

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

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

Vol. 71/1 enero-junio 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7112023>

Sumario

Estudios

La nueva regulación del delito de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo al albur de la reforma de 22 de diciembre de 2022: Un análisis del art. 249.1 b) y 249.2 b) del CP

ALFREDO ABADÍAS SELMA

A vueltas con la universalización del derecho a la educación superior. El caso de la docencia semipresencial en la educación a distancia: Profesores tutores en la UNED

JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES

La regulación de la vivienda social y la adaptación del ordenamiento al contexto europeo

AMALIA BALAGUER PÉREZ

El delito de autoadoctrinamiento terrorista, art. 575.2. del Código Penal español. Un análisis en clave de imputación

ROBERTO CRUZ PALMERA

Residencias, hospitales y personas mayores durante la COVID 19: Estudio desde la afectación de derechos fundamentales

MARÍA DALLI ALMIÑANA

Teoría y práctica de la iniciativa legislativa popular en España

ÁNGEL FERNÁNDEZ SILVA

La elección de los jueces constitucionales por los poderes del estado y la preservación de la necesaria independencia

ELENA GARCÍA-CUEVAS ROQUE

El Senado: Renovado escenario para la contienda política. Comparecencias, debates y reforma

PABLO GÓMEZ PERPINYÀ

Del genocidio al genocidio cultural, etnocidio, limpieza étnica (y a la desnazificación)

MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ

Violencia sexual como crimen internacional en el conflicto ruso-ucraniano, 2014-2022

DIEGO ALBERTO ZAPATA GONZALES Y STEPHANI

VIOLETA PALIZA OBANDO

Premio Juan Churruca

La tutela del Whistleblower frente a represalias empresariales: Una laguna en el ordenamiento jurídico español

ALBA UZAL SÁNCHEZ

Resenciones

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 71/1 enero-junio 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7112023>

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos:
SCOPUS, SJR, DOAJ, FECYT, 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. Revista de Derecho Público» 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. Revista de Derecho Público» are available in open access at the following web page: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

Universidad de Deusto
Bilbao
2023

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 71/1 enero-junio 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7112023>

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)

Secretaria General:

Belén García Álvarez (Universidad de Deusto)

Consejo de redacción:

Miguel Beltrán de Felipe (Universidad de Castilla-La Mancha); Vito Breda (University of Queensland, Australia); Ana Carmona Contreras (Universidad de Sevilla); María Soledad Gil Nobajas (Universidad de Deusto); Ana Isabel Herrán Ortiz (Universidad de Deusto); Marisol Luna Leal (Universidad Veracruzana, México); Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna, Italia); Patricia Rodríguez-Patrón Rodríguez (Universidad Autónoma de Madrid); Ángel Rodríguez-Vergara Díaz (Universidad de Málaga); Carmen Salcedo Beltrán (Universitat de València)

Consejo Asesor y Evaluador:

Miguel Agudo Zamora (Universidad de Córdoba); Leonardo Álvarez Álvarez (Universidad de Oviedo); Cristina Arenas Alegría (Universidad de Deusto); Manuel Arenilla Sáez (Universidad Rey Juan Carlos); Montserrat Auzmendi del Solar (Parlamento Vasco); Miguel Azpitarte Sánchez (Universidad de Granada); Leyre Burguera Ameave (Universidad Nacional de Educación a Distancia); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Maita Chan-Gonzaga (Ateneo de Manila, Filipinas); María Elósegui Itxaso (Universidad de Zaragoza); Juan Franch Fluxá (Universidad de las Islas Baleares); Eloy García López (Universidad Complutense de Madrid); María Holgado González (Universidad Pablo de Olavide); Sara Iglesias Sánchez (Universidad Complutense de Madrid); Luis Jimena Quesada (Universidad de Valencia); Miodrag Jovanovic (Univerzitet u Beogradu, Serbia); Francisco Marcos (IE Law School); Elia Marzal Yetano (Universidad de Barcelona); Remedios Morán Martín (Universidad Nacional de Educación a Distancia); María Aránzazu Moretón Toquero (Universidad de Valladolid); Juan José Nieto Montero (Universidad de Santiago de Compostela); Jorge Omar Bercholz (Universidad de Buenos Aires, Argentina); Sabrina Ragone (Universidad de Bolonia, Italia); Javier Revorio Díaz (Universidad de Castilla-La Mancha); Fernando Rey Martínez (Universidad de Valladolid); María Luisa Sánchez Barrueco (Universidad de Deusto); Esther Seijas Villadangos (Universidad de León); Francisco Sosa Wagner (Universidad de León); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco); Beatriz Tomás Mallén (Universidad Jaume I); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto); Patrick Wautelet (Université de Liège, Bélgica); Laura Zúñiga Rodríguez (Universidad de Salamanca)

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/>

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

Scopus®



FECYT 473/2022
Fecha de certificación: 7^o noviembre 2021
Válida hasta: 22 de julio de 2023

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 71/1 enero-junio 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7112023>

Sumario

Estudios

- Alfredo ABADÍAS SELMA, *La nueva regulación del delito de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo al albur de la reforma de 22 de diciembre de 2022: Un análisis del art. 249.1 b) y 249.2 b) del CP* 15-82
- Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, *A vueltas con la universalización del derecho a la educación superior. El caso de la docencia semipresencial en la educación a distancia: Profesores tutores en la UNED* 83-103
- Amalia BALAGUER PÉREZ, *La regulación de la vivienda social y la adaptación del ordenamiento al contexto europeo* 105-129
- Roberto CRUZ PALMERA, *El delito de autoadocctrinamiento terrorista, art. 575.2. del Código Penal español. Un análisis en clave de imputación* 131-160
- María DALLI ALMIÑANA, *Residencias, hospitales y personas mayores durante la COVID 19: Estudio desde la afectación de derechos fundamentales* 161-197
- Ángel FERNÁNDEZ SILVA, *Teoría y práctica de la iniciativa legislativa popular en España* 199-227

Elena GARCÍA-CUEVAS ROQUE, <i>La elección de los jueces constitucionales por los poderes del Estado y la preservación de la necesaria independencia</i>	229-263
Pablo GÓMEZ PERPINYÀ, <i>El Senado: Renovado escenario para la contienda política. Comparecencias, debates y reforma</i>	265-289
María del Ángel IGLESIAS VÁZQUEZ, <i>Del genocidio al genocidio cultural, etnocidio, limpieza étnica (y a la desnazificación)</i>	291-320
Diego Alberto ZAPATA GONZALES y Stephani Violeta PALIZA OBANDO, <i>Violencia sexual como crimen internacional en el conflicto ruso-ucraniano, 2014-2022</i>	321-344

Premio Juan Churruga

Alba UZAL SÁNCHEZ, <i>La tutela del Whistleblower frente a represalias empresariales: Una laguna en el ordenamiento jurídico español</i>	347-375
--	---------

Recensiones

ABADÍAS SELMA, Alfredo, <i>Justicia Juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura «Touch»</i> , por Cristian Antonio Morlans Pardos	379-384
ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, <i>Nueva crítica del constitucionalismo feminista. La ideología de género como caballo de Troya</i> , por Olaya Godoy Vázquez	385-394
DELLEDONNE, Giacomo, <i>Costituzione e legge elettorale: Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo</i> , por Naiara Arriola Echaniz	395-402
MANZANERO, Delia, <i>Concepción Arenal, Claves de emancipación de la mujer que se Halla Encarcelada</i> , por Remedios Morán Martín	403-409
MARTINICO, Giuseppe, <i>Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective</i> , por David Mier Galera	411-417

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 71, Issue 1, January-June 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7112023>

Table of Contents

Studies

- Alfredo ABADÍAS SELMA, *The new regulation of fraudulent use of non-cash means of payment under the december 22nd, 2022, reform: an analysis of article 249.1 b) and 2 b) of the Spanish Criminal Code* 15-82
- Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, *The universalization of the right to Higher Education. The case of the blending learning education: Teacher-Tutor in UNED* 83-103
- Amalia BALAGUER PÉREZ, *The Regulation of Social Housing and the adaptation of the Legislation to the European context* 105-129
- Roberto CRUZ PALMERA, *The Crime of Terrorist Self-Training, Art. 575.2 of the Spanish Penal Code. an Analysis in the Key of Imputation* 131-160
- María DALLI ALMIÑANA, *Care homes, hospitals and elderly people during COVID-19: a study of the impact on fundamental rights* 161-197
- Ángel FERNÁNDEZ SILVA, *Popular Legislative Initiative in Spain: a legal and practical study* 199-227
- Elena GARCÍA-CUEVAS ROQUE, *Election of Constitutional Judges by the branches of Government and preservation of the necessary independence* 229-263

Pablo GÓMEZ PERPINYÀ, <i>The Senate: renovated scenario for political contest. Appearances, debates and reform</i>	265-289
María del Ángel IGLESIAS VÁZQUEZ, <i>From Genocide to cultural Genocide, Ethnocide, Ethic Cleansing (and desnazification)</i>	291-320
Diego Alberto ZAPATA GONZALES y Stephani Violeta PALIZA OBANDO, <i>Sexual Violence as an International Crime in the Russian-Ukrainian Conflict, 2014-2022</i>	321-344

Juan Churruca Award

Alba UZAL SÁNCHEZ, <i>The Protection of the Whistleblower against Business Retaliation: a Lacuna in the Spanish Legal System</i>	347-375
--	---------

Book reviews

ABADÍAS SELMA, Alfredo, <i>Justicia Juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura «Touch»</i> , by Cristian Antonio Morlans Pardos	379-384
ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, <i>Nueva crítica del constitucionalismo feminista. La ideología de género como caballo de Troya</i> , by Olaya Godoy Vázquez	385-394
DELLEDONNE, Giacomo, <i>Costituzione e legge elettorale: Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo</i> , by Naiara Arriola Echaniz	395-402
MANZANERO, Delia, <i>Concepción Arenal, Claves de emancipación de la mujer que se halla encarcelada</i> , by Remedios Morán Martín	403-409
MARTINICO, Giuseppe, <i>Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective</i> , by David Mier Galera	411-417

Estudios

LA NUEVA REGULACIÓN DEL DELITO DE USO
FRAUDULENTO DE MEDIOS DE PAGO DISTINTOS
DEL EFECTIVO AL ALBUR DE LA REFORMA DE
22 DE DICIEMBRE DE 2022: UN ANÁLISIS DEL
ART. 249.1 B) Y 249.2 B) DEL CP

*The new regulation of fraudulent use of non-cash means of
payment under the december 22nd, 2022, reform: an analysis
of article 249.1 b) and 2 b) of the Spanish Criminal Code*

Alfredo Abadías Selma¹

Profesor Contratado Doctor en Derecho penal²
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)
Grupo investigación Penalcrim

<https://doi.org/10.18543/ed.2788>

Recibido: 01.02.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

«El maquinismo, que crea abundancia, nos deja en la necesidad.
Nuestro conocimiento nos ha hecho cínicos.
Nuestra inteligencia, duros y secos.
Pensamos demasiado, sentimos muy poco»

Fragmento del discurso final de «El gran dictador» (1940)

Charles Chaplin, (1889-1977)

¹ Contacto con el autor: alfredo.abadias@unir.net / aabadiasselma@gmail.com

² El presente trabajo se incardina en el Proyecto: «Medidas inclusivas para menores en situación de exclusión social», con referencia ProyExcel_00514. Investigadores principales: Dr. Octavio García Pérez y Dra. Carmen Sánchez Hernández. Financiado por la Junta de Andalucía, año 2022.

Resumen

Indudablemente, nos ha tocado vivir en unos tiempos complejos y cambiantes que afectan a muchas facetas de nuestras vidas, y por supuesto a la realidad delictiva. Desde una contextualización y ejemplificación detallada de los cambios históricos que nos han llevado al momento actual, en el presente artículo pretendemos abordar la reforma del CP de 22 de diciembre de 2022, centrándonos en el art. 249.1 b) y 249.2 b), que penaliza el uso fraudulento de los medios de pago distintos del efectivo metálico, y que toma sustento en la Directiva 2019/713, de 17 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, por la que se sustituyó la Decisión Marco 2001/413 JAI, del Consejo. La citada y necesaria reforma del delito de estafa del art. 249 CP, que entendemos que proviene de una obsolescencia causada por los avances tecnológicos raudos e imparable de los últimos tiempos, incorpora una serie de medios de pago indeterminados o abiertos «...cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo o los datos obrantes en cualquiera de ellos», que aperturan cierta incertidumbre en relación con la seguridad jurídica y su eficacia real en la lucha contra el delito, y por ende para el servicio a la ciudadanía, y sobre todo, para aquellos colectivos más vulnerables. Ello requiere una reflexión que toma como base la jurisprudencia y la doctrina científica más autorizada para realizar una exégesis crítica del tipo y ofrecer propuestas concretas que aquí proponemos.

Palabras clave

Uso fraudulento de tarjetas de crédito, tarjetas de débito, cheques de viaje, uso fraudulento de medios de pago.

Abstract

Undoubtedly, we have to live in complex and changing times that affect many facets of our lives, and of course the criminal reality. From a detailed contextualization and exemplification of the historical changes that have led us to the present moment. In this article we try to the reform of the CP of December 22, 2022, focusing on art. 249.1 b) and 249.2 b), which penalizes the fraudulent use of means of payment other than metallic cash, and which is based on Directive 2019/713, of April 17, of the European Parliament and of the Council, on the fight against fraud and falsification of means of payment other than cash, which replaced Framework Decision 2001/413 JHA, of the Council. The aforementioned and necessary reform of the crime of fraud of art. 249 CP, which we understand to be the result of obsolescence caused by the fast and unstoppable technological advances of recent times, incorporates a series of indeterminate or open means of payment “...any other tangible or immaterial payment instrument other than cash or the data on hand in any of them”, which open up some uncertainty in relation to legal certainty and its real effectiveness in the fight against crime, and therefore for the service to the citizenry, and above all, for those most vulnerable groups. This requires a reflection that is based on jurisprudence and the most authoritative scientific

doctrine to carry out a critical exegesis of the type and offer concrete proposals that we propose here.

Keywords

Fraudulent use of credit cards, debit cards, travelers' checks, fraudulent use of means of payment.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL TRÁNSITO DE LA MONEDA FÍSICA A LA VIRTUAL. III. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO 249.1. B) Y 249. 2 B) CP. 1. Bien jurídico protegido. 2. Acción típica. 3. Sujeto activo. 4. Sujeto pasivo. 5. Elemento subjetivo. 6. *Iter criminis*. 7. Concursos. 8. Pena. 9. Responsabilidad civil. IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en unos tiempos convulsos y de desarrollo exponencial que requieren de una sociedad en constante adaptación. Una situación así bien nos evoca a las teorías de Charles R. Darwin³.

Podemos afirmar que situaciones extremas como la pandemia de la COVID-19, a pesar de encontrarnos inmersos en una era en la que hemos llegado a creer que los límites de nuestro avance se encuentran limitados exclusivamente por nuestra imaginación y voluntad, nos han recordado de la forma más amarga posible que el hombre y la mujer son en esencia frágiles, especialmente ante situaciones y escenarios que exceden nuestra capacidad de previsión y de respuesta⁴. La enfermedad, la mortalidad y la morbilidad han golpeado por doquier de forma inmisericorde al ser humano, pero con distinta afectación final, pues como es lamentablemente habitual en situaciones de gravedad, quien de más recursos dispone, mejor puede zafarse frente a los embates del infortunio en una clara muestra de lo que son las grandes diferencias que existen a nivel socioeconómico en un

³ Ya en 1837 se hablaba de la adaptación perfecta como un argumento de explicación de la evolución con un correlato de utilidad como aquello que es beneficioso para la vida y que permite la supervivencia, a diferencia de las teorías de Lamarck, que se centraban en el ejercicio de una función que daba sentido a un órgano. Darwin daba explicación a las adaptaciones imperfectas como una herencia de antiguos actos de adaptación directa que desplazan a la adaptación imperfecta para explicar la evolución. El argumento de Darwin de la adaptación perfecta tiene una gran similitud a la de Paley, si bien en 1838 lo contextualiza en el tiempo y la adaptación se convierte en un concepto dinámico. Como bien explica Kuhn, Darwin sustituye el concepto de adaptación diferencial hasta las explicaciones de Malthus constituyendo un punto de inflexión histórico y decisivo.

⁴ Según datos oficiales del Ministerio de Sanidad español, la situación con relación a la pandemia por COVID-19 en España en fecha 25 de noviembre de 2022 era la siguiente: 13.595.504 de casos confirmados notificados; 3.007.020 de casos confirmados notificados en la franja de ≥ 60 años; 115.901 casos de fallecidos notificados y 40.677.172 de españoles con pauta completa de vacunación. Datos extraídos de: Ministerio de Sanidad., Disponible en: <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm>. (Fecha de última consulta: 26 de enero de 2023).

orden globalizado⁵. Los colectivos más vulnerables, si cabe, todavía lo son más, precisando políticas que tiendan a paliar diferencias que no deberían existir jamás en ámbitos tan necesarios y sensibles como la salud, y es que como decía la canción «Quien nació para martillo del cielo le llueven los clavos»⁶.

