona anónima del afectado, debe presentar su imagen de manera accesoria.

Y ello a pesar de que el TC haya aseverado que la exigencia de relevancia informativa debe ser más intensa en el caso de la publicación de datos que afectan al derecho a la intimidad que en el caso de la publicación de imágenes neutrales que aparecen acompañando a una información en un medio de comunicación¹⁷. Pero lo anterior no obsta para que el juicio de constituciona-

¹⁶ En este sentido, podría ponerse en duda la adecuación al canon constitucional que perfila los límites del derecho a la información de la revelación de determinados datos contenidos en la crónica y relativos a la intimidad de D. I.L.L. Al hilo de esta cuestión, Álvarez de Olalla (2017) se pregunta «si resultaba necesario, a fin de informar a la opinión pública del acaecimiento de los hechos, dar datos tales como el nombre de los hermanos implicados (víctima y agresor suicida), las iniciales de sus apellidos, el apodo del agresor, la dirección exacta del domicilio familiar, la enfermedad mental de la madre de ambos (que padecía Alzheimer) y la notoriedad de la familia», máxime si tenemos en las especiales consideraciones a la protección de la intimidad de las personas que han sido víctimas de ilícitos penales contenidas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (*id*). El TC, sin embargo, no alcanza a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la utilización que de los datos personales de la víctima se lleva a cabo en la crónica periodística, en tanto ni las partes ni el Ministerio Fiscal invocan en sus respectivos escritos la posible vulneración del derecho a la intimidad, por lo que el fallo del Tribunal de garantías se limita a pronunciarse sobre el único derecho que ha sido sometido a su valoración, en este caso, el derecho a la propia imagen.

¹⁷ «Sin duda, el canon de relevancia informativa que se aplica al derecho a la propia imagen ha de ser necesariamente más tenue que el que fáculte a una intromisión en los derechos al honor o la intimidad, en la medida en que es también menor la consecuencia lesiva sobre la dignidad que tiene en sí misma la mera reproducción gráfica de la representación externa de una persona. Como dijimos en las SSTC 56/2004 y 57/2004, de 19 de abril, «la imagen enriquece notablemente el contenido del mensaje que se dirige a la formación de una opinión pública libre», de tal manera que si todas las personas cuya imagen

lidad sobre la conducta controvertida exija la valoración, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, de la existencia de un interés público considerado socialmente prevalente que justifique la difusión de la imagen, ni que no pueda reputarse la reproducción de una imagen como ilegítima por no apreciarse concurrencia de interés público en su reproducción. Esto sucederá, por ejemplo, «en aquellos casos en los que en la información se difundan fotografías o videoclips que solo puedan entenderse como meros instrumentos de satisfacción de la curiosidad ajena y hayan sido incluidos no con una función informativa, sino con la finalidad de saciar la expectación que, en aquellos términos, puede levantar una determinada noticia» (STC 27/2020, FJ 2º).

En consecuencia con ello, debe entrarse a valorar expresamente si la imagen publicada, individualmente considerada, reviste el interés público necesario. En el presente caso, el Tribunal se muestra coincidente con las apreciaciones presentadas por el Ministerio Fiscal para rechazar los argumentos de la recurrente a este respecto: ni la trascendencia pública o social de la información escrita sobre un hecho noticiable se traspasa automáticamente a la información gráfica que pueda acompañar a la noticia (la Fiscalía apoya este argumento en la STEDH de 4 diciembre 2012, *Verlagsgruppe news GMBH and Bobi contra Austria*, §§ 81-82); ni de la concreta fotografía publicada, una imagen de medio cuerpo que únicamente sirve al objeto de identificar físicamente a la víctima del suceso que se describe, puede desprenderse la concurrencia del preceptivo interés público. lo cual, además, a juicio de la Fiscalía «hace que la misma pierda cualquier condición de ‘acceso’ a la que se refiere el art. 8.2.c) LO 1/1982 a los efectos de justificar constitucionalmente su publicación inconstentida.

En concreto, la crónica incluía la publicación de una fotografía de medio cuerpo de don I.I.L., junto a la identificación de su nombre y las iniciales de sus apellidos, acompañados del siguiente texto escrito: «A la izquierda, imagen del fallecido (A.I.L.) que hirió a su hermano (I.I.L.) y se pegó un tiro a continuación en una imagen colgada por él en un portal de Internet. A la derecha, el hermano herido en una foto de su perfil en Facebook». La imagen publicada mostraba nítidamente todos los detalles del rostro de don I.I.L., lo cual permitía perfectamente su identificación, facilitada esta, además, por los diferentes datos personales que se contenían en la noticia, lo cual convirtió la imagen en componente principal y nuclear del contenido de la información publicada. Todo ello aleja, sin duda, su reproducción de la noción de

aparece reproducida de manera neutral en periódicos o televisiones pudieran exigir una especial trascendencia informativa, la información gráfica se volvería prácticamente imposible, menoscabando el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz y el de los periodistas a elaborarla y difundirla» (ATC 176/2007, FJ 2º).

accesoriedad de la imagen manejada por la jurisprudencia, que deberá apreciarse en los casos en los que la imagen de la persona aparezca de manera secundaria para ilustrar una información cuyo objeto es otro (SSTC 72/2007; y 158/2009). Añade además el Ministerio Público en su valoración de los hechos que, desde la perspectiva victimológica, la difusión de la imagen, al ampliar su eventual identificación por terceros, podía favorecer la re-victimización del afectado, sin contribuir tan siquiera a alcanzar los fines propios de la libertad de información o añadir algún aspecto relevante o trascendente a la noticia.

Por su parte, tras valorar los detalles de la fotografía y el contexto en el que esta se inserta, el TC aprecia que el singular protagonismo y relevancia alcanzados por la información gráfica con respecto al texto escrito excluye su caracterización como imagen secundaria o intrascendente. Teniendo en cuenta, además, que la imagen no guardaba una especial relación con las circunstancias del suceso trágico sobre el que se estaba informando, ni contribuía a la formación de una opinión pública libre y plural, el Tribunal concluye que en la publicación de la imagen por parte de La Opinión de Zamora no concurre la debida proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a información y el respeto a la propia imagen de la persona.

Estima el Tribunal, en definitiva, que la publicación de la fotografía de la víctima del delito al que la noticia hacía referencia sin su consentimiento constituyó una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen. Llega el TC a esta conclusión tras, en atención a las circunstancias concretas del caso, excluir la posibilidad de aplicación del art. 2.2 de la LO 1/1982, entendiendo que la utilización de la imagen inconsentida supone una intromisión en el derecho a la propia imagen de su titular, independientemente de que este haya publicado dicha imagen en una red social, con visibilidad para cualquiera; y tras descartar igualmente la aplicación de la excepción contenida en el artículo 8.2.c) de la LO 1/1982 —que contempla que no se reputarán ilegítimas las intromisiones en el derecho a la propia imagen cuando la misma aparezca como meramente accesoria con respecto a la información sobre un suceso o acontecimiento público— por no apreciar la concurrencia ni de interés público ni de accesoriedad en la fotografía publicada. Considera el TC, en definitiva, que la publicación de la foto de la víctima no constituye un ejercicio de la libertad de información amparado por el art. 20.1.d) CE, por lo que la conducta deviene ilegítima en beneficio de la facultad del titular de la imagen de control sobre la captación y difusión de la representación de sus rasgos físicos que le viene conferida por el art. 18.1 CE.

Por lo demás, a pesar de que resulta evidente que en los hechos relatados se encuentran implicados otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad personal y el derecho a la protección de datos de carácter personal, el pronunciamiento del TC se limita a valorar la afectación del derecho a

la propia imagen, toda vez que, en tanto la posible vulneración de otros derechos no es invocada por las partes ni por el Ministerio Fiscal, no pueden ser objeto de debate ni de pronunciamiento del TC. No contiene el fallo, por tanto, pronunciamiento alguno sobre si resulta acorde a la Constitución la valoración de los hechos que hace el Supremo acerca de la intromisión en el derecho a la intimidad. Recordemos que la sentencia de casación estima que la revelación de los datos íntimos que contenía el reportaje no suponía una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, mientras que sí constituía una vulneración del derecho a la propia imagen la publicación de la fotografía que lo acompañaba. A juicio de De Verda y Beamonte (2017) —que también discrepa con la valoración del Supremo cuando este considera que la intromisión en la intimidad del demandante no reviste especial gravedad—, resulta contradictorio el fallo del TS al considerar amparada por el derecho a la libertad de información la intromisión en la intimidad del demandante, al mismo tiempo que estima que la publicación de la fotografía tomada del perfil de Facebook del afectado supone una vulneración de su derecho a la propia imagen, toda vez que la publicación de los detalles personales contenidos en la crónica periodística desvelan la identidad de la víctima y «desde el punto de vista práctico, de conocerse con exactitud el nombre y apellidos de la víctima bastará con introducirlos en cualquier motor de búsqueda en la web (por ejemplo, Google) para localizar aquellas redes sociales en las que tenga perfil, de manera que si realmente la imagen se ha obtenido del perfil público de Facebook, no habrá ningún obstáculo para que cualquier lector pueda localizar con facilidad la fotografía de la víctima [...]» (De Verda y Beamonte 2017, 310).

Desde nuestra perspectiva y, a pesar de que, como se ha dicho, el TC no llega a pronunciarse sobre el derecho a la intimidad, no parece, en atención a la argumentación que sí desarrolla el Tribunal de garantías sobre la intromisión en el derecho a la propia imagen, que la apreciación de su vulneración en los términos descritos en la sentencia pueda considerarse equivalente a la revelación de los datos íntimos que el artículo periodístico contiene al punto de considerar contradictoria la apreciación de que la misma pieza periodística pueda vulnerar un derecho pero no el otro porque mediante la utilización de los datos personales revelados, cualquiera puede acceder a la imagen controvertida. En este sentido, los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional para reputar un determinado acto como constitutivo de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen poco tienen que ver con el número de personas que hayan podido identificar a don I.I.L. a través de la fotografía controvertida, sino que más bien descansan en la ausencia de consentimiento de la que parte su reproducción. Y, en todo caso, aunque tomáramos como criterio determinante para apreciar o no la vulneración el grado de difusión que alcanza la imagen, por más que el hecho de que la misma se

encontrara alojada en un perfil público haga *posible* que cualquiera acceda a través de Internet a la fotografía, parece poco probable que todos y cada uno de los lectores del periódico que tuvieron acceso a la crónica se hubieran tomado la molestia, de manera individual, de ingresar los datos de don I. I. L. en un buscador de Internet hasta dar con la fotografía alojada en la red social. En este sentido, no parece resultar equiparable, en términos de difusión de la imagen, que la misma se encuentre alojada en el perfil público de una red social perteneciente a una persona anónima —por mucho que haya alcanzado cierta proyección pública momentáneamente por verse envuelto en un hecho noticiable— al impacto que la publicación de la imagen en un reportaje de un periódico haya podido generar. Por lo demás, el grado de difusión de la imagen es una circunstancia concreta que, como tal, deberá tenerse en cuenta en la ponderación llevada a cabo por un órgano juzgador para determinar la prevalencia de uno u otro derecho en juego, pero no se erige, como en el caso de la relevancia pública, como criterio determinante para apreciar o no la efectiva intromisión en la esfera propia del derecho. En todo caso, podrá tenerse en cuenta para valorar la entidad de una posible intromisión de cara a determinar el daño moral producido por la misma y modular así la cuantía de la indemnización que podría fijarse en un eventual proceso civil.

Por otra parte, si bien ha quedado claro que el hecho de exhibir una fotografía en una red social, por mucho que sea accesible al público en general, no puede considerarse como sustitutivo del consentimiento necesario para la reproducción de dicha imagen por terceros, así como que, en las circunstancias concretas del caso que nos ocupa, la falta de relevancia pública de la imagen difundida y su papel no accesorio con respecto a la información de la crónica hacen que la utilización de la imagen por parte del periódico sea reputada como ilegítima, el modo de razonar del TC en la sentencia estudiada nos lleva a preguntarnos si, de haberse tratado de una información gráfica con relevancia pública y la imagen de la persona hubiera aparecido de manera accesorio, podría considerarse como constitucionalmente legítima la publicación de la imagen, a pesar de haberse obtenido igualmente de una red social y sin consentimiento expreso al efecto. Dicho con otras palabras, ¿puede un medio de comunicación hacer uso de la imagen de una persona, publicada por esta en una red social, para informar sobre cuestiones de relevancia pública si concurren las circunstancias contempladas en alguno de los supuestos excepcionales previstos en las letras a) y c) del art. 8.2 de la LO 1/1982, aunque no se haya prestado consentimiento expreso para ello por parte de su titular?

A nuestro juicio, de la argumentación desarrollada por el TC en la sentencia analizada deberíamos entender que sí, toda vez que, aunque de entrada se descarta la aplicación de la doctrina de los actos propios aplicada al caso y, por tanto, se excluye la existencia de un consentimiento tácito para la

utilización de la imagen por quien la publica en la red social, el razonamiento del Tribunal no se detiene aquí y solo concluye la apreciación de la vulneración del derecho a la propia imagen una vez descartada, en un fundamento jurídico posterior, la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar la legitimidad de la intromisión producida en favor de la libertad de información por aplicación del art. 8.2.c) LO 1/82. En efecto, si se dan las circunstancias excepcionales contempladas en los arts. 8.2.a) u 8.2.c) LO 1/82 para descartar la ilicitud de captación y reproducción de una imagen por entender que en tales casos debe prevalecer la libertad informativa en atención al interés público de los supuestos, no parece congruente con el espíritu de la norma que el medio de obtención de la misma resulte determinante al punto de excluir la aplicación de tales excepciones.

Pongamos el caso de que una persona subiera a su perfil de Facebook una fotografía de un evento público en la que aparece de manera accesoria e intrascendente, sin protagonismo alguno. En principio, no parece haber inconveniente desde la perspectiva constitucional de la intromisión a la propia imagen en que dicha fotografía sea utilizada por un medio de comunicación para ilustrar una crónica sobre el suceso en sí. Otra cuestión sería el litigio que eventualmente pudiera derivarse por la utilización incontestada de la imagen en relación con la propiedad intelectual y los derechos de autor, pero, más allá de eso, y salvo eventuales matizaciones futuras que pueda hacer el TC al respecto, a nuestro juicio, partiendo de los fundamentos jurídicos de esta sentencia, no podemos sino entender que, de darse las notas de interés informativo y de accesividad de la imagen, si vendría amparada por el derecho a la información la utilización de la imagen de una persona anónima obtenida en una red social, aun sin consentimiento de su titular al efecto, pues lo relevante de las excepciones contenidas en el art. 8.2.a) y 8.2.c) no es el medio a través el cual se capta la imagen, sino las circunstancias que, por razones de interés público, justifican su publicación.

Más común que el supuesto recién descrito podría resultar la aplicación al contexto digital de la excepción contemplada en el apartado a) del art. 8.2 LO 1/82, que excluye la ilicitud de la publicación de la imagen de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

Imaginemos el caso —quizá más frecuente en la práctica que el hipotetizado en relación con la excepción del art. 8.2.c)— de un personaje público, con miles de seguidores en su perfil de una red social, que comparte a través de esta, voluntariamente y de manera consciente de su difusión pública, una imagen o clip de vídeo —o incluso un vídeo compartido en directo— para dar a conocer a su público una determinada noticia o dar cuenta de un acontecimiento que le atañe directamente. Pongamos que dicha información gráfica es reproducida más tarde por un medio de comunicación, sin haber

recabado expresamente el consentimiento del titular para ello. Ciertamente, parece que estaríamos ante una intromisión en la propia imagen de naturaleza bien distinta a la descrita en la sentencia comentada y es que, en la decisión del TC no ha carecido de peso la condición del afectado como persona anónima¹⁸, que en este caso no se daría.

Esta distinción entre las facultades que corresponden a las personas públicas y a las privadas en lo atinente a su derecho a la propia imagen es avalada por la jurisprudencia del TC cuando establece que «los denominados personajes que poseen notoriedad pública, esto es, aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de relevancia, pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiriera su figura y sus actos (SSTC 134/1999; 192/1999; 112/2000; 49/2001)» (STC 99/2002, FJ 7º).

Por lo demás, y a pesar de que la sentencia analizada excluye expresamente hasta en dos ocasiones la identificación de la red social Facebook como «un lugar abierto al público»¹⁹, quedando descartado, por tanto, el segundo de los escenarios contemplados por el art. 8.2 a) LO 1/1982 que, recordemos, alude a la imagen de las personas públicas captadas durante un acto público o en lugares abiertos al público, no podemos descartar que el TC pudiera considerar constitucionalmente válida una interpretación del artículo aplicada a las RSI que considerara lícita la utilización por terceros de la información gráfica de una persona conocida públicamente que esta misma ha compartido en sus redes sociales por entender que tal acto podría identificarse con la noción de acto público contenida en el art. 8.2.a) LO 1/1982. ¿De qué otra forma sino como acto público se podría calificar, por ejemplo, la reproducción en directo de un vídeo que un personaje público comparta a través de sus redes sociales mientras simultáneamente miles de personas siguen

¹⁸ «[...] hasta el momento en el que acaecieron los hechos de los que fue víctima, era una persona anónima y fue precisamente la difusión de su imagen la que le transformó momentáneamente en personaje público plenamente identificado, aunque su imagen carecía de todo interés general informativo» (STC 27/2020, FJ 5º).

¹⁹ «[...] el hecho de que circulen datos privados por las RSI no significa de manera más absoluta —como parece defender la demandante de amparo— que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público» del que habla la LO 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE» (STC 27/2020, FJ 3º); «[...] y habiendo desechado también que pueda interpretarse que estas plataformas deban ser consideradas lugares abiertos al público en el sentido del art. 8.2 a) de la LO 1/1982» (STC 27/2020, FJ 5º).

su reproducción en línea? En este sentido, no encontramos inconveniente alguno en entender este tipo de situaciones como actos públicos a los efectos del art. 8.2 a) LO 1/1982, independientemente de su naturaleza virtual.

V. REFLEXIÓN FINAL: UNÁNIME APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Como comentario de cierre al caso analizado a lo largo de este trabajo no podemos más que volver a traer a colación la que constituye la principal «novedad» jurisprudencial sentada por la STC 27/2020, y es la conclusión a la que llega el Tribunal, tras analizar las circunstancias concurrentes en el caso, de que la publicación de una imagen en Facebook, independientemente de que la fotografía sea accesible para cualquier persona a través de la Red, no constituye otorgamiento de ningún tipo de consentimiento para que dicha imagen sea utilizada por terceros para fines distintos de los que motivaron su publicación en un primer momento

El entrecomillado de «novedad», no obstante, no puede ser más intencionado y obedece al hecho de que realmente supone una verdad a medias que este pronunciamiento entrañe una novedad o, al menos, una de gran entidad desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional. Sí lo es, desde luego, si lo analizamos desde la perspectiva de la innovación que supone que el Tribunal Constitucional aborde la problemática de los derechos de la personalidad en las redes sociales, pues, como el propio órgano recoge en la sentencia comentada, no existían pronunciamientos constitucionales previos sobre esta faceta del derecho fundamental (especialmente significativo resulta a este respecto que en el fallo se dedique el Fundamento Jurídico 3º al completo a desgarnar los usos y entresijos de funcionamiento de la sociedad digital). No obstante, por lo demás, el contenido del fallo no es más que una aplicación impecable de la doctrina desarrollada por el TC con respecto al contenido y los límites del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) y de la libertad de información (art. 20.1 CE) a lo largo de los más de cuarenta años de vigencia de la Constitución.

Ello no quiere decir, por lo demás, que la sentencia carezca de relevancia e interés constitucional ya que, a efectos prácticos, resultaba más que oportuno —e incluso, podríamos decir, necesario— un pronunciamiento por parte del máximo intérprete de los derechos fundamentales que venga a recordar que, por mucho que hayan evolucionado los medios de comunicación y se haya incrementado el volumen y el ritmo de intercambio de información personal a la par que relajado los controles públicos, los derechos fundamentales de la persona continúan estando vigentes y las facultades que los mismos atribuyen a sus titulares no pueden verse mermadas ni sus límites

alterados. La obviedad de esta aseveración no le resta entidad —menos en un contexto en el que los usos propios del medio digital tienden a propiciar un desdibujamiento de los contornos de determinados derechos y bienes jurídicos dignos de protección constitucional— y el Tribunal ha aprovechado la ocasión para recordar que los límites y facultades de los derechos fundamentales han de ser los mismos independientemente del medio a través del cual se ejerciten en la medida en que, como asegura Boix Palop (2020, 148), «los límites materiales quedan por definición referidos al mensaje y no al medio empleado para su emisión»:

Contemplado [...] el panorama tecnológico actual y aceptando que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, hemos de advertir sin embargo —por obvio que ello resulte— que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen (STS 27/2020, FJ 3°).

En definitiva, aunque la propia configuración de Internet y las redes sociales pueda influir en la configuración de los contenidos que se difunden a través de este medio, en tanto la ciudadanía parece más proclive a compartir datos e información en el entorno digital, ni ello atenúa los eventuales efectos lesivos que pueda generar la libertad de información en los derechos de la persona, ni el hecho de que un medio de comunicación pueda encontrar hoy en día más fácilmente información gráfica sobre una persona anónima por el uso que se hace de las redes sociales se traduce en que se pueda prescindir de los límites a la libertad de información que, en aras de la protección de otros derechos fundamentales como sería en este caso el de la propia imagen, tradicionalmente han otorgado a la ciudadanía determinadas facultades para preservar su dignidad humana.

Por lo demás, resulta reseñable el uniforme acatamiento de la doctrina constitucional sobre el contenido y los límites del derecho a la propia imagen por parte de los distintos órganos de la jurisdicción ordinaria que se deduce de la lectura de los antecedentes de hecho de la sentencia constitucional. Ciertamente, aunque a lo largo de los diferentes pronunciamientos, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional, los distintos órganos difieren con respecto a la vulneración del derecho a la intimidad, la interpretación parece ser unánime tanto en las dos instancias de la jurisdicción ordinaria, como en casación y en la jurisdicción constitucional con respecto a los límites de la libertad de información en relación con la reproducción en medios de

comunicación de imágenes obtenidas de redes sociales. Desde la delimitación del contenido autónomo del derecho a la propia imagen hasta los requisitos del consentimiento expreso para autorizar distintos usos de los atributos físicos personales, el hecho de que la respuesta dada por los distintos órganos coincida unánimemente en lo más esencial de los argumentos nos lleva a concluir que parece tratarse de una doctrina sólidamente aceptada y que, previsiblemente, su aplicación al ámbito de las redes sociales en el sentido dictado por el TC en la sentencia objeto de estudio no tiene por qué presentar mayores conflictos de acatamiento por parte de los órganos del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar. 2017. «Intromisión legítima en el derecho a la intimidad de víctima de delito, e ilegítima en el derecho a la propia imagen. Fotografía tomada de Facebook para su utilización en un medio de información*). Comentario a La STS de 15 de Febrero de 2017 (RJ 2017, 30.» *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* mayo-agost (104): 445–60.
- BOIX PALOP, Andrés. 2002. «Libertad de expresión y pluralismo en la Red.» *Revista Española de Ciencia Política* 65: 133–80.
- DEMARCO, Joseph V., and BRIAN A. FOX. 2019. «Data Rights and Data Wrongs : Civil Litigation and the New Privacy Norms» *The Yale Law Journal* 599 (2016): 1016–28.
- GÓMEZ CORONA, Esperanza. 2014. *La propia imagen como categoría constitucional*. Navarra: Aranzadi.
- MUND, Brian. 2018. «Social Media Searches and the Reasonable Expectation of Privacy.» *Yale Journal of Law and Technology* 19 (1): 239–73.
- PÉREZ ROYO, Javier. 2014. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- RICHARDS, Neil, and WOODROW Hartzog. 2017. «Privacy’s Trust Gap : A Review.» *The Yale Law Journal* 126 (4): 908–1241.
- RICO CARRILLO, Mariliana. 2012. «Las implicaciones de Facebook en el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.» *Revista de La Contratación Electrónica* 117: 29–49.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. 2016. *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional. Un recorrido jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SOLER PRESAS, Ana. 2011. «Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales on-line por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto.» *InDret*, no. 3: 2–44.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón De. 2017. «Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de La STS (Pleno) Núm. 91/2017, de 15 de Febrero.» *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 6: 302–12.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. 2017. «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Febrero de 2017 (91/2017).» In *Yzquierdo Tolsada, Mariano (Coord.) Comentarios a Las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil, Vol. 9*, 9:347–58.

EL JUICIO POLÍTICO EN LA AUTODENOMINADA 4ª TRANSFORMACIÓN DE MÉXICO. ALGUNOS APUNTES

*The political judgment in the self called «4ª Transformacion»
of Mexico. Some notes*

Marisol Luna Leal
Profesora
Universidad Veracruzana (México)
mariluna@uv.mx

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp377-396](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp377-396)

Recibido: 01.11.2019
Aceptado: 12.06.2020

Resumen

Bajo la premisa de que previo a la implementación de la autodenominada Cuarta Transformación (4T) en el estado mexicano, el procedimiento de juicio político se encontraba obsoleto, superado para las circunstancias y realidad mexicana; que era necesaria una redefinición de tal instrumento a efecto de que verdaderamente fuera un control o medio de defensa de los intereses constitucionales.

La forma en que se conducen los gobernantes de la 4T, así como el escenario jurídico-político generado tanto en los ámbitos federal y locales, se estima que dicho mecanismo, aún con las insuficiencias que presenta será utilizado con visos autoritarios, en contra de los fines para los cuales fue instituido, y con ello, contrario a la propia Constitución.

Por lo anterior, esta colaboración sostiene la necesidad de repensar la utilidad, como el diseño normativo vigente de la figura en estudio, asimismo, redefinir aspectos específicos que la autora detalla.

Palabras clave

Poder, Control constitucional, responsabilidad, juicio político.

Abstract

Under the premise that previous of the implementation of the self called «Cuarta Transformacion» (4T) in the mexican state, the procedure of the political judgment was obsolete, surpassing for the circumstances and mexican reality; that was necessary a redefinition of such instrument to made a truly control or defence of the constitutional interest.

The way in which the 4T gubernants acts, as well as the legal-political scenery generated in both the federal and local environments, is esteem that these mechanism, even though with the inadequacy it has, will be used with authoritarian overtones, in against of the ends for the which was instituted, and with it, contrary to the our own Constitution.

In agreement with the above, this collaboration holds the need of think twice the useful, as the actual framework regulatory of the figure in study, likewise, redefine specific aspects that the author details.

Key words

Power, Constitutional control, responsibility, legal political.

SUMARIO: I. CONTROL CONSTITUCIONAL. PRESUPUESTOS PREVIOS. II. DEL JUICIO POLÍTICO. III. EL JUICIO POLÍTICO EN PERSPECTIVA CON LA 4-T. FUENTES.

I. CONTROL CONSTITUCIONAL. PRESUPUESTOS PREVIOS

La limitación o control del ejercicio del poder político, entendido como *la posibilidad de ejercer la coacción, de usar la fuerza legal, lo cual equivale a la aplicación de la ley misma*,¹ desde tiempos remotos representa un reto para cualquier sociedad, toda vez que quienes detentan el poder a menudo caen en la tentación no solo abusar de él, también, de violentar los derechos de los gobernados, no obstante, tras la aceptación y consolidación de teorías de destacados pensadores,² ingentes revoluciones,³ y la construcción-vigencia de ordenamientos jurídicos hoy paradigmáticos,⁴ el control del ejercicio del poder público en el estado moderno se caracteriza por la existencia de tres supuestos básicos:

- a) Un orden jurídico estructurado y supeditado por una norma fundamental: la Constitución, la cual establece los mecanismos de creación, vigencia y reformas del resto del orden jurídico;
- b) Una división del poder, basada, principalmente,⁵ en la teoría tradicional de Montesquieu, la cual tiene como propósito lograr equilibrios en

¹ * Profesora en la Universidad Veracruzana. México.

Carla Huerta, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998), 16. Al respecto también puede consultarse a Max Weber, *Economía y Sociedad* (México: FCE, 1981). Elisur Salmerán, Maquiavelo: *Estudios jurídicos y sobre poder* (México, Oxford, 2000). Rolando Tamayo, *Introducción al estudio de la Constitución* (México, 1989).

² Tales como James Harrington, John Locke, Carlos María de Secondant Baron de Montesquieu, Juan Jacobo Rousseau, entre otros.

³ Como la inglesa; la Revolución de Independencia de los Estados Unidos; y, la *francesa*.

⁴ Por ejemplo, el *Acta del Habeas Corpus* de 1676 y la *Declaración de Derechos (Bill of Rights)* de 1688 en Inglaterra; *La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, la *Constitución de Virginia*, la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*, en Estados Unidos de Norteamérica; y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* dada en Francia.

⁵ Recordemos que los denominados Órganos Constitucionales Autónomos, como lo refiere Ackerman, han implicado, *una revolución silenciosa en materia de división del poder*, de la cual la doctrina mexicana tiene pendiente explicar no solo la distribución de facultades entre los diversos órganos del estado, sino también, su convivencia con la divi-

- el ejercicio del poder otorgado a los segmentos que desempeñan funciones de Estado; la cual no logra su cometido a menos que se contemple como una distribución funcional, controlable por medios jurídicos que impidan la invasión de esferas competenciales; o, la realización de actos de autoridad en ausencia de, o excediéndose en el ejercicio de sus facultades;⁶ y,
- c) El reconocimiento y tutela efectiva por parte del Estado, a los derechos humanos de los individuos, consagrados en el orden jurídico interno para su cabal cumplimiento.

Dichos supuestos a los que en conjunto también suelen considerárseles como *estado de derecho*, o *estado moderno*, el cual es *caracterizado en sus elementos mínimos*, como se ha referido, *por la existencia de una Constitución que contiene derechos fundamentales y establece la división del poder*,⁷ y cuya formación no puede ser analizada desde una perspectiva unidimensional, sino que se trata más bien de la concurrencia de diversos y múltiples procesos históricos.⁸

Ahora bien, la mera existencia de tales supuestos o del denominado estado de derecho, no garantiza el respeto absoluto a la esfera de los derechos de los gobernados; al igual que en la división del poder, tampoco el funcionamiento armónico de los órganos del poder. Se requieren de instrumentos, mecanismos o un sistema que permita la protección e inviolabilidad de las disposiciones constitucionales contra los excesos de los órganos de poder que, naturalmente suelen desbordarse, en términos de SÁCHICA, *la constitución es un sistema defensivo que requiere defensa*.⁹

Tales instrumentos o sistema, como bien sabemos es denominado defensa o control constitucional al cual Fix-Zamudio explica como, *aquellas instituciones jurídicas, sustantivas y procesales, que se han establecido en las*

sión clásica del poder (Ejecutivo, Legislativo, Judicial); naturaleza y alcance jurídico de éstos, su grado de autonomía; los rasgos predominantes; las diferencias con los órganos autónomos de la administración pública; su conformación y funcionamiento; el contrapeso; y, las responsabilidades que les sean comunes.

⁶ Carla Huerta Ochoa, «El control de la constitucionalidad. Análisis del artículo 105 constitucional» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 93, (1998): 715 y ss.

⁷ María del R. González y Sergio López, *Transiciones y diseños Institucionales* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1999), 9.

⁸ José A. Caballero Juárez «La transición del absolutismo al Estado de Derecho» en *Transiciones y diseños institucionales*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1999), 47.

⁹ Luis SACHICA, «La Constitución y su Defensa» en *La Constitución y su Defensa*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984), 329.

*propias cartas fundamentales, tanto para conservar la normativa constitucional, como para prevenir su violación y reprimir su desconocimiento.*¹⁰ En otros términos, es un sistema configurado en la Constitución para su propia defensa, frente a la posibilidad de ser infringida u omitida por los órganos de poder, con el propósito principal de proteger y mantener el orden constitucional, de tal suerte que, prevalezca el principio de supremacía constitucional.

Dicha defensa constitucional no es exclusiva para los hechos o actos que implican transgresión a la norma constitucional, también, para la regulación de los instrumentos predominantemente de carácter procesal que permiten lograr la operatividad de las normas fundamentales cuando existe una violación de cualquier tipo respecto de dichas normas; regularmente el término defensa de la constitución se encuentra referido exclusivamente a este último aspecto, esto es, a la llamada *anormalidad constitucional*.¹¹

En tenor de lo expuesto, la defensa constitucional como lo sostiene Fix-Zamudio no es posible estudiarla indiscriminadamente ya que en ella podemos encontrar dos categorías:

- a) Los medios protectores de la carta fundamental; y
- b) Las garantías constitucionales, en su sentido técnico jurídico.

La primera de las referidas se encuentra integrada por todos los medios, instrumentos e instituciones que el poder constituyente ha configurado como necesarios para mantener los poderes políticos dentro de las esferas que se han trazado en la Ley Suprema, y que por lo tanto, a través de los mismos, se dirige a lograr la marcha armónica y equilibrada de los mismos factores entre sí, en otras palabras, a la coordinación armónica de los diversos organismos en que se divide el Supremo Poder Político para su ejercicio, y de esta manera lograr que se respeten los límites que a dicho ejercicio de la autoridad ha establecido la carta fundamental; en consecuencia, se respeten los derechos esenciales de la persona humana consagrados en la Constitución.¹²

En la segunda categoría se encuentran las *garantías constitucionales* es decir, *los sistemas de carácter procesal que funcionan subsidiariamente respecto de los que forman parte del diverso aspecto de la «protección», ya que*

¹⁰ Héctor Fix-Zamudio, *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derecho Humanos* (México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993) 258-325.

¹¹ Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, «El juicio de amparo y de la defensa de la Constitución» en *La defensa de la Constitución*, ed. por José Ramón Cossío Díaz y Luis Manuel Pérez de Acha (México: Fontamara, 2000), 47.

¹² Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998), 92-93.

*se han establecido precisamente en el supuesto de que los citados instrumentos protectores sean insuficientes para evitar las extralimitaciones de los órganos del poder,*¹³ para que, cuando los sistemas de protección hayan sido rebasados por los titulares de los organismos de autoridad, resulte indispensable el establecimiento de otras instituciones que contengan dichas extralimitaciones, las repriman, y si es posible, reintegren el orden jurídico constitucional violado.¹⁴

En México, la defensa de la constitución en sus dos categorías se encuentra integrada por la vía jurisdiccional, el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, las acciones colectivas, así como los juicios de revisión constitucional electoral y para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano, mismos que corresponden al derecho interno. En el ámbito internacional encontramos instancias y mecanismos que, previo agotamiento de la secuela procesal correspondiente en sede nacional, se pueden incoar.

Por la vía no jurisdiccional, la protección de derechos humanos, se divide en dos vías: la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y por sus paralelas en los estados la República, así como, en la Ciudad de México. No obstante, también existen otras instituciones mexicanas encargadas de proteger dichos derechos de manera especializada, como la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), la Procuraduría Agraria (PA), la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) o la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF).

Aunado a dichos mecanismos no jurisdiccionales, se encuentran los mecanismos que reclaman responsabilidad de los servidores públicos en las vertientes administrativa, y la de nuestro interés, política.

Como se observa, son diversos y variados los instrumentos establecidos en el texto constitucional para la defensa del mismo, como para la protección de las garantías constitucionales en el sentido señalado, no obstante, no todos logran el propósito para el que fueron diseñados.

Ahora bien, previo a la implementación de la denominada *Cuarta Transformación*¹⁵ (4T) estimábamos que el procedimiento de juicio político se

¹³ Fix-Zamudio, *Introducción...*, 92-93.

¹⁴ Fix-Zamudio, *Introducción...*, 92-93

¹⁵ Es la visión que el Titular del Poder Ejecutivo posee respecto a su gobierno, el cual pretende cambios profundos y amplios; al igual que las transformaciones consumadas con la Independencia, esto es, el movimiento armado para liberarse del dominio español que había durado 300 años y que se llevó a cabo de 1810 a 1821; la Reforma, la guerra entre liberales y conservadores de 1858 a 1861; y, la Revolución, el conflicto armado contra la

encontraba obsoleto, y superado para las circunstancias y realidad mexicana; que era necesaria una redefinición de tal instrumento a efecto de que verdaderamente fuera un control o medio de defensa de los intereses constitucionales, con la subsecuente demostración a la sociedad de que en tratándose de requerir responsabilidad a los servidores públicos solo se atienden criterios jurídicos, y que no existen estados de excepción o tolerancia.¹⁶ No obstante, la forma en que se conducen los gobernantes de la 4T, así como el escenario jurídico-político generado tanto en los ámbitos federal y locales, estimamos que dicho mecanismo, el juicio político, aún con las insuficiencias que presenta será utilizado con visos autoritarios, en contra de los fines para los cuales fue instituido, y con ello, contrario a la propia Constitución.

II. DEL JUICIO POLÍTICO

Se entiende como una garantía del sistema constitucional que supone un procedimiento tramitable ante el Congreso de la Unión, previsto para sancionar a determinados servidores públicos de la federación o de los estados cuando se pruebe que, en el ejercicio de sus responsabilidades, incurrieron en actos u omisiones en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y del buen despacho de los asuntos estatales.¹⁷

Cárdenas, citado por Esparza, sostiene que entre algunos Constituyentes de 1856 permeó la idea de que dicho instrumento debía ser a *juicio de opinión*, emitido por la *conciencia pública* y de la *confianza*, toda vez que existen funcionarios que sin haber actualizado hechos delictivos, pierden la confianza pública constituyéndose en un obstáculo para un buen funcionamiento administrativo; así, el juicio político facilitaría el medio para destituir al funcionario cuando ya no merece la confianza pública.¹⁸ En términos similares lo sostiene De Andrea, al afirmar que, *la responsabilidad política se hace efectiva a través del juicio político, respecto a cierta categoría de*

dictadura de Porfirio Díaz entre 1910 y 1917. Al final de la Revolución se promulgó la Constitución aún vigente.

¹⁶ En el comentario al artículo 110 en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada III*, coordinada por José Ramón Cossío Díaz (2017), Miguel Eraña sostiene que dicho juicio político *es hoy mera entelequia, un traje arrumbado en el desván de procedimientos olvidados, dada su inutilidad histórica*, y expone la necesidad de una transformación de fondo para *convertirse en una garantía institucional de control cabal y de ejercicio de responsabilidades políticas dentro del Congreso de la Unión*.

¹⁷ Miguel Eraña Sánchez, «Comentario Artículo 110», en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada III*, ed. por Jimena Ruiz Cabañas, et al (México: Tirant lo Blanch, 2017), 1836.

¹⁸ Abelardo Esparza, *El Juicio Político* (México: Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas, 2001) 22.

*funcionarios. El Tribunal que declara esa responsabilidad es un Tribunal Político, y lo hace a través de un procedimiento especial y aplica las sanciones fijadas en la Constitución: destitución o inhabilitación perpetua para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.*¹⁹

Bajo las delimitaciones realizadas podemos afirmar que, el juicio político es un procedimiento, pero también un medio que implica y parte de la opinión popular, de la conciencia pública que se agota no en el ámbito jurisdiccional, sino, precisamente ante el órgano eminentemente político.

a) Antecedentes extranjeros. Estos los encontramos en primer término en Inglaterra; algunos lo ubican desde 1376²⁰ durante el reinado de Eduardo III cuando se enjuició a un Consejero Privado del Rey por malversación de fondos y fraude financiero. Otros, en 1641 cuando el Parlamento de Inglaterra promovió juicio contra Thomas W. Stanford, entonces Ministro de la Corona. En cualquiera de las fechas en que se haya iniciado, el procedimiento retoma fuerza e interés por los juristas de la época hasta ser incorporado como un juicio especial dentro de las normas y costumbres inglesas; más tarde, fue retomado por la Constitución Americana de 1787, al igual que en Francia.

Dicho procedimiento dio lugar a la composición del sistema que fue expuesto, entre otros, por Hamilton en *El Federalista* número 65, en el cual señala que la finalidad de ese juicio era la separación del servidor público y no la sanción penal de un acto indebido; y que su jurisdicción comprende delitos cometidos por la conducta indebida de los hombres públicos.

b) Antecedentes nacionales. Estos los encontramos sucintamente detallados en el comentario que Pilar Hernández realiza al artículo 74 constitucional en la obra *Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*,²¹ a saber,

1. Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812

Artículo 131. Las Facultades de las Cortes son:

XXV. Hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del despacho y demás empleados públicos.

¹⁹ *Diccionario de Derecho Parlamentario Mexicano*, «Voz, Juicio Político», 2ª ed., (México, Porrúa, 1993), 212.

²⁰ Raúl Cárdenas, *Responsabilidad de los funcionarios públicos. Antecedentes y leyes vigentes en México* (México: Porrúa, 2005), 326.

²¹ *Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*, Tomo VIII, 4ª (México: Cámara de Diputados-Congreso de la Unión, 1984), 467.

2. Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814
Artículo 120. Hacer efectiva la responsabilidad de los individuos del mismo Congreso y de los funcionarios de las demás supremas corporaciones bajo la forma que explica este decreto.
3. Reglamento provisional político del Gobierno Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de diciembre de 1822.
Artículo 3. El cuerpo legislativo o Congreso Nacional debe nombrar cada cuatro años a los individuos del cuerpo ejecutivo: declarar si ha lugar a la formación de causa contra ellos, los Secretarios de Estado y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.
4. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824
Artículo 38. Cualquiera de las dos Cámaras podrá conocer en calidad de Gran Jurado sobre las acusaciones:
II. Del mismo Presidente por actos dirigidos manifiestamente a impedir que se hagan las elecciones de Presidente, Senadores y Diputados, o que éstos se presenten a servir sus destinos en las épocas señaladas en esta Constitución, o a impedir a las Cámaras en uso de cualquiera de las facultades que les atribuye la misma.
Artículo 39. La Cámara de Representantes hará exclusivamente de Gran Jurado, cuando el Presidente o sus ministros sean acusados por actos en que hayan intervenido el Senado o el Consejo del Gobierno en razón de sus atribuciones. Esta misma Cámara servirá del mismo modo de gran jurado en los casos de acusación contra el Vicepresidente, por cualesquiera delitos cometidos durante el tiempo de su destino.
Artículo 40. La Cámara ante la que se hubiera hecho la acusación de los individuos de que hablan los dos artículos anteriores, se erigirá en gran jurado, y si declarare por el voto de los dos tercios de sus miembros presentes haber lugar a la formación de causa quedará el acusado suspenso de su encargo, y puesto a disposición del Tribunal competente.
5. Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la Ciudad de México el 29 de diciembre de 1836.
Artículo 48. En los delitos oficiales del Presidente de la República, en el mismo tiempo que fija el artículo anterior, de los Secretarios del despacho, Magistrados de la Alta Corte de Justicia y de la Marcial, Consejeros, Gobernadores de los Departamentos y Juntas Departamentales por infracción del artículo 3º, parte quinta de la segunda ley constitucional del 3 de la cuarta y del 15 de la sexta en

sus tres primeras partes, la Cámara de Diputados, ante quien debe hacerse la acusación declarará si ha lugar o no a ésta; en caso de ser la declaración afirmativa, nombrará dos de sus miembros para sostener la acusación en el Senado. Este instruido el proceso, y oídos los acusadores y defensores, fallará, sin que pueda imponer otra pena, que la de destitución del cargo o empleo que tiene e acusado, o de inhabilitación perpetua o temporal para obtener otro alguno; pero si del proceso resulta ser, a juicio del mismo Senado, acreedor a mayores penas, pasará el proceso al Tribunal respectivo para que obtén según las leyes.

6. Voto Particular del Mariano Otero al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, fechado en la Ciudad de México el 5 de abril del mismo año.

Artículo 8. Corresponde exclusivamente a la Cámara de Diputados erigirse en Gran Jurado para declarar, por simple mayoría de votos, si ha o no lugar a formación de causa contra los altos funcionarios a quienes la Constitución o las leyes conceden ese fuero.

7. Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso Nacional Constituyente el 5 de febrero de 1857.

Artículo 104. Si el delito fuere común, el Congreso erigido en Gran Jurado declarará, a mayoría absoluta de votos, si ha lugar o no a proceder contra el acusado. En caso negativo no habrá lugar a ningún procedimiento ulterior. En el afirmativo, el acusado queda por el mismo hecho, separado de su encargo y sujeto a la acción de los tribunales comunes.

Artículo 105. De los delitos oficiales conocerán: el Congreso como Jurado de acusación, y la Suprema Corte de Justicia como Jurado de sentencia.

El jurado de acusación tendrá por objeto declarar a mayoría absoluta de votos, si el acusado es o no culpable. Si la declaración fuere condenatoria, quedará inmediatamente separado de dicho cargo, y será puesto a disposición de la Suprema Corte de Justicia, Ésta, en Tribunal Pleno, y erigida en jurado de sentencia, audiencia del reo, del fiscal y del acusador, si lo hubiere, procederá a aplicar a mayoría absoluta de votos, la pena que la ley designe.

Las sanciones quedaron plasmadas en el septuagésimo párrafo del dictamen del instrumento de referencia en los siguientes términos:

Sois un inepto; no merecéis la confianza del pueblo; no debéis ocupar un puesto público; es mejor que volváis a la vida privada. He aquí un resumen dice una sentencia del juicio político, sin impedir por eso, que los delitos del orden común sean juzgados y castigados por la jurisdicción ordinaria. El voto del pueblo no es infalible;

- sus esperanzas pueden frustrarse, venirle males imprevistos de quien les prometió crecidos bienes, y es lógico y muy justo que por medio legal, sin conmociones ni turbulencias, pueda retirar el poder a su delegado. Así los encargados de las funciones públicas son más fieles y más celosos en el cumplimiento de sus deberes.²²
8. Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la Ciudad de Querétaro el 1º de diciembre de 1916. Sexagésimo quinto párrafo. El Poder Legislativo, que por naturaleza propia de sus funciones, tiende a siempre a intervenir en las de los otros, estaba dotado en la Constitución de 1857 de facultades que le permitían estorbar o hacer embarazosa y difícil la marcha del Poder Ejecutivo, o bien en las épocas de agitación, en que regularmente predominan las malas pasiones y los intereses bastardos. Artículo 74. Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados: I. ... IV. ...
- V. Tomar conocimiento de las acusaciones que se hagan a los funcionarios públicos de que habla esta Constitución, por delitos oficiales y, en su caso, formular acusación ante la Cámara de Senadores, y erigirse en Gran Jurado para declarar si ha o no lugar a proceder contra algunos de los funcionarios públicos que gozan de fuero constitucional, cuando sean acusados por delitos del orden común;
- VI. Las demás que le confiere expresamente esta Constitución.

Finalmente, en el texto de la Constitución de 1917 no existieron disposiciones en materia de juicio político, el artículo 110 establecía que, los altos funcionarios de la Federación, no gozarían de fuero constitucional cuando se tratara de delitos oficiales, faltas u omisiones en que incurrieran en el desempeño de algún empleo, cargo o comisión pública; lo mismo sucedería con los delitos comunes que cometieran durante el desempeño de su empleo, cargo o comisión; y para que la causa pudiera iniciarse cuando el alto funcionario volviera a ejercer sus funciones propias, debería procederse con arreglo a lo dispuesto por el artículo 109, dicho artículo proveía respecto al juicio de procedencia.

Fue hasta noviembre de 1982 cuando por iniciativa del Titular del Poder Ejecutivo²³ se «reordenó» el Título IV de la Constitución,

²² Luis Delgado, *El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos* (México, Porrúa, 2001), 37.

²³ «Constitución de 1917», Suprema Corte de Justicia de la Nación, acceso 19 de octubre de 2019, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion19172017/sites/default/fi>

mediante la cual se determinaron los sujetos, o servidores públicos a los cuales era factible exigirles responsabilidad (artículo 108); la naturaleza de dichas responsabilidades, específicamente la responsabilidad por las vías penal, y política (artículo 109); la procedencia de la responsabilidad política, vía el juicio de nuestro interés, los sujetos obligados, así como las sanciones aplicables (artículo 110); *la sujeción de los servidores públicos a las sanciones penales, así como las bases para que no se confundiera su aplicación con represalias políticas* (artículos 111 y 112); la naturaleza de las sanciones administrativas y los procedimientos para aplicarlas (artículo 113); así como, los plazos de prescripción para exigir dichas responsabilidades (artículo 114).

Dicha iniciativa reconocía como finalidad establecer en el sistema jurídico, *las bases para que la arbitrariedad, incongruencia, confusión, inmunidad, inequidad e ineficacia no prevalezcan, no corrompan los valores superiores que debe tutelar el servicio público.*²⁴ Y algo que sigue con tal vigencia y arraigo, *no es compatible servir en puestos públicos y simultáneamente tener negocios cuya actividad se funda en relaciones económicas con el gobierno. Esta dualidad es inmoral: o se gobierna o se hacen negocios.*²⁵

c) Naturaleza jurídica. En términos del artículo 110 de la Constitución General, el juicio político se encuentra directamente vinculado con los *intereses públicos fundamentales de la Nación y su buen despacho.*

Es la fracción I del artículo 109 de la Constitución General de la República la que establece que, *procederá juicio político cuando los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho*, lo cual se traduce, en términos de lo establecido en el artículo 7 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores:

- En el ataque a las instituciones democráticas; el ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal; violaciones a los derechos humanos;
- Ataque a la libertad de sufragio;

les/CPEUM_1917_CC/procLeg/099%20-%2028%20DIC%201982.pdf

²⁴ «Constitución de 1917», Suprema Corte de Justicia de la Nación, acceso el 19 de octubre de 2019, https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion19172017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/099%20-%2028%20DIC%201982.pdf

²⁵ «Constitución de 1917», Suprema Corte de Justicia de la Nación, acceso el 19 de octubre de 2019, https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion19172017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/099%20-%2028%20DIC%201982.pdf

- Usurpación de atribuciones;
- Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones;
- Omisiones de carácter grave; y,
- Violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o de la Ciudad de México y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales.

Los servidores públicos que pueden ser sujetos de dicho juicio en los ámbitos federal y local son:

Federal

Los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión;
 Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
 Los Consejeros de la Judicatura Federal;
 Los Secretarios de Despacho;
 El Fiscal General de la República;
 Los Magistrados de Circuito y jueces de Distrito;
 El Consejero Presidente; los Consejeros Electorales; y, el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral;
 Los magistrados del Tribunal Electoral;
 Los integrantes de los órganos constitucionales autónomos; y,
 Los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

Locales

Los Ejecutivos de las entidades federativas;
 Titulares de las Secretarías;
 Los Diputados locales;
 Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales;
 Los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales;
 El Auditor Superior,
 Los Miembros de los Organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía;
 Presidentes Municipales; Síndicos, y en algunos casos Regidores y Agentes Municipales.

Las sanciones consisten en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

En atención a las características de los sujetos a los cuales se les puede iniciar juicio político, como se observa, se trata de servidores públicos que les han sido conferidas facultades de gobierno y de administración, las cuales resultan trascendentes frente a los intereses públicos fundamentales, *decisivas para el destino de la nación y que, por lo tanto, impactan en la vida de los ciudadanos e incluso de futuras generaciones*,²⁶ en dicha tesitura, no todos los servidores públicos enlistados podrían incurrir en este tipo de responsabilidad, toda vez que no todos tienen la posibilidad de tomar decisiones trascendentes que afecten los *intereses públicos fundamentales*. Ahora bien, la finalidad de tal incoación, es, destituir o inhabilitar de su cargo a quienes hacen mal uso del poder público conferido mediante un *acto administrativo, revestido de solemnidad de juicio*, tal como se presenta con la *decisión que emite el Senado al erigirse en Jurado de Sentencia toda vez que, en cuanto a su forma, es un acto meramente judicial por la obligación de observar las formalidades y solemnidades del procedimiento, el que sigue siendo judicial en cuanto a los motivos en que se funda, pero administrativo en cuanto a su objeto*.²⁷

- d) Procedimiento.** En tenor de lo establecido en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, a partir de denuncia de cualquier ciudadano bajo su más estricta responsabilidad, el procedimiento corre a cargo del Poder Legislativo en dos etapas; la primera ante la Cámara de Diputados quien funge como órgano instructor y de acusación; y, la segunda ante la Cámara de Senadores, quien funge como Jurado de Sentencia.

Ante la Cámara de Diputados. Interpuesta y ratificada la denuncia en cuestión ante la Secretaría General de la Cámara referida, la Subcomisión de Examen Previo integrada por cinco miembros de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia analizará la denuncia en cuestión a efecto de determinar si la desecha o inicia el procedimiento; en el segundo caso debe turnarla al Pleno de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y Justicia a efecto de que se formule la resolución correspondiente y ordene se turne a la Sección Instructora de la Cámara.

²⁶ Alfonso Pérez Cuéllar Martínez «Comentario Artículo 109, Fracción I» en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada III*, ed. por Jimena Ruiz Cabañas, et al (México, Tirant lo blanch, 2017), 1809.

²⁷ Esparza, *El Juicio...*, 44.

La Sección Instructora deberá practicar todas las diligencias que estime necesarias para la comprobación de la conducta o hecho denunciado, esto es, el ofrecimiento y recepción de pruebas. Agotada tal etapa deberá poner a la vista de las partes las actuaciones con el propósito de que estas presenten los alegatos que estimen procedentes, recibidos estos, debe formular conclusiones en las que establezca la responsabilidad o no del servidor público, dichas conclusiones deben ser remitidas a la Secretaría General a efecto de que dé cuenta de las mismas al Presidente, y este convoque a la Cámara para erigirse en Órgano de Acusación dentro de los tres días siguientes y en consecuencia resolver sobre la imputación respectiva.

Instalado el Órgano de Acusación, previa declaración de su Presidente, la Secretaría dará lectura a las constancias procedimentales así como a las conclusiones de la Sección Instructora. Acto continuo se permite el uso de la voz al denunciante; al servidor público o a su defensor. El denunciante puede replicar si así lo hace el imputado y su defensor podrán hacer uso de la palabra en último término.

Retirados el denunciante y el servidor público y su defensor, se procede a discutir y a votar las conclusiones propuestas por la Sección Instructora. Si el Órgano de Acusación resuelve que no procede acusar al servidor público, éste continúa en el ejercicio de su cargo. En caso contrario, se pone a disposición de la Cámara de Senadores, a la que se remite la acusación, designándose una comisión de tres diputados para que sostengan aquélla ante el Senado.

Ante la Cámara de Senadores. Recibida la acusación en la Cámara de Senadores, ésta la debe turnar a la Sección de Enjuiciamiento, la que emplaza a la Comisión de Diputados encargada de la acusación, al acusado y a su defensor para que presenten los alegatos que estimen procedentes; presentados estos, la Sección de Enjuiciamiento de la Cámara de Senadores formulará sus conclusiones en vista de las consideraciones hechas en la acusación y en los alegatos formulados, en su caso, se propone la sanción que en su concepto, deba imponerse al servidor público. La Sección puede disponer la práctica de otras diligencias que considere necesarias para integrar sus propias conclusiones, las cuales deberá entregar a la Secretaría de la Cámara de Senadores, erigiéndose esta última, en un plazo no mayor a veinticuatro horas en Jurado de Sentencia.

El Jurado de Sentencia, previa declaración de constitución, escucha la lectura de las conclusiones formuladas por la Sección de Enjuiciamiento; previo expresiones de la Comisión de Diputados; el servidor público o su defensor. Retirados estos últimos del Salón de Sesiones, el Jurado de Sentencia debe discutir y votar las conclusiones presentadas.

Resulta importante resaltar que en tratándose de gobernadores, diputados locales y Magistrados de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados, la sentencia que dicte la Cámara solo tiene efectos declarativos y la misma se comunica a la Legislatura Local respectiva, para que en ejercicio de sus atribuciones proceda como corresponda.

Para que la Cámara de Diputados procese la acusación correspondiente ante la Cámara de Senadores es necesario contar con la **mayoría absoluta** del número de sus miembros presentes; y en la Cámara de Senadores la resolución que deba imponerse deberá contar con el voto de **las dos terceras partes** de los miembros presentes.

Respecto a dicho procedimiento Eraña evidencia que dicho procedimiento *se encuentra plagado de tortuosos y persistentes vericuetos, que en suma [...] es una gran cadena de peculiaridades procedimentales a la que podría darse una maestría en filibusterismo exportable.*²⁸

III. EL JUICIO POLÍTICO EN PERSPECTIVA CON LA 4 - T

Hemos referido en líneas anteriores que la figura de nuestro interés, antes de la llegada de los gobiernos federal y locales de la denominada 4ª T había sido obsoleto, al tiempo que adolece de un diseño normativo abigarrado, insuficiente y desvirtuado, el cual requiere, en su caso, de ajustes para su eficiente operación.

Tras casi cuarenta años de haberse adoptado en el sistema jurídico el mecanismo en estudio, ningún juicio político fue instaurado, pese a que entre los años dos mil tres y dos mil siete se acumularon trescientas cincuenta y seis denuncias en contra de igual número de funcionarios de los ámbitos federal y locales, dicha cifra fue proporcionada en dos mil diecisiete por la Subcomisión de Examen Previo de la LXIII Legislatura de la Cámara de Diputados,²⁹ al verse obligada por resolución judicial del Juez del Juzgado Decimosegundo de Distrito en Materia Administrativa con sede en la Ciudad de México para resolver respecto a la denuncia de juicio político en contra de un exgobernador del estado de Chiapas, la denuncia en cuestión fue desechada por haber prescrito.

²⁸ Eraña Sánchez «Comentario Artículo 110», 1841.

²⁹ «Subcomisión de Examen Previo desecha 109 denuncias de juicio político por prescripción», Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, acceso el 19 de octubre de 2019, <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2017/Marzo/01/3173-Subcomision-de-Examen-Previo-desecha-109-denuncias-de-juicio-politico-por-prescripcion>

En total, desecharon ciento sesenta y siete denuncias, la Presidente de la Sub Comisión mencionada declaró que, abatieron un rezago de aproximadamente trece años, y que quedaban por atender ciento ochenta y siete expedientes,³⁰ de los cuales la actual Legislatura, la LXIV, no ha constituido la Sub-Comisión correspondiente.

En el lapso de vigencia de la figura en cuestión, se pueden identificar dos momentos, primero, el diseño y adopción de dicha figura como mecanismo de control, en contra de funcionarios inconformes³¹ que pretendieran sublevarse contra el antiguo régimen de poder liderado por el Partido Revolucionario Institucional.

El segundo, a partir de que dicho Instituto Político -en 1997-, pierde el control del Congreso. En este segundo momento, la figura en estudio se convierte en un mecanismo de ataque o de defensa de los diversos partidos político; el número de demandas de juicio político -trescientos cincuenta y seis- en una década, lo evidencia. La pluralidad de grupos parlamentarios, así como la necesidad de consensuar-negociar al interior del Congreso para construir mayorías, generó, acaso la esperanza de que en algún momento se configuraran mayorías para desahogar alguno de dichos juicios. Así, se visualizó a dicho instrumento como la vía mediante la cual se podrían castigar casos de corrupción cometidos por servidores públicos, los cuales en sede jurisdiccional o administrativa no prosperaban, por ejemplo, el denominado pemexgate; el caso Atenco, entre otros.

Ahora bien, esta segunda etapa nos parece que concluyó con los resultados de las elecciones federales de 2018 en las cuales el partido MORENA obtuvo no solo la Presidencia de la República; la mayoría en el Congreso de la Unión; y, 19³² de 26 Congresos Locales que fueron renovados. Estos resultados nos parece que han dado paso a una tercer etapa, acaso similar a la del

³⁰ «Subcomisión de Examen Previo desecha 109 denuncias de juicio político por prescripción», Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, acceso el 19 de octubre de 2019, <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2017/Marzo/01/3173-Subcomision-de-Examen-Previo-desecha-109-denuncias-de-juicio-politico-por-prescripcion>

³¹ En el año 2001, en entrevista con el entonces diputado Salvador Rocha Díaz de filiación priista, éste reconoció que el juicio político fue creado como instrumento para guardar el orden y disciplina dentro del propio partido; que nunca se usó hacia ninguno de la oposición por razones políticas; pero que en esos tiempos de pluralidad se convirtió en una herramienta perversa, y que lo único que generaba la norma era propiciar acuerdos perversos. «Juicio político. «El arma de dominio», Revista Contralínea, acceso el 19 de octubre de 2019, http://www.contralinea.com.mx/c10/html/politica/ene03_juicio.html

³² Baja California, Ciudad de México, Colima, Chiapas, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, y Zacatecas.

antiguo régimen priista, en la cual los Congresos Locales, y el Congreso Federal, con mayoría de votos -ya sea simple; o, incluso calificada con sus aliados- actuarán no en clave de separación de poderes, sino de subordinación a las indicaciones dictadas por los Titulares de los Poderes Ejecutivos correspondientes, tal como ya se observa en diversos temas discutidos.

A solo sesenta días de inicio de los autodenominados gobiernos de la 4T, en el estado de Veracruz su Congreso Local vía procedimiento de Juicio Político intentó destituir al Fiscal de la Entidad, cuyo nombramiento por un período de nueve años, fue realizado por la Legislatura anterior con mayoría de aliancistas (Partido Acción Nacional y de Revolución Democrática). Previo al juicio que intentaron, con mayoría morenista se inició reforma a la Constitución local para otorgar facultad al Congreso para remover a dicho Fiscal, dicho proceso de reforma a la fecha no concluye, lo anterior en atención a que en la entidad referida se posee mecanismo de reforma constitucional rígido. No obstante, el Fiscal fue removido por decisión de la Comisión Permanente del Congreso Local, aún cuando entre sus atribuciones no se encontraba la de realizar dicha remoción, tampoco la de sancionar por el incumplimiento de exámenes de confianza y control para quienes desempeñen la encomienda de Fiscal.

Ante tal escenario y las diferencias que en el ámbito federal el Titular del Ejecutivo mantiene-mantuvo con el Poder Judicial, es dable preguntarnos, si el juicio político bajo su configuración actual, ¿será el instrumento y vía rápida para destituir e inhabilitar a servidores públicos que no se subordinen a los requerimientos de los Titulares de los Poderes Ejecutivos, federal y locales?; la respuesta caería en el ámbito de la especulación, lo cual no haremos, pero sí resaltamos la necesidad de repensar tanto la utilidad, como el diseño normativo vigente de la figura en estudio. Nos parece que ésta debe redefinir, entre otros aspectos:

En primer término, si dados los antecedentes de la figura; los contextos en los que existen mayorías parlamentarias, pero también los contextos en los cuales ha existido fragmentación de grupos legislativos -escenario en el que ha resultado complicado construir, incluso mayorías simples-, es dable mantener en el sistema jurídico mexicano la figura de nuestro interés. Si la respuesta es afirmativa es necesario replantear, entre otras cuestiones, las siguientes:

Que la resolución que emita la Cámara de Senadores en su calidad de Gran Jurado tratándose de gobernadores, diputados locales y Magistrados de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados sea suficiente para dictar la sanción que corresponda; es decir, no se tenga que recurrir a las Legislaturas Locales para que en estas, de conformidad a las normatividades locales en la materia también se pronuncien al respecto y exista dualidad de procedimiento.

Considerar responsabilidad para los diputados federales o locales que omitan o retrasen el desahogo de las denuncias ciudadanas presentadas, con el propósito de evitar no solo inacción, sino también complicidades, opacidad, e incluso corrupción.

Derogar de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores el apartado relativo a reglamentar el procedimiento de juicio político, y en su lugar expedir la ley reglamentaria del artículo 110 de la Constitución General, en la cual, se establezca un procedimiento ágil, y eficaz.

Todo lo anterior pasa por una revisión integral y profunda del Título IV de la Constitución Federal y subsanar las omisiones y lagunas existentes, mismas que han buscado, en el fondo, «blindar» a los servidores públicos de juicios que reclaman responsabilidad en cualquiera de sus vertientes, con lo cual se ha propiciado, impunidad y escandalosa corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN ROSE, John Mill. «Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina». En *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas –Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- ARTEAGA, Elisur. *Maquiavelo: Estudios jurídicos y sobre poder*. México: Oxford, 2000.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. «Subcomisión de Examen Previo desecha 109 denuncias de juicio político por prescripción», acceso el 19 de octubre de 2019, <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2017/Marzo/01/3173-Subcomision-de-Examen-Previo-desecha-109-denuncias-de-juicio-politico-por-prescripcion>
- CÁRDENAS, Raúl. *Responsabilidad de los funcionarios públicos. Antecedentes y leyes vigentes en México*. México: Porrúa, 2005.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, (Coordinador) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. Tomo III. México: Tirant lo Blanch, 2017.
- y PÉREZ DE ACHA, Luis Manuel (Compiladores) *La defensa de la Constitución*. México, Fontamara, 2000.
- y PÉREZ DE ACHA, Luis Manuel (Compiladores), *La defensa de la Constitución*, Fontamara, México, 2000.
- DELGADILLO, Luis. *El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos*. México: Porrúa, 2001.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, 1ª edición, 3ª reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- DICCIONARIO DE DERECHO PARLAMENTARIO MEXICANO. «Voz, Juicio Político», 2ª ed. México, Porrúa, 1993.
- ERAÑA SÁNCHEZ, Miguel. «Comentario Artículo 110». En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada III*, ed. por Jimena Ruiz Cabañas, et al. México: Tirant lo Blanch, 2017.

- ESPARZA, Abelardo. *El Juicio Político*. México: Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas, 2001.
- FIGUERUELO, Angela y Mercedes Iglesias. *100 años de la Constitución mexicana de Querétaro. Balance y perspectiva*. España, Tirant lo blanch – Ediciones Universidad Salamanca, 2017.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derecho Humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, Cuadernos Constitucionales México – Centroamérica, No. 12, 2ª edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- GONZÁLEZ, María del R. y LÓPEZ, Sergio. *Transiciones y diseños Institucionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- HUERTA, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- HUERTA OCHOA, Carla. «El control de la constitucionalidad. Análisis del artículo 105 constitucional». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 93, (1998): 713-739
- *Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*, Tomo VIII, 4ª. México: Cámara de Diputados-Congreso de la Unión, 1984.
- PÉREZ CUÉLLAR MARTÍNEZ, Alfonso «Comentario Artículo 109, Fracción I». En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada III*, ed. por Jimena Ruiz Cabañas, et al. México, Tirant lo blanch, 2017.
- REVISTA CONTRALÍNEA. «El arma de dominio», acceso el 19 de octubre de 2019, http://www.contralinea.com.mx/c10/html/politica/ene03_juicio.html
- SACHICA, Luis Carlos «La Constitución y su Defensa». En *La Constitución y su Defensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. «Constitución de 1917», acceso el 19 de octubre de 2019, https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion19172017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/099%20-%2028%20DIC%201982.pdf
- TAMAYO, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. México, 1989.
- *Introducción al estudio de la Constitución*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- WEBER, Max, Economía y Sociedad. México: FCE, 1981.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo. «El juicio de amparo y de la defensa de la Constitución». En *la defensa de la Constitución*, ed. por José Ramón Cossío Díaz y Luis Manuel Pérez de Acha. México: Fontamara, 2000.

RADICALIZACIÓN MEDIÁTICA Y ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Radicalization of the Media and Abuse of the law in the Doctrine of the European Court of Human Rights

David Martín Herrera¹

Profesor de Derecho Constitucional

Departamento de Servicios Sociales y Fundamento Histórico-Jurídicos

Universidad Nacional de Educación a Distancia

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp397-424](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp397-424)

Recibido: 02.04.2020

Aceptado: 12.06.2020

Resumen

El Derecho de ser informado y de informar ha experimentado una auténtica revolución en cuanto a lo que se refiere al actual inmenso elenco de posibilidades. Si la liberación de los servicios de la información experimentó un paso decisivo con la apertura de la oferta informativa, la irrupción de Internet, y su inabarcable inmensidad de fuentes de información, ha terminado por sacralizar aquella tesis de Galeano en la que aseguraba que cada vez son más los que tienen el derecho de escuchar y de mirar, pero cada vez son menos los que tienen el privilegio de informar, opinar y crear.

Este tipo de Derecho *sui generis* parece haber terminado transformando en los últimos años el Derecho fundamental de acceso a la información, y a informar, en una dictadura de la palabra y la imagen única que, este autor, consideraba aún más devastadora que aquella surgida del modelo del partido único.

No solo por los riesgos que implica la divulgación de la falsedad; también por imponer un modo de vida que tiene por ciudadano ejemplar aquel consumidor dócil

¹ Trabajo desarrollado bajo el proyecto: «Partidos políticos: origen, función y revisión de su estatuto constitucional (PAPOFRE)», DER2017-84733-R.

y el espectador pasivo que parece haber sido moldeado al capricho del modelo de la sociedad de la información comercial.²

Un buen ejemplo de ello lo podemos encontrar en la gestión mediática de la crisis sanitaria en torno al COVID-19. Una epidemia con orígenes remotos pero que ha terminado por propagarse infinitamente más rápido de lo que ha pretendido la contención mediática con el fin de tranquilizar a la ciudadanía y tratar de asegurar la continuidad de los mercados. El resultado de esa maniobra ha propiciado el desastre y las dramáticas consecuencias que todos ahora sufrimos.

Palabras clave

Libertad de información, *public watchdog*, *chilling effect*, abuso del derecho, propaganda.

Abstract

The Right to be informed and to inform has undergone a real revolution in what refers to the current vast range of possibilities. The liberation of the information services underwent a decisive step with the opening of the informative offer, but the arrival of the Internet, and its immeasurable immensity of information sources, has ended up forging Galeano's thesis in which he assured that more and more people have the right to listen and look, but fewer and fewer people have the privilege to report, think and create.

This type of law *sui generis* seems to have ended up transforming in recent years the fundamental right of access to information and to inform, into a dictatorship of the word and the unique image that Galeano considered even more devastating than that arising from a single-party system.

Not only because of the risks involved in spreading falsehood; also for imposing a way of life that states as an exemplary citizen a docile consumer and a passive spectator who seems to have been molded at the whim of the commercial information society model.

A good example of this is the media management of the health crisis around COVID-19. An epidemic with remote origins but which has ended up spreading infinitely more quickly than the media had intended in order to reassure citizens and try to ensure the continuity of the markets. All this has generated the disaster and the dramatic consequences that we are all suffering.

Key Words

Freedom of information, public watchdog, chilling effect, abuse of rights, propaganda.

² «Los cuatro puntos cardinales del globo, y la propia Europa, han sido conquistados por ese moral cóctel de sangre, valium y publicidad que dicta las pautas de la televisión privada». Vid. GALEANO, E., *La comunicación desigual*, Conferencia en la Unidad Xochimilco, México, 1995.

SUMARIO: I. CAPACIDAD DE INFORMAR Y CAUTIVAR DE LAS FUENTES MEDIÁTICAS. 1. *Liberación vs. desprotección. Las diversas caras de la información.* 2. *La prensa como vehículo transmisor de ideas, denuncia de atrocidades y de controversias en la perspectiva de los tribunales.* II. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA RADICALIZACIÓN MEDIÁTICA. 1. *Sürek vs. Turquía, de 8 de julio de 1999.* 2. *Asunto Dink vs. Turquía, de 14 de septiembre de 2010.* III. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. CAPACIDAD DE INFORMAR Y CAUTIVAR DE LAS FUENTES MEDIÁTICAS

El poder con el que cualquier canal de comunicación se emite ha sido siempre un factor decisivo a la hora de procurar llegar a un amplio público. Desde la espera por el turno en el mítico *Speaker's corner*, hasta la lucha por el reparto de licencias televisivas, la capacidad de llegar a la audiencia y poder influir así sobre la masa es determinante.