La crisis de la sociedad del bienestar, el *Welfare State*⁷, en el marco del imperio de la *lex mercatoria*⁸ y un entorno geopolítico altamente inestable, está revelando que solamente tenemos la «seguridad de lo inseguro» en un mundo que muta vertiginosamente. Los hitos acumulados durante la segunda mitad del siglo XX, que empezaban a dar forma a una humanidad que se preveía, por fin, modélica, esperanzadora, y justa, se han ido derrumbando ante la realidad inevitable de los defectos asociados a nuestra naturaleza social, que además es poco proclive a tolerar el riesgo, tal y como teorizó brillantemente

⁵ Bauman advierte que es necesario romper con esa lógica de la desigualdad: en casi todas partes del mundo esta desigualdad está creciendo de forma muy rápida, y esto significa que los ricos cada vez son mucho más ricos, mientras que los pobres, y especialmente los muy pobres, son cada vez más pobres (en su mayor parte en términos relativos, pero, en cada vez un mayor número de casos, en términos absolutos). *Vid.* BAUMAN, Z., *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?* (Traducción de Alicia Capel Tatjer). Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 2014, p. 22.

⁶ Este refrán fue cantado por Rubén Blades en el tema «Pedro Navaja» y más tarde se popularizó con la Orquesta Platería. Los «clavos» nos llevan a pensar en los problemas que aparecen de manera constante máxime cuando se trata de personas desasistidas u olvidadas por la fortuna.

⁷ El sociólogo británico Thomas H. Marshall describió el estado de bienestar moderno como una combinación que es propia de un estado democrático en el que predomina el bienestar social dentro de un marco socioeconómico capitalista, eso es de economía de mercado. Sin embargo, de todos es sabido que el capitalismo, como todo modelo socioeconómico, tiene sus fallos y defectos sistémicos, que en este caso afectan sobremanera a los colectivos más vulnerables. Además, en los últimos tiempos el estado de bienestar, que intentaba cubrir la mayoría de las necesidades de la población, está muy desprestigiado por la elevada presión fiscal, la mala gestión pública de los recursos y la corrupción. *Vid.* MARSHALL, T. H., *Citizenship and social class, and other essays*, Cambridge University Press, Londres, 1950.

⁸ Se trata de la *Lex Mercatoria* a la que se refiere Terradillos Basoco, cuando plantea que en el contexto actual existe un sustrato natural de búsqueda de la rentabilidad más alta, inmediata, deslocalizada y ajena a todo control público, pues los instrumentos de regulación quedan en manos de sujetos privados que mueven el mercado siempre para obtener lo máximo en detrimento de la protección de los derechos fundamentales del ciudadano. En este punto el autor hace referencia a que cada vez más situaciones quedan fuera de la capacidad normativa de los Estados tanto por cuestiones de forma, como la transferencia de competencias a organizaciones supranacionales e internacionales, como fácticas. Así las cosas, el apoyo constitucional a los derechos fundamentales queda debilitado por los recortes de impuestos y las políticas de austeridad en un nuevo orden económico mundial. *Vid.* Terradillos Basoco, J.M.^a, *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 28 y 29.

Ulrich Beck a quien tantos penalistas de nuestra tradición jurídica actual deben parte de sus planteamientos de corte sociológico.

Las relaciones interpersonales se han instalado en la llamada «Modernidad líquida» a la que hace referencia BAUMAN⁹, una sociedad en la que lo perecedero y lo transitorio se impone, donde impera el individualismo, la falta de solidaridad y empatía en el contexto de un liberalismo exacerbado y malinterpretado con incesantes privatizaciones que dejan al hombre y a la mujer sin un horizonte claro hacia dónde dirigir sus vidas. Yendo más al extremo y en alusión al concepto antedicho, ALBERTO ROYO¹⁰ y URRRA PORTILLO¹¹ hablan de «sociedad gaseosa». Se trata de una «Modernidad tardía» a la que se alude BENITO SÁNCHEZ¹², donde las relaciones laborales tienden a la externalización¹³, la deslocalización, la gentrificación¹⁴, la exclusión y la nueva pobreza urbana.

Estamos ante la cultura de la inmediatez, de la falta del suficiente sosiego para reflexionar y meditar si nos conviene una decisión u otra. Se trata de lo que venimos a denominar «*Culture touch*»¹⁵, una cultura que persigue mediante

⁹ BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de cultura económica, México, 2009, *passim*.

¹⁰ ALBERTO ROYO, A., *La sociedad gaseosa*, Tusquets, Barcelona, 2009, *passim*.

¹¹ URRRA PORTILLO, J., *El pequeño dictador crece: padres e hijos en conflicto*, La Esfera de los libros, Madrid, 2015, *passim*.

¹² BENITO SÁNCHEZ, D., «Exclusión social y gobierno de la pena. Un análisis sobre la legitimidad de la producción penal de la exclusión», BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (Dir.), VV.AA., *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 21.

¹³ Sobre este fenómeno puede verse LESSENICH, S., *La sociedad de la externalización*, Herder, Barcelona, 2019, p. 51.

¹⁴ Término que procede del inglés, *gentry* = burgués, como un proceso de transformación urbana en el que la población original de un barrio popular se ve desplazada por nuevos vecinos de mayor poder adquisitivo. Esta aparentemente sencilla definición esconde un complejo proceso de reestructuración del espacio urbano con múltiples consecuencias con efectos muy distintos en ciudades y barrios que siempre afecta de forma negativa a los colectivos más vulnerables. Son varios los estudiosos que se han acercado al análisis de este fenómeno desde diversos campos del saber, como la historia, la sociología, la arquitectura, el urbanismo, etc.

La elevación desmesurada del precio de los bienes inmuebles que se ha producido de forma incesante ya desde la década de los 70 y ahora con la compra masiva de grandes fondos inmobiliarios, también denominados «fondos buitres», ha generado que se expulse a la gente del barrio de toda la vida y se vayan construyendo o reformando edificios que uniformizan el paisaje urbanístico con grandes cadenas comerciales, como si realmente se tratase de una perfecta clonación que diluye el encanto original y distintivo de muchas ciudades. Malasaña o Chueca en Madrid y el Raval (eufemismo del antiguo barrio chino) son un claro ejemplo de lo que aquí se explica. Sobre el fenómeno de la gentrificación puede verse entre otros KERN, L., *La gentrificación es inevitable y otras mentiras*, Bellaterra, Barcelona, 2022 y SEQUERA FERNÁNDEZ, J., *Gentrificación: Capitalismo cool, turismo y control del espacio urbano*, Los libros de la catarata, Madrid, 2020.

¹⁵ Término acuñado por ABADÍAS SELMA en ABADÍAS SELMA, A., *Justicia juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura «touch»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, *passim*.

el leve deslizar de las yemas de nuestros dedos por una pantalla táctil que se pueda acceder y conseguir todo lo que se desea sin aparente esfuerzo y con la máxima celeridad. Se puede comprar y vender todo o casi todo a través de estos terminales táctiles a los que les podemos pedir desde una comida *take away* hasta un crédito de una entidad financiera preconcedido por sofisticados algoritmos que nos perfilan con cada vez mayor precisión llevándonos quizás hacia una «Nada»¹⁶ que describía de forma magistral Carmen Laforet.

Uno de los elementos o conceptos técnicos que vehiculan esta nueva realidad son las denominadas «aplicaciones informáticas», también conocidas como *Apps*. Las *Apps* son algo totalmente cotidiano: si deseamos comida rápida, ropa o cualquier «gadget» que llegue a la puerta de nuestros hogares, no importa que sea festivo, llueva, caiga nieve o luzca un sol asfixiante, pues un *riders* –posiblemente en el futuro próximo será un ‘simple’ dron– de grandes compañías como Amazon (que acaba de anunciar que despedirá aproximadamente a 18.000 empleados)¹⁷ hará que nuestros anhelos se conviertan en realidad en tiempo cada vez más récord¹⁸.

¹⁶ *Nada*, de la autora barcelonesa Carmen Laforet, está considerada una de las cien mejores novelas en español del siglo XX, y la traemos a colación porque la autora describía desde un punto de vista impresionista un antes y un después de la España de la Guerra civil española. Hoy en día, también estamos viviendo una serie de «antes y después», como pueden ser hitos históricos como la caída del Muro de Berlín, el hundimiento de las Torres gemelas en pleno corazón del imperio norteamericano, la pandemia mundial de la COVID-19, la guerra de Ucrania, la hiperinflación galopante y el reto de la sostenibilidad de los recursos del planeta, etc. No vivimos un antes y un después, sino varios, que nos sumergen en una constante situación de inseguridad a todos los niveles. *Vid.* LAFORET DÍAZ, C., *Nada*, Ediciones Destino, Barcelona, 1969.

¹⁷ AGREDA, M., «Amazon se suma a los despidos masivos, 18 mil trabajadores se quedarán sin empleo», en MSV. Disponible en: <https://mvsnoticias.com/mundo/2023/1/5/amazon-se-suma-los-despidos-masivos-18-mil-trabajadores-se-quedaran-sin-empleo-578594.html>. (Fecha de última consulta: 5 de enero de 2023). Entre las grandes multinacionales lamentablemente los despidos en estos tiempos se suceden, como en el caso de Twitter, que despide al 83% de su plantilla en España (*Vid.* DÍAZ GUIJARRO, R. «Twitter despide al 83% de su plantilla en España», en *Cinco días*, disponible en: https://cincodias.elpais.com/cinco-dias/2023/01/24/companias/1674591010_214512.html. (Fecha de última consulta: 28 de enero de 2023). Por su parte, la pionera y gigante de la informática IBM anuncia 3.900 despidos, en un panorama realmente desolador. *Vid.* al respecto Expansión.com., «IBM anuncia 3.900 despidos tras ganar un 71% menos en 2022», disponible en: <https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2023/01/26/63d29e27e5fdeace7a8b45ef.html>, (Fecha de última consulta: 26 de enero de 2023). En esta noticia se afirma que «International Business Machines (IBM) registró un beneficio neto de 1.639 millones de dólares (1.504 millones de euros) en 2022, lo que supone una caída del 71,5% respecto del resultado del año anterior ante el impacto del acuerdo sobre pensiones alcanzado en el tercer trimestre por la compañía, que recortará 3.900 puestos de trabajo, alrededor del 1,5% de su plantilla».

¹⁸ Sobre la explotación laboral puede verse el interesantísimo artículo de GIL NOBAJAS, en GIL NOBAJAS, M.^a S., «Respuesta penal a la criminalidad empresarial en supuestos

Con esa leve caricia de nuestros dedos por una pantalla táctil también podremos conocer y saber de todo, o al menos así nos lo hacen creer, sumergidos en un mar de información desorganizada, manipulada y sin filtro, en una «infoxicación»¹⁹ que nos ilustra para aparentar que somos falsamente doctos en las más variadas y dispares disciplinas.

Vivimos «Deprisa deprisa»²⁰, y acéptese la premeditada repetición para recordar aquel ya mítico filme de los atrevidos y descarados ochenta de la Transición que narraba el desenfreno, lo desaforado que es el paso por esta vida si no tenemos unos cimientos sólidos con los que sustentar nuestra existencia dirigida hacia bienes impregnados de nobleza y bondad.

«Big data», «blockchain», «criptomonedas», inteligencia artificial, etc. son términos que expresan la constante evolución de las tecnologías que han entrado en nuestras vidas en las últimas décadas, primero a través de los videojuegos, y ya con un empuje final forzado durante la pandemia de la COVID-19 y el obligado confinamiento, manifestándose una «brecha digital»²¹ que ha

de explotación laboral», en BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (Dirs.), VV.AA., *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 176, donde la autora destaca que «la protección primaria de las condiciones laborales en el marco de una prestación de trabajo frente a un eventual abuso por parte del empleador, no la ofrece el derecho penal, sino el orden social. La regulación penal otorga una protección reforzada, con los problemas que conlleva en ocasiones delimitar la frontera entre lo que constituye una infracción social y un ilícito penal».

¹⁹ Se trata de un término acuñado por Alfons Comella en 1996 con origen en Internet, que se equipara con el término inglés *Overload Information*. La infoxicación describe una situación en la que disponemos de grandes cantidades de información que, en la mayoría de las ocasiones, nos llega desorganizada y que puede generar una angustia por la sobreabundancia de datos que están a nuestro alcance a golpe de un solo clic. Esto puede generar angustia, nerviosismo y malestar, por miedo a perderse algo de los *inputs* que nos llegan, y que en algún momento pudieran llegar a ser importantes. Asimismo, esta ingente cantidad de datos que tenemos a nuestro alcance puede generar un bloqueo mental. Puede verse sobre este concepto a Comella Solans, A., «Ignorancia profunda, ignorancia conocedora e internet», *El profesional de la información*, Vol. 8, n.º. 4, 1999, p. 37; asimismo es de interés MARTÍNEZ CAÑADAS, E., *El mito de la infoxicación*, UOC, Barcelona, 2021, *passim*.

²⁰ *Deprisa, deprisa*, es un filme español dirigido por Carlos Saura en 1981. Cuenta la historia de una banda de delincuentes juveniles, cuatro amigos del extrarradio madrileño de la Transición, cuya falta de expectativas es suplida por el dinero fácil y las drogas. La película ganó el Oso de oro a la mejor película en 1981 en el Festival Internacional de Cine de Berlín.

²¹ El concepto de brecha digital no tiene una definición única y aceptada universalmente. Este término hace referencia a la desigualdad en el acceso, uso o impacto de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) entre grupos sociales. Estos grupos se suelen determinar tomando como base criterios económicos, geográficos, de género, de edad o culturales. Entre los diferentes tipos de brecha digital que existen, la brecha digital de acceso es una de las más habituales. Se refiere a las posibilidades que las personas tienen de acceder a este recurso. Aquí entran en juego las diferencias socioeco-

acrecentado las diferencias sociales y el «analfabetismo informático» en el que se encuentran desprotegidos colectivos vulnerables, y es aquí cuando recordamos a PRENSKY²² que alude a los nativos e inmigrantes digitales.

«Globalización» o «Mundialización»²³, «Aldea global»²⁴, «Cuarta revolución industrial», «Era digital», o el término procedente del mundo de las

nómicas entre las personas y los países. El otro tipo más común es el de la brecha de uso, que hace referencia a la falta de competencias digitales que impide el manejo de la tecnología. Según la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), el organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a finales de 2019 había 40 países en los que más de la mitad de su población no sabía adjuntar un archivo a un correo electrónico. La «brecha digital» también la sufre el colectivo de personas que padecen una discapacidad, como bien indica PRADOS GARCÍA, que asevera que durante la pandemia se incrementó la problemática de la accesibilidad a las nuevas tecnologías para este colectivo, puesto que ya partían de una desigualdad preexistente, siendo preciso garantizar una sociedad inclusiva. En relación con esta problemática el Observatorio Estatal de la Discapacidad puso de relieve que se han incrementado de forma considerable las barreras entre este colectivo y el acceso a la información. *Vid.* PRADOS GARCÍA, C., *et al.* pp. 45-64 y OBSERVATORIO DE LA DISCAPACIDAD., disponible en: <https://www.observatoriodeladisapacidad.info/> (Fecha de última consulta: 12 de enero de 2023).

²² Marc Prensky fundó y es director de Games2train, empresa que se dedica a fomentar el aprendizaje basado en el juego. También fundó The Digital Multiplier, corporación dedicada a paliar y/o eliminar la brecha digital existente hoy en día entre generaciones. Puede verse entre otros, PRENSKY, M., *Enseñar a nativos digitales*, Ediciones SM, Madrid, 2011, *passim*.

²³ La Globalización, también denominada «Mundialización» es todo un proceso de carácter económico, tecnológico, político, social y cultural del que se ha hablado mucho y que viene a explicar una cada vez más intensa interrelación e interdependencia multinivel que se ha visto acelerada por las TIC en favor de un sistema económico más liberal favorecedor de grandes multinacionales y fondos de inversión. Además, si a este panorama añadimos el creciente fenómeno de las criptomonedas, que ya se utilizan masivamente sin controles gubernamentales firmes y seguros (nótese que, a la fecha de redacción del presente artículo, el así denominado Reglamento Mica, pretende dar una regulación integral en lo relativo a los emisores de cryptoactivos, plataformas de intercambio y las criptomonedas con intención de armonización de la legislación en todos los Estados Miembros de la Unión Europea, se encuentra aún pendiente de aprobación) nos encontramos en una nueva era marcada por unas nuevas relaciones económicas que han de ser supervisadas, o al menos así lo entendemos, por los diferentes estados en aras de conseguir que exista una distribución equitativa de la riqueza y no se acrecienten las diferencias socioeconómicas que acechan a colectivos vulnerables, como pueden ser los menores y/o jóvenes, que intentan labrarse un porvenir cuando por ejemplo los alquileres de las viviendas están batiendo récords históricos y las políticas públicas de promoción del derecho no fundamental a la vivienda, se están revelando insuficientes. Así las cosas, se requiere con premura que el Derecho se articule a nivel global y de forma efectiva mediante grandes pactos en favor del humanismo, que parece haberse olvidado. Sobre el asunto puede verse *ad exemplum* a STIGLITZ en STIGLITZ, J.E., (Trad. PRADEIRA SÁNCHEZ, A.) *El precio de la desigualdad*, De bolsillo, Madrid, 2015, *passim*.