En su ensayo sobre la libertad de expresión, Barendt, se preguntaba si los tribunales debían de conferir mayor o menor libertad a la prensa con respecto a la libertad de expresión. Partiendo de esta aproximación si confeccionamos una escala de capacidades informativas no resulta sencillo determinar dónde debieran de posicionarse los libros, las revistas los periódicos... ni cuán fuerte ha de ser la inmunidad del periodista ante la revelación de las fuentes y de la propia prensa ante un eventual registro policial.³

Estas cuestiones, sin lugar a dudas, han suscitado innumerables conflictos judiciales y han ido dibujando el rol fundamental de los medios de comunicación.

Por la importancia de los medios y su capacidad de seducción informativa Barendt plantea que quizá fuera preciso considerar la pertinencia de frenar la inmunidad absoluta de los medios de comunicación masiva cuando existan buenas razones para investigar su actividad.⁴

En sentido contrario, Baker advierte de que cualquier investigación gubernamental supervisora de los medios de comunicación podría dañar seriamente la función revisora de la prensa.⁵

Pero lo cierto es que, ambos planteamientos, no están ausentes de justificación y perfilan la tímida y controvertida delimitación entre el discurso protegido y el extralimitado. La ausencia de nitidez gráfica del límite a la

³ Vid. BARENDT, E., *Freedom of Speech...*, op. cit., pp. 67-77.

⁴ *Ibidem*, p. 77.

⁵ Vid. BAKER, C. E., *Human Liberty and Freedom of Speech...*, op. cit., p. 247.

legalidad informadora continúa dando paso a formas de represión y silenciamiento legal desde las posiciones dominantes del poder.

1. *Liberación vs. desprotección. Las diversas caras de la información*

La descomunal capacidad de los medios de comunicación masiva ha constatado, una y otra vez, qué, dándose los condicionantes idóneos, la amplitud expansiva de la información puede propiciar un efecto mariposa social con la fuerza suficiente de generar un sistema dinámico capaz de desvirtuar las fuentes predominantes y cercanas a la posición del poder.

Por ello cualquier injerencia sobre los servicios de información debe de cumplir unas estrictas garantías sino se desea precipitar a la sociedad al abismo de la censura y la perpetuación del poder monolítico.

Desproteger las comunicaciones, que no constituyen transmisión de ideas, impide que el *Marketplace of ideas* funcione como tal; carece de apoyo y termina pecando de ingenuidad. Tal y cómo advierte De Luca en referencia a la prevención de la destrucción externa e interna del mercado libre de las ideas a través de expresiones antidemocráticas, de odio y discriminatorias.⁶

Con rigor, acentúa este autor que los canales habilitados a los ciudadanos para comunicar y recibir información quedan limitados a los medios de comunicación masivos que únicamente emiten las comunicaciones que corresponden a sus únicos intereses. Y por ello se torna demagógico enjuiciar expresiones que no logran conmover un ápice el discurso de la mayoría dominante y de los medios de comunicación a los que no pueden llegar a desafiar.

...se transforma en funcional al sistema de conformación de los mensajes del grupo dominante que admiten que unos pocos disidentes sin poder alguno digan cualquier cosa porque, en realidad, no ponen en peligro el sistema vigente. Terminan por dotar de una fundamentación simbólica a la libertad de expresión, porque en realidad no se discute la libertad de comunicar aquellas ideas peligrosas para el sistema. Las ideas inofensivas son mostradas como simpáticas o aborrecibles, pero siempre con base en su inofensividad para quien tiene que juzgarlas.⁷

Resulta así evidente la importancia de la comunicación en la formación de una opinión pública plural y libre de obstáculos. La misión de la media no inicia ni concluye en la mera transmisión de ideas ante la sociedad. Su función es mucho más elocuente y es del todo crucial para la formación de las sociedades democráticas. Su función, siguiendo a Fiss, demanda, entre otros, cuestiones

⁶ Vid. DE LUCA, A. J., *Libertad de prensa y delitos contra el honor: delitos contra el honor cometidos a través de la prensa*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, pp. 234-5.

⁷ *Ibidem*, p. 235.

tan relevantes como el acercamiento entre los diversos candidatos en las campañas electorales, sus políticas y sus prácticas de gobierno; para que los ciudadanos puedan conocer y determinar la idoneidad de sus futuros representantes. Tal misión ha venido siendo desempeñada, de forma tradicional, por la prensa y la televisión, quienes, con el fin de cumplir con esas responsabilidades democráticas, precisan de un grado de autonomía respecto del Estado.⁸

Sin embargo, el referido grado de autonomía puede patentarse necesario desde un punto de vista objetivo e incluso ideológico; pero, funcionalmente, su evidencia enfatiza aquella frase del expresidente Rafael Correa quién, por todos, afirmara que, «desde que se inventó la imprenta, la libertad de prensa es la voluntad del dueño de la imprenta».

Esta teorización de la independencia de la libertad de prensa ya fue argüida por Marcuse, quien aseguraba que mediante la concentración del poder económico y político se bloquea el disenso efectivo que debiera surgir libremente de la formación de opiniones, de la información, de la comunicación, de la libertad de expresión y de reunión. «Bajo el dominio de los medios de masa monopolistas –que son a su vez meros instrumentos del poder económico y político– se crea una mentalidad para la cual lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso se definen de antemano en todos los puntos en que afectan el interés vital de la sociedad».⁹

Dominio mediático que incluso fue referido por quien hiciera de la propaganda el icono clave de su régimen. Así, el propio Hitler, antes de llegar al poder denunció que desde Estados Unidos, los judíos, a través del control bursátil de la prensa, comenzaron «una campaña propagandística sin precedente. Se construyó una gigantesca organización para la mentira periodística. [...] se incitó a veintiséis pueblos, uno contra otro, mediante esta prensa que está exclusivamente en poder de uno...».¹⁰

⁸ Vid. FISS, O., *The Irony of Free Speech...*, op. cit., p. 71.

⁹ Confirma así la teoría de la retórica como medio de manejo de las masas. Una forma por la cual, a través del lenguaje, se trata de bloquear el disenso e identificar todo aquello que no es del *establishment*. Lo ejemplifica en la tesis: «trabajamos para la paz; antítesis: nos preparamos para la guerra (o incluso hacemos la guerra); unificación de los opuestos: prepararse para la guerra es trabajar para la paz. La paz se redefine como algo que incluye necesariamente, a raíz como algo que incluye necesariamente, a raíz de la situación reinante, la preparación para la guerra (e incluso la guerra), y en esta forma orwelliana se estabiliza el significado de la palabra «paz»». Vid. MARCUSE, H., «La tolerancia represiva», CAPALDI, N., *Censura y libertad de expresión*, Buenos Aires, Ediciones Libera, 1969, pp. 111-2.

¹⁰ Refiriéndose a la entrada de los Estados Unidos en la última fase de la contienda bélica de la Primera Guerra mundial – entrada que invirtió la balanza en lo que ya daba la victoria a los alemanes–. Aseguraba que el odio de estos «norteamericanos» no se dirigía solamente contra la Alemania comercial o contra la Alemania militar. Se dirigía en especial contra la Alemania social porque, esa Alemania, se había mantenido, hasta entonces, fuera de los principios que gobernaban a los trusts mundiales». Vid. HITLER, A., «La

De forma similar, Ford advertía, refiriéndose a los controvertidos *Protocolos de los Sabios de Sión*, que la propaganda hebrea tratada de alterar las opiniones colectivas. Apuntaba así, este magnate, que alterar no suponía algo significativo ni detestable. Pero denunciaba que, al presentarse las verdades ficticias de forma apodíctica, rectilínea y cautivadora; durante un largo periodo de tiempo, se terminaba por dejar al descubierto su falsedad en forma de hechos y circunstancias destructoras y desmoralizadoras.¹¹

Pero distanciándonos de las controversias en torno a estos dos últimos personajes; que ya forman parte de la historia, lo cierto es que la importancia de la función social y esencial de los medios de comunicación masivos, como *public watchdog* de la sociedad, frecuentemente queda subvertida por la difusión de mensajes que promueven intereses ajenos al bien común. Informaciones que, dependiendo del contexto en el que lleguen a ser vertidas, la importancia y seguimiento del medio de comunicación y la reiteración del mensaje; pueden llegar a infundir en la ciudadanía sentimientos e ideologías que distorsionan y atentan contra los intereses comunes e incluso contra la seguridad de las personas o las instituciones.

De esta forma, siguiendo a Butturini, el reparto de poderes mediáticos y el derecho a la manifestación y difusión de las ideas, a través del Derecho a la información, se termina convirtiendo en una libertad de manifestación del pensamiento ideológico del editor. Configurándose en una libertad de iniciativa económica privada y, como tal, en un instrumento de presión político-económico análogo al poder.¹²

2. *La prensa como vehículo transmisor de ideas, denuncia de atrocidades y de controversias en la perspectiva de los tribunales*

Advertido el controvertido rol de los servicios de la información, de informar y de incluso manipular a la sociedad; es preciso remachar que la

conspiración de la prensa internacional judía», CAPALDI, N., *Censura y libertad de expresión*, Buenos Aires, Ediciones Libera, 1969, pp. 133-4.

¹¹ Vid. FORD, H., *El Judío Internacional. Un problema del mundo*, Resistencia, Ediciones Chaco, 1975, p. 165.

¹² Por un lado, considera que el interés del público en conocer al propietario de la editorial y los fines de presión extra editoriales, políticos y económicos; determinan la información que condiciona la línea de pensamiento del diario. Y por otro, advierte que mediante la prohibición de un mercado oligopólico de empresas de servicios de información quedará garantizado el pluralismo. «L' indirizzo informativo viene quindi visto esclusivamente in chiave economica in un significato antioligopolistico». Vid. BUTTURINI, D., «L' informazione tra diritto individuale di libertà politico-economica e funzione di servizio pubblico», AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Edizione Scientifiche Italiane, Vol. II. La libertà di informazione e la democrazia costituzionale, 2014, p. 21.

función mediática de *public watchdog* de la sociedad – identificada en *Observer and Guardian vs. The United Kingdom* y consolidada en *Jersild vs. Dinamarca* – es uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas que debe de estar protegido en la forma y contenido en el que las ideas y la información fueran expresadas.¹³

Al mismo tiempo, por ser las garantías de las que debe de disfrutar de una importancia especial, la prensa tiene el deber de impartir la información y las ideas mientras que el público tiene el derecho de recibirlas, dado que si fuese de otra forma, la prensa sería incapaz de desempeñar su papel de *public watchdog*,¹⁴ mediante el cual los periodistas puedan llegar a exagerar, incomodar e incluso emitir declaraciones inmoderadas.¹⁵

Al mismo tiempo, cómo hemos visto, al ser el posible impacto potencial, del medio en cuestión, un factor que se ha de tener en consideración; el TEDH ha venido manifestado que no se deben de sobrepasar el conjunto de límites admisibles por el CEDH en lo concerniente al *abuse of rights* del artículo 17 CEDH. Entre ellos, en interés de la seguridad nacional o el mantenimiento de la autoridad del poder judicial.¹⁶

De esta forma, sin precisar los supuestos concretos en los que específicamente se pudiera rebasar una frontera tan volátil advierte, la Corte europea, de la incumbencia que tiene la prensa en la difusión de mensajes de interés público y que, habida cuenta de que estos son especialmente perecederos, cualquier forma de intervención precisaría de un escrutinio más estricto.¹⁷ Precisándose *in fine* de un efecto mucho más inmediato y poderoso sobre los medios audiovisuales con respecto de los medios impresos.¹⁸

¹³ Vid. STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Handyside vs. United Kingdom*, párr. 49

¹⁴ Vid. STEDH, de 23 de septiembre de 1994, *Jersild vs. Denmark*, párr. 31.

¹⁵ Vid. STEDH, de 26 de abril de 1995, *Prager and Oberschlick vs. Austria*, 38; STEDH, de 28 de septiembre de 2000, *Lopes Gomes da Silva vs. Portugal*, párr. 34; STEDH, de 7 de noviembre de 2006, *Mamère vs. France*, párr. 25; STEDH, de 28 de junio de 2013, *Novaya Gazeta and Borodyanskiy vs. Russia*, párr. 29.

¹⁶ Vid. STEDH, de 26 de noviembre de 1991, *Observer and Guardian vs. The United Kingdom*, párr. 59.

¹⁷ «On the other hand, the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court. This is especially so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest». Vid. STEDH, de 26 de noviembre de 1991, *Observer and Guardian vs. The United Kingdom*, párr. 60

¹⁸ «In contemporary society radio and television are media of considerable power and influence. Their impact is more immediate than that of the print media, and the possibilities for the broadcaster to correct, qualify, interpret or comment on any statement made on radio or television are limited in comparison with those available to journalists in the press. Live statements could also involve a special risk of coded messages being conveyed, a risk which even conscientious journalists cannot control within the exercise of their

Queda así expedita la facultad de que los sistemas democráticos puedan llegar a esgrimir una de sus herramientas más voraces; la aplicación mesurada de la censura desde los órganos de poder.

2.1. La Corte suprema estadounidense y la teoría de la real malicia

Al contrario del expuesto panorama europeo, dicha posibilidad quedó desterrada en la teoría desarrollada por los jueces Black y Douglas en el emblemático asunto *New York Times Co. vs. United States*. En él se advirtió que el papel de la prensa es el de servir a los gobernados y no a los gobernadores.¹⁹

La relevancia de este asunto, en el que la Corte Suprema estadounidense (USSC) formuló la teoría de la *real malicie*; constató, en este país, que el poder del gobierno para censurar la prensa fue abolido para que pudiera desnudar los secretos del gobierno e informar a las personas. Su formulación, no estuvo ausente de discrepancias, entre ellas, la oposición férrea del juez Burger quien recriminara la inexistencia de probabilidad de reprimir algo que no había sido emitido.²⁰

Pero del mismo modo que el TEDH dejó expedita la vía a la censura temerosa de la verdad o de la subversión de la realidad del poder, la USSC admitió mucho tiempo atrás, en *Near vs. Minnesota*, que la libertad de expresión y de prensa pudiera ser restringida – en los supuestos de tiempo de guerra – contra publicaciones obscenas y en defensa de la seguridad colectiva ante actos de incitación a la violencia o intentos de derrocamiento del gobierno.²¹ Representando esta formulación un presupuesto que parece transgredir aquel ideal formulado por Madison, por el que *the people, not the government, possess the absolute sovereignty*.²²

professional judgment». Vid. Decisión ComisiónEDH, de 16 de abril de 1991, *Purcell and others vs. Ireland*.

¹⁹ Vid. *New York Times Co. vs. United States*, 403 U.S., 717, 1971.

²⁰ «Would it have been unreasonable, since the newspaper could anticipate the Government's objections to release of secret material, to give the Government an opportunity to review the entire collection and determine whether agreement could be reached on publication? Stolen or not, if security was not, in fact, jeopardized, much of the material could no doubt have been declassified, since it spans a period ending in 1968. With such an approach -- one that great newspapers have in the past practiced and stated editorially to be the duty of an honorable press -- the newspapers and Government might well have narrowed». Vid. *New York Times Co. vs. United States*, 403 U.S., 751, 1971

²¹ Vid. *Near vs. Minnesota*, 283 U.S., 716, 1931.

²² «The legislature, no less than executive, is under limitations of power. Encroachments are regarded as possible from the one as well as from the other. Hence, in the United States, the great and essential rights of the people are secured against legislative as

2.2. La prensa en el Convenio Americano de Derechos Humanos – CADH –

Es en el continente americano donde ha quedado patentada la interdicción de la censura previa como condición *sine qua non* es posible ejercer el goce de los derechos reconocidos por la CADH. Esta convención, en esencia prohíbe, en su artículo 13, la censura previa en las comunicaciones. Sujetando su publicidad a ulteriores responsabilidades reguladas por una ley que podrá dejar únicamente en desafección de la misma a los espectáculos públicos, en orden de proteger a la infancia y la adolescencia.

Sobre esta materia tuvo la oportunidad de pronunciarse la Comisión IDH en el asunto Martorell, un proceso proveniente de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile que avalaría la prohibición de la distribución del libro *Impunidad diplomática* en aras de proteger el honor y la dignidad de las personas.

Pero la respuesta de la Comisión IDH fue taxativa,

*La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13, es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma.*²³

De lo contrario, implicaría «dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión».²⁴

2.3. El secuestro de las comunicaciones y su imbricación constitucional

Posiblemente el problema más relevante en el supuesto de la incautación de una información que aún no fuere emitida es el desbordamiento constitucional

well as executive ambition. They are secured, not by laws paramount to prerogative, but it by constitutions paramount to laws. This security of the freedom of the press requires that it should be exempt, not only from previous restraint of the executive, as in Great Britain, but from legislative restraint also; and this exemption, to be effectual, must be an exemption, not only from the previous inspections of licensers, but from the subsequent penalty of laws. The state of the press, therefore, under the common law, cannot in this point of view, be the standard of its freedom in the United States». Vid. MADISON, J., *The debates in the several state conventions, on the adoption of the Federal Constitution*, Washington, Jonathan Elliot, Vol. IV, 1836, pp. 569-570.

²³ Vid. *Martorell vs. Chile*, de 3 de mayo de 1996, párr. 56. Informe núm. 11/96.

²⁴ *Ibidem*, párr. 73.

que ello conlleva. Efectivamente, si se pudiera desvirtuarse la teoría del juez Burger y, preverse, *ex ante*, que los contenidos de un mensaje producirán un daño irreparable; se presenta controvertido sostener que la prevención, por sí sola, superará el debido escrutinio de prevención del abuso del derecho.

Siguiendo a De Luca, no es posible aceptar la censura basada en el principio de prevención de daños dado que a través de la coacción de la tipificación ulterior a la divulgación de la información, la ley penal «cumplirá su papel disuasorio como lo hace en cualquier otro delito o acción antijurídica, pero deviene inconstitucional impedir una publicación o comunicación so pretexto de prevenir la consumación de los daños que tal expresión conlleva».²⁵ En sus razonamientos, considera que, al quedar restringida de forma constitucional la persecución del delito de expresión a través de la prensa en grado de tentativa, quedaría anulada la posibilidad de una agresión ilegítima entre autoridades y particulares que pudiera ser impedida o repelida por una acción defensiva.

Pero este mecanismo serviría de poco si se mantiene un sistema de responsabilidad ulterior automática que llame a la censura indirecta o *chilling effect*: «Un sistema tal generaría la autocensura ante la certeza de la segura sanción posterior con el efecto de enfriamiento del flujo de ideas».²⁶

En esta misma línea se ha situado la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos de la ONU. Advierte del grave deterioro de la libertad de opinión y expresión a través de la legislación relativa a la seguridad nacional y la tipificación penal lo cual conduce al autosilenciamiento mediático – *chilling effect* –

*Dada la importancia creciente de los medios de comunicación social y otros medios de comunicación en línea, los Estados han tratado de reglamentar estos, a menudo con consecuencias perjudiciales para las actividades de los defensores. Las disposiciones en que se penaliza la publicación de artículos o fotografías que pudieran atentar contra la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o el interés público, incitar a la violencia, constituir sedición o tener consecuencias negativas para el clima financiero del país son excesivamente genéricas y restrictivas. No es solo que esas disposiciones limiten la capacidad de los defensores de los derechos humanos de expresar su opinión acerca de cuestiones de derechos humanos, sino que también les dificultan el saber lo que es admisible con arreglo a la ley y, por ende, los abocan a la autocensura.*²⁷

²⁵ Vid. DE LUCA, A. J., *Libertad de prensa y delitos contra el honor: delitos contra el honor cometidos a través de la prensa...*, p. 348.

²⁶ Vid. DE LUCA, A. J., *Libertad de prensa y delitos contra el honor: delitos contra el honor cometidos a través de la prensa...*, p. 349.

²⁷ Vid. Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe de la Relatoría Especial, «Situación de los defensores de los derechos humanos», de 8 de agosto de 2012,

Este aparente respeto por el flujo de ideas no parece tener un arraigue tan profundo en Europa y, como bien expresa la Comisión IDH, *a priori*, parece únicamente darse la letra en la CADH. De esta forma, las susceptibilidades que puedan surgir respecto al posible enmascarado silenciamiento contra los críticos del Estado, a través de la previa reglamentación a la que se ven sometidos los medios para poder emitir sus mensajes,²⁸ son desbordadas a través de la fórmula democrática con la que el Estado actúa como un enemigo de la democracia restringiendo las libertades del disidente basándose en cuestiones de seguridad nacional y terrorismo.²⁹ Todo ello sin obviar la fórmula de emplear – tanto por el gobierno como por la oposición – a los medios de comunicación para desinformar a la ciudadanía y utilizarlos como canal de perpetración de sus objetivos ilegítimos.

Esta es una de las lecciones que debiéramos haber aprendido de los diferentes conflictos bélicos; como el de las guerras de los Balcanes, donde los medios de comunicación jugaron un papel clave para legitimar la continuidad de un largo y cruento conflicto.³⁰ En aquel, como en todos, la instrumentalización de la propaganda fue utilizada por todos los bandos beligerantes. Y, como apunta Serrano, sin su empleo parece que hubiera sido muy difícil que hubiese estallado la guerra.³¹ De hecho, a pesar de que fuera más complicado encontrar un medio de comunicación independiente en Croacia que en Serbia,³² la criminalización mediante el empleo de la propaganda fue

A/67/292, párr. 24.

²⁸ Vid. FISS, O., *Libertad de Expresión y Estructura Social*, Malem Seña, J. (Trad.), México D.F., Distribuciones Fontamara, S.A., 1997, p. 200.

²⁹ *Ibidem*, p. 180. Del mismo modo: Vid. *La emergencia del miedo*, ZAFFARONI, E.R., FERRAJOLI, L., TORRES, S. G., BASILICO, R. A., La emergencia del miedo, Buenos Aires, Ediar, 2012

³⁰ Según consta en los informes de la OSCE, la campaña serbia de terror comenzó en el momento en el que a OTAN inició sus bombardeos el 24 de marzo de 1999 y no de forma anterior. Un periodo de odio cultivado desde la época nazi, en la que albaneses y serbios acumularon gran cantidad de odio. Y donde el odio del ocupante no puede ser comparable con el del ocupado. Vid. OSCE, HAXIU, D., «Kosovo – Where the Dead Speak», *Freedom and Responsibility*, Yearbook 1999/2000, Vienna, Office of the Representative on Freedom of the Media, 2000, p. 40.; Advierte Jimenez Moliner que, desde entonces, los medios de comunicación contribuyeron a infundir la convicción de que los hermanos serbios se encontraban amenazados por otras etnias mayoritarias en las provincias vecinas y que la acción bélica preventiva era el único modo de cumplir con la obligación de defenderlos y rescatarlos. Vid. JIMÉNEZ MOLINER, A., «Medios de comunicación y hate speech en las sociedades post-totalitarias: el paradigma de Kosovo», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 50/51, 2005, p. 135.

³¹ Vid. SERRANO, P., *Medios violentos. Palabras e imágenes para el odio y la guerra*, El Viejo Topo, 2008, p. 42.

³² *Ibidem*, p. 45.

uno de los factores esgrimidos por Croacia contra Serbia en su acusación mutua por crímenes de genocidio ante la Corte penal internacional.³³

En la misma línea, con unos efectos aún más devastadores, implacables fueron las circunstancias que convirtieron a *Radio Televisión Libre de las Mil Colinas* (RTLNC) en la arteria decisiva para el llamamiento a la masacre en Ruanda. Un lugar en el que buena parte de la población no era capaz de leer ni escribir, y que permitió que la radio se convirtiera, de forma eficaz, en el vehículo de control y manipulación de las masas; favoreciendo el desencadenamiento de las trágicas consecuencias finales que todos conocemos.³⁴

Tanto en *Ruggiu*,³⁵ como en *Nahimana et al.*,³⁶ la CPI para Ruanda consideró que el papel de los medios de comunicación fue utilizado de

³³ «Croatia argues that the scale and consistent nature of the crimes committed by the JNA and Serb forces evince a clear intention to bring about the physical destruction of the Croats. It contends that these crimes constitute a pattern of conduct from which the only reasonable inference to be drawn is that the Serb leaders were motivated by genocidal intent. Croatia thus sets out a series of 17 factors which it believes, individually or taken together, could lead the Court to conclude that there was a systematic policy of targeting Croats with a view to their elimination from the regions concerned: (1) the political doctrine of Serbian expansionism which created the climate for genocidal policies aimed at destroying the Croat population living in areas earmarked to become part of «Greater Serbia»; (2) the statements of public officials, including demonization of Croats and propaganda on the part of State-controlled media...». Vid. SICT, de 3 de febrero de 2015, *Croatia vs. Serbia*, párr. 408, p. 112.

³⁴ From the opening days of the war, the government understood the importance of using media to rally Rwandans around the regime. Believing that the government-controlled media were not up to the task of carrying forward a vigorous propaganda campaign. Vid. DES FORGES, A., «Call to Genocide: Radio in Rwanda, 1994», THOMPSON, A. (Edit.), *The Media and the Rwanda Genocide*, London, Pluto Press, 2007, p. 42. Para un estudio más amplio, entre otros: Vid. GORDON, G. S., «Hate Speech and Persecution: A Contextual Approach», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 46, núm. 2, 2013.

³⁵ «Those acts were direct and public radio broadcasts all aimed at singling out and attacking the Tutsi ethnic group and Belgians on discriminatory grounds, by depriving them of the fundamental rights to life, liberty and basic humanity enjoyed by members of wider society. The deprivation of these rights can be said to have as its aim the death and removal of those persons from the society in which they live alongside the perpetrators, or eventually even from humanity itself». Vid. SICTR, de 1 de junio de 2000, *The Prosecutor vs. Georges Ruggiu*. Case núm. ICTR-97-32-I, párr. 22.

³⁶ «In Ruggiu, the Tribunal so held, finding that the radio broadcasts of RTLNC, in singling out and attacking the Tutsi ethnic minority, constituted a deprivation of «the fundamental rights to life, liberty and basic humanity enjoyed by members of the wider society». Hate speech is a discriminatory form of aggression that destroys the dignity of those in the group under attack. It creates a lesser status not only in the eyes of the group members themselves but also in the eyes of others who perceive

forma sistemática para la movilización de la población a gran escala. Deduciendo de su examen la necesidad de considerar algo más que el contenido de los mensajes. Principalmente por su aplicación y propagación mediática.³⁷

Por todo ello, consideramos que únicamente aquellas expresiones incendiarias, que sean vertidas en un medio de difusión masiva y que supongan un *clear and imminent danger* para la sociedad, deben de ser susceptibles de intervención penal y, de proseguir, de la consecuente incautación judicial especializada de las comunicaciones.

II. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA RADICALIZACIÓN MEDIÁTICA

El posicionamiento del TEDH en lo concerniente a la difusión mediática de mensajes caracterizados por una aparente radicalización, no resulta clara y menos homogénea. Para identificarlo nos vamos a servir del estudio comparado de dos asuntos ya juzgados y referentes al mismo país.

El primero relacionado con la difusión de información referente al Partido los Trabajadores del Kurdistán «PKK» (o también: «KADEK», «KONGRAGEL») antes de ser incluido, en el año 2002, en la lista de organizaciones terroristas de la Unión Europea surgida de la aplicación de los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo.³⁸

Por su parte, el segundo de los casos refiere a la perseverante anatemiación que el Estado turco ha venido realizando sobre aquellos que han tratado de señalar al imperio Otomano como responsable del Genocidio armenio.

1. *Sürek vs. Turquía, de 8 de julio de 1999*

En agosto de 1992, fueron divulgadas dos cartas en el diario turco *Haberde Yorumda Gerçek* (La Verdad de Noticias y Comentarios) propiedad de Kamil Tekin Sürek. Las mismas, fueron publicadas en la sección de cartas de los lectores con los títulos *Silahlar Özgürlüğü Engellemez* «Las armas

and treat them as less than human. The denigration of persons on the basis of their ethnic identity or other group membership in and of itself, as well as in its other consequences, can be an irreversible harm». Vid. SICTR, de 28 de noviembre de 2007, *Ferdinand Nahimana et. al. vs. The Prosecutor*. Case núm. ICTR-99-52-A, párr. 86.

³⁷ *Ibidem*, párr. 693.

³⁸ Vid. DOCE, L295 de 30 de octubre de 2002, p. 3.

no pueden vencer la libertad »³⁹ y *Suc Bizim* «Es nuestra culpa»;⁴⁰ y fueron redactadas en un contexto político que, perdura hoy día de forma virulenta, que se escapa a las pretensiones de este estudio, y del que prácticamente existe una única fuente de información a la que el TEDH, por cierto, ni siquiera refiere.

En la primera de las cartas se denunciaba la masacre en la ciudad de Şırnak ejecutada, días antes, por el ejército turco como respuesta a la escalada bélica del PKK.⁴¹

Por su parte, la segunda de las cartas, refería las masacres perpetradas por Turquía contra los kurdos. Y, en un mensaje que consideramos importante para este estudio, se preguntaba: «Pero, ¿qué pasa con la culpabilidad de los charlatanes, los que están frustrando la lucha por la democracia y la libertad?... Sí, ¿qué pasa con su culpa?... Ellos tienen su parte en los asesinatos...»⁴²

Como titular de la revisión y editor de la revista, Sürek fue procesado por el *İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi* – Tribunal de Seguridad Nacional de Estambul – por difundir en su revista propaganda contra la indivisibilidad del Estado y provocar la enemistad y el odio entre las personas. Todo ello en base al artículo 312 del Código penal turco y al artículo 8 de la Ley de Prevención del Terrorismo de 1991.⁴³

³⁹ Las dos cartas que, fueron redactadas por lectores independientes, versaban sobre el inacabable conflicto en el Kurdistán y su interminable sangría. Por aquel entonces principalmente a manos iraquíes y turcas. En la primera de las cartas se denuncia la masacre perpetrada por «el ejército turco fascista [que] continúa llevando a cabo atentados [...] La masacre llevada a cabo en Halepçe en el sur del Kurdistán, por la administración reaccionaria BAAS, está teniendo lugar en el norte del Kurdistán. [...] Şırnak es la forma más efectiva de la campaña que se libra en toda Turquía para erradicar a los kurdos. [...] Cada ataque lanzado por la República de Turquía para acabar con los kurdos intensifica la lucha por la libertad. [...] El pueblo kurdo, que está siendo despojado de sus hogares y de su patria, no tienen nada que perder. Pero tienen mucho que ganar». Vid. STEDH, de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turkey*, párr. 11.

⁴⁰ Refería al Estado turco como panda de asesinos que por motivos de seguridad de la República de Turquía continúan asesinando. Advertía que «a medida que la gente despierta, aprende gradualmente a defender sus derechos y la idea de que «si nos van a dar, entonces vamos a tomar por la fuerza», germina poco a poco en la mente de la gente». *Ibidem*, párr. 11.

⁴¹ «One of the better know of such attacks took place in the town of Şırnak on 18 August 1992 and lasted for two days with the city cut off from the outside world until 21 August. As a response to the PKK's attack targeting state buildings, the security forces opened random fire at the town's houses and businesses». Vid. GUNES, C., *The Kurdish National Movement in Turkey. From protest to resistance*, Oxon, Routledge, 2012, p.131.

⁴² En un tono más irónico se dirigían a los servidores del imperialismo –refiriéndose a los nacionalistas turcos– y también a todos aquellos que generan una conciencia reaccionaria en contra del Kurdistán. Vid. STEDH, de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turkey*, párr. 11.

⁴³ « (1) Written and oral propaganda and assemblies, meetings and demonstrations aimed at damaging the indivisible unity of the Turkish Republic with its territory and

En su defensa Sürek negó los cargos que le imputaban por provenir de opiniones vertidas en el ejercicio de la libertad de expresión de los lectores de la revista, y no de las suyas propias.

Condenado en abril de 1993, al pago de 200 millones de liras turcas (unos 62.000 euros), el Tribunal de Seguridad Nacional de Estambul subrayó que las publicaciones referían al estado independiente del Kurdistán y describió al PKK como un movimiento de liberación nacional que participa en una guerra por la independencia nacional y que dirige su propaganda a la destrucción de la integridad territorial del Estado turco.⁴⁴

A pesar de la abundante jurisprudencia en contra de su procesamiento. En las que los tribunales de Seguridad Nacional turcos, que trataban el problema Kurdo, llegaron a la conclusión de que no había habido propaganda.⁴⁵ Las diversas apelaciones en la Corte de Casación fueron desestimadas.

Agotada la vía nacional Sürek apeló ante la Comisión Europea de Derechos Humanos –ComisiónEDH– por considerar vulnerado su Derecho a un tribunal imparcial el el Derecho a la libertad de expresión (artículos 6 y 10 del CEDH). Circunstancias por las que la ComisiónEDH consideró (19/13) que no hubo violación del artículo 10 CEDH, pero sí del artículo 6 CEDH.⁴⁶

1.1. ¿Existe la posibilidad de llegar a estigmatizar y provocar a una de las partes beligerantes de un conflicto desde la sección de cartas de un diario? El TEDH adalid del Estado

Llegado el asunto ante el TEDH, este limitó el análisis del fondo a la posible vulneración de los artículos 6 y 10 del CEDH. Interesando a este estudio el análisis del artículo 10 frente a lo que el TEDH no cuestionaba que resultase vulnerada la libertad de expresión de Sürek.

Con el fin de determinar si la injerencia era justificada, anotó que la ComisiónEDH apreció que la redacción del artículo 8 de la Ley de prevención del terrorismo turca contenía una redacción vaga que podía poner en

nation are forbidden [...] (2) If the offence of propaganda as mentioned in the foregoing paragraph is committed by a periodical as defined in Article 3 of the Press Law No. 5680, its publishers shall be punished additionally [...] Vid. Propaganda against the indivisible unity of the State, Law no. 3713 of 12 April 1991, Artículo 8.

⁴⁴ Vid. STEDH, de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turkey*, párr. 15.

⁴⁵ De la documentación aportada por el gobierno se podía comprobar que en la mayoría de los casos los hechos habían sido cometidos por medio de publicaciones similares que, o habían prescrito, o no fueron distribuidas, o no hubo pruebas suficientes, o no existía intención... Además, fueron aportadas unas 85 sentencias exculpatorias, del periodo comprendido entre 1991-1998. *Ibidem*, párrs. 29-31.

⁴⁶ Vid. Decisión ComisiónEDH, de 2 de diciembre de 1997, *Kamil Tekin Sürek vs. Turkey*.

duda el cumplimiento de los requisitos de claridad y previsibilidad inherentes al test «prescrito por la ley».⁴⁷

En lo que respecta al fin legítimo perseguido. La postura del TEDH fue incapaz de situarse en medio de la línea de fuego que separa las dos partes beligerantes de un conflicto que arrastra décadas. Refiriéndose al asunto *Zana*,⁴⁸ advirtió, eso sí, la delicada situación que se vive en el sudeste de Turquía y la necesidad de que las autoridades estén en alerta. De ello apreció que «las medidas tomadas contra el solicitante se puede decir que [fueron] en cumplimiento de algunos de los objetivos mencionados por el Gobierno, a saber, la protección de la seguridad nacional e integridad territorial y la prevención del desorden y el crimen».⁴⁹

Cumplidos así los dos estándares iniciales faltaría por determinar si las medidas adoptadas fueron necesarias en una sociedad democrática.

En su defensa *Sürek* recordó que su opinión no tenía ningún vínculo alguno con organizaciones terroristas, ni era el responsable de editar los contenidos de la sección de cartas de la editorial. Sus argumentaciones fueron rechazadas por la ComisiónEDH que consideró las cartas impugnadas como estimulantes para la comisión de nuevos actos de violencia.⁵⁰

De esta forma, buscando el equilibrio entre la necesidad y la proporcionalidad del objetivo legítimo perseguido por las acciones. Y si los motivos invocados fueron pertinentes y suficientes. El TEDH consideró que las cartas condenaron «vehementemente las acciones militares de las autoridades en el sureste de Turquía y los acusaron de la brutal represión del pueblo kurdo en su lucha por la independencia y la libertad».⁵¹

⁴⁷ El TEDH, pese a considerar la vaguedad de la redacción del artículo 8 de la Ley de prevención del terrorismo de 1991, admitió que, dado que la condena se basó en ese artículo 8; la interferencia resultante con el derecho a la libertad de expresión pudo considerarse prescrita por la ley. Especialmente porque el demandante no lo rechazó. Vid. STEDH, de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turkey*, párrs. 47-8.

⁴⁸ Vid. STEDH, de 25 de noviembre de 1997, *Zana vs. Turkey*, párrs. 10-11.

⁴⁹ Ignorando completamente la realidad de una situación de fuego cruzado, y la masacre perpetrada por las fuerza turcas en la ciudad de Şırnak, el TEDH se sitúa de forma completamente parcial en el bando del Estado turco, afirmando que es especialmente cierto que la situación en el sudeste de Turquía, «en el momento de las circunstancias del caso, el movimiento separatista recurrió a métodos que se basan en el uso de la violencia». Vid. STEDH, de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turkey*, párr. 52.

⁵⁰ Vid. Decisión ComisiónEDH, de 2 de diciembre de 1997, *Kamil Tekin Sürek vs. Turkey*, párr. 67.

⁵¹ Considera que en la segunda carta titulada «Las armas no pueden ganar contra la libertad» el autor hace referencia a que las dos masacres «se cometieron intencionalmente por las autoridades como parte de una campaña estratégica para erradicar los kurdos». Pero el TEDH omite nuevamente el reconocimiento de un conflicto silenciado por Tur-

Omitiendo el deber de observar de forma global la interferencia en su conjunto – recordemos que días antes a la publicación se produjo una carnicería en la ciudad de Şırnak – incluyendo el contenido de las declaraciones impugnadas y el contexto en el que fueron realizadas. Y, pese a reconocer taxativamente la existencia de un conflicto,⁵² declinó el TEDH la balanza en beneficio del Estado sosteniendo que hubo

una clara intención de estigmatizar a la otra parte en el conflicto mediante el uso de calificativos como «el ejército fascista turco», «el TC [se refiere aquí a la República de Turquía] banda de asesinos» y «los asesinos a sueldo del imperialismo» junto a referencias a «masacres», brutalidades» y «palizas». En opinión de la Corte las cartas impugnadas, constituyen una apelación a la venganza sangrienta, dado que despierta instintos básicos y endurece prejuicios anclados que se han manifestado en actos de violencia profunda.⁵³

Desconociendo el fondo del asunto, tales contenidos, sin duda alarmantes, serían del todo preocupantes si fueran difundidos en un diario de máxima audiencia. Sin embargo, es llamativo que la Corte europea, conocedora de la dramática situación reinante en el sudeste de Turquía – que desde 1985 reconoce se han perdido numerosas vidas humanas – rehúsa reconocer el genocidio que, de forma continuada, se está perpetrando contra el pueblo kurdo. Al contrario de lo anterior afirmó que, en aquel contexto, «el contenido de las letras es capaz de incitar a una mayor violencia en la región instigando un odio profundo e irracional contra los representados como responsables de las supuestas atrocidades. De hecho el mensaje que se comunica al lector es que el recurso a la violencia es una medida necesaria y justificada en el conferimiento de la autodefensa».⁵⁴

De esta forma, un tanto distanciada, consideró que la sanción impuesta respondía a una necesidad social imperiosa y que las razones aducidas fueron pertinentes y suficientes, razón por la que la, Gran Sala del TEDH, compuesta por diecisiete jueces y presidida por el juez suizo Luzius Wildhaber, consideró (11/6) que no existió violación del artículo 10 del CEDH; y que sí se produjo, en cambio, (16/1) una violación del artículo 6 por la presencia de un juez militar.

1.2. Pero, ¿podrían realmente incitar a la violencia las notas de la sección de cartas de los lectores? Real or genuine risk of the speech test

Interesa en este punto indicar que en ningún momento se trató de buscar la responsabilidad de los autores materiales de las publicaciones. Además, en

quía en el que todo parecía indicar que las autoridades turcas participaron de forma activa en la masacre. Vid. STEDH, de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turkey*, párr. 60.

⁵² *Ibidem*, párr. 58 (iii).

⁵³ *Ibidem*, párr. 62.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 62.

ninguna parte del largo procedimiento judicial fue baremado el grado de relevancia que pudiera representar la sección de cartas de los lectores, o fuera valorado el que una nota de prensa marginada en un periódico pudiera llegar a cautivar a su tímida audiencia. Todo ello sin considerar la propia causa nuclear del conflicto del Kurdistán.

Lo más llamativo de lo anterior es que enajenando estos apuntes el TEDH eludió su propia jurisprudencia al no evaluar la relevancia del medio y el impacto potencial que pudiera causar en su audiencia:

*it is recalled that the potential impact of the medium of expression concerned is an important factor in the consideration of the proportionality of an interference*⁵⁵

Tampoco advirtió la Corte que los medios audiovisuales disponen de un efecto mucho más inmediato y enérgico que los medios escritos

*In contemporary society radio and television are media of considerable power and influence. Their impact is more immediate than that of the print media, and the possibilities for the broadcaster to correct, qualify, interpret or comment on any statement made on radio or television are limited in comparison with those available to journalists in the press*⁵⁶

A tenor de lo expuesto, los posibles efectos enérgicos del mensaje quedarían volatilizadas en una desterrada difusión, de un diario de audiencia limitada, en la sección de cartas de los lectores. Resultando, en suma, tan limitada la posibilidad de cautivar a una audiencia tan tímida que en su propia curiosidad perdería incluso el poder de convicción. Todo ello sin contar, como apunta McGonagle, que cualquier persona interesada en leer el periódico debiera previamente acudir a un quiosco para comprarlo con el fin de confrontar sus contenidos.⁵⁷

Para poder profundizar en estas últimas reflexiones interesa prestar especial atención a algunos de los votos disidentes expresados por los jueces del TEDH en *Sürek*. Especialmente, por lo particular del caso –presunta incitación al odio en un contexto bélico– y por la ausencia de sólidas argumentaciones en la opinión mayoritaria de la Corte.

Tal es la importancia del asunto que la juez sueca Elisabeth Palm consideró, en voto disidente, que se había prestado demasiada importancia al

⁵⁵ Vid. STEDH, de 3 de diciembre de 2003, *Murphy vs. Ireland*, párr. 69.

⁵⁶ Entre otras: Vid. Decisión ComisiónEDH, de 16 de abril de 1991, *Purcell and others vs. Ireland*; STEDH, de 23 de septiembre de 1994, *Jersild vs. Denmark*, párr. 31; STEDH, de 3 de diciembre de 2003, *Murphy vs. Ireland*, párr. 69; STEDH, de 30 de marzo de 2004, *Radio France and others vs. France*, párr. 39.

⁵⁷ Vid. MCGONAGLE, T., *Minority Rights, freedom of Expression and of the Media: Dynamics and Dilemmas*, op. cit., pp. 341-2.

lenguaje duro y mordaz de las cartas en detrimento de una insuficiente atención al contexto general y su probable impacto. En su tesis aducía que resultaba preciso centrarse menos en la vehemencia y el tono escandaloso de las palabras y más en los diferentes elementos del entorno contextual en el que se pronunció el discurso. «Was the language intended to inflame or incite to violence? Was there a real and genuine risk that it might actually do so?».⁵⁸

Para dar una respuesta adecuada, indica, se requiere de una evaluación de las numerosas capas que componen el contexto general y considera importante advertir que Sürek fue castigado por cuatro diferentes parámetros:

- 1) Por un delito de difusión de propaganda separatista y no por incitación al odio prevista en el artículo 312 del Código penal turco.
- 2) Porqué ser el principal accionista de la revisión y no por ser el autor de las cartas impugnadas.
- 3) Ni Sürek, ni los autores de las cartas, eran figuras prominentes en la vida turca con capacidad de ejercer una influencia en la opinión pública.
- 4) Que la revisión se publicó en Estambul lejos de la zona de conflicto en el sureste de Turquía.
- 5) Que la sección de cartas de los lectores no ocupaba una posición central. Y, por su propia naturaleza, era de influencia limitada; siendo preciso conceder al público mayor flexibilidad para expresar su punto de vista de forma más vehemente que la que se le exigiría a un periodista profesional.

De esta forma, en atención a todos esos factores, y estableciendo una especie de similitud con aquel test de Holmes, apuntó la juez Palm

«that there was no real or genuine risk of the speech at issue inciting to hatred or to violence».⁵⁹

b) Giovanni Bonilla y la reformulación del clear and present danger test

Crítico con la forma de proceder de los tribunales en los últimos casos en los que la libertad de expresión había resultado violada por las autoridades

⁵⁸ Refiriendo el asunto *Zana vs. Turkey* recordó que el TEDH examinó el contexto en que se hizo la declaración, señalando: 1) Que la entrevista coincidió con ataques y asesinatos llevados a cabo por el PKK contra civiles en el sudeste de Turquía, donde la tensión extrema reinaba en la época de los hechos. 2) Que el demandante era el alcalde de Diyarbakir –la ciudad más importante en el sureste de Turquía–. 3) Que la entrevista había sido difundida en un diario nacional importante. *Ibidem*, Voto disidente de la juez Palm, p. 34.

⁵⁹ *Ibidem*, Voto disidente de la juez Palm, p. 37.

turcas, el juez maltés Giovanni Bonilla, consideró que únicamente es justificable restringir la libertad de expresión cuando las publicaciones apoyen o instiguen al empleo de la violencia.

Evocando el *test* de Holmes, en *Abrahams vs. United States*, consideró que únicamente sería justificable el castigo de este tipo de mensajes si la incitación pudiese crear un *clear and present danger*.⁶⁰ Y trasladándolo al caso no le resultaba evidente que los mensajes por los que fue acusado Sürek tuviesen el potencial de amenazar inminentemente; con efectos terribles en el orden nacional, ni que su supresión inmediata fuese indispensable para la salvación de Turquía.

*[N]o danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose, through discussion, the falsehood and the fallacies, to avert the evil by the process of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence*⁶¹

c) Imposibilidad de juzgar el contenido de un mensaje sin evaluar su contexto

Por su parte, los jueces Françoise Tulkens (Bélgica), Josep Casadevall (Andorra) y Hanna Sophie Greve (Noruega), consideraron que la libertad de expresión podría ser únicamente limitada cuando tiende directamente provocara la comisión de un delito grave.

Denunciaron a su vez estos jueces que en *Sürek* la Gran Sala del TEDH se distancia de otros casos similares como *Zana*, donde la tensión extrema existía y los mensajes provenían de una figura política con capacidad de agravar una situación. Ya de por sí explosiva en la región.⁶²

Como nota destacable, y en concordancia con los anteriores, el juez luxemburgués Marc Fischbach advirtió de la situación existente del sudeste de Turquía desde 1985. Y apuntó que lo que divulgaron los lectores describía, en términos violentos y chocantes, lo que sucede en la región.⁶³

Referente a esta última valoración, autores como Rowbottom han resaltado, de forma equidistante, la necesidad de que todos los medios de comunicación masiva y especialmente los servicios de información pública por su poderoso impacto y estatus de fuente de información creíble, deban de tener

⁶⁰ *Ibidem*, Voto disidente del juez Bonilla, p. 36.

⁶¹ Atendiendo al célebre voto de Brandeis en *Whitney vs. California*. *Ibidem*, Voto disidente del juez Bonilla, p. 37.

⁶² *Ibidem*, Votos disidentes de los jueces Tulkens, Casadevall y Greve, p. 38.

⁶³ *Ibidem*, Voto disidente del juez Fischbach, p. 40.

una responsabilidad especial con el fin de evitar divisiones sociales exacerbadas.⁶⁴

La referida responsabilidad mediática debiera de incrementarse, aún más, cuando el contexto refiere un conflicto bélico frente al que se debe de tomar una especial caución. En tales circunstancias, advierten Ovey y White, los periodistas tienen especiales deberes y responsabilidades al poder convertirse en «‘a special vehicle for the dissemination of hate speech and violence’».⁶⁵

Esta caución, sin embargo, pudiera a su vez disuadir la difusión de informaciones que comprometieran, como en aquel caso, la imagen de un Estado. Lo cual daría lugar al ensombreciendo de la otra cara de la realidad de un conflicto en el que ambas partes pueden ser igualmente responsables.⁶⁶

Interesa aquí recordar que, siendo el asunto *Süreç* anterior a la inclusión del PKK en el referido listado de organizaciones terroristas de la Unión Europea,⁶⁷ años después de su inclusión, la propia Corte de Estrasburgo terminó reconociendo que la cuestión en torno al PKK y su inclusión en el listado de organizaciones terroristas no estaba motivada.⁶⁸

⁶⁴ Vid. ROWBOTTOM, J., «Extreme Speech and Democratic Functions of the Mass Media», HARE, I., WEINSTEIN (Edits.), J., *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, 2009, p. 625.

⁶⁵ Vid. OVEY, C., y WHITE, R. C. A., *Jacobs and White: The European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press Inc., 2006, p. 321.

⁶⁶ Baste recordar que este es uno de los conflictos que han perseverado latentes en todo el siglo XX y no se presentan solubles en el actual siglo XXI. Por poner un ejemplo, ya analizado por el TEDH, el 26 de marzo de 1994 las fuerzas armadas turcas bombardearon los pueblos de Kuşkonar y Koçağili causando multitud de muertes (en su mayoría mujeres, ancianos y niños), presumiblemente porque colaboraban con el PKK. Turquía no reparó en acusar del ataque al PKK. Pero, según se constató en las investigaciones en sede de Estrasburgo, las investigaciones realizadas por las autoridades turcas no fueron imparciales ni independientes, enfatizando, en lo referente a la responsabilidad de los hechos que «the Court concluded that the Turkish government had conducted an aerial attack killing 33 of the applicants’ relatives and injuring three of the applicants themselves, in violation of Article 2». Vid. STEDH, de 12 de noviembre de 2013, *Benzer and others vs. Turkey*.

⁶⁷ Incluido actualmente a pesar de la meritoria controversia internacional surgida en torno a ello y a las actividades bélicas del Estado turco. Vid. DOUE, L209, de 9 de agosto de 2019, Decisión (PESC) 2019/1341 del Consejo de 8 de agosto de 2019, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Decisión (PESC) 2019/25, Anexo.

⁶⁸ El Reglamento de ejecución del Consejo de la Unión Europea núm. 125/2004, por el que se incluía al PKK en la lista terrorista, se apoyaba principalmente en una Decisión del *Home Secretary* (Ministro del Interior, Reino Unido), de 29 de marzo de 2001, por la que se prohibía el PKK en virtud de la *UK Terrorism Act 2000* y en una decisión del Go-

Es por ello, por lo que la función de la prensa es esencial para dar a conocer la versión más amplia de cada conflicto, por lo que debe de brindar la imagen más fiel de todas y cada una de las opiniones circundantes. Todo ello, sin eludir, claro está, que ciertamente la prensa puede llegar a convertirse en el hilo conductor de la propaganda incitadora y justificadora de la violencia y la guerra.

2. *Asunto Dink vs. Turquía, de 14 de septiembre de 2010*

De noviembre de 2003, a febrero de 2004, el periodista turco, de origen armenio y editor en jefe del periódico semanal turco-armenio *Agos*, Firat Dink, publicó ocho artículos en los que expresaba su opinión sobre la identidad de los ciudadanos turcos de origen armenio. Y describía la obcecación de los armenios por el reconocimiento del genocidio perpetrado por el Imperio Otomano contra su pueblo. Demandando de las autoridades armenas mayores esfuerzos para fortalecer los lazos con la diáspora armenia y llegando a apuntar que «la sangre purificada sustituirá a la sangre envenenada por el ‘Turk’». ⁶⁹

Consecuencia de las publicaciones, el periodista fue denunciado en base al artículo 301 del Código penal turco que castiga la denigración de la identidad turca (*Türklük*). ⁷⁰ Siendo condenado a seis meses de prisión por la Corte Penal Şişli que sostuvo, en su resolución, que el público no podía esperar a leer todos los artículos para captar el significado real de la publicación. ⁷¹

bierno de los Estados Unidos de América que calificaba al PKK como «organización terrorista extranjera» (foreign terrorist organisation), de conformidad con el artículo 219 de la *US Immigration and Nationality Act*. «*The fact that such a period of time, more than 10 years, elapsed is in itself a factor which justifies a conclusion that the findings made in the order of the United Kingdom Home Secretary and in the FTO and SDGT designations were no longer sufficient for the purposes of determining whether the risk of the applicant's involvement in terrorist activities persisted at the time when the contested acts were adopted. The Council was therefore obliged to base the retention of the PKK on the lists at issue on more recent material, demonstrating that the risk of the PKK's involvement in terrorist activities persisted*». Vid. STJUE, de 15 de noviembre de 2018, T-316/14, 97.

⁶⁹ Vid. STEDH, de 14 de octubre de 2010, *Dink vs. Turkey*, párr. 16.

⁷⁰ Modificado por el Código penal del 12 de octubre de 2004, en el momento de los hechos tipificaba: «Se castiga con seis meses a tres años de prisión a cualquiera que denigre públicamente la identidad turca (*Türklük*) y a la República o la Gran Asamblea Nacional de Turquía. Será condenado a una pena de seis meses a dos años de prisión cualquier persona que denigre públicamente al Gobierno de la República de Turquía, a los órganos judiciales, a los militares o la seguridad del Estado. La pena se aumentará en una tercera parte cuando la identidad turca (*Türklük*) sea ofendida en el extranjero por un ciudadano turco; no constituyendo delito la expresión de opiniones críticas». Antiguo artículo 301 del Código penal turco.

⁷¹ Vid. STEDH, de 14 de octubre de 2010, *Dink vs. Turkey*, párr. 22.

La sentencia fue ratificada por la sala novena del Tribunal Supremo, ello a pesar de que el Fiscal general consideró que las publicaciones estaban protegidas por la libertad de expresión. Finalmente, en casación, fueron archivadas las actuaciones tras el trágico asesinato de Firat Dink del 19 de enero de 2007.

Las circunstancias del caso implicaban directamente a la policía turca⁷² pero, días antes de su asesinato, Dink había interpuesto una demanda contra Turquía ante el TEDH que fue continuada y extendida por sus familiares directos. Algunos de los hechos denunciados fueron: la omisión de las autoridades turcas de proteger la vida del periodista, la ineficacia de las investigaciones penales en torno al esclarecimiento de su asesinato y la defensa del derecho a la libertad de expresión e información en contra de una sentencia que le convirtió en el blanco de los extremistas nacionalistas.

Para resolver el asunto el TEDH tuvo que valorar que las fuerzas de seguridad turcas fueron realmente conscientes de la intensa hostilidad a la que estuvo sometido Firat Dink por los círculos nacionalistas. Determinando que la amenaza de ser asesinado era real e inminente dado que, aunque el periodista nunca solicitó expresamente protección, él no podría saber que existía un plan para asesinarlo. Y, por el contrario, debían de ser las autoridades las que emprendieran medidas para salvaguardar su vida.

En base a lo anterior el TEDH determinó que resultó violado el artículo 2 del CEDH en su aspecto sustantivo.⁷³ Registrando la misma violación del Convenio en lo referente a las deficiencias detectadas en el proceso de investigación de responsabilidades penales cometidas por las autoridades policiales.

⁷² Diversas investigaciones policiales apuntaron que la gendarmería de Trabzon había actuado negligentemente o había fallado en su deber de prevenir la muerte. Un confidente afirmó haber avisado a dos suboficiales de la gendarmería del plan de asesinar a Dink y fue corroborado por los suboficiales que afirmaron haber transmitido todos los detalles a sus oficiales superiores; ordenándoles estos, negar haber recibido la información. En sus informes, el fiscal de Estambul advirtió de que uno de los jefes de policía de Trabzon había expresado abiertamente opiniones nacionalistas extremas y mostró su apoyo por los acusados del asesinato. Además, la fiscalía confirmó que, un año antes del asesinato de Dink, la policía de Trabzon habían informado oficialmente a la policía de Estambul de la probabilidad de que Firat Dink fuese asesinado. El proceso abierto en contra de la policía acabó siendo archivado al considerar el Tribunal Regional Administrativo de la Corte de Apelaciones de Estambul que la investigación había sido inadecuada. Al mismo tiempo, otra investigación se abrió contra los miembros de la gendarmería de Samsun que detuvieron al presunto sospechoso del asesinato. «While the suspected perpetrator was in police custody the persons concerned had had their photograph taken with the suspect, who was seen holding a Turkish flag; on the wall behind them were the words ‘Our country is sacred - its future cannot be left to chance’». *Ibidem*, párr. 50.

⁷³ *Ibidem*, párrs. 66-75.

En lo que respecta al derecho a la libertad de expresión, considero el TEDH que, al condenar al periodista por los contenidos de sus artículos, éste quedó en el punto de mira de los nacionalistas extremos. Frente a ello las autoridades turcas, que habían sido informadas del complot para matarlo, no tomaron ningún tipo de medidas para protegerlo.⁷⁴ Emprendiendo en cambio una injerencia en su derecho a la libertad de expresión.⁷⁵

En la aplicación del escrutinio del test de Estrasburgo – si la injerencia perseguía un objetivo legítimo y si resultaba necesaria en una sociedad democrática – apreció la Corte europea que, del análisis de las publicaciones, el enfoque de la diáspora armenia para que los turcos reconozcan el genocidio de 1915 no podía calificarse como *hate speech* al modo que pretendieron los tribunales nacionales.⁷⁶

Correspondiendo en cambio con una simple crítica al Estado,⁷⁷ protegida por el artículo 10 CEDH, al estar prohibidas las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del debate político respecto a cuestiones de interés público. Enfatizando que los límites de la crítica aceptable son más amplios cuando se dirigen contra el Gobierno que cuando es dirigida contra un particular. Siendo, en suma, la cuestión del genocidio armenio un tema de interés y de preocupación pública.

En contradicción con la jurisprudencia surgida en asuntos concernientes a revisionismo histórico, apuntó el TEDH en *Dink* que la búsqueda de la verdad histórica es una parte integral de la libertad de expresión.⁷⁸ Razón, esta

⁷⁴ En atención a *Özgür Gündem*, recuerda el TEDH, que el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión en contra de violaciones incluso de particulares. Vid. STEDH, de 16 de marzo de 2000, *Özgür Gündem vs. Turkey*, párrs. 42-46.

⁷⁵ Vid. STEDH, de 14 de octubre de 2010, *Dink vs. Turkey*, párr. 108.

⁷⁶ «La Cour relève en premier lieu que, comme l'a indiqué le procureur général près la Cour de cassation dans son pourvoi dans l'intérêt de la loi, l'examen de l'ensemble de la série d'articles dans laquelle le requérant avait utilisé l'expression contestée fait clairement apparaître que ce qu'il qualifiait de « poison » était la « perception du Turc » chez les Arméniens, ainsi que le caractère « obsessionnel » de la démarche de la diaspora arménienne visant à faire reconnaître par les Turcs que les événements de 1915 constituaient un génocide. Elle constate que Firat Dink soutenait que cette obsession, qui faisait que les Arméniens se sentaient toujours « victimes », envenimait la vie des membres de la diaspora arménienne et les empêchait de développer leur identité sur des bases saines. La Cour en déduit, contrairement à la thèse du Gouvernement, que ces affirmations, qui ne visaient en rien « les Turcs », ne sauraient être assimilées à un discours de haine». *Ibidem*, párr. 128.

⁷⁷ Fórmula no compartida por los jueces Sajó y Tsotsoria quienes advirtieron que el propio Tribunal Supremo turco consideró que el análisis de los «incidentes» en 1915 estaba protegido por la libertad de expresión. *Ibidem*, Votos concordantes de los jueces Sajó y Tsotsoria.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 135.

última, por la que la condena impuesta a Dink no revestía ninguna necesidad social imperiosa y – citando el asunto *Özgür Gündem* – fue contra la necesidad que tienen los Estados de crear entornos para el debate público sin miedo a la represión en los que la libertad de expresión debe de estar protegida incluso contra ataques hacia el propio Estado.⁷⁹

Por todo ello, no se cumplieron las obligaciones que Turquía adquirió para proteger la libertad de expresión de Firat Dink, por lo que, la sección décima del TEDH, compuesta por siete jueces y presidida por la juez belga Françoise Tulkens, consideró, de forma unánime, que se produjo una violación del artículo 10 del CEDH.

2.1. El Estado, la protección de la prensa y la libertad de expresión

Divergiendo del criterio general adoptado por la Corte europea, los jueces András Sajó (Hungria) y Nona Tsotsoria (Georgia) advirtieron de la inexistencia de obligaciones positivas derivadas del artículo 10 del CEDH.

De esta forma, sobre la base del asunto *Dink*, comprendieron que, en la planificación del crimen de Dink, no quedaba satisfecho que la condena y el asesinato estuviese relacionado y, menos, que fuesen parte de la violación de las obligaciones positivas del Estado para proteger a la prensa. En su tesis consideraban que la ausencia de protección no implicaba que el Estado deba de crear un entorno favorable para la participación en los debates públicos de todos los interesados.

Por otra parte sí que compartían la preocupación en lo concerniente a las amenazas y ataques a los que se ven sometidos los periodistas. Anticipando que de interpretarse un tipo de obligación positiva, en virtud del artículo 10 CEDH, habría que tener cuidado de no caer en paternalismos. Dado que, protegiendo a la prensa, se terminaría restringiendo la propia libertad de expresión. Lo ejemplifican en la adopción de medidas de protección en beneficio de la prensa (en su mayoría la prensa progubernamental) y recuerdan que los abusos del Estado a menudo se cometen en nombre de obligaciones positivas.

Por ello, en el contexto del artículo 10 CEDH, de adoptarse algún tipo de medida, debería de quedar vinculada a un periodista específico que vea amenazada su vida; lo cual fusionaría las obligaciones positivas del Estado en virtud del artículo 2 del CEDH.⁸⁰

⁷⁹ Vid. STEDH, de 16 de marzo de 2000, *Özgür Gündem vs. Turkey*, párrs. 42-46; STEDH, de 14 de octubre de 2010, *Dink vs. Turkey*, párr. 106.

⁸⁰ Acertadamente advierten también de que la mayor parte de las sentencias del TEDH sobre el artículo 10 exponen un análisis exhaustivo de las cuestiones de proporcionalidad, pero en algunos casos, como en este caso, este enfoque no es la mejor manera de

III. CONCLUSIÓN

Constatada la misión de la prensa como *public watchdog* de la sociedad es preciso remachar la contribución que desempeña esta para el desarrollo de las sociedades democráticas. Su función queda constatada en tres vertientes: la de servicio público de la información, su misión de control de la actividad gubernamental y, en su caso, como instrumento de denuncia de vulneración de derechos.

Esta necesaria labor de defensa de los derechos humanos encuentra su bastión antagónico en el punto en el que los propios medios de comunicación pasan a ser el instrumento conductor y expansivo de la incitación a la violencia, la discriminación y la guerra. Un supuesto, este último, en el que obviamente se encontrará la connivencia gubernamental en caso de ser este el agente incitador. O, por el contrario, tratará por todos los medios a su alcance de silenciar la propaganda que represente un *clear and imminent danger* constatado para el Estado y su población.

De entre las dos actividades mediáticas advertidas será, en la primera de ellas, donde las autoridades emplearan a fondo su Derecho penal del enemigo en un intento de silenciar aquellas teorías hirientes o que comprometan la actividad gubernamental.

En apariencia, *Sürek*, puede considerarse un asunto situado entre ambos supuestos. Por una parte, supuso un canal de denuncia de las atrocidades cometidas por el gobierno turco. Y, por otra, realizó una llamada tácita para tratar de desplazar al colonizador turco del Kurdistán.

Sin embargo, en su evidencia sustancial, no todo parece indicar que aquello fue un intento más de silenciamiento del enemigo mediante el empleo del Derecho. Principalmente porque un mensaje publicado en la sección de cartas del lector de un periódico, emitido en un único día, y por un autor desconocido, ni implicaba un riesgo real de incitación pública a la violencia o la guerra. Correspondiendo, en cambio, con un puro acto de desafección política.

proteger la libertad de expresión. Sobre la base circunstancial de este análisis es que cualquier persona que desee acogerse a la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 está constantemente expuesta a la tentación de la autocensura. «Lorsqu'elle est soumise à l'arbitraire de restrictions juridiques aux contours trop larges ou trop flous, elle peut faire l'objet de poursuites, et en est réduit à espérer qu'une instance nationale ou la Cour jugera sa condamnation disproportionnée. Mais il lui est impossible de deviner à l'avance ce qui sera qualifié de « disproportionné ». Par exemple, une personne condamnée à une peine ou amende légère n'aura pas gain de cause pour des propos qui auraient bénéficié de la protection de l'article 10 dans d'autres affaires. Si elle est relaxée ou n'échappe que d'une faible sanction, les poursuites judiciaires échapperont au radar de la Cour, alors même que ces poursuites, en soi, s'apparentent à un « châtiment », dans le sens d'un sérieux désagrément. D'où un phénomène d'autocensure, peu de personnes acceptant de s'exposer à une action en justice». Vid. STEDH, de 14 de octubre de 2010, *Dink vs. Turkey*, Votos concordantes de los jueces Sajó y Tsotsoria.

De esta forma, como han venido reiterando los Relatores Especiales de la ONU, es preciso que los estados se abstengan del empleo del Derecho penal como instrumento de silenciamiento de los periodistas que tratan de denunciar públicamente las actuaciones del gobierno, del Estado en su conjunto o de terceros estados cuando estos actúan en contra de los derechos humanos.

Por todo ello advertimos que es preciso garantizar el pleno ejercicio de la libertad de expresión y de prensa. Y que esta se ha de realizar con unas con unas medidas de seguridad suficientes para permitir informar con independencia e imparcialidad proporcionándose a los profesionales de la información las medidas necesarias cuando pudiera quedar comprometida su seguridad. Todo ello sin llegar a caer en los paternalismos advertidos por los jueces Sajó y Tsotsoria en *Dink*; con el fin de evitar la protección unitaria y proliferación de la prensa pro-gubernamental.

Expuesta la teoría, nada de lo anterior resultaría viable cuando la fuente de promoción de la violencia se sitúa en los medios de comunicación. Ejemplos de la capacidad de llegar a la masa los encontramos en el caso del Ministerio de Propaganda de Goebbels y en *Radio Télévision Libre des Mille Collines*.⁸¹

Finalmente, el tipo se convertiría en especializado cuándo, existiendo una democracia, fuesen los medios los que, aprovechando su libertad de informar, promovieran el derrocamiento violento del gobierno democrático y terminen consolidando el ocultamiento de las graves vulneraciones de los derechos humanos que día tras día, ejecutó el régimen posterior.⁸²

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ NAKAGAWA, A., «Estándares sobre complicidad en el derecho internacional y la responsabilidad de los periodistas en graves violaciones a los derechos huma-

⁸¹ «Con mucha mayor rapidez que en la prensa, el estado nacional-socialista, por obra de Goebbels, logró hacerse con el control y dirección de la radiodifusión alemana. La intervención de la radio producía (por sus conocidas características) un impacto masivo en el subconsciente del pueblo alemán. El estilo, la organización, las ideas, su ritmo y la aplicación de fórmulas totalmente desconocidas en aquel entonces colocaron a la radio en un terreno trascendente de auténtico y real poder». Vid. *Técnicas de publicidad persuasiva*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1971, p. 260

⁸² Un buen ejemplo cercano lo encontramos en toda la propaganda emitida por los sublevados en contra del gobierno democrático de la Segunda República española. Y, del mismo modo, en el Chile de Salvador Allende, Vid. ÁLVAREZ NAKAGAWA, A., «Estándares sobre complicidad en el derecho internacional y la responsabilidad de los periodistas en graves violaciones a los derechos humanos», ANITUA, G. I., ÁLVAREZ NAKAGAWA, A., GAITÁN, M. (Edits.), *Los juicios por crímenes de lesa humanidad: enseñanzas jurídico penales*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2014, p. 175.

- nos», ANITUA, G. I., ÁLVAREZ NAKAGAWA, A., GAITÁN, M. (Edits.), *Los juicios por crímenes de lesa humanidad: enseñanzas jurídico penales*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2014, pp. 175 y ss.
- BUTTURINI, D., «L'informazione tra diritto individuale di libertà politico-economica e funzione di servizio pubblico», AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Edizione Scientifiche Italiane, Vol. II. La libertà di informazione e la democrazia constitucional, 2014.
- CAPALDI, N., *Censura y libertad de expresión*, Buenos Aires, Ediciones Libera, 1969.
- DE LUCA, A. J., *Libertad de prensa y delitos contra el honor: delitos contra el honor cometidos a través de la prensa*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.
- FISS, O., *Libertad de Expresión y Estructura Social*, Malem Seña, J. (Trad.), México D.F., Distribuciones Fontamara, S.A., 1997.
- FORD, H., *El Judio Internacional. Un problema del mundo*, Resistencia, Ediciones Chaco, 1975.
- GALEANO, E., *La comunicación desigual*, Conferencia en la Unidad Xochimilco, México, 1995.
- GORDON, G. S., «Hate Speech and Persecution: A Contextual Approach», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 46, núm. 2, 2013.
- GUNES, C., *The Kurdish National Movement in Turkey. From protest to resistance*, Oxon, Routledge, 2012.
- MADISON, J., *The debates in the several state conventions, on the adoption of the Federal Constitution*, Washington, Jonathan Elliot, Vol. IV, 1836, pp. 569-570.
- MARCUSE, H., «La tolerancia represiva», CAPALDI, N., *Censura y libertad de expresión*, Buenos Aires, Ediciones Libera, 1969.
- OVEY, C., y WHITE, R. C. A., *Jacobs and White: The European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press Inc., 2006
- ROWBOTTOM, J., «Extreme Speech and Democratic Functions of the Mass Media», HARE, I., WEINSTEIN (Edits.), J., *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, 2009.
- SERRANO, P., *Medios violentos. Palabras e imágenes para el odio y la guerra*, El Viejo Topo, 2008.
- ZAFFARONI, E.R., FERRAJOLI, L., TORRES, S. G., BASILICO, R. A., *La emergencia del miedo*, Buenos Aires, Ediar, 2012.

NUEVAS OPORTUNIDADES DE PARTICIPACIÓN EN EL MARCO DEL MODELO DE GOBIERNO ABIERTO¹

New Participation Opportunities within the framework of the Open Government Model

María Dolores Montero Caro

Profesora Doctora del Área de Derecho Constitucional

Universidad de Córdoba

d22mocam@uco.es

<https://orcid.org/0000-0001-9033-620X>

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp425-447](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp425-447)

Recibido: 14.04.2020

Aceptado: 12.06.2020

Resumen

La sociedad de la información y la generalización del uso de internet han creado un nuevo modelo de sociedad totalmente incomparable a la de finales del s. XX. Nos encontramos en una sociedad en red globalizada que permanece informada de forma inmediata y que, a su vez, demanda un sistema de Gobierno Abierto basado en los pilares de transparencia, colaboración y participación. Precisamente, en lo referente a la participación, la ciudadanía nunca ha tenido tanta facilidad como la que ostenta ahora para poder expresarse a través de la web, redes sociales o aplicaciones móviles. Si bien es cierto que el modelo representativo sigue siendo el más adecuado a la

¹ Este estudio se trata de una extrapolación de algunas de las conclusiones obtenidas en la tesis doctoral de la propia autora, cuya defensa tuvo lugar el día 30 de enero de 2020. (Montero Caro, María Dolores. 2020. «El encaje constitucional del modelo de *Open Government*». Tesis doctoral. Universidad de Córdoba. <https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/19485>)

realidad social, política y jurídica de las democracias actuales, aún podría complementarse con nuevos mecanismos participativos.

Palabras clave

Gobierno abierto, participación ciudadana, democracia directa y democracia representativa.

Abstract

The information society and the generalization of the use of the Internet have created a new model of society totally incomparable to that of the end of the 20th century. We find ourselves in a globalised network society that is immediately informed and which, in turn, demands a system of Open Government based on the pillars of transparency, collaboration and participation. Precisely, in terms of participation, citizens have never had as much facility as they have now to express themselves through the web, social networks or mobile applications. Although it is true that the representative model continues to be the most appropriate for the social, political and legal reality of today's democracies, it could still be complemented by new participatory mechanisms.

Key words

Open Government, Citizen Participation, Direct Democracy and Representative Democracy.

SUMARIO: I. LA PARTICIPACIÓN EN EL MODELO DEMOCRÁTICO ESPAÑOL. 1. *El referéndum*. 2. *La iniciativa legislativa popular*. II. GOBIERNO ABIERTO Y PARTICIPACIÓN. 1. *¿Qué entendemos actualmente por Gobierno Abierto?* 2. *Iniciativas de éxito vinculadas al fomento de la participación ciudadana*. 3. *Iniciativas participativas frente a la pandemia provocada por el Coronavirus*. III. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA PARTICIPACIÓN EN EL MODELO DEMOCRÁTICO ESPAÑOL

La democracia como forma de gobierno ha sido generalmente aceptada en los países europeos desde la segunda mitad del siglo XX, tras el fin de los regímenes totalitarios acontecidos en países como Italia, Alemania o la propia España². Por esta razón, su posterior constitucionalización supuso, además de la definición de la forma de gobierno, su carácter como verdadero principio jurídico que, sustentado a su vez en los principios de igualdad y libertad, inspiraba al conjunto de poderes públicos.

En efecto, la democracia se entiende como una forma de gobierno donde el pueblo se configura como la única fuente de poder legítima. Dentro de este marco, el modelo de democracia más extendido en el mundo es el representativo, entre otras cuestiones, por tratarse de un sistema práctico que permite la cesión del poder popular en virtud de un mandato representativo libre.

Sin embargo, en la última década han sido numerosas las voces críticas al modelo actual de democracia representativa imperante en los países occidentales. Las razones esgrimidas por este sector crítico hacen alusión a la incapacidad de los gobernantes de gestionar la *cosa pública*, lo que conlleva irremediablemente a una pérdida de confianza política del electorado. Esta desconfianza se ve incrementada en períodos de crisis económica debido a las medidas drásticas adoptadas por los gobiernos que implican una reducción considerable de prestaciones y derechos.

Ya en el año 1969 se mencionaba la participación ciudadana como mecanismo capaz de producir reformas sociales de gran importancia. En este

² Tanto el fascismo italiano personalizado en la figura de Benito Mussolini, *Il Dulce*; como el nacionalsocialismo de la Alemania de Adolf Hitler, el *Führer*; coinciden a grandes rasgos en las causas originarias del mismo: una crisis de carácter socioeconómico tras la Primera Guerra Mundial (paro, pobreza, etc), así como una crisis institucional y política que trajo aparejada un debilitamiento de los partidos e instituciones imperantes y un surgimiento de los partidos de masas.

sentido, Arnstein (1969) introdujo la idea de la «escalera de participación³» con diferentes grados en que puede presentarse, siendo considerados los peldaños más altos como una auténtica delegación del poder a la ciudadanía; y los más bajos, como mecanismos de mera manipulación pública sustitutivos de la verdadera participación.

Siguiendo la teoría de Arnstein, la verdadera participación que otorga poder de decisión real a la ciudadanía se configura como un instrumento de redistribución del poder, de tal forma que al comienzo del proceso político se eligen a aquellos que serán sus representantes, y al final de éste, exigirán un control de dicha gestión, es decir, una rendición de cuentas, término conocido como *accountability* en el mundo anglosajón.

Nuestra Constitución «diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» (STC 76/1994. FJ3). En la misma línea se ha manifestado el Tribunal Constitucional al entender que nos encontramos más bien en un *tertium genus* que llamado democracia participativa (STC 119/1995, de 17 de julio).

En España, los rasgos configuradores del sistema democrático son la soberanía popular, el pluralismo político y social y el reconocimiento de la participación política. Así, la soberanía popular consagrada en el artículo 1.2 CE reafirma al pueblo español como titular del poder constituyente, si bien, las Cortes Generales como representantes del pueblo conforman el poder constituido tras el ejercicio del derecho de sufragio.

No es el propósito de este estudio analizar con detalle cada uno de los instrumentos de participación directa existentes en nuestra Norma Suprema, pues ello daría lugar a un trabajo de investigación de otra naturaleza⁴. Por

³ Arnstein. Sherry. 1969. *A Ladder of Citizen Participation*. JAIP, volumen 35, núm. 4.

⁴ Existen numerosos estudios, y más en concreto Tesis Doctorales, que han profundizado de manera notable sobre los mecanismos de participación directa presentes en nuestra Constitución. Al respecto, podemos destacar los trabajos de Pérez Alberdi, quien hace un análisis exhaustivo del art. 23.1 CE, (Pérez Alberdi, María Reyes, 2010. «Participación política y derecho fundamental. El artículo 23.1 de la Constitución Española». Tesis doctoral. Universidad de Huelva) la tesis defendida por Alonso García, en la que deja constancia de la necesidad de nuevos mecanismos de participación directa en la sociedad democrática española actual (Alonso García, Nieves. 2018. «La integración de nuevas fórmulas de participación en la democracia representativa contemporánea». Tesis Doctoral. Universidad de León); o haciendo referencia a la necesidad de mayor democracia directa vinculada con la sociedad de la información, encontramos el trabajo de Abadía quien llega a la premisa de que a través de la e- Democracia se puede perfeccionar la representación, desarrollando para ello las estructuras ya existentes de democracia deliberativa y participativa (Abadía, Lorenzo. 2011 «Derechos políticos y sociedad de la información.

este motivo, nos limitaremos a mencionar cuáles son estos mecanismos o instrumentos de democracia directa, partiendo de la base del derecho fundamental regulado en el art. 23 CE donde, además de la participación por medio de representantes, se refiere al «derecho a participar en los asuntos públicos directamente...». Es en este punto donde nos planteamos la siguiente hipótesis: ¿son los mecanismos de participación directa suficientes para responder a la demanda ciudadana del s. XXI? Para intentar dar respuesta a esta pregunta es necesario, en primer lugar, hacer un breve recorrido en nuestra reciente historia democrática, para vislumbrar la eficacia de los dos mecanismos de participación directa más importantes, el referéndum y la iniciativa legislativa popular.

Cuando se habla de instrumentos de participación directa en sentido estricto la doctrina constitucional se detiene en analizar los dos más significativos: el referéndum, y la iniciativa legislativa popular. No obstante, existen otros instrumentos de participación presentes a lo largo del texto constitucional, véase, por ejemplo, la participación en la empresa (art. 129.2 CE), el papel del Consejo Económico y Social (art. 131.2 CE), los Consejos de juventud (art. 48 CE), las organizaciones de consumidores y usuarios (art. 51.2 CE), etc. Igualmente, en el ámbito local, destaca, aunque con escasa aplicación práctica, el carácter asambleario de determinados municipios que funcionan en régimen de «concejo abierto»⁵ (art. 140 CE).

1. *El referéndum*

La Constitución de 1978 regula el referéndum en el art. 92, junto con el art. 167 CE, 168 CE y el recogido en el 151 CE, todos ellos desarrollados por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum (LODMR, en adelante). Así, podemos distinguir en primer lugar, al referéndum sobre decisiones políticas de especial trascendencia. Esta es la modalidad contemplada en el art. 92 CE, la cual exige la convocatoria regia mediante la iniciativa del Presidente del Gobierno que, previamente ha debido ser autorizada por el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta (art. 6 LODMR). Esta modalidad de referéndum

Elementos para un desarrollo de la democracia participativa». Tesis Doctoral. Universidad de Zaragoza)

⁵ Sobre el régimen de concejo abierto aplicable a municipios con características particulares, en comparativa con el régimen común véase: Agudo Zamora, Miguel y Montero Caro, María Dolores. 2010. «El Modelo constitucional español de gobierno local», en *Gobierno y democracia local: La experiencia andaluza y andina*. Dir. Por. Castillo Blanco, F., Coord. por. Quesada Lumbreras, J.E., y Ramallo López, F.E. Unión Iberoamericana de Municipalistas, Granada. págs. 83-104.

requiere que el mismo tenga carácter puramente consultivo, es decir, su resultado no es vinculante ni «es idóneo para perfeccionar actos o disposiciones de cualquier naturaleza, para los que será necesario, en su caso, una actuación posterior del poder público correspondiente» (Rodríguez Vergara, 2018, 552). Sin embargo, pese a tener un carácter meramente consultivo, «en la práctica resulta impensable que se adopte finalmente una decisión política en contra de lo expresado directamente por el cuerpo electoral» (Balaguer Callejón et al. 2018, 293)

Hasta la fecha, se han acometido dos referéndums de carácter consultivo en nuestro país. El primero de ellos, en 1986 cuando el Gobierno de entonces, presidido por Felipe González, preguntó a la ciudadanía sobre la permanencia de España en la OTAN, con la siguiente fórmula: «¿Considera conveniente para España permanecer en la Alianza Atlántica en los términos acordados por el Gobierno de la Nación?» siendo el resultado del sí mayor que el del no, pero con una estrecha diferencia (el 56,85% frente al 43,15% de los votos). Y, el segundo en el año 2005 sobre la ratificación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. En esta ocasión, la pregunta planteada fue: «¿Aprueba usted el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa?», donde ganó el sí, con una mayoría contundente frente al no, pese a la escasa participación. No obstante, el no obtenido en Países Bajos y Francia supuso la no consumación final de la que pretendía erigirse como Constitución Europea.

En segundo lugar, encontramos el referéndum de ratificación de la reforma constitucional, que puede a su vez ser de dos tipos: con carácter facultativo cuando se trate de una reforma por el procedimiento ordinario y lo pida una décima parte de los miembros del Congreso o del Senado (art. 167.3 CE), o con carácter obligatorio cuando nos encontremos ante una reforma de las llamadas agravadas (art. 168.3 CE). En ambos casos, el resultado de la votación tendrá efectos vinculantes.

Asimismo, y relacionados con el Estado autonómico, nuestro texto constitucional enumera diferentes tipos de referéndums. Por un lado, encontramos los de la iniciativa para acceder a la autonomía por la vía del art. 151 CE, los de aprobación de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas que accedieron por la vía del art. 151 CE (art. 151.2, y 3 CE) y, por último, los relativos a la reforma estatutaria de estos mismos Estatutos (art. 152.2 CE). No obstante, en la actualidad, podemos afirmar que de estas tres modalidades sólo la última, que hace referencia a la reforma estatutaria, estaría vigente, ya que el mapa autonómico se configuró en los primeros años de democracia, por lo que lo contenido en el art. 151 CE se convierte en derecho transitorio⁶.

⁶ Las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 151 CE fueron: País Vasco, Cataluña, Galicia y, pese a la oposición inicial del gobierno nacio-

En este punto se hace necesario resaltar que estas modalidades de referéndum previstas en la LODMR no agotan las posibilidades existentes en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el art. 149.1.32ª CE reconoce la competencia exclusiva del Estado para autorizar la convocatoria de consultas populares. Este es el caso, por ejemplo, de las consultas populares incluidas en algunas de las reformas de los Estatutos de Autonomía y que han sido objeto de polémica, pues, en algunos casos, se ha extralimitado el concepto de «consulta popular» enmascarando un verdadero referéndum⁷. Igualmente, también se prevé la existencia de referéndums de ámbito local reconocidos en la Disposición Adicional octava de la LODMR y recogidos en la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local (LBRL, en adelante) otorgando al alcalde o alcaldesa, previo acuerdo del Pleno de ayuntamiento y autorización del Gobierno de la Nación, la iniciativa de someter a consultas populares asuntos municipales y locales de especial relevancia para los vecinos de dicho territorio (art. 71 LBRL).

Otro de los debates recurrentes en torno a las distintas modalidades de referéndum existentes en nuestro modelo constitucional es el que hace referencia a la no regulación de las consultas abrogativas. Dicha modalidad se llegó a plantear en el anteproyecto de nuestra Constitución⁸ y está vigente en algunos países de nuestro entorno, como Francia, Austria, Italia o Irlanda⁹,

nal de aquel momento, presidido por Adolfo Suárez, también Andalucía. Por ello, las reformas estatutarias acometidas en la primera década del s.XXI por estas CCAA han sido objeto de referéndum entre su población.

⁷ STC 103/2008 que declara inconstitucional la Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, y STC 31/2015 que declara la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley Catalana 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.

⁸ El art. 85 del Anteproyecto de CE establecía que: «1. La aprobación de las leyes votadas por las Cortes Generales y aún no sancionadas, las decisiones políticas de especial trascendencia y la derogación de leyes en vigor, podrán ser sometidas a referéndum de todos los ciudadanos. 2. En los dos primeros supuestos del número anterior el referéndum será convocado por el Rey, a propuesta del Gobierno, a iniciativa de cualquiera de las Cámaras, o de tres asambleas de territorios autonómicos. En el tercer supuesto, la iniciativa podrá proceder también de setecientos cincuenta mil electores. 3. El plazo previsto en el artículo anterior, para la sanción real, se contarán en este supuesto, a partir de la publicación oficial del resultado del referéndum. 4. El resultado del referéndum se impone a todos los ciudadanos y a todos los órganos del Estado. 5. Una ley orgánica regulará las condiciones del referéndum legislativo y del constitucional, así como la iniciativa popular a que se refiere el presente artículo y la establecida en el art. 80».

⁹ El art. 11 de la Constitución francesa de 1958 establece que «El Presidente de la República, a propuesta del Gobierno y mientras dure el período de sesiones, o a propues-

entre otros. Se entiende, por tanto, que el constituyente español retrocedió en la inclusión de lo que podría haber sido un mecanismo más de democracia participativa en pro de un mayor peso del papel de los partidos. Uno de los defensores que ha abordado más recientemente la necesidad de una reforma constitucional que permita la inclusión del referéndum abrogatorio en nuestro país ha sido Gabriele Vestri (2017, 99), quien se ha atrevido a dar una posible redacción constitucional:

«1. Se reconoce el derecho de participación política a través de referendo popular.»

ta conjunta de las dos Cámaras, publicadas en el *Journal Officiel* (Boletín Oficial), podrá someter a referéndum cualquier proyecto de ley que verse sobre la organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica o social de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella, o que proponga la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones. Cuando se organice el referéndum a propuesta del Gobierno, éste presentará ante cada Cámara una declaración que será seguida de un debate. Cuando el referéndum concluya con la aprobación del proyecto de ley, el Presidente de la República promulgará la ley dentro de los quince días siguientes a la proclamación de los resultados de la consulta».

Por su parte, el art. 43 de la Constitución Austriaca de 1920 prevé: «Toda resolución legislativa del Consejo Nacional deberá ser sometida a votación popular (*Volksabstimmung*) una vez finalizado el procedimiento según el artículo 42, pero siempre antes de su promulgación por el Presidente federal, si lo acuerda así el propio Consejo Nacional o lo pide la mayoría de los miembros del mismo».

En Italia, el art. 75 de la Constitución de 1947 dispone que «Se celebrará referéndum popular para decidir sobre la derogación total o parcial de una ley o de un acto con fuerza de ley cuando lo soliciten 500.000 (quinientos mil) electores o cinco consejos regionales. No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales. Tendrán derecho a participar en el referéndum todos los ciudadanos llamados a elegir la Cámara de Diputados. La propuesta sometida a referéndum será aprobada si ha participado en la votación la mayoría de quienes tengan derecho a hacerlo y si se alcanza la mayoría de los votos validamente emitidos. La ley determinará las modalidades de celebración del referéndum».

Igualmente en Irlanda, la regulación de esta modalidad de referéndum aparece reflejada en el art. 27 de la Constitución de 1937: «El presente artículo será aplicable a cualquier proyecto de ley que, no conteniendo declaradamente una propuesta de modificación de esta Constitución, se considere, en virtud del artículo 23 de esta, como aprobado por las dos Cámaras del Parlamento. Podrán la mayoría de los componentes del Senado y no menos de un tercio de los miembros de la Cámara de Representantes, mediante petición conjunta dirigida al Presidente de la República con arreglo al presente artículo, solicitar al Presidente que se abstenga de firmar y promulgar como ley un proyecto determinado al que sea aplicable este artículo, por la razón de que el proyecto contiene alguna propuesta de tal importancia que se debería comprobar cuál es la voluntad del pueblo sobre el particular».

2. *El referendo popular, solicitado por al menos un millón de electores y electoras representativos de los territorios autonómicos, podrá derogar total o parcialmente una ley o un acto con fuerza de ley.*

3. *Tendrán derecho a participar en el referendo todos los ciudadanos que gocen de los derechos civiles y políticos.*

4. *La propuesta deberá ser aprobada si ha participado en la votación la mayoría de quien tenga derecho al voto y si se alcanza la mayoría de los votos válidamente emitidos.*

5. *La decisión que proceda del referendo será vinculante.*

6. *Se prohíbe el referendo en materias propias de ley orgánica, tributarias, referente a la unidad de España y en lo relativo a la prerrogativa de gracia.*

7. *Una ley orgánica regulará las condiciones para celebrar el referendo»*

2. *La Iniciativa Legislativa Popular*

Sobre la iniciativa legislativa popular (ILP, en adelante) se pronuncia el art. 87.3 CE, como un mecanismo ulterior de activación del procedimiento legislativo, que se suma a las previstas para el Gobierno, el Congreso, el Senado y las Asambleas de las CCAA. En el supuesto de la ILP, desarrollada por la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular (LOILP, en adelante), nuestra Constitución contempla la obligatoriedad de alcanzar un mínimo de 500.000 firmas acreditadas y limita su uso respecto a materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional o, incluso, en todo lo referente a la prerrogativa de gracia.

La historia democrática de nuestro país muestra un carácter meramente anecdótico de la efectividad de este procedimiento. Ejemplo de ello es el escaso uso que se hace de este mecanismo, siendo pocas las ILP presentadas en los más de 40 años de vigencia de nuestra Carta Magna y, menos aún aquellas que, presentadas, han logrado convertirse en ley o modificar alguna ya existente.

Haciendo una comparativa del número de ILP presentadas en nuestro país entre 1983 y abril de 2020 se puede comprobar claramente la ineficacia de su existencia. En síntesis, de las 110 ILP presentadas hasta la fecha de redacción de este estudio (118 si tuviéramos en cuenta las que actualmente se encuentran pendientes de resolución), 45 de ellas fueron directamente inadmitidas a trámite por la Mesa del Congreso. De las admitidas, 44 caducaron al no alcanzar las 500.000 firmas en el plazo establecido por la LOILP¹⁰ y otras 6

¹⁰ El art. 7.3 de la LOILP, modificado por el apartado del artículo único de la L.O. 4/2006, de 26 de mayo, de modificación de la L.O. 3/1984, de 26 de marzo, regula-

decaídas o retiradas finalmente por sus promotores. De este modo, sólo 13 ILP han alcanzado la fase de trámite parlamentario, llegando sólo tres a convertirse en ley. En primer lugar, la proposición de ley sobre reclamación de deudas comunitarias que fue subsumida con otras dos proposiciones parlamentarias dando lugar finalmente a la aprobación de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley sobre Propiedad Horizontal. En segundo lugar, la proposición de ley para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural culminó con la aprobación de la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural. Y en tercer y último lugar, la proposición de ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social quedó también subsumida en la proposición de ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que culminó con la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Pese a la escasa probabilidad de éxito de una ILP (entendiendo como éxito que llegue a plasmarse en la aprobación o modificación de una ley), el TC se pronunció de la siguiente forma en la STC 124/1995: «con independencia, por tanto, de que la propuesta prospere ante el Pleno, la función principal de este cauce de participación se habrá conseguido haciendo posible que los ciudadanos puedan conocer lo que sus representantes piensan sobre una determinada materia, así como sobre la oportunidad o no de su regulación legal, y extraer sus propias conclusiones acerca de cómo aquéllos asumen o se separan de lo manifestado en sus respectivos programas electorales».

Igualmente, cada Comunidad Autónoma prevé un mecanismo de iniciativa legislativa popular propio¹¹ con un requerimiento en cuanto al número de firmas proporcional a su población. Por citar un ejemplo peculiar, y a diferencia de la única ILP que ha prosperado convertida en ley a nivel nacional, la referente a la protección de la tauromaquia, encontramos la admisión a trámite y debate parlamentario de la ILP que dio lugar a la Ley

dora de la Iniciativa Legislativa Popular establece que: «El procedimiento de recogida de firmas deberá finalizar con la entrega a la Junta Electoral Central de las firmas recogidas, en el plazo de nueve meses a contar desde la notificación a que se refiere el apartado anterior. Este plazo podrá ser prorrogado por tres meses cuando concurra una causa mayor apreciada por la Mesa del Congreso. Agotado el plazo sin que se haya hecho entrega de las firmas recogidas, caducará la iniciativa»

¹¹ Para un estudio en profundidad de las iniciativas legislativas populares en el ámbito autonómico véase: Cabedo Mallol, Vicente José. 2009. «La iniciativa legislativa popular en las Comunidades Autónomas. La necesaria reforma de su legislación», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, págs. 455-476.

28/2010, de 3 de agosto, que, en este supuesto, prohibió las corridas de toros en Cataluña¹².

Sin embargo, en lo que atañe a la iniciativa legislativa popular en el ámbito autonómico también debemos hacer una crítica constructiva que nos lleve a preguntarnos por qué en la práctica no es un mecanismo de participación directa o, mejor dicho, semidirecta eficaz. Parte de la culpa de esta ineficacia se debe al desarrollo normativo de estas ILP autonómicas, puesto que, tal y como afirma Cabedo Mallol (2009, 475), «desgraciadamente, las leyes reguladoras de la iniciativa legislativa popular no han favorecido esta participación ciudadana en el ámbito legislativo, como lo demuestra el escaso número de iniciativas populares presentadas y, fundamentalmente, porque pocas de ellas logran su objetivo: convertirse en ley.»

Por último, se hace necesario resaltar la importancia que está adquiriendo a nivel europeo la conocida como Iniciativa Ciudadana Europea (ICE, en adelante). Se trata éste de un procedimiento homólogo a la ILP nacional, pero que engloba esta vez a los ciudadanos europeos como sujetos capaces de participar activamente en el procedimiento legislativo. Para ello, podrán dirigirse directamente a la Comisión e instar a presentar una propuesta de acto legislativo de la Unión. La finalidad de esta nueva figura contemplada en el art. 11.4 del Tratado de la Unión Europea y desarrollada por el Reglamento (UE) núm. 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 y del Reglamento de Ejecución (UE) núm. 179/2011 de la Comisión, de 17 de noviembre de 2011 es la de otorgar un derecho de participación en el poder legislativo a todos los ciudadanos de la Unión, favoreciendo así el carácter democrático de la construcción europea a diferencia de sus primeros años, durante los cuales se centraba más en el carácter económico como base del establecimiento de un mercado común.

Para garantizar el carácter europeo de esta iniciativa se exige que la misma provenga de un comité organizador compuesto por siete o más ciudadanos que tengan edad suficiente para votar en las elecciones al Parlamento Europeo y que residan en, al menos, siete Estados miembros distintos. Una vez confirmada la inscripción de la ICE, los organizadores dispondrán de un plazo máximo de 12 meses para recoger un mínimo de un millón de

¹² Esta Ley que dio como resultado la abolición de la celebración de corridas de toros en la Comunidad Autónoma de Cataluña fue recurrida por el Partido Popular, siendo estimada por el Tribunal Constitucional mediante la STC 177/2016. Para un análisis en profundidad de las consecuencias de esta sentencia véase: Mulà Arribas, Anna. 2018. «Análisis jurídico, antecedentes y consecuencias de la Sentencia 177/2016, del Tribunal Constitucional, sobre prohibición de las corridas de toros en Cataluña» en *RDUNED: Revista de Derecho UNED*, núm. 22, págs. 407-436.

declaraciones de apoyo electrónicas o en papel (equivalente al sistema de recogida de firmas en el caso de la ILP nacional).

Una vez examinada la iniciativa por la Comisión, en el plazo de tres meses, ésta se reunirá con los organizadores, quienes, a su vez, podrán presentar su iniciativa en audiencia pública ante el Parlamento Europeo. Posteriormente, la Comisión aprobará en documento oficial si propone o no medidas en respuesta a la ICE, explicando los motivos que le hayan llevado a dicha decisión. Si el resultado fuera la aprobación de una nueva norma, ésta se deberá llevar a cabo por el procedimiento legislativo habitual, aunque, en ningún caso, la Comisión quedará vinculada por su contenido.

En el momento de la fecha de redacción de este estudio, abril de 2020, son cinco las ICE que han prosperado, de las 72 registradas. Alguna de ellas se encuentra actualmente abierta y en fase de recogida de declaraciones de apoyo, por lo que el número final de ICE que lleguen a término con éxito puede verse aumentado en un breve plazo de tiempo.

La incorporación de la ICE ha favorecido el concepto de identidad europea como sujeto de derechos políticos y sociales, más allá del ámbito económico de la integración europea. De ahí que se alegue que «la ICE, pueda considerarse un importante instrumento para la democratización de Europa que trate de salvar la distancia existente entre las instituciones y los ciudadanos europeos. De ahí que su implementación pueda mejorar la integración de Europa desde abajo, desplegando todo su potencial creador de comunidad» (Burguera Ameave 2015, 272).

II. GOBIERNO ABIERTO Y PARTICIPACIÓN

1. *¿Qué entendemos actualmente por Gobierno Abierto?*

En los últimos años, la generalización de una sociedad globalizada e interconectada, una «sociedad red»¹³ como la define Manuel Castells (2006), viene reclamando un nuevo sistema de gobierno que perfeccione nuestra democracia. La solución no radica en romper con el consolidado sistema representativo, sino en buscar mecanismos e instrumentos de participación popular que permitan la convivencia con él. Precisamente, las nuevas tecnologías de la información y comunicación y, en particular, la aparición y extensión de internet, han cambiado sustancialmente la forma de los ciudadanos de relacionarse y comunicarse. Pese a que existen corrientes contrarias a

¹³ Para un análisis en profundidad sobre la idea de «sociedad red» véase: Castells, Manuel. 2006. *La Sociedad Red*. Alianza Editorial y Castells, Manuel. 2012. *Redes de indignación y esperanza*. Alianza Editorial, Madrid.

la apertura de nuevas vías de participación directa al entender que las mismas desvirtuarían el propio principio de representatividad, la realidad nos muestra que probablemente no exista un mayor daño que el de no garantizar medidas que conlleven la efectividad de dicha representación durante todo el período del mandato público.

Es en este punto precisamente donde podemos introducir las ventajas que permite la implantación del nuevo modelo de Gobierno Abierto, cuyo precedente se encuentra en el ámbito anglosajón en el siglo XX con las conocidas como *Freedom of Information Acts*, o leyes de libertad de información¹⁴. Sin embargo, existe unanimidad en datar a principios de 2009 el origen del concepto actual de Gobierno Abierto, coincidiendo con la redacción del recién elegido presidente estadounidense Barack Obama del Memorándum sobre Transparencia y Gobierno Abierto¹⁵, en el que quedaron reflejados por vez primera los tres pilares básicos del mismo: transparencia, participación y colaboración.

La apuesta clara por el uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales durante la campaña electoral de 2008 del aún candidato Barack Obama (aspecto éste que resultó determinante en su victoria) ya hacía presagiar el alto compromiso que la nueva administración tendría con una mayor apertura del gobierno con la ciudadanía, que repercutiera también en la mejora de la actividad gubernamental.

Así pues, desde finales del primer decenio del siglo XXI ya nadie duda de que los cambios en el modelo social son evidentes. De hecho, la aparición de internet ha favorecido un nuevo modelo de participación en el que prima el individuo como sujeto de intereses propios, pues, hasta hace relativamente poco tiempo, hablar de participación significaba hablar de participación colectiva a través de grupos, clases o asociaciones, quienes eran finalmente los que canalizaban los intereses de sus integrantes, diluyendo así la participación individual.

En la actualidad coexisten ambos modelos de participación ciudadana; por un lado, la realizada a través de los grupos en los que se integra el individuo (asociaciones de consumidores y usuarios, de estudiantes, sindicatos, ONG, etc.) y que comparten unos intereses comunes; y por otro lado, la participación individual que empodera al propio ciudadano permitiéndole dar su

¹⁴ Un estudio pormenorizado de la FOIA de 2000 en Reino Unido la encontramos en: Birkinshaw, P., 2010. «Freedom of information and its impact in the United Kingdom», en *Government Information Quarterly*, Vol. 27, Issue 4, págs. 312-321. Igualmente, para un breve pero interesante análisis de la FOIA de Estados Unidos, véase: Relyea H.C., 2009. «Federal freedom of information policy: highlights of recent developments», en *Government Information Quarterly*, Vol. 26, Issue 2, págs. 314-320.

¹⁵ Obama, Barack. 2009. «Transparency and Open Government Memorandum for the heads of executive departments and agencies» en *Federal Register*, núm. 74-15, págs. 4685-4686.

opinión sobre un tema de interés público de forma rápida y sencilla a través de la pantalla de su ordenador o de su smartphone.

La crisis de institucional y de representación española hace necesario revisar las reglas del juego de los instrumentos de democracia participativa existentes en nuestro ordenamiento jurídico con el objetivo de dar mayor protagonismo a las fórmulas de participación política y social directas, sin que ello suponga la pérdida de la esencia de nuestra democracia representativa. Aunque esta situación pudiera parecer novedosa, ya en 1920 Kelsen hacía alusión a este tipo de desafección política e institucional a través de lo que él llamó «cierta fatiga del parlamentarismo»,¹⁶ deseoso de un fortalecimiento democrático.

Siguiendo las razones esgrimidas por Presno Linera (2015, 137-162), podemos decir que gran culpa de esta desafección ciudadana ante sus representantes e instituciones en España se debe a circunstancias tales como: la cuestionada proporcionalidad que presenta nuestro sistema electoral,¹⁷ la colocación de los intereses de los partidos políticos en sede parlamentaria por encima de los intereses del representante de forma individual, el escaso uso de la cuestión de confianza para comprobar el respaldo parlamentario del gobierno ante una decisión de gran trascendencia sobre su programa de gobierno o sobre una cuestión de política general (art. 112 CE), así como la ausencia de participación ciudadana en el debate legislativo parlamentario.

2. *Iniciativas de éxito vinculadas al fomento de la participación ciudadana*

Si algo hemos aprendido en los últimos años es que una idea generalizada por parte de la población de falta de representatividad da lugar a un sentimiento de desilusión que puede, en el peor de los casos, provocar una desvinculación de las políticas democráticas, abonando así el terreno para el auge de partidos o movimientos populistas.

¹⁶ Kelsen, Hans. 2006. *De la esencia y valor de la democracia*, KKK, Oviedo, pág. 15.

¹⁷ El Consejo de Estado se pronunció al respecto de una posible reforma electoral en los siguientes términos «que el sistema electoral del Congreso de los Diputados [...] presenta algunos aspectos que podrían ser susceptibles de mejora, en aras de garantizar la igualdad de electores y partidos políticos en el proceso electoral y de revalorizar la participación de los ciudadanos en la designación de sus representantes [...] un avance en este sentido podría comportar efectos beneficiosos para el fomento de la participación política de los ciudadanos y una mayor implicación de éstos en el funcionamiento democrático de las instituciones, en línea con lo ya dispuesto en la inmensa mayoría de los ordenamientos europeos». Este informe del Consejo de Estado aprobado en 2009 se puede consultar en su totalidad en: <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.PDF> (Fecha de consulta: septiembre 2019)

Han sido numerosas las iniciativas de Gobierno Abierto adoptadas por los países que componen la Alianza para el Gobierno Abierto¹⁸ (OPG, *Open Government Partnership*, por sus siglas en inglés) desde su creación en el año 2011. No obstante, como ejemplos pioneros y de referencia para el resto de territorios, nos detendremos a analizar dos iniciativas de fomento de participación pública: «*we the people*» y «*e-petitions*», creadas en Estados Unidos y en Reino Unido respectivamente.

«*We the people*», creada en septiembre de 2011, se acabó pronto convirtiéndose en una de las iniciativas más populares introducidas por la Administración Obama. A través de ella, los usuarios, previamente registrados, proponían una petición online y, si era posible, la relacionaban con otras activas similares, recibiendo respuesta oficial por parte de la Casa Blanca si dicha petición alcanzaba un apoyo de, al menos, cien mil firmas en treinta días. Fueron importantes los casos de éxito de esta iniciativa, llegando en algunos supuestos a producir verdaderas reformas normativas (ley de aseguramiento al consumidor para usar sus dispositivos móviles en la red de su elección) o pronunciamientos públicos (manifiesto del Presidente de apoyo a la prohibición de terapias de conversión en menores transexuales).

Con la llegada de Donald Trump a la Casa Blanca, esta iniciativa de participación ciudadana quedó en suspenso e, incluso, fueron numerosas las voces que daban por hecho su finalización, puesto que, justo tras su toma de posesión, el nuevo gobierno desactivó todas las peticiones que se encontraban en curso. No obstante, aunque hubo que esperar hasta marzo de 2018, el Gobierno comenzó a responder a algunas de estas peticiones.

«*E-petitions*», salvando las distancias, podría considerarse la homónima británica de «*we the people*». Así pues, se trata también de una herramienta online que permite a los ciudadanos británicos o residentes crear una petición sobre un asunto público. Para ello, será necesario contar con otras cinco personas que apoyen la petición lanzada por un ciudadano, en cuyo caso será posteriormente publicada en la web creada al efecto (www.petitions.parliament.uk). Posteriormente, la Comisión de Peticiones (*Petitions Committee*) seleccionará aquellas que considere de gran interés y podrá solicitar más información a los proponentes. Cabe destacar que esta Comisión dispone del poder para presionar al Parlamento británico o al Gobierno para que actúe. Finalmente, si la petición alcanza la cifra de 10.000 firmas de apoyo, el

¹⁸ Se trata de una red internacional cuya misión principal es la de conseguir que los gobiernos sean más transparentes, rindan cuentas y mejoren la capacidad de respuesta hacia sus ciudadanos con el objetivo final de mejorar la calidad del gobierno y de los servicios que reciben. Para conocer de forma actualizada cada uno de los Planes de Acción elaborados por los diferentes países que componen la OGP puede consultarse en su web: <https://www.opengovpartnership.org>

Gobierno está obligado a responderla. Pero, si logra superar las 100.000 firmas, la petición podrá ser debatida en el Parlamento.

En este punto, resulta cuanto menos curioso comprobar cómo desde la aprobación del *Brexit* tras el referéndum del 23 de junio de 2016¹⁹, un gran porcentaje de las peticiones realizadas por la ciudadanía británica a través de la plataforma *e-petitions* versan sobre esta cuestión. De hecho, desde entonces, la petición ciudadana debatida en el Parlamento británico que ha obtenido mayor número de firmas (más de seis millones, cifra ésta muy por encima de la segunda más apoyada, la cual no llega a 600 mil firmas) es la titulada como: «Revocación del artículo 50 y permanencia en la UE» (*Revoke Article 50 and remain in the EU*). Esta petición, al alcanzar con creces el número de 10 mil firmas, tuvo que ser en un primer lugar respondida por el Gobierno británico, quien claramente dejó clara su postura en su respuesta:

«This Government will not revoke Article 50. We will honour the result of the 2016 referendum and work with Parliament to deliver a deal that ensures we leave the European Union²⁰» («Este Gobierno no revocará el artículo 50. Honraremos el resultado del referéndum de 2016 y trabajaremos con el Parlamento para alcanzar un acuerdo que garantice que abandonamos la Unión Europea»)

Iniciativas como «*we the people*» en Estados Unidos y «*e-petitions*» en Reino Unido han contribuido al fomento de la mentalidad cívica y social en asuntos políticos o de interés público en general. Sin embargo, «la elevada demanda de peticiones surgidas en los últimos años lleva a plantearse nuevos retos como son: dar respuesta a todas ellas, distinguir lo que es adecuado de lo que es popular, así como el gran reto de gestionar las expectativas creadas por la opinión pública» (Leston-Bandeira y Thompson 2018, 350).

Si bien es cierto que los mecanismos de participación directa existentes en nuestro modelo constitucional son insuficientes, también es cierto que a nivel autonómico y, sobre todo, a nivel local son muchas las iniciativas que se han impulsado con gran éxito de participación entre la ciudadanía. Es evidente que

¹⁹ Para una información detallada sobre lo que ha supuesto el apoyo del *Brexit* (*Britain Exit*) tanto para Reino Unido como para el conjunto de la UE véase: Serrano Sanz, José María. 2016. «La economía y el Brexit», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 64, págs. 18-21; Sarmiento, Daniel. 2016. «y después del Brexit... ¿Qué?», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 64, págs. 42-47; y Pereira Menaut, Antonio Carlos. 2016. «Para entender el Brexit», en *Diario La Ley*, Núm. 8812.

²⁰ Tanto la respuesta a la petición ciudadana sobre la derogación del art. 50 y la vuelta a la UE como su posterior debate parlamentario (marzo y abril de 2019 respectivamente), se puede consultar en: <https://petition.parliament.uk/petitions/241584#debate-threshold> (Fecha de consulta: noviembre 2019)

la participación pública tiene más recorrido en aquellos niveles territoriales más cercanos a la ciudadanía, ya que se ocupa de asuntos cotidianos que les afecta en mayor medida en su vida diaria (presupuestos locales, centros de salud, educación, polideportivos, parques, alumbrado, etc.) Citando algún ejemplo municipal, uno de los más mediáticos y con mayor éxito de los últimos años lo encontramos en la iniciativa «Decide Madrid»²¹. Con esta herramienta, cualquier ciudadano (extensible también a los extranjeros) puede hacer una propuesta de mejora de la ciudad, así como votar en los asuntos planteados por el propio Gobierno municipal que requiera del apoyo o no de la ciudadanía. En lo referente a las propuestas ciudadanas, es necesario que la misma consiga el apoyo del 1% de personas mayores de 16 años empadronadas en Madrid, en cuyo caso pasará a una segunda fase de votación. Una vez obtenido ese apoyo, se abrirá un período de votación pública y, si se consiguen más votos a favor que en contra, el Consistorio asumirá la propuesta y la llevará a cabo. Algunos de los ejemplos de propuestas ciudadanas aprobadas por esta vía han sido: Madrid 100% sostenible y Billete único para el transporte público.

3. *Iniciativas participativas frente a la pandemia provocada por el Coronavirus*

Todo lo hasta ahora expuesto da un giro de 180 grados a partir del 11 de marzo de 2020, momento en el cual la Organización Mundial de la Salud (OMS) eleva de situación de emergencia para la salud pública ocasionada por el nuevo coronavirus (COVID-19) a pandemia internacional²². Desde entonces, la mayor parte de los gobiernos han dejado al margen su agenda ordinaria para centrarse en combatir la propagación de este virus.

España, de forma desgraciadamente vertiginosa, pasó a ser uno de los países con más casos de infectados del mundo a mediados y finales de marzo (sólo por detrás de China e Italia). Ante esta evolución de los acontecimientos, el Gobierno decretó el 14 de marzo de 2020 el estado de alarma en todo el territorio nacional durante un período de 15 días, que ha sido objeto de diferentes prórrogas por el mismo período²³. (Real Decreto 463/2020, de 14

²¹ Se puede acceder al portal «Decide Madrid» a través de la web: <https://decide.madrid.es>

²² El 31 de diciembre de 2019, China notifica una aglomeración de casos de neumonía en Wuhan y determina que están causados por un nuevo coronavirus. Los impresionantes niveles de propagación de la enfermedad, así como su gravedad y los niveles también alarmantes de inacción, obliga a la OMS, el 11 de marzo de 2020, a evaluar el COVID-19 como pandemia.

²³ La primera prórroga del estado de alarma la encontramos en: Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la ges-

de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19)²⁴. La facultad que habilita al Ejecutivo para decretar esta situación excepcional se encuentra prevista en el art. 116 CE y desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Todos los países que forman parte de la Alianza para el Gobierno Abierto tienen la obligación de elaborar los llamados «Planes de Acción de Gobierno Abierto», que deben actualizarse cada tres años. En ellos deben constar los compromisos adquiridos en materia de Gobierno Abierto. España, ha presentado hasta la fecha tres Planes de Acción, encontrándose en fase de elaboración el cuarto de ellos. Si bien la vigencia de este Plan debería haber sido el período comprendido entre 2019-2021, la presencia prolongada de un Gobierno en funciones en el año 2019 junto con el ahora recién declarado estado de alarma, han dejado paralizada la aprobación de este IV Plan de Gobierno Abierto en nuestro país. De este modo, si consultamos el portal de transparencia estatal,²⁵ nos indica que el IV Plan tiene previsto desarrollarse en el segundo semestre de 2020. No obstante, ante la situación actual no sería extraño que la mayor parte de compromisos en materias de transparencia, colaboración y participación hicieran referencia a esta crisis sanitaria. Sin embargo, todo apunta a que dentro de las prioridades del Ejecutivo previstas para los próximos meses no se encuentre la de elaboración y aprobación de este Plan.

Siguiendo con el ejemplo municipal de «Decide Madrid» se ve claramente cómo, desde la declaración del estado de alarma, que, entre otras medidas, ha supuesto la limitación de la circulación ciudadana, la plataforma ha centrado sus propuestas en ayudas e ideas útiles para hacer frente a la crisis sanitaria. Un ejemplo de las iniciativas con más éxito está siendo «Compartimos Barrio- Ecosistema de proximidad», cuyo objetivo es crear un

ción de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Por otro lado, la segunda prórroga de éste la encontramos en: Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Ambos Reales Decretos fueron convenientemente autorizados por el Congreso de los Diputados, tal y como exige el art. 116 CE.

²⁴ Un análisis sobre las consecuencias para grupos vulnerables del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, podemos encontrarla en: Presno Linera, Miguel Ángel. 2020. «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, págs. 54-65.

²⁵ El portal de transparencia estatal puede ser consultado en la web: (https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index.html)

registro de asociaciones y de empresas que puedan abastecer a la población que por diversas razones no pueda salir a la calle o no pueda hacer frente por sí sola a la situación de confinamiento. En la misma línea, algunas de las propuestas ciudadanas en el municipio de Madrid que están siendo más votadas durante la crisis sanitaria son: la habilitación de hoteles para sanitarios con el objetivo de reducir riesgo de contagio a sus familiares o el apagado de las luces de escaparates y vallas publicitarias para así disminuir el gasto energético.

Por otra parte, si analizamos las iniciativas participativas a nivel mundial veremos que sigue un patrón parecido a lo visto para España. Ejemplo de ello, es la web de la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP, por sus siglas en inglés) que ha centrado sus últimas campañas en plantear opciones que ayuden tanto a la mejora de la transparencia de las estadísticas sobre contagios como a la propuesta de iniciativas ciudadanas o de la propia administración pública que aumenten la seguridad y calidad de vida de la población ante esta crisis sanitaria. Entre los enfoques de Gobierno Abierto que plantea la OGP para todos los países se encuentra la necesidad de crear una web oficial del Gobierno que ofrezca información actualizada sobre el coronavirus, con datos y recomendaciones. Además, en países como Grecia, Italia, Bulgaria, Estados Unidos o Brasil, entre otros, se están creando redes de voluntarios para participar en labores tan necesarias como pueden ser la ayuda a personas mayores, la traducción de textos informativos sobre el coronavirus o la entrega de alimentos, entre otras tantas iniciativas.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Desde hace casi una década se viene reclamando una mayor participación ciudadana en los asuntos públicos ya que, tal y como acertadamente señala Presno Linera, «en los últimos tiempos ha hecho fortuna, y no solo entre los movimientos sociales más críticos, la expresión «no nos representan», con la que se quiere denunciar la insuficiente respuesta que el sistema representativo está ofreciendo a las aspiraciones ciudadanas de alcanzar una sociedad democrática avanzada» (2015, 137).

No se trata de cambiar el modelo de democracia representativa actual, pero sí de revisar las reglas del juego del sistema constitucional en lo que a la participación se refiere, pues evidentemente nuestro ordenamiento constitucional data de finales de los años setenta del siglo XX, momento en el cual no existían la mayor parte de redes de información y comunicación de las que disponemos desde comienzos del XXI y, más concretamente, desde la generalización del uso de internet y redes sociales como herramientas principales de comunicación. Por todo ello, «es hora de enfocar los esfuerzos en sus manifestaciones, en sus estructuras, en sus procesos, que son los que están

recibiendo la mayoría de las críticas por parte de una ciudadanía ávida de participar, pero con nuevas reglas y tiempos diferentes a los establecidos actualmente» (Calderón Avellaneda 2012, 55).

Se considera necesario un aumento de los mecanismos de democracia directa gracias a las oportunidades que brinda internet. En este sentido, es necesario recordar que los instrumentos de participación directa que prevé nuestro texto constitucional son insuficientes para atender las demandas de la sociedad. Por un lado, se ha hecho uso del referéndum consultivo en muy pocas ocasiones y la opción de iniciar un procedimiento legislativo a través de ILP se ha convertido en algo tedioso y poco fructífero en prácticamente su totalidad. La inadmisión a trámite de la Mesa del Congreso, la cantidad de firmas exigidas por la CE para avalar dicha iniciativa, así como el plazo de tiempo requerido, son aspectos que han llevado al desencanto en la promoción de este tipo de procedimientos.

La ciudadanía reclama una mayor participación en aquellos asuntos que les afectan e, igualmente, exige una comunicación bidireccional con los poderes públicos de forma constante y no sólo en período electoral.

La mayor parte de los inconvenientes históricos que imposibilitaban llevar a cabo un acercamiento al modelo de democracia directa pueden entenderse superados fácilmente gracias a las TIC y, en particular, gracias a la aparición y generalización de internet. De este modo, consultas no prescriptivas son fácilmente viables a través de iniciativas de Gobierno Abierto que instauren un foro de debate a través del cuál se conozcan los intereses y opiniones individuales sobre un determinado tema. La mayor parte de esta participación de carácter directo o deliberativo viene produciéndose en mayor medida en los ámbitos municipales, por ser la administración más cercana al ciudadano, pero ello no se opone a la idea de comenzar a introducir mecanismos de participación en otros niveles, como el autonómico o estatal. No obstante, no toda materia pública debe ser objeto de este tipo de iniciativas de participación directa, pues desvirtuaría el propio modelo de democracia representativa a la vez que podría provocar situaciones indeseadas. Por ello, es necesario dejar claro una serie de límites a esta participación, que en principio podrían coincidir con los propios límites impuestos para la presentación de una ILP.

Por otra parte, para hacer esto posible sería necesaria la configuración de un nuevo derecho fundamental: el derecho de acceso a internet. En este punto se hace necesario resaltar que la revolución tecnológica acontecida en las últimas décadas ha sido una cuestión innegable que ha cambiado de forma sustancial el comportamiento de la sociedad, así como la forma de comunicarnos entre nosotros. La CE de 1978 se fraguó en un momento histórico donde el uso de medios informáticos comenzaba a implantarse en despachos, oficinas y en la propia administración pública. No obstante, la llegada de

internet, y más aún su generalización en todos los ámbitos de la vida de cualquier individuo, era algo inconcebible en aquellos años. Es por esta razón que la única referencia que tenemos en nuestro texto constitucional al respecto habla del concepto de «uso de la informática», pero no como un nuevo derecho digno de protección, sino como un uso que debe ser limitado con el objetivo de proteger otros derechos fundamentales como son el honor y la intimidad.

Por todo ello, el nuevo derecho constitucional de acceso a internet debe configurarse como un derecho fundamental que contribuya al desarrollo personal y social del individuo. Se pretende así que nuestra Carta Magna se actualice a la realidad social del siglo XXI, al igual que ya han hecho los reformados Estatutos de Autonomía incorporándolo como un principio rector.

De este modo, el derecho de acceso a internet se podría revisar y colocar en el art. 20.1.a) CE, en el que se reconoce y protege el derecho a la libertad de expresión y opinión mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y en el art. 20.1.d) CE, en el que se incluiría una reserva legal para determinar el contenido del derecho de acceso a internet, siguiendo así las directrices marcadas por la ONU.

Sin embargo, estos cambios del art. 20 CE supondrían la puesta en marcha de un procedimiento de reforma agravada de la Constitución, por lo que, de llevarse a cabo, sería ideal que la misma se aprovechará no sólo para la modificación de este precepto sino para una revisión en profundidad de todo el texto. Mientras tanto, el TC debe ser quien se encargue de una interpretación amplia y actualizada de estos derechos.

Por su parte, el éxito de las iniciativas de participación ciudadana como «*we the people*» o «*e-petitions*», en Estados Unidos y Reino Unido respectivamente, deberían ser un referente para el resto de los países que forman parte de la Alianza para el Gobierno Abierto. En nuestro país, por ejemplo, no existe iniciativa homóloga a éstas y la única forma disponible para que la ciudadanía pueda llegar a incidir de forma directa en el poder legislativo es a través de la iniciativa legislativa popular o del derecho de petición consagrado en el art. 29 CE. Iniciativas como las analizadas en Estados Unidos o Reino Unido podrían ser perfectamente extrapoladas a nuestro ordenamiento jurídico con una simple reforma de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, en la que se incluya la existencia de una web (dependiente del Gobierno) que canalice, mediante un procedimiento de recogida de firmas suficientes (apoyos), las peticiones ciudadanas que conllevaría, o bien, como mínimo la respuesta del Ejecutivo o, en caso de que el apoyo fuera mayor, el debate parlamentario.

Es evidente que, sin perder de vista la esencia de la consagrada democracia representativa en la que vivimos, también es imperante la necesidad de

construir un modelo más actual que permita iniciativas y mecanismos facilitadores de una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones públicas. Así pues, se puede afirmar claramente que la mayoría de las políticas públicas que se adoptan no coinciden en el tiempo con la duración de las legislaturas, sean del ámbito territorial que sean, de tal forma que, si bien el mandato representativo supone una cesión de poder por parte del pueblo a los representantes, existen, en más de una ocasión, determinadas cuestiones polémicas que suscitan grandes debates entre la opinión pública. Ante esta panorámica, se plantea, por tanto, la necesidad imperiosa de la existencia de una mayor periodicidad para la creación y evaluación de las políticas públicas. Con ello, se pretende contribuir al diseño y mejora de los servicios públicos, dando voz al ciudadano sobre aquello que le pueda afectar de forma directa o indirecta.

BIBLIOGRAFÍA

- ABADÍA, Lorenzo. 2011 «Derechos políticos y sociedad de la información. Elementos para un desarrollo de la democracia participativa». Tesis Doctoral. Universidad de Zaragoza.
- AGUDO ZAMORA, Miguel y MONTERO CARO, María Dolores. 2010. «El Modelo constitucional español de gobierno local», en *Gobierno y democracia local: La experiencia andaluza y andina*. Dir. Por. Castillo Blanco, F., Coord. por. Quesada Lumbreras, J.E., y Ramallo López, F.E. Unión Iberoamericana de Municipalistas, Granada. págs. 83-104.
- ALONSO GARCÍA, Nieves. 2018. «La integración de nuevas fórmulas de participación en la democracia representativa contemporánea». Tesis Doctoral. Universidad de León.
- ARNSTEIN, Sherry. 1969. *A Ladder of Citizen Participation*. JAIP, Volumen 35, Núm. 4.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; Cámara Villar, Gregorio, et ali. 2018. «Capítulo XX: Los derechos políticos: reunión, asociación, participación y petición», en *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II. Decimotercera edición, Tecnos, Madrid, pág. 293.
- BIRKINSHAW, P., 2010. «Freedom of information and its impact in the United Kingdom», en *Government Information Quarterly*, Vol. 27, Issue 4, págs. 312-321.
- BURGUERA AMEAVE, Leyre. 2015. «Europa como oportunidad de participación política: la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE)», en *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*. Edit. Cotino Hueso, Lorenzo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, págs. 263-273.
- CABEDO MALLOL, Vicente José. 2009. «La iniciativa legislativa popular en las Comunidades Autónomas. La necesaria reforma de su legislación», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, págs. 455-476.

- CALDERÓN AVELLANEDA, César. 2012. *Otro Gobierno*, Algón Editores, Granada, pág. 55.
- CASTELLS, Manuel. 2012. *Redes de indignación y esperanza*. Alianza Editorial, Madrid.
- CASTELLS, Manuel. 2006. *La Sociedad Red*. Alianza Editorial. Madrid.
- LESTON-BANDEIRA, C., y THOMPSON, L. 2018. *Exploring parliament*. Edit. Kettering: Oxford University Press. pág. 350.
- MONTERO CARO, María Dolores. 2020. «El encaje constitucional del modelo de *Open Government*». Tesis doctoral. Universidad de Córdoba.
- MULÀ ARRIBAS, Anna. 2018. «Análisis jurídico, antecedentes y consecuencias de la Sentencia 177/2016, del Tribunal Constitucional, sobre prohibición de las corridas de toros en Cataluña» en *RDUNED: Revista de Derecho UNED*, núm. 22, págs. 407-436.
- OBAMA, Barack. 2009. «*Transparency and Open Government Memorandum for the heads of executive departments and agencies*» en *Federal Register*, Núm. 74-15, págs. 4685-4686.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. 2016. «Para entender el Brexit», en *Diario La Ley*, Núm. 8812.
- PÉREZ ALBERDI, María Reyes, 2010. «Participación política y derecho fundamental. El artículo 23.1 de la Constitución Española». Tesis doctoral. Universidad de Huelva.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. 2020. «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, págs. 54-65.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. 2015. «Causas jurídico-constitucionales de la desafección ciudadana hacia el sistema representativo» en *Problemas actuales de Derecho Constitucional en un Contexto de Crisis*, Dir. Tur Ausina, R., Coord. por Sanjuán Andrés, F.J., y Calabuig Puig, M.A., Colección Estudios de Derecho Constitucional, Edit. Comares, págs. 137-162.
- RELYEA, H.C., 2009. «*Federal freedom of information policy: highlights of recent developments*», en *Government Information Quarterly*, Vol. 26, Issue 2, págs. 314-320.
- RODRÍGUEZ VERGARA, Ángel. 2018. «Capítulo XX: Libertades Públicas (II): El Derecho de asociación, la libertad de partidos políticos y los derechos de participación», en *Manual de Derecho Constitucional*, Novena Edición, Tecnos, Madrid, pág. 552.
- SARMIENTO, Daniel. 2016. «y después del Brexit... ¿Qué?», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 64, págs. 42-47.
- SERRANO SANZ, José María. 2016. «La economía y el Brexit», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 64, págs. 18-21.
- VESTRI, Gabriele. 2017. «La necesaria previsión de un referendo abrogatorio en el sistema constitucional español», en *Revista de Derecho*, núm. 48, Fundación Universidad del Norte, pág. 199.

CIUDADANÍA MULTINIVEL Y SU ENCAJE CONSTITUCIONAL

Multilevel citizenship and ownership

Clara Souto Galván

Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp449-473](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp449-473)

Recibido: 24.03.2020

Aceptado: 12.06.2020

Resumen

La ciudadanía conlleva el reconocimiento de unos derechos fundamentales y constitucionales a los que está sujeto por el país en el que vive, pero ¿quién es considerado ciudadano? ¿quién es titular del reconocimiento de esos derechos en un país? Preguntas que no siempre obtienen una fácil respuesta, sobre todo porque la ciudadanía ha alcanzado una dimensión multinivel que dificulta dicho reconocimiento, comprobando que será dependiendo del país de origen o del país de residencia, si dicho país pertenece a la Unión Europea o son nacionales de terceros países, dependiendo a su vez de los tratados firmados con esos países, todo ello aspectos a los que se intenta dar respuesta, desde el punto de vista legislativo y constitucional, detallando los avances más significativos que se han desarrollado a nivel Europeo, estatal y autonómico, respecto de las directivas, convenios y acuerdos internacionales y reformas constitucionales, como por ejemplo la reforma del art. 13.2 de la Constitución española, que además de ser la primera reforma constitucional supuso un avance importante en el reconocimiento de derechos políticos de los extranjeros en las elecciones municipales, pues se les atribuía el derecho de ser electo, aunque podría ser revisada para alcanzar un mayor grado de igualdad los nacionales de un país con los residentes del mismo.

En conclusión, lo que se propone es democratizar el acceso a la nacionalidad cuando se trate de una condición para el disfrute de la ciudadanía, reduciendo plazos y requisitos, pero también evitando el reconocimiento de dichos derechos solo por

adquisición de la nacionalidad, sino que los residentes de larga duración, sin dicho requisito puedan ser sujetos de reconocimiento de derechos, en concreto del derecho de sufragio activo y pasivo. Para lo que sería necesario modificar de nuevo el art. 13.2 incluyendo a los residentes de larga duración y eliminando la necesidad de basarse en el principio de reciprocidad, lo que permitiría una mayor integración de los nacionales de otros países en el Estado de residencia.

Palabras clave

Ciudadanía, nacionalidad, multinivel, derechos, libertades.

Abstract

Citizenship involves the recognition of fundamental and constitutional rights to which they are subject by the country in which they live, but who is considered a citizen? Who owns the recognition of those rights in a country? Questions that do not always get an easy answer, especially because the citizens have reached a multilevel dimension that hinders this recognition, proving that it will depend on the country of origin or the country of residence, if that country belongs to the European Union or are nationals of third countries, depending in turn on the treaties signed with these countries, all of which aspects are intended to be answered, from the legislative and constitutional point of view, detailing the most significant advances that have been developed at European, State and autonomic, with respect to directives, conventions and international agreements and constitutional reforms, such as the reform of art. 13.2 of the Spanish Constitution, which in addition to being the first constitutional reform represented an important advance in the recognition of political rights of foreigners in municipal elections, as they were given the right to be elected, although it could be revised to achieve greater degree of equality the nationals of a country with its residents.

In conclusion, what is proposed is to democratize access to nationality when it is a condition for the enjoyment of citizenship, reducing time and requirements, but also avoiding the recognition of those rights only by acquisition of nationality, but rather long-term residents, without this requirement may be subject to recognition of rights, in particular the right to active and passive suffrage. For which it would be necessary to modify again the art. 13.2 including long-term residents and eliminating the need to rely on the principle of reciprocity, which would allow a greater integration of nationals of other countries in the State of residence.

Key words

Citizenship, nationality, multilevel, rights, freedoms.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA. III. CIUDADANÍA MULTINIVEL. IV. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. V. ¿ES NECESARIA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA CIUDADANÍA?. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el siglo XXI la noción de ciudadano no va enfocada exclusivamente a una serie de rasgos comunes de carácter cultural, sino al reconocimiento de unos derechos, no sólo fundamentales, sino también políticos y constitucionales a todos los miembros de un país. El problema se plantea sobre quiénes son las personas a las que se les reconocen estos derechos.

Partiendo del principio democrático se deberían reconocer por igual a todas las personas pertenecientes a un país y, como establece la Constitución española en su preámbulo «se debe establecer una sociedad democrática avanzada». ¿Pero cómo se materializa esto?

La Comisión europea define ciudadanía cívica como un conjunto de derechos y obligaciones básicas. En 2004 La Comisión por primera vez hacía referencia a este concepto, que en cierta manera garantizaba a los residentes de larga duración derechos y obligaciones, independientemente de que pudieran o no adquirir la nacionalidad del país de acogida.

La Comisión ha jugado un papel importante a la hora de promover nueva legislación en asuntos diversos, que van desde la no discriminación hasta la ciudadanía cívica. El objetivo es que los nacionales de terceros países pueden incluirse dentro de un concepto de ciudadanía de la Unión. La noción de ciudadanía cívica se inserta como una vía imprescindible para garantizar la integración de los inmigrantes¹. Por lo tanto, se presenta como una categoría que tiene como principal función facilitar el establecimiento con éxito de los inmigrantes en la sociedad, y como un primer paso para la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro².

De esta primera definición de ciudadanía cívica, se está procesando una nueva construcción jurídica, la ciudadanía multinivel³. Este reconocimiento

¹ Unión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones, sobre inmigración, integración y empleo, Bruselas, COM. 3.6.2003, pp.32-33.

² ZAPATA-BARRERO, R. (2004). Una nueva «filosofía» de la UE: tradición versus innovación en la propuesta de ciudadanía cívica, II Seminario inmigración y Europa. Cinco años después de Tampere, Barcelona, Fundación Cibob, p.63.

³ Ver MORENO, L. (2012). «Ciudadanía multinivel», en Ciudadanía y derechos sociales (IV Congreso Internacional de derechos humanos), Vitoria-Gasteiz, Servicio central

multinivel de la condición de ciudadano va parejo al desarrollo legislativo de cada país, en su progresiva adaptación de la legislación y la equiparación de condiciones de todos los individuos de un país, basado en el principio de igualdad imperante en todo Estado democrático, respetando los diversos grados de vinculación y sujeción al país.

El concepto de ciudadanía multinivel es más propio del Estado social y democrático de Derecho, porque desde el punto de vista democrático la nacionalidad y la ciudadanía han de construirse desde una sociedad de individuos libres e iguales que se relacionan entre sí, y no desde la pertenencia de una nacionalidad.

Para lo que será necesario adaptar las Constituciones, por ejemplo, en el caso de España, modificar los conceptos ordinarios, incluyendo el concepto multinivel desde la norma superior del ordenamiento jurídico, para poder incluir en el art.13.2 a los residentes, pues no se contemplan en ningún sitio, y pueden llegar a tener más vinculación con el país en el que reside, que por su nacionalidad.

Modificaciones que nos ayudarán a ir más allá del concepto de ciudadano europeo para conseguir una completa integración, rompiendo con los compromisos establecidos, y acabar con las fronteras.

Otra de las apuestas para la consecución de la integración es mediante la educación, desde Europa se está intentando dar prioridad al reconocimiento del derecho a la educación a todas las personas para lograr la consideración de ciudadanos, como pilar fundamental del reconocimiento de derechos. En este contexto, el objetivo general para mejorar la ciudadanía activa, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, incluye aspectos como el acceso de los inmigrantes y de sus hijos a los sistemas de educación y formación⁴.

II. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

La noción de ciudadanía desde un punto de vista histórico fue anterior al concepto de nacionalidad, ya se encontraba entre las premisas de Aristóteles que relacionaba la ciudadanía con la ciudad, matizando también la definición de ciudadano⁵. El término Nación y el término nacionalidad surgirán en la

de publicaciones del Gobierno Vasco, pp. 113-125.

⁴ Unión Europea. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo (2003), Comisión de las Comunidades Europeas, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/ES/1-2003-336-ES-F1-1.Pdf>

⁵ «La asociación de muchos pueblos forma parte de una ciudad completa, que llega, si puede decirse así, a bastarse absolutamente a sí mismo, teniendo por origen las necesidades de la vida, y debiendo su subsistencia al hecho de ser éstas satisfechas», se hace un

Revolución francesa. La Constitución de 1791 especifica que para adquirir la condición de ciudadano activo hace falta ser nacional. Este requisito no debería haberse mantenido en el desarrollo histórico, dejando atrás la idea liberal de ciudadanía, contraria a los principios de un Estado democrático, basados entre otros, en la igualdad, pues dicha condición no debería ser excluyente de la condición como ciudadano/a de un país, sobre todo, afectando dicha condición al pleno reconocimiento de los derechos de un país por el hecho de ser personas⁶.

Lo que nos puede llevar a la siguiente cuestión ¿sólo pueden ser ciudadanos los nacionales de un país? La condición de ciudadano dentro de un Estado deriva de la condición de persona libre e igual sujeta a su ordenamiento jurídico y no por la condición de nacional de ese Estado⁷. La condición de nacional puede ser una característica más del ciudadano, pero no puede ser un criterio de exclusión para ejercer la soberanía popular.⁸

El concepto de ciudadanía se solapa al de nacionalidad, Villaverde hace dicha apreciación al definirla como «*un conjunto de reglas jurídicas que regulan el estatus de cada persona y el régimen jurídico que a él va aparejado en el seno de un conjunto del ordenamiento jurídico estatal o supraestatal, lo que se pretende es reflejar la idea de que se puede ser ciudadano de un Estado con diversos niveles de intensidad y estar sujetos a diversos sistemas jurídicos diferenciados sin dejar de ser ciudadano*»⁹.

Hay otros aspectos que también se consideran imprescindibles del concepto de ciudadanía. Rodríguez Ruiz hace referencia a dos dimensiones diferenciadas de dicho concepto. Por un lado, al igual que Villaverde, identifica ciudadanía con nacionalidad y una segunda dimensión, en la que la define

análisis más profundo en SOUTO GALVÁN, C. (2015), «Hacia un nuevo concepto de ciudadanía», TUR AUSINA, R. (DIR.) *Problemas actuales de derecho constitucional en un contexto de crisis*, Comares, Granada.

⁶ MÁIZ, R. (2005). «Nacionalismos e inmigración en Francia: la République une et indivisible y el affaire du foulard», *Revista de Estudios políticos* (nueva época), nº129, Madrid, julio-septiembre, p.7.

⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2012). «La ciudadanía borrosa: Ciudadanías multinivel», Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, nº 7, Ejemplar dedicado a: El pueblo del Estado. Nacionalidad y Ciudadanía en el Estado Constitucional. ALÁEZ CORRAL, B. (coord.), p. 296.

⁸ BIGLINO CAMPOS, P. (1995). «Ciudadanía europea y legitimidad democrática», *Revista de Estudios Europeos*, nº 9, pp. 7-12. La profesora Biglino en este estudio desarrolla la idea de que el disfrute de los derechos políticos que componen el status de ciudadano exige dos requisitos más: el ejercicio del derecho de petición que suele reservarse a los mayores de edad mientras que para el derecho de voto no sólo se exige la nacionalidad y la mayoría de edad sino también la inscripción en el censo electoral.

⁹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2012). «La ciudadanía borrosa: Ciudadanías multinivel», op. cit... p.292-293.

como un estatus participativo¹⁰, lo que viene a colación con la importancia de la primera reforma constitucional del art. 13.2 CE y, con la propuesta de una nueva reforma constitucional sobre este aspecto, que permita igualar la participación política de las personas nacionales y residentes de un país, por lo que les permite a los titulares de estos derechos participar en la formación de la voluntad del Estado¹¹.

En los últimos años, ha habido un aumento muy significativo de la población extranjera residente en España. En 2016 aumentó el número de extranjeros por primera vez desde 2011 en 6.892, aunque es importante señalar que en estos resultados influye el proceso de adquisición de nacionalidad española según los datos del INE.¹² Los datos más recientes, aunque provisionales aún, son de junio de 2019, según los cuales la población extranjera de España aumentó en 276.186 personas durante 2018 y se situó en 46.934.632 habitantes a 1 de enero de 2019¹³.

Los conceptos jurídicos de nacionalidad y ciudadanía siguen dos vías paralelas, pues son términos que se utilizan de manera sinónima, sin atender al aspecto más significativo: la ciudadanía, entendida como cualidad formal de la persona que le adscribe a un colectivo humano sobre el que ejerce su poder el Estado, y la nacionalidad, como proceso jurídico de integración del individuo en las diferentes esferas de participación social, y especialmente en la política¹⁴.

La nacionalidad y la ciudadanía suponen la forma de medir el mayor o menor grado de participación social y política, así como su grado de sujeción al ordenamiento jurídico y constitucional de un país. La nacionalidad, conlleva el vínculo jurídico que une a la persona con el Estado, además de ser un derecho fundamental, para la adquisición de la nacionalidad, es necesario como requisito, la residencia en el país de manera continuada durante 10 años, período inmediatamente anterior a la solicitud, aunque hay casos donde el período de residencia se puede reducir¹⁵.

¹⁰ Ver un análisis más profundo sobre este tema en RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2016). «Las dos caras de la ciudadanía moderna: entre la nacionalidad y el estatus participativo», *Revista Europea de Derechos fundamentales*, primer semestre, pp. 17-18.

¹¹ FRAILE ORTIZ, M. (2003). *El significado de la ciudadanía europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 34.

¹² Recuperado de: http://www.ine.es/prensa/cp_2017_p.pdf

¹³ Recuperado de: http://www.ine.es/prensa/cp_e2019_p.pdf

¹⁴ ALÁEZ CORRAL, B. (2005). «Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórica-funcional», vol.6, *Historia Constitucional*, pp.88-89.

¹⁵ Cinco años: para la concesión de la nacionalidad española a aquellas personas que hayan obtenido la condición de refugiado. Dos años: para los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o personas de origen sefardí. Un año: El que haya nacido en territorio español, el que no ejerció debidamente su derecho a adquirir la nacionalidad española por opción, el que haya estado sujeto legal-

El Estado social y democrático de Derecho ha significado un avance en la relación inmigración-nacionalidad-ciudadanía. El principio democrático junto con la supremacía de la Constitución, respecto al resto del ordenamiento jurídico, ha permitido una consolidación de la figura del ciudadano, (aunque aún es necesario reformar la Constitución sobre este aspecto) afianzando el estatus jurídico del individuo mediante la adquisición de la nacionalidad o incluso su participación en los comicios locales sin necesidad de ser nacional (art. 13.2 CE). Es decir, asentar constitucionalmente la situación de personas extranjeras que residen en España de manera legal, pudiendo adquirir la nacionalidad y, por tanto, los derechos que de ella derivan, o bien, sin necesidad de ser nacional, participar plenamente como ciudadano en la vida política y jurídica de nuestro país.

Nacionalidad y ciudadanía son dos conceptos que se han unido tan nítidamente que se utilizan indistintamente en los países europeos, incluso llegando a absorber el término de ciudadanía al de nacionalidad¹⁶, entendiendo el concepto de ciudadanía como la capacidad de participación del individuo como miembro de pleno derecho de la comunidad estatal a la que está sometido¹⁷ y, el principio de nacionalidad, según Elisa Pérez Vera, sería el vínculo existente entre el Estado y el individuo, que permite identificarle como miembro de su población¹⁸.

Desde el punto de vista jurídico-constitucional, el punto de desencuentro entre nacionalidad y ciudadanía se situaría en el artículo 1.2 de la

mente a la tutela (bajo la vigilancia de un tutor), guarda o acogimiento (el acogimiento que permite la reducción de residencia legal a un año es aquél en que existe resolución de la entidad pública que tenga en cada territorio encomendada la protección de menores y los acogimientos que estén judicialmente reconocidos) de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud, el que, en el momento de la solicitud, lleve un año casado con un español o española y no esté separado legalmente o de hecho, el viudo o viuda de española o español, si en el momento de la muerte del cónyuge no estaban separados, de hecho o judicialmente.

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ciudadanos/tramites-gestiones-personales/nacionalidad-residencia>

¹⁶ En el ámbito anglosajón, a veces, se contraponen la nacionalidad, entendida como ciudadanía formal a la ciudadanía en sentido estricto, entendida como ciudadanía material, y otras veces se utiliza el término ciudadanía como sinónimo de ambas categorías, en ALÁEZ CORRAL, B. (2005). «Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórica-funcional», *Historia Constitucional*, vol. 6, p.89.

¹⁷ Cfr. ALÁEZ CORRAL, B. (2005). «Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórica-funcional», op.cit., p. 89.

¹⁸ PÉREZ VERA, E. (1996). «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers» *Recueil des Cours*. *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 261, Martinus Nijhoff Publishers, p. 278.

Constitución española, es decir, sobre quién recae la soberanía: el sujeto nacional; por lo que, la distinción, en cierta manera, se daría en el tiempo. El nacional es titular de todos los derechos por el simple hecho de haber nacido en ese territorio, mientras que el extranjero adquirirá dicha condición cumpliendo determinados requisitos de tiempo de residencia. ¿Pero es necesario ser nacional para ser considerado ciudadano?

En esta cuestión es donde encontraríamos los diferentes niveles de ciudadanía:

- Ciudadanía relativa (pasiva): atributiva de la condición de representado políticamente, en tanto integrante de la nación o el pueblo del Estado, y de la garantía de los derechos civiles (de libertad) de la persona.
- Ciudadanía absoluta (activa): ligada a la atribución de los derechos políticos que correspondería a un círculo de sujetos más reducido de ciudadanos.

Pero dicha distinción, como aclara Aláez, no se sostiene en estos momentos, pues la primera de ellas se identifica con lo que hoy denominamos nacionalidad, mientras que la segunda corresponde al concepto moderno de ciudadanía.