²⁴ El término fue acuñado por el sociólogo canadiense Marshall McLuhan (1911-1980) y aparece en diversas ocasiones en títulos como *La aldea global y La guerra y la paz en la aldea*

gigantescas corporaciones como «Meta», de donde proviene «Metaverso»²⁵ entre otros, intentan dar explicación a la realidad y/o virtualidad que nos circunda, con faz poliédrica, multifactorial y dinámica que nos interrelaciona en la distancia, y a la que como vemos, se le busca una etiqueta con más o menos fortuna desde distintas ramas del saber.

II. EL TRÁNSITO DE LA MONEDA FÍSICA A LA VIRTUAL

En este contexto cada vez más inmaterial e inmediato, la moneda física y su utilización como medio de pago va perdiendo protagonismo en favor de las tarjetas de crédito y débito, con distintos tipos de formato cada vez más

global. Este término se refiere a las consecuencias socioculturales de un tipo de comunicación que se propaga a nivel mundial de forma prácticamente inmediata, viéndose acelerado este fenómeno mediante las potentes redes que transportan ingentes cantidades de datos a unas velocidades nunca imaginadas. Se hace referencia a que vivimos hechos que nos afectan como si fueran cotidianos y muy cercanos cuando en realidad están sucediendo a grandes distancias espacio-temporales, hechos que nos informan de datos que ni tan solo hemos elegido entre infinitos contenidos. Al albur de los tiempos podemos afirmar que McLuhan fue un verdadero visionario, pues cuando falleció en 1980 la informática solo estaba al alcance de gobiernos y grandes corporaciones, e Internet tan solo existía para usos estrictamente militares.

²⁵ Metaverso, proviene del nombre Meta (procede del mismo término griego μετά, que significa «más allá de» o «después de»), que es la nueva denominación que ha adoptado Marc Zuckerberg para Facebook. De este nuevo nombre surge Metaverso como un concepto que comprende el mundo virtual en el que Google, Microsoft, Nvidia, entre otras corporaciones han apostado muy fuerte con sus activos para comercializar a diversos niveles un mundo virtual con grandes posibilidades de expansión. Las gafas que permiten viajar en la virtualidad son solo un ejemplo entiendo muy iniciático sobre lo que apunta este fenómeno. Sin embargo, no todo son buenos augurios para esta realidad virtual, pues el 29 de noviembre de 2022, a las 21:00 h, la Unión Europea organizó una fiesta para la Comisión Europea en el Metaverso a la cual solo asistieron seis personas. Este evento fue financiado con el dinero de los contribuyentes, obtuvo una visualización del evento de 44 personas y asistieron solamente 6. Se trataba de un metaverso desarrollado por Meta, que al conectarse solicitaba pocos datos, un nombre y apellido y el usuario de la red social Instagram. El anuncio se hizo público en la página del Metaverso Global Gateway. Para poder celebrar esta fiesta digital se gastaron alrededor de 387.000 euros en concepto del pago a Meta por haber desarrollado el espacio virtual, que, si bien es muy conocido por los jóvenes para las redes sociales, es muy desconocido en referencia con la labor de las instituciones. El proyecto fue presentado por la UE mediante Úrsula Von der Leyen para conseguir nuevas infraestructuras en países que están en vías de desarrollo. Todo y el fracaso de este evento, la UE tiene previsto invertir 300.000 millones de euros para engrandecer las infraestructuras en otros países con una fecha límite de 2027 para el desarrollo de estas plataformas. *Vid.* JIMÉNEZ BRAVO, R., «La Unión Europea gastó casi 400.000 euros en una fiesta programada en el metaverso y tuvo solamente 6 asistentes», COINTELEGRAPH, disponible en: <https://es.cointelegraph.com/news/the-european-union-spent-nearly-400-000-euros-on-a-party-scheduled-in-the-metaverse-and-had-only-6-attendees>, (Fecha de última consulta: 7 de diciembre de 2022).

cómodos para el usuario, de uso inmediato y proclive a la utilización irreflexiva, como el *Contactless*²⁶, que no solamente puede utilizarse con las tarjetas tradicionales, sino que cada vez con mayor frecuencia se gestiona con un terminal de teléfono o un reloj tipo *smartwatch*.

La forma de pago mediante las tarjetas de crédito y/o débito es algo tan usual que ya en la mayoría de los comercios no se requiere ni un mínimo importe para el pago, y se utiliza para abonar incluso un sencillo café o una barra de pan. Esta comodidad puede comportar que alguien se haga con una tarjeta que no es la suya y realice pagos inferiores a los veinte euros (este importe se elevó en la mayoría de las entidades a los cincuenta euros durante el periodo de confinamiento de la COVID-19 para evitar al máximo el contacto físico, y por ende el contagio), establecidos como límite para comprar sin marcar el PIN de seguridad.

Esta sencillez de uso, sin embargo, también tiene peligros que pueden favorecer la criminalidad mediante la clonación o la suplantación de identidad, entre otras formas delictivas.

BECK describió a la nueva «Sociedad del riesgo» situada en una era post-industrial donde la humanidad dispone de una serie de avances tecnológicos de gran relieve que van a permitir disfrutar de un nivel de bienestar que nunca se había vivido. Por contra, el mismo autor apunta que esta sociedad inmersa en un riesgo permanente tiene peligros ilimitados desde el punto de vista espacial, temporal y social quebrando las tradicionales reglas de la imputabilidad en relación con la causalidad y la responsabilidad, en un marco donde los riesgos no pueden ser asegurados ni compensados²⁷.

²⁶ El sistema *contactless* incorpora una tecnología de comunicación inalámbrica que funciona en un radio de acción muy corto. Así, el pago se realiza al situar la tarjeta sobre un datáfono, sin necesidad de introducirla en el TPV o pasarla por el lector de banda. Si bien se trata de un sistema cómodo, también ofrece el peligro consistente en que sea más sencillo el captar la información de la banda magnética por parte de los delincuentes cibernéticos, pues se ha demostrado que puede realizarse, por ejemplo, traspasándose las paredes de un bolso o un billettero, aunque sea algo nada sencillo. Esto es posible ya que las tarjetas con el sistema *contactless* utilizan NFC (*Near Field Communication*), que es la misma tecnología que disponen los móviles para llevar a cabo algunas comunicaciones entre sí. Se trata de una especie de «*Bluetooth*», pero con una distancia bastante menor. Este tipo de sistema de transmisión inalámbrica sirve para poder identificarnos y efectuar pagos siempre que exista un terminal compatible con esta tecnología. Cada una de las tarjetas que sean compatibles con el *contactless* tiene en su parte interior una antena NFC que no puede verse a simple vista porque es muy fina. Esta permitirá que se inicie la comunicación con el TPV y así poder efectuar pagos. No hemos de confundir este sistema con el chip visible que disponen algunas tarjetas (EMV cuyo nombre proviene de sus fundadores: Europay, MasterCard y Visa) y que tiende a la desaparición.

²⁷ BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Editorial Planeta, Barcelona, 1998, págs., 19 y ss.

Los avances tecnológicos y el bienestar social de la sociedad en la que vivimos podemos afirmar que tienen una doble cara cual dios Jano²⁸, con bondades y peligros que podrán afectar a gran cantidad de ciudadanos, algunos de estos constituyendo colectivos altamente vulnerables, como pueden ser las personas de edad avanzada y los menores.

El imparable crecimiento de la utilización de Internet, su utilización masiva y doméstica como algo totalmente cotidiano que está al alcance de cualquier persona y cada vez en edades más tempranas, hace que el legislador deba proteger sobre todo a los intereses de quienes son más débiles ante, por ejemplo, ciertos usos del *blockchain*, las criptomonedas, o distintas formas de pago como por ejemplo el exitoso Bizum, que empezó como un medio de pago para pequeñas cantidades destinadas a regalos de fiestas de cumpleaños y que se ha extendido de forma exponencial llegando a ser la aplicación móvil más utilizada para realizar pequeñas transacciones, superando ya los 20 millones de usuarios en todo el mundo. El principal problema que tiene este tipo de transferencias bancarias es la inmediatez y que no tiene retorno. Con introducir un número de teléfono móvil o de cuenta bancaria del destinatario a quien queremos transferir un importe de dinero es suficiente, y son muchos los errores que pueden cometerse en esta simple operación si se realiza de forma precipitada. Se recomienda realizar estas transacciones con suficiente sosiego comprobando muy bien la numeración, porque si existe una equivocación de destinatario solamente cabe contactar con este y solicitarle la devolución explicando que se ha tratado de un error, y si no accede a la devolución se deberá recurrir a un procedimiento judicial para la recuperación del importe, que a veces no resultará práctico ni rentable por la escasa cuantía que normalmente se maneja.

En la década de los ochenta la informática comenzaba a entrar con fuerza en los hogares de todos los españoles mediante consolas tipo Spectrum, evidentemente sin conexión a ninguna red, pero ya fue un paso muy importante para el uso doméstico y la democratización de las tecnologías. En esta misma década RAMOS PORTERO²⁹ ya empezaba a hablar de «delito informático», y asimismo también lo hacía DAVARA RODRÍGUEZ³⁰ cuando indicaba que la acción delictiva cometida mediante la informática recoge las características

²⁸ Jano es representado con dos caras, mirando hacia ambos lados de su perfil, y no tiene parangón en la mitología griega. Al igual que Prometeo, Jano es un tipo de héroe cultural, ya que se le atribuye entre otras cosas la invención del dinero, la navegación y la agricultura. *Vid. MARTÍN, R., Diccionario de la mitología clásica*, Espasa Calpe, México, 1998, *passim*.

²⁹ RAMOS PORTERO, R., «Los delitos informáticos», en *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 1989, págs.176 y ss.

³⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, M.Á., *Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 302.

que delimitan el concepto de delito cuando se haya llevado a cabo utilizando un elemento informático vulnerando los derechos del titular, ya sea mediante *hardware* o *software*.

Por su parte ROMEO CASABONA³¹ señalaba que, si acudimos al significado prístino del concepto, no se puede hablar de delito informático y sí de una serie de delitos que tienen como denominador común el hecho de haber sido cometidos mediante ordenadores.

En este orden de cosas, cabe destacar que en el Código Penal no existe una categoría específica de «delito informático»³² *per se*, si bien es notorio que hay un ámbito criminal caracterizado por utilizar medios informáticos con una cibercriminalidad muy cambiante, especializada y transnacional. De hecho, una de las grandes cuestiones de la dogmática penal en el ámbito de la ciberdelincuencia es, precisamente, la conceptualización de cada *nomen iuris* utilizado en este campo del conocimiento jurídico y sus consecuencias sistemáticas e interpretativas.

III. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO 249.1. B) Y 249.2 B) CP

1. *Bien jurídico protegido*

Este tipo penal protege el patrimonio³³, y el objeto de la acción, puesto que es una estafa, viene constituido por cualquier activo patrimonial que el sujeto activo consiga transferir dentro de la esfera de su poder, pudiendo ser bienes muebles o inmuebles, derechos o servicios.

El activo patrimonial está constituido por el conjunto de bienes, inversiones y derechos de propiedad. Se trata de aquellos bienes e inversiones adquiridos que se mantienen en movimiento y fácilmente se pueden convertir en dinero. Asimismo, dentro de este concepto podemos incluir todo aquello que

³¹ ROMEO CASABONA, C., «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», en AA.VV. (Coord. ROMEO CASABONA, C.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 8.

³² Con el despunte de las computadoras personales, en la década de los 80, comienza a utilizarse el término «delincuencia informática», para referirse «[al] abuso de medios informáticos con fines delictivos». Concepto que no debe confundirse con el de «ciberdelincuencia», de más reciente aparición. PÉREZ LÓPEZ, X., «Introducción», en: FERNÁNDEZ BERMEJO, D. (Dir.), *Blanqueo de Capitales y TIC: Marco Jurídico Nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas. Ciberlaundry. Informe de situación.*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 11.

³³ La doctrina mayoritaria entiende este término en su ámbito económico-jurídico y no meramente personal, comprendiendo, a la postre, aquellos bienes susceptibles de contenido económico a los que les sea otorgado reconocimiento por el Ordenamiento Jurídico. GALLEGÓ SOLER, J.I., *Op. cit.*, p. 856.

tiene un valor en el mercado y que pueda convertirse en dinero, que podrá ser contable o documental, el crédito y la obtención de servicios, siempre que no se trate de objetos que puedan tener su propio tratamiento penal, como podría ser el caso de los secretos industriales.

Como hemos indicado anteriormente, el engaño es un elemento fundamental del presente delito y es por lo que, entendemos que no solamente se protege el patrimonio, sino también la buena fe o las relaciones de confianza que han de regir con normalidad el tráfico jurídico.

2. *Acción típica*

Ya en la época de más esplendor del derecho romano la estafa tuvo la denominación de *Crimen stellionatus*, un crimen en el que se recogían conductas punibles muy variadas y donde existía una imprecisión jurídica considerable. Tal y como señaló QUINTANO RIPOLLÉS³⁴: «indica bien a las claras la imprecisión de su naturaleza, variable e indecisa cual la del saurio³⁵, del cual tomó por eso el nombre». El Estelionato en aquel momento histórico era verdaderamente un cajón de sastre para delitos que no tenían ni tan solo denominación.

El tipo penal que aquí comentamos recoge el concepto de estafa³⁶, que entró a formar parte de nuestra legislación en la reforma del CP de 1983, acogiendo las tesis del maestro ANTÓN ONECA³⁷ de 1958 que disponía de unánime acuerdo doctrinal en el sentido de considerar que los elementos de la acción típica son: el engaño idóneo o bastante para generar el error de otro, el desplazamiento patrimonial y un perjuicio económico en el patrimonio de quien es estafado o de un tercero.

Las estafas pueden adoptar múltiples formas, desde el popular «Tocomocho»³⁸, pasando por el «El nazareno»³⁹ o el «Timo de la

³⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, en *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1977, Tomo II, pp. 562 y ss.

³⁵ Esa referencia a un «saurio» —que algunos autores han vinculado metafóricamente con el camaleón para justificar el «carácter camaleónico» del Estelionato— podría tener su origen en una segunda acepción del término latino *Stellio*, que significa lagarto.

³⁶ Sobre el término «Estafa», véase ANTÓN ONECA, J., «Voz “Estafa”», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1958, págs., 56 y ss.

³⁷ ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *Derecho penal Parte especial*, tomo – II, Reus, Madrid, 1949, *passim*.

³⁸ Según el Diccionario de la RAE: Timo cometido con un billete de lotería falso con el que se estafa a alguien vendiéndoselo o intentando vendérselo como premiado, a un precio inferior al de su premio. Disponible en: <https://dle.rae.es/tocomocho?m=form>. (Fecha de última consulta: 1 de febrero de 2023).

³⁹ El Nazareno, es una de las estafas más conocidas en España que, como otros delitos, se ha transformado y adaptado al entorno tecnológico. Principalmente, los estafadores

estampita»⁴⁰ que popularizó el mítico Tony Leblanc⁴¹, llegando a nuestros días con una serie de engaños que se cometen a través de las redes y medios informáticos como: las promesas de beneficios estratosféricos en poco tiempo con una mínima inversión inicial en productos de «dietas milagrosas», «sea su jefe trabajando desde casa», «introduzca los datos de su tarjeta de crédito y/o débito para comprobar su seguridad—desde una *interface* clonada de una entidad financiera»—, invierta en apuestas deportivas, invierta en criptomonedas, etc. Todo ello sin olvidar las muy bien

centran su actividad delictiva en empresas suministradoras de productos de fácil salida el mercado negro, como electrodomésticos, material informático, bebidas alcohólicas... «en general productos de primera necesidad». Los estafadores, conocidos en el argot como nazarenos, se ganan la confianza de la empresa proveedora basándose en técnicas de ingeniería social. Así, los ciberdelincuentes, logran comprometer el «eslabón más débil» de la seguridad en los entornos digitales, «que siguen siendo las personas». Para generar confianza, el estafador ofrece como fachada estar representando a una empresa de apariencia solvente y de reconocido prestigio, de la que aporta todos los documentos necesarios y que previamente han sido falsificados. Después de una primera compra, que pacta pagar con letras de cambio o medios similares siempre con la intención de ganar tiempo para que la estafa se descubra lo más tarde posible, suele intentar una segunda compra en similares condiciones que la anterior. Existen varias recomendaciones para evitar a los nazarenos, dado que la mayoría de los fraudes son cometidos exclusivamente en entornos digitales, sin participación física de persona alguna, donde se crea un entorno ficticio de apariencia creíble. *Vid.* STS 1015/2013, de 23 de diciembre.