Por lo que, podemos concluir, exponiendo que ambos conceptos se encuentran íntimamente ligados, que se utilizan indistintamente, pues, aunque se entienda que es necesario ser nacional para ser considerado ciudadano, como se planteó en el período revolucionario francés, con claras distinciones en comparación con el planteamiento del principio democrático, lo cierto es, que los extranjeros residentes de manera legal en España también serán considerados ciudadanos. Es cierto, no obstante, que existe un límite relativo al pleno reconocimiento de derechos, por lo que se entiende la ciudadanía desde diferentes niveles de participación política y social, como sujeto vinculado al Estado y a su ordenamiento jurídico y constitucional.

III. CIUDADANÍA MULTINIVEL

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹⁹ establecía en su art. 17, que «será considerado ciudadano europeo toda persona que ostente la nacionalidad de algún país miembro». Por lo tanto, se unen dos caminos hasta entonces desconocidos, en primer lugar, reconocen que ser nacional de un Estado miembro de la UE conlleva la adquisición de un nuevo concepto,

¹⁹ Vigencia desde 12 de junio de 1985. Esta revisión vigente desde 8 de noviembre de 2001 hasta 1 de diciembre de 20.

la ciudadanía europea, lo que se suma una nueva escala al concepto de ciudadanía, adquiriendo un nuevo calificativo «europeo»²⁰.

¿Qué consecuencias supone este nuevo reconocimiento? Por un lado, es un requisito ser nacional de un país miembro de la UE, por lo que este artículo ya supone una discriminación a aquellos extranjeros residentes de un país miembro, pues se les excluye de esta nueva ecuación, no podrán ser considerados ciudadanos europeos los no nacionales, es decir, la residencia en el territorio no ha logrado suplir al criterio de nacionalidad para ser ciudadano europeo²¹.

En 1997 se optó por incorporar al texto del Tratado de Ámsterdam la aclaración «la ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional» aunque este texto sufrió una nueva modificación en el Tratado de Lisboa sustituyendo complementaria por adicional. Quedando recogido dicho texto en el TFUE y también en el TUE, en el que se declara que «la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla». Aunque ha habido diversas interpretaciones por los cambios que se produjeron en este artículo, lo que queda claro es que la ciudadanía nacional es la principal y la ciudadanía europea la complementa, pues es *conditio sine qua* non ser nacional de un país miembro para adquirir la condición de ciudadano europeo.

La vía opcional que se ha ofrecido por una parte de la doctrina, para incorporar a los residentes no nacionales de un país miembro como ciudadano europeo es el vínculo, el arraigo. Bastida basa ese arraigo en los siguientes criterios:

- La incorporación como vínculo relevante el criterio de residencia permanente
- La lealtad de los ciudadanos hacia su Estado y su comunidad.

Sin embargo, se ha mantenido como criterio necesario para adquirir la ciudadanía europea pertenecer a un país miembro, es decir, ser nacional del mismo, excluyendo a los residentes de terceros países, aunque dicha

²⁰ Véase LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2013). «La Ciudadanía Europea: Una Cuestión Abierta», Uned. Teoría y Realidad Constitucional, n° 32, pp. 357-372. DI MAIO, C. Y TOMÁS, A. (2018). «La ciudadanía europea ante el reto de la unidad política: ¿mero estatus de libertades o motor para una sólida integración de la Unión Europea?» Revista Derecho del Estado n.º 40, enero-junio, pp. 181-20.

²¹ FRAILE ORTIZ, M. (2012). «La ciudadanía europea (entre paréntesis)», en ALÁEZ CORRAL, B., *El pueblo del Estado. Nacionalidad y ciudadanía en el Estado constitucional-democrático*, Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, n°7, p. 312.

residencia sea de larga duración y haya creado un vínculo con dicho país, incluso a veces mayor que nacionales que viven fuera de su país de origen.

Otro aspecto importante es la adquisición y pérdida de la ciudadanía europea, la condición, se adquiere siendo nacional de un país miembro de la UE, sin olvidar lo que desarrolla por ley cada país miembro, sin embargo, en lo que habría que centrarse es en la pérdida de esa condición. A grandes rasgos no parece complejo, cuando alguno de los países deje de pertenecer a la UE. Aunque también hay que tener en cuenta la legislación de cada país miembro, lo que da un margen muy amplio de posibilidades, hasta 27 posibles diferentes causas, como ha interpretado en varias ocasiones el TJUE «la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho Internacional, complementaria de cada Estado (...)»²².

Dicha jurisprudencia deja abierta otra puerta, cada Estado miembro puede, según su desarrollo legislativo, decidir qué nacionales son considerados ciudadanos europeos, lo que conllevaría según los criterios de cada Estado a una situación discriminatoria, por lo que, habría que fijar criterios mínimos comunes a todos los países²³. El primer paso que se llevó a cabo, para establecer dichos criterios, fue la aprobación en 1997 del Convenio sobre nacionalidad, pero por ejemplo España no lo ha ratificado, entre otros, por lo que resulta difícil homogeneizar dichos criterios.

El problema continúa situándose en la consideración del concepto de ciudadano-nacional. La ciudadanía entendida como la capacidad de participación en la gestión de los asuntos públicos, siendo únicamente el ciudadano-nacional el que tiene derecho a ser representante y representado, pudiendo, por lo tanto, presentarse como candidato a las elecciones europeas, nacionales y autonómicas, así como participar ejerciendo el derecho de sufragio activo en las mismas²⁴. Derechos que serán limitados a los extranjeros de terceros países, pero también, aunque en menor medida a los extranjeros de países miembros. En 1992, hubo un avance, permitiendo a través de la modificación del art. 13.2 de la Constitución española, que los extranjeros de países miembros de la UE puedan ejercer no sólo el derecho de sufragio activo sino también el derecho de sufragio pasivo, no en las elecciones generales, sino en las elecciones municipales. Para que los extranjeros en un país

²² Al respecto, entre otros casos, STJUE Micheletti, apartado 10, Mesbah apartado 29, Zhu y Chen apartado 37, etc.

²³ Cfr. FRAILE ORTIZ, M. (2012). *El significado de la ciudadanía europea*, op.cit., p.178.

²⁴ DURÁN AYAGO, A. (2015). «Ciudadanía democrática vs identidad nacional: los derechos políticos de los extranjeros en España», Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, nº19, pp.93-94.

puedan ejercer este derecho, dependerán de los criterios de reciprocidad que hayan acordado entre los diferentes países, y según lo establecido en los tratados y en la ley. España solo ha firmado Acuerdos con 12 países para que pueda ser ejercido el derecho de sufragio pasivo por los extranjeros de terceros países.

Para participar en las elecciones²⁵, los ciudadanos de la UE deberán solicitar su inclusión en el censo electoral del país de residencia, presentando los mismos documentos que los electores nacionales. Asimismo, atenderá que, si en un país miembro se fija un tiempo mínimo de residencia para poder participar del derecho de sufragio activo o pasivo, se entenderá que los ciudadanos de la UE de otro país miembro también deben cumplir dicho requisito²⁶.

Según lo que establece la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, los países de la UE podrán denegar a la ciudadanía de la UE el derecho de sufragio pasivo si:

- Han sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en virtud de la legislación de su país de la UE de origen como consecuencia de una decisión individual en materia civil o penal.
- No pueden presentar una declaración de nacionalidad y residencia u otros documentos que certifiquen su identidad, si se la solicitan.

Los países de la UE podrán decidir que la condición de cargo municipal elegido en el país de residencia es incompatible con funciones ejercidas en otros países UE.

Además de reconocer este derecho de participación en las elecciones al Parlamento europeo y municipal en el estado miembro de residencia, es decir, derecho de sufragio activo y pasivo, la condición de ciudadano europeo conlleva el reconocimiento:

²⁵ El art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (1985) reconoce «el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado».

²⁶ También es interesante ver la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

- Del derecho a circular y residir libremente el territorio de los Estados miembros²⁷.
- Acceso a la protección diplomática y consular.
- Derecho de petición ante el Parlamento europeo.
- Posibilidad de recurrir ante el Defensor del Pueblo.
- Derecho a una buena Administración y tener acceso a documentos de instituciones y organismos de la Unión.

En el Consejo Europeo de Tampere se prestó especial atención a la situación de aquellos ciudadanos de terceros países que llevaban mucho tiempo residiendo en un país europeo de manera legal y continuada. En 1999 se llevó a cabo una propuesta, sobre el estatuto de los residentes de larga duración, para que una vez que consigan el estatuto de residente de larga duración se les reconozcan una serie de prestaciones similares a la de los nacionales en materia de:

- Condiciones de acceso a un empleo asalariado y a una actividad por cuenta propia, así como condiciones de empleo y trabajo (descanso semanal, normas de higiene, vacaciones anuales, salario, condiciones de despido).
- Educación y formación profesional, reconocimiento de títulos²⁸.
- Protección social (subsidios familiares, pensiones de jubilación) y asistencia sanitaria.
- Asistencia social (renta mínima, pensiones mínimas, ayuda médica gratuita).
- Ventajas sociales y fiscales, acceso a bienes y servicios.
- Libertad de asociación y afiliación, y participación en organizaciones de trabajadores o patronos.
- Libre acceso al conjunto del territorio del Estado miembro concerniente.

En cuanto al reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los inmigrantes nacionales de terceros países, es decir, a los ciudadanos no

²⁷ Ver sobre este tema VIDAL FUEYO, C. (2006). «La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de Abril, en materia de Libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, nº18, pp. 429-441.

²⁸ Véase Unión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones (2017). «Reforzar la identidad europea mediante la Educación y la Cultura»

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2017%3A673%3AFIN>

miembros de la Unión Europea, hay que señalar que España presentó en 2005 una Proposición de Ley Orgánica para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España, pero caducó sin ser debatida.

En 2006 se presentó una nueva proposición no de ley, con modificaciones sobre el texto inicial, en la que se instaba al Gobierno a avanzar en criterios de reciprocidad en el ejercicio de derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros en España, en los términos que establece el art. 13.2 CE, fue aprobada, pero no se dio cumplimiento a lo previsto en dicha proposición²⁹. No fue hasta 2008 cuando se volvió a retomar este debate consiguiendo los votos favorables del Gobierno y del PSOE para «el reconocimiento del derecho de voto en las elecciones municipales a todos los inmigrantes con residencia estable»³⁰.

Desde 2008 se han firmado 12 acuerdos con diferentes países³¹ con el fin de reconocer a los nacionales de los estados firmantes el derecho de voto en las elecciones municipales. Se establecen como requisitos indispensables: ser mayor de 18 años, tener permiso de residencia, haber residido legal e ininterrumpidamente en España durante 3 años y deberán estar domiciliados en el municipio en el que les corresponda votar y figurar inscritos en su Padrón Municipal.

En la Constitución española el derecho de participación política viene reconocido en el artículo 23, en el que los ciudadanos tienen derecho a participar en asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal³². Este artículo se complementa con el artículo 13.2 en el que se establece que «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse

²⁹ CARRASCO DURÁN, M. (2010). *El derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales. Nuevas realidades*, Fundación Democracia y Gobierno Local, p. 148.

³⁰ Véase LUCAS MARTÍN, J. DE y otros (2008). *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Madrid, pp. 46 y ss, LUCAS MARTÍN, J. DE (2009). «Inmigración, diversidad cultural, reconocimiento político», *Revista de Sociología, Papers*, nº 94, pp. 11-27.

³¹ Convenio de reciprocidad en el ejercicio de sufragio activo: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú, Cabo verde, Rusia y Marruecos. https://elpais.com/elpais/2011/01/25/actualidad/1295947035_850215.html 10/03/2018.

³² Véase sobre este tema, RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2015). «Las dos caras de la ciudadanía moderna: entre la nacionalidad y el estatus participativo», *Revista Europea de Derechos fundamentales*, primer semestre, p. 34, en el que hace referencia al significado de «ciudadanos» del artículo 23 en un sentido estrictamente formal, solo a los que ostentan la nacionalidad española.

por tratado o por ley para el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

Así, en la actualidad, este derecho se reconoce también a los residentes en España con nacionalidad de otros países de la Unión Europea. En cuanto a los nacionales extracomunitarios, en España, podrán votar en las elecciones municipales siempre que hayan firmado un tratado internacional basado en el principio de reciprocidad con el país de origen, es decir, gozarán del derecho de sufragio todos aquellos nacionales originarios de países con los que España tenga suscrito tratado internacional, en virtud del principio de reciprocidad, entendiendo dicho principio «como cualquier sistema electoral que pueda ser considerado democrático y permita el ejercicio del derecho de sufragio a los residentes españoles, satisface dicho requisito de reciprocidad»³³, entendiendo, por lo tanto, que no se daría dicha reciprocidad si el Estado con parte exigiera a los españoles un periodo de residencia sustancialmente diferente al requerido por España.³⁴

Aunque realmente no se han celebrado muchos tratados con España que reconozcan a los extranjeros el derecho de sufragio en las elecciones municipales, pues la mayoría de los Tratados no reconocen ese derecho directamente, pues se remiten a lo que se disponga en acuerdos complementarios.³⁵

En el caso de Argentina, Colombia, Uruguay o Venezuela existen Tratados Generales de Cooperación y Amistad en los que se prevé que los nacionales de uno y otro Estado puedan votar en las elecciones municipales del Estado de residencia y del que no sean nacionales, conforme a las normas que establezcan en un Acuerdo complementario y ateniéndose a los respectivos regímenes constitucionales y legales. Otros Tratados, sin embargo, solo se remiten a sus respectivas legislaciones, como es el caso de Chile en el Tratado firmado con España sobre Cooperación y Amistad, aunque hay que destacar el Acuerdo específico sobre el reconocimiento del derecho a votar en las elecciones municipales a los nacionales noruegos en España y a los españoles en Noruega (1990), como se detalla en el Informe del Consejo de Estado. Todo ello fiel reflejo de la poca participación de los extranjeros residentes en nuestro país en las elecciones municipales.

Aunque viene regulado en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en el artículo 176, en el que establece que «... gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en

³³ SANTOLAYA, P. Y REVENGA SÁNCHEZ, M. (2006). *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Foro inmigración y Ciudadanía, 13, CEPC, Madrid, pp.11-82.

³⁴ Cfr. CARRASCO DURÁN, M. (2010). *El derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales*, op.cit., pp. 149-150.

³⁵ LLORENTE, R., ALSINA, L., et al. (2009). Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General, pp. 39-40.

España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado», matizando a continuación los requisitos necesarios para poder ejercer dicho derecho sin haber adquirido la nacionalidad española, como hemos visto anteriormente.

También se reconoce en el art.177.1. de la LOREG del derecho de sufragio pasivo, en análogas condiciones a las previstas en el art. 176, se exige que el Estado extranjero otorgue a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales y que se haga, precisamente, en los términos de su tratado, además de precisar que no hayan sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en su Estado de origen.

El reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros residentes de larga duración, aunque sólo sea en las elecciones municipales³⁶, puede considerarse una cuestión de estricta justicia, teniendo en cuenta que contribuyen al desarrollo de su comunidad de residencia, como establece el Informe del Consejo de Estado. Y es que, el reconocimiento de dicho derecho supone una garantía para la integración social de los inmigrantes, incorporando a los extranjeros en la sociedad como miembros de pleno derecho. También se considera como una medida de integración de los extranjeros porque obliga a los partidos políticos, en los procesos electorales, a tener en cuenta las necesidades de esa parte de la población, buscando la manera de dar respuesta a los problemas que les plantean.

Dada la importancia del reconocimiento de dicho derecho a los extranjeros, supone una contradicción y un obstáculo importante que vaya unido al principio de reciprocidad, pues según establece el artículo 13.2 de la CE y la Ley Orgánica 04/2000 de 11 de enero, de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su art. 6, sólo se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros de terceros países cuando se establezca por ley o por tratado con criterios recíprocos y, a tenor de lo que interpreta el TC en su STC 132/1998 *«El principio de reciprocidad tiene un significado jurídico preciso, consistente en que un poder público condiciona su actuación a que otro poder público, distinto y ajeno al primero que actúe de la misma manera que él, so pena de que ambos se nieguen recíprocamente lo que a los dos interesa, permaneciendo inactivos o actuando cada uno por su cuenta»*.

Por lo tanto, como se especifica en la CE y en la legislación estatal, es requisito imprescindible, basarlo en el principio de reciprocidad, siendo más restrictiva la ley que la CE, pues el art. 13.2 solo establece el reconocimiento

³⁶ Véase con más profundidad ARNALDO ALCUBILLA, E. Y RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., (1998). «Una revisión crítica del derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales ante la primera aplicación en España», *Revista de las Cortes Generales*, 45, pp. 205 y ss.

de ese derecho en ambos países, siendo objeto mismo del acuerdo, sin embargo la ley de extranjería, establece que deben incluirse las condiciones para su ejercicio debiendo ser iguales o similares en ambos países para poder reconocerse el sufragio a ambos países por igual, por lo que se entiende una versión más restrictiva por parte de la ley. Lo que nos lleva a cuestionarnos si el reconocimiento del derecho de participación política se basa en dicho principio, para que se produzca un intercambio de favores entre Estados o se busca la consideración de ciudadano a toda persona que reside en un Estado.

En España, la política de integración es en su mayor parte responsabilidad de los municipios y de las Comunidades Autónomas, y, dado que muchos municipios carecen de medios financieros y de infraestructuras suficientes, se encuentran con numerosas dificultades para hacer frente a ella.³⁷

Ni la Constitución española, ni la Ley de Base del Régimen Local se refieren a la inmigración específicamente. Solamente hacen referencia a los extranjeros en cuanto a su inscripción en el Padrón. Así la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, sólo hace mención a la actividad que deberían desarrollar los municipios en materia de inscripción de los extranjeros en el padrón de los habitantes y con respecto a su participación en el Consejo Superior de Política de Inmigración.

Sin embargo, aunque no son competencias muy amplias, sí imprescindibles para el pleno desarrollo e integración de los inmigrantes en nuestro país, porque se ocupan de dos aspectos necesarios para que puedan iniciar el reconocimiento de derechos y, por tanto, su integración en España. Las administraciones públicas locales son los servicios que se prestan más cercanos a las personas de origen extranjero y a la que se acude para gestionar el padrón, instrumento esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales como la educación o a la sanidad, así como las prestaciones y ayudas sociales, de educación y asistencia sanitaria, que son factores determinantes para favorecer la integración social del inmigrante.

El ámbito local³⁸ se ocupará de la entrada y residencia de los inmigrantes y del permiso de residencia, que es requisito necesario para poder ejercer, si fuera posible, el derecho de sufragio activo.

³⁷ ORTEGA GIMÉNEZ, A Y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S. (2008). «El derecho al voto de los extranjeros en las elecciones municipales españolas. ¿Integración o interés?», *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 8, UNAM, Instituto de Investigaciones científicas, p.594.

³⁸ Ver sobre este tema, EXPÓSITO, E. (2013). «Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa», *Monografías de la Revista Aragonesa de la Administración Pública*, XIV, pp. 361-401.

El art. 149.1.2 de la CE establece que es competencia exclusiva del Estado la materia de «Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo», sin embargo, las CCAA han ido reforzando las competencias en relación a las políticas de integración no por vía directa, sino a través del art. 148.1.20 asistencia social, art. 148.1.21 sanidad, en cuanto a la ejecución de los servicios de la Seguridad Social (art. 149.1.17) y del derecho a la educación art. 149.1.30 sobre « la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del derecho a la educación regulado en el art.27 de la CE».

El problema de la ejecución de dichas materias es que cada Comunidad Autónoma dedica diferentes partidas presupuestarias a la asistencia social y a la ejecución sanitaria, por lo que se verán, dependiendo de la Comunidad Autónoma, más beneficiados en unas Comunidades que en otras, existiendo un desequilibrio en el reconocimiento de derechos y prestaciones sociales dependiendo del territorio español en el que se encuentren.

IV. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES-LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

El art. 10.1 de la Constitución española establece que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Por lo tanto, el desarrollo de la personalidad es el único requisito para alcanzar la dignidad, y por consiguiente el disfrute de la capacidad jurídica pareja a él, que vendría a identificarse con la capacidad para ser titular de los derechos inviolables que le son inherentes.³⁹

Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha basado la titularidad de los derechos en ciertos requisitos discriminatorios, por ejemplo, la nacionalidad, el art. 1.2 de la CE reconoce la soberanía al pueblo español, por lo tanto, restringe la soberanía sólo a los nacionales.

El pleno reconocimiento de todos los derechos vendría restringido por ciertos criterios o condiciones a la hora de ejercerlos, por ejemplo, la mayoría de edad, la nacionalidad, etc. Sin embargo, la STC 197/1991 FJ 4º, considera a los menores como titulares de los derechos y libertades públicas, a pesar de que éstos no puedan ejecutar por sí solos todo su contenido durante el amplio periodo de la minoría de edad. Y en el caso de los extranjeros se pueden

³⁹ BASTIDA FREIJEDO, F., ET AL. (2004). *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, p.84.

ampliar los derechos por la ley y los tratados⁴⁰. Por lo tanto, a lo que hay que remitirse no es a la titularidad de los derechos, sino al ejercicio de los derechos, es decir, si ha alcanzado la capacidad de obrar, pues con carácter general una persona por el hecho de serlo, además de titular posee dicha capacidad para ejercer los derechos como señala Bastida⁴¹, por lo que se entendería que se restringe dicha capacidad en determinados momentos sujeta a ciertos criterios personales o temporales.

En el caso de los criterios de nacionalidad, se han ido modificando y las restricciones que se imponían se han ido actualizando. Por ejemplo, la Constitución española modificó el art. 13.2 como ya hemos visto, así como la aprobación de la respectiva legislación española y europea. Además del Tratado de Maastricht, en 2003 el Dictamen Económico y Social Europeo sobre la incorporación de la UE solicitó que se otorgara la ciudadanía no sólo a los nacionales de los Estados miembros sino también a las personas que residan de manera estable en la UE, es decir, que se reconozca el derecho de sufragio activo y pasivo al Parlamento Europeo y también a las elecciones municipales. La Comisión de Venecia, en el informe sobre la eliminación de restricciones al derecho a voto en las elecciones generales, al menos en las elecciones municipales de los extranjeros residentes, señala que es una cuestión de auténtica justicia, teniendo en cuenta que contribuyen al desarrollo de su comunidad de residencia.

En la STC 107/1984, el Tribunal clasificó los derechos de los no nacionales en tres categorías:

1. Aquellos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que son imprescindibles (derivan de la dignidad de la persona, de la garantía de esta, por lo que corresponden por igual a españoles y extranjeros).
2. Los derechos políticos, que como ya hemos visto, salvo excepciones, solo se reconocen a los ciudadanos españoles.
3. Los demás derechos, de los que serán titulares los no nacionales en la medida y términos en los que los reconozcan los Tratados internacionales o las leyes, será en este aspecto donde se reconoce cierta discriminación, la diferencia de trato entre españoles y extranjeros en cuanto al ejercicio de dichos derechos⁴².

⁴⁰ Véase en relación con este tema MANGAS MARTÍN, A. (2005). «La familia extranjera del ciudadano de la Unión. Una inmigración privilegiada», en ÁLVAREZ CONDE, E. Y PÉREZ MARTÍN, E. (dirs.), *Estudios sobre derecho de extranjería*, IDP, Madrid, pp.325-344.

⁴¹ Cfr. BASTIDA FREIJEDO, F., ET AL. (2004). *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op. cit., pp. 85-86.

⁴² Véase en relación con el reconocimiento de derechos a los extranjeros con más profundidad la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciem-

A pesar de que cada vez es mayor el desarrollo legislativo que protege a los extranjeros de terceros países frente al reconocimiento de derechos, es cierto que se basan en condiciones de desigualdad, pues no existen criterios uniformes para todos los países, permitiendo el desarrollo legislativo a cada uno, y los acuerdos basados en el principio de reciprocidad, que excluye en cierta manera, la posibilidad de que los residentes no nacionales de un país dependan de los acuerdos a los que lleguen los gobiernos de los países, cuando debería ser suficiente con ser persona residente para ser titular de todos los derechos por igual a los ciudadanos de dicho país y no usar como criterio de exclusión la nacionalidad para el ejercicio de determinados derechos, pues lo importante sería promover la integración.

En el marco de los acuerdos de Tampere (oct. 1999) la Comisión presenta una sección sobre la integración de los nacionales de terceros países, la noción de ciudadanía cívica, como un conjunto común de derechos y obligaciones básicas (COM (2000) 757 final). De hecho, la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea se presenta como la principal base y marco de referencia de la ciudadanía cívica de 2000⁴³. La noción de ciudadanía cívica se inserta como una vía imprescindible para garantizar la integración de los inmigrantes. La definición de integración debe entenderse como *«un proceso bidireccional basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes de los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permite la plena participación de los inmigrantes. Ello supone, por un lado, que la sociedad de acogida tiene la responsabilidad de garantizar los derechos formales de los inmigrantes de tal manera que estas personas tengan la posibilidad de participar en la vida económica, social, cultural y civil; y, por otro lado, que los inmigrantes deben respetar las normas y los valores fundamentales de la sociedad de acogida y participar activamente en el proceso de integración, sin ello tener que renunciar a su propia identidad»*⁴⁴.

Se plantean como los elementos necesarios para elaborar las políticas de integración: la educación y los conocimientos lingüísticos, la integración en el mercado laboral, los problemas urbanos y de vivienda, los servicios sanitarios y sociales, el entorno social y cultural, la nacionalidad, la ciudadanía

bre de 1984) sobre Autorización de residencia en España exigida a los extranjeros como requisito para acceder a un puesto de trabajo.

⁴³ ZAPATA-BARRERO, R. (2004). Una nueva «filosofía» de la UE: tradición versus innovación en la propuesta de ciudadanía cívica, II Seminario inmigración y Europa. Cinco años después de Tampere, p.63.

⁴⁴ COM (2003) 336 final, de 3 de junio, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre inmigración, integración y empleo. (Sección 3.1).

cívica y el respeto por la diversidad (sección 3.3) y para la consecución de dicha integración mediante estas políticas. La Carta de Derechos Fundamentales establece un marco básico de reconocimiento de derechos a la ciudadanía cívica, que se reconoce por su carácter universal y otros derivados de los derechos de los ciudadanos de la Unión⁴⁵.

Lo que plantea la Comisión es reconocer a los inmigrantes la condición de ciudadanía cívica, pues considera que sería muy beneficioso para el proceso de integración en la sociedad y para la adquisición de la nacionalidad. Se trataría de un primer paso, para que las personas residentes de larga duración en un país miembro de la Unión Europea puedan posteriormente alcanzar la ciudadanía europea. Basándose en una definición orientada en la igualdad jurídica «supone la expresión más acabada de la voluntad de la UE de hacer real y efectivo, de forma progresiva y creciente, el derecho indivisible y universal de la igualdad de todas las personas ante la ley» (sección 2.3)⁴⁶ basándose en la igualdad material que defiende como nuevo criterio de atribución de la ciudadanía la residencia permanente.

En la Resolución que el CESE dirigió a la Convención Europea manifestó que «una Comunidad no puede tener en su seno a una parte de miembros en situación de exclusión respecto a los derechos políticos y demás derechos que sí tienen los extranjeros que sean nacionales de los Estados miembros.» Por lo que se apuesta por una ciudadanía europea plural, inclusiva y participativa en base al principio de igualdad de todas las personas ante la ley.

Aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que un ciudadano de la Unión sólo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida, en materia de prestaciones sociales, si su estancia en el territorio cumple con determinados requisitos (medios económicos suficientes y seguro médico). Si no cumplen con dichos requisitos, no tienen derecho a beneficios no contributivos para los inactivos y es que la Directiva 2004/38 es la ley europea que establece las condiciones de ejercicio previstas en el art. 21 del TFUE y exige; o bien tener un trabajo, o tener recursos suficientes y un seguro médico para que ningún ciudadano sea una carga para el Estado de acogida⁴⁷ (aunque hay ciertas adaptaciones

⁴⁵ La libertad de circulación y de residencia, el derecho de trabajar, de establecerse o de prestar servicios, el derecho a ser elector y elegible en las elecciones del Parlamento Europeo y en las elecciones municipales, el derecho a la protección diplomática y consular y el derecho de petición, el derecho de acceso a los documentos y la no discriminación sobre la base de la nacionalidad.

⁴⁶ Dictamen 593/2003 del Comité Económico y Social Europeo sobre «La Incorporación de la ciudadanía de la Unión Europea»

⁴⁷ Lo que se pretende es impedir que los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia. Sentencia TJUE, Dano, pp. 63 y 76.

para los estudiantes). La Directiva 2004/38, también dispone como requisitos para poder disfrutar de las prestaciones de asistencia social, la adquisición del derecho de residencia permanente que se adquiere a los cinco años de residencia.

V. ¿ES NECESARIA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA CIUDADANÍA?

La necesidad de lograr el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales de las personas exige «una concepción común de estos derechos y libertades» que permita el cumplimiento de este compromiso. La Declaración Universal de derechos humanos de 1948 garantiza «el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Por tanto, si nos basamos en el reconocimiento de que estos derechos son iguales e inalienables a todos los seres humanos, podemos decir que todos los seres humanos son ciudadanos. Todos son titulares de los derechos humanos, todos son libres e iguales, y, por tanto, todos deben ser educados en una cultura de derechos humanos para lograr el respeto mutuo y una convivencia cívica pacífica⁴⁸.

La construcción jurídica de la ciudadanía multinivel, es decir la diferenciación en grados de la ciudadanía dependiendo del ámbito (estatal, autonómico, local) «ha de consistir en poner a disposición del individuo el acceso a grados de ciudadanía adecuados a la intensidad de su presencia y permanencia en la comunidad de la que forma parte»⁴⁹. Desde el punto de vista de una sociedad democrática, la nacionalidad y la ciudadanía han de construirse desde la sociedad de individuos libres e iguales que se relacionan entre sí, y no desde la pertenencia de una nacionalidad.

Por lo tanto, una propuesta de reforma constitucional sería no reconducir la ciudadanía sólo a la nacionalidad sino también a la vecindad, para poder dotar de plenos derechos de participación política a los residentes de nacionalidad extranjera para permitir un proceso de integración mayor y evitar exclusiones por razones de nacionalidad. El art. 22 del Código civil prevé que *«para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado 10 años, serán suficientes 5 años para los que hayan obtenido la condición de refugiado, dos años de residencia legal continuada, inmediatamente anterior a la solicitud de la nacionalidad cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea*

⁴⁸ SOUTO PAZ, J.A. (2010). *Educación, democracia y ciudadanía*, Dykinson, Madrid, p.24.

⁴⁹ BASTIDA FREIJEDO, F., ET AL. (2004). *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, p.27.

Ecuatorial o Portugal o sefardíes» o de un año para «el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles».

La adquisición de nacionalidad lleva consigo la plenitud de derechos de ciudadanía. Lo que se propone es democratizar el acceso a la nacionalidad, cuando se trate de una condición para el disfrute de la ciudadanía, reduciendo plazos y requisitos, pero también, evitando el reconocimiento de derechos solo por la adquisición de la nacionalidad. Es decir, que los residentes de larga duración, puedan ser sujetos de reconocimiento de derechos, en concreto del derecho de sufragio activo y pasivo⁵⁰. Para lo que se plantearía la modificación del art. 13.2, incluyendo a los residentes de larga duración y eliminando la necesidad de basarse en el principio de reciprocidad, lo que permitiría una mayor integración de los nacionales de otros países en el Estado de residencia e incluso favorecería la expresión de igualdad jurídica y del pluralismo participativo necesarios en un Estado democrático.

En cuanto a la propuesta de modificación del principio de reciprocidad⁵¹, si tenemos en cuenta la importancia del reconocimiento de este derecho a los extranjeros, vincularlo a dicho principio supone una contradicción y un obstáculo importante⁵². Según establece el artículo 13.2 de la Constitución española y el art. 6 de la Ley Orgánica 04/2000 de 11 de enero, de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sólo se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros de terceros países cuando se establezca por ley o por tratado con criterios recíprocos y, a tenor de lo que interpreta el TC en su STC 132/1998 «El principio de reciprocidad tiene un significado jurídico preciso, consistente en que un poder público condiciona su actuación a que otro poder público, distinto y ajeno al primero que actúe de la misma manera que él, so pena de que ambos se nieguen recíprocamente lo que a los dos interesa, permaneciendo inactivos o actuando cada uno por su cuenta».

⁵⁰ Como señala la profesora Guichot, la participación democrática que se pide es la de todos los ciudadanos y ciudadanas. No la de una minoría... quienes no tengan el reconocimiento de la misma capacidad política que sus conciudadanos/as no son realmente libre porque solo podemos evitar la dominación si no dejamos las decisiones en manos de una minoría, ver GUICHOT, R. (2013). «Participación, ciudadanía activa y educación», Teoría de la Educación, Revista Interuniversitaria, 25, 2, pp. 32-33.

⁵¹ Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2015). «Las dos caras de la ciudadanía moderna: entre la nacionalidad y el estatus participativo», op.cit., p. 34.

⁵² Ver sobre este tema AJA, E. Y MOYA, D. (2008). «El derecho de sufragio de los extranjeros residentes», en AJA FERNÁNDEZ, E., ARANGO VILA-BELDA, J. Y OLIVER ALONSO, J. (coords.). *La inmigración en la encrucijada. Anuario de la inmigración en España*, Bellaterra, Barcelona, pp. 64-81.

BIBLIOGRAFIA

- AJA, E., MOYA, D. (2008). «El derecho de sufragio de los extranjeros residentes», en E. AJA FERNÁNDEZ, E. ARANGO VILA-BELDA, J. Y OLIVER ALONSO, J. (coords.), *La inmigración en la encrucijada*. Anuario de la inmigración en España, Bellaterra, Barcelona.
- ALÁEZ CORRAL, B. (2005). Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórica-funcional, vol. 6, *Historia Constitucional*: Revista electrónica: <http://hc.rediris.es/06/index.html>
- ARNALDO ALCUBILLA, E. Y RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J. (1998). «Una revisión crítica del derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales ante la primera aplicación en España», en *Revista de las Cortes Generales*, 45, p. 205 y ss.
- BASTIDA FREIJEDO, F., et al. (2004). *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid.
- BIGLINO CAMPOS, P. (1995). «Ciudadanía europea y legitimidad democrática», *Revista de Estudios Europeos*, nº 9.
- CARRASCO DURÁN, M. (2010), El derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales. Nuevas realidades, Fundación Democracia y Gobierno Local. <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/658/07%20QDL%2022%20ES-carrasco..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- DI MAIO, C Y TOMÁS, A. (2018), La Ciudadanía Europea ante el Reto de la Unidad Política: ¿Mero Estatuto de libertades o motor para una sólida integración de la Unión Europea?, *Revista Derecho Del Estado* nº 40, Enero-Junio.
- DURÁN AYAGO, A. (2015). «Ciudadanía democrática vs identidad nacional: los derechos políticos de los extranjeros en España», *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº19.
- EXPÓSITO, E. (2013). «Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa», *Revista Aragonesa de la Administración Pública*, XIV.
- FRAILE ORTIZ, M. (2002). *El significado de la ciudadanía europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2012). «La ciudadanía europea (entre paréntesis)», *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº7.
- GUICHOT, R. (2013). «Participación, ciudadanía activa y educación», *Teoría de la Educación, Revista Interuniversitaria*, 25, 2.
- LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J. (2013). «La Ciudadanía Europea: Una Cuestión Abierta», Uned. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32.
- LUCAS MARTÍN, J. DE Y OTROS (2008). *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Madrid.
- LUCAS MARTÍN, J. DE (2009). «Inmigración, diversidad cultural, reconocimiento político», *Revista de Sociología, Papers*, nº 94.
- (2004). «Ciudadanía, extranjería y derechos», en AA.VV., *Constitución y derechos fundamentales*, Ministerio de la Presidencia, CEPC, Madrid.
- LLORENTE, R., ALSINA, L., et al. (2009). Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General.

- MÁIZ, R. (2005). «Nacionalismos e inmigración en Francia: la Republique une et indivisible y el affaire du foulard», *Revista de Estudios políticos* (nueva época), nº129, Madrid, julio-septiembre.
- MANGAS MARTÍN, A. (2016). «La Retirada del Reino Unido de la Unión Europea», *Foro*, Nueva Época, vol. 19, nº1.
- (2005). «La familia extranjera del ciudadano de la Unión. Una inmigración privilegiada», ÁLVAREZ CONDE, E. Y PÉREZ MARTÍN, E. (dirs.), *Estudios sobre derecho de extranjería*, IDP, Madrid.
- MORENO, L. (2012). «Ciudadanía multinivel», en *Ciudadanía y derechos sociales* (IV Congreso Internacional de derechos humanos), Vitoria-Gasteiz, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A Y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S. (2008). El derecho al voto de los extranjeros en las elecciones municipales españolas. ¿Integración o interés? *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 8, UNAM, Instituto de Investigaciones científicas.
- PÉREZ VERA E. (1996). «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers», *Recueil des Cours. Collected courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 261, Martinus Nijhoff Publishers.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B., «Las dos caras de la ciudadanía moderna: entre la nacionalidad y el estatus participativo», *Revista Europea de Derechos fundamentales*, primer semestre 2016.
- SANTOLAYA, P., Y REVENGA SÁNCHEZ, M. (2006). *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Foro inmigración y Ciudadanía, 13, CEPC, Madrid.
- SOUTO PAZ, J.A. (2010). *Educación, democracia y ciudadanía*, Dykinson, Madrid.
- SOUTO GALVÁN, C. (2015). «Hacia un nuevo concepto de ciudadanía», en TUR AUSINA, R. (dir.), *Problemas actuales de derecho constitucional en un contexto de crisis*, Comares, Madrid.
- VIDAL FUEYO, C. (2006). «La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de Abril, en materia de Libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, nº18.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2012). «La ciudadanía borrosa: Ciudadanías multinivel», Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, nº 7, (Ejemplar dedicado a: El pueblo del Estado. Nacionalidad y Ciudadanía en el Estado Constitucional / coord. por Benito Aláez Corral)
- ZAPATA-BARRERO, R. (2004). Una nueva «filosofía» de la UE: tradición versus innovación en la propuesta de ciudadanía cívica, II Seminario Inmigración y Europa. Cinco años después de Tampere, Barcelona, Fundación Cibob.

Documentos Oficiales

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones

municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.

DICTAMEN del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea» (Dictamen de iniciativa). Comité Económico, Social y europeo, SOC/141 «La ciudadanía europea» Bruselas, 14 de mayo de 2003.

Directiva 2004/38 del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004. La Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

WEBGRAFIA

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ciudadanos/tramites-gestiones-personales/nacionalidad-residencia>, recuperado el 05/03/2018

<http://hc.rediris.es/06/index.html>, recuperado el 05/03/2018

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A123026>, recuperado el 08/03/2018

<http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/658/07%20QDL%2022%20ES-carrasco..pdf?sequence=1&isAllowed=y>, recuperado el 10/03/2018

https://www.navascusi.com/wp-content/uploads/2016/07/Brexit_espa%C3%B1ol.pdf, recuperado el 13/03/2018

https://europa.eu/european-union/topics/eu-citizenship_es, recuperado el 13/03/2018.

TWITTER NO ES UN FORO PÚBLICO PERO EL PERFIL DE TRUMP SÍ LO ES. SOBRE LA CENSURA PRIVADA *DE Y EN* LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN LOS EE UU¹

Twitter is not a public forum, but Trump's profile is. on private censorship of and on digital platforms in the USA

Víctor J. Vázquez Alonso
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp475-508](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp475-508)

Recibido: 10.05.2020
Aceptado: 12.06.2020

Resumen

El objeto de este trabajo es estudiar el reciente desarrollo jurisprudencial en los EE UU, sobre los límites que la Primera Enmienda impone a autoridades y profesionales en el uso de determinadas herramientas de bloqueo en las redes sociales. Para ello, se partirá de sendas resoluciones judiciales que han concluido que el Presidente Trump no puede bloquear en Twitter. Tras ello, y a la luz de la conocida Sección 230 de la *Communications Decency Act* (CDA), y de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, se va a defender que esta línea jurisprudencial no tiene por qué afectar a la consolidada doctrina que ampara la censura privada que llevan a cabo las empresas tecnológicas de Internet sobre la base de sus libertades corporativas.

Palabras clave

Libertad de expresión, Internet, Censura privada, Twitter, Trump, Sección 230.

¹ Agradezco a la profesora Ana Galdámez la lectura de este trabajo y sus comentarios y sugerencias.

Abstract

The purpose of this work is to study the recent jurisprudential development in the USA, on the limits that the First Amendment imposes on authorities and professionals in the use of certain blocking tools in social networks. For this, it will be based on the two sentences that have concluded that President Trump cannot block on Twitter. After this, and in light of the Section 230 of the Communications Decency Act (CDA), and the jurisprudence of the Supreme Court, it will be argued that this jurisprudential line does not have to alter the consolidated doctrine that protects the private censorship carried out by Internet technology companies on the basis of your corporate liberties.

Key Words

First Amendment, Internet, Private Censorship, Twitter, Trump, Section 230.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿PUEDE EL GOBIERNO PROHIBIRTE «PASEAR» POR FACEBOOK? PACKINGHAM V. CAROLINA DEL NORTE. III. ¿PUEDE @REALDONALDTRUMP BLOQUEARTE EN TWITTER?. 1. *¿Qué es un public forum?*. 2. *¿De qué hablamos cuando hablamos de Government Speech?*. 3. *¿Por qué @realDonaldTrump es un foro público?*. 4. *¿Por qué no es government speech?*. 5. *Silenciar vs. Bloquear: entre la legítima ignorancia al ciudadano y su inconstitucional exclusión del foro*. IV. LAS REDES SOCIALES NO SON FOROS PÚBLICOS. V. EPILOGO DE URGENCIA: TRUMP V. TWITTER Y LA TENTACIÓN DEL CONTRAPODER. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Consolidada ya casi como una cláusula de estilo, la gran mayoría de los trabajos sobre las libertades de expresión e información en la red, comienzan con una apelación, muy poco original, desde luego, a la revolución que ha puesto en curso la irrupción de un nuevo contexto tecnológico, que es el de Internet, en nuestra forma de comunicarnos. Acto seguido, tras dar cuenta de esta obviedad, lo prescrito es tomar de alguna forma partido en un debate que, en muchas ocasiones, se libra entre dos disyuntivas: la de entender que el esqueleto conceptual de las libertades de expresión e información, consolidado en la era pre-digital, no tiene por qué verse alterado ante la nueva realidad tecnológica; o bien, asumir que la revolución digital trae consigo también una suerte de disrupción jurídica en el sistema de la libertad de expresión, debiéndose, por lo tanto, repensar de los presupuestos desde los cuáles hemos venido juzgando los límites al ejercicio de estos derechos.

Esta discusión está también abierta, desde luego, en la propia jurisprudencia. Podemos encontrar, en este sentido, numerosas decisiones en derecho comparado que reconocen esta suerte de zozobra conceptual que rige dentro de un ámbito del ordenamiento que ha visto cómo la realidad cuestiona todo lo que hasta ese momento era sólido. En algunas ocasiones, la reacción a dicha zozobra ha sido una mera relectura en clave restrictiva de los límites a estas libertades, propiciada por una suerte de temor a la que es una de las características definitorias de nuestro «nuevo» marco tecnológico de la libertad de expresión: el potencial viral de cualquier manifestación (Boix Palop, 2016). Sin embargo, más allá de esta jurisprudencia, digamos de repliegue, encontramos también decisiones que de alguna forma dejan ver los elementos verdaderamente, o por lo menos potencialmente, disruptivos del marco conceptual que hasta ahora hemos manejado. Desde luego, se trata de rupturas o alteraciones conceptuales que no afectan a todos los presupuestos epistemológicos de las libertades de expresión e información (de Miguel, 2016).

Y es que buena parte de ellos, podríamos de decir casi en broma, se asemejan a la rueda; no sólo porque sean un invento perfecto, no susceptible de enmienda, sino también porque sólo sobre ellos hemos podido hacer mover la compleja maquinaria de legitimidad que exige la forma democrática de gobierno (Habermas, 2009: 261-274 y 2002: 220).

En cualquier caso, si en algo parece haberse dado una alteración sustancial es en aquello que podríamos denominar como la ecología de la libertad de expresión. Es decir, el medio, el foro en el que principalmente ahora vamos a relacionarnos en el ejercicio de estas libertades, y desde el cual, se va a construir la opinión pública. Pero, al hablar de foro, podemos estar induciendo al error por simplificación, y es que, al referirnos a la red, debemos hablar de foros y subforos, donde lo realmente problemático va a ser poder dirimir la naturaleza de los mismos y con ello, el propio principio de autoridad para regular el discurso dentro de ellos. Nos encontramos, por lo tanto, en un contexto en el que la separación clásica entre foros públicos y foros privados parece difuminarse, cobrando cada vez más importancia, como parte integrante de la libertad de expresión protegida, la idea del «derecho de acceso al foro» como presupuesto para la plena participación de nuestras ideas o juicios de valor en el debate público (Teruel, 2017: 81 y ss).

A este respecto, todos estamos de acuerdo en que las redes sociales no son medios de comunicación al uso. Los medios de comunicación han desarrollado su actividad desde el inicio, disfrutando de una discrecionalidad excepcional para llevar a cabo un control de sus contenidos. Esta censura interna se justificaba, en primer lugar, como un instrumento de fiscalización interna que garantizaba la posibilidad de hacer reconocible la orientación editorial del medio en el mercado de la comunicación. En definitiva, la propia libertad ideológica del medio². Por otro lado, el control de los contenidos en el mundo periodístico ha sido y es un instrumento fundamental para que los medios de comunicación puedan evitar incurrir en responsabilidades jurídicas por la publicación de aquellos contenidos que ellos editen, dentro de un sistema de responsabilidad civil subsidiaria (Balkin, 2012).

Como es conocido, la lógica de este sistema quiebra en la nueva sociedad de la información, donde la mayor parte de los agentes intermediarios van a prestar sus servicios partiendo desde lo que podríamos calificar como: una aspiración originaria a la neutralidad y el pluralismo³. Aspiración luego

² Vale hacer referencia que a la cita que, en clave originalista, hace la Corte Suprema a Benjamin Franklin quien afirmaba no dirigir su periódico como «a stagecoach, with seats for everyone.» *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 US ___, 6 (2019). La cita original, la toma la Cote de Mott, F, *American Journalism* 55 (3d ed. 1962).

³ Para un análisis que desmitifica desde la praxis estos ideales, sigue estando vigente el texto de (Boix, 2002).

reforzada normativamente a través de un régimen, por lo menos hasta ahora -y aunque como veremos haya diferencias a uno y otro lado del Atlántico⁴- muy beneficioso de exención de responsabilidad por los contenidos introducidos por terceros. Este ideal regulador de neutralidad y apertura, unido al hecho de que determinadas empresas como Google, Facebook o Twitter han casi monopolizado, como plataformas tecnológicas, ciertos servicios en el nuevo sistema de comunicación, hace que, para muchos, sea más realista ver a esas empresas como una suerte de instituciones de la sociedad de la información, y a los foros que en ellas se generan como foros asimilables a aquello que hasta ahora hemos comprendido como foros públicos.

Sin embargo, como decíamos, Internet ha producido cambios en nuestra comprensión jurídica del sistema de la libertad de expresión, pero no un seísmo conceptual. A este respecto, y de la mano de la jurisprudencia norteamericana, y especialmente a partir del ya célebre litigio originado por los bloqueos en Twitter del Presidente Trump, intentaré demostrar aquí cómo, si bien el concepto constitucional de foro público se extiende a ciertos ámbitos digitales, la jurisprudencia norteamericana está lejos de asumir que dicho concepto sea extensible a los foros creados y gestionados por las grandes empresas tecnológicas de la comunicación como Twitter, Facebook o YouTube, algo que tiene una importancia trascendental a la hora de dar respuesta a una de las principales cuestiones que hoy se plantean en relación al control que estas plataformas puedan llevar a cabo sobre el discurso, y que es el de la naturaleza privada o pública de esta censura. Frente a quienes demandan, dada la posición institucional monopolística de estas corporaciones, una asimilación de sus tareas de control a la de los poderes públicos, en los Estados Unidos, y al contrario de lo que podía apuntarse hace apenas dos años, la teoría de la *State Action* sigue disfrutando de buena salud, de tal forma que estas compañías pueden operar al margen de los requisitos exigidos por la Primera Enmienda. Estas compañías sí, pero las instituciones o autoridades públicas que las utilizan no, veamos por qué.

II. ¿PUEDE EL GOBIERNO PROHIBIRTE «PASEAR» POR FACEBOOK? PACKINGHAM V. CAROLINA DEL NORTE

En el año 2017 la Corte Suprema norteamericana dictó una decisión sobre la que se pudo pensar, y así lo entendieron algunos autores, que era posible construir una nueva teoría del foro público extensible a las redes sociales. Se trata de la sentencia *Packingham v. Carolina del Norte*⁵, y su origen se

⁴ Para una panorámica comparativa resulta especialmente ilustrativo el trabajo de (Presno, Teruel, 2017).

⁵ *Packingham v. Carolina del Norte*, 582 US ___ (2017).

encuentra en una ley de este Estado, Carolina del Norte, que tipifica como delito el acceso a «sitios web comerciales»⁶ por parte de delincuentes sexuales convictos, cuando estos supieran que dichos sitios permiten que los menores puedan darse de alta como miembros o crear páginas web con su perfil personal. Quien recurre ante la Corte Suprema es un ciudadano que había cumplido condena por mantener relaciones sexuales con un menor de trece años cuando él era un estudiante de 21. Tal y como prescribía la legislación estatal, al salir de prisión fue dado de alta en un registro de delincuentes sexuales que sirvió de base para que la policía contrastara su presunto comportamiento ilícito⁷, consistente en, tras haber conseguido anular una multa de tráfico, expresar a través del Facebook su alegría con estas inofensivas palabras:

«Man God is Good! How about I got so much favor they dismiss the ticket before court even started. No fine, No court costs, no nothing spent... Praise be to GOD, WOW! Thanks JESUS!»

El jurado que conoció del caso entendió que la red social Facebook sería subsumible, por sus características, dentro del concepto «sitio web comercial», cuyo acceso estaba especialmente vedado a los delincuentes sexuales⁸, y encontró culpable al acusado. Desde ese momento, el argumento central sobre el que el recurrente estructura su defensa en las sucesivas instancias es que dicha ley, que prohíbe el mero acceso a determinadas plataformas digitales por parte de condenados por delitos sexuales, es una ley que vulnera el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Primera Enmienda. Una vulneración que los jueces de la Corte Suprema van a constatar de forma unánime.

⁶ Para el legislador estatal, por «sitio web comercial» habría de entender aquel en el que se cumplen cuatro requisitos concretos:

^{En} primer lugar, dicha página tiene que estar gestionada por una persona o entidad que obtiene réditos a través de las cuotas que pagan sus miembros o de los ingresos por publicidad o también, especifica la ley, a través de otras fuentes vinculadas al funcionamiento del sitio web. En segundo lugar, dicha página debe potencialmente facilitar el encuentro entre dos o más personas «con el propósito de amistad, conocer a otras personas o intercambiar información». En tercer lugar, la página ha de facilitar a los usuarios crear páginas web o perfiles personales que contengan datos como el nombre o apodo del usuario, fotografías u otra información personal sobre el usuario. Finalmente, la página ha de poner a disposición de los usuarios o a sus visitantes mecanismos para comunicarse con otros usuarios a través de chat, correo electrónico o mensajería instantánea.

⁷ De hecho, aunque no sea este el objeto de nuestro trabajo, la sentencia *Packingham v. Carolina del Norte* tiene también importantes implicaciones en lo referido al tratamiento policial de archivos.

⁸ Hay que subrayar que en ningún momento pudo demostrarse que el recurrente había entrado en contacto con menores a través de dicha red. A lo único que éste se había limitado es a expresar públicamente una opinión utilizando la misma.

Esta unanimidad creo que puede calificarse de predecible. La Corte Suprema no se enfrentaba aquí a lo que conocemos como un caso difícil. Más bien al contrario. Tomando en consideración la generosa comprensión de la libertad de expresión y sus límites que ha caracterizado a esta jurisdicción, específicamente a los años de la Corte Roberts, era fácil prever el sentido del fallo. Expresar públicamente *Man God is Good!* está muy lejos de entrar en el terreno propio de ese discurso que puede generar un «peligro real y cierto», criterio a partir del cual legítimamente podría ser objeto de censura estatal⁹. Nos encontramos aquí ante una política legislativa que toma en consideración el perfil de la víctima en los delitos sexuales a través de la red -que es el de menores que se ven expuestos a la acción de depredadores digitales- pero que cifra la conducta típica, el acceso a ciertos servicios en red, de una forma tan vaga e indeterminada que permite su aplicación, como en este caso, a manifestaciones del todo veniales y que caen, de manera no controvertida, bajo el amparo de la libertad de expresión.

Ahora bien, pese a tratarse de un caso fácil, el enfoque a través del cual la Corte aborda el mismo lo convierte en un precedente especialmente importante para futuras decisiones sobre el alcance de la protección de la Primera Enmienda en el ámbito digital. Dicho enfoque, arquetípico, por otro lado, dentro de la jurisprudencia norteamericana, es el del *forum analysis*. Se trata, dicho de otra forma, de una aproximación a la libertad de expresión de la Primera Enmienda entendida como derecho al foro¹⁰, solo que ahora trasladada al ámbito puramente digital¹¹. La cuestión, por lo tanto, no versa ya sobre los posibles límites al discurso, sino sobre el derecho a estar presente y a ser potencialmente activo en un medio o contexto comunicativo como es en este caso Facebook, que no deja de ser una plataforma privada.

⁹ En nuestra doctrina y sobre los USA, puede verse una excelente panorámica en (Alcácer, 2015).

¹⁰ Lo cual, por otro lado, tiene mucho que ver con el hecho de que sea un juez como Kennedy, conocido defensor de la portabilidad de la doctrina del foro público a ámbitos no tangibles. Es conocido, en este sentido, su voto particular a la sentencia *Denver Area Educational Telecommunications Consortium vs. Federal Communications Commission*, 518 U.S. 727, (1996), donde, al contrario que la mayoría del Tribunal, Kennedy entiende que el espacio televisivo es una suerte de «versión electrónica» de los parques públicos, de tal forma que «in return for granting cable operators easements to use public rights-of-way for their cable lines, local governments have bargained for a right to use cable lines for public access channels . no particular formalities are necessary to create an easement . when a local government contracts to use private property for public expressive activity, it creates a public forum» (793-794) (Las cursivas son mías).

¹¹ En nuestra doctrina, puede verse un estudio pionero sobre la adaptación de la doctrina de la Corte Suprema sobre la libertad de expresión a la realidad de Internet en (Rodríguez Izquierdo, 2013).

Lo cierto es que, desde esta perspectiva, la problemática que se plantea en *Packingham v. Carolina del Norte* era inédita en muchos aspectos. De hecho, los dos litigios que fueron citados durante las audiencias como posibles precedentes aplicables al caso, en realidad respondían a controversias cuya analogía con la planteaba *Packingham* es, en mi opinión, bastante difusa.

En el primero de ellos, *Burson v. Freeman*¹², la Corte Suprema consideró que no era contraria a la Primera Enmienda la prohibición que establecía el Estado de Tennessee de realizar actos de campaña electoral a menos de 100 pies de un lugar de voto, al considerar la mayoría del Tribunal que se trataba de una medida que respondía razonablemente al objetivo de garantizar el derecho al sufragio. El otro precedente invocado, y en último término el que es tomado en consideración por la Corte para justificar su fallo, es *Board of Airport Commissioners of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*¹³, en el que se consideró contraria a la Primera Enmienda la prohibición general que establecía una ordenanza del Aeropuerto Internacional de los Angeles, de llevar a cabo cualquier tipo de actividad relacionada con la Primera Enmienda en sus dependencias. Se trataba, como apuntaba en su opinión la juez O'Connor, de una suerte de exclusión general de la libertad de expresión en un espacio público, que no podía encontrar justificación constitucional.

Ahora bien, como decíamos, lo que se juzga en *Packingham* es algo muy diferente. Y lo es, primero, porque la restricción a la libertad de expresión ya no se proyecta, en este caso, sobre un espacio físico. Y, en segundo lugar -y también lo más relevante aquí- porque dicha prohibición afecta al mero acceso a plataformas digitales que son creadas y gestionadas por corporaciones privadas.

La relevancia de la doctrina del foro público en el ámbito digital ya fue advertida por la propia Corte Suprema en *Reno v. American Civil Liberties Union*¹⁴. Un precedente que puede considerarse no solo pionero sino en cierto modo visionario de en qué medida la nueva realidad tecnológica iba a afectar a presupuestos básicos del sistema de libertad de expresión y de los propios procesos de formación de la opinión pública. A este respecto, como es conocido, el juez Stevens, quien relataba la opinión de la Corte, no dudó en identificar la red como «un vasto foro democrático»¹⁵, sugiriendo, de alguna forma, que la naturaleza de esta esfera era análoga a las de los clásicos foros públicos. Ahora bien, si esta calificación genérica del ciberespacio como un vasto foro democrático fue certera desde un punto de vista

¹² *Burson v. Freeman*, 504 U. S. 191 (1992).

¹³ *Board of Airport Commissioners of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987).

¹⁴ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, (1997).

¹⁵ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, 868 (1997).

prospectivo y sociológico, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la misma no ha dejado de plantear problemas de funcionalidad. Problemas que tienen que ver con la propia heterogeneidad del ciberespacio, cuya naturaleza hoy en día no es tanto la de un foro como la de un foro de foros de muy diversa naturaleza.

Más de veinte años después de *Reno*, en *Packingham v. North Carolina* la Corte es ya consciente de este tránsito, y no es casual que, en este caso, donde se trata de juzgar la prohibición de acceso a una concreta red social, los jueces insistan en que se encuentran ante su primer litigio relacionado con el «internet moderno». Un Internet que, dentro de su versatilidad, tendría como elemento común el hecho de que es a través del mismo donde la voz del ciudadano puede hoy encontrar su plenitud en muy diversas esferas¹⁶.

Constatada esta incerteza, el Tribunal va a establecer una suerte de principio general a favor de la libertad de acceso a la red, instando a la «extrema precaución frente a la sugerencia de que la Primera Enmienda proporciona una protección escasa para el acceso a estas redes»¹⁷. Redes que son hoy, insiste la Corte, los espacios de mayor relevancia en la discusión democrática, desplazando inequívocamente a otros lugares hasta hora trascendentales, como plazas y calles, para el intercambio de ideas.

El legítimo interés del Estado para prevenir el delito en estos foros, y, en su caso, para censurar discursos de naturaleza ilícita que, valiéndose de la propia tecnología de la red, puedan resultar especialmente lesivos, podrá ser considerado como fundamento válido para ciertas restricciones, pero no para una suerte de destierro digital como el que la ley de Carolina del Norte prevé para los condenados por delitos sexuales. En definitiva, no se puede impedir el acceso a aquellas plataformas digitales sin las cuales el individuo no puede hoy tener un desarrollo pleno de su vida en sociedad: plataformas que le permiten «ser pregonero de su propia voz».

En cualquier caso, como decíamos en un principio, *Packingham v. North Carolina* es un caso fácil, y por ello, sus propias premisas, aunque aquí

¹⁶ No deja de ser llamativa esa continua sensación de deslumbramiento que este medio sigue produciendo sobre los operadores jurídicos, ya muchos años después de su irrupción, la comunicación en red. Valga como ejemplo la manera en que la propia Corte sigue aquí subrayando su inseguridad en este ámbito:

«La naturaleza de una revolución puede ser tal que, en sus primeras etapas, incluso sus participantes no sean conscientes de ello. Y que, cuando lleguen a serlo, aún sean incapaces de saber o prever a dónde nos llevan esos cambios. Si bien ahora podemos darnos cuenta de que la Era Cibernética es una revolución de magnitudes históricas, aún no podemos apreciar sus dimensiones completas y su vasto potencial para alterar nuestra forma de pensar, expresarnos y definir quién queremos ser» *Packingham v. Carolina del Norte*, 582 US ___, 6 (2017).

¹⁷ *Packingham v. Carolina del Norte*, 582 US ___, 6 (2017).

concluyentes, abren muchos interrogantes si las intentamos proyectar sobre otras realidades potencialmente conflictivas que se producen de forma cotidiana en las redes sociales. Es especialmente relevante a este respecto, como veremos, que el Tribunal se cuide mucho de afirmar de forma explícita que dichas redes son «foros públicos», siendo consciente, a buen seguro, del problema conceptual que plantea usar dicho adjetivo para definir la naturaleza de lo que no dejan de ser corporaciones privadas y de las propias implicaciones jurídicas que tendría sostener dicha afirmación de forma rotunda y general. Nada dice el Tribunal, en este sentido, de cómo han de juzgarse aquellos límites que las plataformas digitales decidan imponer a determinados contenidos. Lo que sí se establece, en cualquier caso, es el principio de que los poderes públicos están estrictamente vinculados al escrutinio de la Primera Enmienda, cuando estos impongan cualquier traba en el acceso foros digitales por parte de los ciudadanos.

No obstante, como ha señalado algún autor, mientras la Corte discutía sobre *Packingham v. North Carolina*, había un elefante en la habitación (David T. Goldberg y Zhang, 2017) y ese elefante era el *timeline* de @realDonaldTrump, es decir, del ya en ese momento Presidente de los Estados Unidos. Se sabía, en buena medida, que esta doctrina judicial que somete a un estricto escrutinio cualquier límite que los poderes públicos impongan en el acceso a las redes sería determinante para dar respuesta jurídica a una pregunta: ¿Puede @realDonaldTrump bloquearte en Twitter?

III. ¿PUEDE @REALDONALDTRUMP BLOQUEARTE EN TWITTER?

Siete ciudadanos norteamericanos, descontentos con algunas de las políticas llevadas a cabo por la administración Trump, utilizaron el perfil del presidente en Twitter, @realDonaldTrump, para manifestar su discrepancia a través de comentarios críticos a alguno de sus tuits. Como consecuencia de ello, el presidente Donald Trump decidió bloquear a estos usuarios, un hecho que provocó que una juez norteamericana haya dado respuesta a la cuestión de si es contrario a la libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda, el que una autoridad pública decida bloquear el acceso a determinados usuarios como consecuencia de las opiniones críticas que éstos hayan esgrimido. La respuesta ha sido afirmativa. Se trata de una decisión en primera instancia, en concreto, del Tribunal del distrito sur de Nueva York¹⁸, si

¹⁸ Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump., United States District Court

^Southern District Of New York, May 23, 2018. (En Adelante, Knight First Amendment Institute v. Trump)

bien la misma ha sido ratificada por un Tribunal de Apelaciones el Segundo Circuito que avala casi íntegramente el razonamiento de la juez de Manhattan¹⁹.

En cualquier caso, por el actor implicado, nada menos que el Presidente de los Estados Unidos, pero sobre todo por las propias características del litigio, en el caso *Knight First Amendment Institute v. Trump* cristalizan muchos de los interrogantes que hoy se plantean en cualquier democracia pluralista, en relación a cuáles son los límites constitucionales que se imponen al uso que las instituciones públicas puedan hacer, en su acción de gobierno, de determinadas herramientas tecnológicas de comunicación que ofrecen las empresas privadas y que se caracterizan por ser abiertas e interactivas. En el derecho norteamericano la respuesta a estas cuestiones pasa necesariamente por el análisis de dos conceptos que son centrales en la doctrina sobre la libertad de expresión desarrollada por la Corte Suprema norteamericana en las últimas décadas. Estamos hablando del concepto jurídico de *public forum* y del de *government speech*. El primero de ellos, al que ya hemos hecho mención, hace alusión a aquellos espacios bajo el control del Estado que a su vez constituyen un foro de discusión de libre acceso para los ciudadanos, y donde no cabría ninguna limitación a esta libertad que tenga como razón de ser el contenido ideológico de las opiniones que estos pudieran emitir: lo que en derecho norteamericano se conoce como *view point discrimination*. El concepto de *government speech*, por su parte, sirve para circunscribir la responsabilidad del gobierno por su discurso ideológico como una responsabilidad exclusivamente política y no jurídica. Cuando es el gobierno el que habla, en definitiva, no es posible, sobre la base de la Primera Enmienda, exigir que lo haga de forma neutral. Pues bien, a continuación llevaremos a cabo, en primer lugar, una aproximación a ambos conceptos sintetizando el desarrollo que han tenido en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Todo ello para después contrastar la forma en la que el Tribunal del Distrito Sur New York ha dado respuesta a la pregunta de si un cargo representativo o una autoridad pública vulnera mi libertad de expresión si decide bloquear mi acceso a su cuenta en una red social.

1. ¿Qué es un public forum?

Como señalábamos a propósito de *Packingham v. Carolina del Norte*, el denominado *forum analysis*, sobrevuela cualquier discusión sobre las posibles restricciones que puedan establecerse al acceso de ciertos discursos en el ámbito digital. Es importante, por lo tanto, concretar cuál es el concepto de

¹⁹ Knight First Enmienda Inst. en Columbia Univ. v. Trump, No. 1: 17-cv-5205 (SDNY), No. 18-1691 (2d Cir.).

foro público que ha desarrollado la jurisprudencia norteamericana, y qué implicaciones tiene el mismo. La doctrina *public forum* tiene su origen en la Corte Suprema de finales de la década de los treinta, es decir, en el seno de un Tribunal en el que ya se ha producido un tránsito con respecto al catecismo liberal propio de la Era Lochner, pero en el que, al mismo tiempo, se consolidaba la doctrina de la incorporación de *The Bill of Rights* a los Estados, que, sentará las bases para la verdadera revolución liberal que experimenta el derecho constitucional norteamericano durante los posteriores años de la Corte Warren. Hasta finales de los años treinta, de la mano de un apego todavía notable al *Common Law*, la Corte Suprema norteamericana había sostenido una tesis radical con respecto a los límites que el Estado puede imponer a la libertad de expresión de los ciudadanos en aquellos espacios que están bajo su dominio. Unos límites que no diferían de aquellos que cualquier otro ciudadano podría establecer en lugares de su propiedad. La ruptura con esta doctrina se producirá a través de un caso, *Hague v. Committee for Industrial Organization*²⁰, relacionado con manifestaciones públicas de carácter sindical, una materia especialmente sensible para un Tribunal que intentaba redimirse de la contrarrevolución que en materia de derechos sociales había protagonizado frente a buena parte de la legislación del *New Deal*. El nuevo principio que esboza la Corte podría resumirse en que allí donde exista un espacio público, como lo son las calles, en el que sea costumbre que los ciudadanos expresen sus opiniones, los poderes públicos no pueden llevar a cabo ninguna regulación que limite determinados discursos por razón de su contenido ideológico²¹. Esta doctrina, entonces germinal²², sobre los límites que impone la Primera Enmienda a los poderes públicos a la hora de restringir el acceso a ciertos foros, va a ser desarrollada en las décadas siguientes, dando lugar a una triple distinción.

Así, la Corte distingue, en primer lugar, los foros públicos tradicionales, tales como calles y parques, que siempre han estado abiertos a que los ciudadanos puedan hacer uso de ellos para expresar sus opiniones, en los que el

²⁰ *Hague vs. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939)

²¹ Como suele ocurrir en derecho norteamericano, desde la sentencia *Hague v. Committee for Industrial Organization* hasta que la Corte Suprema apele expresamente al término de foro público, y determine sus contornos jurídicos como canon de constitucionalidad, van a pasar varias décadas durante las cuales la doctrina académica lleva a cabo una importante labor de exégesis e intermediación. En este caso, fue el profesor Harry Kalven quien, a propósito de la muy conocida sentencia *Cox v. Louisiana* apuntó al hecho de que, de forma implícita, la Suprema Corte había desarrollado un concepto jurídico de foro público para identificar aquellos espacios bajo su dominio en los que el Estado no podría regular libremente el ejercicio de la libertad de expresión.

²² *Chicago Police Dept. v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

Estado no puede imponer más límites a la libertad de expresión que aquellos que pudieran estar justificados en un interés apremiante²³.

Pero, junto a estos foros, digamos naturales, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha distinguido un segundo tipo de *public forum*, que serían aquellos que han sido habilitados específicamente por el Estado para tal fin, lo que en derecho norteamericano se conoce como *designated public forum*. Se trata, en definitiva, de espacios de titularidad pública que en su origen no servían como lugar para la libre expresión de los ciudadanos, pero que posteriormente han sido destinados a tal efecto por parte de los poderes públicos. Lo relevante en cualquier caso es que, para la Corte Suprema, la libertad de expresión de la Primera Enmienda tendrá en estos foros artificiales el mismo nivel de protección que en aquellos considerados naturales, de tal forma que el Estado sólo podrá restringir el discurso de los ciudadanos cuando esgrima un interés público apremiante que lo justifique.

Como una subcategoría dentro de los *designated public forum*, aunque no del todo bien perfilada en la jurisprudencia de la Corte Suprema, encontramos la noción de *limited public forum*, que hace referencia, en este caso, a aquellos ámbitos del dominio público que el Estado ha querido abrir al ejercicio de la libertad de expresión por parte de los ciudadanos, pero circunscribiendo a priori cuál ha de ser el contenido o el objeto de la discusión que allí puede expresarse, y el perfil de quienes están convocados a participar. En este ámbito, por lo tanto, el poder público podrá excluir ciertos discursos sin con ello vulnerar la Primera Enmienda, siempre y cuando la razón de esa exclusión sea que los mismos se apartan del objeto para el cual dicho foro fue creado. Ahora bien, dentro del ámbito material para el que se creó el foro, no cabe ningún tipo de restricción que tenga causa en la orientación ideológica del mismo. En definitiva, en los *limited public forum* rige la regla de que no cabe ningún tipo de *view point discrimination*, si bien, como cualquiera puede intuir, no siempre es fácil deslindar aquellos límites impuestos a determinados discursos sobre la base de su inadecuación temática, de los que tienen causa en la falta de neutralidad ideológica de la institución.

En último lugar, la Corte Suprema ha distinguido una tercera categoría, el *non public forum*, integrada por aquellas propiedades de dominio estatal que ni por tradición ni tampoco de forma premeditada han sido destinadas como foros para la discusión ciudadana. Aquí los límites que el Estado quiera imponer sobre la libertad de expresión a aquellos ciudadanos que deseen acceder a estos foros, tendrán que superar un simple test de razonabilidad, sin

²³ Como ya señalara el Tribunal en: *Hague v. Committee for Industrial Organization*:

«Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions».

que el Estado tenga que demostrar, en este caso, la existencia de un interés apremiante que legitime su política.

En definitiva, en derecho norteamericano cualquier restricción que imponga el Estado sobre la libertad de expresión, ya sea en ámbitos que puedan considerarse como foros públicos naturales, o en aquellos otros artificiales, en tanto habilitados por los poderes públicos, será contraria a la Primera Enmienda, salvo que se pueda demostrar que existía un interés verdaderamente apremiante que justifique esa prohibición.

Como es obvio y de cara al análisis de la cuestión, para valorar si el bloqueo de determinados usuarios en Twitter desde el perfil del presidente Trump ha vulnerado la Primera Enmienda, lo que nos tendremos que preguntar es si, al utilizar dicho perfil como una plataforma a través de la cual dar a la opinión pública cierta información institucional, el Presidente Trump ha creado un foro público, es decir, si estamos ante un foro designado o putativo. A este respecto, es relevante tener en cuenta que la Corte Suprema ha señalado expresamente que los foros públicos no tienen que ser espacios físicos, sino que el concepto de foro público hay que entenderlo también en un sentido metafísico, de tal forma que el mismo englobaría espacios no tangibles pero gestionados por el Estado²⁴.

2. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Government Speech?