⁴⁰ El timo de la estampita es una estafa muy antigua y conocida por el público general. El timo discurre de la siguiente forma: La víctima (o 'primo' en la jerga de los truhanes), es abordada en la calle cuando está sola, por un estafador que hace el papel de 'tonto'. Normalmente le pregunta dónde está un colegio o una iglesia (así ha ocurrido en el último caso en la capital del Jerte) y le enseña un paquete o un sobre con un fajo de billetes. En ese momento le dice que son estampitas como las antiguas de los santos, que son todas iguales, llegando en ocasiones a romper un billete delante de él para hacer ver la poca importancia que da a los supuestos billetes. Es entonces cuando aparece el otro estafador, 'el listo', que al ver el dinero le propone a la víctima ir a medias, quedándose con el paquete lleno de billetes a cambio de darle al 'tonto' algo para no dejarle desvalido. El estafador 'listo' pone su parte y al preguntarle a la víctima qué aporta, da el dinero que tenga encima y las joyas. Si no tiene nada encima, le llevan a su casa a por dinero o joyas y al banco. Para realizar este desplazamiento el 'listo' siempre suele tener su coche cerca. Una vez que los estafadores tienen el botín, el 'listo' se ofrece a llevar al 'tonto' en su coche al colegio o a la iglesia a la que iba, mientras le pide al 'primo' que le espere en la calle o en un bar con el paquete. Los estafadores se van y no vuelven, y cuando el 'primo' se dispone a ver su tesoro se da cuenta del engaño, al ver el abultado fajo de dinero son solo papeles. *Vid.* STS 124/2014.

⁴¹ Un cartel de lujo que contó con: Tony Leblanc, Concha Velasco, Antonio Ozores, Laura Valenzuela, Juan Calvo, Antonio Riquelme, José Luis López Vázquez, Manolo Gómez Bur, Jesús Puente, José María Tasso, entre otros, protagonizaron en 1959 el filme «Los tramposos», donde Paco y Virgilio encarnaban a dos golfos madrileños que vivían del timo en todas sus variantes: desde el «Timo de la estampita» al «Tocomocho». Este filme de gran éxito fue dirigido por Pedro Lazaga con guión de José Luis Dibildos.

elaboradas estafas piramidales⁴² estilo Ponzi⁴³ como la que protagonizó Bernard Madoff⁴⁴ en EE. UU. y las estafas sufridas por miles de ciudadanos/as en España, en los casos AFINSA⁴⁵ y Fórum Filatélico⁴⁶.

Es evidente que los tiempos han cambiado, y el ordenamiento jurídico penal español, ya sea en su vertiente sustantiva y/o adjetiva se construyó con

⁴² Sobre las estafas piramidales, *Vid.* FERNÁNDEZ-SALINERO SAN MARTÍN, M.A., *Las estafas piramidales y su trascendencia jurídico penal*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 19. FERNÁNDEZ-SALINERO SAN MARTÍN afirma que al no existir en el CP español una definición de lo que es jurídicamente una estafa «piramidal», deviene necesario acudir a la interpretación jurisprudencial y cita la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2017, que ofrece en su Fundamento de Derecho cuarto una definición clara y concisa.

⁴³ El nombre proviene de Charles Ponzi que, en Estados Unidos, en la década de 1920, acumuló una gran fortuna utilizando el arbitraje legítimo de cupones de respuesta internacionales para sellos postales que después desviaba desde los inversionistas para abonar a otros inversionistas anteriores. Este esquema de estafa piramidal está basado en la confianza de quien recomienda el producto que supuestamente generará pingües beneficios, y todo funciona sin ningún problema hasta que un número importante de inversionistas decide recuperar el dinero, produciéndose entonces el colapso.

⁴⁴ El fraude que perpetró Bernard Madoff llegó a alcanzar los 64.800 millones de dólares, hecho que le convirtió en la persona que había perpetrado el mayor fraude de la historia. En junio de 2009 fue sentenciado a cadena perpetua *de facto*, pues la sentencia era de 150 años de prisión, el máximo que admitía el caso. Madoff falleció en prisión de muerte natural en abril de 2021.

⁴⁵ AFINSA fue un grupo empresarial español que invertía mayormente en numismática y otros bienes tangibles. Este grupo operaba en diversos mercados de Europa, Asia y Estados Unidos de Norteamérica. Tenía sucursales en: Barcelona, Vigo, Valladolid, Lisboa, Londres y París. En 2004 llegó a tener un centenar de sucursales, unos 2600 empleados, y contaba con 143.000 clientes. El volumen de negocio de ese año fue de 542 millones de euros y sus ganancias llegaron a ascender hasta 51 millones, si bien después de su intervención se llegó a demostrar que tenía un pasivo exigible con sus clientes de más de 1700 millones de euros. AFINSA en 2006 fue intervenida por orden judicial acusada de delitos contra la Hacienda pública, blanqueo de capitales e insolvencias punibles, y varios de sus directivos fueron condenados a penas privativas de libertad y a abonar 2574 millones de euros a los casi 200.000 inversores que tenía.

⁴⁶ Fórum Filatélico fue una sociedad española que invertía primordialmente en numismática. El 9 de mayo de 2006 fue acusada de estafa, blanqueo de capitales, insolvencia punible y administración desleal. Los directivos de esta empresa fueron condenados en 2018 a penas de hasta 12 años de cárcel que fueron confirmadas por el Tribunal Supremo en 2020.

El atractivo de esta empresa consistía en que prometía una rentabilidad fija que no dependía de la evolución del mercado y que estaba muy por encima de cualquier inversión tradicional. Miles de inversores confiaron sus ahorros de toda la vida, y cuando se produjo la intervención judicial se pudo demostrar que se trataba de una estafa piramidal, pues el activo real era ínfimo.

Fórum Filatélico llegó a patrocinar a un equipo de baloncesto de primera división a los efectos de conseguir tener una buena imagen ante la opinión pública.

base en un sustento de delincuencia física, y normalmente individual, que nada tiene que ver con la realidad actual, la informática, Internet y la creciente relación virtual entre los operadores de los medios de transacciones económicas. Como consecuencia, los paradigmas de la investigación criminal tradicional han tenido que ser modificados a marchas forzadas para la persecución de una delincuencia con una alta y cambiante tecnificación⁴⁷.

Centrándonos en el delito que aquí se analiza, como exigencias que derivan de la tipicidad encontramos la necesidad de la relevancia del comportamiento criminal, la relación de causalidad⁴⁸ y la imputación objetiva del resultado. Todos ellos, elementos que la jurisprudencia ha venido recogiendo de forma reiterada⁴⁹.

Si bien se trata de un delito que se perpetra con una acción se plantea la doctrina la posibilidad de comisión por omisión.

En Alemania suele afirmarse que la estafa puede cometerse por omisión siempre que el sujeto tenga el deber de obrar, y de esta forma SCHÖNKE⁵⁰ lo fundamenta en la lealtad obligada cuando hay determinadas relaciones de confianza entre el sujeto activo y el pasivo.

Asimismo, la doctrina que parte de la promulgación del Código Penal de 1995 ha hecho especial inciso en la necesidad de la comprobación de una relación de riesgo coherente entre la acción y el resultado final de conformidad con los criterios de la imputación objetiva. Llegados aquí, existe el requisito fundamental para que pueda cometerse el engaño típico, que requiere un

⁴⁷ Una interesante reflexión sobre este nuevo panorama puede verse *ad exemplum* en CORCOY BIDASOLO, M., «Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 21, 2007, *passim*. Se plantean problemas realmente complejos en relación con la detección y prueba de las conductas delictivas que se producen con la utilización fraudulenta de medios de pago electrónicos, ya que los cibercriminales cada vez utilizan sistemas de comisión delictiva mucho más difíciles de perseguir. Sobre la cuestión probatoria puede verse por todos a VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010, y VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos tecnológicos, definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepín, Madrid, 2016.

⁴⁸ Según establece la STS 633/2016, 14 de julio –ECLI: ES:TS:2016:3503–, es necesario que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de forma que entre engaño y perjuicio debe mediar la existencia de un nexo causal que implique que el detrimento en el patrimonio es consecuencia directa de la conducta engañosa, todo ello amparado por el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto.

⁴⁹ *Ad exemplum*: SSTS de 29 julio 2002, 25 marzo 2004, de 2 noviembre 2004, 15 julio 2004, 11 julio 2005, 19 mayo 2005, 27 abril 2006, entre otras.

⁵⁰ Citado por LUZÓN CUESTA en LUZÓN CUESTA, J.M.^a, *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 226.

acto que pueda derivar *ex ante* en un riesgo penal de lesión del bien jurídico protegido, que es el patrimonio de la víctima.

Entendemos que este riesgo de lesión *ex ante* en los casos de utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje u otros medios de pago queda cada vez más difuminado a los ojos del legítimo titular, pues no es nada infrecuente el encontrar casos en los que la víctima no se da cuenta hasta pasado un largo tiempo porque las cantidades que se van extrayendo son mínimas.

Para que pueda concretarse la estafa ha de existir una situación de verosimilitud, pues no es nada creíble, por ejemplo y con *animus iocandi*, que compremos un vehículo que utilice pasta de dientes como combustible. El llamado «engaño burdo»⁵¹ no entraría en el ámbito de la estafa, si bien se ha de tener en cuenta las características de la víctima, pues no es lo mismo estafar a una persona de edad media con estudios superiores que a una persona de edad avanzada que prácticamente no conoce otro medio de pago que no sea el efectivo metálico.

Es bien cierto que la codicia humana no tiene límite y ello hace que se cometan estafas con productos financieros que prometen intereses muy elevados, incluso diríamos «ilusorios» en momentos de bajada generalizada de tipos de interés. Traemos a colación el caso de los pagarés⁵² de Nueva

⁵¹ En este sentido la STS 228/2014, de 26 de marzo, considera que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es ‘bastante’. Dicho de otra manera: el engaño no tiene que quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (STS 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima.

⁵² El 23 de febrero de 2009 se realizó la primera emisión de pagarés de Nueva Rumasa a través de la empresa Carcesa, dedicada al sector de la alimentación y propietaria de las marcas comerciales Apis y Fruco. Se llegaron a realizar cinco emisiones de pagarés siempre a través de empresas que escapaban al control de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. A causa de las características de estos pagarés, en cuya emisión no intervenía ninguna entidad financiera, y que no tenía ningún tipo de control de la CNMV, este organismo regulador emitió hasta 7 comunicados a través de su web en los que advertía de los riesgos de estas operaciones y pedía a los potenciales inversores que se informaran convenientemente a través de asistencia financiera especializada. El 14 de abril de 2010, a instancia de la CNMV, el Gobierno reformó el artículo 30 bis de la Ley 24/1988 del mercado de valores de forma que en la venta de títulos dirigida al público en general, empleando cualquier forma de comunicación publicitaria, tuviera que existir como intermediario un gestor financiero autorizado que debía responder ante la CNMV.

En junio de 2010, Nueva Rumasa realizó una quinta emisión de pagarés con una rentabilidad del 10% si la inversión se realizaba a un año y del 12% si se realizaba a dos años, con una compra mínima de cincuenta mil euros. La emisión no fue publicitada en los medios de comunicación como sí lo fueron las anteriores, de forma que a esta no le afectaba la modificación de la ley del mercado de valores y por lo tanto no requirió la existencia de un intermediario ni quedó bajo la supervisión de la CNMV.

Rumasa, que en momentos en los que las entidades financieras remuneraban los ahorros de sus clientes con una TAE de alrededor del 3 %, los empresarios jerezanos prometían una rentabilidad asegurada de un 10 % anual, y ello se anunciaba en medios televisivos a pesar de las advertencias de la CNMV. Todo ello se producía todo y conociéndose los antecedentes histórico-delictivos que tiene el nombre del que fue el mayor holding de la historia de España, Rumasa, con más de 700 empresas y que llegó a alcanzar la cifra de 60.000 empleados.

Antes de la reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 14/2022⁵³, de 22 de diciembre el artículo 248 rezaba de la siguiente forma:

«1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero».

Este precepto recogía un *numerus clausus* de medios mediante los que se podía cometer la estafa y ello, desde nuestro punto de vista, generaba una verdadera «obsolescencia legislativa programada» porque de todos es sabido que los medios de pago han avanzado de forma imparable adoptando diversas formas que escaparían del castigo del artículo 248.2 c) CP. Esta cuestión, también fue planteada de forma muy atinada por SOLARI MERLO, que destacaba que el precepto contenía una enumeración taxativa de medios a través de los que se podía cometer la estafa –tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje– que suponía la atipicidad de conductas en las que el sujeto activo se valiera de otros instrumentos de eficacia similar⁵⁴.

⁵³ Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Sobre la cuestión, puede verse a mayor abundamiento el trabajo de BUSTOS RUBIO, en BUSTOS RUBIO, M., «La reforma de la ciberestafa y la incorporación de los medios de pago digitales en el Código Penal», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 38, 2023.

⁵⁴ SOLARI MERLO, M., «Del dinero de plástico al dinero intangible. Interpretación penal de las tarjetas de pago con especial consideración de la Directiva (UE) 2019/713»,

Asimismo, la conducta típica descrita en este artículo ha sido criticada por su vaguedad, si bien entendemos que una descripción demasiado concreta de los actos tipificados podría llegar a constituir un elemento que haría que a muy corto plazo el precepto se convirtiese en obsoleto por los continuos cambios que acontecen en el ámbito tecnológico.

A partir de la reforma de referencia, el artículo 248 CP queda circunscrito para el delito genérico de estafa y la utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje del antiguo art. 248. 2 c) ha pasado a regularse en el art. 249. 1 b) y 249.2 b) CP, que en la actualidad tiene el siguiente tenor literal:

«Artículo 249.

1. También se consideran reos de estafa y serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años:

a) Los que, con ánimo de lucro, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que, utilizando de forma fraudulenta tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

2. Con la misma pena prevista en el apartado anterior serán castigados:

a) Los que fabricaren, importaren, obtuvieren, poseyeren, transportaren, comerciaren o de otro modo facilitaren a terceros dispositivos, instrumentos o datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas previstas en este artículo.

b) Los que, para su utilización fraudulenta, sustraigan, se apropiaren o adquieran de forma ilícita tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo.

3. Se impondrá la pena en su mitad inferior a los que, para su utilización fraudulenta y sabiendo que fueron obtenidos ilícitamente, posean, adquieran, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago materiales o inmateriales distintos del efectivo».

Esta nueva regulación de la utilización fraudulenta de medios de pago distintos del efectivo se ha llevado a cabo por la necesidad acorde con los

en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 23-21 2021. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-21.pdf>, p. 21. (Fecha de consulta: 30 de diciembre de 2022).

tiempos, de la transposición de normativa de la Unión Europea, como la Directiva 2019/713, de 17 de abril⁵⁵ en relación con el art. 5 del Tratado de la Unión europea, que persigue los siguientes objetivos señalados en el Considerando 40:

«[...] garantizar que el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo sean castigados con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, y mejorar y fomentar la cooperación transfronteriza entre las autoridades competentes, así como entre las personas físicas y jurídicas y las autoridades competentes, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido a sus dimensiones o efectos, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos».

Si acudimos al Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre⁵⁶ en su parte primera, encontramos de forma muy clarificadora que se hace una expresa referencia a la obsolescencia de algunos tipos penales y a la necesidad de la regulación de medios de pago distintos del efectivo, que atiende de forma prioritaria a los diferentes bienes jurídicos tutelados o puestos en peligro, como el patrimonio, la seguridad del tráfico o la fe pública, y no solamente al concreto modo de comisión. También se hace especial inciso en la creciente

⁵⁵ Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo. *Vid. Diario Oficial de la Unión Europea*, de 10 de mayo de 2019. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0713&from=es>. (Fecha de última consulta: 26 de enero de 2021).

⁵⁶ *Vid.* Boletín Oficial del Estado del viernes 23 de diciembre de 2022, págs., 1-3. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2022/12/23/pdfs/BOE-A-2022-21800.pdf>. (Fecha de última consulta: 31 de diciembre de 22). «Ello implica la necesidad de una ajustada y diligente transposición al ordenamiento jurídico español, en concreto, de diversas directivas que afectan al ámbito penal sustantivo. Tal es el caso, en primer lugar, de la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, [...] Esta Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, se inserta dentro de la línea de la política criminal europea de lucha contra la criminalidad organizada, ámbito en el que los instrumentos de pago no dinerarios se han articulado como un medio para facilitar la obtención y blanqueo de las ganancias obtenidas con dichas acciones delictivas [...] La Directiva, sin embargo, se centra en una regulación conjunta del fraude y de la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, alejándose de la sistemática clásica de nuestro Código Penal, que atiende prioritariamente a los diferentes bienes jurídicos tutelados o puestos en peligro...».

importancia de los medios de pago inmateriales⁵⁷ entre los cuales se encuentran los soportes digitales de intercambio en un contexto en el que la criminalidad cibernética ha incrementado como consecuencia del aumento de la «ciberpoblación» en el ámbito de Internet, con la comisión de los denominados «eurodelitos», que tienen una transcendencia transfronteriza⁵⁸ y que entendemos que han de regularse mediante una legislación que permita la persecución internacional de forma ágil, pues los ciberdelincuentes no entienden de fronteras.

El art. 248.2 c) CP (reformado en diciembre de 2022) fue ampliado tras la reforma 5/2010 del CP, un cambio *ad hoc* muy necesario a causa de los avances tecnológicos y, por la variedad de formas de delinquir que pueden producirse en este ámbito.