Si nos encontramos en un foro público, el gobierno no puede discriminar por motivos ideológicos, pero si es el propio gobierno el que habla, entonces no pesa sobre él ninguna exigencia de neutralidad política y la única responsabilidad que tendrá por su discurso será de carácter político, a través de los distintos procedimientos formales e informales de rendición de cuentas, en último caso, ante el electorado. El principio que se acaba de avanzar es aquel que subyace tras la idea de *government speech*²⁵, un concepto que construye la Corte Suprema en la década de los cuarenta y que ha hecho fortuna en diversos ámbitos del derecho norteamericano. Por ejemplo, en el ámbito del derecho de subvenciones, que es por otro lado donde se origina esta doctrina judicial, la Corte Suprema ha entendido que no es contrario a la Primera Enmienda que los poderes públicos discriminen a través de sus políticas

²⁴ Por ejemplo, partidas presupuestarias destinadas a financiar debates públicos a través de subvenciones editoriales *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995).

²⁵ Sobre este concepto me he ocupado en extenso, en Vázquez Alonso 2017. De la bibliografía que cito en el trabajo, son especialmente relevantes los primeros trabajos de (Yudof 1979 y 1983). Para una panorámica general de la evolución del concepto en la doctrina norteamericana, véase (Bezanson 2010).

públicas, promocionando económicamente unas opciones morales presentes en la sociedad frente a otras²⁶. A través del concepto de *Government Speech*, la Corte ha entendido también que es constitucionalmente legítimo que el Gobierno facilite plataformas de su dominio a ciertos discursos vedando el acceso a otros²⁷. Para la Corte, lo fundamental en estos casos, donde realmente nos encontramos ante un discurso híbrido, ya que son tanto el Estado como los ciudadanos los que hablan a través de una determinada plataforma, es tomar en consideración si, en último término, el Estado lleva a cabo un control sobre el mensaje, ya que si es así, hay que concluir que no se trata de un foro público (por definición ilimitado y abierto) sino de un caso de *Government Speech*, no sometido, por lo tanto, a ningún requisito de neutralidad derivado de la Primera Enmienda. Como puede deducirse, la cuestión que en el caso concreto se plantea es la de si puede considerarse o no que el perfil de Twitter del Presidente Trump es un ámbito propio de expresión del *Government Speech*, y donde, por lo tanto, no cabría ningún tipo de reproche judicial sobre la base de la Primera Enmienda. La juez de Manhattan ha entendido que no. Ahora veremos por qué.

3. ¿Por qué @realDonaldTrump es un foro público?

El ciudadano Donald Trump se dio de alta como usuario en Twitter allá por marzo de 2009 con la cuenta @realDonaldTrump, una cuenta que hoy en día es una de las dos que usa bajo el sobrenombre de *45th President of the United States of America*. La segunda, creada en enero de 2017 es @Potus, si bien en esta, generada ya como presidente los USA, su carisma resulta mucho menos irresistible y ello si se comparan los 25 millones de seguidores

²⁶ Rust vs. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991). Del mismo modo, ha considerado que no es contrario a la Primera Enmienda el compeler a los ciudadanos a financiar determinadas campañas de publicidad institucional, aun cuando éstos manifiesten su oposición de principio al contenido de dicha campaña *Johanns v. Livestock Marketing Association*, 544 U.S. 550 (2005).

²⁷ *Pleasant Grove City v. Sumnum*, 555 U.S. 460 (2009). El caso más emblemático y también el más reciente es *Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans*, en el cual, la mayoría del Tribunal sostuvo que no era contrario a la Primera Enmienda el hecho de que el Estado de Texas impidiera a una asociación de descendientes de soldados confederados el integrar la bandera de la confederación en las matrículas de sus coches, aun cuando eran muchos los diseños permitidos por el Estado, y otras asociaciones de similares características sí habían obtenido el placet para ello. Obviamente, la pregunta que aquí se hace, es la de por qué en este caso la Corte consideró que las matrículas de los coches, que son propiedad del Estado pero que se han abierto al discurso privado que los ciudadanos quieran transmitir a través de ellas, no constituyen un foro público artificial o designado.

de los que disfruta en ella frente a los más de 57 que siguen la primera. De hecho, en el perfil de @Potus se refiere la cuenta @realDonaldTrump y son continuas además las referencias y re-tuits que desde @Potus se hacen a las entradas de @realDonaldTrump. Tampoco el propio perfil @WhiteHouse se le acerca en popularidad, con sólo 18 millones de seguidores. En este también se invita también a seguir al Presidente Trump, pero no a través de @Potus sino de la celeberrima @realDonaldTrump.

A este respecto, puede afirmarse que el Twitter de Trump por antonomasia, aquel que ha sido fundamental tanto en su estrategia para acceder a la presidencia de los USA, como posteriormente en el ejercicio del cargo, no es otro que @realDonaldTrump, es decir, aquel perfil desde el que se produjeron los bloqueos judicializados. La primera cuestión que se plantea con respecto a la libertad de expresión de los recurrentes, es si este perfil puede considerarse un perfil institucional o si, por el contrario, hay que asumir que es un perfil privado, ya que, en este último caso, como es obvio, el ciudadano Trump sería tan libre como cualquier otro para bloquear o no el acceso de determinados usuarios a su perfil. Como se señala, Donald Trump abrió este perfil en Twitter antes de ser elegido Presidente de los Estados Unidos en 2017, sin embargo, este dato no obsta para que la juez neoyorkina decida que dicho perfil tiene que ser considerado un perfil institucional.

Lo verdaderamente importante para el Tribunal, más allá de que la cuenta se anuncia como la del *45th President of the United States of America* y que es gestionada por un empleado de la Casa Blanca, el encargado del área de social media, Daniel Scavino, es la propia relevancia institucional que el presidente Trump da a su perfil de Twitter. Como por todos es conocido, es a través de esta red social cómo Donald Trump ha informado a la ciudadanía de algunas de sus principales líneas de acción, tanto en política interior como exterior, anunciando incluso algunos de los nombramientos de funcionarios bajo su competencia, como fue el caso, tal y como recuerda la propia sentencia, del director del FBI. Es bastante significativo, por otro lado, que todas las entradas que el presidente Trump hace desde esta cuenta son subsumibles dentro del mandato de preservación de los documentos presidenciales que impone desde 1978 *The Presidential Records Act*²⁸.

En cualquier caso, por resumir, lo cierto es que si se realiza un análisis contextual de cuál ha sido el uso de este perfil por parte del presidente, no parece descabellada la conclusión a la que llega el Tribunal cuando afirma que la dimensión institucional es aquello que ha prevalecido en el uso que ha hecho Trump del perfil @realDonaldTrump como plataforma de

²⁸ De hecho, como insiste Siddique, ese mandato de preservación plantea con respecto a esta red social otro problema jurídico que es el de que, hasta qué punto, podrían ser eliminadas del perfil algunas de las entradas realizadas (Siddique, 2018).

comunicación. De hecho, ésta ha sido la principal vía de publicidad de su acción de gobierno, con un éxito más que evidente si tomamos en consideración algo que permite las características de Twitter como red social, que es computar los comentarios, retuiteos, o «me gusta», que recibe cualquier tuit. Desde luego, Donald Trump ha entendido mejor que nadie las posibilidades del *beatifull constraint* que impone el límite de caracteres en Twitter, de cara a elaborar una continua narrativa de su acción política, con un impacto directo en la opinión pública y de proyección viral, en un ámbito donde millones de usuarios, a través del retweet y de la indexación de sus comentarios, cooperan en la difusión de su retórica²⁹.

Pero la dimensión institucional del perfil del presidente Trump no resultaría suficiente para afirmar que el mismo pueda considerarse un *public forum*, ya que la característica definitoria de estos foros es que, a través de los mismos, no sólo se accede a determinada información de una forma pasiva, sino que se puede participar en ellos con las propias ideas. La propia anatomía de Twitter como red social, su diseño interactivo y su naturaleza abierta, certifican para este Tribunal que un perfil como el del Presidente, usado con una finalidad institucional, debe ser considerado como un foro público. En este sentido, si hay algo que resulta relevante de esta sentencia es observar cómo el Tribunal atiende tanto a las características tecnológicas de la red social como a la propia sociología de su uso³⁰ para situar jurídicamente la cuestión planteada.

Una de las características de Twitter es que el denominado *timeline* de un determinado perfil es accesible para cualquiera, si bien, únicamente quienes son usuarios de la red social tienen la posibilidad de poder interactuar respondiendo, citando, o retuiteando los mensajes de una determinada cuenta. En este sentido, si el bloqueo a un usuario por parte del titular de una cuenta no impide que el usuario bloqueado pueda seguir conociendo de las entradas que el primero hace, incluso comentar los comentarios que otros usuarios hagan a las entradas realizadas desde dicha cuenta; lo cierto es que, al usuario bloqueado le será ya imposible interactuar directamente desde su propio perfil comentando, retuiteando, indexando, o simplemente señalando su opinión favorable con un «me gusta» a cualquier entrada realizada por el titular de la cuenta que le ha bloqueado.

Ciertamente, el bloqueo en Twitter por parte de un perfil institucional no afecta, dado el carácter abierto de esta red, al derecho a recibir información, la cual estará siempre a disposición del ciudadano, aunque no pueda verla

²⁹ De entre los incontables estudios que se han llevado a cabo en USA sobre el uso que ha hecho Trump de las redes sociales y específicamente de Twitter, puede verse el muy reciente de (Stolee y Caton, 2018).

³⁰ Knight First Amendment Institute v. Trump (pp. 3-9).

directamente a través de su perfil de usuario. El derecho que se puede ver afectado, por lo tanto, es el derecho a la libertad de expresión, entendido este de nuevo, como el derecho que ampara nuestra libertad para acceder a los foros públicos que están bajo el control del Estado y dentro de los cuales no cabe ninguna restricción al discurso privado que no apele a un interés estatal apremiante. Lo relevante aquí será si se puede considerar o no el perfil de un cargo público en una red social como un foro bajo control del Estado. El problema conceptual que se plantea es, por tanto, si cuando hablamos de «bajo el control del Estado» queremos decir que es «propiedad del Estado»; o si, por el contrario, también puede considerarse un foro público designado o putativo, aquel que, sin ser propiedad del Estado, ha sido de alguna manera creado por éste. Sobre la base de que lo determinante para considerar si un foro es público no es la propiedad del foro sino si efectivamente existe un control gubernamental sobre el mismo³¹, la juez de Manhattan consideró que el perfil del presidente Trump, pese a proyectarse a través de una plataforma privada como es Twitter, sí es un foro público en tanto es una autoridad pública quien en último término lo ha creado.

En definitiva, cuando una autoridad pública decide que su canal de comunicación institucional va a ser el que ofrece una red social privada de naturaleza interactiva, estaría creando un foro público putativo o designado.

4. ¿Por qué no es government speech?

La argumentación que asume el tribunal neoyorkino en *Knight First Amendment Institute vs. Trump* se enfrenta a un problema de coherencia con respecto a lo que estipulan los últimos precedentes ya señalados de la Corte Suprema, en relación a cuándo nos encontramos ante un supuesto de *government speech*. Es decir, ante un ámbito que no puede considerarse un foro público porque quien habla en último término a través de él es el Estado, y cuando el Estado habla, éste no está sometido a las exigencias de la Primera Enmienda. Existe, por lo menos a priori, un problema de coherencia porque precisamente la Corte Suprema insistió en que en los supuestos de discurso híbrido (Corbin 2008), es decir, cuando el discurso de los ciudadanos y el del

³¹ *Cornelius vs. Naapc Leg. Def. Fund.*, 473 U.S. 788 (1985). Lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el public forum no ofrece una respuesta concluyente a esta cuestión, más allá de un precedente ya lejano, *Cornelius vs. Naapc Leg. Def. Fund.*, en el cual el Tribunal contempla la posibilidad de que incluso en ámbitos que no sean propiedad del Estado, pero donde el Estado opere en una posición dominante, nos encontremos ante un foro público. En concreto, la mayoría del Tribunal coincide en que: «Although, as an initial matter, a speaker must seek access to public property or to private property devoted to public use to evoke First Amendment».

Estado convergen en un determinado canal de comunicación, se debe asumir que es efectivamente el Estado el que habla y, por lo tanto, que no tiene la obligación de ser neutral a la hora de dar acceso a los ciudadanos³². Trasladada esa lógica al caso que concierne, se podría pensar que, al existir un control por parte del presidente Trump sobre su perfil, la discriminación ideológica de ciertos seguidores, a través del uso de la opción de bloqueo, es un exponente del discurso gubernamental, únicamente fiscalizable a través del proceso político.

Si nos paramos a pensar, los argumentos de la defensa de Donald Trump tenían algo de contradictorios. Por un lado, se apelaba al hecho de que el perfil @realDonaldTrump ha de considerarse un perfil privado donde el ciudadano Trump ha de disfrutar de la misma discrecionalidad para bloquear que cualquier otro usuario de Twitter. Pero, al mismo tiempo, se traía a colación la doctrina del *Government Speech*, llamando la atención sobre el hecho de que es el Gobierno quien habla sin que, por lo tanto, pueda exigirsele ninguna neutralidad con respecto al discurso de terceros.

En cualquier caso, la juez neoyorquina va a dar argumentos de réplica a ambas estrategias de defensa. Para ello, va a diferenciar dos momentos en relación con la actividad del presidente Trump en Twitter. Por un lado, es obvio que es suya la decisión de crear un perfil en esta red social, con lo que se puede decir que, en el origen, dicho perfil está bajo su control. Ahora bien, una vez que ha creado dicho perfil, el uso institucional que ha hecho del mismo como Presidente, unido a las propias características interactivas del medio tecnológico, que no son determinadas por él pero sí asumidas, transforma dicho espacio, en origen privado, en un foro público. La razón principal de ello es que cada entrada realizada desde el perfil @realDonaldTrump permite a un ilimitado número de usuarios participar con su discurso, no sólo en relación con el propio mensaje que el Presidente Trump ha querido compartir, sino respecto a cualquiera de los mensajes que a raíz del mismo se publican en su *timeline*. Sobre este foro público sobrevenido Donald Trump ya no puede ejercer ningún control que signifique desviarse de la estricta obligación de neutralidad con respecto a los distintos puntos de vista ideológicos que impone la Primera Enmienda en estos ámbitos³³.

En definitiva, cuando una institución o autoridad usa una red social para hacer pública su acción de gobierno y esta red, además de convocar a un

³² Por ejemplo, la Corte Suprema ha entendido recientemente que si existe un control estatal acerca de qué diseños pueden o no exhibirse en las matrículas de los coches, estas matrículas serían una manifestación del *Government Speech*, sin que pueda, por lo tanto, considerarse discriminatoria la opción de no autorizar determinados mensajes a los ciudadanos, tomando en consideración su contenido simbólico. *Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans*, 576 US _ (2015).

³³ *Knight First Amendment Institute v. Trump*: (pp. 49-50).

número abierto e indeterminado de internautas, tiene unas características interactivas, nos encontraríamos ante un foro público. Se trata, por lo tanto, de un ámbito digital donde la institución o autoridad pública que ha creado el perfil ya no puede discrecionalmente censurar determinados mensajes, haciendo uso de una herramienta, como el bloqueo que sí podrá usar cualquier usuario privado, por muchos seguidores que tenga y por muy relevante que sea el debate que genere su *timeline*³⁴.

5. *Silenciar vs. Bloquear: entre la legítima ignorancia al ciudadano y su inconstitucional exclusión del foro*

En un viejo precedente, *Smith v. Arkansas State Highway Employees*³⁵, la Corte Suprema rechazó la demanda que, sobre la base de la Primera Enmienda, habían planteado unos trabajadores cuyas quejas no fueron atendidas por la empresa donde trabajaban, al ser mediadas por su sindicato, mientras que aquellos otros compañeros que directamente habían planteado al empresario sus quejas, sí obtuvieron audiencia. Para el Tribunal, «el derecho de cualquier persona a expresarse libremente no se ve vulnerado cuando el gobierno simplemente ignora a esa persona escuchando a otras». La línea que separa la diferenciación que está permitida por la Primera Enmienda de la que no, es por lo tanto aquella a partir de la cual se puede entender que los poderes públicos están, no ya ignorando sino directamente prohibiendo el ejercicio de la libertad de expresión de los ciudadanos³⁶.

En *Knight First Amendment Institute v. Trump*, la juez de New York va a trasladar este precedente al contexto tecnológico del litigio, que es el de la red social Twitter, y al uso que se hace por parte de una autoridad pública de uno de los instrumentos que ésta ofrece, el del bloqueo de usuarios. En su opinión, la diferencia entre la ignorancia del ciudadano, permitida por la Primera Enmienda, y la censura de determinados discursos que ésta prohíbe, es la que existe entre el uso de la opción de silenciar que ofrece Twitter y el de la opción de bloquear. Para entender la razón de ello debemos situarnos de nuevo dentro de la lógica jurídica de los *public forum*. Una de las

³⁴ *Knight First Amendment Institute v. Trump*, (p. 43)

³⁵ *Smith v. Arkansas State Highway Employees*, 441 U.S. 463 (1979).

³⁶ La lógica que subyace tras este razonamiento la vamos a encontrar años más tarde en la que puede considerarse, de hecho, la decisión fundacional de la doctrina del government speech en la Corte Suprema norteamericana: *Rust vs. Sullivan*. En ella, la mayoría del Tribunal entiende que el gobierno federal no ha vulnerado la Primera Enmienda al condicionar una ayuda fiscal a clínicas de planificación familiar a que éstas en ningún caso planteen el aborto como terapia. Para la Corte, el Estado debe permitir cualquier discurso, pero no tiene que subvencionarlo todo, por lo que es legítimo que privilegie determinadas posturas morales frente a otras en sus políticas públicas.

características de estos espacios es que, en el seno de los mismos, se produce un proceso de comunicación que no tiene un carácter lineal, sino que son muchos los actores que participan en él a través de un diálogo no predefinido y multilateral.

Cuando se silencia a un usuario de Twitter, el titular de la cuenta ya no va a recibir la notificación de cualquier interacción que a través de su *timeline* haga el usuario silenciado; sin embargo, sus posibilidades de interactuar con otros usuarios a través de estos comentarios van a verse inalteradas. Es decir, que otros usuarios podrán ver los comentarios que éste haga a determinadas entradas y tendrán oportunidad de darles réplica, todo ello dentro de ese foro principal o matriz. Por el contrario, si somos bloqueados, además de perder la posibilidad de interactuar directamente con la cuenta que nos bloquea, tampoco podremos acceder a ese foro que constituyen los usuarios que siguen y comentan el *timeline* del perfil en cuestión. Desde luego, como se reconoce en la propia sentencia, se podría pensar que, aunque haya matices entre bloquear y silenciar, la diferencia real entre una y otra acción tampoco debería ser exagerada. La realidad es que, si se toma en cuenta el propio diseño de la red social en cuestión, nada impide realmente a los usuarios bloqueados acceder a las entradas del perfil que ha ejecutado el bloqueo, e incluso comentarlas, ya sea a través de capturas de pantalla obtenidas al margen de su perfil o llevando a cabo comentarios a aquellos comentarios que a su vez otro usuario haya hecho de las entradas del perfil principal. Sin embargo, la cuestión aquí radica en que nos encontramos dentro de un foro público, y en que esa pequeña merma en las posibilidades de interacción que se derivan del bloqueo es, en último término, consecuencia de una reacción frente a la manifestación dentro de este foro de opiniones que están protegidas por la Primera Enmienda. Así, por nimias que puedan considerarse, estas trabas al ejercicio de la libertad de expresión son también contrarias a la Constitución, al producirse en un foro público, es decir, en un ámbito designado por el Estado para el intercambio de opiniones³⁷.

IV. LAS REDES SOCIALES NO SON FOROS PÚBLICOS

Entre los diversos comentarios que se hicieron públicos inmediatamente después de conocerse la sentencia *Knight First Amendment Institute v. Trump*, destacan varios publicados en prensa por el profesor Noah Feldman³⁸, una referencia en el estudio de la Primera Enmienda. Muy crítico con

³⁷ *Knight First Amendment Institute v. Trump*, (pp. 65-66).

³⁸ Are You Sure You Want a Right to Trump's Twitter Account?, June 5 2018. Disponible <https://www.nytimes.com/2018/06/05/opinion/first-amendment-trump-twitter.html>. Igualmente, y anterior a la sentencia, puede verse Feldman, Noah (2017): «Consti-

la decisión tomada por la juez de Manhattan, Feldman alertaba de que, de asumirse sin matices que las redes sociales son foros públicos, no sólo se estaría desdibujando hasta hacerse difícilmente reconocible la libertad de empresa, sino que toda política de autorregulación que éstas corporaciones llevaran a cabo podría considerarse contraria a las exigencias de la Primera Enmienda, ya que, como es sabido, en el ordenamiento norteamericano rige una comprensión muy generosa del contenido protegido por la libertad de expresión que alcanza a los discursos más extremos.

El comentario de Feldman, desde luego, ponía el dedo en la llaga. Si asumimos que existe una suerte de derecho de acceso al foro virtual frente a las limitaciones que quiera imponer el Estado, y si comprendemos igualmente que los perfiles que las autoridades o instituciones abran en determinadas plataformas privadas son foros públicos: ¿por qué motivo vamos a excluir de esta naturaleza a la plataforma en sí? Es decir, ¿por qué estas empresas tecnológicas sí van a poder legítimamente censurar ciertas opiniones o suprimir las cuentas de determinados usuarios, sin estar sometidas a las exigencias que se derivan de la Primera Enmienda? En definitiva, aceptando que las redes sociales son el equivalente digital, dentro del sistema de libertad de expresión, a las plazas, las calles o los parques, ¿por qué el derecho a expresarse dentro de ellas puede ser regulado al margen de las exigencias constitucionales?

La crítica de Feldman se sitúa dentro de una interpretación ortodoxa del derecho constitucional norteamericano, que pivotaría sobre dos ideas básicas. Una que, tal y como prescribe la doctrina del *State Action*, las exigencias derivadas de la Primera Enmienda rigen las relaciones entre los particulares y los poderes públicos pero no comprometen a las corporaciones privadas. En segundo lugar, que en ningún caso la trascendencia social de una red como Twitter puede modificar la comprensión jurídica que tenemos de este tipo de empresas. Twitter no es otra cosa que una corporación de comunicación privada y los litigios que en el seno de la misma se susciten han de ser considerados litigios entre particulares.

Desde luego, leídas aisladamente decisiones como *Knight First Amendment Institute v. Trump*, o la propia *Packingham v. Carolina del Norte*, se prestan a ser interpretadas como el primer paso en la desamortización de estos presupuestos que acabamos de enunciar. Sin embargo, al contrario de lo que sostenía Feldman, la práctica judicial posterior ha confirmado que estos presagios son bastante exagerados. Veamos.

En primer lugar, es importante acotar bien aquello que se decide en *Knight First Amendment Institute vs. Trump*. Una sentencia que, en un

tution can't stop Trump from blocking tweets», en Bloomberg, June 7 2018. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2017-06-07/constitution-can-t-stop-trump-from-blocking-tweets>

ejercicio loable de realismo jurídico, lo que viene a confirmar es que cuando un cargo público o una institución usan Twitter o cualquiera otra red social con similares características interactivas, además de participar de alguna forma en el libre mercado de las ideas, también lo están regulando. Desde luego, esta regulación no es proyección directa de ninguno de los poderes o competencias que la Constitución o las leyes confieren en este caso al Presidente, sino simplemente del uso que éste hace de una opción tecnológica que le ofrece la red social, como es la de bloquear³⁹. La actividad de una institución pública desde su perfil de Twitter tendría, en este sentido, un potencial transformador de ese canal⁴⁰.

Por lo tanto, aunque la importancia de Twitter como foro sea capital, en ningún momento se pone en cuestión que el mismo deje de ser un foro privado. En realidad, lo novedoso y lo audaz de esta jurisprudencia que acabamos de ver es que la misma reconoce que esta plataforma puede albergar en su seno subforos que sí pueden considerarse públicos, ya que, pese a no ser propiedad del Estados, están bajo su dominio y control.

A este respecto, la doctrina establecida en *Knight First Amendment Institute vs. Trump* no toma postura en el debate sobre la dimensión privada o pública de foros como los que son gestionados por Facebook, YouTube o Twitter. Un debate que, en el derecho norteamericano, gira principalmente sobre una pregunta elemental: ¿tienen que estar las redes sociales sometidas a las exigencias de la Primera Enmienda? Como es sabido el legislador federal dio hace tiempo una respuesta concluyente a esta pregunta a través de la celeberrima Sección 230 de la Communications Decency Act (CDA), y lo hizo, ya no sólo a través de esas veintiséis palabras que han pasado a la historia como aquellas que «crearon internet»:

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider

sino específicamente mediante la letra b) de ese mismo número, donde se establece:

³⁹ Como cierta doctrina ha señalado, si se permitiese a las instituciones o autoridades públicas el bloqueo selectivo de disidentes en este ámbito, esos espacios virtuales podrían convertirse en lugares públicos destinados al culto de la personalidad de los dirigentes (Geltzer y Marshak 2017), algo que en último término repugnaría los valores que se encuentran tras la doctrina norteamericana de la libertad de expresión.

⁴⁰ No hay que olvidar, en este sentido, que la doctrina de los public forum y, en concreto, la de los foros públicos artificiales o designados, presupone que sea el poder público quien habilite esos foros para el ejercicio de la libertad de expresión. Es decir, que no sólo es necesario que ese foro de opinión exista y sea concurrido, sino también que el mismo esté bajo el dominio del Estado.

No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, *whether or not such material is constitutionally protected*. (Las cursivas son mías).

Por lo que a nosotros nos interesa, lo relevante aquí, como podemos leer, es que las redes sociales, en tanto proveedores de servicios, no sólo no son responsables por aquellos contenidos publicados por terceros⁴¹, sino que tampoco lo son por aquel contenido que, aun estando protegido por la Primera Enmienda, ellas deciden excluir. Dicho de otra forma, la Sección 230 nos dice inequívocamente que la censura privada que las redes sociales lleven a cabo en el marco de sus propias políticas de gestión de contenidos, no podrá asimilarse en su tratamiento jurídico a una censura pública, y tendrá como único límite, no la neutralidad exigible por la Primera Enmienda, sino el mucho más laxo límite de la buena fe. Pero no es sólo lo que dice la Sección 230 sino que de la propia jurisprudencia sobre la Primera Enmienda en materia de libertad de expresión podríamos deducir que, en derecho norteamericano, empresas como Facebook o Twitter están constitucionalmente amparadas para censurar aquellos contenidos que consideren no deben tener visibilidad en sus plataformas (Heins, 2014: 326, 327). A este respecto, como fácilmente puede intuirse, extender la interpretación judicial del foro público a las redes sociales implicaría tácitamente derogar uno de los dos pilares sobre los que se ha erigido en los Estados Unidos el sistema de la comunicación en red, y que es el de la indemnidad jurídica de las empresas de comunicación por aquellas políticas y acciones que tomen de cara a excluir de sus plataformas discursos que, de otro lado, no dejan de estar protegidos por la Primera Enmienda. En definitiva, para hacer que sus espacios sean como ellos quieran que sean

Las metáforas en el mundo del derecho son didácticas e ilustrativas pero normalmente tienen limitaciones y pueden generar confusión o falsas expectativas. Es cierto, en este sentido, que Twitter o Facebook hoy cumplen una función similar a la que antes cumplían los foros públicos tradicionales como las calles, los parques y las plazas, pero también lo es que Twitter o Facebook son espacios virtuales gestionados por empresas privadas. En este sentido, pese a que entiendo que es muy probable de que la doctrina esbozada en

⁴¹ Son significativas, a este respecto, las diferencias en relación al régimen establecido por la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico, donde se establecen, como es sabido, una serie de exclusiones de responsabilidad a favor de los prestadores e intermediarios, siempre que no haya conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos (artículos 12 a 15).

Knight First Amendment Institute vs. Trump sea finalmente asumida como propia por la Corte Suprema, esto no tiene por qué significar que el debate sobre la naturaleza jurídica de las redes sociales se cierre en los USA a favor de una comprensión de estas redes como foros públicos, asumiéndose así que estas empresas ya no tienen más margen que el que tiene el propio Estado en sus calles y plazas para limitar ciertas expresiones.

Igualmente, tampoco cabe exagerar las implicaciones de la doctrina establecida por la Corte Suprema en *Packingham v. Carolina del Norte*. Como recordamos, a pesar de que el Tribunal insiste unánimemente en la retórica del «vasto foro democrático», en ningún caso trae a colación la doctrina de los foros públicos, y se limita a juzgar si la Primera Enmienda prohíbe al Estado – no a las propias empresas- vetar a los ciudadanos el acceso a ciertos servicios digitales de comunicación.

Para dar fundamento a estos presagios es importante destacar que la Corte Suprema norteamericana ha tenido recientemente una gran oportunidad de matizar su teoría sobre el foro público, y extender la misma a espacios abiertos a la ciudadanía en general, pero gestionados por empresas privadas. Estoy haciendo referencia al litigio *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*⁴², del que muchos esperaban que pudiera dar lugar a un precedente que en el futuro sirviera para debilitar la eficacia del manto protector que la doctrina de la *State Action* brinda a las grandes corporaciones de la comunicación, de tal forma que pudieran enjuiciarse sobre la base de la Primera Enmienda sus políticas de control de contenidos. Dicha expectativa no se ha cumplido. En este caso, lo que se juzgaba era la conformidad con la Primera Enmienda del veto que una empresa sin ánimo de lucro, concesionaria de un canal público de televisión por cable en Manhattan, había impuesto a un par de ciudadanos que anteriormente habían emitido un reportaje muy crítico con la compañía en cuestión. En último término, estos ciudadanos entendían que la empresa que gestionaba el canal debía de ser considerada un actor estatal, y dicho canal un foro público donde cualquier decisión editorial, por lo tanto, estaría sometida a las exigencias de la Primera Enmienda. Sin embargo, para la mayoría del Tribunal, el hecho de que esta empresa privada gestionara un canal de acceso público y permitiese que diversas voces se expresen a través del mismo, no convierte a la misma en un actor estatal que haya de ser escrupulosamente neutral con todas las opiniones⁴³. Para la Corte «una entidad pri-

⁴² *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 US ___, (2019).

⁴³ La Corte Suprema sí ha admitido excepcionalmente que una entidad privada pueda ser considerada como un «actor estatal» en aquellos supuestos en los que ésta ejerce «poderes tradicionalmente reservados al Estado». Ahora bien, como se subraya en la sentencia, lo cierto es que ha sido muy estricta a la hora de aplicar dicha excepción, exigiendo, además de que se trata de poderes tradicionalmente reservados al Estado, que éste los

vada que proporciona un foro para el discurso no se transforma solo por ese hecho en un actor estatal»⁴⁴, y por lo tanto, las restricciones que ésta imponga en el acceso a dicho foro caen bajo el manto protector de la *State Action*.

Las consecuencias de este precedente, en el debate acerca de la naturaleza jurídica de las redes sociales y de las restricciones al discurso que en ellas puede llevarse a cabo, no se han hecho esperar. Sobre la base de *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, la juez Margaret McKeown, del Noveno Circuito, ha negado que YouTube pueda ser considerado un foro público, y ha reafirmado así la discrecionalidad de esta plataforma para excluir determinados contenidos. Estamos hablando de la muy reciente sentencia *Prager University, Plaintiff-Appellant, V. Google Llc, Fka Google, Inc.; Youtube, Llc*⁴⁵, en la que se rechaza expresamente el argumento de que dada la posición hegemónica de YouTube en el mercado de las comunicaciones haya de considerarse que esta plataforma tenga que estar sometida a las exigencias de la Primera Enmienda. Todo apunta a que los términos en los que la Corte Suprema pueda juzgar una demanda similar no van a variar mucho de estos con los que el Tribunal de apelaciones sintetiza la razón de su fallo y que aquí extractamos:

«A pesar de la ubicuidad de YouTube y su papel como plataforma en el proceso de formación de la opinión pública, este sigue siendo un foro privado, no un foro público sujeto a control judicial bajo las exigencias de la Primer Enmienda»⁴⁶

V. EPÍLOGO DE URGENCIA: TRUMP V. TWITTER Y LA TENTACIÓN DEL CONTRAPODER

No tardará en darse la oportunidad para que la Corte Suprema se pronuncie expresamente sobre si las empresas tecnológicas de comunicación que como Twitter, Facebook o YouTube, ocupan una posición casi monopolística a la hora de prestar determinados servicios en la sociedad de la información, pueden o no considerarse foros públicos. Como se acaba de defender, todo apunta a que las opciones que en un momento pudieron barajarse de que

haya desempeñado de forma «exclusiva». Una exclusividad que no se cumpliría en este supuesto, ya las licencias para operar en estos canales han sido concedidas a diferentes corporativas privadas desde su origen. *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 US ___, 6, 7 (2019).

⁴⁴ *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 US ___, 10 (2019).

⁴⁵ *Prager University, Plaintiff-Appellant, v. Google Llc, Fka Google, Inc.; Youtube, Llc*, Ninth Circuit, No. 18-15712, February 26, 2020.

⁴⁶ *Prager University, Plaintiff-Appellant, v. Google Llc, Fka Google, Inc.; Youtube, Llc*, Ninth Circuit, (p. 5).

esto sucediera han quedado en buena medida neutralizadas por los últimos pronunciamientos judiciales. Esto no quiere decir que, como hemos visto, la Corte Suprema no extienda la doctrina del *public forum* a los foros institucionales que se creen en ciertas plataformas privadas, o que este concepto sirva como argumento para desactivar aquella normativa estatal que imponga trabas en el acceso de los ciudadanos a ciertos servicios en red. Ahora bien, de eso a hacer claudicar la doctrina de la *State Action* para someter el control de contenidos de las plataformas virtuales al estricto escrutinio de la Primera Enmienda dista un trecho que es, por ahora, muy poco probable que se vaya a recorrer.

Ahora bien, en el momento en que cierro estas páginas la relación entre Trump y Twitter vuelve a ser objeto de interés jurídico, ahora por motivos diferentes, aunque en el trasfondo está de nuevo la cuestión de la naturaleza jurídica de la red social. El origen del litigio, en este caso, se encuentra en la reacción del Presidente al hecho de que la compañía de comunicación haya etiquetado una entrada desde el perfil @realDonaldTrump como información dudosa, invitando a los usuarios a verificar la misma a través de recursos digitales puestos a disposición por la propia red social⁴⁷. La reacción del Presidente Trump, a este respecto, ha sido expedir una orden ejecutiva dirigida a los diferentes departamentos y agencias federales, con el fin de limitar la inmunidad de las redes sociales por los contenidos publicados por terceros⁴⁸. Dicha orden expone con claridad cuáles son sus razones⁴⁹. Para el Presidente, si estas plataformas no son estrictamente neutrales en su función de intermediación, sino que, como en este caso, editan sus contenidos, las mismas han de ser comprendidas desde un punto de vista jurídico del mismo modo que lo son los medios de comunicación clásicos y, por lo tanto, han de estar sometidas a un mismo régimen de responsabilidad.

Lo cierto es que resulta poco probable que la orden ejecutiva aprobada por el Presidente vaya a tener efectos significativos en el ordenamiento americano. Los principales destinatarios de esta orden, que son la Comisión Federal de Comercio y la Comisión Federal de Comunicaciones, son agencias independientes de cuyos responsables es difícil esperar que sigan unas

⁴⁷ Sobre los pormenores de este suceso, puede verse: «Twitter's decision to label Trump's tweets was two years in the making», The Washington Post, May 30, 2020, disponible en <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/05/29/inside-twitter-trump-label/>

⁴⁸ Executive Order on Preventing Online Censorship, May 28, 2020, disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/>

⁴⁹ En ellas pueden apreciarse ciertos ecos de Delfi, en referencia a la conocida jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Delfi v. Estonia, TEDH, Gran Sala, de 15 de junio de 2015.

instrucciones presidenciales que se apartan de forma explícita de lo prescrito por una ley federal que lleva más de veinte años en vigor⁵⁰. Para que el régimen de responsabilidad de estas compañías variase, y en concreto, para que se ponga fin al principio general de inmunidad por los contenidos publicados por terceros, sería necesaria una derogación de la propia Sección 230, algo que exige una ardua tarea parlamentaria y, desde luego, mayorías nada fáciles de conseguir, aunque nada es imposible. En cualquier caso, dicha derogación espolearía sin duda otro debate ya abierto en la doctrina norteamericana y que es el de si la inmunidad de las redes por los contenidos publicados por terceros es una opción del legislador o bien una exigencia derivada de la Primera Enmienda. No podemos extendernos aquí sobre esa discusión pero es bastante significativo, a este respecto, que en uno de sus últimos números la *Harvard Law Review* publicara una extensa «nota» sosteniendo precisamente esta última tesis: que la inmunidad de las redes no descansa en la ley sino en la propia Constitución (Note, 2019).

Finalmente, y aunque sea de forma superficial, creo que cabe hacer una mínima reflexión acerca de los elementos diferenciales que persisten entre la comprensión jurídica que se hace en el derecho norteamericano de plataformas digitales como Twitter, Facebook o Google, y la que se produce a partir del derecho de la Unión Europea. Desde luego, los desafíos que plantea el nuevo sistema de libertad de expresión en los USA no son nada originales ni específicos⁵¹. Las campañas de desinformación, la difusión de discurso extremo, la utilización ilícita de datos personales, el uso de algoritmos opacos para el control de contenidos, la censura ideológica... son problemas comunes al uno y al otro lado del Atlántico⁵². Ahora bien, a diferencia de lo que, como hemos podido ver, ocurre en los Estados Unidos, en el derecho europeo se asume de una forma más realista lo indispensable de estas plataformas virtuales para la consecución de ciertos fines públicos. Se impone, si

⁵⁰ Puede leerse el comentario urgente que publica el profesor Tim Wu, *Trump's Response to Twitter Is Unconstitutional*, June 2, 2020, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/06/02/opinion/trump-twitter-executive-order.html>

⁵¹ Para una síntesis comparativa, puede verse (Cotino, 2017).

⁵² Creo que es válida la tesis de Balkin quien representa los problemas actuales de la libertad de expresión con la forma de un triángulo. La dinámica de tensión que se produciría dentro de esa geometría respondería a lo siguiente. En primer lugar, los Estados trata de conseguir que las empresas digitales incorporen a su regulación interna los principios clásicos que han regido el sistema de la libertad de expresión. Por otro lado, estas empresas ponen en práctica subsistemas tecnológicos de control muy complejos, una burocracia privada poco transparente y al margen de cualquier garantía procesal que se impone a los usuarios. Estos usuarios finales, que cerrarían el triángulo, se encontrarían así en una situación de vulnerabilidad, expuestos, en definitiva al control y la manipulación digital (Balkin, 2012: 215-217)

se me permite, y a pesar de que son muy significativas las diferencias regulatorias entre los Estados, una progresiva comprensión vicarial de estas plataformas, empleada aquí la expresión en el sentido católico del término. Es decir, existe, a este respecto, una tendencia a delegar en éstas las veces del Estado, para que las mismas ejerzan sus facultades y jurisdicción⁵³, allí donde las propias instituciones estatales tienen dificultades para llegar a tiempo y ser efectivas⁵⁴.

A este respecto, creo que en el contexto europeo la comprensión de estas compañías ya ha trascendido ampliamente la idea de que las mismas sean meras corporaciones que prestan servicios de comunicación. El nuevo *nomen iuris* de estos prestadores de servicios no está acotado, pero es poco discutible el hecho de que cumplen de una forma casi monopolística funciones de interés general y de que en muchos aspectos constituyen instituciones básicas del sistema democrático⁵⁵. Avanza, de alguna manera, la idea de que las normas comunitarias con las que estas empresas disciplinan el discurso público en sus foros tienen que estar reguladas con un mínimo nivel de sintonía respecto a las propias reglas y principios que comprometen al Estado, y que por ello, son trasladables a estas plataformas ciertas exigencias de transparencia en la aplicación de los criterios de control que establecen, lo que incluye, claro está, a los dispositivos algorítmicos utilizados (Boix, 2020; Teruel, 2017: 100-101).

Creo, en este sentido, que vale la pena apartarse de la rigidez conceptual con la que en el derecho norteamericano se asume que cualquier labor de censura por parte de las empresas tecnológicas de comunicación cae bajo el amparo de la Primera Enmienda, y atender al hecho incontrovertible de que éstas poseen hoy en

⁵³ Es obligada la referencia aquí a: Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014.

⁵⁴ La profesora Rodríguez-Izquierdo ha calificado, en mi opinión con acierto, a estas empresas, y sobre la base de la función que les es atribuida en la protección de la privacidad de sus usuarios, como «agentes de seguridad interpuestos», llamando la atención, en este sentido, sobre el hecho de que aunque probablemente «estos perfiles comerciales no sean las más indicadas para erigirse, o ser erigidas, como garantes interpuestos de bienes constitucionales son esas, las empresas tecnológicas, y sobre todo las grandes plataformas y soportes de software, las que verdaderamente están en posición de hacerlo» (Rodríguez Izquierdo, 2019).

⁵⁵ A este respecto, vale la pena leer el trabajo que al hilo de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea, presentada por la Comisión Europea en septiembre de 2018, elabora Germán Teruel y el que se insiste sobre la necesidad de ser cautos y ponderar el impacto que puede tener sobre la libertades comunicativas, la delegación en las redes sociales de tareas de control del discurso extremo. (Teruel, en prensa: en especial pp. 19-23 del texto manuscrito).

día, una capacidad para determinar qué se puede decir o qué superior a la de cualquier Tribunal, y todo ello a través de procedimientos opacos y desde luego alejados de las garantías que se aplican a cualquier restricción de las libertades de expresión e información que lleven a cabo los poderes públicos. En definitiva, la censura privada en las redes, no deja de ser al mismo tiempo una censura de trascendencia pública, sobre la que se han de proyectar, por lo tanto, los principios constitucionales que regulan el discurso público. Esto no tiene ni puede significar, desde luego, que se neutralice el ámbito de autonomía de estas corporaciones, de tal manera que las mismas no puedan dibujar ciertos contornos en cuanto a lo que no desean ver en su foro; se trata, por lo tanto, de encontrar un equilibrio que tenga en cuenta que la preservación de un debate democrático abierto y vivo es también una exigencia constitucional a considerar y no una medida de gracia de estas empresas (Teruel, 2017). Ahora bien, como recientemente hemos podido ver en Italia, a propósito de dos resoluciones judiciales contradictorias, en relación la clausura por parte de Facebook de cuentas vinculadas a organizaciones de extrema derecha⁵⁶, el problema reside en que en muchas ocasiones los

⁵⁶ El relato de los hechos, en ambos casos, es prácticamente idéntico. La red social Facebook, sobre la base de sus normas internas y, en concreto, sobre el conocido «estándar número 13 de la Comunidad», que excluye el discurso del odio en la red, cancela dos cuentas de sendas organizaciones de extrema derecha italianas, Casa Pound y Froza Nuova. Pero si los antecedentes de hecho son prácticamente fungibles en este caso, la aproximación jurídica de los jueces italianos será radicalmente diferente en uno y otro caso. Se trata, en realidad, de decisiones que parten de ideas enfrentadas sobre el derecho a la libertad de expresión y el pluralismo, pero que, en buena medida, coinciden tácitamente en lo que se refiere a la comprensión de la naturaleza jurídica de las redes sociales como espacios hegemónicos de comunicación pública. Para el Tribunal que conoce del caso Casa Pound, la cancelación de una cuenta vinculada a una asociación de carácter político, por la orientación ideológica de sus comentarios, distorsiona el valor constitucional del pluralismo político, al impedir la que no deja de ser una opción ideológica legítima en la sociedad italiana, participar plenamente en el debate público. Facebook, al igual que otras redes sociales, «ocupa una posición particular en su relación con los usuarios», y por eso su relación con quienes utilizan sus servicios «no es exactamente asimilable a la de dos sujetos privados». Esta circunstancia tiene una consecuencia jurídica fundamental y es que Facebook, a hora de decidir negar sus servicios a un usuario, tiene que tomar en consideración el marco constitucional de la libertad de expresión y no imponer más restricciones de acceso que las que el ordenamiento italiano impone al discurso público. Por su parte, el juez que conoce del recurso de Forza Italia, toma en consideración la posición institucional de las redes sociales en el sistema de la libertad de expresión, solo que en este caso pone el acento en los riesgos que desde la perspectiva de la tutela de ciertos valores constitucionales acarrea las posibilidades tecnológicas que la red ofrece a cualquier discurso de amplificar su voz y con ello sus efectos en el ciberespacio. A partir de ahí, la sentencia hace un esfuerzo por sintetizar los principales hitos normativos tanto en el ámbito de las instituciones europeas, como en el propio derecho italiano, en lo que se refiere a la lucha contra el denominado «discurso del odio» para evidenciar que la realidad normativa en

juristas no terminamos de ponernos de acuerdo sobre cuáles son las propias exigencias que se derivan, con respecto a la libertades de expresión e información, de un determinado marco constitucional. La discusión sobre la libertad de expresión en la red no deja de esconder en muchos casos la vieja disputa, previa sin duda a la revolución tecnológica, sobre qué grado de militancia democrática impone un modelo de sociedad pluralista y los límites que sobre el discurso público se derivan de ello⁵⁷.

En cualquier caso, como hemos visto, el vigor de la doctrina de la *State Action*, y la propia cultura jurídica del «puerto seguro» que ha generado los años de vigencia de la Sección 230, siguen marcando con nitidez en los USA, la frontera entre lo que las grandes compañías tecnológicas de comunicación significan realmente y la comprensión jurídica que se tiene de las mismas. No obstante, nada nos dice que cosas no puedan cambiar. No ya sólo porque la propia posición monopolística de empresas como Twitter pueda ser puesta en cuestión con la irrupción de corporaciones que compitan prestando servicios similares, sino porque las propias corporaciones hoy hegemónicas incorporen prácticas más propias del clásico cuarto poder que de instituciones en principio neutrales, o caracterizadas por la mera intermediación⁵⁸. Cuanto

Italia es una realidad no relativista frente a cierto tipo de discursos como aquel que esta asociación transmite a través de su perfil. A este respecto, la conclusión del Tribunal es que Facebook, no sólo no ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión y el pluralismo político al inhabilitar el perfil de usuario de esta asociación política, sino que con dicha decisión la red social estaba cumpliendo con un deber jurídico. A este respecto, como no podía ser de otra manera, se da una especial relevancia al Código de conducta para la lucha contra la incitación al odio en Internet, suscrito en mayo de 2006, ante la Comisión Europea, por las principales empresas tecnológicas. Se trataba, por lo tanto, no ya de una legítima aplicación de las cláusulas contractuales preestablecidas, en relación a qué tipo de discursos no son tolerados por la red social, sino directamente de una decisión informada por las exigencias tanto del derecho interno italiano como del derecho internacional. Las sentencias referenciadas son Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Sezione specializzata in materia di Impresa, RG 59264/2019, disponible en:

<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wpcontent/uploads/2020/01/sentenzacpifb.pdf> y 2019 Tribunale Ordinario di Roma Sezione Diritti Della Persona E Immigrazione Civile, N. R.G. 64894/2019, disponible en <http://www.questionegiustizia.it/doc/Ordinanza-RG-648942019-Forza-Nuova-art700.pdf>

⁵⁷ Véase, por ejemplo, en la doctrina italiana (Caruso, 2020) Para este autor, los presupuestos pluralistas de un ordenamiento como el italiano, se deben imponer, «no solo al poder público sino también a las tecnoestructuras privadas que poseen, en virtud de su posición fáctica, las claves para acceder al discurso público». Las redes sociales, desde esta perspectiva, serían foros públicos donde cualquier restricción que se imponga al acceso de ciertos discursos ha de ser escrutada a la luz de los límites generales que el ordenamiento impone a la libertad de expresión.

⁵⁸ Esta tesis la sostiene en profundidad Wu, en un trabajo que es referencia obligada dentro del debate sobre la «censura colateral» en la red. Para este autor: «When interme-

más se aproxime la práctica de estas corporaciones a esa tarea de contrapoder más posibilidades existen de que su régimen de responsabilidad se asimile al que rige para las empresas editoriales. A esto apunta la orden ejecutiva del Presidente Trump, y creo que vale para esta ocasión la máxima del maestro Mairena de que *la verdad es la verdad, dígala Agamenón o su porquero*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, Rafael, Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa, Revista española de derecho constitucional, Año nº 35, Nº 103, 2015, 45-86.
- BALKIN, Jack M., Free Speech is a Triangle (May 28, 2018). Columbia Law Review, 2018, Forthcoming; Yale Law School, Public Law Research Paper No. 640. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3186205>
- BARNETT LIDSKY, Lyrisa (2011): «Public Forum 2.0», en Boston University Law Review, vol. 91, núm. 155, 1975-2028.
- BEZANSON, Randall P. (2010): «The Manner of Government Speech», en University of Iowa, College of Law, núm 10-09, 808-817.
- BOIX PALOP, Andrés, (2002), «Libertad de expresión y pluralismo en la Red», Revista Española de Derecho Constitucional, n. 65, 2002, pp. 133-180.
- (2016), La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales, Revista de estudios políticos, (Ejemplar dedicado a: Democracia y Derecho en la era de Internet: balance y perspectivas), 55-112.
- (2020), Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Vol. 1, pp.223-270, Disponible en: <https://www.uv.es/collaborative-economy-digital-transformation-chair/en/novedades-1286057015758/Novetat.html?id=1286117933247>
- CARUSO, Corrado, (2020) I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network, en Liber Amicorum per Paquale Costanzo, http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/caruso_scrittiCostanzo.pdf
- CORBIN, Caroline Mala (2008): «Mixed speech: when speech is both private and Governmental», en New York University Law Review, vol. 83, 101-189.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2017): Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, (17). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.0>.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (2016): «Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo», Revista de estudios políticos, (Ejemplar

diaries are actually original speakers, and have the incentives of original speakers, immunity is no longer appropriate». (Wu, 2013: 349).

- dedicado a: Democracia y Derecho en la era de Internet: balance y perspectivas), 141-168.
- FELDMAN, Noah (2018): «If Trump can't block Twitter users, Twitter can't either», en Bloomberg, 24 de mayo. Disponible en: «<https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-05-24/trump-twitter-blocking-ruling-is-badfor-free-speech>».
- (2017): «Constitution can't stop Trump from blocking tweets», en Bloomberg, 7 de junio. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2017-06-07/constitution-can-t-stop-trump-from-blocking-tweets>
- (2017) Are You Sure You Want a Right to Trump's Twitter Account?, June 5 2018. <https://www.nytimes.com/2018/06/05/opinion/first-amendment-trump-twitter.html>
- GELTZER, Joshua y MARSHAK, Amy, (2017): «Why the First Amendment constrains Trump's use of Twitter», en *Jut Security*, 6 de noviembre. Disponible en: «<https://www.justsecurity.org/46760/trump-twitter-amendment/>»
- GEY, Steven (1998): «Reopening the Public Forum—From Sidewalks to Cyberspace», en *Ohio State Law Journal*, vol. 58, núm. 5, 1535-1634.
- GOLDBERG, David T. and R. ZHANG, Emily (2017), Our Fellow American, the Registered Sex Offender, en *Cato Supreme Court Review*, 59-103.
- HABERMAS, Jürgen (2002), *Teoría de la acción comunicativa* (vol. 1). Madrid: Taurus. Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública. Barcelona.
- (1992), *Historia y crítica de la opinión pública*, 2009, Barcelona.
- HEINS, Marjorie (2014), The Brave New World Of Social Media Censorship, en *Harvard Law Review Forum*, nº 126, 325-330, disponible en http://cdn.harvard-lawreview.org/wpcontent/uploads/2014/06/vol127_Heins.pdf
- NOTE, (2018) «Section 230 as First Amendment Rule», en *131 Harvard Law Review* 2027.
- Ott, Brian L. (2018): «The age of Twitter: Donald J. Trump and the politics of debasement», en *Critical Studies in Media Communication*, vol. 34, núm. 1, 59-68.
- PRESNO LINERA, Migual y TERUEL LOZANO, Germán (2017), *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruà, Juritiba.
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO, Miryam, (2013), Internet entre otros medios o las distinciones mediáticas del Tribunal Supremo de los EEUU, en *Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales / Loreto Corredoira y Alfonso (dir.), Lorenzo Cotino Hueso (dir.)*, 99-118.
- (2019), Las empresas tecnológicas en internet como agentes de seguridad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117, septiembre-diciembre, pp. 77-100.
- SIDDIQUE, Bryan Christopher (2018): «Tweets That Break the Law: How The President's @realDonaldTrump Twitter Account Is A Public Forum And His Use of twitter Violates The First Amendment And The President Records Act», en *Nova Law Review*, vol. 42, núm. 2, 317-352.
- STOLEE, Galen y CATON, Steve (2018): «Twitter, Trump, and the Base: A Shift to a New Form of Presidential Talk?», en *Sings and Society*, vol. 6, núm. 1, 147-165.
- TERUEL LOZANO, Germán (2017), «Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado [en línea]*, n. 12,

- 2017, pp. 75-102. Disponible en: http://revista.jacobea.edu.mx/n12/4.Censura_en_Internet.German_Teruel.pdf
- (2019), Una lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión de mensajes terroristas en Internet, (en prensa).
- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier (2017): «La neutralidad del Estado y el problema del government speech», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 177, 13-55.
- TIM, Wu (2020): <https://www.nytimes.com/2020/06/02/opinion/trump-twitter-executive-order.html>.
- WU, Felix T., (2013), *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, 87 *Notre Dame L. Rev.* 293, Available at: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol87/iss1/6>
- YUDOF, Mark George (1979): *When Governments Speak: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment*, 863-918 Disponible en: «<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3231&context=facpubs>» [Consultado el 23 de diciembre de 2019].
- (1983): «Review: Government Speech and the Falsification of Consent», en *Harvard Law Review*, vol. 96, núm. 7, 1745-1757.

**Premio
Juan Churruca**

EL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL
ESPAÑOL: ANÁLISIS DE LA DIFÍCIL
DELIMITACIÓN ENTRE LA INTIMIDACIÓN DE LA
AGRESIÓN SEXUAL Y EL PREVALIMIENTO DEL
ABUSO SEXUAL. REVISIÓN A LA LUZ DE LA
NORMATIVA INTERNACIONAL

*The crime of rape in the Spanish Criminal Code: analysis of
the difficult delimitation between intimidation of sexual
assault and «prevalimiento» of sexual abuse. A revision in
the light of the international regulations*

Itziar Altuzarra Alonso
Universidad de Deusto
itziar.altuzarra@opendeusto.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp511-558](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp511-558)

Recibido: 05.02.2020
Aceptado: 08.06.2020

Resumen

Caracterizado por un alto porcentaje de victimización de la mujer, el delito de violación se trata de uno de los crímenes sexuales históricamente más sancionados. Su regulación, tanto a nivel internacional como nacional, sigue en constante evolución, pues se trata de una conducta típica profundamente relacionada con el progresivo proceso de concienciación sobre la deconstrucción del sistema patriarcal que impacta profundamente en la sensibilidad social colectiva. El objetivo principal del trabajo consiste en arrojar luz al amplísimo debate doctrinal y jurisprudencial generado en torno a la consideración de la violencia y la intimidación como elementos definitorios de este delito. En esta línea, el Código penal español exige la concurrencia uno de dichos medios comisivos para llegar a denominar como violación al

ataque a la libertad sexual con acceso carnal, lo que supone la creación de una línea divisoria muy sutil entre la violación intimidatoria y el abuso sexual por prevalimiento. Dicha regulación no se adecúa a los estándares legales internacionales, y concretamente europeos, que España ha ratificado hace ya cinco años a través del Convenio de Estambul. Por ello, se concluye que la legislación nacional, a pesar de haber experimentado una intensa metamorfosis, todavía hoy en día precisa una revisión y reformulación del crimen de violación dirigida hacia su consideración en torno a la falta de consentimiento de la víctima como elemento definitorio. Finalmente, se colige además que en el enjuiciamiento de dicho crimen urge una formación en perspectiva de género dirigida a jueces y magistrados cuyas motivaciones jurídicas, se observa, tienen un poder decisivo.

Palabras clave

Derecho penal; Violencia sexual; Delitos sexuales; Libertad sexual; Violación; Consentimiento; Género.

Abstract

Characterized by a high percentage of victimization of women, the crime of rape is historically one of the most sanctioned sex crimes. Its regulation, both at an international and national level, keeps on evolving since it is a criminal behaviour deeply related to the progressive process of awareness about the deconstruction of the patriarchal system that greatly impacts on the collective social sensitivity. The main aim of the work consists on shedding light on the doctrinal and jurisprudential broad debate generated around the consideration of violence and intimidation as defining elements of the crime. In this line, the Spanish Criminal Code requires one of both methods in which to commit the crime to consider that any attack against sexual freedom including sexual intercourse constitutes rape, what implies the creation of a dividing, though extremely subtle, line between rape through intimidation and sexual abuse through *prevalimiento*. This regulation is not conformed to the international legal standards, and specifically European, that Spain ratified five years ago by virtue of the Istanbul Convention. In consequence, it can be concluded that the national legislation, despite having experienced an intense metamorphosis, is still in need of a review and reformulation of the crime of rape aimed to its consideration around the absence of consent of the victim as the only defining element. Finally, it is also deduced that the prosecution of the mentioned crime urges the implementation of a gender perspective training addressed to judges and magistrates whose legal motivations have decisive power.

Keywords

Criminal law; Sexual violence; Sex crimes; Sexual freedom; Rape; Consent; Gender.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. VIOLENCIA SEXUAL Y VIOLACIÓN: REGULACIÓN INTERNACIONAL. 1. *Desarrollo en el derecho penal internacional*. 2. *Marco legal en Europa*. III. LA VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y SUS LÍMITES CON EL ABUSO SEXUAL. 1. *Desde la honestidad de la mujer hasta la libertad sexual de todos y todas*. 2. *Una primera aproximación y la violencia en la agresión sexual*. 3. *La agresión sexual intimidatoria con acceso carnal y el abuso sexual con prevalimiento con acceso carnal: problemas de distinción*. 3.1. La intimidación en las agresiones sexuales con acceso carnal. 3.2. El prevalimiento en los abusos sexuales con acceso carnal. 3.3. «Una sutil línea divisoria». IV. VALORACIONES CRÍTICAS: REVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN RAZÓN DE SUS DISFUNCIONALIDADES Y A LA LUZ DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL. V. CONCLUSIONES. VI. FUENTES. VII. ANEXOS.

I. INTRODUCCIÓN

No existe una legislación unánime a nivel comparado en torno a la violencia sexual, pues los sistemas penales nacionales recogen diferentes delitos sexuales con distintas definiciones y sanciones para los mismos. Sin embargo, generalmente esta violencia se relaciona con los delitos de violación, abuso sexual, acoso sexual, trata de personas y prostitución, entre otros, y muchos países han ratificado estándares internacionales que abordan la problemática. Así, la OMS define la violencia sexual como

«todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito», y continua, «también puede ocurrir cuando la persona agredida no está en condiciones de dar su consentimiento»¹.

El presente trabajo contempla a la mujer como principal víctima de la violencia sexual. Este hecho responde a los datos recabados en diferentes estudios² que

¹ Organización Mundial de la Salud. *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Washington, D.C.: Oficina Regional para las Américas, 2003, p. 161. Explica también que la coacción «además de la fuerza física, puede entrañar la intimidación psíquica, la extorsión u otras amenazas».

² Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, *Violence Against Women: an EU-wide survey. Main Results*, Luxemburgo, 2014, p. 7 disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf y Naciones Unidas. The Special Rapporteur on Violence against Women, *15 years of the United Nations Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Conse-*

ponen de manifiesto el sesgo de género que caracteriza esta violencia, afectando masivamente a las mujeres. Así, a nivel estatal, el 84% de las víctimas de delitos contra la libertad sexual en España son mujeres, mientras que sólo el 16% son hombres³. Además, el 96% de detenidos e investigados por estos delitos son hombres y sólo el 4% son mujeres⁴. Respecto al ámbito europeo, el 11% de las mujeres mayores de 15 años en la UE han experimentado alguna forma de violencia sexual y el 5% han sido violadas⁵, se observa también que la violencia sexual es masivamente ejecutada por hombres⁶. Sin embargo, esta problemática no está circunscrita a regiones o culturas específicas, pues se estima que 15 millones de mujeres de entre 15 y 19 años en todo el mundo han sido obligadas a mantener relaciones sexuales al menos una vez en su vida⁷. Por todo esto se concluye que, a pesar de no ser las únicas, las mujeres son las principales víctimas de esta de violencia que se presenta en todo el mundo.

De este modo, los estándares legales internacionales en torno a la violencia sexual se han configurado dentro del marco de la violencia de género⁸ y

quences, 2009, p. 16. Cabe destacar que debido a la ausencia de denuncia de muchos incidentes y a la ineficiencia de algunos sistemas de justicia penales, existe una gran dificultad para obtener datos completos, lo que lleva a que se ofrezca una visión parcial de la realidad mientras otra parte de los comportamientos delictivos queda oculta e impune.

³ Además, el porcentaje de victimización de la mujer aumenta en el caso de los abusos (sin acceso carnal un 86% y con acceso carnal un 93%) y las agresiones sexuales (sin acceso un 92% y con acceso carnal un 93%). Ministerio del Interior. *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*, Gabinete de Coordinación y Estudios, Secretaría de Estado de Seguridad, 2017, p. 15.

⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁵ Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, *Violence Against Women...op. cit.*, p. 3 y 21. La Agencia lleva a cabo un representativo estudio en el que entrevista a 42.000 mujeres de 28 países de la UE.

⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁷ UNICEF, *A familiar face: violence in the life of children and adolescents*. Nueva York, 2017, p. 75 disponible en https://www.unicef.org/publications/files/Violence_in_the_lives_of_children_and_adolescents.pdf y Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial... op. cit.*, p. 161

⁸ El concepto «género», que ha sido asumido por la sociología y la filosofía jurídica, se atribuye al movimiento feminista que distingue así el sexo biológico del constructo social que se asocia al mismo. El concepto se desarrolla en la segunda mitad del siglo XX en diversas obras feministas entre las que destaca OAKLEY, A. *Sex, Gender and Society*. Londres: Ed. Routledge, 1972. Diferenciar el plano biológico del socialmente construido permitió entender los roles asignados a cada género y la consecuente asunción de la mujer como sujeto inferior al hombre. Véase el estudio de ASUA, A. «Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico» en RINCÓN, A (Coord.). *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*. Vitoria-Gazteiz: Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 50. También resulta relevante lo que explica la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Huma-

la violencia contra las mujeres⁹. Así, por ejemplo, la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* de la Asamblea General de la ONU observa que la violencia contra la mujer abarca la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, en la comunidad en general o que sea perpetrada o tolerada por el Estado (Art. 2)¹⁰. El mismo dispone que la violencia contra las mujeres se trata de una violación de sus derechos humanos que encuentra su raíz en la discriminación que históricamente sufren las mismas y que ha conducido a su dominación¹¹. Del mismo modo, la jurisprudencia internacional y regional reciente también ha ordenado la violencia sexual en el marco de la violencia contra la mujer¹². Sin embargo, alcanzar este marco de reconocimiento se trata del fruto de una legislación internacional progresiva y paulatina que ha ido definiendo la violencia sexual y desentrañando lo que esta supone para las mujeres.

La agresión sexual y el abuso sexual son los delitos sexuales con más hechos conocidos registrados en España¹³. Llama especialmente la atención el

nos. *Los derechos de la mujer son derechos humanos*. 2014, p. 38 «La noción de género se refiere a las identidades socialmente construidas, los atributos y los roles asignados a mujeres y hombres» que, dice, dan lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres en favor de los primeros y en detrimento de las segundas.

⁹ Por mencionar algunos ejemplos, véase la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín de la Asamblea General de la ONU aprobada en la 16ª sesión plenaria de 15 de septiembre de 1995, párr. 113, la Recomendación General Nº 19 sobre la violencia contra la mujer del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) del 29 de enero de 1992, párr. 6; Recomendación general Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del Comité CEDAW de 16 de diciembre de 2010, párr. 19 y la Recomendación General Nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer por la que se actualiza la Recomendación general nº 19 del Comité CEDAW de 26 de julio de 2017, párr. 14

¹⁰ Declaración sobre la eliminación de violencia contra la mujer de la Asamblea General de la ONU de 1993 adoptada por la resolución 48/104 en la 85ª sesión plenaria del 20 de diciembre de 1993. También aborda en su artículo 1 el concepto de «violencia contra la mujer» definiéndolo como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada».

¹¹ *Ibidem*, preámbulo.

¹² Véase, entre otros, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. González y otras («Campo algodón») v México de 16 de noviembre de 2009; el Dictamen del Comité CEDAW Karen Tayag Vertido v Filipinas, Comunicación núm. 18/2008, CEDAW/C/46/D/18/2008 de 22 de septiembre de 2010 y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos E.B v Romania Application no. 49089/10 de 19 de marzo de 2019.

¹³ En 2017, de los hechos conocidos por delitos sexuales, representaron un 75%. Ministerio de Interior, *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*, 2018, p. 5.

crecimiento de los hechos conocidos de abusos sexuales con penetración, que se duplicó de 2012 a 2017¹⁴ (Véase Anexo I), así como el aumento del 22,7% de agresiones sexuales con penetración en 2018 respecto al año anterior¹⁵. El presente trabajo se focaliza en el crimen de la violación, uno de los delitos sexuales más graves y debatidos, pues su conceptualización sigue hoy en día desarrollándose en los diferentes sistemas penales. Estos gozan de un gran potencial simbólico para influir en el imaginario colectivo y, de la misma forma pero al contrario, la transformación de la percepción social dirige la constante evolución de los mecanismos legales en la materia. En la realidad actual española, cobra especial relevancia la controversia existente en torno a la concurrencia de violencia o de falta de consentimiento como elemento definitorio de la violación. Es por esto por lo que el objeto primordial del presente trabajo consiste en arrojar algo de luz al mencionado debate, proponiendo una reflexión en torno a la adecuación actual del Código Penal español en materia de violación con respecto a los estándares legales internacionales, y concretamente, europeos.

II. VIOLENCIA SEXUAL Y VIOLACIÓN: REGULACIÓN INTERNACIONAL

1. *Desarrollo en el derecho penal internacional.*

A pesar de que la violencia sexual, y en concreto la violación, forman parte de la cotidianeidad de las mujeres – ya sea por ser víctima o por el miedo a serlo¹⁶ – el derecho internacional ha abordado los crímenes sexuales partiendo de la esfera de los conflictos armados, en la que se cometen las mayores atrocidades. Este desarrollo legal ha aparecido de forma tardía, dejando impunes multiplicidad de actos delictivos del pasado extremadamente graves. Sin embargo, en poco más de un siglo las disposiciones que abordan la violencia sexual han pasado de ser imprecisas prohibiciones que encuentran su origen en la mujer como propiedad del hombre¹⁷ a convertirse

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Ministerio del Interior, *Infracciones penales registradas en CCAAs, provincias, islas, capitales y localidades con población superior a 30.000 habitantes*, 2018, p. 323.

¹⁶ WEST, R. «The Difference in Women's Hedonic Lives: A phenomenological critique of feminist legal theory». *Wisconsin women's law journal*, nº. 3, 1987, p. 88: «todas las mujeres, incluso aquellas que nunca han experimentado una agresión sexual, experimentan el miedo a la violación, éste está siempre con nosotras, afecta a nuestras vidas de incontables maneras» y BROWNMILLER, S. *Contra nuestra voluntad: hombres, mujeres y violación*. Barcelona: Ed. Planeta, 1981.

¹⁷ No es hasta la llegada de la Ilustración cuando la mujer se empieza a considerar un sujeto independiente. DE MIGUEL, A., *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elec-*

en detallados mandatos que localizan su justificación en la protección de la dignidad y libertad de la mujer, enmarcando esta violencia dentro de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

Así, el *Lieber Code* de 1863¹⁸, aparece como uno de los primeros mecanismos legales que persiguen la violencia sexual. Sus artículos 37 y 44 prohíben vagamente la violencia sexual. Además, parte de la relevancia de este código reside en su utilización para la redacción del *IV Convenio de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* de 1907¹⁹. Este último, en su precepto 46, se refiere indirectamente a la violencia sexual al mencionar «el honor y los derechos de la familia». Cabe asimismo destacar la *Ley Nº10 del Consejo de Control Aliado* que clasifica la violación como crimen de lesa humanidad (Art. 2.1.c)²⁰. De esta manera, aunque concebidas como daños ineludibles e inherentes a los conflictos, estas brutalidades se comienzan a visibilizar y su prohibición se comienza a consolidar como parte del derecho internacional consuetudinario²¹. En ese sentido, resultan asimismo trascendentales los juicios de *Nuremberg* de 1949 ya que, a pesar de que su estatuto²² no recogía específicamente el delito de violación y todos estos actos quedaron

ción. Undécima edición. Ed. Cátedra, 2017, p. 255 y SANCHEZ BUSSO, M. «El sistema penal: ¿una herramienta antidiscriminatoria?». *Anuario del CIJS*, 2008, p. 761.

¹⁸ Este código, firmado por el entonces presidente Abraham Lincoln, recogía las instrucciones que los soldados de los ejércitos de los Estados Unidos debían seguir en el campo de batalla. Se conoce como el primer intento en codificar leyes para tiempos de guerra. *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)* de 24 de abril de 1863. Disponible en <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110>.

¹⁹ *Convenio IV relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, firmado en La Haya el 18 de octubre de 1907 por la Partes Contratantes. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>. Este, junto con el Convenio de la Haya de 1899, resulta ser de gran influencia en el derecho internacional humanitario. KOENIG, K.A., LINCOLN, R. y GROTH, L. *The jurisprudence of sexual violence*. University of California Berkeley: Human Rights Center, 2011, p. 5.

²⁰ *Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, de Official Gazette Control Council for Germany, de 20 de diciembre de 1945 disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/>. Formado por las cuatro potencias vencedoras de la II Guerra Mundial.

²¹ ZORRILLA, M. *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual*. Universidad de Deusto. Instituto de Derechos Humanos, 2005, p. 18.

²² *Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis* firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América, Francia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Disponible en https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf

impunes formando parte de un silencio muy criticable²³, los juicios contribuyeron jurídicamente mediante la creación de la figura penal *Crímenes contra la humanidad*, pues esta inédita calificación sería la precursora de leyes posteriores que sí clasificarían así a la violencia sexual²⁴. Asimismo, la protección internacional que se iba fraguando frente a los delitos sexuales se plasma y expande en los *Convenios de Ginebra de 1949* y sus *Protocolos Adicionales*, pues el IV Convenio recoge la especial protección de las mujeres «*contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor*» (Art. 27)²⁵. Se trata del primer acuerdo internacional multilateral que expresamente menciona y prohíbe la violación; se sientan las bases del desarrollo legal²⁶. No obstante, este documento ha sido ampliamente criticado, entre otras cosas²⁷, porque la violación no se encuentra enmarcada dentro del artículo 147 del IV Convenio, dejando este crimen fuera de las «*infracciones graves*» y por tanto no generando en los países la obligación de prohibirlo y perseguirlo²⁸.

²³ Durante el transcurso de estos juicios, existía amplia documentación y suficiente evidencia de la comisión de numerosas violaciones. Así lo recogen ZORRILLA, M. *La Corte Penal... op. cit.*, p.16; y FERNÁNDEZ, J. *La violencia sexual en el derecho internacional humanitario y el estatuto de Roma*. Amnistía Internacional, 2018. Disponible en <https://www.amnistia.org/ve/blog/2018/03/5160/la-violencia-sexual-en-el-dih-y-el-estatuto-de-roma>

²⁴ De un modo similar, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente tampoco recogió expresamente la violación ni la violencia sexual, aunque finalmente sí acusó de estos actos a parte del personal del imperio japonés a través de la categoría «*failure to prevent atrocities at the command level*», lo que supuso el fin de la ocultación de estos crímenes. KOENIG, K.A., LINCOLN, R. y GROTH, L. *The jurisprudence... op. cit.*, p. 5 y 6.

²⁵ *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* de la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, aprobado en Ginebra el 12 de agosto de 1949. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm> Muy similares disposiciones se hallan en los artículos 76.1 y 75.2 del *Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, y el artículo 4.2.e del *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, ambos de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, aprobados el 8 de junio de 1977. Disponibles en <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977> y <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm> respectivamente.

²⁶ KOENIG, K.A., LINCOLN, R. y GROTH, L. *The jurisprudence... op. cit.*, p. 7 y 2.

²⁷ El IV Convenio de Ginebra ha sido debatido en cuanto al léxico empleado; sin embargo, es importante tener en cuenta que su contexto histórico, en el que la violación se considera un crimen contra la moral pública y esta es la línea que sigue el documento. FERNÁNDEZ, J. *La violencia sexual en el derecho... op. cit.*

²⁸ KOENIG, K.A., LINCOLN, R. y GROTH, L. *The jurisprudence... op. cit.*, p. 8.

Resulta clave en este punto la formación a principios de los 90 de dos mecanismos legales que impulsaron una jurisprudencia internacional sólida que definiría y prohibiría la violación y la violencia sexual de manera excepcional: el TPIY y el TPIR, dos tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de la ONU²⁹. Ambos tuvieron que conocer significativos casos que les llevaron a dictar resoluciones rupturistas y vanguardistas³⁰ que colmaron ciertas lagunas que todavía existían en el derecho internacional en esta materia. Se destacan a continuación sus dictámenes más trascendentales.

En primer lugar, la llamada Sentencia *Akayesu*³¹ del TPIR resalta por su aportación de una definición conceptual de la violación que atiende al espíritu del delito (párr. 597 y 687)³²: «Una invasión física de naturaleza sexual, cometida en circunstancias que son coercitivas³³» (párr. 598 y 688). Su importancia reside en que por primera vez se proporciona una definición que recoge los elementos de la violación, es la primera comúnmente aceptada en el Derecho Internacional³⁴. Asimismo, este dictamen ofrece una distinción entre violación y violencia sexual, señalando que la última consiste en «Cualquier acto de naturaleza sexual contra una persona en circunstancias coercitivas que no está limitada a la invasión física del cuerpo humano» (párr. 688)³⁵. En definitiva, esta innovadora sentencia se convirtió en histórica por arrojar luz en la materia de violencia sexual en el escenario internacional.

²⁹ Ambos tribunales son creados a consecuencia de la magnitud de los crímenes cometidos durante los conflictos armados de estos dos territorios, que inquietó a la comunidad internacional. Véase ZORRILLA, M. *La Corte Penal... op. cit.*, p. 41. El TPIY se crea a través de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad de la ONU de 22 de febrero de 1993 ([https://undocs.org/es/S/RES/808%20\(1993\)](https://undocs.org/es/S/RES/808%20(1993))) y el TPIR mediante la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU de 8 noviembre de 1994 ([https://undocs.org/es/S/RES/955%20\(1994\)](https://undocs.org/es/S/RES/955%20(1994))).

³⁰ ZORRILLA, M. *La Corte Penal... op. cit.*, p. 12.

³¹ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 2 de septiembre de 1998, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A-T en http://www.worldcourts.com/icttr/eng/decisions/1998.09.02_Prosecutor_v_Akayesu.pdf

³² Por primera vez en el panorama internacional, el Tribunal deja atrás la percepción de la violación como un delito contra el honor o la familia y lo aborda como ataque a la dignidad personal. KOENIG, K.A., LINCOLN, R. y GROTH, L. *The jurisprudence... op. cit.*, p. 45.

³³ «Las circunstancias coercitivas no tienen por qué ser evidentes por una demostración de fuerza física. Las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de coacción que se aprovechan del miedo o la desesperación pueden constituir coerción» (Párr. 688).

³⁴ BOU FRANCH, V. «Crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional». *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n° 24, Universidad de Valencia, 2012, p.7; VALLEJO TORRES, C. «Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro». *La Ley*, N° 9263, 2018, p.2. y KOENIG, K.A., LINCOLN, R. y GROTH, L. *The jurisprudence... op. cit.*, p. 10.

³⁵ BOU FRANCH, V. «Crímenes sexuales » *op.cit.*, p. 45.

Alejándose de la definición conceptual de violación del TPIR, la conocida sentencia *Furundzija*³⁶ dictada por el TPIY dispone una descripción mucho más precisa y detallada:

«(i) la penetración sexual, por más leve que sea: (a) de la vagina o ano de la víctima por el pene del autor del delito, o de cualquier otro objeto que éste utilice; o (b) de la boca de la víctima por el pene del autor del delito; (ii) mediante coacción, fuerza o amenaza de uso de la fuerza contra la víctima o una tercera persona» (párr. 185).

Sin embargo, esta descripción fue ampliamente refutada por el TPIR en la sentencia *Musema*³⁷, pues se inclinó de nuevo por la definición conceptual propuesta en el caso *Akayesu* (párr. 229) que atiende a la esencia del delito³⁸.

En contraposición, el TPIY continuó empleando su definición detallada de violación más tarde en la sentencia *Kunarac*³⁹ (párr. 438). No obstante, el tribunal matizó y complementó su propia definición a través de dicha resolución, fundamentando el *actus reus* del delito no ya en la «coacción, fuerza, o amenaza del uso de fuerza», sino en la ausencia de consentimiento⁴⁰: «en la cual dicha penetración ocurre sin el consentimiento de la víctima. La víctima debe dar su consentimiento para que se lleven a cabo estos propósitos de forma voluntaria, como resultado de su voluntad, y debe evaluarse este consentimiento dentro del contexto de las circunstancias que rodean al hecho» (párr. 460)⁴¹. La resolución

³⁶ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 10 de diciembre de 1998, *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, n° IT-95-17/1-T disponible en <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.htm>

³⁷ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 27 de enero del 2000. *The prosecutor v. Alfred Musema*, n° ICTR-96-13-A disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/1fc6ed/pdf/>

³⁸ En este dictamen el TPIR reconoce lo dispuesto por el TPIY en el párrafo 179 de *Furundzija* respecto a la tendencia existente en las legislaciones nacionales hacia una ampliación de la definición de violación. Sin embargo, por este mismo dinamismo, el TPIR considera que una definición conceptual es preferible a una detallada en aras de acomodarse a la evolución de las normas penales (párr. 228).

³⁹ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 22 de febrero de 2001, *The prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*. N° IT-96-23-T& IT-96-23/1-A disponible en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>

⁴⁰ El TPIY se basa en que el principio básico subyacente común a todos los sistemas legales analizados por el tribunal en *Furundzija* y en la presente *Kunarac* consiste en que la penetración sexual constituye un delito de violación si no es consentida o voluntaria por parte de la víctima (párr. 440 y 453-457). Además, al incluir la falta de consentimiento, el tribunal pone el foco en la violación de la autonomía sexual (párr. 440 y 441).

⁴¹ Hablar de falta de consentimiento supuso al TPIY el deber de analizar este concepto, llegando a la conclusión de que la ausencia de consentimiento es evidente cuando

Kunarac fue revisada por la Sala de Apelaciones⁴², lo que comenzó a zanjar la confrontación jurisprudencial entre ambos tribunales⁴³. La Sala, optando por la definición del TPIY (es decir, la definición detallada en vez de la conceptual) otorgada en *Furundzija* y matizada en *Kunarac*, reafirmó lo convenido en esta última en torno a la falta de consentimiento como elemento clave. Así, sostuvo que la fuerza no es un elemento *per se* en la violación sino uno de los factores que viciarían el consentimiento de la víctima⁴⁴, pues considerar lo contrario podría permitir a los perpetradores evadir su responsabilidad por una actividad sexual no consensuada aprovechándose de circunstancias coercitivas sin que se aprecie fuerza física (párr. 129). La relevancia de todo esto reside en que se abandona la idea de que todas las relaciones sexuales sin fuerza o amenaza del uso de la fuerza son consensuadas⁴⁵ y se entiende que el delito de violación puede constituirse sin la concurrencia de estas.

Así, se observa cómo las diferencias jurisprudenciales entre los dos tribunales, lejos de fragmentarlo, enriquecieron el Derecho penal internacional en materia de delitos sexuales a través de fundamentadas argumentaciones jurídicas⁴⁶. De esta forma, su jurisprudencia hoy en día consolidada abrió el camino e influyó inmensamente en los posteriores mecanismos legales internacionales que trataron la materia, este es el caso de la CPI y su Estatuto de Roma⁴⁷. Así,

existe fuerza, amenaza del uso de fuerza o aprovechamiento de una persona que no puede resistir la actividad sexual (párr. 458). Asimismo, el Tribunal identifica tres categorías de factores que clasificarían la actividad sexual en el crimen de violación: i) la fuerza o la amenaza del uso de fuerza hacia la víctima o un tercero ii) la fuerza u otras circunstancias específicas que hacen a la víctima particularmente vulnerable o le niegan su capacidad para rechazar de manera informada iii) la falta de consentimiento de la víctima (párr. 442).

⁴² Sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 12 de junio de 2002, *The prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, nº IT-96-23 & IT-96-23/1-A disponible en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>

⁴³ BOU FRANCH, V. «Crímenes sexuales» *op. cit.*, p. 14.

⁴⁴ Aunque su concurrencia «proporciona evidencia clara de la ausencia de consentimiento» puede haber factores distintos a la fuerza que podrían hacer que un acto de penetración sexual no sea consensual (párr. 129).

⁴⁵ ZORRILLA, M. *La Corte Penal...* *op. cit.*, p. 51.

⁴⁶ BOU FRANCH, V. «Crímenes sexuales» *op. cit.*, p. 45. También supuso avances significativos la jurisprudencia de otros tribunales especiales como el de Sierra Leona, el de Camboya y el de Timor Oriental, puede analizarse la explicación de KOENIG, K.A., LINCOLN, R. y GROTH, L. *The jurisprudence...* *op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de Naciones Unidas, de 17 de julio de 1998, A/Conf. 183/9 que entra en vigor el 1 de julio de 2002. Instrumento de ratificación de España, Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2002, nº 126, p. 18824.

el documento «*Elementos de los crímenes*»⁴⁸, define los elementos constitutivos de violencia sexual (Arts 7 1) g)–6 y 8 2) b) xxii)–6) y violación (Arts 7 1) g)–1 y 8 2) b) xxii)–1)⁴⁹ basándose en gran medida en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Sin embargo, la CPI también goza de preceptos progresistas y su estatuto es el primer tratado internacional que tipifica los crímenes sexuales en una categoría autónoma⁵⁰. Además, incluye en esta nuevos tipos penales como la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros abusos sexuales (Art. 7.1.g). Se trata de la enumeración escrita más completa hasta la fecha⁵¹. Igualmente, gracias al Estatuto de Roma, por primera vez en el derecho internacional los delitos de violencia sexual se equipararon a las infracciones graves (Art. 8⁵²). Estas disposiciones de la CPI produjeron un gran impacto normativo y simbólico en el Derecho penal internacional.

2. El marco legal en Europa

En la región europea, los mecanismos legales internacionales han incorporado la falta de consentimiento como elemento central en la violación de manera relativamente reciente. Así, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ya señaló en 2002 que las legislaciones nacionales debían penalizar cualquier acto sexual cometido sin consentimiento, aunque la víctima no mostrara signos de oponer resistencia⁵³. También en esta línea, al hilo de la

Gracias al TPIY y al TPIR, esta corte cuenta actualmente con un muy propicio espacio en el que poder seguir avanzando a través de la casuística que se le plantea.

⁴⁸ Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional de 2 de noviembre del 2000, PCNICC/2000/1/Add.2. Este texto guía a la CPI en su labor de interpretación y aplicación de los preceptos del Estatuto de Roma.

⁴⁹ La Comisión Preparatoria se decantó claramente por la definición detallada de *Furundzija* al elaborar este documento. Además, aunque se observa en el inciso final «*o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento*», debido al factor temporal la Comisión no pudo tener en cuenta la matización y argumentación de la sentencia *Kunarac* en torno a la falta de consentimiento. BOU FRANCH, V. «Crímenes sexuales» *op. cit.*, p. 17 y 18.

⁵⁰ BOU FRANCH, V. «Crímenes sexuales» *op. cit.*, p. 43 y VALLEJO TORRES, C. «Delitos contra la libertad sexual...» *op. cit.*, p. 2.

⁵¹ KOENIG, K.A., LINCOLN, R. y GROTH, L. *The jurisprudence... op. cit.*, p. 17.

⁵² Se entiende por crímenes de guerra «*vi*) *Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra*»

⁵³ Recomendación N.º R (2002) 5 adoptada el 30 de abril de 2002 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa tomado de Amnistía Internacional. *Right to be free from*

resolución del caso M.C. v Bulgaria, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo en 2003 que el factor decisivo en el delito de violación era la falta de consentimiento y no la prueba de fuerza del sujeto activo ni la resistencia de la víctima⁵⁴. En dicha ocasión, el tribunal también indicó que exigir pruebas de resistencia física en los delitos sexuales abre la posibilidad a dejar impunes ciertos tipos de violaciones, poniéndose en peligro la protección efectiva de la autonomía sexual de la víctima⁵⁵.

Cobra especial interés en la región el Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia doméstica⁵⁶ (referido en adelante como Convenio de Estambul), que es el único tratado internacional europeo que específicamente aborda la violencia contra las mujeres. A pesar de que la Convención de Belem do Pará⁵⁷ (para la región de Latinoamérica) y el Protocolo de Maputo⁵⁸ (dirigido al continente africano) también regulan esta materia, el Convenio de Estambul aparece como el tratado regional que con mayor exhaustividad en todo el mundo aborda la violencia contra las mujeres, su prevención y su enjuiciamiento (véase Anexo II). El documento, ratificado por 34 países en la región europea⁵⁹, y que entró en vigor en España hace hoy casi cinco años, reconoce e incluye la violencia sexual entre las diferentes formas de ejercer la violencia de género⁶⁰.

rape. Overview of legislation and state of play in Europe and international human right standards. 2018, p. 6 disponible en <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/9452/2018/en>.

⁵⁴ Este caso se convirtió en un importante punto de referencia que además estableció que la falta de violencia no se podía equiparar al consentimiento. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2003 N.º. 39279/98, (M.C. v Bulgaria), ECHR 2203XII, párrafos 85, 127, 138, 159 y 163, entre otros.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 166.

⁵⁶ Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia doméstica, Consejo de Europa, en Estambul el 12 de abril de 2011. Ratificado por España el 10 de abril de 2014. Publicado en el BOE n.º. 137, de 6 de junio de 2014, p. 42946-42976.

⁵⁷ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Organización de Estados Americanos, en Belem do Pará el 9 de junio de 1994.

⁵⁸ Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Unión Africana, en Maputo el 11 de julio de 2003.

⁵⁹ A 20/06/2019 el Convenio ha sido ratificado por: Albania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Montenegro, Holanda, Macedonia del Norte, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, San Marino, Serbia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza y Turquía. Consejo de Europa. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 210*, disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>

⁶⁰ Artículo 3 – Definiciones: Mediante el término «violencia contra las mujeres» se designan «todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden impli-

El Convenio de Estambul también coloca en el foco principal la ausencia de consentimiento,⁶¹ el hecho de que la víctima no desee la penetración, dejando a un lado los medios comisivos utilizados a tal efecto⁶². Además, declara que el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes⁶³. Sin embargo, sólo un pequeño número de los países que han ratificado el convenio lo han incorporado plenamente recogiendo la falta de consentimiento como elemento definitorio del crimen de violación y descartando que el uso de la violencia o su amenaza sean requisitos necesarios. En este sentido, aparece como ejemplo Alemania, que en 2017 aprobó un proyecto de ley denominado «No es No» dirigido a penalizar las conductas que fueren a las personas contra su voluntad manifiesta, pudiendo consistir esta última en palabras o gestos de disconformidad⁶⁴. En la misma línea, Suecia vincula la comisión de violación con la falta de consentimiento sexual expreso. Por su parte, Irlanda y Bélgica definen la violación como las relaciones sexuales sin consentimiento, aunque estas lo llevan haciendo desde 1981 y 1989, respectivamente⁶⁵. Constituyen otros ejemplos Chipre, Islandia, Luxemburgo⁶⁶, y recientemente, Portugal. No obstante, la realidad es que la amplia mayoría de los países europeos no han incorporado el contenido del mismo a sus legislaciones, cuyas definiciones legales de violación se basan

car para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica []».

⁶¹ Art. 36.1 «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a. la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b. los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c. el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero»

⁶² Sin perjuicio de que estos medios comisivos puedan ser considerados como circunstancias agravantes, contempladas en el Artículo 46 del Convenio. Como por ejemplo, «que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad» o que «haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima».

⁶³ Art. 36. 2 del Convenio de Estambul. Adicionalmente, el Informe Explicativo del convenio observa que corresponde a las partes la redacción específica de lo que significa el libre consentimiento y los factores que lo obstaculizan. Consejo de Europa. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul*, 2011, párrafo 193.

⁶⁴ Código Penal de Alemania, Strafgesetzbuch, párrafo 177 tomado de DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción» en FARALDO CABANA, P y ACALE SÁNCHEZ, M (Dirs.). *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 193.

⁶⁵ Amnistía Internacional. *Right to be free... op. cit.*, p. 9 y 11

⁶⁶ Amnistía Internacional. *Right to be free... op. cit.*, p. 9

en la fuerza o la amenaza, de modo que cuando aquellas no acacien no concurre este delito⁶⁷. Tan sólo algunos de estos son Finlandia, Francia, Países Bajos, Noruega, República Checa y Suiza⁶⁸.

III. LA VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y SUS LÍMITES CON EL ABUSO SEXUAL

1. Desde la honestidad de la mujer hasta la libertad sexual de todos y todas

La legislación de la violencia sexual en los sistemas penales se ha caracterizado tradicionalmente por la expresión de una visión patriarcal⁶⁹. Prueba de ello resulta la tutela de la «decencia», la «familia» o la «moral pública»⁷⁰ que ha servido, y todavía sirve⁷¹ en muchos países para sancionar los delitos sexuales perpetrados desproporcionadamente hacia las mujeres, de forma que se perpetúa la idea de que estas son las depositarias de la moral de la familia o la comunidad, avivándose el control de su sexualidad⁷². Esto es, la

⁶⁷ Amnistía Internacional. *Right to be free... op. cit.*, p. 12.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ De hecho, los primeros códigos penales minimizaban y justificaban toda violencia contra la mujer. Bodelón, E. *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Didot, 2012, p. 15.

⁷⁰ Amnesty International. *Right to be free... op.cit.*, p. 14; Equality now. *The world's shame. The Global Rape Epidemic. How laws around the world are failing to protect women and girls from sexual violence*, 2017, p. 21 disponible en https://www.equality-now.org/the_world_s_shame_the_global_rape_epidemic_how_laws_around_the_world_are_failing_to_protect_women_and_girls_from_sexual_violence; Naciones Unidas. *Handbook for Legislation on Violence against Women*, United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, 2010, p. 24 disponible en <http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2012/12/handbook-for-legislation-on-violence-against-women>

⁷¹ A modo de ejemplo, en Bélgica la violación se recoge bajo el título «Crímenes en contra del orden de las familias y la moral pública» Código Penal de Bélgica, de 8 de junio de 1867, Título VII, disponible en www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&caller=list&cn=1867060801&la=f&fromtab=loi&tri=dd+as+rank#LNKR0127. En Países Bajos estas agresiones se enmarcan en ofensas a la «moral pública». Código Penal de Países Bajos, de 3 marzo de 1881, Parte XIV, disponible en www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁷² De hecho, en algunas jurisdicciones la víctima podría ser acusada de fornicación (si está soltera) o de adulterio (si está casada) en caso de no poder probar la violación o la agresión sexual. Equality now, *The world's shame... op. cit.*, p. 22. Además, en tiempos de guerra, cuando se perpetra violencia sexual contra las mujeres, se percibe que es el honor de los hombres de su comunidad el que se ve perjudicado. Special Rapporteur on

sumisión femenina forma parte de la propia normatividad⁷³. De este y otros modos las normas jurídicas se han encargado de reforzar y difundir los estereotipos de género que históricamente han colocado a la mujer en un plano inferior al del hombre justificándose en un supuesto orden «natural»⁷⁴. No obstante, la tendencia actual⁷⁵ es la redirección hacia la tutela de la autonomía sexual⁷⁶, con lo que se pretende atender a la seguridad y libertad sexual de la mujer concebida como sujeto de derechos en sí misma. En España este camino no se ha trazado de manera distinta.

El primer Código Penal español de 1822, que sólo contemplaba que las víctimas de violación fueran mujeres, contenía un agravante en caso de que esta fuera casada (Art. 669) y un atenuante en caso de ser «mujer pública» (Art. 670). Se pone de manifiesto aquí un trasfondo de moralidad, pues no se brindaba la misma tutela a todas las mujeres sino que las consideradas honestas eran merecedoras de mayor protección⁷⁷. Sin embargo, la rúbrica «Delitos contra la honestidad»

Violence against Women. *15 years of the United Nations Special Rapporteur... op.cit.*, p. 37.

⁷³ POSADA, L. «Otro género de violencia. Reflexiones desde la teoría feminista como teoría crítica». *Revista Asparkia*, Nº 19, 2008, p. 58 disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3171182.pdf>

⁷⁴ ASUA, A. «Las agresiones sexuales... op.cit.», p. 2.

⁷⁵ Por ejemplo, gran cantidad de países latinoamericanos como Argentina, Brasil, y Ecuador han modificado sus códigos penales dejando atrás el perjuicio al «honor» o la «moral». Así como la reforma del Código Penal turco que pasó de recoger estos delitos como crímenes «en contra de las costumbres morales y la sociedad» a «en contra del individuo» en 2004 que además, como hizo el código sueco en 1998, eliminó todas las referencias a la moral, la castidad y el honor. Naciones Unidas. *Handbook for Legislation... op. cit.*, p. 24.

⁷⁶ CEDAW, *Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19*, 2017, párr. 29.e; Naciones Unidas. *Handbook for Legislation... op. cit.*, p. 24. Special Rapporteur on Violence against Women, *15 years of the United Nations Special Rapporteur... op. cit.*, p. 37.

⁷⁷ Esta rebaja de la pena desaparece posteriormente, sin embargo se recupera en el Código penal de 1928 (Art. 600). Para justificar esta reintroducción, la Comisión de Codificación en 1927, al presentar el que posteriormente fue el Código penal de 1928, señaló que «la gran atenuación de la pena responde al hecho de que tal delito, a diferencia de la violación de la mujer honesta, que tiene un doble carácter contra la honestidad y la libertad, sólo puede considerarse como un delito contra la libertad». Comisión de Codificación, Sección 3ª, Proyecto de código penal, 1926-1927, p. 26 tomado de ASUA, A., «Las agresiones sexuales» *op.cit.*, p. 13. En esta misma línea se pronunciaba parte de la doctrina de la época, como PACHECO, J. F., *El código penal concordado y comentado*. Tomo III. Madrid: 1849, p. 127 disponible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/codigoPenalConcordadoT2.pdf> que señaló «¿Debe la ley garantizar del mismo modo contra esos brutales arrebatos a una prostituta que a una virgen, a la que vive con completa holgura que a la que educa sus hijos en el hogar doméstico?».

aparece por primera vez en el Código de 1848. Desde esta perspectiva, la significación de la violación reside únicamente en la posible alteración del orden familiar y la pérdida de la reputación de la mujer⁷⁸, que se entremezcla con el honor masculino por la visión androcéntrica de la sexualidad femenina⁷⁹. Por su parte, la doctrina del periodo defendió que la resistencia de la víctima ha de ser perseverante y constante, no siendo suficiente la mera negativa⁸⁰. La LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal de 1944 trajo consigo una importante novedad: el cambio de rúbrica a «Delitos contra la libertad sexual»⁸¹. Esto evidencia un incuestionable progreso, pues, como indica ASUA, la tutela de la honestidad suponía la salvaguarda de un orden en el que la mujer y su status social estaban definidos en función de su pertenencia a un varón, y el nuevo enfoque desde la libertad partía del derecho de toda persona a la libre toma de decisiones relativas a su sexualidad, concebida esta última como una manifestación positiva para el desarrollo personal⁸². Esto es, los tipos penales pasan a orientarse hacia el castigo de las conductas que dificulten la libre expresión sexual⁸³. Además, al ser el bien jurídico un instrumento que legisladores y magistrados utilizan para legitimar sus opciones de regulación y sus argumentaciones jurisprudenciales⁸⁴, este desplazamiento hacia la tutela de la libertad logró redirigir los discursos jurisprudenciales, a pesar de que rancios patrones tradicionales persistieran a través de los años⁸⁵. Asimismo, esta ley, utilizando un término sexualmente neutro,

⁷⁸ ASUA, A. «Las agresiones sexuales...» *op. cit.*, p. 20.

⁷⁹ SANCHEZ BUSSO, M. *El sistema penal...op.cit.*, p. 764. En este mismo sentido, BODELÓN, E. «Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres» en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 185 señala que la tipificación de la violación respondía a la protección del honor del hombre y no al daño de la mujer, a la construcción de un modelo de sexualidad femenina y masculina y no a garantizar la libertad de las mujeres.

⁸⁰ Por ejemplo, así lo estima CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, Barcelona: Ed. Bosch, 1949, p. 532.

⁸¹ Más adelante, el concepto de «indemnidad sexual» se introduce en la rúbrica con la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal atendiendo a los casos en los que estaban involucrados menores y personas con discapacidad, como venían reclamando algunos autores como MUÑOZ CONDE, F. «Los delitos contra la libertad sexual» en *Estudios penales y criminológicos*. Nº 13, 1990, p. 271-277.

⁸² ASUA, A., «Las agresiones sexuales...» *op. cit.*, p. 4 y 20.

⁸³ GOENAGA OLAIZOLA, R. «Delitos contra la libertad sexual en Estudios sobre el nuevo código penal español», 1995. *Eguzkilore, Cuaderno del instituto vasco de criminología*. Nº 10 extraordinario, 1997, p. 96.

⁸⁴ LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. «Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal». *Revista chilena de derecho*. Vol. 22 nº 2, 1995, p. 252.

⁸⁵ ASUA, A. «Las agresiones sexuales...» *op. cit.*, p. 23 y 38 y CUGAT MAURI, M. «La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Su-

abre la posibilidad de que el hombre sea también sujeto pasivo del delito de violación⁸⁶. Así, se observa cómo el derecho penal español empieza a incorporar una visión más comprometida con la igualdad que le ha llevado a experimentar una intensa metamorfosis, si bien todavía resta un largo camino que recorrer.

2. Una primera aproximación y la violencia en la agresión sexual

Actualmente, según nuestro Código Penal, y bajo la denominación de agresión sexual (Arts 178-180)⁸⁷, es constitutivo de violación el ataque a la libertad sexual que consista en acceso carnal en el que medie violencia⁸⁸ o intimidación⁸⁹. El capítulo de abusos sexuales (Arts 181-182) también tipifica el acceso carnal⁹⁰ en el que el sujeto activo no tiene el consentimiento de la víctima⁹¹. No obstante, la concurrencia de «violencia o intimidación» determina la constitución de una figura penal u otra. Por tanto, de acuerdo a nuestro código, cuando el acceso carnal no esté acompañado por alguno

premo sobre el delito de violación». *Jueces para la democracia*, N°20, 1993, p. 77.

⁸⁶ FARALDO CABANA, P. «Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales» en FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.). *La manada. Un antes y un después* op. cit., p. 47

⁸⁷ Este trabajo hace referencia a estos delitos cometidos contra mayores de 16 años, lo relativo a las agresiones y abusos sexuales contra víctimas menores de dicha edad se regula en el Art. 183 del Código Penal de 1995.

⁸⁸ Tradicionalmente se utilizaba el término «fuerza». Este cambio introducido por el código de 1995 se debió a que este concepto se vinculaba a la ejercida sobre las cosas, mientras que el de violencia se refiere a la practicada sobre las personas. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «El delito de violación» op. cit., p. 183.

⁸⁹ Este se trata del tipo cualificado, dejando al básico (Art. 178) una aplicación subsidiaria del primero para los casos en los que el ataque no alcanza la intensidad del acceso carnal.

⁹⁰ «Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías» Acción nuclear común a los Arts 179 («De las agresiones sexuales») y 181.4 («De los abusos sexuales») del Título VIII del Libro II del Código Penal de 1995. Se trata del atentado a la libertad sexual en su modalidad más grave. Tras una tediosa evolución legislativa, esto supone aceptar que los accesos carnales con pene, con objeto y los digitales y linguales revisten la misma gravedad. ACALE SANCHEZ, M. «Tratamiento penal de la violencia sexual, la forma más primaria de violencia de género» en FARALDO CABANA, P y ACALE SÁNCHEZ, M (Dirs.). *La Manada. Un antes y un después* op. cit., p. 80.

⁹¹ Ambas figuras comparten algunos elementos típicos. La ausencia de consentimiento es un elemento típico negativo común a ambas figuras, implícito en las agresiones sexuales, y explícito en los abusos. FARALDO CABANA, P. y RAMON RIBAS, E. «La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España» en FARALDO CABANA, P y ACALE SÁNCHEZ, M (Dirs.). *La Manada. Un antes y un después* op. cit., p. 253.

de estos dos elementos e intervengan otros medios comisivos (como el prevalimiento, el engaño o la anulación de la voluntad de la víctima) no existe violación y nos colocamos ante la figura de los abusos sexuales. Consecuentemente, el primer criterio para su clasificación en la tipificación es el grado de lesión de la libertad sexual, siendo el segundo criterio la intensidad del ataque⁹².

Siguiendo con esta distribución, las agresiones sexuales violentas constituyen el mayor grado de ataque a la libertad sexual⁹³. Señala DE VICENTE MARTÍNEZ, que esta violencia a la que hace referencia el código (Art. 178) se refiere a la violencia física, la *vis phisica* o absoluta que se trata de cierta cantidad de energía que proyectada contra la víctima o que recae sobre ella y que se manifiesta a través de hechos materiales como golpes, y empujones.⁹⁴ Por lo que respecta a la reiterada doctrina del TS, esta violencia consiste en el empleo de fuerza física⁹⁵ que ha de «considerarse suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo. No es necesario que esa fuerza física sea irresistible, ni invencible» desde un punto de vista objetivo, pues «no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su integridad física, sino que basta que sea idónea según las características del caso»⁹⁶. Esto es, ha de ser idónea para impedir a la víctima actuar bajo su

⁹² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. «El «No es no». *El País*. 2018, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530_373340.html y ASUA, A. «Agresiones sexuales...» *op. cit.*, p. 24. Es más, las numerosas modificaciones legislativas del código en relación a estos delitos han puesto de manifiesto la dificultad de su tipificación, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha calificado la vigente regulación de los delitos contra la libertad sexual como «labyrinthica» (STS n.º. 411/2014, de 26 de mayo, F. j. 4; STS n.º. 553/2014, de 30 de junio, F. j. 8 y STS n.º. 355/2015, 28 de mayo, F. j. 12).

⁹³ Según A, ASUA. «Las agresiones sexuales » *op. cit.*, p. 25 en la agresión violenta se sitúan los supuestos con el máximo desvalor en cuanto a desprecio y vejación a la que se somete a la víctima.

⁹⁴ De modo que se alcance razonablemente la conclusión de que el acto sexual no habría tenido lugar sin el recurso a la violencia. DE VICENTE MARTINEZ, R. «El delito de violación » *op. cit.*, p.184. Sin embargo, no se requiere en ningún caso que se ocasionen lesiones. STS n.º. 216/2016 de 24 de abril, F. j. 7,

⁹⁵ STS n.º. 914/2008, de 22 de diciembre, F. j. 5.

⁹⁶ Entre otras muchas, STS n.º. 9/20156, de 21 de enero, F. j. 1; STS n.º. 102/2014, de 18 de febrero, F. j. 2; STS N.º 413/2004 de 31 de marzo, F. j. 4. Por ejemplo, atendiendo a la mencionada relevancia de las circunstancias concretas de cada caso, se observa como en el caso de víctimas menores de edad el TS ha señalado la concurrencia de violencia en «el hecho de agarrar fuertemente del brazo a la niña» (STS n.º. 919/2003, de 19 de junio, F. j. 1) o en la sujeción de una menor de 13 años por los hombros (STS n.º. 914/2008, de 22 de diciembre F. j. 5) y, sin embargo, no se ha considerado así la sujeción la mano de los brazos de la mujer víctima por encima de su cabeza (STS n.º. 460/2017, de 21 de junio, F. j. 5). GAVILÁN RUBIO, M. «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia». *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, N.º 12, 2018, p. 88.

autodeterminación⁹⁷. Ulteriormente, el TS también ha afirmado⁹⁸ que «el tipo penal únicamente requiere la violencia por el acusado y no hace mención a la resistencia que debiera oponer la víctima», no obstante la sentencia sí menciona la relevancia de la «manifiesta y explícita oposición de la víctima», aunque se sostiene que esta podrá ser pasiva «porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima» y la vengza por la fuerza.

A raíz de lo expuesto anteriormente, puede colegirse que la distinción entre las figuras de la agresión y el abuso sexual resultaría diáfana, pues las diferentes conductas se irán perfectamente enmarcando en una u otra en función de la concurrencia de los elementos de violencia o intimidación, que delimitan ambas figuras de manera sencilla. Sin embargo, la realidad es muy diferente, pues siendo cierto que las agresiones violentas no generan demasiado debate doctrinal ni jurisprudencial, la proximidad entre las agresiones en las que media la intimidación y el abuso sexual con prevalimiento hace que su diferenciación sea extremadamente compleja, resultando ser el punto de mayor acercamiento entre ambas figuras. No obstante, las distintas consecuencias penológicas y, sobre todo, calificativas de encontrarse a un lado u otro de esta fina línea son determinantes, ¿son verdaderamente tan diferentes el desvalor de acción y de resultado de las agresiones sexuales intimidatorias y el del abuso sexual con prevalimiento para derivar en unos efectos tan dispares?

3. *La agresión sexual intimidatoria con acceso carnal y el abuso sexual con prevalimiento con acceso carnal: problemas de distinción*

3.1. La intimidación en las agresiones sexuales con acceso carnal

Mientras que la violencia actúa contra el físico de la víctima, la intimidación es de naturaleza psíquica y recae sobre la psique del sujeto pasivo produciendo temor⁹⁹. Para la Real Academia Española, intimidar significa «causar o infundir miedo, inhibir». Sin embargo, en el marco de las

Pues «la voluntad de los niños es más fácil de someter» (STS n.º. 6095/2008, de 5 de noviembre, F. j. 10).

⁹⁷ Entre otras muchas, STS n.º. 578/2004, de 26 de abril, F. j. 1; STS n.º. 1714/2001, de 2 de octubre, F. j. 4; STS n.º. 834/2014, de 10 de diciembre, F. j. 3. Este criterio también es utilizado para los casos de intimidación STS n.º. 9/2016, de 21 de enero, F. j. 1. CUERDA ARNAU, M.L. «Agresión y abuso sexual: Violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado» en FARALDO CABANA, P y ACALE SÁNCHEZ, M (Dirs.). *La Manada. Un antes y un después...* op. cit., p. 112. GAVILÁN RUBIO, M. «Agresión sexual y abuso con prevalimiento» op. cit., p. 90.

⁹⁸ STS n.º. 511/2007, de 7 de junio, F. j. 4 y STS n.º. 573/2017, de 18 de julio, F. j. 6.

⁹⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «El delito de violación» op. cit., p. 185

agresiones sexuales la jurisprudencia ha venido configurando una conceptualización más detallada. Así, la intimidación del Art. 178 del Código Penal viene definida como el «constreñimiento psicológico, consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual»¹⁰⁰. Dicho mal no ha de ser necesariamente inmediato¹⁰¹ pero sí injusto y determinado¹⁰². Asimismo, la jurisprudencia viene requiriendo que la intimidación sea «seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado»¹⁰³, además, según las circunstancias concretas, ha de ser bastante o suficiente para someter o suprimir la voluntad de resistencia de la víctima¹⁰⁴, sin tener que llegar a ser de tal grado que resulte irresistible para ella¹⁰⁵. Sin embargo, en aras de detallar la idoneidad objetiva de la intimidación en la agresión sexual, la jurisprudencia y la doctrina han ido precisando de algunas aclaraciones que resultan determinantes.

En primer lugar, resulta esencial atender a las circunstancias específicas que concurren en cada caso. La línea jurisprudencial mayoritaria observa que, dentro de aquella, además de tener en cuenta el plano subjetivo, esto es, las circunstancias personales del sujeto pasivo, resulta fundamental observar las características objetivas de la conducta llevada a cabo por el sujeto activo¹⁰⁶ y las circunstancias que la envuelven¹⁰⁷. En contraposición, también

¹⁰⁰ SAP de Navarra, nº. 38/2018, de 20 de marzo, F. j. 4.

¹⁰¹ Entre otras, STS nº. 914/2008, de 22 de diciembre, F. j. 5 y STS nº. 9/2016, de 21 de enero, F. j. 1.

¹⁰² STS nº. 593/2003, de 16 de abril, F. j. 2 y STS nº. 1875/2002, de 14 de febrero de 2003, F. j. 4. Se discute, más adelante, en el apartado «Una sutil línea divisoria» la necesidad de que el mal esté determinado, pues se cuestiona que la intimidación no pueda darse cuando existe amenaza de un mal no concretado.

¹⁰³ STS nº. 9/2016, de 21 de enero, F. j. 1; SAP Navarra nº. 38/2018, de 20 de marzo, F. j. 4; GAVILÁN RUBIO, M. «Agresión sexual y abuso con prevalimiento» *op. cit.*, p. 90 y DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «El delito de violación» *op. cit.*, p. 186. El mal no ha de ser inmediato pero la intimidación «ha de preceder inmediatamente al acceso carnal y encaminarse a conseguirlo» ATS nº. 2333/2009, de 13 octubre, F. j. 3.

¹⁰⁴ Entre otras, STS nº. 9/2016, de 21 de enero, F. j. 1 y STS nº. 609/2013, de 10 de julio, F. j. 10; STS nº. 1689/2003, de 18 de diciembre, F. j. 2.

¹⁰⁵ Entre otras muchas, STS nº. rec. 3083/1999, de 10 de julio de 2001, F. j. 3; STS nº. 1689/2003, de 18 diciembre, F. j. 3; STS nº. 609/2013, de 10 de julio, F. j. 10; STS nº. 355/2015, de 28 de mayo, F. j. 13. Al igual que en el caso de la agresión sexual en la que media violencia, como ya se ha comentado.

¹⁰⁶ STS nº. 609/2013, de 10 de julio, F. j. 10: «Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente».

¹⁰⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «El delito de violación» *op. cit.*, p. 186 y 187

existen ejemplos (aunque escasos) del TS en los que se afirma que «resulta más relevante el aspecto subjetivo» pues a pesar de existir «un mínimo de entidad objetiva» lo verdaderamente determinante es «la forma en que la misma ha sido vivenciada por la víctima»¹⁰⁸. En cualquier caso, para la concurrencia de intimidación ambos planos han de ser analizados por perspectivas razonables para un observador neutral que concluya que «la víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzosamente a las pretensiones de este»¹⁰⁹. Consecuentemente, circunstancias como la asimetría derivada de la diferencia de edades entre víctima y agresor, el lugar de los hechos, la situación de vulnerabilidad de la víctima y la imposibilidad de huida, entre otras, en relación con las características del dolo del atacante, gozan de gran relevancia en la calificación jurídica, resultando determinantes.

Asimismo, se requiere la existencia de una vinculación causal entre la intimidación ejercida y el contacto sexual alcanzado, que no se habría alcanzado si no mediara aquella¹¹⁰. La determinada conducta ha de estar dirigida por el sujeto activo a alcanzar el fin ilícito propuesto del acto sexual de modo que, inhibiendo la voluntad de resistencia por convencimiento de la inutilidad de continuar la oposición que podría derivar en un mal mayor, y actuando en adecuada relación causal, la intimidación esté conectada, de medio a fin, con el acto de contenido sexual¹¹¹.

Por otro lado, como afirma CARUSO FONTÁN, existe la posibilidad de concurrencia de intimidación cuando la amenaza no contiene un mal concreto¹¹². Se trata de la figura jurisprudencial de la «intimidación ambiental», que no está expresamente prevista en los delitos de agresión o abuso sexual en el Código pero que el TS viene aplicando. Esta se define como la «forma de amedrentamiento que, con independencia de cuál de los procesados fuese quien materialmente emplease los mecanismos físicos o psíquicos productores de terror en la víctima, se produce por el hecho de que los demás acompañantes están presentes»¹¹³. De este modo, el efecto intimidatorio puede existir por la simple presencia de un grupo de personas distintas del que consuma materialmente pero

¹⁰⁸ STS nº. 1366/1999, de 1 de octubre, F. j. 1.

¹⁰⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «El delito de violación» *op. cit.*, p. 186.

¹¹⁰ RAMON RIBAS, E. «El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999, de octubre (RJ 1999,7597)». *Revista de derecho y proceso penal*, Nº. 10, 2003, p. 266.

¹¹¹ STS nº. 914/2018, de 22 de diciembre, F. j. 5 y STS nº. 609/2013, de 10 de julio, F. j. 10, STS nº rec. 2205/1999, de 24 de mayo de 2001, F. j. 5.

¹¹² CARUSO FONTÁN, M. V. *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2006, p. 190.

¹¹³ STS nº rec. 507/1996, de 3 de octubre de 1997, F. j. 1.

que se convierten en cooperadores necesarios¹¹⁴, y su conciencia del ataque sexual, que contribuyen en el ambiente intimidatorio y refuerzan la posición de desamparo de la víctima¹¹⁵. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que esta figura no se observa para la calificación de una agresión sexual, sino en sede de la autoría para deducir la cooperación necesaria¹¹⁶ y afirma que se requiere una acción objetivamente constatable «pues no existe por la sola vulnerabilidad»¹¹⁷, además en su modalidad tácita se requiere un plan preconcebido o premeditado y el acaecimiento de sucesos previamente concertados¹¹⁸.

La jurisprudencia y la doctrina también han ido evolucionando y razonando en torno a la figura de la resistencia. Como se ha comentado, no se exige que la intimidación sea irresistible. No obstante, a pesar de que la jurisprudencia actual rechaza la antigua resistencia heroica que se le exigía a la mujer¹¹⁹, en ocasiones la interpretación tan restrictiva de la intimidación se acerca a ella¹²⁰. Asimismo, todavía hoy en día la mayoría de la doctrina atribuye a la resistencia la calificación de elemento típico en la agresión sexual, lo que GONZÁLEZ RUS critica, pues esta cualificación favorece que los tribunales deduzcan que su ausencia es equivalente al consentimiento¹²¹. Comparte este pensamiento CUERDA ARNAU que añade que la resistencia se trata de un mero «indicio probatorio más de la falta de consentimiento, lo cual puede probarse de modos distintos al de ofrecer resistencia»¹²².

Finalmente, el máximo tribunal aclaró que para la concurrencia de una agresión intimidatoria el sujeto activo no tiene que ser consciente del estado psicológico de la víctima durante el transcurso de los hechos, siendo suficiente que este sepa que se trata de un contexto intimidante para ella¹²³.

¹¹⁴ STS nº. 786/2017, de 30 de noviembre, F. j. 3 y STS nº. 1291/2005, de 8 de noviembre, F. j. 2.

¹¹⁵ ACALE SANCHEZ, M. «Tratamiento penal de la violencia sexual...» *op. cit.*, p. 82.

¹¹⁶ STSJ de Navarra nº. 8/2018, de 30 de noviembre, F. j. 17.

¹¹⁷ STS nº. 1458/2002, de 17 de septiembre, F. j. 1.

¹¹⁸ Siendo estos sucesos simplemente aprovechados se estaría en el abuso con prevalimiento. STSJ de Navarra nº. 8/2018, de 30 de noviembre, F. j. 17.

¹¹⁹ A esta resistencia hacen referencia la STS 28/2/1974 (R.A 88) y la STS 6/6/1972 (R.A. 2988) que aprecian la «resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó a costa de su integridad física» tomado de CUGAT, M. «La ambivalencia» *op. cit.*, p. 77.

¹²⁰ SUAY HERNANDEZ, B. C. «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación (Comentario a la STS de 16 de enero de 1991. El caso del «alfiler»)». *La Ley: Revista jurídica española*, Nº1, 1992, p. 1062

¹²¹ CUERDA ARNAU, M.L. «Agresión y abuso sexual» *op. cit.*, p. 113.

¹²² *Ibidem*, p. 114

¹²³ ACALE SANCHEZ, M. «Ser o no ser (de La Manada): esta es la cuestión». *Nueva Tribuna*, 2018, disponible en <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/ser-ser-ma>

3.2. El prevalimiento en los abusos sexuales con acceso carnal

En aras de entender este elemento típico, resulta imprescindible acudir a la disposición 181.1 de nuestro Código Penal para observar que el abuso sexual acaece cuando se ataca la libertad o indemnidad sexual de una persona «sin violencia o intimidación, y sin que medie consentimiento». Sin embargo, el propio texto contempla para este mismo delito la posibilidad de obtener el consentimiento «prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima» (Art. 181.3), se trata del abuso sexual con prevalimiento. El tipo agravado que recoge el acceso carnal se halla en el siguiente párrafo, el 181.4. Consecuentemente, en el abuso por prevalimiento es posible identificar dos elementos, uno negativo que consiste en la ausencia de violencia o intimidación, y otro positivo que se trata de la existencia del consentimiento, que obviamente se encuentra viciado (lo que diferencia al prevalimiento del resto de modalidades de abuso sexual en las que la víctima no tiene la ocasión de manifestar su voluntad o su consentimiento no es trascendente¹²⁴).

Para la generalidad de la jurisprudencia y la doctrina académica, resulta determinante en el abuso sexual por prevalimiento que, aunque su voluntad se encuentra coartada, el sujeto pasivo se preste al acto sexual concreto. Así, el TS ha descrito reiteradamente el prevalimiento como el *modus operandi* a través del cual, ante un supuesto de «desnivel notorio» entre las posiciones de las partes, el agente se aprovecha de una situación de superioridad manifiesta para coartar la libertad de la víctima y obtener así su consentimiento, viciado.¹²⁵ Esto es, existe un consentimiento viciado debido a que el atacante, aprovechándose de las circunstancias, interviene en el proceso de formación de la voluntad del sujeto pasivo haciendo que esta se configure de acuerdo a las apetencias del primero¹²⁶. De este modo, para que el abuso sexual por prevalimiento se produzca, la jurisprudencia exige tres requisitos: «1º) Situación

nada-es-cuestion/20180428190127151339.html

¹²⁴ MUÑOZ CONDE, F. y LÓPEZ PEREGRÍN, C. *Derecho penal. Parte especial*, 21ª Edición, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 207 y CUERDA ARNAU, M. L. «Agresión y abuso sexual» *op. cit.*, p. 127.

¹²⁵ Entre otras muchas, STS nº. 630/2016, de 14 de julio, F. j. 6; STS nº 935/2005, de 15 de julio, F. j. 5; STS nº. 512/2013, de 13 de junio, F. j. 1. También puntualiza la jurisprudencia que la relación de superioridad del sujeto activo respecto a la vista puede ser constatada de forma objetiva, mientras que el aprovechamiento de esa situación «ha de ser inferido de forma racional por el órgano jurisdiccional» STS nº. 1165/2003, de 18 de septiembre, F. j. 10; STS nº. 785/2007, de 3 de octubre, F. j. 4; STS nº 834/2014, de 10 de diciembre, F. j. 3.

¹²⁶ STS nº. 935/2006, de 2 de Octubre, F. j. 1; STS nº. 937/2000 de 26 de mayo, F. j. 1 y RAMON RIBAS, E. «El concepto de intimidación» *op. cit.*, p. 268 y GAVILÁN RUBIO, M. «Agresión sexual y abuso con prevalimiento» *op. cit.*, p. 86.

de superioridad, que ha de ser manifiesta. 2º) Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima. 3º) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual»¹²⁷.

Como se comentaba en líneas anteriores, en una interpretación sistemática del Código la ausencia de violencia o intimidación resulta esencial a la hora de diferenciar los abusos de las agresiones sexuales. No obstante, existe una línea doctrinal que defiende la posibilidad de concurrencia de una intimidación «de segundo grado» compatible con los abusos sexuales por prevalimiento, que no alcanza la gravedad ni la intensidad exigidas en las agresiones sexuales¹²⁸. En esta misma línea han aplicado el tipo los tribunales¹²⁹, de modo que su propósito original ha quedado algo desvirtuado: la jurisprudencia incluye en el abuso sexual con prevalimiento las conductas en las que no existe una situación de superioridad previa¹³⁰ de la que el sujeto activo se prevale para conseguir el consentimiento que no habría logrado de otra manera, que era la aspiración inicial del tipo, sino que se da un contexto intimidatorio que permite que el atacante no necesite proferir amenazas concretas para que

¹²⁷ Entre otras muchas, STS nº. 1518/2001, de 14 de septiembre, F. j. único; STS nº. 834/2014, de 10 de diciembre, F. j. 3; STS nº. 9/2016, de 21 de enero, F. j. 1; STS nº. 305/2013, de 12 de abril, F. j. 3 y STS nº. 935/2005, de 15 de julio, F. j. 5. En este segundo requisito hace hincapié FARALDO, P. «¿Intimidación o prevalimiento? La sentencia de La Manada y los delitos sexuales en España». *Criminal Justice Network*, 2018: «La posición de superioridad ha de ser suficientemente relevante como para coartar en el caso concreto la libertad del sujeto pasivo» disponible en <http://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/intimidacion-o-prevalimiento-la-sentencia-de-la-manada-y-los-delitos-sexuales-en-espana>

¹²⁸ CUERDA ARNAU, M.L. «Agresión y abuso sexual» *op. cit.*, p. 124 y 125. A modo de ejemplo, siguen esta línea MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. M., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra: Ed. Cizur Menor, 2016, p. 1269 - 1405 y FARALDO, P. «¿Intimidación o prevalimiento?...» *op. cit.*

¹²⁹ Entre otras, STS nº. 542/2013, de 20 de mayo, F. j. 5: «En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior».

¹³⁰ El artículo 181.3 no limita las causas originarias de la situación de superioridad, que puede deberse a circunstancias como la diferencia de edad entre la víctima y el sujeto activo (STS nº. 724/2018, de 24 de enero, F. j. 1), sus lazos de parentesco (STS nº. 203/2013, de 7 de marzo, F. j. 1), las relaciones de poder real, de tipo moral, de carácter reverencial, laborales o económicas (STS nº. Rec. 687/1991, de 8 de febrero, F. j. 1), entre otras. En este sentido, MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. «Título VIII» *op. cit.*, p. 1308 apuntan que la superioridad manifiesta puede existir en aquellas situaciones en las que se evidencia una «asimetría de poder» entre sujeto activo y sujeto pasivo.

la víctima se someta a los actos sexuales por encontrarse en inferioridad de condiciones¹³¹.

3.3. «Una sutil línea divisoria»¹³²

En un primer lugar, la diferenciación de ambas figuras parece clara: cuando se actúa con violencia o intimidación y contra el consentimiento de la víctima concurre la agresión, y si el acto se ejecuta sin y sin el consentimiento concurre abuso sexual¹³³. Sin embargo, como se ha comentado previamente, la dificultad aparece al discernir si se está ante los abusos sexuales con prevalimiento o las agresiones sexuales intimidatorias, pues son figuras extremadamente próximas. De hecho, el TS ha apreciado en varias ocasiones este conflicto: «la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada»¹³⁴. La

¹³¹ FARALDO CABANA, P. y RAMON RIBAS, E. «La sentencia de La Manada...» *op. cit.*, p. 291 y 293. En este mismo sentido, señala ASUA, A. «Las agresiones sexuales» *op. cit.*, p. 24 que mediante la tipificación del abuso sexual con prevalimiento, se cubren las situaciones en las que el sujeto activo no tiene que acudir a la intimidación y, para lograr que la víctima acceda a los actos sexuales, recurre a otro tipo de presiones mediante las cuales constriñe la libertad de la víctima desde una situación ventajosa. La misma añade que con esta figura de abuso sexual por prevalimiento se cubren situaciones fronterizas a la violación que anteriormente derivaban en la absolucón por dificultades de determinación del grado de constricción de la voluntad de la víctima. Existen ciertos autores como CUERDA ARNAU, M.L. «Agresión y abuso sexual» *op. cit.*, p. 126 que niegan la existencia de una intimidación en el abuso sexual de prevalimiento: «Y es que si se repara en la referida tesis, se advertirá que lo que de ella se desprende es que hay intimidaciones que conceden al intimidado la posibilidad de elegir, lo que trasladado al ámbito de la violencia podría conducir a sostener que, salvo en casos de inusitada violencia, el sujeto pasivo tiene la posibilidad de elegir entre soportar la violencia o el acto que se le impone»

¹³² Expresión utilizada por STS nº. 769/2015, de 15 de diciembre, F. j. 8; STSJ de Navarra nº. 8/2018 de 30 de noviembre, F. j. 15 y STS nº. 1030/2010, de 2 de diciembre, F. j. 3 para referirse a la proximidad entre la intimidación de la agresión sexual y el abuso sexual por prevalimiento

¹³³ CADENA SERRANO, F. A. «Tipos agravados en los delitos de agresión sexual del artículo 178 CP y del artículo 179 CP problemas de autoría, participación, comisión por omisión y concursos en el delito de Violación». *Cursos de formación del Ministerio Fiscal*, 2014 disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_Fidel%20Angel%20Cadena%20Serrano.pdf?idFile=e78ac331-d98e-4509-b018-6fea52ae7c87 y CUERDA ARNAU, M.L. «Agresión y abuso sexual» *op. cit.*, p. 129

¹³⁴ STS nº. 1030/2010, de 2 de diciembre, F. j. 3; STS nº. 769/2015, de 15 diciembre, F. j. 8; STSJ de Navarra nº. 8/2018, de 30 de noviembre, F. j. 15 y STS nº. 935/2006, de 2 de octubre, F. j. 10.

misma sala ha tratado en reiteradas ocasiones arrojar luz sobre este asunto manifestando que la diferencia entre ambos radica en que en la intimidación de la agresión sexual el ataque vence la voluntad contraria de la víctima, mientras que en el abuso por prevalimiento el ataque tiene como resultado el vicio en el consentimiento del sujeto pasivo¹³⁵. No obstante, no parece que esta cuestión esté solventada. Es más, recientemente, con el notorio caso de *La manada* en el que dos de los magistrados del TSJ de Navarra observaron agresión sexual intimidatoria y tres de ellos se decantaron por el abuso sexual con prevalimiento, esta distinción que ya suscitaba debate se ha convertido en el objeto central de intensa reflexión doctrinal¹³⁶, que incluso ha derivado en distintos planteamientos de una reforma del código¹³⁷. Esto se debe a que el fino linde, además de en consecuencias penológicas dispares¹³⁸, deriva en distintas calificaciones jurídicas de los hechos, siendo estas últimas las verdaderamente trascendentales en el presente trabajo.

El primer inconveniente en esta distinción se halla en que el carácter subjetivo resulta determinante en estos delitos, cuya apreciación suele resultar compleja y de laboriosa percepción, como lo puede ser la determinación del grado de constreñimiento de la voluntad de la víctima¹³⁹. En segundo lugar, la legislación actual que trata este asunto es teóricamente clara pero en la práctica resulta tremendamente compleja de modo que, basándose en la ley,

¹³⁵ STS nº rec. 817/2000, de 25 de junio de 2001, F. j. 2.

¹³⁶ STSJ de Navarra nº. 8/2018, de 30 de noviembre.

¹³⁷ Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales planteada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 297-1, de 20 de julio de 2018. Además, diversos autores de la academia como ACALE SAN-CHEZ, M. *Ser o no ser... op. cit.*, y LASCURAÍN, J.A. «¿Qué es una violación?». *Criminal Justice Network, 2018*, disponible en <http://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/que-es-una-violacion> también han observado, la necesidad de una reforma del código en torno a este asunto, aunque sus planteamientos son dispares.

¹³⁸ El marco punitivo para el acceso carnal en el caso de la agresión sexual es de 6 a 12 años de prisión, mientras que en relación al abuso sexual es de 4 a 10 años. La distancia aparece más amplia cuando concurren agravantes, que son compartidos por ambos tipos en el caso de que la víctima sea menor de dieciséis años pero no si se trata de un sujeto pasivo mayor de dicha edad. Es más, resulta digno de atención el hecho de que el agravante de «actuación conjunta de dos o más personas» en víctimas mayores de 16 años sólo se contempla para la agresión sexual.

¹³⁹ LASCURAÍN, J. A. «Las Huellas de la Manada». *Almacén de derecho*, 2018, disponible en <https://almacenderecho.org/las-huellas-la-manada/>. Además asentada jurisprudencia señala que «para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual» STS nº. 1030/2010, de 2 de Diciembre, F. j. 3.

se pueden tomar dos caminos de manera que los mismos hechos probados podrían llevar a soluciones dispares, estando ambas adecuadamente fundamentadas¹⁴⁰. Consecuentemente, de algún modo se podría poner en riesgo la seguridad jurídica.

Sin embargo, la verdadera complicación en la distinción se da sobre la base de la concurrencia de intimidación en el abuso sexual con prevalimiento, que no alcanza la intimidación requerida en las agresiones sexuales. Es más, para RAMON RIBAS la intimidación y el prevalimiento son estructuralmente idénticas, pues además de que ambas presentan la intimidación originada por el anuncio expreso o tácito de causar un mal, también en las dos concurre una situación de superioridad manifiesta de la que se prevale el atacante, a pesar de que en el caso de la agresión la situación es creada por la propia intimidación¹⁴¹. Sin embargo, observa el autor diferencias cuantitativas en el grado de incidencia de la intimidación, que derivan en distintas limitaciones a la libertad, pudiendo verse esta anulada o, en caso de menos entidad, coartada¹⁴². El propio Art. 181.3 dispone que el prevalimiento concurre cuando «se coarte la libertad de la víctima», de este modo se puede inferir que si la libertad se encuentra totalmente anulada por una intimidación, estaremos ante el tipo de las agresiones sexuales intimidatorias¹⁴³.

Siguiendo esta línea, autores como FARALDO CABANA y RAMON RIBAS relacionan esta naturaleza intensa de la intimidación en las agresiones sexuales con la concurrencia de amenazas concretas, mientras que la intimidación que acaece en los abusos se vincula con una atmósfera de temor¹⁴⁴. En este sentido, el segundo de los autores afirma que la expresión «bastante», explicada anteriormente en este capítulo, que la jurisprudencia identifica con la intimidación de la agresión sexual, ha de interpretarse en un doble sentido: además de referirse a la suficiencia para suprimir la voluntad de resistencia de la víctima que señalan los tribunales (esta adecuación también debe darse

¹⁴⁰ De hecho, se trata del caso comentado previamente respecto a los magistrados del TSJ de Navarra. FARALDO, P. «Las relaciones sexuales son espontáneas y nadie quiere regularlas». *El Ideal Gallego*, 2018 disponible en <https://www.elidealgalego.com/articulo/coruna/patricia-faraldo-relaciones-sexuales-son-espontaneas-nadie-quiere-regularlas/20180713220853378486.html>.

¹⁴¹ RAMON RIBAS, E. «La intimidación en los delitos sexuales...» *op. cit.*, p. 144.

¹⁴² *Ibidem*, p. 145.

¹⁴³ MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. «Título VIII» *op. cit.*, p. 313 y CUERDA ARNAU, M.L. «Agresión y abuso sexual» *op. cit.*, p. 127.

¹⁴⁴ FARALDO CABANA, P. y RAMON RIBAS, E. «La sentencia de La Manada...» *op. cit.*, p. 293. Además para RAMON RIBAS, E. «El concepto de intimidación» *op. cit.*, p. 268 las agresiones responden a una conducta impuesta mientras que el abuso con prevalimiento se trata de la intervención en el proceso de formación de la víctima para que se lleve a cabo o se soporte la conducta.

en el prevalimiento, que ha de ser apto para influir en el comportamiento sexual de la víctima), ha de entenderse como «bastante» para conceptuarse como agresión sexual¹⁴⁵. Esto es, también debe la lesión de la libertad poder calificarse como una agresión, pues ha de ser «un ataque específicamente cualificado a aquella de intensidad superior al inherente a los abusos sexuales»¹⁴⁶. Por tanto, al comportar el abuso sexual con prevalimiento cierta lesión de libertad (intimidación de segundo grado), la intimidación de la agresión «debe incorporar una dimensión que la permita distinguirla» de dicho ataque menos grave¹⁴⁷. Así, continúa el autor, para determinar si la intimidación es suficiente en este segundo sentido, será necesario «incorporar elementos de distinción entre intimidaciones constitutivas de abuso y las conceptuales como agresión»¹⁴⁸. En concordancia con él, BOIX REIG y ORTS BERENGUER¹⁴⁹ discurren sobre esta cuestión para razonar que la intimidación se enmarca en las agresiones sexuales cuando esta es tal que la conducta de la víctima se observa como impuesta u obligada, lo que no ocurre en el abuso por prevalimiento, en el que la entidad de la intimidación permite actuar con cierta libertad condicionada. Así, RAMON RIBAS concluye descartar «la automática subsunción de cualquier género de intimidación en los tipos de agresiones sexuales»¹⁵⁰, pues el delito de agresión sexual requiere una intimidación de cierta entidad objetiva¹⁵¹, y por ello, y pese a la redacción del Código («sin violencia o intimidación»), la concurrencia de intimidación no descartará automáticamente el tipo del abuso sexual. De estas reflexiones se puede colegir que la mayor dificultad en la distinción se encontrará en la entidad de la intimidación, concretamente a la hora de analizar una conducta

¹⁴⁵ RAMON RIBAS, E., «El concepto de intimidación» *op. cit.*, p. 269. En contraposición, la autora CUERDA ARNAU, M.L. «Agresión y abuso sexual» *op. cit.*, p. 126 rechaza esta teoría sosteniendo que si la intimidación se ha acreditado suficiente para doblegar la voluntad de la víctima nada más se requiere para concluir que se está ante una agresión sexual.

¹⁴⁶ RAMON RIBAS, E. «El concepto de intimidación» *op. cit.*, p. 267

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 268. Esta misma dirección parece seguir la jurisprudencia, que hace hincapié en la gravedad de la intimidación que requiere la agresión, de modo que si no reviste ese alcance no ha de incorporarse en dicha modalidad de ataque debiendo integrarse en los abusos sexuales (STS n.º. 409/2000, de 13 de marzo, F. j. 3)

¹⁴⁹ BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E. «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999» en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coords.). *El nuevo Derecho Penal español*. Navarra: Ed. Cizur Menor, 2001, p. 1019, que señalan que en el abuso sexual con prevalimiento se actúa con cierta libertad condicionada que no existe en la agresión sexual y RAMON RIBAS, E. «La intimidación en los delitos sexuales» *op. cit.*, p. 146.

¹⁵⁰ RAMON RIBAS, E. «El concepto de intimidación» *op. cit.*, p. 269

¹⁵¹ STS n.º. 1396/1999, de 1 de octubre, F. j. 1.

típica que presente el elemento de intimidación pero resulte dudoso si esta es suficiente para anular la voluntad de la víctima de modo que no tenga más opción que soportar el acto sexual o no¹⁵², pues lo determinante es la capacidad de la intimidación para el constreñimiento de la libertad del sujeto pasivo.

En aras de colaborar en la distinción, el TS ha señalado mediante reiterada jurisprudencia que la intimidación de la agresión supone la presentación de un mal, identificado y de posible realización¹⁵³. No obstante, el mismo tribunal también llegó a considerar la concurrencia de este delito argumentando: «no aparece acto alguno de fuerza física para conseguir los mencionados accesos carnales, y no existió amenaza de un mal concreto. Pero todo, desde el comienzo, se desarrolló en un ambiente de intimidación que produjo miedo en la víctima, y esto fue la causa de que ella no se resistiera e incluso que colaborara»¹⁵⁴. Por este motivo no se entiende fácilmente que el TSJ de Navarra señale en el caso de *La Manada* que «el bloqueo psicológico» que le imposibilitaba pensar y reaccionar a la víctima no sea constitutivo de intimidación y, por tanto, ha de calificarse como abuso¹⁵⁵. Sin embargo, corrigiendo el error de calificación jurídica en el que, estima el TS, el TSJ (así como la AP de Navarra¹⁵⁶) incurrió, el máximo tribunal falló el pasado 21 de junio la concurrencia de un delito continuado de violación¹⁵⁷, lo que consolida su jurisprudencia y se espera genere, por su notoriedad, un efecto general de prevención. Se trata de un momento remarcable en la jurisprudencia de los delitos sexuales en España.

¹⁵² STS nº. 542/2013, 20 de mayo, F. j. 5: «La intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en el que el sujeto pasivo no puede decidir». Para RAMON RIBAS, E. «La intimidación en los delitos sexuales» *op. cit.*, p. 143 si la víctima conserva la opción de negarse al acto existe abuso sexual. De este modo, se entiende que en los abusos por prevalimiento la víctima ve lesionada su libertad de decidir, mientras que en la agresión lo que se menoscaba es la libertad de obrar FARALDO CABANA, P. y RAMON RIBAS, E. «La sentencia de La Manada» *op. cit.*, p. 258 y 259

¹⁵³ STS nº. 132/2016, de 23 de febrero, F. j. 2 y STS nº. 9/2016, de 21 de enero, F. j. 1.

¹⁵⁴ STS nº. 744/2004, de 14 junio, F. j. 3.

¹⁵⁵ STSJ de Navarra nº. 38/2018, de 30 de noviembre.

¹⁵⁶ SAP de Navarra, nº. 38/2018, de 20 de marzo.

¹⁵⁷ Sostiene el TS que «el relato factico describe un auténtico escenario intimidatorio, en el que la víctima en ningún momento consiente a los actos sexuales». Fallo del TS Nº Rec. 396/2019 de 21 de junio disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Comunicado-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-sobre-el-recurso-de-casacion-396-2019>. No obstante, por razones temporales, no resulta posible indagar en los detalles exactos de la fundamentación jurídica que han llevado al máximo tribunal a alcanzar esta decisión, pues la sentencia al completo todavía no es pública.

Desdibujando aún más la línea divisoria que separa los dos tipos, en este sentido considera buena parte de la doctrina que para que la víctima se vea obligada a cometer el acto sexual no resulta preciso que se anuncie expresamente o comunique mediante gestos un mal concreto, pues se puede anunciar la posibilidad de un mal tácitamente (a través de las acciones, el sujeto activo, las circunstancias). Esto se debe a que es posible atemorizar a la víctima (haciéndola entender la imposibilidad de protegerse ante una posible agresión y la ausencia de alternativas distintas del sometimiento) aunque esta desconozca las características exactas del mal que sufrirá¹⁵⁸. Esto es, lo esencial será causar temor a la víctima y que el dolo del atacante abarque la voluntad de causar temor¹⁵⁹, por tanto «esta situación podrá provocarse tanto mediante la amenaza de un mal concreto como mediante la creación de un ambiente intimidatorio»¹⁶⁰.

Finalmente, la jurisprudencia también ha apuntado, al debatir entre intimidación o prevalimiento, que ante una muy fundada duda «debe resolverse a favor de reo»¹⁶¹. No obstante, esto conviene ser aplicado de manera cuidadosa, pues se puede dar el peligroso efecto de que, ante el conocimiento de casos complejos, se de cobijo en el abuso con prevalimiento a conductas que de no existir este tipo se enmarcarían ampliamente en la agresión sexual¹⁶². Asimismo, es importante subrayar que, en este punto conflictivo que reviste de tanta sutileza, los tribunales deben estar a las circunstancias específicas de cada caso concreto y evitar en la medida de lo posible posicionamientos tajantes que puedan restringir y limitar las sentencias que se dicten con

¹⁵⁸ RAMON RIBAS, E. «La intimidación en los delitos sexuales» *op. cit.*, p. 161, 163 y 164

¹⁵⁹ Tradicionalmente, la jurisprudencia exigía una intensidad del dolo concretado en un ánimo libidinoso, sin embargo, este requerimiento ha sido abandonado en la actualidad (STS nº. 132/2013, de 19 de febrero, F. j. 3). Si se exige que el atacante conozca, por la naturaleza sexual del acto, que puede afectar la libertad o indemnidad sexual de la víctima (STS nº 444/2007, de 8 de junio, F. j. 2)

¹⁶⁰ CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas...* *op. cit.*, p. 186 - 188. Según el autor, esta interpretación coincide con la que la jurisprudencia ha mantenido tradicionalmente respecto al robo con intimidación, en el que el aspecto psicológico de la víctima es determinante. Asimismo, el autor destaca en este sentido la 33ª Ley de Modificación del Derecho penal alemán de 1 de julio de 1997 que equipara a la violencia y a la intimidación los casos de aprovechamiento de una situación en la cual la víctima, sin protección, está expuesta a las acciones del autor.

¹⁶¹ STS nº 368/2010, de 26 abril, F. j. 4.

¹⁶² En relación a esto, resulta fundamental abandonar definitivamente «las más que viejas concepciones que vinculaban la fuerza típica a la irresistibilidad de la misma y la intimidación al terror paralizante, dando paso a conceptos que miden los medios comisivos por su eficacia en el caso concreto para doblegar la voluntad de la víctima» CUERDA ARNAU, M.L. «Agresión y abuso sexual» *op. cit.*, p. 104 y 107

posterioridad¹⁶³. Además, el papel de los tribunales resulta en este punto clave, pues ostentan la tarea de evitar que retrógradas ideas, que todavía se hallan en la sociedad, y que están dirigidas por pautas que arrinconan la libertad sexual de las mujeres y desvalorizan su comportamiento, se cuelen en la jurisprudencia y pervivan en ella.

IV. VALORACIONES CRÍTICAS: REVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN RAZÓN DE SUS DISFUNCIONALIDADES Y A LA LUZ DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL.

A raíz del presente análisis sobre algunos puntos conflictivos en la regulación del concepto de violación del Código Penal, realizado en conocimiento del desarrollo penal internacional y el marco legal europeo, es posible razonar la necesidad de una revisión y reformulación del Título VIII «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» del Código.

Cabe destacar en primer lugar que la legislación y la jurisprudencia españolas han ido evolucionando en la misma dirección que los patrones que el panorama internacional ha desarrollado en relación a los delitos sexuales, y concretamente la violación, como la protección de la autonomía sexual o el rechazo a la exigencia de resistencia. No obstante, sí se aprecia discordancia entre la legislación española y los estándares legales internacionales que, desde principios del siglo XX, consolidan jurisprudencialmente la idea de que el *actus reus* de la violación es la ausencia de consentimiento¹⁶⁴. La fuerza, por tanto, no se trata de un elemento *sine qua non* sino de uno de los varios que evidencian la falta de consentimiento, que es el elemento negativo determinante. Esta concepción todavía no ha sido adoptada por nuestro Código Penal. A nivel europeo, en concordancia con el Consejo de Europa, la legislación española también penaliza las relaciones sexuales sin consentimiento en las que no concurre violencia o intimidación (aunque sin apreciarlas como violación sino como abuso sexual y con consecuencias punitivas menos graves), y a pesar de no oponer resistencia la víctima¹⁶⁵. No obstante, es claro que la legislación nacional no ha incorporado de manera completa el

¹⁶³ ACALE SANCHEZ, M. «Ser o no ser...» *op. cit.* Pues como indica la STS nº. 587/1998, de 28 de abril, F. j. 6 la fuerza o intimidación se manifiesta de muchas formas e intensidades en relación a la personalidad del sujeto pasivo, pues cada víctima responderá de maneras y magnitudes diferentes.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 22 de febrero de 2001, The prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic. Nº IT-96-23-T& IT-96-23/1-A

¹⁶⁵ Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendación Nº. R (2002) 5 adoptada el 30 de abril de 2002 tomado de Amnistía Internacional. *The right to be free... op. cit.*, p. 6.