El tipo que aquí analizamos quizás sea más extenso de lo que se precisaba, pues incluye supuestos que ya encontraban su ubicación en la estafa

⁵⁷ Es preciso acudir a los artículos del 3 al 6 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión Marco 005/222/JAI del Consejo, donde se indica expresamente que son punibles una serie de infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumentos de pago inmateriales que no sean efectivo. A tenor de la directiva citada y entre los arts. 3 al 6 lo son las siguientes: acceso ilegal a los sistemas de información, interferencia ilegal en los sistemas de información, borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información, intencionalmente y sin autorización, sea sancionable como infracción penal, interceptación ilegal (por medios técnicos, de transmisiones no públicas de datos informáticos hacia, desde o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de un sistema de información que contenga dichos datos informáticos, intencionalmente y sin autorización). Es de gran interés el art. 10, que recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando estas infracciones sean cometidas en su beneficio por cualquier persona que, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de esta. Esta responsabilidad se basa en el poder de representación de dicha persona jurídica, o la capacidad para tomar decisiones en nombre de esta, o la capacidad para ejercer un control efectivo en su seno. La falta de supervisión o control por parte de alguna de las personas que tienen las facultades antedichas, son el gozne sobre el que se gravita la responsabilidad penal. En el apartado tercero del art. 10 de la directiva se indica expresamente que la responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 no excluirá la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autoras, inductoras o cómplices.

⁵⁸ En este sentido en el Considerando 29 de la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 se indica expresamente que: «Las infracciones a que se refiere la presente Directiva suelen ser de naturaleza transfronteriza. Para combatirlas es necesaria, por tanto, una cooperación estrecha entre los Estados miembros. Se anima a los Estados miembros a velar, en la medida adecuada, por la aplicación efectiva de los instrumentos de reconocimiento mutuo y asistencia judicial en relación con las infracciones contempladas en la presente Directiva». Se refuerza lo dicho sobre la necesaria cooperación entre países en el Considerando 40.

común con el uso fraudulento de las tarjetas o la suplantación del titular de estas. DOPICO GÓMEZ-ALLER⁵⁹ remarca que ello no tiene relevancia, pues el tipo del art. 248.1 y el del art. 248.2 CP tenían a la postre la misma penalidad.

El artículo 248.2 a) del Código Penal castigaba en primer lugar las manipulaciones informáticas, que no tenían una clara respuesta penal y donde no se podía aplicar la analogía *in malam partem*, proscrita en Derecho Penal.

En el apartado b) del art. 248 CP se castigaba la fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de estafas previstas en el presente artículo, y aquí podemos observar que se castigaban una serie de actos técnicos preparativos para una ulterior comisión del delito. Concretamente este apartado se incorporó al CP mediante la LO 15/2003 de 25 de noviembre de reforma del Código Penal.

Cuando se mencionan los programas de ordenador se hace referencia a aquellos que permiten causar un perjuicio a la víctima, no a la aptitud del sujeto activo, que podría ser más o menos experto en la materia. De ello se infiere que existen programas que pueden servir *ab initio* para producir un daño, sin embargo, si el sujeto activo no tiene los conocimientos informáticos suficientes existirá una imposibilidad *de facto* para la comisión delictiva.

La tercera conducta que se castigaba en el artículo 248. 2 c), actual art. 249.1 b) y 249.2 b) del Código Penal, que es el núcleo central del presente artículo, contemplaba la utilización de tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje o datos obrantes en cualquiera de ellos para realizar operaciones sin perjuicio de su titular o de un tercero. Este apartado provenía de la reforma del CP operada por LO 5/2010, de 22 de junio como una novedad de gran importancia dada la utilización masiva de las tarjetas ya desde la década de los años 80, cuando entonces no existían los terminales TPV.

Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2022 de 22, de diciembre de 2022, se castiga en el artículo 249.1 b) CP como estafa la utilización de forma fraudulenta de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje, y en este punto se ha ampliado la punición a cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo⁶⁰ o datos obrantes en

⁵⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial», DE LA MATA BARRANCO, N. J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 232 y ss.

⁶⁰ Es preciso tener en cuenta que cuando en el CP se habla explícitamente de «instrumento de pago distinto del efectivo», hemos de acudir a la Directiva 2019/713, de 17 de abril y concretamente al art. 2 de los apartados a y b, que reza: «A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «instrumento de pago distinto del efectivo», un dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio; b) «dispositivo, objeto o documento protegido»,

cualquiera de ellos. Entendemos que aquí el legislador ha dejado una fórmula abierta a las diferentes formas de pago que van apareciendo de consuno a la constante evolución tecnológica, como pueden ser: Bizum⁶¹, criptomonedas, tarjetas virtuales, etc. Sin embargo, se mantienen en el articulado los cheques de viaje, que prácticamente ya están en desuso. Entendemos que con la nueva regulación también se recoge la utilización fraudulenta de las tarjetas de compra (que con tanto éxito comercializan marcas como El Corte Inglés, Zara, Pull & Bear, Mango, y un largo etcétera), que en referencia a estas y de forma muy acertada FARALDO CABANA⁶² destaca que las otorgan los establecimientos comerciales y pueden quedar equiparadas a la moneda legal, pues su funcionamiento es muy parecido al de las tarjetas de crédito o débito, ya que permiten efectuar una compra y postergar el abono hasta la facturación, es decir, pueden conceder un crédito, y por lo tanto deben ser consideradas como un instrumento de pago a los efectos del artículo 387 del Código Penal.

NÚÑEZ CASTAÑO⁶³ es del parecer que la conducta típica de este tipo de estafa recoge el hecho de ejecutar operaciones de cualquier tipo, y que esto puede comportar todo tipo de negocios jurídicos que se lleven a cabo con una transferencia patrimonial que genera un perjuicio para el sujeto pasivo. La misma autora entiende que de igual forma que en el tipo de la estafa genérica se exige que se materialice un perjuicio patrimonial respecto del titular de los medios de pago o de un tercero, que normalmente será una entidad financiera que los habrá emitido.

Por su parte, GALLEGO SOLER⁶⁴ especifica que este tipo penal castiga los supuestos de utilización de la tarjeta de crédito o débito y/o cheque de viaje sin el consentimiento del titular, pudiendo incluso existir una apropiación de

un dispositivo, objeto o registro dotado de una medida de seguridad contra la imitación o la utilización fraudulenta, por ejemplo mediante el diseño, un código o una firma».

⁶¹ El sistema de transacción Bizum, si bien está teniendo un gran éxito en los últimos tiempos comporta también una serie de riesgos, como pueden ser las estafas que se cometen a través de compras de segunda mano, petición de pagos por adelantado, supuestos abonos de la Seguridad Social o el aviso de pago por error mediante WhatsApp, entre otros.

⁶² FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, *passim*.

⁶³ NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Estafas realizadas mediante tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje (art. 248.2 c CP)», en NÚÑEZ CASTAÑO, E., GALÁN MUÑOZ, A., *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 63.

⁶⁴ GALLEGO SOLER, J. I., «Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales defraudatorios», CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); SANTANA VEGA, D. M.^a (Coord.); GÓMEZ MARTÍN, V.; BOLEA BARDON, C.; CARDENAL MONTRAVETA, S.; JOSHI JUBERT, U.; HORTAL IBARRA, J.C.; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.; CARPIO BRIZ, D.; DÍAZ MORGADO, C.; VERA SÁNCHEZ, J.S.; VALIENTE IVÁÑEZ, V.; CASTELLVÍ MONSERRAT, C.; RAMÍREZ MARTÍN, G.; BAGES SANTACANA, J.; MIRANDA, G.; ROGÉ SUCH, G., *Manual de Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 50.

la información que contienen estos soportes. No podemos soslayar que, con la tecnología actual, los cibercriminales tienen cada vez más instrumentos para poder captar información de forma ilegal extraída de las diferentes modalidades de tarjetas.

El mismo autor indica que el *modus operandi* puede ser muy variado y que puede consistir en la obtención de números y claves de las tarjetas utilizando diversas técnicas, como pueden ser: *keyloggers*⁶⁵, *nigerian phishing*⁶⁶, *skimming*⁶⁷, *smishing* (sinónimo de *vishing*)⁶⁸, *spyware*⁶⁹, *pharming*⁷⁰,

⁶⁵ Un *keylogger* es un *Software* espía que se utiliza para rastrear y registrar lo que se escribe en el teclado. Los cibercriminales se aprovechan de estos programas infectando intencionalmente dispositivos vulnerables y registrando información privada sin el conocimiento del usuario, robando así contraseñas y otra información. También se suelen utilizar dispositivos extraíbles, como unidades *flash*.

⁶⁶ Dicha estafa consiste en ilusionar a la potencial víctima con una fortuna inexistente y persuadirla para que pague o transfiera una suma de dinero por adelantado, como condición para acceder a la fortuna prometida.

⁶⁷ El *E-skimming* o *Web skimming* es una técnica utilizada por cibercriminales para obtener información bancaria y personal de tiendas online legítimas que posteriormente será vendida en el mercado negro, o utilizada directamente por los cibercriminales en su propio beneficio. El primer paso que deben llevar a cabo los cibercriminales consiste en obtener acceso a la tienda *online*, para ello se suelen valer de vulnerabilidades no parcheadas en el gestor de contenidos o mediante campañas de *Phishing*. Una vez han conseguido acceso a la tienda, modifican parte de su código fuente para que, cuando el cliente introduce información personal o bancaria, sea enviada al banco y también robada. De esta forma, tanto el cliente como el comercio no son conscientes del robo, ya que el pago es correcto, sin embargo, toda esa información ya está en manos de los cibercriminales. Al respecto, pueden verse, por ejemplo, las SSTS, n.º 450/2014, de 27 de mayo, ECLI:ES:TS:2014:2377 y n.º 560/2013, de 17 de junio, ECLI:ES:TS:2013:3612. Sobre todos estos términos véase Instituto Nacional de Seguridad (INCIBE). Disponible en: <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/e-skimming-y-proteger-tu-tienda-esta-tecnica-maliciosa>. (Fecha de última consulta: 2 de enero de 2023).

⁶⁸ Es un tipo de estafa de ingeniería social por teléfono en la que, a través de una llamada, se suplanta la identidad de una empresa, organización o persona de confianza, con el fin de obtener información personal y sensible de la víctima.

⁶⁹ El *Spyware*, también conocido como *Spybot*, es un tipo de programa malicioso. Es un tipo de *software* utilizado para recopilar información de una computadora o dispositivo informático y transmitirla a entidades externas sin el permiso del propietario de la computadora. El término *Spyware* también se utiliza para productos que no se corresponden estrictamente con este tipo de *Malware*.

Las funciones de este tipo particular de *Malware* son: recopilar datos e información privada, hábitos de navegación, nombres de usuario, mostrar anuncios no solicitados (ventanas emergentes), redirigir solicitudes de página e instalar marcadores telefónicos, entre otras.

⁷⁰ La palabra *Pharming* deriva del término *farm* (DOTA) (granja en inglés). Este método aprovecha una vulnerabilidad del *Software* de los servidores DNS y que consiste

*phishing*⁷¹, *whaling*⁷², etc. También existen formas más rudimentarias para utilizar las tarjetas de forma fraudulenta, como la que consiste en apoderarse de forma momentánea del medio de pago para introducir una serie de datos y comprar algún producto o servicio a través de Internet para posteriormente devolver la tarjeta de forma inmediata, tal y como recoge el actual artículo 249.2 b) CP.

MUÑOZ CONDE⁷³ nos recuerda una situación que se produce de forma muy común y que consiste en que el titular de la tarjeta o cheque de viaje excede el límite del importe que tiene concedido y efectúa compras perjudicando a la entidad emisora que, en este caso, sería el sujeto pasivo. El propietario del medio de pago cuando se excede puede ser que no lo haga a sabiendas, así pues, solamente se trataría de una estafa en el caso en que lo hiciera de forma dolosa, con los elementos cognitivo y volitivo característicos del tipo. En esta situación la realidad consiste en que el establecimiento que detecta que el usuario se ha extralimitado del importe que tiene concedido por la entidad financiera emisora, avisa a esta para que conceda una ampliación, y si lo hace, entendemos que es porque previamente ha habido un muy detallado estudio de riesgo financiero que prácticamente excluiría la posibilidad de que el usuario de la tarjeta consiga engañar y perjudicar con un desplazamiento patrimonial.

También en relación con esta situación VÁZQUEZ IRUZUBIETA⁷⁴ señala que el comerciante no sería estafado ni engañado, pues cobrará por sus servicios o ventas, y quien podría ser damnificado sería el banco o entidad emisora.

en modificar o sustituir el archivo del servidor de nombres de dominio cambiando la dirección IP legítima de una entidad (comúnmente una entidad bancaria) de manera que en el momento en el que el usuario escribe el nombre de dominio de la entidad en la barra de direcciones, el navegador redirigirá automáticamente al usuario a una dirección IP donde se aloja una web falsa que suplantarán la identidad legítima de la entidad, obteniéndose de forma ilícita las claves de acceso de los clientes la entidad.

⁷¹ El término *Phishing* (robo de identidad en español), acrónimo de *Password Harvesting Fishing* (pesca y captura de contraseñas) se refiere al acto de intentar obtener información personal de alguien de manera fraudulenta. La mayoría de estos ataques de *Phishing* comienzan con un correo electrónico o mensaje de texto en el que el remitente se hace pasar por un banco, una empresa o cualquier organización real para generar una situación de engaño.

⁷² Sinónimo de «Fraude del CEO». La forma en que se comete el ataque bajo esta figura es muy similar a la de los ataques de *Phishing*. Se procede mediante el envío de correos electrónicos falsos que contienen enlaces a sitios web fraudulentos, con la diferencia de que en el *Phishing* el afectado no es necesariamente un directivo o alto cargo de la organización.

⁷³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, (24ª. Ed.), 2022, p. 351.

⁷⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal Comentado*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 431 y 432.

El mismo autor argumenta que el titular de la tarjeta aparenta una solvencia que no existe y en todo caso lo que sí habría es un uso excesivo de confianza, que el banco o entidad financiera habría depositado en su cliente asumiendo el riesgo de la operación.

La tendencia jurisprudencial que entendía que seguir utilizando una tarjeta a sabiendas de que los fondos se habían agotado constituía un uso de apariencia engañosa con fingimiento de un crédito para inducir a error a los comerciantes, que vendían fiándose de una aparente solvencia que no se disponía ha quedado superada, pues en la actualidad cuando una entidad emisora detecta que se sobrepasa el crédito, de inmediato bloquea el medio de pago.

Habitualmente las entidades financieras dejan un margen para el endeudamiento en las tarjetas de crédito e incluso en las de débito, dependiendo de la solvencia del cliente, siempre previo estudio –hoy ya con algoritmos muy precisos– pudiendo resultar perjudicadas si no se satisface lo debido, si bien para estos casos existe el procedimiento civil correspondiente para reclamar.

Como indica GALLEGO SOLER⁷⁵, el criterio interpretativo que se impone en el tipo penal que analizamos es la utilización no autorizada de los medios de pago que hemos citado, o de los datos que se contengan en los mismos, ya sea el número de la tarjeta, fecha de caducidad, código de seguridad (últimos tres dígitos que aparecen en el reverso).

Por otra parte, la utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje que son falsificados para conseguir datos de otro titular y así operar con cargo a este, constituye una conducta que tiene como finalidad la defraudación, si bien tiene puntos de contacto con la falsedad documental.

En la actualidad la conducta que persigue defraudar no siempre se comete mediante el uso físico de la tarjeta, pues basta la obtención de su numeración y código secreto para utilizarla de forma fraudulenta. La forma de obtención de la numeración de las tarjetas con ánimo de defraudar es variopinta, y se utilizan muchas y diferentes argucias para perpetrar el delito, por ejemplo, mediante ofertas de productos a través de las redes sociales, que precisan que el usuario complete una serie de campos para obtener datos de sus tarjetas que serán utilizados para estafar.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ⁷⁶ es del parecer que este tipo penal tiene un difícil encaje en la estafa común y que estas actuaciones deberían de ser reconducidas al delito de robo con fuerza en las cosas, pues el autor entiende que es una tarjeta mal utilizada en perjuicio de la víctima que se asemeja a una llave

⁷⁵ GALLEGO SOLER, J. I. *Op. cit.* p. 50.

⁷⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Estafa», en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A. y SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., *Curso de Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 295.

física falsa. El mismo autor⁷⁷, de forma muy acertada hace referencia a otros medios de pago que son de mucho uso en nuestros tiempos, como pueden ser las tarjetas de compra de centros comerciales, de transporte o incluso de teléfono, que juntamente con los cheques, talones y letras de cambio no se recogían en este tipo, a nuestro modo de ver de forma errónea en relación con los tiempos en los que estamos viviendo.