Convenio de Estambul¹⁶⁶, en vigor en España desde el 1 de agosto de 2014. La implantación completa del tratado en la ley del país supondría dejar de lado la diferenciación en torno a los medios comisivos; a si el agente alcanzó el acceso carnal en contra de la voluntad de la víctima (agresiones sexuales violentas o intimidatorias), con su consentimiento viciado (abusos sexuales con prevalimiento) o sin él (abusos sexuales), pues todos estos casos se enmarcarían en actos sexuales no consentidos, que serían automáticamente calificados de violación. Se colige, por tanto, que nuestro código tampoco se ha adaptado al marco legal europeo.

El papel central que el Código Penal atribuye a los medios comisivos deriva en ciertos puntos conflictivos, pues el requerimiento de concurrencia de violencia o intimidación genera que algunos tipos de violaciones no se conceptualicen como tales, con los riesgos que esto conlleva: la generalidad de la sociedad, que se encuentra más o menos familiarizada con el concepto, muestra un rechazo amplio y creciente hacia el delito de violación (caso distinto es el de los abusos sexuales, con los que el imaginario social colectivo no es tan tajante¹⁶⁷), por esta razón, las violaciones que penalmente no se califican como tal, podrían ser socialmente despojadas de su gran trascendencia y gravedad, colaborándose así en su normalización y baja concienciación. En este sentido, en la diferenciación entre la violación y el abuso sexual con acceso carnal, aparece el conflicto existente entre prevalimiento e intimidación. De este se colige que no hay una diferencia sustancial entre que sean las palabras o actos amenazantes los que constriñan psicológicamente la libertad de la víctima o que la que lo haga sea la situación de superioridad de la que el agente se aprovecha de modo que el empleo de dichas palabras o actos no son necesarios. En ambas circunstancias la víctima no actúa bajo su libre consentimiento, sino con su voluntad doblegada (de hecho, como se ha analizado, el sujeto pasivo del abuso por prevalimiento también podría encontrarse de algún modo intimidado). Por este mismo motivo, carece de sentido que la delgada línea que clasifica las conductas en el marco de las agresiones intimidatorias o en los abusos con prevalimiento se ensanche en materia de consecuencias penales, de modo que conductas con desvalor de acción y resultado sumamente similar se penalizan¹⁶⁸ y conceptualizan de

¹⁶⁶ Como tampoco ha asumido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2003 N.º. 39279/98, (M.C. v Bulgaria), ECHR 2203XII

¹⁶⁷ A modo de ejemplo, un estudio de The European Commission Eurobarometer mostró que el 27% de los participantes afirmaron que las relaciones sexuales sin consentimiento estaban justificadas en ciertas situaciones, como el caso de que la víctima esté ebria, bajo la influencia de las drogas, o si esta no se defiende. Amnistía Internacional. *The right to be free... op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁸ Estas diferencias penológicas no son graves en relación al número exacto de años de prisión recogido en el Código, materia que el presente trabajo no valora, sino respecto

manera muy distinta. Asimismo, tampoco parece muy congruente que el atacante que, por las circunstancias específicas, no haya tenido que proferir amenazas concretas, vea una extraordinaria reducción de su responsabilidad respecto del agente que no ha tenido la ocasión de prevalerse de dichas circunstancias.

Por otro lado, el consentimiento espurio del abuso con prevalimiento ha de interpretarse con sumo cuidado, pues cuando ante una situación de terror la víctima adopta una posición pasiva y resignada por encontrarse paralizada ante el ataque¹⁶⁹, deducir que se trata de un consentimiento, siquiera viciado, supondría exigir a la víctima una resistencia activa, incluso heroica, que claramente la pone en peligro. Además, la paralización de la víctima podría hacer que el agente no necesitara emplear violencia ni intimidación de modo que no se cometería un delito de violación. Se concluye por tanto que es excesivo el peso que recae sobre la concurrencia o no de resistencia activa de la víctima.

Sin embargo, el límite que nuestro código observa para diferenciar la agresión del abuso sexual también ha de tenerse en consideración. Pues resulta lógica una respuesta penal diferente cuando varía la intensidad del constreñimiento psicológico ejercido sobre la víctima, para lo que se podrían plantear circunstancias agravantes¹⁷⁰ (lo que además resulta acorde a lo dispuesto en el Artículo 46 del Convenio de Estambul). Consecuentemente, la concurrencia de dicha circunstancia supondría el aumento de una pena común, y la idéntica calificación jurídica otorgaría la misma significación y protección a la libertad sexual de todas las víctimas de accesos carnales no consentidos. De este modo, el mensaje que se enviaría a la sociedad, gracias al valor simbólico del sistema penal, consiste en que lo penalmente reprochable es actuar sin el consentimiento de la otra persona, esto es, no respetar su voluntad ni la manifestación de su libertad sexual individual. Colaborando así en la equiparación de la valoración social hacia todas las relaciones sexuales no consentidas.

Para la efectividad de esta reformulación, resulta imprescindible la introducción de la perspectiva de género en la actuación de todos los agentes que

a que una pena menor implica un mensaje de menor gravedad.

¹⁶⁹ Un informe firmado por 1800 psicólogos sostiene que «ante una situación de amenaza de lesión grave o violencia sexual, es común una respuesta de inmovilización [], por tanto, no tiene sentido plantear la cuestión del consentimiento, ya que la capacidad estará anulada». *Carta abierta de los/as profesionales de la psicología y la psiquiatría al Ministerio de Justicia y a la ciudadanía*, 2018, Salud mental te cree, disponible en <http://comunicadosaludmental.blogspot.de/2018/05/carta-abierta-de-los-as-profesionales-de.html>

¹⁷⁰ Además, si las conductas violentas o intimidatorias suponen un especial atentado a la salud del sujeto pasivo, estas son contempladas específicamente a través del concurso de delitos, también el atentado contra la integridad moral. FARALDO CABANA, P. y RAMON RIBAS, E. «La sentencia de La Manada » *op. cit.*, p. 257.

aplican el Derecho, sobre todo de jueces y magistrados. Pues, como sostiene ASUA, «las normas jurídicas cobran vida a través de la recreación de los jueces, y no solo mediante las decisiones de absolución o condena, sino sobre todo a través de las explicaciones que motivan esas decisiones»¹⁷¹. Además, en incontables ocasiones la falta de esta perspectiva durante el enjuiciamiento ha derivado en la victimización secundaria del sujeto pasivo¹⁷², con la que es urgente acabar.

Por todo esto, se valora que la cuestión jurídica central en cuanto a la violación debe desplazarse de la concurrencia de violencia o intimidación hacia la falta de consentimiento, que debe ser el elemento definitorio del delito, poniéndose el énfasis en que la víctima no ha deseado el acceso carnal como resultado de su libertad sexual individual, que es el bien jurídico a proteger.

V. CONCLUSIONES

1. La tipificación de la violación a nivel global, delito que presenta un indudable sesgo de género marcado por el alto porcentaje de victimización de la mujer, se trata de un proceso que tradicionalmente se ha visto contaminado por imágenes patriarcales que todavía subsisten en la sociedad, haciendo que, a su vez, el sistema penal reproduzca estas ideas de discriminación hacia la mujer, en una retroalimentación constante. Sin embargo, se observa una relativamente reciente redirección y toma de conciencia en materia de igualdad en la normativa internacional, de la que la legislación española se ha nutrido.
2. No obstante, el Código penal español identifica la violación con la agresión sexual en la que concurre acceso carnal. De esta manera, para su calificación se precisa la existencia de violencia o intimidación, lo que contrapone de lleno los avances logrados por los estándares legales internacionales actuales, y más concretamente, por el tratado europeo denominado Convenio de Estambul que España ha ratificado. Esto se debe a que los anteriores vienen apreciando el delito de violación en torno a la falta de consentimiento de la víctima, que es el *actus reus*, independientemente de que concurra o no violencia o intimidación. El Código Penal español no se ha hecho eco de esta evolución y,

¹⁷¹ ASUA, A. «Las agresiones sexuales...» *op. cit.*, p. 38.

¹⁷² Algunos ejemplos son la SAP de Pontevedra de 27 de febrero de 1989 en la que los acusados son absueltos por la «vida licenciosa» de la víctima y la SAP de Lérida de febrero de 1989 que enunció que la falda de la víctima provocó al agente, quien no pudo contenerse. Más recientemente, también resultó notoria la cuestión que en 2016 formuló la jueza a la víctima: «¿Cerró bien las piernas, cerró toda la parte de los órganos femeninos?» tomado de DE VICENTE MARTINEZ, R. «El delito de violación» *op. cit.*, p. 212.

- por lo tanto, su tipificación del delito de violación se encuentra enraizada en comparación con los mecanismos legales internacionales.
3. Así, para la legislación española, cuando no se dan los medios comisivos concretos no concurre una violación, sino un delito de abuso sexual. En el límite existente entre las agresiones y los abusos sexuales, una muy estrecha línea separa ambas figuras situándose entre la agresión sexual intimidatoria y el abuso sexual con prevalimiento.
 4. Esta frontera tan decisiva, resulta poco lógica entre conductas típicas muy semejantes. Pues, por lo que respecta al desvalor de acción, no existe una gran disparidad en que sean las palabras o actos amenazantes los que constriñan psicológicamente la libertad de la víctima o sea la situación de superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha la que lo haga. En cuanto al desvalor de resultado, siendo cierto que el nivel de constreñimiento de libertad resulta mayor en la intimidación, ni en esta ni en el prevalimiento la víctima actúa bajo su libre consentimiento o bajo su voluntad derivada de su libertad sexual individual. No obstante, situarse a un lado u otro de dicha frontera supone consecuencias terminológicas muy importantes, como la consideración de violación o no.
 5. Esta calificación jurídica juega un papel primordial que va mucho más allá de la simple función descriptiva, pues no denominar penalmente como violación algunas relaciones sexuales no consensuadas como consecuencia de la falta de acaecimiento de violencia o intimidación, supone desposeerlas de su relevancia y colaborar en su baja concienciación, infravalorando el valor que posee el consentimiento de la víctima por sí solo.
 6. Consecuentemente, se colige urgente una reformulación del Título VIII Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que redefina el delito de violación, desplazando la línea decisiva que marca el límite del delito en los medios comisivos hacia la concurrencia del elemento negativo de ausencia de consentimiento. Reducir la violación a un tipo penal que tiene como objeto el acceso carnal no consensuado supondría la incorporación de la normativa internacional en relación a este delito. Además, esta nueva definición traería consigo derivaciones muy relevantes para la autonomía sexual de las mujeres, principales víctimas de este delito, y además supondría poner en alza la importancia de su consentimiento libre, reafirmandolas como sujeto y dándole a su libertad sexual la consideración que merece, que es el bien jurídico que se tutela. En definitiva, la necesidad de atender a las demandas sociales actuales y cumplir con las recomendaciones y acuerdos internacionales desemboca en la calificación unitaria de violación para todas las relaciones sexuales no consentidas libremente, alcanzadas por distintos medios comisivos.

7. Se ha observado que, aunque la redacción de la ley no discrimine explícitamente entre ambos sexos y aparezca, por tanto, como igualitaria, las diferentes motivaciones jurídicas proporcionadas por jueces y magistrados en sus resoluciones pueden dar la vuelta a esta situación y resultar en una jurisprudencia que no lo es tanto. De este modo, se infiere que en el enjuiciamiento del delito de violación se precisa, en la búsqueda de igualdad real, además de la revisión legislativa, y de manera igualmente urgente y trascendental, la incorporación de una formación en perspectiva de género dirigida a los aplicadores del Derecho. Así, a la hora de apreciar las circunstancias subjetivas y personales de la víctima en cada caso concreto, que se analizan según el punto de vista de un observador neutral, conviene en ciertos casos incluir dicha perspectiva, entender que el contexto social no es el mismo para hombres y para mujeres, lo que puede hacer que estas últimas perciban como aterradoras ciertas situaciones.

VI. FUENTES

1. Bibliografía

- ACALE SANCHEZ, María. «Ser o no ser (de La Manada): esta es la cuestión». *Nueva Tribuna*, 2018, disponible en <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/ser-ser-manada-es-cuestion/20180428190127151339.html> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- «Tratamiento penal de la violencia sexual, la forma más primaria de violencia de género». En FARALDO CABANA, Patricia y ACALE SÁNCHEZ, María (Dirs.). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 71 – 90.
- ASUA BATARRITA, Adela. «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico». En RINCÓN, Ana (Coord.). *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*. Vitoria-Gazteiz: Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 47-101.
- BODELÓN, Encarna. *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Didot, 2012.
- «Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres». En RINCÓN, Ana (Coord.). *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Vitoria-Gazteiz: Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 183 - 203
- BOIX REIG, Javier y ORTS BERENQUER, Enrique. «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999» en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coords.). *El nuevo Derecho Penal español*. Navarra: Ed. Cizur Menor, 2001, p. 1007 – 1032.

- BOU FRANCH, Valentín. «Crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional». *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 24, Universidad de Valencia, 2012, p. 1 – 46.
- BROWNMILLER, Susan. *Contra nuestra voluntad: hombres, mujeres y violación*. Barcelona: Ed. Planeta, 1981.
- CADENA SERRANO, Fidel Ángel. «Tipos agravados en los delitos de agresión sexual del artículo 178 CP y del artículo 179 CP problemas de autoría, participación, comisión por omisión y concursos en el delito de Violación». *Cursos de formación del Ministerio Fiscal*, 2014 disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_Fidel%20Angel%20Cadena%20Serrano.pdf?idFile=e78ac331-d98e-4509-b018-6fea52ae7c87 (última consulta el 25 de junio de 2019)
- CARUSO FONTÁN, María Viviana. *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2006
- CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, Barcelona: Ed. Bosch, 1949
- CUERDA ARNAU, María Luisa. «Agresión y abuso sexual: Violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado». En FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dir.). *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p.103 - 131
- CUGAT, Miriam. «La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del TS sobre el delito de violación». *Jueces para la democracia*, Nº 20, 1993, p. 73-83
- DE MIGUEL, Ana. *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección*. Undécima edición. Valencia: Ed. Càtedra, 2017.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción». En FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dir.). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 171 - 214
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. «El «No es no». *El País*. 2018, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530_373340.html (última consulta el 25 de junio de 2019)
- FARALDO CABANA, Patricia. «Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales». En FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dir.). *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 31 – 65
- «¿Intimidación o prevalimiento? La sentencia de La Manada y los delitos sexuales en España». *Criminal Justice Network*, 2018 disponible en <http://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/intimidacion-o-prevalimiento-la-sentencia-de-la-manada-y-los-delitos-sexuales-en-espana> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- y RAMON RIBAS, Eduardo. «La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España». En FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dir.). *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 247 – 295.

- «Las relaciones sexuales son espontáneas y nadie quiere regularlas». *El Ideal Gallego*, 2018 disponible en <https://www.elidealgallego.com/articulo/coruna/patricia-faraldo-relaciones-sexuales-son-espontaneas-nadie-quiere-regularlas/20180713220853378486.html> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- FERNÁNDEZ, Jackeline. *La violencia sexual en el derecho internacional humanitario y el estatuto de Roma*. Amnistía Internacional, 2018. Disponible en <https://www.amnistia.org/ve/blog/2018/03/5160/la-violencia-sexual-en-el-dih-y-el-estatuto-de-roma> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- GAVILÁN RUBIO, María. «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia». *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, N° 12, 2018, p. 82 - 95
- GOENAGA OLAIZOLA, Reyes. «Delitos contra la libertad sexual en Estudios sobre el nuevo código penal español», 1995. *Eguzkilore, Cuaderno del instituto vasco de criminología*. N° 10 extraordinario, 1997, p. 95 - 120.
- KOENIG, K. Alexa, LINCOLN, Ryan y GROTH, Lauren. «The jurisprudence of sexual violence». *University of California Berkeley: Human Rights Center*, 2011.
- LASCURAIN, Juan Antonio. «Las Huellas de la Manada». *Almacén de derecho*, 2018, disponible en <https://almacenederecho.org/las-huellas-la-manada/> (última consulta el 5 de junio de 2019)
- «¿Qué es una violación?». *Criminal Justice Network*, 2018, disponible en <http://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/que-es-una-violacion> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- «Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal». *Revista chilena de derecho*, Vol. 22 N° 2, 1995, p. 251 - 264
- MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel, «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra: Ed. Cizur Menor, 2016, p. 1269 -1405.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *Derecho penal. Parte especial*. 21ª Edición, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. «Los delitos contra la libertad sexual». *Estudios penales y criminólogos*, N° 13, 1990, p. 267 - 296.
- OAKLEY, Ann. *Sex, Gender and Society*. Londres: Ed. Routledge, 1972.
- PACHECO, Joaquín Francisco. *El código penal concordado y comentado. Tomo III*. Madrid: 1849, disponible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/codigoPenalConcordadoT2.pdf> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- POSADA, Luisa. «Otro género de violencia. Reflexiones desde la teoría feminista como teoría crítica». *Revista Asparkia*, N° 19, 2008, p. 57 - 71 disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3171182.pdf> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- RAMON RIBAS, Eduardo. «La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales». En FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.). *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p.133 - 168.
- «El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999, de octubre (RJ 1999,7597)». *Revista de derecho y proceso penal*, N°10, 2003, p. 263 - 284.

- SANCHEZ BUSO, Mariana. «El sistema penal: ¿una herramienta antidiscriminatoria?». *Anuario del CIJS*, 2008, p. 760 – 771.
- SUAY HERNANDEZ, Blanca Celia. «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación (Comentario a la STS de 16 de enero de 1991. El caso del «alfiler»)». *La Ley*, Nº1, 1992, p. 1062-1071
- VALLEJO TORRES, Carla. «Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro». *La Ley*, Nº 9263, 2018, p. 1 – 11.
- WEST, Robin. «The Difference in Women's Hedonic Lives: A phenomenological critique of feminist legal theory». *Wisconsin women's law journal*, Nº 3, 1987, p. 149 – 215.
- ZORRILLA, Maider. *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual*. Universidad de Deusto. Instituto de Derechos Humanos, 2005.

2. Legislación

- Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia doméstica, Consejo de Europa, en Estambul el 12 de abril de 2011. Ratificado por España el 10 de abril de 2014. Publicado en el BOE nº. 137, de 6 de junio de 2014, p. 42946-42976.
- Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Unión Africana, en Maputo el 11 de julio de 2003.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de Naciones Unidas, de 17 de julio de 1998, A/Conf. 183/9 que entra en vigor el 1 de julio de 2002. Instrumento de ratificación de España, Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2002, nº 126, p. 18824.
- Declaración y Plataforma de Acción de Pekín, de la Asamblea General de la ONU aprobada en Pekín en la 16ª sesión plenaria de 15 de septiembre de 1995.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de la Organización de Estados Americanos, en Belem do Pará el 9 de junio de 1994.
- Declaración sobre la eliminación de violencia contra la mujer, de la Asamblea General de la ONU de 1993 adoptada en la 85ª sesión plenaria del 20 de diciembre de 1993.
- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, aprobado en Ginebra el 12 de agosto de 1949. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>
- Convenio IV relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, firmado en La Haya el 18 de octubre de 1907 por la Partes Contratantes. Disponible en la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>
- Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de la Conferencia Diplo-

- mática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, aprobado el 8 de junio de 1977 disponible en <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, aprobado el 8 de junio de 1977 disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- Resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU de 8 noviembre de 1994 disponible en [https://undocs.org/es/S/RES/955%20\(1994\)](https://undocs.org/es/S/RES/955%20(1994)) (última consulta el 25 de junio de 2019)
- Resolución 808 del Consejo de Seguridad de la ONU de 22 de febrero de 1993 disponible en [https://undocs.org/es/S/RES/808%20\(1993\)](https://undocs.org/es/S/RES/808%20(1993)) (última consulta el 25 de junio de 2019)
- Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer por la que se actualiza la Recomendación general n° 19 del Comité CEDAW de 26 de julio de 2017.
- Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del Comité CEDAW de 16 de diciembre de 2010.
- Recomendación General N° 19 sobre la violencia contra la mujer del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, del Comité CEDAW del 29 de enero de 1992.
- Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, del Official Gazette Control Council for Germany, de 20 de diciembre de 1945 disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis firmado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América, Francia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en Londres el 8 de agosto de 1945. Disponible en https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf (última consulta el 25 de junio de 2019)
- Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional de 2 de noviembre del 2000, PC-NICC/2000/1/Add.2.
- Código Penal de Bélgica, de 8 de junio de 1867, Título VII, disponible en www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&caller=list&cn=1867060801&la=f&fromtab=loi&tri=dd+as+rank#LNKR0127 (última consulta el 25 de junio de 2019)
- Código Penal de Países Bajos, de 3 marzo de 1881, Parte XIV, disponible en www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (última consulta el 25 de junio de 2019)
- Instructions for the Government of Armies of the United States in

the Field (Lieber Code) de 24 de abril de 1863. Disponible en la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110> (última consulta el 25 de junio de 2019)

3. *Jurisprudencia*

Sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 12 de junio de 2002, The prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, nº IT-96-23 & IT-96-23/1-A disponible en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf> (última consulta el 25 de junio de 2019)

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 22 de febrero de 2001, The prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic. Nº IT-96-23-T& IT-96-23/1-A disponible en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf> (última consulta el 25 de junio de 2019)

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 10 de diciembre de 1998, The Prosecutor v. Anto Furundzija, nº IT-95-17/1-T disponible en <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.htm> (última consulta el 25 de junio de 2019)

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 27 de enero del 2000. The prosecutor v. Alfred Musema, nº ICTR-96-13-A disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/1fc6ed/pdf/> (última consulta el 25 de junio de 2019)

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 2 de septiembre de 1998, The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-A-T en http://www.worldcourts.com/icty/eng/decisions/1998.09.02_Prosecutor_v_Akayesu.pdf (última consulta el 25 de junio de 2019)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. E.B v Romania Application nº. 49089/10 de 19 de marzo de 2019.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. M.C. v Bulgaria, nº. 39279/98, ECHR 2203XII de 4 de diciembre de 2003.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. González y otras («Campo algodón») v México de 16 de noviembre de 2009

Dictamen del Comité CEDAW. Karen Tayag Vertido v Filipinas, Comunicación núm. 18/2008, CEDAW/C/46/D/18/2008 de 22 de septiembre de 2010.

STS nº. 914/2018, de 22 de diciembre de 2018

STS nº. 724/2018, de 24 de enero de 2018

STS nº. 786/2017, de 30 de noviembre de 2017

STS nº. 573/2017, de 18 de julio de 2017

STS nº. 460/2017, de 21 de junio de 2017

STS nº. 630/2016, de 14 de julio de 2016

STS nº. 216/2016 de 24 de abril de 2016

STS nº. 132/2016, de 23 de febrero de 2016

STS nº. 9/2016, de 21 de enero de 2016

STS nº. 769/2015, de 15 de Diciembre de 2015

STS nº. 355/2015, 28 de mayo de 2015

STS nº. 834/2014, de 10 de diciembre de 2014
 STS nº. 553/2014, de 30 de junio de 2014
 STS nº. 102/2014, de 18 de febrero de 2014
 STS nº. 609/2013, de 10 de julio de 2013
 STS nº. 512/2013, de 13 de junio de 2013
 STS nº. 542/2013, de 20 de mayo de 2012
 STS nº. 305/2013, de 12 de abril de 2013
 STS nº. 203/2013, de 7 de marzo de 2013
 STS nº. 1030/2010, de 2 de Diciembre de 2010
 ATS nº. 2333/2009, de 13 octubre de 2009
 STS nº. 914/2008, de 22 de diciembre de 2008
 STS nº. 6095/2008, de 5 de noviembre de 2008
 STS nº. 511/2007, de 7 de junio de 2007
 STS nº. 935/2006, de 2 de Octubre de 2006
 STS nº. 1291/2005, de 8 de noviembre de 2005
 STS nº. 744/2004, de 14 junio de 2004
 STS nº. 578/2004, de 26 de abril de 2004
 STS nº. 413/2004 de 31 de marzo de 2004
 STS nº. 1689/2003, de 18 de diciembre de 2003
 STS nº. 919/2003, de 19 de junio de 2003
 STS nº. 593/2003, de 16 de abril de 2003
 STS nº. 1458/2002, de 17 de septiembre de 2002
 STS nº. 1875/2002, de 14 de febrero de 2003
 STS nº. 1714/2001, de 2 de octubre de 2001
 STS nº rec. 3083/1999, de 10 de julio de 2001
 STS nº. 937/2000 de 26 de mayo de 2000
 STS nº. 1366/1999, de 1 de octubre de 1999
 STS nº rec. 507/1996, de 3 de octubre de 1997
 STS nº Rec. 687/1991, de 8 de febrero de 1991
 STSJ de Navarra nº. 38/2018, de 30 de noviembre de 2018
 SAP de Navarra, nº. 38/2018, de 20 de marzo de 2018

4. Otros documentos

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE. Violence Against Women: an EU-wide survey. Main Results. Luxemburgo: 2014. Disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf (última consulta el 25 de junio de 2019)

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Right to be free from rape. Overview of legislation and state of play in Europe and international human right standards. 2018, disponible en <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/9452/2018/en> (última consulta el 25 de junio de 2019)

CONSEJO DE EUROPA. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, Estambul, 2011.

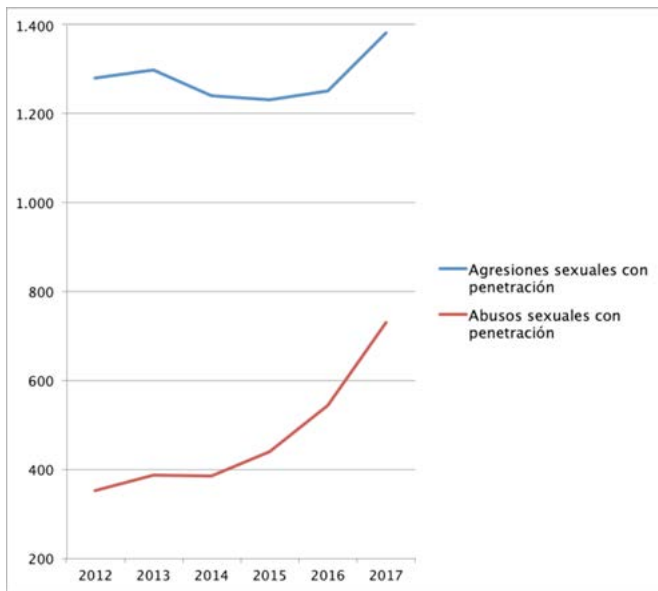
- EQUALITY NOW. The world's shame. The Global Rape Epidemic. How laws around the world are failing to protect women and girls from sexual violence, 2017, disponible en https://www.equalitynow.org/the_world_s_shame_the_global_rape_epidemic_how_laws_around_the_world_are_failing_to_protect_women_and_girls_from_sexual_violence (última consulta el 25 de junio de 2019)
- Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 297-1, de 20 de julio de 2018
- MINISTERIO DE INTERIOR. Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España. Gabinete de Coordinación y Estudios, Secretaría de Estado de Seguridad, 2017. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/0/Informe+delitos+contra+la+libertad+e+indemnidad+sexual+2017.pdf/da546c6c-36c5-4854-864b-a133f31b4dde> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- MINISTERIO DE INTERIOR. Infracciones penales registradas en CCAAs, provincias, islas, capitales y localidades con población superior a 30.000 habitantes. Gabinete de Coordinación y Estudios, Secretaría de Estado de Seguridad, 2018. disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/informe+balance+2018+4%C2%BA%20trimestre.pdf/fb51653e-77f5-44da-9d23-535dbf4b2edd> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- NACIONES UNIDAS. Handbook for Legislation on Violence against Women. United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, 2010, p. 24 disponible en <http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2012/12/handbook-for-legislation-on-violence-against-women> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- NACIONES UNIDAS. The Special Rapporteur on Violence against Women, 15 years of the United Nations Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences. 2009. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/15YearReviewofVAWMandate.pdf> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Los derechos de la mujer son derechos humanos, 2014. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-2_SP.pdf (última consulta el 25 de junio de 2019)
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe mundial sobre la violencia y la salud, Washington, D.C.: Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2003.
- SALUD MENTAL TE CREE. Carta abierta de los/as profesionales de la psicología y la psiquiatría al Ministerio de Justicia y a la ciudadanía, 2018 disponible en <http://comunicadosaludmental.blogspot.de/2018/05/carta-abierta-de-losas-profesionales-de.html> (última consulta el 25 de junio de 2019)
- TRIBUNAL SUPREMO. Comunicado sobre el fallo del TS N° Rec. 396/2019, de 21 de junio disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Comunicado-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-sobre-el-recurso-de-casacion-396-2019> (última consulta el 25 de junio de 2019)

UNICEF. A familiar face: violence in the life of children and adolescents. Nueva York: 2017. Disponible en https://www.unicef.org/publications/files/Violence_in_the_lives_of_children_and_adolescents.pdf (última consulta el 25 de junio de 2019)

VII. ANEXOS

ANEXO I

Gráfico que muestra el número de hechos conocidos de agresión sexual y abuso sexual con penetración en España desde 2012 hasta 2017:



Elaboración propia.

Fuente: Datos España delitos contra la libertad sexual. Ministerio de Interior, 2017, p. 7 disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/0/Informe+delitos+contra+la+libertad+e+indemnidad+sexual+2017.pdf/da546c6c-36c5-4854-864b-a133f31b4dde> (última consulta el 25 de junio de 2019)

ANEXO II

Tabla comparativa de los tres tratados internacionales de los sistemas regionales de protección y promoción de los derechos humanos que regulan

la violencia contra la mujer (por motivos de espacio, se trata de un resumen de sus disposiciones):

	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará)	Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Protocolo de Maputo)	Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia doméstica (Convenio de Estambul)
Fecha	1994	2003	2011
Definición	<ul style="list-style-type: none"> – Física, sexual y psicológica – Ámbito público y privado – Basados en el género 	<ul style="list-style-type: none"> – Física, sexual y psicológica – Ámbito público y privado – Violencia económica – Amenazas – Privación arbitraria de libertad 	<ul style="list-style-type: none"> – Física, sexual y psicológica – Ámbito público y privado – Violencia económica – Amenazas – Privación arbitraria de libertad – Basados en el género
Ámbito de aplicación	<ul style="list-style-type: none"> – Violación, maltrato y abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual – Ámbito doméstico (siempre que se «comparta o haya compartido domicilio») – Instituciones educativas, lugar de trabajo y establecimientos de salud – Conflictos armados 	<ul style="list-style-type: none"> Además de las anteriores, novedades: <ul style="list-style-type: none"> – Experimentos sin consentimiento, MGF, escarificación, matrimonios forzados – Instituciones educativas – Conflictos armados – Incluye a la niñas 	<ul style="list-style-type: none"> Además de todas las anteriores, novedades: <ul style="list-style-type: none"> – Crímenes en nombre del honor, violencia sexual sistémica, aborto y esterilización forzados – Ámbito doméstico («independientemente de que se comparta o haya compartido domicilio») – Conflictos armados – Incluye a las niñas

<p>Obligaciones estatales</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Prevención, sanción y erradicación: adoptar políticas, actuar con debida diligencia e incluir legislación – Evaluación de medidas: recopilación de datos que se pondrá a disposición de expertos – Reparación de daños a las víctimas – Protección de las víctimas: servicios y programas necesarios, refugios, cuidado de menores – Procedimientos legales justos y eficaces, juicio oportuno – Especial consideración en posibles situaciones de vulnerabilidad 	<ul style="list-style-type: none"> – Prevención, sanción y erradicación: adoptar políticas, actuar con debida diligencia e incluir legislación – Reparación de daños a las víctimas – Protección de las víctimas: rehabilitación, necesidad de apoyo en conflictos, escuelas y en cuanto a prácticas dañinas – Igualitario acceso a la justicia y órganos legales igualitarios – Especial consideración a mujeres ancianas, con discapacidades, embarazadas o en periodo de lactancia y en prisión 	<ul style="list-style-type: none"> – Prevención, sanción y erradicación: sensibilización, formación de profesionales, programas preventivos de intervención y tratamiento, participación del sector privado – Evaluación de medidas: recopilación de datos que se pondrá a disposición de expertos y el público en general – Reparación de daños a través de indemnización – Protección de las víctimas: medidas de protección ante nuevos episodios, servicios jurídicos, psicológicos, de alojamiento, búsqueda de empleo, información sobre las demandas aplicables, casas de acogida, guardias telefónicas, etc. – Procedimientos legales que cumplan una amplia lista de requisitos: sin demoras injustificadas, respuestas rápidas y eficaces de los cuerpos de seguridad, asistencia legal gratuita, etc.
--------------------------------------	--	---	---

Factor sociocultural	<ul style="list-style-type: none"> – Importancia de modificar patrones socioculturales que promuevan costumbres y estereotipos de inferioridad de la mujer. – Manifestación de relaciones históricas desiguales – Carácter transversal – Importancia de la educación – Medios de comunicación 	<ul style="list-style-type: none"> – Importancia de modificar patrones socioculturales que promuevan costumbres y estereotipos de inferioridad de la mujer. – Importancia de la educación – Medios de comunicación 	<ul style="list-style-type: none"> – Importancia de modificar patrones socioculturales que promuevan costumbres y estereotipos de inferioridad de la mujer. – Manifestación de relaciones históricas desiguales – Carácter estructural – Mecanismo de subordinación de mujeres – Importancia de la educación – Medios de comunicación – Sector privado y tecnología
-----------------------------	--	---	--

Elaboración propia. *Fuentes:*

- Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia doméstica, Consejo de Europa, en Estambul el 12 de abril de 2011. Ratificado por España el 10 de abril de 2014. Publicado en el BOE nº. 137, de 6 de junio de 2014, p. 42946-42976.
- Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Unión Africana, en Maputo el 11 de julio de 2003.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Organización de Estados Americanos, en Belem do Pará el 9 de junio de 1994.

Recensiones

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2019, 297 pp., ISBN 978-84-1324-518-8.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp561-567](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp561-567)

La obra colectiva que es objeto de recensión, coordinada por el Profesor Fernández de Casadevante Romaní (Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos), tiene el gran acierto de abordar dos de los desafíos más acuciantes para nuestro ordenamiento jurídico: por un lado, acomete la crucial cuestión de la inserción y consecuente despliegue de efectos de la norma internacional en el sistema de fuentes doméstico y, por extensión, las sinergias entre los órganos internacionales y nacionales en sus responsabilidades compartidas en la defensa de los derechos humanos; y, por otro lado y sobre todo, pone el punto de mira en el elemento esencial del sistema jurídico, que no es otro que la persona y el respeto de su dignidad como vector axiológico sobre el que pivota el conjunto del sistema.

Ese doble reto lo sintetiza acertadamente el coordinador de la obra en su presentación (pp. 9-13). Así, en cuanto al primero el Profesor Fernández de Casadevante, tras recordar la

creciente asunción de compromisos internacionales por parte de España desde el período constituyente que condujo a la aprobación de la vigente Carta Magna de 1978 y la indiscutible relevancia de los mandatos establecidos en sus artículos 10.2 y 96.1, subraya la incongruencia con dichos mandatos constitucionales al criticar que «a pesar de todo ello», tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo «se han negado a reconocer efectos jurídicos a los dictámenes de tales órganos de control alegando que no son obligatorios». Con respecto al segundo desafío, critica que «la consecuencia de semejante construcción (sus efectos) la pagaba, como es habitual, la víctima de la violación quien constataba cómo a pesar de haber obtenido una decisión de un órgano internacional de control en materia de derechos humanos cuya competencia había sido aceptada por España —declarando la violación en el caso concreto de los derechos invocados—, ese dictamen no solo quedaba sin ejecutar por el

Estado sino que, en el reverso de tal inejecución, la violación declarada por el órgano internacional permanecía sin corregir ni reparar» (p. 10).

A tal efecto, lamenta que «ha habido que esperar demasiado tiempo para empezar a revertir esa posición casi numantina de los órganos del Estado desconocedora del Derecho Internacional y de las consecuencias de la inserción de este en el ordenamiento interno» (p. 10), trayendo a colación la importante Sentencia n.º 2747/2018 de 17 de julio de 2018 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) sobre los efectos de un dictamen condenatorio para España del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Llama la atención igualmente el Doctor Fernández de Casadevante sobre la circunstancia de que esas reticencias han estado presentes con relación a los efectos de las resoluciones de los órganos internacionales de naturaleza jurisdiccionales, incluido significativamente el propio TEDH, mencionando *mutatis mutandis* el Auto de 5 de noviembre de 2014 dictado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo acerca de la viabilidad del recurso de revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo, lo cual condujo a la consiguiente modificación en 2015 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (pp. 12-13).

Presentados de tal suerte los mencionados retos, la obra se compone de ocho capítulos que se estructuran en tres partes que coherentemente se

centran, de modo sucesivo: primeramente (capítulos primero a cuarto), en ejemplos paradigmáticos sobre los efectos jurídicos de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional más significativos del sistema universal de Naciones Unidas y del Consejo de Europa; en segundo lugar (capítulos quinto y sexto), en ejemplos nacionales de la reticente e incorrecta reacción de los órganos del Estado ante dichas resoluciones internacionales, y, en tercer término (capítulos séptimo y octavo), en reflexiones sobre la insoslayable obligación de interpretación de conformidad con los compromisos internacionales sobre derechos humanos. Por lo demás, algunos de los capítulos presentan el interés adicional de verse respaldados, no solo por la experiencia investigadora de los autores, sino asimismo por su experiencia en el funcionamiento de los órganos internacionales analizados.

* * *

Como se avanzaba, la primera parte de la obra (bajo el título genérico «Introducción») integra realmente la mitad de sus capítulos (uno a cuatro), dedicándose los tres primeros a los órganos más emblemáticos sobre derechos humanos de la ONU y el cuarto a la instancia máxima de control de la Carta Social Europea del Consejo de Europa.

Concretamente, en el capítulo primero («Las comunicaciones individuales contra España presentadas en el Comité de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho español»), pp. 17-64), Valentín Bou Franch

(Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia) analiza pormenorizadamente las líneas jurisprudenciales del Comité de Derechos Humanos haciendo notar que, paradójicamente, un buen conocimiento de las interpretaciones de dicho Comité va de la mano de una correlativa ausencia de voluntad interna para cumplir con sus resoluciones. En particular, destaca el Profesor Bou que el insatisfactorio cumplimiento por España de los dictámenes del Comité «llega, incluso, a las medidas de garantía de no repetición recomendadas por el CDH. La principal causa de incumplimiento por parte de España del PIDCP identificada por el CDH es la inexistencia de la llamada «doble instancia penal». Contrasta mucho el buen conocimiento de la «jurisprudencia reiterada» del CDH evidenciado por la representación española al defenderse de comunicaciones individuales, con la ignorancia evidenciada en cumplir tardía e incompletamente la garantía de no repetición en estos casos» (p. 64). En cualquier caso, como concluye el Profesor Bou, la inexistencia de un recurso administrativo o procesal específico para dar cumplimiento a los dictámenes condenatorios emitidos por un comité de control de los derechos humanos no es óbice procesal, ni impedimento de ninguna clase, para el ejercicio, con posibilidades de éxito, de una reclamación patrimonial contra el Estado por mal funcionamiento de la Administración de Justicia.

A continuación, en el capítulo segundo («Los dictámenes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales y sus efectos jurídicos en España», pp. 65-97), Carmelo Faleh Pérez (Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria) pone el acento como punto de partida en la virtualidad de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución en conexión con los artículos 28 a 35 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, derivando de ello la inexorable obligada eficacia interpretativa de los dictámenes y de las observaciones finales y generales del Comité DESC para la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto DESC. Desde esta óptica, el hecho de que en España no dispongamos de un mecanismo adecuado para aplicar las resoluciones del Comité DESC (como él mismo ha lamentado) no es obstáculo para «recordar la necesidad de asegurar la coherencia entre la acción exterior del Estado de asunción de obligaciones convencionales y la actividad interna de los poderes públicos obligados como están, todos», además de recordar asimismo que en nuestra Constitución decidimos constituirnos como un Estado social y democrático de Derecho que ha hecho (a tenor del art. 10.1) de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes, del libre desarrollo de la personalidad, del respeto a la ley y a los derechos de los demás el fundamento del orden político y de la paz social (p. 94).

Seguidamente, en el capítulo tercero («El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia

de derechos humanos», pp. 99-123), Carlos Villán Durán (Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá de Henares y con más de dos décadas de experiencia como miembro de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra) efectúa un repaso a los nueve principales comités (órganos de expertos independientes) existentes en el seno de la ONU, a saber, además del CDH y del Comité DESC estudiados en los dos capítulos precedentes: el Comité para la eliminación de la discriminación racial, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, el Comité contra la tortura, el Comité sobre los derechos del niño, el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Comité contra la desaparición forzada. Con la excepción del Comité sobre los trabajadores migrantes y sus familiares, España ha aceptado la competencia de los otros ocho comités. Desde este punto de vista, la conclusión que alcanza el Profesor Villán Durán son contundentes: sin perjuicio de nuevas iniciativas legislativas en España que aseguren el reconocimiento en Derecho español «del valor jurídico de las decisiones de los comités de las Naciones Unidas, dichas resoluciones tienen el mismo valor jurídico que los tratados» y, «por tanto, tales recomendaciones deben ser aplicadas de buena fe por los Estados, lo mismo que los tratados» (p. 121), significando lo contrario «un preocupante déficit democrático, al ignorar

sistemáticamente los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos que han obtenido un reconocimiento internacional» (p. 123).

Completa esta primera parte de la obra el capítulo cuarto («La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales», pp. 125-167), en donde Luis Jimena Quezada (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia y ex Presidente del propio Comité Europeo de Derechos Sociales) pone el énfasis en el alcance vinculante de la jurisprudencia de dicho Comité y en sus crecientes perfiles jurisdiccionales, sobre todo a través de la visibilidad y eficacia de las resoluciones adoptadas en el marco del procedimiento judicial de reclamaciones colectivas. En tal línea, aporta ilustraciones concretas sobre el impacto real de las resoluciones del Comité en España, tanto de las conclusiones elaboradas en el contexto del sistema de informes (de preceptiva aceptación al asumir la Carta Social Europea de 1961, y pese a que España no haya ratificado todavía la versión revisada de 1996), como de las decisiones de fondo dictadas en el procedimiento de reclamaciones (a pesar de no haber sido aún aceptado por España ese mecanismo, dichas decisiones han inspirado la actuaciones de los órganos jurisdiccionales españoles —aplicando incluso el control de convencionalidad—). Como cierre del capítulo, el Profesor Jimena alude a las sinergias entre el Comité y el TEDH en el seno del Consejo de Europa, así como al papel de la Carta Social y a su Comité como baluartes de la interacción entre el Consejo de Europa y la UE para

dotar de efectividad a los derechos sociales (p. 166).

* * *

La segunda parte del libro (que lleva por rúbrica «La desacertada respuesta de los órganos del Estado») está compuesta por dos capítulos. Particularmente, el capítulo cinco («La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los comités de derechos humanos de Naciones Unidas», pp. 171-200) se introduce por Ana Gemma López Martín (Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid) con una lapidaria crítica al «hecho deplorable [de] que una persona sea víctima de la violación de alguno de sus derechos fundamentales por parte del Estado bajo cuya jurisdicción estaba en el momento de cometerse el ilícito. Pero lo es aún más que, una vez interpuesta una queja internacional contra el presunto Estado infractor –en este caso España– y determinado por el órgano de control que sí hubo violación, aquél se niegue a cumplir la decisión condenatoria» (p. 171). Semejante introducción viene coherentemente argumentada con una clara conclusión tras el examen de la doctrina del Consejo de Estado, que la Profesora López Martín considera «desatinada» en la medida en que hace «abstracción de las más elementales normas internacionales que son de aplicación, tanto respecto del Derecho de los Tratados, en general, como de los tratados de derechos humanos, en particular» (p. 198), además de fundarse esa doctrina del máximo órgano consultivo del Gobierno en dos postulados endebles

(que los dictámenes de los comités de derechos humanos no serían obligatorios ni constituirían una interpretación auténtica del tratado), lo cual se extrae simplemente de otra (débil) premisa mayor (que esos comités no son órganos judiciales).

Por su parte, en el capítulo seis («Las decisiones de los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas en el Derecho Español», pp. 201-233), Santiago Ripol Carulla (Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Pompeu Fabra) presenta las decisiones sobre España adoptadas dichos órganos (deteniéndose especialmente en el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), analiza la recepción de dichas decisiones a la luz de la información suministrada por el Gobierno de España en los informes periódicos, y se detiene en la actividad legislativa y la práctica judicial españolas (haciendo hincapié en la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 sobre el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer). Sobre este último punto, el Profesor Ripol concluye que esa importante sentencia, más allá del caso concreto, no resuelve las múltiples y complejas cuestiones que plantea la recepción de las decisiones de esos órganos universales de derechos humanos en el Derecho español, por lo que sería conveniente establecer un cauce que permita a la víctima exigir autónomamente esas decisiones sin obligarle a articular nuevos procedimientos administrativos o procesales al efecto (pp. 232-233).

Por último, los capítulos siete y ocho dan cuerpo a la tercera parte de la obra (titulada «La necesidad de una interpretación acorde con las obligaciones internacionales contraídas por España en materia de derechos humanos»). Así, en el capítulo siete («La obligación del Estado de reconocer y aceptar los efectos jurídicos de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos», pp. 237-277), el también coordinador del libro Carlos Fernández de Casadevante Romani articula una intensa crítica hacia el carácter reacio de los órganos del Estado a reconocer a tales decisiones internacionales los efectos jurídicos inherentes a la declaración de aceptación de dicha competencia por parte de España o a la manifestación del consentimiento a obligarse por los tratados que incluyen dicha competencia. Sus conclusiones en torno al carácter vinculante de dichas decisiones (p. 276-277) son claramente argumentadas en términos de una unidad del ordenamiento jurídico sustentada en bases constitucionales sólidas (al menos, de la aplicación conjunta de los arts. 1.1, 9.2, 9.3, 10.2, 95 y 96 CE) que imponen la coherencia con las obligaciones internacionales contraídas por España y su recepción en el ordenamiento interno, así como en el recurso a los principios del *estoppel* y *pacta sunt servanda*: «se desprende nítidamente la obligación a cargo de esos órganos del Estado de reconocer y otorgar efectos jurídicos a los dictámenes de esos comités, reparando la lesión producida por la violación del tratado que el dictamen declara» (p. 276).

Finalmente, en el capítulo ocho («Reflexiones sobre la ejecución en España de los dictámenes de los comités de control creados por los tratados sobre derechos humanos», pp. 279-297), Cesáreo Gutiérrez Espada (Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia) apunala de algún modo la conclusión que impregna el conjunto de los capítulos y de la obra, a saber, que cuando un Estado Parte en un tratado ha aceptado, formal, expresa y libremente, la competencia del comité para supervisar el respeto de los derechos humanos consignados en dicho compromiso internacional, «y en particular sus Dictámenes sobre las reclamaciones individuales, tengan o no formalmente la naturaleza de resoluciones judiciales», difícilmente pueden entenderse como manifestaciones de una interpretación no auténtica del tratado en cuestión. Por lo tanto, los órganos del Estado deben acatar no solo el texto del tratado, sino «también, las aclaraciones, interpretaciones y/o concreciones que del mismo hagan los órganos o Comités establecidos con tal fin y respecto de los que nuestro país ha aceptado formal, expresa y libremente, su competencia para hacerlo» (p. 297). El artículo 10.2 de la Constitución –agrega el Profesor Gutiérrez Espada– debería bastar como fundamento jurídico concreto, lo cual no impide considerar, en clave de seguridad jurídica, la adopción de medidas legislativas que faciliten el cumplimiento de nuestros compromisos internacionales y ser coherentes con el valor de los derechos y libertades fundamentales

que dan soporte a un Estado democrático.

* * *

En suma, el libro recensionado apuntala sobre bases sólidas e ilustra contundentemente el alcance de los mandatos constitucionales de los artículos 10.2 y 96 CE como exponentes del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos, lo que en última instancia refuerza el núcleo axiológico de la propia Carta Magna española de 1978 consignado en su artículo 10.1, esto es, el respeto de la dignidad de la persona. Por otra parte, si bien la obra radica analiza los órganos internacionales de derechos humanos de «naturaleza no jurisdiccional», tiene como valor añadido que sus conclusiones sean susceptibles de trasladarse a las instancias internacionales de derechos humanos de «naturaleza jurisdiccional» pues, como con acierto pone de manifiesto el Profesor Fernández de Casadevante en la presentación por referencia al TEDH, esa misma problemática acerca de los efectos jurídicos de las decisiones de esas instancias jurisdiccionales es reciente y todavía candente. Y, ciertamente, el discernimiento entre las fases de

interpretación y de aplicación de los compromisos internacionales se va diluyendo paulatinamente, incidiéndose más en la retroalimentación entre el estándar internacional y el estándar nacional en materia de derechos humanos y, consecuentemente, en la imbricación de los mandatos de los reiterados artículos 10.2 y 96 de la Constitución española.

Llegados a este punto, la obra colectiva reseñada resulta de consulta obligatoria tanto para juristas y profesionales del Derecho como para toda persona interesada en la promoción y defensa de los derechos humanos. En efecto, el libro no únicamente es expresión del creciente movimiento de internacionalización del Derecho Constitucional y de constitucionalización del Derecho Internacional, sino que, por la transversalidad de su temática, extiende su campo de interés a todas las disciplinas jurídicas, tanto desde una perspectiva académica como bajo un ángulo más pragmático que implica a todos los profesionales del mundo jurídico. Y, en fin, justamente por esa doble faceta transversal y práctica, la obra proyecta un indudable interés para todos los actores de la sociedad comprometidos en la protección de los derechos humanos.

Beatriz Tomás Mallén

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón

GARCÍA ROCA, Javier. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 217 pp., ISBN 978-84-1308-546-3.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp569-575](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp569-575)

El Profesor García Roca, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, nos ofrece un nuevo trabajo monográfico sobre el CEDH que le confirman como uno de los máximos expertos en nuestro país sobre el texto convencional del Consejo de Europa y, más ampliamente, de Derecho Constitucional Europeo. En efecto, en esta ocasión, «la transformación constitucional» del CEDH nos brinda un valioso material de consulta para el ámbito académico y para el terreno de la praxis jurídica, erigiéndose la obra en un exponente de lo que podríamos denominar (parafraseando la idea de jurisprudencia o interpretación «evolutiva» del TEDH) «doctrina constitucional evolutiva» sobre el CEDH y el TEDH.

En efecto, de un lado, el Doctor García Roca es autor de numerosos trabajos doctrinales y crónicas jurisprudenciales sobre la materia, pudiendo destacarse la coordinación (junto a Pablo Santolaya Machetti) del imprescindible comentario sistemático titulado *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* que, publicado por el Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales en 2005, ha tenido sucesivas ediciones, así como su excelente obra *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración* (Civitas, Madrid, 2010).

Y, de otro lado, el libro reseñado constituye asimismo una magnífica ilustración del creciente movimiento de internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional. Por lo demás, un elemento transversal que impregna el conjunto de la obra del Doctor García Roca radica en tener como hilo conductor esa cultura jurídica europea de los derechos humanos que cohesiona «open minded societies», como recuerda el propio autor en el Prefacio (p. 15) haciéndose eco de la expresión utilizada por el TEDH.

Con semejante filosofía, el autor defiende que la historia de España se asienta en la historia de Europa, también en lo que atañe al lenguaje de los derechos. Y, en este sentido, ese lenguaje que se plasma en el CEDH ha forjado un «ius commune» que no impide los «iura propria», de tal suerte que la transformación constitucional

del Convenio se sustenta en un nuevo entendimiento del pluralismo de ordenamientos jurídicos: más precisamente, el sistema convencional genera unas dinámicas de interacción de los ordenamientos nacionales con los ordenamientos supranacionales del Consejo de Europa y de la Unión Europea de forma que todos ellos acaban por manejar uso principios y derechos comunes» (p. 19).

Con estos planteamientos, la obra se estructura en seis capítulos centrales, que van coherentemente precedidos por el Prefacio y la Introducción y se cierran con la Conclusión. Mientras en la Introducción Javier García Roca retoma la relevancia de esa cultura y lenguaje de los derechos que ha avanzado en el Prefacio, incidiendo en su interés por profundizar en el funcionamiento real del sistema colectivo de garantía efectiva de los derechos y libertades instaurado por el CEDH como instrumento vivo y motor de construcción de una «Europa de los derechos», en la Conclusión apuesta por «el fortalecimiento del sistema» a través de la consolidación del CEDH como «un instrumento constitucional al servicio de la integración europea» (p. 215).

* * *

Con semejante aproximación, los tres primeros capítulos integran un bloque que tiene que ver con la propia instauración y el asentamiento del TEDH en un plano básicamente procesal. El primero de ellos (titulado «Los orígenes y la expansión de la jurisdicción europea», pp. 23-75) pone el foco de atención en las coordenadas traumáticas (tras la II Guerra

Mundial) en las que nació el Tribunal de Estrasburgo, sus principales reformas organizativas y funcionales (sobre todo, a través de los Protocolos nº 11 y 14, que comportaron la desaparición de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos para consolidar un único tribunal permanente y una configuración más exigente del filtro de la admisibilidad ante la sobrecarga de asuntos, respectivamente), el contrapeso de la subsidiariedad como un límite a la jurisdicción europea (mediante los ulteriores Protocolos nº 15 y nº 16), o el no menos difícil equilibrio en el marco de un sistema binario o dual de integración entre Consejo de Europa y UE que pasa por la todavía pendiente adhesión de esta última al CEDH tras el Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014 y la no menos compleja articulación entre el CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Pese a esos obstáculos y asignaturas pendientes, el Profesor García Roca subraya la creciente constitucionalización de la jurisdicción convencional, favorecida por un positivo diálogo judicial (del TEDH con los tribunales supremos de los Estados del Consejo de Europa -lo cual debería verse favorecido por las nuevas opiniones consultivas derivadas del Protocolo nº 16- y con otros órganos jurisdiccionales internacionales -especialmente con el TJUE y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin olvidar los parámetros universales derivados de las interpretaciones de los órganos de supervisión de los dos Pactos de 1966 y otros tratados de Naciones Unidas-). Todo

este intercambio de parámetros nacionales e internacionales propenden, según el autor, hacia una globalización de los derechos humanos en los que el «paradigma global» difumina una perniciosa fragmentación de estándares porque, en última instancia, arranca de un tronco común que no se detiene en las fronteras, sino que emana de una misma dignidad de la persona (pp. 73-74).

Por su lado, el capítulo segundo (rubricado «De una protección internacional al instrumento constitucional del orden público europeo», pp. 77-143) enfatiza, como idea central, la doble naturaleza del CEDH, que poseería «cuerpo de tratado» y «alma de constitución» (utilizando una expresión afortunada de Andrew Drzemczewski) por cuanto, aunque su creación responda «a la forma clásica de tratado», «se ocupa de una materia típicamente constitucional, los derechos fundamentales, que goza de supremacía constitucional. Son inevitables los solapamientos entre las normas del Convenio y las de las constituciones nacionales» (p.78). Esa idea nuclear se desglosa e ilustra, con abundante y sistematizada jurisprudencia, a través de las interesantes técnicas hermenéuticas desarrolladas por el TEDH en torno a las causas de inadmisibilidad (*ratio materiae, ratione temporis, ratione personae, ratione loci*, etc.) y sus excepciones (protección indirecta, violación continua, noción amplia de víctima, extraterritorialidad, etc.), sin pasar por alto la noción del margen de apreciación nacional y de subsidiariedad, el principio de proporcionalidad y otros criterios, así como las sinergias del

TEDH con otras garantías institucionales del propio Consejo de Europa y lo que el propio autor denomina -desde una nueva perspectiva- «la triple naturaleza del Convenio», esto es, su configuración original como tratado, su condición de garantía judicializada del acceso individual de las víctimas al modo de una jurisdicción constitucional, y su aptitud asimismo para devenir garantía del ordenamiento de la UE en virtud de diversas pasarelas (p. 87). Con estos mimbres, aludiendo a un principio de integración o de unidad funcional y una correlativa soberanía en transición, el Doctor García Roca concluye que esa correlación no es óbice para forjar un espacio convencional europeo de decisión sobre derechos, esto es, «un Derecho común que no impide los Derechos propios [y] facilita la caracterización del proceso» (p. 143).

A continuación, el capítulo tercero (con el título «Del filtro de la Comisión al acceso individual y directo de las víctimas y la adopción de medidas cautelares», pp. 145-160) realmente pivota sobre la revolución que provocó la instauración del TEDH y el reconocimiento de la legitimación activa del individuo (con extensión *ius standi* mediante el Protocolo nº 9 y *locus standi* a través del Protocolo nº 11), de tal manera que se ha sostenido, con independencia de otras competencias (asuntos interestatales o jurisdicción consultiva) que ello significó una transformación del Derecho Internacional (el individuo dejaba de ser mero objeto, para convertirse en sujeto), recogida en la nueva rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que nacía tras la

Segunda Guerra Mundial. Desde este punto de vista, nuevamente en clave constitucionalista, el autor arguye que ese recurso jurisdiccional individual «transformó la misma naturaleza de un instrumento de Derecho internacional, haciendo del acceso a la jurisdicción europea un auténtico derecho subjetivo con rango fundamental, aunque estuviera en un tratado y no en una constitución» (p. 145). En todo caso, el alto índice de inadmisión de demandas individuales (con un filtro tan exigente ante el TEDH como el del amparo ante nuestro Tribunal Constitucional) tampoco ha sido obstáculo para que el TEDH haya propiciado los acuerdos amistosos (siempre que se vean guiados por el respeto de la dignidad) y una interesante tutela cautelar (medidas provisionales) que ha superado las reticencias estatales, bien por haber utilizado con «self-restraint» la base habilitante al efecto del Reglamento (primero de la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos -art. 36- y luego del propio TEDH -art. 39-; en contraste con el sistema interamericano, en donde las medias cautelares están previstas en el propio tratado, esto es, en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, mientras en el sistema europeo siguen careciendo de base convencional), bien acudiendo al efecto útil conexo del art. 34 CEDH (entre otras, la STEDH *Olaechea Cahuas c. España* de 10 de agosto de 2006).

* * *

Los otros tres capítulos centrales (cuarto, quinto y sexto) compondrían un segundo bloque que, como complemento del primero (que pone

preferentemente el punto de mira en el acceso a la jurisdicción), acomete de alguna forma las otras dos facetas del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, las técnicas hermenéuticas que facilitan la adopción de una resolución motivada o fundada en Derecho (capítulo cuarto) y la consiguiente ejecución de lo resuelto (capítulos quinto y sexto).

Concretamente, en el capítulo cuarto (titulado «El crecimiento constante de los derechos protegidos y algunos derechos sociales», pp. 161-173) Javier García Roca efectúa un repaso sustancial a los derechos materialmente reconocidos y a su fuerza expansiva, que el TEDH ha desarrollado a través de distintas técnicas exegéticas (protección indirecta, conexa o «par ricochet» sustentada a su vez en la noción de obligaciones positivas y otras), imprimiendo al CEDH un dinamismo interpretativo (interpretación evolutiva) nada desdeñable y erigiéndolo de tal modo en un «instrumento vivo» que ha puesto de manifiesto la fuerza expansiva de los derechos convencionales. Ahora bien, el Profesor García Roca observa acertadamente los límites «ratione materiae» a esa «vis expansiva», por cuanto la doctrina de la famosa STEDH *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 acerca de las prolongaciones o implicaciones de orden económico y social de los derechos convencionales (básicamente, civiles y políticos) no ha podido erigirse en la panacea de una protección de los derechos sociales que, en cambio, cuenta con un instrumento específico, a saber, el complemento «natural» del CEDH en clave de indivisibilidad que es la

Carta Social Europea de 1961 (revisada en 1996), conocida como la verdadera «Constitución Social de Europa» que, a su vez, debe reforzar las vestes constitucionales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (sobre todo, pero no solo, los derechos que aparecen en el título referente a la «Solidaridad») y dotar de fuerza normativa al programático «Pilar Europeo de los Derechos Sociales»; por añadidura, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales se convierte inexorablemente en un canon constitucional europeo nada despreciable. Por lo demás, ese capítulo se completa con un interesante balance sobre los derechos convencionales más invocados y con mayor número de violaciones.

Seguidamente, en el capítulo quinto («De las sentencias declarativas al restablecimiento íntegro del derecho. Medidas de reparación», pp. 175-203) se apuntalan una serie de nociones tendentes a que la tutela judicial suministrada por el TEDH sea verdaderamente efectiva, exponiéndose con claridad la premisa de la fuerza obligatoria (con apoyo en el art. 46 CEDH) de las sentencias del TEDH (con su corolario relativo a la eficacia de cosa interpretada y la interpretación vinculante -puesto que el CEDH lo integra no solo el texto del tratado, sino asimismo la interpretación suprema llevada a cabo por el TEDH-, y teniendo presente la eficacia general y *supra partes* de esas sentencias más allá de los titulares o víctimas de los derechos protegidos). A renglón seguido, se explica el procedimiento de las sentencias «piloto» (introducido explícitamente mediante el Protocolo

nº 14, pero ya había sido introducida esa técnica en la práctica mediante la STEDH *Broniowski c. Polonia* de 22 de junio de 2004), la indemnización pecuniaria o compensación equitativa como modalidad reparadora más habitual en el sistema europeo (siendo mucho menor la variedad de medidas que en el sistema interamericano a efectos de una plena «restitutio in integrum»), los recursos internos de revisión para sentencias firmes o de reexamen en una especie de apelación (al margen del recurso de aclaración o petición de interpretación de una sentencia en el plazo de un año a tenor del art. 79 del Reglamento del TEDH o de la rectificación de errores de una decisión o de una sentencia en el plazo de un mes en virtud del art. 81 del mismo Reglamento) y una prospectiva sobre otras medidas individuales y generales. Estas, como se avanzaba y advierte el Profesor García Roca, son «mucho más amplias y pormenorizadas en Iberoamérica» (p. 197), pese a que en la evolución del sistema europeo, junto a la indemnización, se han abierto paso otras como la puesta en libertad, la reapertura de procedimientos judiciales, la práctica de nuevas investigaciones (no necesariamente judiciales, sino incluso a través de Comisiones parlamentarias), el reconocimiento público de la responsabilidad y petición de disculpas por parte del Estado, la restitución de la propiedad, el restablecimiento de contactos familiares, la reincorporación de personal funcional cesado contraviniendo el CEDH, o el cese de contaminación acústica. Y, por supuesto, desde esa óptica de transformación constitucional que sirve de referente transversal a

la obra, los casos individuales proyectan asimismo un control *in abstracto* cuando la medida reparadora conlleva el cambio de legislación nacional.

Finalmente, en el capítulo sexto («Del papel del Comité de Ministros al seguimiento judicial de la ejecución», pp. 205-214) se profundiza en la fase reparadora en el nivel europeo, escrutándose la supervisión cada vez más activa del cumplimiento por el Comité de Ministros (enfoque específico del sistema europeo, ajena al interamericano), sin perjuicio del papel creciente del propio TEDH reconocido a través del Protocolo nº 14. Por añadidura, ese mismo Protocolo introdujo en los apartados 3º y 4º del artículo 46 CEDH la posibilidad de una demanda de interpretación y de un recurso por incumplimiento (por ejemplo, la reciente STEDH *Mammadov c. Azerbaiyán* de 29 de mayo de 2019) a instancias del Comité de Ministros. Por último, el autor no elude unas necesarias reflexiones sobre el futuro del sistema de supervisión el cual, aunque siga conservando su naturaleza más política (por la intervención del Comité de Ministros) que jurisdiccional, ha ido confiando mayor protagonismo al propio TEDH, dejando a salvo ciertamente el impacto del control de convencionalidad ejercido por las jurisdicciones nacionales tomando como apoyo directo el CEDH a la hora de eventualmente descartar la aplicación de la normativa nacional disconforme.

* * *

Llegados a este punto, no resta sino enfatizar o subrayar dos aspectos de la obra reseñada del Profesor García

Roca que, a mi modo de ver, la convierten en texto de referencia y consulta insoslayables.

El primero, en el plano estricto de la excelencia investigadora, reside en ofrecer un material que responde perfectamente a las exigencias actuales de la protección multinivel de los derechos fundamentales, a cuenta de un riguroso análisis desde el Derecho Constitucional que, al tiempo, se hace eco de las modernas tendencias de europeización de los estándares constitucionales domésticos y, correlativamente, de constitucionalización de los parámetros europeos en el terreno de los derechos humanos. Bajo tal ángulo, de la obra recensada se desprende que, sin desmerecimiento de la concreta justiciabilidad eventualmente satisfecha por el TEDH en la «justicia del caso», lo fundamental es que el acervo común emergido de la jurisprudencia europea tenga un impacto transversal en el ámbito nacional, como vector de «constitucionalismo transformador» (en expresión utilizada asimismo por Armin von Bogdandy) en ese terreno doméstico.

En cuanto al segundo, tiene que ver con el espíritu que imbuje el conjunto del libro, que no es otro que la optimización de la acción protectora haciendo valer el principio *favor libertatis o pro personae*. Pues, como bien concluye el autor, el fortalecimiento del sistema del CEDH no consiste únicamente en su abstracta constitucionalización, sino en que esta propicia «una relación directa y cada vez más intensa del Tribunal con las víctimas de violaciones de derechos» (p. 215). Cabalmente, poniendo a la persona en el centro, como sujeto del Derecho

constitucional europeo, la aportación del CEDH y su lenta pero sólida constitucionalización, es la mejor forma «de edificar Europa y un *demos* europeo: una Europa de los derechos. La

larga y constante aportación del sistema del CEDH y del Consejo de Europa a la protección de los derechos fundamentales es una de las grandes obras de la Europa del Derecho» (p. 217).

Luis Jimena Quesada
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat de València

PACE, Lorenzo Federico. *Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2018, 184 pp., ISBN 978-88-6611-695-0.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp577-583](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp577-583)

El Doctor Lorenzo Federico Pace, Profesor de Derecho de la Unión Europea (UE) en la *Università degli Studi del Molise* (Italia), nos ofrece una monografía sólida y de lectura imprescindible para acercarse al régimen jurídico del euro y, como más específicamente reza el subtítulo y sirve de eje a la estructura de la obra en tres grandes capítulos: al nacimiento de la Unión Económica y Monetaria (capítulo primero), a su crisis (capítulo segundo) y a la respuesta dada por la propia UE (capítulo tercero).

Dicho lo cual, me parece pertinente avanzar la tesis central en torno a la cual gira el libro, que el Profesor Pace cifra en la idea de que el euro es un compromiso alcanzado entre Francia y Alemania en 1989 para proseguir el proceso de integración europea aceptando la reunificación alemana con la condición de la transferencia de competencia en materia de política monetaria, también alemana, a nivel europeo. Semejante opción y el consiguiente nacimiento del euro, por contradictorio que pueda percibirse, fue esencial para que Europa volviera a salir unida después de la crisis

financiera iniciada en 2008. En efecto, la política monetaria única a nivel europeo de Mario Draghi en interés de toda la eurozona (a modo de paraguas europeo contra la crisis) en lugar de la política del *Bundesbank* de la década de 1980 centrada en el exclusivo interés económico germano, habría salvado el proceso de integración europea. En otras palabras, el autor sostiene que, por complejo que pueda revelarse aprehender su tesis, el euro salvó a Europa en el crítico período de 2009 a 2013.

Por consiguiente, la investigación realizada por Lorenzo F. Pace adopta todavía perfiles más interesantes ante los acuciantes retos actuales para la Unión Económica y Monetaria (UEM), que no únicamente tienen que ver con otra crisis económica y financiera de enormes proporciones todavía imprevisibles (asociada a la crisis sanitaria y humanitaria provocada por el COVID-19), sino asimismo con episodios recientes que ponen en jaque el propio edificio institucional comunitario (con pronunciamientos como la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* -Tribunal Constitucional

Federal Alemán- de 5 de mayo de 2020 referente al programa PSPP – Programa de Compras del Sector Público– del Banco Central Europeo, un pronunciamiento desafiante para el Tribunal de Justicia de Luxemburgo –TJUE– y, por ende, para el propio proceso europeo de integración).

* * *

Con estas premisas, el primero de los tres capítulos lleva por título «El proceso de integración europea, el nacimiento del euro y de una (inestable) Unión Económica y Monetaria» (pp. 1-34). Y, en la línea de lo acabado de exponer, el Doctor Pace anticipa que, desde finales de 2009, la UE ha debido afrontar la crisis institucional (y económica) más importante desde su creación hace setenta años, una crisis que ha puesto en duda seriamente la supervivencia del mismo euro, del mercado interior y, en última instancia de la propia UE. Parecía, en cambio, que desde 2017 estaba mejorando moderadamente la situación de gran tensión económica-social del período de crisis cuando, lamentablemente, la crisis del COVID-19 ha truncado esa recuperación.

En estas coordenadas, el primer capítulo aborda los motivos histórico-políticos que determinaron el nacimiento del euro, la estructura jurídica elegida para creación (la UEM) y los límites jurídicos que tal elección presentaba para la organización de un sistema monetario «estable».

Con tal planteamiento, en un primer bloque se examina el recorrido hacia la creación de la moneda única, desde el colapso del sistema de «Bretton Woods» hasta el Tratado de

Maastricht. Y, en esa línea diacrónica, tras partir de la problemática preliminar de la relación entre Estado, moneda y «zonas monetarias óptimas», el autor nos acerca a los endebls mimbres de una zona euro que originariamente se atisbaba no solo «no óptima» sino incluso «inestable», de tal suerte que la idea clásica de soberanía (asociada, entre otros aspectos, a la acuñación de moneda) permite entender los motivos de la ausencia de una moneda única en el Tratado de Roma de 1957 o los primeros estudios para la creación de la moneda única (en particular, el «Plan Werner» de 1969). Tras la caída y salida de Alemania del sistema de «Bretton Woods» y, con ello, las tensiones entre monedas a nivel mundial y europeo, se decidió en 1978 merced a una iniciativa franco-alemana crea el Sistema Monetario Europeo (con el ECU en su interior) como paso necesario (con un informal «marco alemán» en el que Alemania ocupaba un rol central) para ulterior institución del euro. Para llegar a esa institución mediante el Tratado de Maastricht de 1992, de nuevo bajo impulso de un compromiso franco-alemán, el Doctor Pace efectúa un interesante repaso de las implicaciones previas articuladas por el Acta Única Europea (1986), el «Plan Delors» de 1989 como nuevo proyecto de moneda única y las críticas del *Bundesbank* a dicho proyecto pero, sobre todo, la ocasión histórica que relanzó ese proceso en ese mismo año 1989 con la caída del muro de Berlín, lo cual comportó la unidad de Alemania y la unificación europea como dos caras de la misma moneda. Fueron, ciertamente, momentos de gran ímpetu (incluidas

las previsiones de Alexandre Lamfalussy en 1989 con su contribución sobre «Macro-coordination of fiscal policies») para la negociación del Tratado de Maastricht y la posterior emanación del Pacto de estabilidad y crecimiento en 1997.

Sentados esos parámetros, en la segunda sección del capítulo primero se analiza detalladamente la estructura jurídica del euro asentada en la UEM, partiendo de su regulación originaria en los Tratados, tanto en lo que atañe a la Unión Económica (con coordinación de las políticas económicas nacionales, los procedimientos de supervisión multilateral o para evitar los déficits públicos excesivos, además de las normas de garantía del dogma «no transfer unión») como en lo atinente a la Unión monetaria (la finalidad y competencia, así como la organización institucional, del Sistema Europeo de Bancos Centrales -SEBC-. Desde esta óptica, el Doctor Pace se aproxima con perspicacia a la pretendida gobernanza independiente del BCE con relación a los Bancos centrales nacionales, es decir, el modo en que se sitúa el BCE en el vértice de la «red». Todo lo cual no está exento de un difícil discernimiento de las competencias normativas en materia de política económica y de política monetaria, lo cual ha derivado en tensos episodios durante la crisis de la Eurozona que se saldaron con dos importantes sentencias del TJUE (*Pringle* en 2012 y *Gauweiler* en 2015) cuya solución dibujaba las tenues fronteras de la respectiva legitimidad (europea y estatal) en el ejercicio de las competencias económicas y monetarias bajo el complejo paraguas

hermenéutico del principio de proporcionalidad.

* * *

En el central segundo capítulo, con la rúbrica genérica «La crisis de la Eurozona, la terminación de una Unión Económica y Monetaria (aparentemente) estable y los desarrollos de los que ella es precursora)» (pp. 35-136), el Profesor Pace acomete desde el punto de vista de su reconstrucción histórica como desde la perspectiva de las modificaciones normativas emanadas en el ámbito de la propia UEM, el modo de hacer frente a esa crisis de la Eurozona; por otra parte, con respecto a la concreta Unión Monetaria, se presta particular atención a la doble «crisis institucional» entre el *Bundesbank* y el Banco Central Europeo y entre el *Bundesverfassungsgericht* y el TJUE, a cuenta de la crisis del largo y complejo «caso SMP/OMT» (2010-2016), con las prolongaciones ulteriores que estamos viendo en clave de «guerra de cortes».

En este escenario, en el primer bloque de este capítulo se pone luz a los oscuros obstáculos de la crisis de la Eurozona, enfocada como una crisis de reglamentación que desembocó: en una primera fase caracterizada por el «descubrimiento» del «real» déficit griego (entre octubre de 2009 y agosto de 2010); en una segunda fase marcada por el acuerdo franco-alemán de Deauville y las crisis financieras de Irlanda y Portugal (entre septiembre de 2010 y junio de 2011); en una tercera fase que giró en torno a las discusiones de un «haircut» a la deuda griega y la larga secuencia de tensiones de la deuda pública italiana y española

afrontadas con la activación del «Securities Market Programme» (entre julio de 2011 y diciembre de 2012), sin olvidar la crisis de liquidez de los bancos y el programa «Longer-term refinancing operation» (diciembre de 2011) o el nuevo programa OMT («Outright Monetary Transactions», septiembre de 2012); y en una cuarta fase de gestión de los efectos del «haircut» a la deuda griega (febrero de 2012) y el primer «bail-in» (con sucesivo «bailout»), relacionado con la crisis chipriota (enero-junio 2013) y las modalidades del rescate acordadas entre la Unión, el FMI y el Gobierno de Chipre (acuerdo rechazado inicialmente por el Parlamento chipriota).

Seguidamente, el Profesor Pace procede en la sección segunda del capítulo a un examen pormenorizado de las modificaciones de la Unión Económica tras la crisis de la Eurozona, con la pretensión de ordenar sistemáticamente un complejo marco normativo articulado sobre la base de las ocho medidas de Derecho secundario o derivado emanadas durante la crisis (contenidas en el *Six-Pack* y el *Two-Pack*, dos paquetes normativos adoptados en 2011 y 2013, respectivamente) y de los dos tratados intergubernamentales (esto es, los dos recientes y controvertidos Tratados europeos en la materia, el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012, y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria firmado en Bruselas el 2 de marzo de 2012, esto es, MES y *Fiscal Compact*). Con esa ordenación sistemática, el autor persigue contrapesar

la complejidad y tecnicismo de esa normativa (subrayase, por tanto, una clara preocupación en términos de seguridad jurídica), para lo que acude asimismo al análisis de dos Comunicaciones de la Comisión Europea de carácter interpretativo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento que adquieren un significado relevante para la comprensión de los límites intrínsecos de la UE: la primera es la Comunicación de 2015 sobre la flexibilidad; la segunda es la Comunicación de 2016 sobre la «fiscal stance» u «orientación fiscal»; esta última, por cierto, para el Doctor Pace rememora, pero en modo diametralmente opuesto, lo sucedido en 1786 en Estados Unidos durante el período en el que George Washington pronunció la famosa frase «Influence is not Government» (p. 112). De hecho, el ejemplo de esa Comunicación sobre la «orientación fiscal», en ausencia de instituciones jurídicas formales, pone de manifiesto que el intento de la Comisión de mitigar la situación de inestabilidad económica y social en algunos Estados miembros revela una de las características de la Unión, a saber, ser una comunidad de «Estados competidores» entre ellos, es decir de una competición en el seno de una comunidad sin solidaridad recíproca en ausencia de explícitas obligaciones jurídicas (p. 113).

Completa ese central capítulo segundo una sección tercera que se dedica a las modificaciones de la Unión Monetaria tras la crisis de la Eurozona. En tal línea, el autor toma especialmente en consideración el desarrollo por parte del BCE del programa de tutela del ejercicio eficaz de la

propia política monetaria, esto es, el Programa SMP de 2010 (*Securities Market Programme*) y la sucesiva modificación a través del Programa OMT de 2012 (*Outright Monetary Transactions*). La profundización en dichos vectores de la Unión Monetaria aparece meridianamente argumentada por el Doctor Pace alrededor de los siguientes elementos: primeramente, por la fuerte tensión desencadenada a cuenta de dichos programas entre el *Budensbank* y el BCE primero, y entre el Tribunal Constitucional germano y el TJUE después; en segundo lugar, porque la emanación del Programa OMT por parte del BCE (y no por parte de los Estados miembros como debería haber sido), con la consiguiente oposición del Gobierno alemán, pone en solfa la mencionada comunidad de «Estados competidores» entre ellos mismos; en tercer término, porque la Sentencia *Gauweiler* del TJUE trae su origen de la primera e histórica formulación de una cuestión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán, que como postura inicial revelaba un enfoque de colaboración y de respeto del principio de autonomía del ordenamiento de la UE pero que, a la postre, ha tenido una prolongación negativa en la divergente y desafiante Sentencia de 5 de mayo de 2020 del Alto Tribunal alemán; en cuarto lugar y sobre todo, semejante «conflicto institucional» creado por el caso del Programa OMT entre Alemania y la Unión se revela útil «para comprender mejor la propia naturaleza jurídica de la Unión» (p. 115) a la vista de las dudas que siguen proyectándose sobre la solidez y la irreversibilidad del euro

y, quizá, sobre la misma credibilidad del proceso de integración europea (p. 136). Al hilo de estos episodios, el Profesor Pace efectúa nuevamente una sugerente histórica comparación entre el caso OMT y la «nullification crisis» de 1832 entre el Estado de Carolina del Sur y el Gobierno federal de los Estados Unidos de América (pp. 131-136).

* * *

El último capítulo, tercero, intitulado «Conclusiones sobre la crisis de la Eurozona y sobre el actual régimen jurídico de la Unión Económica y Monetaria» (pp. 137-155), el autor reflexiona sobre los aspectos críticos que todavía se ciernen sobre la disciplina de la UEM. Con tal espíritu, su balance puede resumirse en el difícil equilibrio entre una construcción económico-política acertada y una errónea reglamentación jurídica de la UEM. En lo que concierne al primer aspecto, la dinámica y los resultados de la crisis nos dan pie para reconocer la exactitud de la intuición, hace casi treinta años, de los entonces Canciller Kohl y Presidente Mitterrand; es decir, que la unidad alemana y la unidad europea eran, por necesidad, dos caras de la misma moneda y que, por lo tanto, para contener la fuerza económica y política de Alemania (especialmente después de la reunificación) fue necesario crear una Unión más cercana a través, entre otros objetivos, de la iniciativa franco-alemana para la introducción de la moneda europea común. A este respecto, el Doctor Pace tiene en mente las clarividentes palabras de Thomas Sargent («Fiscal crisis often produce political revolutions»)/«Las crisis fiscales a

menudo producen revoluciones políticas»), de tal manera que será necesario esperar para evaluar si la «revolución política» determinada por la «crisis fiscal» de la Eurozona es capaz de impulsar la UEM (incluida la creación de la Unión Bancaria en su seno) y, con ello, el propio proceso de integración europea (p. 138). Por lo que se refiere al segundo aspecto, es menester promover que la reglamentación de la UEM se asiente en una nueva estructura legal «revolucionaria» que consolide una auténtica «área monetaria óptima» pues, de lo contrario, nuevas crisis (y la actual del COVID-19 tiene sus claras prolongaciones económicas y monetarias y, consecuentemente, institucionales) son susceptibles de acrecentar los impulsos demagógicos hacia la «anti-política» y el «anti-europeísmo» (p. 154-155).

En definitiva, el Profesor Pace concluye que, en un momento histórico en el que muchas de las dificultades económicas y sociales del mundo se atribuyen a la globalización, la crisis de la Eurozona demuestra que ella no puede sencillamente atribuirse a esos vientos globalizadores, sino a los límites intrínsecos de la propia estructura de la UEM, la cual estimula dinámicas de dudosa legitimación democrática y potencialmente «anti-europeas» que a su vez generan una incapacidad de liderazgo para evitar una crisis institucional de la propia UE. Esas conclusiones cuentan con el sólido sustento de un nutrido aparato bibliográfico que pone colofón a la obra (pp. 157-184).

* * *

Llegados a este punto, no me resta sino enfatizar o subrayar dos aspectos

de la obra reseñada del Profesor Pace que, a mi modo de ver, la convierten en texto de referencia y consulta insoslayables.

El primero, en el plano estricto de la excelencia investigadora, reside en brindar un trabajo monográfico que responde perfectamente a las exigencias actuales de los estudios de Derecho de la Unión Europea. Efectivamente, el análisis del régimen jurídico del euro ofrece bases sólidas para fortalecer la UEM y, con ello, los propios pilares institucionales del conjunto de la Unión. Me explico: naturalmente, si el credo y *leitmotiv* de la construcción europea han puesto el énfasis y se han cimentado en la dimensión económica y monetaria, una crisis económica y financiera ponen en jaque la propia arquitectura institucional del edificio europeo. Y esto es especialmente peligroso si el choque de trenes deriva de un conflicto entre los garantes de la supremacía constitucional de los Estados miembros (cuando apuestan por un intergubernamentalismo europeo contrario a la esencia de una Unión supranacional) y de la primacía constitucional de la Unión: como botón de muestra, la ya citada Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 5 de mayo de 2020 sobre el programa PSPP, que obligó al TJUE a emitir el 8 de mayo de 2020 un comunicado de prensa (nº 58/20) recordando que «una sentencia dictada con carácter prejudicial por este Tribunal vincula al juez nacional», pues «solo sí puede garantizarse la igualdad de los Estados miembros en la Unión creada por ellos».

Criticado lo cual, la obra reseñada alerta sobre la necesidad de reformar las estructuras y dinámicas de la

propia UEM, para que una nueva crisis económica no se salde en una más general crisis institucional de la UE. Dicho de otra manera, la gestión de una crisis de la Eurozona y del conjunto de la UE no puede quedar a expensas de una configuración «todopoderosa» del BCE que, por ejemplo, dedique millones de euros a refinar a los bancos sin depender, ni de los Gobiernos ni de los electores de la Unión.

Y esta crítica, en clave de legitimidad democrática, tiene que ver con el segundo aspecto avanzado, o sea, que el conjunto de la obra del Doctor Pace está impregnado de una preocupación por generar una conciencia europea, de tal suerte que las dinámicas de la UEM y el régimen del euro no se olviden de la ciudadanía. Lo cual significa que la *fuerza de las cosas europeas* (de la *res publica europea*) bajo tutela del BCE y por la dinámica arrolladora de los mercados, no legitima relegar al *demos* a escala nacional (recordemos la dimisión y previa renuncia de Papandreu a efectuar consulta popular sobre el rescate en Grecia, la ausencia de convocatoria de elecciones en

Italia para la selección del primer Gobierno tecnócrata encabezado por Monti, o la decisión de los dos grandes partidos mayoritarios a la sazón de prescindir de las minorías parlamentarias para la reforma «expres» del artículo 135 de la Constitución española), o a nivel europeo (al margen de la celebración de elecciones periódicas al Parlamento Europeo desde 1979, la institución de un referéndum europeo no llegó a recogerse en Tratado de Lisboa, que se limitó a establecer la iniciativa ciudadana).

En suma y por tales motivos, el régimen jurídico del euro analizado en el libro debería forjar una conciencia monetaria que sea reflejo a su vez de una más amplia conciencia europea, en donde el euro se perciba efectivamente como un símbolo más de la UE (como la bandera, el himno, o el 9 de mayo como día de Europa). Solo así se superará el lamento del Jean Monnet de los últimos días cuando planteó que la construcción europea no debería haber relegado en sus orígenes los objetivos culturales frente a los prioritariamente económicos.

Luis Jimena Quesada
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat de València

ALONSO GARCÍA, María Nieves. *Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del Siglo XXI*. Dykinson S.L. Madrid, 2019, 197 pp., ISBN 9788413242132.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp585-586](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp585-586)

La editorial Dykinson ha publicado este trabajo de la profesora de Derecho Constitucional, María Nieves Alonso García, que lleva como título «Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del siglo XXI». La publicación nos brinda la posibilidad de conocer la tesis doctoral elaborada por la autora y dirigida por la profesora Esther Seijas Villadangos, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de León, quien, además, prologa el libro, donde señala el origen de este trabajo: «la preocupación de la autora por las pretensiones de celebrar un referéndum secesionista en Cataluña y su repercusión destabilizadora sobre el sistema constitucional español, y más aún sobre los propios pilares dogmáticos del mismo». La prologuista también adelanta uno de los méritos de este libro, el estilo depurado y culto que hace amena su lectura.

El trabajo se estructura en introducción, tres grandes capítulos y unas reflexiones finales. Además de la bibliografía la autora nos proporciona

unos útiles anexos donde recoge las fuentes legales y jurisprudenciales.

En la Introducción la profesora da cuenta de la «fatiga democrática» que vive nuestro país, que se manifiesta y trae causa, a su vez, en el deterioro que sufren nuestras bases democráticas. Por un lado la politización del Parlamento que ve difuminarse sus funciones parlamentarias y cuestionarse su representatividad. Por otro lado la preponderancia del Ejecutivo que acumula funciones y tareas del Legislativo, «como si el monopolio de la política terminará soldando los poderes que tanto costó separar», frase feliz literariamente y tan expresiva que no deja de producir gran preocupación. El trabajo utiliza un método «sincrético» al combinar análisis jurídicos y políticos.

En el Capítulo I «Parlamentarismo y crisis de la representación», a partir de un encuadre teórico, se describe la realidad de nuestro parlamentarismo y se analizan las causas que lo están arrastrando en una deriva presidencialista que se compadece mal con nuestra monarquía parlamentaria concebida sin los contrapesos de un auténtico presidencialismo.

El Capítulo II «Lectura contemporánea de las funciones del Parlamento» profundiza en el abuso de la figura del Decreto Ley y en las maniobras gubernamentales para zafarse del control parlamentario. Tras un análisis y propuesta de reforma de nuestro sistema electoral se ahonda en la función deliberativa del Parlamento y en la buena utilización de los medios de comunicación para difundir la actividad parlamentaria. Se aboga, finalmente, por propiciar la labor integradora y ejemplarizante del Parlamento en aras de la «consolidación de una cultura constitucional».

La interacción entre derechos de representación y participación es el objeto de estudio del capítulo III «Propuestas de lege ferenda de incardinación de la participación ciudadana en la representación parlamentaria», donde después de señalar y analizar críticamente, en un estudio exhaustivo, los mecanismos de participación, se proponen nuevas vías de participación que tienen en cuenta experiencias del Derecho comparado. Muy útil para el jurista es el estudio que se hace sobre la participación de los ciudadanos en el procedimiento legislativo, en particular en el ámbito autonómico. En el apartado III de este capítulo se exponen dos interesantes experiencias del Derecho comparado: las convenciones constitucionales y el referéndum revocatorio. Por último se

resaltan las posibilidades que para la democracia directa representan las nuevas tecnologías que tienen su reflejo en varias recomendaciones del Consejo de Europa y que abren el camino hacia el denominado «Parlamento abierto» fruto de la «ciudadanía electrónica».

Inmediatamente antes de las reflexiones finales, la autora nos ofrece unas propuestas de democracia parlamentaria que constituyen una interesante y valiente aportación. Para paliar la confusión que se está produciendo entre Parlamento y gobierno, e inspirándose en el modelo directoral suizo se propone un «órgano colegiado semiparitario». Aprovechándose de la irrupción de las tecnologías de información y comunicación se apuesta, una vez más, por un «Parlamento abierto» en el que se potencien las nuevas capacidades parlamentarias «en particular la capacidad de comunicación, la misión pedagógica e instructiva y la evaluadora».

En definitiva, el concienzudo trabajo de la profesora Alonso García expuesto tan ágilmente nos proporciona un instrumento de reflexión y análisis sobre «la conciliación de la democracia representativa y fórmulas de participación en la democracia representativa contemporánea» y nos ofrece interesantes propuestas, entre las que destaca la posibilidad del Parlamento *ciberabierto*.

Juan Luis de Diego Arias
UNED

GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo. *Régimen jurídico de los técnicos de prevención de riesgos laborales: obligaciones, garantías y responsabilidades*, Dykinson, Madrid, 2019, 249 pp., ISBN 9788413244952.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp587-589](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp587-589)

Quisiera comenzar esta recensión manifestando la satisfacción que supone para mí reseñar la reciente publicación del profesor García González, gran experto *iuslaboralista* con especial dedicación y larga trayectoria en el ámbito de la seguridad y salud laboral.

Se encuentra el lector ante la primera monografía que se dedica de forma exclusiva al análisis jurídico de los técnicos de prevención de riesgos laborales. Publicada por la prestigiosa editorial jurídica Dykinson, *Régimen jurídico de los técnicos de prevención de riesgos laborales: obligaciones, garantías y responsabilidades* aborda de forma integral los principales elementos que, desde una perspectiva jurídica, conforman el especial estatus de los trabajadores con funciones preventivas.

La relevancia que los técnicos de prevención tienen en nuestro modelo de prevención de riesgos laborales, sus especiales funciones y su singular posición en la empresa, convierten a este colectivo de trabajadores en uno de los pivotes sobre los que se articula

nuestro derecho de prevención de riesgos laborales. Esta relevancia, unida a la escasez de estudios sobre la materia, convierte a la obra que se analiza en un estudio esencial para comprender el alcance y contenido del derecho de la seguridad y salud en nuestro país.

El propio título de la monografía avanza los puntos básicos sobre los que se articula el análisis. De este modo, las obligaciones, las garantías y las responsabilidades de los *preventionistas* constituyen los componentes nucleares del estudio, que se estructura en cinco capítulos.

Los dos primeros capítulos se ocupan de examinar de forma detallada el marco obligacional de los técnicos de prevención. La ausencia de regulación expresa y sistemática sobre ese punto es resuelta de forma brillante por el autor. En este sentido, y partiendo de distintas normas, criterios técnicos y resoluciones judiciales y administrativas, el estudio elabora una sistematización de las principales obligaciones de los técnicos de prevención. Para ello, el autor parte de las escasas

obligaciones configuradas expresamente por la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, a las que denomina *supraobligaciones* instrumentales. Junto con ellas, y con base en las competencias atribuidas reglamentariamente, se desgranaron uno a uno todos los posibles deberes que pueden corresponder a los técnicos de prevención. Presentadas de este modo las obligaciones, se sostiene que estas pueden modularse en virtud de la autonomía de las partes. En relación con este extremo, se mencionan el plan de prevención, el contrato de trabajo (en sentido amplio) y la autonomía colectiva como fuentes de concreción de las obligaciones de los técnicos de prevención. El constructo que conforma el estudio en este apartado resulta coherente y dota de sistematicidad a una materia que, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico positivo, carece de ella.

El tercer capítulo examina de forma profusa y pormenorizada las distintas garantías que la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales otorga a los técnicos de prevención. Especialmente relevante se presenta la delimitación subjetiva de las garantías, analizando el estudio distintos supuestos controvertidos, así como su interpretación jurisprudencial. Similar interés se deriva del análisis que se efectúa de las concretas garantías de los técnicos de prevención desde un punto de vista material u objetivo. La traslación que hace el legislador de las garantías propias de la representación legal de los trabajadores, extendiéndolas a los técnicos de prevención, suscita distintos conflictos interpretativos que son

planteados y resueltos en este capítulo de forma sobresaliente.

Los dos últimos capítulos de la monografía se ocupan de examinar los distintos tipos de responsabilidades en los que pueden incurrir los técnicos de prevención. Se distingue a estos efectos la dimensión pública y privada de la responsabilidad para sistematizar el complejo diseño jurídico que nuestro ordenamiento dibuja en lo que atañe a las responsabilidades preventivas. Desde el ámbito público, se reflexiona sobre la inexistente responsabilidad administrativa de los técnicos y acerca de su responsabilidad penal. Atendiendo al ámbito privado, la responsabilidad civil y la responsabilidad disciplinaria laboral son examinadas con detenimiento y precisión, entresacando los principales problemas aplicativos que este tipo de responsabilidad comportan. Desde la óptica civil, se realiza una completa panorámica de los distintos supuestos en que este tipo de responsabilidad puede concurrir en los técnicos, distinguiendo su alcance en función de si la responsabilidad es frente a su empresario o frente a terceros, y dentro de la primera de las situaciones, diferenciando en atención a quien es el empleador del técnico, servicio de prevención ajeno u otro tipo de empresario. Respecto al ámbito laboral, mención especial merece el completo estudio que el autor realiza del convenio colectivo sectorial de los servicios de prevención ajenos.

En esta parte del estudio, el texto evidencia un claro dominio de la materia por parte de su autor, insertándose en caminos que se alejan del ámbito estrictamente laboral para profundizar en elementos propios del

ámbito civil y del penal. Ambos capítulos cuentan con una prolija jurisprudencia que va ilustrando el discurso y las distintas conclusiones que se van derivando del análisis. También se deslizan interesantes propuestas de *lege ferenda*, algunas de ellas no exentas de cierta polémica, pero sólidamente fundamentadas con argumentaciones jurídicas de peso.

La obra destaca por su facilidad y agilidad en su lectura, sin que ello suponga en ningún momento menoscabar la calidad y rigurosidad del análisis jurídico. La bibliografía empleada por el autor es extensa y recoge las principales aportaciones doctrinales que se han realizado sobre el objeto de

estudio. El rigor científico que demuestra el autor se acompaña de una practicidad en su análisis, que se evidencia en la numerosísima jurisprudencia que jalona todo el estudio; jurisprudencia que recoge los últimos pronunciamientos judiciales en todos los concretos aspectos que la obra aborda.

Se trata, en definitiva, de una monografía con un indudable interés teórico y práctico, que viene a cubrir de forma integral el vacío que hasta ahora existía en la doctrina *iuslaboralista* sobre una figura clave en nuestro sistema preventivo, como son los técnicos de prevención de riesgos laborales.

*Carmen Salcedo Beltrán*¹

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Valencia

¹ ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6529-2396>. ResearcherID: Z-5983-2019.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, 495 pp., ISBN 9788425918056.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp591-595](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp591-595)

1. Es una estupenda noticia la aparición de la monografía que ahora comentamos, pues consideramos necesario que los constitucionalistas asumamos como objeto de estudio las cuestiones de seguridad y defensa. Tradicionalmente estaban situadas en otros predios del conocimiento. Sin embargo, la calidad democrática y nuestro sistema público se beneficiarán, sin duda, del interés que les prestemos a tales ámbitos desde el Derecho Constitucional, que completarán con la óptica específica de esa rama jurídica otro tipo de estudios.

No podemos dejar de reclamar, como ya hemos hecho en diversos foros, lo imperioso que resulta que sea el Derecho Constitucional el que ofrezca las respuestas primigenias a la multitud de retos y amenazas de seguridad que en el siglo XXI presionan a las sociedades en las que vivimos (así lo manifestamos, por ejemplo, en la presentación del congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España de 2019, en Santiago de Compostela, dedicado a la «Seguridad y libertad en el Estado Democrático», presentación que se

puede ver en http://tv.usc.es/mmobj/index/file_id/6584). Uno de los elementos imprescindibles que debe actuar en el análisis, detección y reacción ante los desafíos de seguridad es, sin duda, la actividad de inteligencia. Una actividad cuya importancia ha crecido de forma exponencial a medida que se complicaba la seguridad internacional y se desarrollaban entornos de conflicto híbrido, terrorismo de nuevo cuño, mutaciones geoestratégicas, recomposiciones geopolíticas o la irrefrenable irrupción de la tecnología. De este modo, la inteligencia se ve obligada a sofisticar sus actuaciones y métodos, incrementando recursos y actualizando estructuras. Además, la evolución del concepto de seguridad, integral, heterogéneo y poliédrico (acercándose a nuevas dimensiones, como la seguridad natural o la seguridad humana, más allá de la seguridad nacional o seguridad ciudadana), refuerza la relevancia de la inteligencia, tanto como proceso, como actividad o como organización. Un nuevo paradigma de la seguridad, con nuevos enfoques, que

debe deslizar a su lado una inteligencia dinámica y compleja.

La toma de decisiones trascendentales, hoy en día, no puede realizarse sin inteligencia que aporte información analizada y depurada, la cual servirá para robustecer dicha toma de decisiones con un elemento preventivo inexcusable de cara al futuro. Y, al mismo tiempo, hay que reclamar en todo momento una inteligencia sometida al ordenamiento jurídico, rodeada de las pertinentes garantías para que esto siempre suceda.

2. El libro recensionado presenta cuatro grandes partes, precedidas de una introducción cuyo título es el del libro, lo que, precisamente, condensa parte de las ideas que acabo de exponer: la inteligencia y la seguridad como objeto constitucional. Con tales aseveraciones se sienta con firmeza una de las ideas clave de la obra, una idea que actúa al modo de predecisión de lo que después se desarrolla. Del mismo modo, también late como un postulado inicial la actual insuficiencia de la comunidad de inteligencia para afrontar la debilidad de los Estados ante la globalización, el desarrollo tecnológico y los riesgos.

La primera parte de la monografía se titula «Riesgo, seguridad, inteligencia y Derecho Constitucional». Se trata de un apartado heterogéneo, distanciado del resto, en el cual se parte de la sugerente idea de Ulrich Beck de sociedad del riesgo. Tal concepto aporta a nuestro autor la adecuada base epistemológica para desarrollar su discurso argumental. En este lugar también se efectúan unas reflexiones sobre el Derecho Constitucional de hoy, que necesita ir más allá de mera constitución normativa-estatal.

La segunda parte se dedica a reparar en nuestro país la organización de la inteligencia. El foco se centra en el Centro Nacional de Inteligencia (CNI), pero también se alude a otras entidades que conforman la comunidad de inteligencia, en el ámbito militar o policial, o en otros, como acertadamente también señala el autor. Asimismo, se incluye una referencia a nivel internacional y europeo. Parece que la creciente complejidad de la sociedad y del riesgo ha dado lugar a la propia parcelación y diversificación de la inteligencia como organización (en nuestro país destacan el CNI, el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas -CIFAS-, y el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado -CITCO-). Tras estas descripciones se da un paso más para afirmar que el reto de la inteligencia integral pasa por la colaboración, cooperación y coordinación.

La parte tercera se refiere a la actividad de inteligencia, estructurada en cuatro capítulos. Se alude aquí, desde la óptica de la inteligencia, a las estrategias de seguridad; al terrorismo y al crimen organizado; a otros ámbitos de interés (protección civil, infraestructuras críticas, sistema económico y ciberseguridad); y a la inmigración y a la desafección constitucional. Esta parte revela la trascendencia que la inteligencia atesora en este siglo XXI. Su éxito será el éxito de la sociedad, de su progreso y estabilidad. Su debilidad será también la debilidad del sistema público. Atrás debe quedar una visión vetusta en este tema, que reducía la inteligencia a los servicios secretos.

El control de la inteligencia es objeto de la parte cuarta. Allí se abordan

los temas del secreto y del control jurídico de la inteligencia, con especial referencia al CNI. La evolución del Estado en los últimos siglos reflejó el abandono de grandes parcelas de secreto en la actividad pública en favor de la publicidad. Sin embargo, permanecen relevantes zonas de secreto, sobre todo en el ámbito de la seguridad y la defensa, por lo que la cuestión sigue siendo polémica y necesitada de reformas legislativas. Además de ello, el control jurídico de la inteligencia presenta en España elementos propios, con un control judicial previo previsto en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del CNI, y concretado en la LO 2/2002, de 6 de mayo.

La obra se cierra con unas consideraciones finales, que incluyen cuatro conclusiones y un epílogo. Las conclusiones se rotulan de forma clara, a saber: una inteligencia integral, pero cada vez más amplia y compleja; a más expansión del secreto, mayor déficit de control sobre la inteligencia; la necesidad de un régimen jurídico sobre la inteligencia; y hacia una seguridad e inteligencia integrada en Europa. El epílogo se refiere a la relación entre inteligencia, corrupción y democracia.

3. La obra es, sin duda, ambiciosa. Avanza movida por una correcta pluma y un adecuado empleo de los formantes jurídicos (el doctrinal, el normativo y el jurisprudencial). Este planteamiento lleva a abordar un elevado número de cuestiones, tal vez demasiadas, pero que se resuelven correctamente, con reflexión y espíritu crítico.

Por momentos pueden parecer excesivos los elementos descriptivos, referidos, por ejemplo, a temas organizativos. Sin embargo, consideramos

oportuna tal forma de proceder pues la escasez de este tipo de trabajos en el ámbito de Derecho Público hace pertinentes tales aproximaciones descriptivas. Esto permitirá densificar nuestra base doctrinal y depurar los paradigmas y conceptos recibidos. El lector, por lo tanto, obtendrá elementos destacados para su formación y para la reconstrucción de una visión crítica del entendimiento actual de la seguridad.

Las páginas del texto propician el acercamiento entre la seguridad y la ciudadanía, que incluye un entendimiento ordinario y normalizado de la dinámica entre seguridad (e inteligencia) y libertad. Este éxito se consigue en la obra por el planteamiento sincero, valiente y sin prejuicios del que se hace gala en todo momento. El argumentario esgrimido discurre dentro de los límites y las exigencias del Estado Constitucional, lo que permite priorizar las garantías de los derechos fundamentales y la búsqueda de un control político y jurídico efectivo.

4. Las ideas-fuerza del libro poseen singular envergadura para el devenir que como sociedad democrática debemos articular en los próximos tiempos. Para ello se recurre, en varios momentos, a categorías que nos vienen de atrás, pero que debemos mantener operativas habida cuenta su carácter esencial en el Estado Democrático de Derecho.

En este sentido, el reto de la inteligencia integral es particularmente sugerente, pues así se podrán superar los problemas de los análisis parcelados o desconectados que impiden obtener las fortalezas propias de las actuaciones sinérgicas. Para ello es preciso institucionalizar la colaboración en

inteligencia. En este sentido, el autor alude a un auténtico reto organizativo para que la inteligencia deje de ser «una mera red de nudos para transformarse en auténtica comunidad, pues ésta requiere de una mayor sistematización orgánica y funcional» (p. 164). Y he aquí donde aparece la necesidad de avanzar en la colaboración, cooperación y coordinación. Sólo de esta forma la inteligencia podrá adaptarse de forma permanente a la actual realidad tan compleja y cambiante. La cuestión de fondo es perseguir la eficiencia en esta actividad, que también verá así incrementada su legitimación. La razonabilidad del sistema total pasa por la regulación a través de ley y por una necesaria especialización material y funcional correctamente articulada que evite solapamientos. En esta línea se mira de igual forma a Europa, con el deseo de que se construya una auténtica seguridad europea, a cuyo servicio esté una inteligencia igualmente europea.

También debemos resaltar cómo, en varios lugares, se liga la cuestión de la inteligencia con distintos aspectos que podrían parecer alejados de ella, al tiempo que se señalan los efectos positivos que una correcta articulación de aquélla supondría para estos. Así, se habla de la desafección constitucional (pp. 324 y ss.) o de la corrupción (pp. 429 y ss.). El tema de la desafección constitucional se conecta con el auge de las ideologías extremistas y radicales, y con la difícil posición del sistema constitucional para enfrentarse a los desafíos que trae de la mano la globalización. En este sentido, se ve en el libro que no sólo estamos ante colectivos antisistema sino también ante

grupos que usan y se integran en el sistema político pluralista. Esto es una amenaza para el pluralismo y para los derechos y libertades de la ciudadanía. La respuesta a esta problemática se hace acudiendo a categorías iuspublicistas de impronta germana, como la democracia militante, la lealtad o el patriotismo constitucionales. En el fondo, hay que afrontar una delicada paradoja, que esquematiza así Sánchez Barrilao: «la paradoja y el reto de cómo y hasta dónde puede un Estado controlar la calidad democrática ontológica en el ejercicio de derechos y libertades formalmente respetuosos del orden constitucional, y si en el control caben instrumentos de información e inteligencia públicas que permitan prevenir amenazas para la propia pervivencia (...) de la esencia constitucionalista del sistema político» (p. 331).

Y de igual forma, una de las cuestiones esenciales en la obra es un conjunto de propuestas de reforma normativa. En este sentido, se refiere a la recomendable modificación del régimen jurídico del secreto (sobre lo cual el autor también insiste en el núm. 44 de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*). La Ley 9/1968, de 5 de abril, de secretos oficiales, sigue siendo la referencia clave en un tema que requiere de una vez por todas *aggiornamento*. En este sentido, sorprende la falta de coordinación de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con la normativa de secretos oficiales. Además, la clasificación como secreto de una cuestión no debe significar inmunidad al control jurisdiccional (en esta línea está la STC 31/2014 -FJ 6-, que sigue la doctrina marcada por el

TEDH en el caso de 1996 *Chahal c. Reino Unido*). El secreto no puede impedir *per se* el acceso efectivo a la tutela jurisdiccional. El llamado por Bobbio «poder invisible» no puede ser una coartada que mengüe un estándar aceptable de control.

En esta línea, también se reclama la reforma del control judicial previo del CNI, que se limita a las entradas en domicilios e intervenciones telefónicas, según establece la citada LO 2/2002. Lo oportuno hubiera sido extender tal control, de igual forma, a otros derechos fundamentales. Aquí hay varias dificultades jurídicas de interpretación, como la difícil delimitación en actuaciones preventivas de los sujetos potenciales a los que se aplicarán medidas limitativas.

Y, asimismo, se alude a la reforma general de la regulación de la inteligencia, lo que podríamos tildar como un paso necesario para avanzar en la sociedad democrática avanzada que se cita en nuestro preámbulo constitucional. Este cambio debería enfocarse como una lógica consecuencia de la actual extensión de la actividad de inteligencia. En idéntica línea el autor apunta que la seguridad requiere «no sólo de una profundización constitucional en su fundamentación», sino también de mayor «exigencia jurídico-normativa al penetrar en ámbitos especialmente delicados para los derechos y las libertades» (p. 423). En todo caso, los riesgos y amenazas debemos afrontarlos desde la normalidad

constitucional, no desde la excepción, como también hace el autor siguiendo en parte a Ackerman (pp. 80 y ss.). Así se postulan estos cambios frente a las necesidades organizativas, funcionales y de control que manifiesta la inteligencia. Más en concreto, se cita la oportunidad de establecer un marco legal básico de la inteligencia española para su organización, actividad, intervención en derechos fundamentales, y control político y jurídico. El Derecho Comparado puede inspirar tal labor.

Al margen de lo dicho, otro elemento que estimamos destacado en el libro es la atención que se presta a los documentos estratégicos españoles, sobre todo a la vigente Estrategia de Seguridad Nacional, de 2017. Es habitual en el ámbito jurídico público no tener en consideración tales documentos, a pesar de la importancia práctica que tienen en el devenir del sistema público. Además, es una práctica habitual en la OTAN, que predetermina políticas públicas y compromisos en la escala internacional.

5. En fin, una obra de sumo interés, hecha con rigor y solvencia, en un tema que tendremos que seguir vigilando y analizando desde el Derecho Constitucional, abocados a la nueva dimensión que le aporta la llamada inteligencia estratégica y la ciberinteligencia. El futuro, si cabe, se nos muestra a los estudiosos como apasionante, aunque jalonado de dificultades. Este libro será una referencia imprescindible en tal esfuerzo.

José Julio Fernández Rodríguez

Profesor titular de Derecho Constitucional
Director del Centro de estudios de Seguridad (CESEG)
Universidad de Santiago de Compostela

GARCÍA ROCA, Javier. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Civitas, Madrid, 2019, 217 pp., ISBN 9788413085487.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp597-601](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp597-601)

El sistema regional de protección de los derechos humanos estatuido en torno al Consejo de Europa ha experimentado una transformación sustancial, que ha superado con creces los modestos objetivos de partida. En su reciente obra, el profesor García Roca da cuenta de esta evolución, haciendo una completa exposición acerca de dichas transformaciones a lo largo de seis capítulos.

En el primero de ellos, titulado «Los orígenes y la expansión de la jurisdicción europea», se evocan los orígenes históricos del Consejo de Europa, así como las dudas iniciales surgidas respecto de la naturaleza del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Las dificultades en el establecimiento y asentamiento del sistema no fueron menores: habiendo sido dictada la primera sentencia en 1961, el autor identifica varias fases posteriores en su evolución: una fase durmiente, una segunda fase de consolidación del Tribunal y, finalmente, la convalidación del CEDH como una auténtica carta de derechos individuales. Las reformas procesales han tenido una

relevancia destacada para aumentar la operatividad y asegurar el buen funcionamiento del sistema, avicinándose, a juicio del autor, una cuarta fase caracterizada por nuevas modificaciones organizativas para evitar que la ingente cantidad de asuntos que llegan al Tribunal provoquen su colapso.

La importancia del Convenio ha conducido a su consideración por el Tribunal como un *instrumento constitucional del orden público europeo*, aunque la admisión de su naturaleza cuasi constitucional, como se indica, no resulta pacífica. Algunos Estados siguen mostrándose reticentes, pese a que la tendencia homogeneizadora ha acercado las distintas realidades nacionales. En esta línea, las reivindicaciones de subsidiariedad ante los avances del sistema han conducido a la celebración de nuevas Conferencias de Estados, y en ocasiones se han apreciado pugnas en aras de una autocontención del Tribunal.

Una autocontención también requerida por la ausencia de armonización plena entre los instrumentos normativos europeos en materia de derechos, agravadas por la postura del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea que, a juicio del profesor, «exacerba la autonomía del ordenamiento comunitario y adolece de falta de empatía constitucional», impidiendo el desarrollo de los demás ordenamientos. Esta falta de flexibilidad apreciada, sustentada a su juicio sobre argumentos poco convincentes, obliga al mantenimiento de un sistema binario ante la imposibilidad de la adhesión de la Unión Europea al Convenio.

Los solapamientos entre los sistemas, por tanto, han conducido a la creación de pasarelas e interacciones entre los órganos jurisdiccionales, habiendo resultado importante la deferencia recíproca y el denominado «diálogo entre tribunales», fenómeno respecto del cual el autor ha venido manteniendo unas interesantes tesis desde el año 2012 que aún cuentan con plena virtualidad, y que giran en torno a una concepción poco formalista del diálogo que permite su utilización por los operadores jurídicos de tan diversos ordenamientos. Un diálogo que, como se señala, sirve para reforzar la legitimidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de modo que el recurso al mismo se torna implícitamente obligatorio.

El último de los retos señalados en el primero de los capítulos hace referencia a la sobrecarga de asuntos para el TEDH, evidenciándose problemas estructurales en algunos Estados. Es frecuente escuchar la expresión que señala que el sistema puede terminar por «morir de éxito», teniendo en cuenta la amplia legitimación, el acceso directo de las víctimas y el número de Estados miembros del Consejo de Europa, que acogen a 800 millones de personas.

Ante esta circunstancia, el autor reflexiona sobre las dificultades de la dispensación de justicia individual, mostrándose partidario de la constitucionalización de la jurisdicción convencional, con la que ya contribuyen las nuevas opiniones consultivas implementadas con el Protocolo 16 (aún no ratificado por España), que permiten «el examen directo y general de las leyes que interfieren en los derechos, en vez de hacerlo únicamente caso a caso y sentencia a sentencia». Las dudas se plantean en torno a la articulación de las cuestiones de inconstitucionalidad, la cuestión prejudicial ante el TJUE y las opiniones consultivas ante el TEDH.

Por lo que respecta al capítulo segundo, titulado: «De una protección internacional al instrumento constitucional del orden público europeo», hace referencia a la labor pretoriana del Tribunal, que en ocasiones conduce al surgimiento de «mutaciones convencionales». El propio Tribunal ha ido construyendo también obligaciones positivas para los Estados, reforzando la vertiente garantista del sistema, y acogidas gracias a la apertura de las constituciones nacionales y la obligación del respeto de las obligaciones asumidas internacionalmente, en un contexto en el que, a juicio del autor, las teorías escalonadas del Derecho ya no resultan lo suficientemente satisfactorias.

Resultan de interés las evidencias expuestas que nuevamente ponen de manifiesto la tendencia a la constitucionalización del tribunal: de un lado, por la labor de tutela de derechos que tiene encomendada, y de otro por el constante recurso a principios

empleados tradicionalmente por los tribunales constitucionales, tales como el de proporcionalidad, el de protección efectiva, el democrático, el de legalidad o el test del justo equilibrio entre los intereses públicos y privados.

Una buena parte del capítulo segundo se dedica al «margen de apreciación nacional», analizado con profundidad por García Roca en una obra anterior, pero bien sintetizado en la presente. Este margen, basado en la deferencia respecto de la discrecionalidad de los Estados, conduce a una autolimitación del Tribunal ante la presencia de distintas sensibilidades nacionales de índole religiosa, moral o social. Especificidades nacionales que, como se manifiesta, dificultan la fijación de criterios homogéneos en su aplicación. El autor considera que es un instrumento inevitable, pero que ha de ir acompañado de una motivación. También sería deseable, añade, que se den «razonamientos judiciales más previsibles, que garanticen unas deseables dosis de certeza de las decisiones europeas», pese a las dificultades derivadas de la necesidad de valorar factores diversos, señalándose entre otros la falta de un consenso europeo, la naturaleza del derecho en juego, las distintas sensibilidades nacionales o la importancia de alcanzar un equilibrio entre los intereses generales y los individuales.

Por lo que respecta a la nueva tesis del procedimiento razonable de decisión, el autor considera que no hay que desecharla por completo, pero la calidad democrática en la elaboración de una norma por un Parlamento nacional no garantiza que no se vayan a

violar derechos. Calidad democrática no siempre implica, de acuerdo con su postura, un resultado garantista.

En el capítulo tercero, titulado «Del filtro de la comisión al acceso individual y directo de las víctimas y la adopción de medidas cautelares», se recalca la importancia del acceso directo de las víctimas, que existe desde hace poco más de dos décadas, habiendo tenido resultados muy positivos para fortalecer y legitimar a la jurisdicción de Estrasburgo. Un recurso individual que, pese a ser el protagonista, no monopoliza las competencias del Tribunal, que también se extienden, de un modo mucho más tímido, a la resolución de asuntos entre Estados o al ejercicio de una competencia consultiva menos intensa que la del Protocolo 16.

Resulta interesante la referencia a las dificultades planteadas dadas las asimetrías en las regulaciones de los mecanismos de protección: algunos Estados carecen de un recurso de amparo, y otros presentan catálogos nacionales en los que no se da una correspondencia entre los derechos fundamentales y los derechos convencionales. Estos problemas han ido sorteándose satisfactoriamente por el TEDH, aunque una solución óptima pasaría, tal y como se expone en este punto, por la acomodación de las regulaciones internas a los estándares de Estrasburgo.

Por lo que respecta a las medidas cautelares, a las que se dedica la última parte del capítulo, no aparecían contempladas en el Convenio y se establecían a partir de una práctica informal entre la Comisión y los Estados, hasta que el Tribunal optó por

establecer su obligatoriedad a partir del año 2005, hecho que generó críticas de activismo. En la actualidad, al menos, están recogidas en el Reglamento del Tribunal.

En el capítulo cuarto, titulado: «El crecimiento constante de los derechos protegidos algunos derechos sociales», se hace alusión a la fuerza expansiva de los derechos convencionales, que permiten una adaptación del Catálogo a los requerimientos que el tiempo impone. Por lo que respecta a la aparente separación entre derechos civiles y sociales, estos no son departamentos estancos y en muchas ocasiones se requieren actividades prestacionales para que los derechos civiles gocen de plena virtualidad. Por este motivo, la férrea separación entre los mismos ya ha comenzado a resquebrajarse, observando el autor una tendencia mayor a la tutela indirecta de los derechos sociales.

En el capítulo quinto, con el título «De las sentencias declarativas al restablecimiento íntegro del derecho. Medidas de reparación», se pone de manifiesto la importancia de los pronunciamientos del TEDH, que han reforzado su obligatoriedad y cuentan con eficacia de cosa interpretada y general. Estas circunstancias podrían acompañar a una progresiva objetivación del amparo europeo, evitándose que la labor del órgano sea equiparada a la de un Tribunal de apelación, concentrándose este en la fijación de estándares y principios que sirvan de guía a los tribunales nacionales.

Con el propósito de orientar a las autoridades nacionales se ha implantado, precisamente, el procedimiento de las sentencias piloto, una vez más

vinculadas con la tendencia hacia la constitucionalización, y encaminadas a paliar el exceso de asuntos a los que se ve abocada a conocer, en este caso ante violaciones sistemáticas de derechos por parte de un Estado. Este tipo de sentencias refuerzan, por otro lado, la subsidiariedad, siendo muy positivas para el autor porque evitan que el TEDH descuide la ejecución de sus sentencias y contribuyen con el afianzamiento de la eficacia, obligatoriedad y autoridad de sus pronunciamientos.

Por lo que atañe al resarcimiento de las víctimas, la obra hace alusión a sus distintas posibilidades: un reconocimiento de la violación puede ser, en algunos casos, suficiente. Es frecuente la imposición de sanciones pecuniarias, y el sistema ha ido evolucionando, como se aprecia en este capítulo, hacia una plena *restitutio in integrum* con la implementación de un elenco variadísimo de medidas atendiendo, como no pudiera ser de otra manera, a las circunstancias particulares del caso. La evolución del sistema se aprecia nuevamente en este sentido, ya que el TEDH ha ido imponiendo medidas cada vez más ambiciosas que han llevado, incluso, a la necesidad de llevar a cabo modificaciones legislativas, jurisprudenciales y, en último término, constitucionales por parte de los Estados.

Finalmente, en el capítulo sexto, bajo el título: «Del papel del comité de ministros al seguimiento judicial de la ejecución», se concluye poniendo de manifiesto la existencia de una transformación que ha redundado en una mayor eficacia y transparencia en la ejecución de las sentencias, con la

que contribuyen también los tribunales nacionales incorporando la doctrina y jurisprudencia de Estrasburgo a sus elementos de juicio. Además, el Tribunal ha comenzado a asumir tareas en aras a la ejecución de las sentencias, complementando la labor del Comité de Ministros.

En definitiva, el sistema se ha ido fortaleciendo progresivamente. El Convenio dista mucho de ser un mero tratado internacional, y el TEDH cuenta con una *auctoritas* muy marcada que ha ido aumentando progresivamente su legitimidad. Las transformaciones expuestas en la obra conducen al lector a constatar que,

efectivamente, se ha producido una progresiva transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una transformación que ha de ser vista con optimismo ya que, pese a los defectos señalados en la obra relativos a la sobrecarga de asuntos, las resistencias de algunos Estados y las fricciones entre órganos jurisdiccionales se ha ido consolidando, en palabras del autor, un *ius commune* europeo. Un espacio jurídico de los derechos enriquecido por los Estados, cada vez más garantista y que logrará hacer frente de un modo satisfactorio a los grandes retos que se avecinan.

Juan Álvarez Suárez

Doctorando en Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO*
COLABORAN / THIS ISSUE INCLUDES
CONTRIBUTIONS FROM:

José Manuel CABRA APALATEGUI es Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Málaga (España).

Talya UÇARYILMAZ is Professor in Oxford Institute of European and Comparative Law & Bilkent University, Faculty of Law (United Kingdom).

Vlastislav STAVINOHA is Lawyer, Legal Department, State Institute for Drug Control (Czech Republic).

Deborah GARCÍA MAGNA es Profesora colaboradora de Derecho Penal en la Universidad de Málaga (España).

Solomon FERNANDO LUMBA is Assistant Professor of College of Law in the University of the Philippines (Philippines).

Xabier EZEIZABARRENA es Profesor de Derecho medioambiental en la Universidad del País Vasco y en la Universidad de Deusto (España).

Dan Kevin MANDOCDOC CASTRO is Ph.D (cand.) in University of Malaga and Assistant Professor of ADMU's School of Law (Philippines).

Jon LÓPEZ GOROSTIDI es Investigador predoctoral y Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Deusto (España).

Ángel B. GÓMEZ PUERTO es Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba (España).

Roberto CRUZ PALMERA es Profesor Doctor (LL.M.) en la Universidad Autónoma del Caribe, Barranquilla (Colombia).

Antoni ABAT I NINET is Professor Constitutional Law in University of Copenhagen (Denmark).

M.^a Isabel GARRIDO GOMEZ es Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alcalá (España).

Laura FLORES ANARTE es Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla (España).

- Marisol LUNA LEAL es Profesora en la Universidad Veracruzana (México).
- David MARTÍN HERRERA es Profesor de Derecho constitucional en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España).
- María Dolores MONTERO CARO es Profesora Doctora del Área de Derecho Constitucional en la Universidad de Córdoba (España).
- Clara SOUTO GALVÁN es Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos (España).
- Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla (España).
- Itziar ALTUZARRA ALONSO ha sido galardonada con el premio Juan Churruca al mejor Trabajo de Fin de Grado en Derecho (2018/19).
- Beatriz TOMÁS MALLÉN es Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universitat Jaume I de Castellón (España).
- Luis JIMENA QUESADA es Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia (España).
- Juan Luis DE DIEGO ARIAS es Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (España).
- Carmen SALCEDO BELTRÁN es Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Valencia (España).
- José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUES es Profesor titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de estudios de Seguridad (CESEG) en la Universidad de Santiago de Compostela (España).
- Juan ÁLVAREZ SUÁREZ es Doctorando en Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo (España).

Cada autor es responsable de sus asertos y opiniones. *Estudios de Deusto* solamente de que el valor científico de sus trabajos les merece ser publicados.

REVISTA ESTUDIOS DE DEUSTO

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de Estudios de Deusto publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho público.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana o inglesa, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: <revistaestudios@deusto.es>
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico, teléfono de contacto y en su caso el identificador de orcid.
 - La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
 - El texto del trabajo irá precedido de un breve sumario de las diferentes partes en que esté estructurado el trabajo en castellano o en inglés dependiendo del idioma en que esté redactado el trabajo.
 - Igualmente se incluirá una propuesta de título en inglés (si el trabajo se presenta en idioma castellano) o en castellano (si el trabajo se presenta en idioma inglés).
 - El trabajo deberá incluir en la última página un listado completo de las referencias bibliográficas empleadas.
 - La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), tamaño DinA 4.
 - Los párrafos estarán en interlineado sencillo (1), justificado y primera línea sangrada en un tabulador.
 - Ejemplo:
«La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) ha sido la operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y ...»
 - El tipo y el tamaño de la letra será Times New Roman 12. En las notas a pie de página el tipo y tamaño de la letra será de Times New Roman 10.
 - El título del artículo en Times New Roman 14, mayúscula, negrita y centrado.
 - Ejemplo: **LAS CAUSAS DE CONEXIÓN PENAL**
 - Los títulos de los distintos apartados:
 - Primer rango de apartado: Times New Roman 12, mayúscula y negrita.
 - Ejemplo: **I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS**
 - Segundo rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y negrita.
 - Ejemplo: **1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva**
 - Tercer rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y cursiva.
 - Ejemplo: *1.1. La llamada conexión objetiva o instrumental*
 - Cuarto rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula.
 - Ejemplo: 1.1.1. La conexión subjetiva
 - Los siguientes rangos de apartados si fuese necesario en Times New Roman 12, minúscula y precedidos primero por una letra en mayúscula seguido por un paréntesis, y segundo por una letra en minúscula seguido por un paréntesis.
 - Ejemplo: A) La conexión indirecta

- a) Una de las perspectivas de la conexión indirecta
- El sumario que deberá figurar antes del texto principal deberá incluir un apartado de conclusiones, así como de bibliografía.
 - Ejemplo: SUMARIO: I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS. 1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva. 2. Razones para acumular o no el enjuiciamiento de delitos conexos. II. LOS NEXOS DE CONEXIÓN TRAS LA REFORMA. 1. Nexos de conexión que se mantienen: las llamadas conexión subjetiva y conexión objetiva. 1.1. La llamada conexión subjetiva. 1.2. La llamada conexión objetiva o instrumental. 1.2.1. Los nuevos nexos de conexión. 1.2.2. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.
4. **Normas de edición.** Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán siguiendo el manual de estilo de Chicago (CMOS), preferentemente usando el sistema ‘Autor-fecha’.

Notas y bibliografía: ejemplos

Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada. En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

¹ Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

¹⁸ Duch, *Mito...*, 15.

²¹ Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

²² Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

² Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

Tres autores

³ Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

⁷² Natalia Ojeda et al., *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

¹⁰¹ Ojeda et al., *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

² Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

³ Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

Editor, traductor o compilador además de autor

¹ Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

¹⁸ Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

Capítulo u otra parte de un libro

¹ Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

¹⁹ Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

¹ James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

² Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

¹ Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

¹⁴ Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

¹ Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

² Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

³ Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.

⁴ Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo:

Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

¹ María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.

³⁴ Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

Artículo en una revista en línea

¹ Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

¹⁵ Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

² Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

⁴ Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

4. Reseña del libro

¹ David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

² Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

5. Tesis o tesina

¹ Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

³ Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

² Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).

⁴ Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

² «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

³ José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

Blog de Lengua española. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía.

² Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

⁷ Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar.

⁸ Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

⁹ Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos.

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

Norma jurídica

² Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (*BOJA* núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).

³ Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (*BOE* núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).

Jurisprudencia

Debe citarse haciendo referencia al órgano que la dicta, el número —si lo hay— y la fecha, usando abreviaturas para el término *sentencia* y la mención del órgano que la dicta.

El texto de la STC 185/2012, de 17 de octubre, se refiere, en sus Antecedentes...

Autor-fecha: ejemplos

Los siguientes ejemplos ilustran las citas que se utilizan en el sistema autor-fecha. Cada ejemplo de una entrada de la lista de referencia va acompañado de un ejemplo de su correspondiente cita entre paréntesis en el texto. En las entradas de la lista de referencia se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En los casos en los que el sistema autor-año se complementa con notas a pie de página o final de capítulo, la mención de la fuente en las notas se realiza igual que cuando se hace en el cuerpo del texto. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 15 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*. Para ver ejemplos de las mismas citas utilizando el sistema de notas y bibliografía, véase el capítulo 14.

1. Libro

Un autor

Duch, Lluís. 1998. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder.
Segura, Santiago. 2012. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.
(Duch 1998, 99-100)
(Segura 2012, 74-76)

Dos autores

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. 1993. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.
(León y Montero 1993, 25)

Tres autores

Borrego Nieto, Julio, José J. Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.
(Borrego Nieto, Gómez Asencio y Prieto de los Mozos 1986)

Cuatro o más autores

En la entrada de la lista de referencias se incluye a todos ellos. El orden y la puntuación son los mismos que en el caso de los libros con dos o tres autores. En el texto se da solo el apellido del autor que aparece en primer lugar, seguido de *et al.*

(Ojeda et al. 2009, 128-129)

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

Notario Ruiz, Antonio, ed. 2005. *Contrapuntos estéticos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

(Notario Ruiz 2005, 24)

Editor, traductor o compilador además de autor

Fernández Ramírez, Salvador. 1985. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros.

(Fernández Ramírez 1985, 112-23)

Capítulo u otra parte de un libro

Gómez Mendoza, Josefina. 2009. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España.

(Gómez Mendoza 2009)

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

Rieger, James. 1982. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press.

(Rieger 1982, XX-XXI)

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

Austen, Jane. 2008. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics. Edición en PDF.

(Austen 2008)

Libro consultado en línea

Gutiérrez Ordoñez, Salvador. 1981. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. 1987. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

(Gutiérrez Ordoñez 1981)

(Kurland y Lerner, cap. 10, doc. 19)

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

En el texto, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la entrada de la lista de referencias, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

Hernández Guerrero, María José. 2011. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1: 101-118.

(Hernández Guerrero 2011, 115)

Artículo en una revista en línea

Indique el DOI (*Digital Object Identifier*, «Identificador Digital de Objetos»), si la revista utiliza alguno. En caso contrario, señale el URL y la fecha de acceso.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. Acceso el 2 de febrero de 2015. http://www.revistalatinacs.org/11/art/941_Alicante/20_Feliu.html.

(Feliu Albadalejo 2011, 470)

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...»), y, normalmente, se omiten en la lista de referencias. El siguiente ejemplo muestra una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. 2010. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

(Stolberg y Pear 2010)

4. Reseña del libro

Kamp, David. 2006. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

(Kamp 2006)

5. Tesis o tesina

Hernández Rubio, Francisco José. 2010. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

(Hernández Rubio 2010)

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

Rodríguez Vázquez, Silvia. 2012. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre.

(Rodríguez Vázquez 2012)

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...»). Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir la fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

McDonald's Corporation. 2008. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

(McDonald's 2008)

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») y, generalmente, se omiten en la lista

de referencias. Si es necesaria una entrada en la lista de referencias, cite la entrada del blog, pero mencione los comentarios solo en el texto. (Si se requiere una fecha de acceso, añádala antes del URL).

Ramírez, José Luis. 2012. «Hacer los deberes». *Blog de Lengua española*. Acceso el 17 de marzo. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

(Ramírez 2012)

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») y raramente se incluyen en la lista de referencias.

(Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011)

Nótese que la cita de una comunicación personal o entrevista puede también complementarse con una nota a pie de página o final de capítulo.

(«Según señala Benjamin Spock en una entrevista realizada por Milton J. E. Senn el 20 de noviembre de 1974,⁸...»).

⁸ Spock, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

(Spock, entrevista por Senn, 20 de noviembre de 1974)²

² Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

10. Obra registrada en bases de datos

Para documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de dicha base y, entre paréntesis, el número de identificación recomendado en la misma.

Choi, Mihwa. 2008. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

La mayoría de los escritos legales y públicos citan la documentación en el propio cuerpo, más que en notas, y prácticamente no incluyen bibliografía. Todo escrito legal que necesite algo más que mencionar una fuente en el texto tendrá que recurrir a notas a pie de página o final de capítulo. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 14 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*.

5. **Proceso de publicación.** Estudios de Deusto utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión (± 20 páginas escritas a espacio simple, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo ordinario de cinco días naturales no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en Estudios de Deusto.
7. **Reseñas de libros.** La revista Estudios de Deusto no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su reseña o reseña.

Aviso de derechos de autor/a

Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista Estudios de Deusto. Revista de la Facultad de Derecho, aceptan las condiciones que se detallan a continuación sobre derechos de autor y se comprometen a cumplirlas. No firman ningún documento de cesión de derechos con la Editorial.

1. Autoría: El autor debe ser el único creador de la obra o debe actuar legalmente en nombre y con el pleno acuerdo de todos los autores.
2. Derecho de Autor y Código de conducta:
 - a) Los autores garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicado en cualquier forma anteriormente; que no está preparando su publicación en otra parte; que su envío y publicación no violan el código ético de la revista Estudios de Deusto (disponible en <revista-estudios.revistas.deusto.es>) ni los códigos de conducta, leyes o derechos de cualquier tercero; y que no se requiere el pago por la publicación por la Editorial (Universidad de Deusto).
 - b) Los autores conceden a la Editorial el derecho libre de pago para explotar y sublicenciar la obra en todo el mundo, en todas las formas y medios de expresión, ahora conocidos o desarrollados en el futuro, para los propósitos educativos y académicos.
 - c) Los autores retienen el derecho a presentar, exhibir, distribuir, desarrollar y publicar su trabajo para progresar en su carrera científica con la debida anotación de su publicación original en la revista Estudios de Deusto.
 - d) Los autores garantizan que no se han otorgado ni se otorgarán permisos o licencias de cualquier tipo que puedan violar los derechos otorgados a la Editorial.

Código ético

Estos compromisos están basados en las políticas de actuación de Elsevier, así como en las pautas o buenas prácticas recomendadas por COPE (*Committee on Publication Ethics*).

1. Obligaciones generales de la dirección de la Revista

El director de la Revista deberá:

1. Velar por la continua mejora de la Revista;
2. Asegurar la calidad de los artículos que se publican;
3. Mantener la integridad académica del contenido de la Revista;
4. Respetar la libertad de expresión;
5. Estar dispuesto a publicar las correcciones, y a hacerlo si se detectan errores, así como a publicar las retractaciones, y las disculpas que en su caso sean necesarias. Al respecto, se seguirán las recomendaciones publicadas al respecto por COPE
6. Preservar el anonimato de los evaluadores designados en cada caso para la evaluación de los artículos.
7. No anteponer en ningún caso intereses comerciales a los compromisos intelectuales y éticos que asume la Revista.
8. Revisar continuamente y asegurarse del cumplimiento de los compromisos éticos asumidos por la Revista junto con el Consejo de Redacción.

2. Relación con los autores

2.1. Promoción de conductas éticas

La dirección de la Revista deberá asegurarse de adoptar las medidas oportunas para asegurar la calidad del material publicado, y evitar la publicación de plagios y de trabajos no originales.

2.2. Obligaciones específicas de los autores

2.2.1. Originalidad y plagios

Los manuscritos que envíen los autores para su publicación en la Revista deberán contener los datos necesarios para permitir su cita ulterior por otros autores.

Los autores deberán enviar artículos completamente originales, y si los autores han utilizado el trabajo y/o las palabras de otros, éstos deberán estar convenientemente citados en el trabajo. Los plagios en las distintas formas en que se pueden manifestar, como puede ser la reproducción del trabajo de otro como si fuese un trabajo propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de otro/s trabajo/s sin citarlos, se consideran conductas no éticas e inaceptables. La Dirección de la Revista adoptará en semejantes casos las medidas oportunas, que incluirá generalmente la comunicación al autor de las quejas o reclamaciones planteadas, así como inclusive ulteriores comunicaciones a las instituciones u organismos de investigación correspondientes. Si la conducta no ética se confirma y se descubre tras la publicación del artículo, aunque hayan pasado años, se procederá a publicar una corrección, retractación u otro tipo de nota que deje constancia del acto producido.

2.2.2. Publicación múltiple, redundante o simultánea

Los autores deberán procurar en general no publicar la misma investigación en más de una publicación. El envío del mismo original a más de una revista simultáneamente se considera una conducta inaceptable. La publicación de un artículo en más de una Revista podrá encontrarse excepcionalmente justificada, y en cualquier caso se deberá mencionar adecuadamente la primera referencia publicada en la segunda publicación.

2.2.3. Reconocimiento de fuentes

Se deberá reconocer el trabajo de otros autores, por lo que los autores deberán citar en sus manuscritos los trabajos que hayan sido relevantes para su propio trabajo. Informaciones obtenidas por vías distintas a trabajos publicados previamente de forma pública solo podrán usarse con el permiso expreso del autor correspondiente. Si un autor descubre un error o inexactitud relevante en su propio trabajo ya publicado, deberá notificárselo inmediatamente al director de la Revista y colaborar con este último en la corrección o retractación del error cometido. Si el director de la Revista tiene conocimiento de un error relevante en un trabajo publicado a través de una tercera persona, el autor deberá lo antes posible enviar la correspondiente retractación o corrección, o acreditar ante el director de la Revista la veracidad y corrección del artículo original.

2.2.5. Autoría

La autoría de los artículos deberá estar limitada a las personas que han contribuido de forma significativa a la determinación, diseño y elaboración del trabajo. Todos los que hayan contribuido de forma significativa deberán ser citados como coautores.

Si otras personas hubiesen participado en algunos aspectos sustantivos del trabajo, deberán ser reconocidos adecuadamente en el artículo.

Igualmente, todos los autores deberán haber visto y aprobado la versión final del trabajo y su envío para su publicación

2.2.6. Conflictos de interés de los autores

Los autores deberán manifestar en el manuscrito cualquier conflicto de interés financiero o sustantivo que puedan tener y que pueda incidir en su publicación y en su valoración. Todas las fuentes de financiación del proyecto deberán ser indicadas en el manuscrito.

2.3. Normas de publicación para los autores

Se publicará y se mantendrá debidamente actualizado el proceso de publicación en la Revista con el fin de que los autores puedan tener toda la información que necesiten al respecto, y que solamente por causas debidamente justificadas se podrá alterar. En particular, se publicará el funcionamiento del proceso de revisión por pares de los artículos recibidos al que deberán someterse todos los autores.

2.4. Decisiones respecto a la publicación

Las decisiones relativas a la aceptación o al rechazo de un artículo para su publicación deberán basarse única y exclusivamente en la calidad del artículo, esto es, en su claridad, originalidad, e importancia, así como en su adecuación a los objetivos y al ámbito de la Revista. El director de la Revista será el responsable de decidir en última instancia qué artículos enviados a la Revista se publicarán finalmente en ella.

En ningún caso, se rechazarán artículos debido a las críticas u opiniones divergentes de posturas mayoritarias y/o manifestadas por miembros de la Revista, siempre que se trate de artículos de calidad que justifiquen sus posturas sin caer en la descalificación.

Igualmente, la decisión, bien de aceptación, bien de rechazo, se comunicará siempre al autor en el tiempo indicado en las normas de publicación, y deberá ser motivada, especialmente en caso de rechazo. Esta decisión no deberá modificarse posteriormente, salvo que se hayan producido serios problemas en el proceso de publicación que deberán justificarse debidamente. En cualquier caso, los cambios en la estructura de la Revista no afectarán a las decisiones adoptadas previamente en cuanto a la aceptación o al rechazo de los artículos enviados para su publicación.

2.5. Confidencialidad y conflictos de interés de la dirección, de la subdirección y del Consejo de Redacción

La dirección de la Revista, así como la subdirección y el Consejo de Redacción, no deberán proporcionar información sobre los artículos enviados para su eventual publicación a ninguna persona que no sea el autor correspondiente, los potenciales o actuales evaluadores del artículo y los miembros del Consejo Asesor de la Revista, si fuese conveniente.

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de la dirección de la revista, de la subdirección, del Consejo de Redacción o de cualquiera otra de las personas que puedan tener acceso al mismo en virtud del párrafo anterior, salvo que se cuente con el expreso consentimiento del autor. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de los evaluadores deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. La dirección de la Revista, así como la subdirección, se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con los autores o con sus instituciones de adscripción. Los autores deberán manifestar sus intereses relevantes, y el director de la Revista deberá publicar las correcciones correspondientes en caso de que no se hayan revelado algunos de ellos antes de la publicación.

3. Proceso de revisión por pares

3.1. Contribución a las decisiones editoriales

La adecuada revisión por pares de los artículos se considera un elemento esencial de la Revista. Los evaluadores asisten al Director de la Revista en las decisiones sobre la publicación de los artículos, y a través de la comunicación con el autor también contribuyen a la mejora del artículo.

Los artículos serán revisados por dos evaluadores, recurriéndose a la opinión de un tercer evaluador en caso de que haya discrepancias respecto a la publicación o no del artículo entre las dos evaluaciones realizadas.

3.2. Conducta debida

Los evaluadores deberán actuar objetivamente, y emitir juicios y evaluaciones claras y precisas, suficientemente argumentadas e imparciales. Igualmente, se evitarán los conflictos de intereses del tipo que fuere (personales, académicos, comerciales, etc.). En particular, los evaluadores deberán señalar las publicaciones relevantes no citadas por el autor en el manuscrito, así como posibles similitudes o identidades parciales o totales del manuscrito con otros artículos ya publicados de los que tenga conocimiento personal el evaluador.

Si un evaluador no se considera suficientemente capacitado para evaluar un determinado manuscrito, o sabe que no lo podrá hacer en un tiempo razonable, deberá comunicárselo inmediatamente a la dirección de la Revista.

3.3. Confidencialidad de los evaluadores

En cualquier caso, el proceso de evaluación quedará sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Ni los evaluadores ni los autores conocerán sus respectivas identidades, evitando de esta forma los conflictos de intereses que se pudiesen producir. Al respecto, la dirección de la Revista ostentará un estricto deber de confidencialidad. Igualmente, los evaluadores deberán tratar los manuscritos recibidos como información confidencial, y no deberán mostrarlos o discutirlos con terceras personas, salvo autorización expresa del Director de la Revista.

3.4. Conflictos de interés de los evaluadores

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de los evaluadores, sin el expreso consentimiento del autor. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de los evaluadores deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. Los evaluadores se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con los autores o con sus instituciones de adscripción.

Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Más información: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/index>

All this information is available in English on the following web page:
<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/>

Estudios de Deusto

Volume 68, Issue 1, January-June 2020

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020)

Table of contents

Special Issue: Five Centuries Sailing The Legal World (II)

**Ethical Codes and Public Service.
An Approach from the Theory of Law**

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

**The Principle of Good Faith in
Public International Law**

TALYA UÇARYILMAZ

Obligations of de-facto-regimes

VLASTISLAV STAVINOHÁ

**The Protection of Privacy in the
Spanish Criminal Code. A critical
Analysis of the Reform of 2015**

DEBORAH GARCÍA MAGNA

**A Brief Philosophical History of the
Social Function of Private Property
in the Philippines**

SOLOMON FERNANDO LUMBA

**International Environmental Law
and new Sovereignty: Some
pending Challenges**

XABIER EZEIZABARRENA

**Tracing Evolution of the Philippine
Concept of extra-contractual
responsibility in the context of
State Immunity from Suit: Is a new
approach necessary?**

DAN KEVIN MANDOCDOC CASTRO

**Victim multiplicity derived from
harm in cybercrime: A proportional
criminal response**

JON LÓPEZ GOROSTIDI

Studies

**The Legal-Constitutional Protection
of the Environment. It is committed
to the Principle of Institutional
Proximity to the Care of the
Environment as a Common Good**

ÁNGEL B. GÓMEZ PUERTO

**Limits for Preparation Crimes:
Restrictive Criteria for Inclusion in
the Criminal Code**

ROBERTO CRUZ PALMERA

**(De)-Constructing and Desmitifying
European Union's Founded Value
of Solidarity**

ANTONI ABAT I NINET

**The Subsystem of Fundamental
Rights**

M.^a ISABEL GARRIDO GÓMEZ

**Facebook and the Right to One's
Own Image: Reflections on the
Judgement of the Spanish
Constitutional Court 27/2020 of
February 24 th**

LAURA FLORES ANARTE

**The political judgment in the self
called "4ª Transformación" of
Mexico. Some notes**

MARISOL LUNA LEAL

**Radicalization of the Media and
Abuse of the law in the Doctrine of
the European Court of Human
Rights**

DAVID MARTÍN HERRERA

**New Participation Opportunities
within the framework of the Open
Government Model**

MARÍA DOLORES MONTERO CARO

**Multilevel Citizenship and
Ownership**

CLARA SOUTO GALVAN

**Twitter is not a Public Forum, but
Trump's Profile is on Private
Censorship of an on Digital
Platforms in the USA**

VÍCTOR J. VÁZQUEZ ALONSO

Juan Churruga Award

**The crime of rape in the Spanish
Criminal Code: analysis of the
difficult delimitation between
intimidation of sexual assault and
"previalimiento" of sexual abuse. A
revision in the light of the
international regulations**

ITZIAR ALTUZARRA ALONSO

Book reviews