Esta cuestión fue muy debatida entre la doctrina⁷⁸ hace años y a los efectos de clarificar la cuestión sobre si estamos ante un tipo de llave que permite

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO también entienden que estamos en la esfera de la utilización de tarjetas fraudulentas y que la conducta es equiparable al robo con fuerza. *Vid.* SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 436. CHOCLÁN MONTALVO también se inclinó por el robo con fuerza en las cosas, pero matizó que sería en el caso de que se acceda al sitio donde el cajero se encuentra y de esta forma la tarjeta sí que se emplearía como llave. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos», en MORALES GARCÍA, Ó., (Dir.), *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad, Cuadernos de Derecho Judicial IX-2002*, CGPJ, Madrid, pp. 241-280. Por otra parte, SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ entiende que la extracción de dinero en cajeros automáticos mediante el uso de tarjetas de crédito no constituye un delito de robo con fuerza mediante uso de llave falsa y sí un delito de estafa. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (Dir. y coord.), JUDEL PRIETO, Á., PINOL RODRÍGUEZ, J. R., *Manual de Derecho penal parte especial*, tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 376. En esta línea es muy interesante la postura que adopta GÓMEZ RIVERO cuando señala que esta conducta típica abarca todos los casos en los que las tarjetas de crédito o débito se lleguen a emplear para efectuar compras en un establecimiento comercial o de cualquier otro tipo, pero también pueden incluirse las extracciones de dinero en efectivo de un cajero automático con la introducción de un PIN (código de identificación) planteándose de esta forma un concurso de leyes con el delito de robo con fuerza en las cosas, que se resolvería a favor del delito de estafa en virtud del principio de especialidad. *Vid.* GÓMEZ RIVERO, M.^a C. (Dir.), «Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante defraudación (I): estafa», NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ CASTAÑO, E., PÉREZ CEPEDA, A. M.^a, *Nociones fundamentales de derecho penal parte especial*, Tecnos, Madrid, 2020, p. 122. PASTOR MUÑOZ distingue que es posible argumentar que el uso de las tarjetas para la extracción de dinero de un cajero automático ha de ser considerado como un caso de robo con fuerza, ya que este medio se utiliza para una sustracción, mientras que el artículo 248.2 c) CP (antes de la reforma de diciembre de 2022) recogería los casos de realización, utilización de una tarjeta, operaciones de compraventa o pago de prestaciones, como podría ser el abono de un peaje en una autopista o la compra de entradas para un espectáculo, incluyéndose también las operaciones realizadas en un cajero automático. Así pues, entendemos que la delimitación entre el robo con fuerza y la aplicación del artículo 248.2 c) CP radicaría en si se extrae o no dinero de un cajero automático de forma indebida para perjudicar al sujeto pasivo. *Vid.* PASTOR MUÑOZ, N., «El delito de estafa», en SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (Dir.), *et al. Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 272 y 273. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero y

la utilización fraudulenta de estos medios de pago llevándonos hacia el delito de fuerza en las cosas, colige traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 369/2007, de 9 de mayo en relación con la apropiación indebida de una tarjeta bancaria y su uso para extraer dinero de un cajero que dejó resuelta la cuestión.

De la citada sentencia extractamos el siguiente apartado por su meridiana claridad:

«En efecto no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas típica del robo es aquella precisa para «acceder al lugar donde éstas se encuentren», tal y como lo define legalmente el art. 237 CP. Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior de este al que en ningún momento se accede».

Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular y se llega a registrar en una contabilidad.

Si nos centramos en el tenor literal del artículo 248.2 c) CP, que con la última reforma se ubica en el art. 249.1 b) y que reza:

Se considerarán reos de estafa... «los que, utilizando de forma fraudulenta tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realizan operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero».

Por otra parte, puede darse el caso de que las tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje se empleen por su legítimo titular de forma abusiva incluso falsificando alguno de sus datos, como la fecha de caducidad o el importe de los cheques para llevar a cabo pagos u obtener reintegros por encima de las posibilidades que tiene el medio de pago en cuestión. Aquí MESTRE DELGADO⁷⁹ señala que no existiría una manipulación informática, tampoco un

no cabe afirmar que se acceda al lugar donde el dinero se guarda. El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v. gr. la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto). Entendemos que la utilización de forma fraudulenta también comprende la extracción de dinero en metálico de un cajero y por lo tanto la conducta quedaría subsumida en este artículo, procediendo descartar el robo con fuerza, pues de lo contrario, podríamos llegar al absurdo de vaciar de contenido este artículo. Hemos de tener en cuenta que una extracción de dinero puede consistir en un traspaso de una cuenta a otra mediante una tarjeta con exactamente el mismo efecto perjudicial que si la misma se produce de forma física en un cajero, y es así como una visión finalista y global del acto nos conduce a esta conclusión.

⁷⁹ MESTRE DELGADO, E., «El phishing y la responsabilidad penal de los muleros o cibermulas a la luz del artículo 248.2 A) del Código penal». ABADÍAS SELMA, A., BRETO-

engaño interpersonal ni una operativa correcta del sistema operativo del cajero automático. Si el estafador ha falsificado el instrumento de pago no tendrá nada que ver, ya que es incluso un acto previo a la ejecución del fraude por una alteración del sistema operativo de las máquinas que se han empleado para defraudar. En este punto la utilización de estos instrumentos no se insertaría directamente en el proceso de ejecución de la acción defraudatoria, sino en un momento anterior, por lo que no se produciría la manipulación informática típica de la perpetración de la ciberestafa.

El mismo autor señala que la situación sería pareja si esos instrumentos lo utilizara un tercero que los haya robado o descubierto para utilizar sus claves de acceso mediante medios informáticos.

A esta realidad delictiva se suma el uso de las tarjetas virtuales que cada vez son más utilizadas y que pueden ser objeto de utilización fraudulenta, si bien requieren de una alta especialización en informática por parte del ciberestafador. Con la última reforma, entendemos que este tipo de conductas quedarían recogidas en el artículo 249.1 b) *in fine* CP: «... o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo con los datos obrantes en cualquiera de ellos...».

Otra forma de pago que se asemeja sobremanera a las tarjetas virtuales es el PayPal⁸⁰. En este punto estamos de acuerdo con DOPICO GÓMEZ-ALLER⁸¹ en que se trata de un negocio crediticio concreto y no de una tarjeta de crédito o débito y que, si se ha llevado a cabo la defraudación al utilizar algún tipo de manipulación o artificio informático, sería procedente la aplicación del artículo 248.2 a) CP, que con la actual reforma se trataría del artículo 249.1 a) CP.

Si el sujeto activo consigue averiguar las claves de PayPal de la víctima y llega a realizar operaciones no consentidas, estaríamos ante la misma

NES ALCARAZ, F.J., CÁMARA ARROYO, S., CAROU GARCÍA, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., GARCÍA VALDÉS, C., GIL GIL, A., MARCOS AYJÓN, M., MARTÍNEZ ATIENZA, G., MARTÍNEZ GALINDO, G., PÉREZ LÓPEZ, X., ROCA DE AGAPITO, L., ROMERO JAIME, D.J., SANZ DELGADO, E., TÉLLEZ AGUILERA, A., TEJADA DE LA FUENTE, E., DE URBANO CASTRILLO, E., *Tratado de delincuencia cibernética*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 355.

⁸⁰ PayPal Holdings, Inc. es una empresa multinacional estadounidense de tecnología financiera que opera sistemas de pago en línea en la mayoría de los países que permiten transferencias de dinero telemáticas y sirve como una alternativa electrónica a los métodos tradicionales basados en papel, como cheques y giros postales. La empresa opera como un procesador de pagos para vendedores en línea, sitios de subastas y muchos otros usuarios comerciales, y cobra una tarifa por ello. Fundada en 1998 con el nombre de Confinity, PayPal se hizo pública a través de una oferta pública inicial en 2002. Ese mismo año, se convirtió en una subsidiaria de propiedad total de eBay, valorada en 1500 millones de dólares. En 2015, eBay escindió de PayPal a sus accionistas y se convirtió nuevamente en una empresa independiente. La compañía ocupó el puesto 143 en la lista Fortune 500 de 2022 de las corporaciones más grandes de los Estados Unidos por ingresos.

⁸¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Op. cit.* pp. 232 y ss.

problemática *ut supra* comentada en relación con las operaciones con cuentas ajenas.

Por último, en el numeral 2 b) del artículo 249 CP también se castiga la sustracción, apropiación o adquisición de forma ilícita con finalidad de utilización fraudulenta de los medios de pago que acabamos de mencionar.

En la práctica diaria puede producirse una pérdida de la tarjeta o incluso una sustracción de esta y que se utilice de forma fraudulenta sin consentimiento del titular para llevar a cabo transacciones en perjuicio de este. En estos casos normalmente el titular de la tarjeta se verá resarcido por parte de la entidad financiera que deberá responder del mal uso.

Al respecto existe normativa⁸² de la Unión Europea y del Banco de España, y además, no en vano las entidades financieras que emiten estas

⁸² Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, donde se regulan todos los sistemas de pago que la propia ley define en su artículo 1.2, y entre ellos, están comprendidos las tarjetas de crédito. Este RD Ley, deroga la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. *Vid.* el art. 43. «Notificación y rectificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente. 1. El usuario de servicios de pago obtendrá la rectificación por parte del proveedor de servicios de pago de una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente únicamente si el usuario de servicios de pago se lo comunica sin demora injustificada, en cuanto tenga conocimiento de cualquiera de dichas operaciones que sea objeto de reclamación, incluso las cubiertas por el artículo 60, y, en todo caso, dentro de un plazo máximo de trece meses contados desde la fecha del adeudo. Los plazos para la notificación establecidos en el párrafo primero no se aplicarán cuando el proveedor de servicios de pago no le haya proporcionado ni puesto a su disposición la información sobre la operación de pago con arreglo a lo establecido en el título II. 2. Cuando intervenga un proveedor de servicios de iniciación de pagos, el usuario de servicios de pago deberá obtener la rectificación del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta en virtud del apartado 1, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45.2, y el artículo 60.1.». A partir de la necesaria comunicación sin demora del usuario existe la responsabilidad objetiva impuesta con carácter general en el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), y con carácter especial el artículo 148 del mismo texto, que se pronuncia en los siguientes términos «Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario». Además, hay que añadir la inversión de la carga de la prueba que se establece en el artículo 44.1 Real Decreto-Ley 19/2018, en virtud del cual «1. Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá al proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor

tarjetas suelen cobrar un seguro a los clientes para los casos de utilización fraudulenta.

Tal y como indica FERNÁNDEZ TERUELO⁸³, el Banco de España de forma meridianamente clara insiste en que este tipo de actuaciones fraudulentas han de estar cubiertas por parte de las entidades que han emitido estas tarjetas siempre y cuando el usuario haya hecho un uso correcto de estas y haya procedido a denunciar la pérdida.

La Directiva de la Unión Europea 2015/2366 del Parlamento Europeo (Segunda Directiva de servicios de pago o DSP2)⁸⁴ señala que la entidad financiera deberá hacerse cargo del dinero robado –entendemos que también

de servicios de pago». A mayor abundamiento el artículo 44.3 del mismo Real Decreto-Ley señala que «Corresponderá al proveedor de servicios de pago, incluido, en su caso, el proveedor de servicios de iniciación de pagos, probar que el usuario del servicio de pago cometió fraude o negligencia grave». En cuanto a la prueba este extremo ya venía siendo recogido por la jurisprudencia en diversas decisiones recogiendo el término de la diligencia exigible del artículo 1104 del Código civil. Por otra parte, es preciso que los damnificados puedan acogerse a los artículos 69 y 70 RD Ley 19/2018, que regulan el Servicio de atención al cliente y la mediación y arbitraje como procedimientos de resolución alternativa a la vía judicial, de los posibles litigios.

⁸³ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «Respuesta penal frente a fraudes cometidos en internet: estafa, estafa informática y los nudos de la red», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 19, 2007, p. 226.

⁸⁴ En concordancia con: Reglamento Delegado (UE) 2020/1423 de la Comisión, de 14 de marzo de 2019, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los criterios de nombramiento de puntos de contacto centrales en el ámbito de los servicios de pago y a las funciones de estos puntos de contacto centrales (DO L 328 de 9.10.2020, pp. 1-3).

Reglamento de Ejecución (UE) 2019/410 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2018, por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas a los pormenores y la estructura de la información que deban notificar, en el ámbito de los servicios de pago, las autoridades competentes a la Autoridad Bancaria Europea de conformidad con la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 73 de 15.3.2019, pp. 20-83).

Reglamento Delegado (UE) 2019/411 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2018, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación por las que se establecen requisitos técnicos sobre el desarrollo, la gestión y el mantenimiento del registro electrónico central en el ámbito de los servicios de pago y sobre el acceso a la información que dicho registro contenga (DO L 73 de 15.3.2019, pp. 84-92).

Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos comunes y seguros (DO L 69 de 13.3.2018, pp. 23-43).

cubriría el hurto— desde que se cancela la tarjeta, aunque los primeros 50 euros hasta que sea notificado a la entidad el robo o se cancele la tarjeta serán responsabilidad del cliente. Así pues, si previamente a la cancelación de la tarjeta la utilización fraudulenta alcanza los 100 euros, el banco abonará 50 euros, pero si se notifica antes de la acción fraudulenta, la entidad tendrá que devolver el montante completo, es decir los 100 euros.

Como hemos indicado *ut supra*, la casuística es muy variada, y podemos encontrar situaciones en las que se realiza un duplicado de tarjeta y el cliente sigue teniendo la suya en formato físico. Ante esta situación la víctima no es consciente de lo que está sucediendo y tampoco podrá conocer que se está utilizando su medio de pago de forma fraudulenta hasta el momento en el que la operación se lleve a cabo y la operativa pueda verse reflejada en extractos de la entidad financiera. En este supuesto la entidad emisora de las tarjetas tendrá que abonar la totalidad de la cantidad sustraída de forma ilegal.

Hemos de remarcar que existe un gran desconocimiento por parte de la ciudadanía sobre sus derechos en el caso de la utilización fraudulenta de medios de pago, y las entidades financieras suelen intentar exonerarse de su responsabilidad, que además puede ser reclamada ante el servicio de reclamaciones del Banco de España.

Es preciso que exista una protección penal del uso creciente y masivo del llamado «dinero de plástico» que en la actualidad cada vez es menos de plástico y más virtual. DOPICO GÓMEZ-ALLER⁸⁵ es muy crítico con la regulación penal de la utilización fraudulenta que aquí analizamos por la imprecisión terminológica del articulado, pues «realizar operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero» *ex art.* 249.1 b) CP no contiene términos que quizás hubieran sido deseables incluir como «artificio» o «manipulación», y critica también que a duras penas se encuentra un elemento que nos hable no solamente de un fraude, sino de una simple antijuricidad. Coincidimos con este autor, pues se impone una interpretación restrictiva en aras de la seguridad jurídica, y puesto que se trata de un tipo que está contenido en la rúbrica «De las defraudaciones» hemos de entender que nos encontramos ante una serie de operaciones realizadas sin consentimiento ni autorización.

Y por último, en el numeral tres del citado art. 249 CP se castiga con la pena en su mitad inferior a quienes todo y saber que ha existido una obtención ilícita, posean, adquieran, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago materiales.

A tenor de la Directiva 2019/713, de 17 de abril y acudiendo al art. 4 se consideran como acciones típicas las siguientes:

⁸⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Op. cit.*, pp. 232 y ss.

- «a) la sustracción o cualquier otra forma de apropiación ilícita de un instrumento de pago material distinto del efectivo;
- b) la falsificación o alteración fraudulenta de un instrumento de pago material distinto del efectivo;
- c) la posesión, para su utilización fraudulenta, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido objeto de robo u otra forma de apropiación ilícita, o de falsificación o alteración;
- d) la obtención, para uno mismo o para otra persona, incluida la recepción, apropiación, compra, transferencia, importación, exportación, venta, transporte o distribución, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido robado, falsificado o alterado para su utilización fraudulenta».

La realidad existente pone de manifiesto que Internet brinda muchas oportunidades, pero también implica una complejidad intrínseca a causa de su carácter descentralizado, puesto que contiene una ingente cantidad de sujetos que operan con sistemas informáticos que trabajan en redes con una transmisión de datos que cada vez se transmiten a una mayor velocidad.

3. *Sujeto activo*

Dicho esto, el sujeto activo del delito objeto de análisis, responsable penal y civil de los hechos puede serlo cualquiera y, por lo tanto, es un delito de carácter común. Asimismo, será responsable penalmente aquel que provoque conspire o proponga la comisión del delito de estafa *ex arts. 249 y 269 CP*.

El autor del delito ha de disponer de una capacidad necesaria para que pueda producirse el engaño en la víctima del delito, que podrá ser medida de forma abstracta, o bien con una vinculación con las capacidades de la víctima, hecho que entendemos es más acertado y que matizaremos *ad infra*.

En este tipo de delito lo único que tiene que hacer el autor es engañar, los demás elementos los tiene que realizar la propia víctima; en realidad, el autor es un inductor de la autolesión que la propia víctima sufre —el engañado o un tercero— según AGUDO FERNÁNDEZ, JAÉN VALLEJO y PERRINO PÉREZ⁸⁶.

Los delitos que sean perpetrados mediante las TIC en la mayoría de las ocasiones precisan de un sujeto activo experto en la materia y es muy común que la comisión delictiva se lleve a cabo por parte de organizaciones criminales que están muy bien estructuradas, hecho que se constata muy especialmente en el caso de los medios de pago diferentes del dinero en metálico, como pueden ser todo tipo de tarjetas físicas o virtuales. Aquí la pericia del

⁸⁶ AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, Á. L., *Derecho penal aplicado. Especial. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 97.

cibercriminal se impone como un elemento que entendemos es necesario para conseguir el éxito en la consumación del delito.

En este punto queremos hacer referencia al término «Hacker», que, si bien de inicio tiene una serie de connotaciones negativas, su origen es bien distinto, pues como nos recuerda HIMANEM⁸⁷ los «Hacker» eran auténticos expertos que se dedicaban a la programación informática de forma muy entusiasta con el convencimiento de que transferir información a la sociedad era algo muy positivo. Los «Hacker» ponían especial énfasis en el sentido de comunidad y de compartir algo que ellos tenían y que era positivo para todos y todas para de alguna forma democratizar el uso de grandes cantidades de información que podrían estar al alcance de cualquiera si no tuvieran control alguno.

Casos recientes como los de Assange, Snowden o el fenómeno Anonymous muestran una cara bien distinta de los «Hackers», que en estos casos buscaban compartir información con la sociedad en aras de conseguir luchar contra la opresión del poder y de la corrupción⁸⁸ y llegar hasta la anhelada transparencia, al menos en «teoría».

La otra cara de la cuestión viene de la mano de los llamados «Influencers»⁸⁹ que con el argumento de la democratización de las finanzas y al amparo del anonimato y la dificultad de seguimiento de las redes informáticas comercializan a diario ingentes cantidades de dinero en forma de criptomonedas, toda vez que organizan eventos muy pomposos para captar clientes que buscan ganar dinero de forma rápida y sencilla⁹⁰ –luego víctimas de estafas–, que por

⁸⁷ HIMANEM, P., *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, Editorial Destino, Madrid, 2002, p. 5.

⁸⁸ Sobre la cuestión pueden verse al respecto COLEMAN, G., *Las mil caras de Anonymous*. Editorial Arpa Editores, Barcelona, 2016 y MOLIST FERRER, M., *Hackstory.es: La historia nunca contada del underground hacker en la Península Ibérica*. Editorial Amazon, Madrid, 2015, *passim*.

⁸⁹ Durante la última década, hemos visto crecer rápidamente la importancia de las redes sociales. Más de 4590 millones de personas utilizan activamente las redes sociales. Los «influencers» en las redes sociales son personas que han construido una reputación por su conocimiento y experiencia en un tema específico, que no siempre tiene que ser nocivo. Realizan publicaciones periódicas sobre ese tema en sus canales de redes sociales preferidos y generan muchos seguidores de personas entusiastas y comprometidas que prestan mucha atención a sus puntos de vista. Existen marcas que pagan grandes cantidades de dinero por una publicidad que llevan a cabo este tipo de promotores.

⁹⁰ Entendemos como algo muy necesario que frente a la criminalidad que se perpetra mediante distintos tipos de estafas se lleve a cabo una prevención muy decidida por parte de las administraciones, y que necesariamente habrá de pasar porque los ciudadanos aprendan a defenderse antes de ser víctimas mediante la autoprotección, y ello no es nada fácil, ya que las promesas de ganancias cuantiosas sin apenas invertir dinero ni trabajo es algo siempre muy tentador que proviene de la insaciable tendencia humana en pos del lucro rápido y fácil. Pensamos que desde las escuelas sería muy necesario que se explicase lo que es real-

las técnicas de persuasión se asemejan sobremanera a los de algunas sectas altamente peligrosas.

En relación con el *phishing*⁹¹, que hemos mencionado con anterioridad hay que señalar que en este tipo de estafas informáticas pueden aparecer personas que no tienen por qué tener un conocimiento inicial de la comisión del delito, pero sí que son conscientes a la hora de encubrir los beneficios obtenidos de forma ilegal. Son los llamados «Muleros». Estas personas suelen ser captadas mediante falsas ofertas de empleo, teletrabajo, grandes beneficios en poco tiempo, etc. y normalmente a cambio de una previa detracción de una comisión que les generará beneficios, contribuyen directamente a la perpetración del *Phishing*, ya sea aperturando una cuenta corriente en la que reciben diferentes remesas de cantidades económicas o incluso usando una cuenta propia para recibir cantidades procedentes de estafas. El resto del dinero lo enviarán al defraudador, normalmente al extranjero, mediante servicios de pago electrónico como PayPal y Money Gram entre otros, dificultando así el seguimiento policial⁹², la confiscación y la identificación del verdadero responsable último de la suplantación generadora de la estafa.

mente una estafa y las distintas formas que puede presentar, no sin antes fomentar un espíritu de sacrificio y laboriosidad para ganarse aquello que uno se merece, ni más ni menos, como contraste a la inmediatez de obtención de beneficios de procedencia más que dudosa.

⁹¹ Vid. REY HUIDOBRO, L.F., «La estafa informática: relevancia penal del *phishing* y el *pharming*», en *Diario La Ley*, n.º 7926, sección Doctrina, 19 de septiembre de 2012, Ref. D-322, LALEY 16076/2012, en relación con el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera donde ya en el preámbulo se indica que: «Consolidada la zona única de pagos, se hace preciso avanzar en la adaptación de la regulación a los nuevos cambios tecnológicos que permiten a los usuarios disponer de forma más fiable de nuevos servicios de pago y nuevos agentes que van implantándose de forma cada vez más intensa, especialmente en el contexto de un mercado más amplio que el nacional. El aprovechamiento de las innovaciones producidas en los últimos años y la necesidad de generar un entorno más seguro y fiable para su desarrollo se encuentran en la base de la aprobación de la nueva Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE, en sustitución de la del 2007, que junto al Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta, forman las piezas de ensamblaje del nuevo marco regulador de los servicios de pago. Este nuevo marco europeo, que este real decreto-ley incorpora parcialmente a nuestro ordenamiento jurídico, tiene como principales objetivos facilitar y mejorar la seguridad en el uso de sistemas de pago a través de internet, reforzar el nivel de protección al usuario contra fraudes y abusos potenciales, respecto del previsto en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, así como promover la innovación en los servicios de pago a través del móvil y de Internet».

⁹² Es notorio que el entorno virtual facilita la comisión de delitos y obvio que hay una gran probabilidad de alteración de pruebas, destrucción y utilización de estas de forma

Es relevante dirimir el tipo de responsabilidad penal que tienen los «Muleros», cuestión que no es baladí, pues existen resoluciones que consideran que al no constar uno de los elementos necesarios del tipo penal de la estafa, como es el dolo, la posición que tendrían sería de meros instrumentos, y por lo tanto en algunas resoluciones se ha procedido a su libre absolución, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 5 de octubre de 2016, sin embargo existen otras decisiones, como la de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 30 de mayo de 2017 que condenó a los acusados como cooperadores necesarios del delito de estafa. Por nuestra parte, entendemos que, si esta figura es absolutamente necesaria e imprescindible para la comisión delictiva, estamos en la esfera de la participación necesaria, pues además la entrada de dinero en las cuentas de estas personas hace pensar que los elementos cognitivo y volitivo del dolo están presentes –también en forma de dolo eventual–. Asimismo, hay que tener en cuenta que es preciso disponer de cuentas a beneficio de las cuales se puedan ordenar las transferencias, de manera que exista una posibilidad real del cobro del importe de lo defraudado, previa comisión.

Dicho esto, el abordaje penal presenta no pocos problemas de autoría en este caso de los «Muleros» pues intervienen numerosas personas en el entramado delictivo, cuya identidad en la gran mayoría de ocasiones resulta muy compleja de conocer, amén de los problemas de competencia territorial, y por supuesto también existen problemas para la ejecución de una hipotética futura condena con responsabilidad civil.

Es posible plantear la responsabilidad de los «Muleros» como intermediarios que esperan una recompensa en dinero, y como podemos ver, la jurisprudencia no es unánime en criterio, y es por lo que será necesario realizar la distinción de aquellos que realmente desconocen que están colaborando en un delito, de los que sean conscientes o al menos puedan intuir la situación ilegal, entrando aquí incluso la posibilidad del dolo eventual. ROSO CAÑADILLAS⁹³ analiza la cuestión en relación con esta figura que participa en

dolosa, además de la más que posible suplantación de identidades para eludir la acción de la justicia, entre otras maniobras torticeras que hacen que los procedimientos transnacionales suelen ser demasiado dilatados en el tiempo a la vez que costosos y favorecedores de impunidad. En relación con esta problemática, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado hoy en día han de disponer de equipos interdisciplinarios cada vez más preparados para la prevención y lucha contra la ciberdelincuencia, y ello comporta un coste muy alto para las distintas administraciones públicas, y por ende, para la ciudadanía, si bien se trata de algo que se revela como muy necesario.

⁹³ Vid. al respecto ROSO CAÑADILLAS, R., «Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada», en: *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a*

la comisión delictiva de una forma u otra y apunta a la posibilidad también del dolo eventual a partir de la teoría restringida del consentimiento.

FERNÁNDEZ BERMEJO⁹⁴ entiende que, para exigir el dolo directo en la actuación del mulero, este debe ser consciente de que está colaborando en un delito de estafa y que tiene un ánimo de enriquecimiento con un conocimiento del origen ilícito del dinero, cuestión que entendemos que no será nada fácil a efectos probatorios a no ser que el movimiento de dinero sea constante, fluido y en cantidades que revelen la intencionalidad.

No podemos olvidar que a tenor del artículo 268 del Código Penal no concurre responsabilidad criminal y solamente concurrirá la responsabilidad civil para:

«...los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concorra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito».

Por lo que se refiere a los autores que tengan la condición de autoridad o funcionario público *ex art.* 24 CP, la responsabilidad penal se regula con las especialidades recogidas en el artículo 438 CP:

«La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de tres a nueve años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código».

Por último, no podemos obviar que en muchas ocasiones estos delitos de uso fraudulento de medios de pago son perpetrados por los mismos trabajadores de empresas que abusan de su puesto de trabajo, son los llamados *insiders*⁹⁵,

Bernd Schünemann por su 70 aniversario, Tomo I, Lima (*Gaceta Penal & Procesal Penal, Gaceta Jurídica*), 2014, pp. 423 y ss.

⁹⁴ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El phishing y la responsabilidad penal de los muleros o cibermulas a la luz del artículo 248.2 A) del Código penal». VV.AA. *Tratado de delincuencia cibernética*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 371 y ss.

⁹⁵ Se conoce como *insiders* de la bolsa a aquellos consejeros o accionistas significativos de una compañía que realizan operaciones de compra/venta de títulos de la empre-

y estos casos no se suelen denunciar para evitar la difusión de una pésima imagen empresarial, finalizando el asunto habitualmente con un despido y una indemnización que genera una perversa impunidad y un incremento de la cifra negra que escapa a la investigación.

4. *Sujeto pasivo*

Sujeto pasivo o víctima del delito de estafa es quien ha sufrido un daño patrimonial, pero también lo es aquel que ha actuado a causa de un error y ha sido engañado, ejerciendo una disposición patrimonial en perjuicio del primero. Si se da esta situación, ambos son víctimas del delito de estafa, pues uno se verá afectado a causa del engaño que le condujo a realizar una conducta ilícita, y el otro también será una víctima por haber sufrido las consecuencias del comportamiento ilícito⁹⁶.

En relación con el error, se trata de una representación mental que no se corresponde con la realidad. Si el engaño puede llegarse a objetivar, el error es un elemento del delito de estafa completamente subjetivo. Si no existe la falsa representación de la realidad en la mente del sujeto engañado no sería posible hablar de estafa.

Es por lo que no todas las disposiciones patrimoniales en perjuicio de un sujeto pueden ser constitutivas de delito de estafa, si bien hayan podido ser precedidas de una serie de manipulaciones espurias de la realidad. Solamente sería constitutivo de estafa la falsa representación de la realidad (el error) que procedería del engaño bastante dirigido al sujeto pasivo de la acción típica, como bien señala BENÍTEZ ORTÚZAR⁹⁷.

Es importante diferenciar este delito de la estafa común, ya que aquí no existe siempre un sujeto pasivo que sea engañado y un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero. Ello se pone de manifiesto cuando se consigue extraer dinero de un cajero automático con una tarjeta manipulada, pues aquí la entidad financiera resultaría damnificada, pero faltaría el elemento fundamental del engaño.

Es reiterada la doctrina que tiene en cuenta las circunstancias concretas del sujeto pasivo y sus capacidades. El autor del delito normalmente conoce

sa en que realizan su actividad. Debido a su cargo cuentan con información privilegiada de la compañía en la que llevan a cabo su actividad.

⁹⁶ En relación con lo dicho puede verse por ejemplo la STS, n.º 1476/2004, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TS:2004:8324.

⁹⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (V)», en MORILLAS CUEVA, L., (Dir.), DEL ROSAL BLASCO, B., OLMEDO CARDENETE, M., PERIS RIERA, J., SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 370-371.

bien las características de la víctima y se aprovecha de su ignorancia, edad e incluso capacidades intelectuales mermadas. En este ámbito es preciso tener en cuenta parámetros objetivos y subjetivos para aquilatar correctamente la situación⁹⁸.

Al sujeto pasivo se le exige que desarrolle un mínimo de autoprotección, que entendemos que no es más que coherencia y sentido común cuando, por poner un ejemplo, en una compra y venta inmobiliaria puede asegurarse de forma fehaciente de quien es el auténtico propietario y si existen cargas o no dirigiéndose al registro de la propiedad correspondiente.

La jurisprudencia también señala que, por ejemplo, la profesión del sujeto pasivo es decisiva, pues el engaño podía haber sido evitado, y así se puede apreciar en la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 748/2014, de 7 de noviembre⁹⁹: «El engaño, según la jurisprudencia, no puede considerarse bastante cuando la persona que ha sido engañada podía haber evitado fácilmente el error cumpliendo con las obligaciones que su profesión le imponía».

Es más, el sujeto activo puede darse el caso de que se aproveche de todo un colectivo muy vulnerable, como puede ser el de las personas de edad avanzada que desconoce los últimos avances de las tecnologías y la informática o de las últimas formas de pago y transacciones. Así pues, el conocimiento de la víctima, según QUINTERO OLIVARES¹⁰⁰, queda difuminado en casos de estafas masivas muy bien pergeñadas por quienes han diseñado el plan criminal con una relación muy lejana en relación con quienes han sufrido el daño, como en el caso de Fórum filatélico y AFINSA, que hemos comentado anteriormente. En estos casos la estafa estaba muy bien diseñada por los actores del delito, pues iba dirigida primordialmente a un sujeto pasivo de perfil muy conservador en el ahorro, de edad avanzada¹⁰¹ y que

⁹⁸ Vid. STS de 22 mayo 2003.

⁹⁹ ECLI:ES:TS:2014:4646.

¹⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, G., «De las defraudaciones», en MORALES PRATS, F., MORÓN LERMA, E., TAMARIT SUMALLA, J M^a., RAMÓN RIBAS, E., VILLACAMPA ESTIARTE, C., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., ORTEGA LORENTE, J. M., AGUILAR ROMO, M., CAMARENA GRAU, S., TORRES ROSSELL, N., GARCÍA ALBERO, R., LLARENA CONDE, P., DEMETRIO CRESPO, E., BAÑERES SANTOS, F., RAMÍREZ ORTIZ, J. L., CALVO LÓPEZ, M.^a, NAVARRO BLASCO, E., RUEDA SORIANO, Y., CUGAT MAURI, M., RAMOS RUBIO, C., DE LA PEÑA OLIVETE, M., PORTILLA CONTRERAS, G., GARCÍA RIVAS, N., SALAT PAISAL, M., ORTEGA GUTIÉRREZ-MATURANA, M., en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 248 y ss.

¹⁰¹ Es de destacar que el Tribunal Supremo ha interpretado que el sujeto pasivo ha de gozar de cierta capacidad de discernimiento, que muchas veces en personas de edad avanzada está muy limitada. STS n.º 675/2007, de 17 de julio, ECLI:ES:TS:2007:5439. «(...) la exigencia de «engaño bastante para producir error» exige que el concernido goce de cierta capacidad de discernimiento, que es la que deberá ser vencida mediante la puesta en juego de la insidia».

invertía en filatelia y numismática como valores seguros «de toda la vida», tangibles y con una solera muy asentada. Las víctimas además solían ser personas que recomendaban estos productos financieros a otros familiares y amigos íntimos, convirtiéndose en verdadera «cadena transmisora» de una estafa piramidal que afectó a miles de ciudadanos españoles.

En esta tipología de casos podemos decir que estamos ante la figura de una «estafa-masa», que se generará cuando aquel que es engañado engañe a otros generando una situación en cadena, pues los actos de disposición se realizan en favor de alguien que se aprovecha de su estado inicial como si fuera un «primer eslabón».

Cuando nos encontramos ante una afectación de múltiples víctimas con esta tipología de conductas se plantea la consideración del llamado «sujeto pasivo masa» *ex art. 74.2¹⁰² CP*: «Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas...».

Dicho esto, hemos de destacar que la jurisprudencia respecto a esta tipología de casos tiende a recurrir al tipo agravado de estafa en relación con el daño ocasionado *ex art. 250 CP*.

Por otra parte, como bien apuntan BARJA DE QUIROGA y GRANADOS PÉREZ¹⁰³, en este tipo de estafas en relación con los medios de pago existe una defraudación en la que intervienen sistemas informáticos o máquinas, y las mismas no pueden ser objeto de engaño ni tampoco ser inducidas a error, añadiéndose además que el «otro» al que hace referencia el artículo ha de ser

¹⁰² La aplicación del límite superior de la pena resulta procedente cuando las concretas acciones que se suman en el delito continuado o el resultado en el que desembocan, desborda el marco de reproche previsto por el legislador para los distintos comportamientos individuales; esto es, cuando, observando la intensidad con que resienten el orden penal el conjunto de acciones enjuiciadas y evaluando en qué medida sobrepasan el daño inherente a cada uno de los comportamientos que se integran, se concluye que el límite máximo de la pena prevista para el delito más grave, no guarda correspondencia con el comportamiento que se enjuicia, bien porque hay procederes individuales que serían merecedores por sí mismos de la máxima punición, bien porque la homogeneidad, el número o la gravedad de los comportamientos ilícitos que se acumulan o reiteran, muestran la insignificancia del reproche a la reiteración delictiva si todos los comportamientos se sancionaran globalmente con la pena prevista para el delito más grave, por más que la pena se exacerbara hasta su máxima extensión (STS Sala 2.ª n.º 1004/2016, de 23 de enero).

¹⁰³ BARJA DE QUIROGA, J. y GRANADOS PÉREZ, C., *Manual de Derecho penal parte especial*, tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 284.

una persona¹⁰⁴. En este sentido también MESTRE DELGADO¹⁰⁵, cuando afirma que las máquinas no pueden ser engañadas y que más bien se trataría de un apoderamiento telemático de los bienes del otro, teniendo que existir una relación de causalidad, y desde el prisma que estas actividades tienen una semejanza con el delito de estafa tradicional.

5. Elemento subjetivo

El elemento subjetivo integra el dolo¹⁰⁶ de la defraudación con el ánimo de lucro¹⁰⁷, y así las cosas, se precisa que concurren los elementos cognitivo y volitivo característicos de esta forma de delinquir. El elemento cognoscitivo ofrece al autor una información fundamental de la víctima para asegurarse la consumación del delito y así provocar una disposición que comporte un perjuicio patrimonial¹⁰⁸, y el elemento volitivo determina que este va a uti-

¹⁰⁴ En este sentido puede verse *ad exemplum* la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 185/2006, de 24 de febrero: «Es claro que el delito de estafa, único por el que el recurrente ha sido acusado, no concurre en estos casos, dado que solo puede ser engañada una persona que, a su vez, pueda incurrir en error. Por lo tanto, ni las máquinas pueden ser engañadas –es obvio que no es «otro», como reclama el texto legal–, ni el cajero automático ha incurrido en error, puesto que ha funcionado tal como estaba programado que lo hiciera, es decir, entregando el dinero al que introdujera la tarjeta y marcara el número clave».

¹⁰⁵ MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico». LAMARCA PÉREZ, C., ALONSO DE ESCAMILLA, A., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 398 y 399.

¹⁰⁶ Según el tenor literal de la STS, n.º 72/2017, de 8 de febrero, (ECLI:ES:TS:2017:442) «(...) el dolo se aprecia cuando el autor conoce que con los actos que ejecuta está poniendo de manifiesto al sujeto pasivo del engaño una situación que aparenta ser real pero que no lo es en alguno de sus aspectos relevantes, induciéndole con ello a realizar un acto de disposición del que resultará un perjuicio propio o de tercero. Y que, con ese conocimiento, decide ejecutar aquellos actos».

¹⁰⁷ *Vid.* la STS, n.º 1581/2003, de 28 de noviembre, ECLI:ES:TS:2003:7580. «(...) En efecto: el ánimo de lucro en el delito de estafa no requiere que el autor persiga su propio y definitivo enriquecimiento. Por el contrario: en el delito de estafa el ánimo de lucro también es de apreciar cuando la ventaja patrimonial antijurídica se persigue para luego beneficiar a otro. Dicho de otra manera: la finalidad de un enriquecimiento antijurídico no depende de lo que el autor piense hacer luego con las ventajas patrimoniales obtenidas contradiciendo la norma del art. 248 CP».

¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE entiende que: «La dinámica lucro-perjuicio es, en definitiva, el *leit-motiv* de toda estafa. Pero ello no quiere decir que el perjuicio tenga que ser directamente querido por el sujeto activo de la estafa. El autor de la estafa lo único que pretende es enriquecerse, el perjuicio que con ello pueda irrogar a otros le trae completamente sin cuidado, raramente lo pretende de un modo directo y, a veces, le es penoso causarlo. Pero ello en ningún caso excluye el ánimo de lucro». MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte*

lizar todos los elementos propios del engaño y acepta como muy probable el éxito del resultado delictivo.

Es cuando menos peculiar la posición de PASTOR MUÑOZ y COCA VILA¹⁰⁹, que remarcan que el elemento subjetivo de esta conducta típica solamente exige la concurrencia de dolo, y no la de un ánimo de lucro.

No podemos estar más en desacuerdo con esta tesis, pues entendemos que el sujeto activo lo que persigue con la utilización fraudulenta fundamentalmente es lucrarse o que un tercero se lucre, de lo contrario, ¿qué es lo que perseguiría la acción típica?

Por otra parte, en la estafa podemos hablar de dolo eventual si nos referimos al dolo con carácter defraudatorio, de forma que:

«[...] la estafa admite la modalidad de dolo eventual. Existe también dolo defraudatorio cuando se lleva a cabo el negocio con propósito de cumplir solo si se dan las condiciones necesarias para ello, pero asumiendo y consintiendo la alta probabilidad de que eso no suceda y traspasando por tanto a la víctima el riesgo. Es lo que de forma indudable puede decirse que ha acaecido en este supuesto. Eso es dolo eventual»¹¹⁰.

Eso sí, hay que remarcar que entendemos que ha de existir una alta probabilidad del suceso defraudatorio.

Ab initio entendemos que se excluye el error¹¹¹ en este tipo por lo comentado *ut supra*, sin embargo, no podemos soslayar la existencia de una pujante inteligencia artificial que irrumpe en nuestros días con gran fuerza siendo ya una realidad que podrá comportar situaciones de engaños en incluso maniobras para dañar a terceros con desplazamientos patrimoniales delictivos mediante algoritmos muy bien elaborados por expertos. Y como bien señala la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2.ª n.º 194/2017, de 27 de marzo¹¹², ha de ser precisamente una maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del desplazamiento patrimonial.

Especial. 22.ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2019 y 2/2019 con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 398.

¹⁰⁹ PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., «Delitos contra el patrimonio II», VV. AA: *Lecciones de Derecho penal parte especial*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 271.

¹¹⁰ STS, n.º 691/2013, de 3 de julio, ECLI:ES:TS:2013:4501.

¹¹¹ En relación con el error es muy representativa la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 369/2007, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3258) que señala que: «No obstante ya un sector doctrinal, ante esta tesis de que el engaño causa del error debe proyectarse sobre una persona lo que no era posible en los supuestos considerados, argumentó que, aunque los datos se proporcionan a la máquina, ésta opera como está programada y por ello, usando los datos adecuados, la persona que no está habilitada para hacerlo, engaña a quien programó la máquina».

¹¹² ECLI: ES:TS 2017:1067.

Si bien el dolo y la imprudencia son dos formas de imputación subjetiva del delito, y al tratarse de dos modalidades que se incardinan en una sola categoría, podríamos esperar la existencia de una estructura básica compartida, sin embargo, si realizamos una comparación, podríamos llegar a concluir que existen notables distinciones que pueden llegar a ser incluso chocantes, como bien asevera MOLINA FERNÁNDEZ¹¹³.

En la utilización fraudulenta de tarjetas y otros medios similares es complejo encontrar casos cometidos por imprudencia, si bien alguno existe¹¹⁴, ya que se trata de una categoría gradual, que puede ser más o menos grave, puesto que siempre se ha admitido que la acción imprudente tenga una gradación. Por contra, el dolo se concibe en la ley, la jurisprudencia y la doctrina como una categoría plana y se define de modo unitario, no existe más o menos dolo, no hay una gradación, como apunta DÍAZ PITA¹¹⁵. Por el contrario, en caso de error si tenemos en cuenta que puede ser vencible, sí que podría existir tal gradación.

6. *Iter criminis*

Como hemos indicado *ut supra* este delito puede ser cometido de múltiples formas, y algunas de ellas las vamos a comentar sin ánimo de exhaustividad.

En cuanto a su naturaleza jurídica, es un delito de resultado material que para que pueda concretarse se precisa de una disminución patrimonial ajena, una traslación de activo patrimonial que genere un daño a la víctima de carácter económico, y además requiere la existencia de un perjuicio evaluable económicamente, consumado o en grado de tentativa. En relación con la posibilidad de la tentativa es poco frecuente encontrarla en nuestra jurisprudencia, ya que los casos de inidoneidad del engaño suelen fracasar por sí mismos y ni tan solo podrán llegar a constituir una tentativa precisamente porque

¹¹³ MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Op. cit.* pp. 737 y ss.

¹¹⁴ Como es el caso de Alejandro Fernández, el joven granadino condenado a cinco años de prisión por pagar 80 € con una tarjeta falsa en 2016 cuando tenía 18 años. Alejandro ingresó en prisión cuando tenía 24 años, una familia y trabajo estable. El dramático caso conmocionó a la opinión pública española porque se ponía en serio entredicho el derecho a la reinserción ex art. 25.2 CE que tiene todo ciudadano, con una sentencia que recayó firme seis años después de los hechos y un montante económico nimio comparado con la pérdida de la libertad que iba a sufrir Alejandro. *Vid.* EUROPA PRESS., disponible en: <https://www.europapress.es/andalucia/noticia-joven-encarcelado-granada-pagar-80-euros-tarjeta-falsa-pide-gobierno-resuelva-peticion-indulto-20170610111534.html>. (Última consulta: 5 de enero de 2023).

¹¹⁵ DÍAZ PITA, M. M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 290 y ss.

faltan las condiciones esenciales para una imputación objetiva que no han podido servir ni tan solo para el inicio de la ejecución. La tentativa solamente cabría en casos de engaño idóneo en los que la víctima no llega a realizar el acto de disposición por una serie de causas que pueden ser sobrevenidas.

Esta tipología de estafa requiere para que se consume la existencia de un perjuicio patrimonial, solamente podrá estimarse la tentativa en los casos en que hay un fracaso por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo, por ejemplo, cuando se introducen los datos de la tarjeta para efectuar una compra y se envía un código de seguridad a un móvil, que no está al alcance y no se puede finalizar la operación con éxito, como bien ejemplifica PASTOR MUÑOZ¹¹⁶.

Llegados aquí hemos de hacer especial referencia al intento de extracción de efectivo de cajeros sin el conocimiento de la contraseña, que se protegerá normalmente con dispositivos que lo que hacen es reducir las probabilidades de que alguien que no esté autorizado pueda lesionar el bien jurídico del patrimonio de una posible víctima con un desplazamiento económico de forma ilegal. Acertar una contraseña de una tarjeta que no conocemos, *a priori* es algo imposible en condiciones de normalidad, dependiendo el acierto de la suerte del sujeto activo, como aquel que juega a la lotería o a las quinielas. Habitualmente la situación se concreta en acertar cuatro dígitos que con frecuencia tienen relación con el número del Documento Nacional de Identidad, fecha de nacimiento, algún número anotado que queda en una cartera, etc., y es así como las posibilidades de acierto van *in crescendo*.

En estos casos nuestros tribunales se han posicionado en dos sentidos: por una parte, han apreciado que existe la posibilidad de tentativa inidónea no punible, ya que el acierto de un código de una tarjeta si no se utilizan procedimientos técnicos harto complejos para el descifrado es prácticamente imposible y despreciable técnicamente. Por otra parte, la otra posición que se ha adoptado apunta que la tentativa no es absolutamente idónea, ya que, aunque la probabilidad de acierto sea muy baja, ello no es del todo imposible, y además existe la posibilidad de llevar a cabo varios intentos antes de que se produzca un bloqueo por parte de la entidad emisora en aras de conseguir la máxima seguridad posible. Aquí estamos de acuerdo con MOLINA FERNÁNDEZ¹¹⁷ en que la situación ha de ser tutelada por parte del Derecho Penal por-

¹¹⁶ PASTOR MUÑOZ, N., *Op. cit.* pp. 272 y 273.

¹¹⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Intentos de extraer dinero de un cajero sin tener la clave: el problema del dolo directo con baja probabilidad y su trascendencia para la dogmática del dolo y la imprudencia», en GÓMEZ MARTÍN, V., BOLEA BARDON, C., GALLEGU SOLER, J.I., HORTAL IBARRA, J.C., JOSHI JUBERT, U. (Dirs.); VALIENTE IVAÑEZ, V., RAMÍREZ MARTÍN, G. (Coords.) *et al.*, *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. B.O.E., Madrid, 2022, pp. 737 y ss.

que se genera una situación de riesgo en relación con el bien jurídico protegido del patrimonio, pues pensemos que las tarjetas bancarias tienen una probabilidad de acierto en relación con su código de aproximadamente (3/10.000), proporción realmente muy baja, pero no imposible, y la probabilidad de acierto dependerá y se incrementará también en relación con las veces que se permita el intento.

El tiempo también es un factor que ha de resolver nuestro ordenamiento jurídico en relación con este ámbito de la criminalidad, ya que se plantean incógnitas sobre cuándo se ha de entender que se ha cometido el delito, y posteriormente el perjuicio que se haya podido irrogar hasta la consumación delictiva, ya que los daños en la esfera de los delitos cometidos mediante la informática puede suceder que no se puedan cuantificar hasta pasados varios años, con la problemática añadida de una posible prescripción generadora de una impunidad indeseable.

¿En qué momento el hecho irrelevante penalmente ofrece un riesgo real que se convierte en típico? Por el momento no podemos tener una respuesta cierta, ni tan solo acudiendo a la paradoja del montón de arena de Eubúlides de Mileto¹¹⁸.

7. Concursos

Hay autores como NÚÑEZ CASTAÑO que son del parecer que este tipo penal no se precisaba, puesto que los supuestos que recoge ya están previstos en otros tipos y ello puede generar una problemática en materia de concursos con otros delitos ya existentes, y más concretamente señala los supuestos en los que el sujeto activo utilice las tarjetas de crédito o débito para efectuar operaciones en un establecimiento comercial o de otro tipo, que quedan sancionados en la estafa genérica del artículo 248 del CP, existiendo un supuesto

¹¹⁸ La paradoja del montón de arena se establece de la siguiente manera: Tenemos mucha arena. Si quitamos una partícula de un montón de arena, no hacemos que el montón de arena desaparezca. Si repetimos la misma operación, todavía nos quedará mucha arena. Pero un montón de arena no es más que un conjunto finito de granos de arena. Entonces, si continuamos con esta operación, algún día no tendremos más granos, lo que significa que el montón desaparecerá. Esta pequeña historia muestra lo difícil que es reconciliar los siguientes dos argumentos: sacar un grano de arena de un montón no lo hace desaparecer. Un montón consiste en un número finito de partículas. En la antigua Grecia, la paradoja era un arma principal cuando los escépticos luchaban por demostrar que la razón no podía conducir al conocimiento absoluto. La paradoja de los montones o *sorites* se atribuye a Eubúlides de Mileto, filósofo griego de la escuela de Megara y autor de la famosa paradoja del mentiroso, paradoja que surge cuando se utiliza el sentido común para oscurecer conceptos, que en definitiva son ataques a los supuestos de la lógica aristotélica.

de lo que se ha denominado estafa triangular, donde el sujeto engañado es distinto del sujeto pasivo o perjudicado.

En otro orden, la relación existente entre el delito de estafa y la apropiación indebida es una cuestión muy debatida, y encontramos que en algunas calificaciones se aprecia el concurso de normas entre la falsedad y la estafa. No es una cuestión menor, y la doctrina, si bien tiende en su mayoría a apreciar el concurso de normas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las diferentes audiencias provinciales, y Fiscalía suelen calificar como concurso de delitos.

La doctrina científica sigue la línea de la consunción entre las falsedades instrumentales y el delito de estafa, siendo una cuestión muy diferente la relación existente entre la estafa y la falsificación de documento público.

No han sido pocas las veces que se ha castigado la acción delictiva que proviene de la falsificación de una tarjeta y también la estafa, con lo que se produce una situación de doble castigo, que sería del todo incompatible con el principio fundamental del *non bis in idem*.

No podemos obviar que la maniobra de engaño intrínseca de la estafa puede precisar de forma necesaria del documento que se ha falsificado para poder conseguir que la víctima sufra un error, y por consiguiente se genere un desplazamiento patrimonial en una relación de causa y efecto.

Un sector de la doctrina entiende que ese desplazamiento patrimonial es cuestionable, pues puede darse el caso de un viajero que no remunera un servicio de transporte con su billete y que produce solamente una pérdida en la empresa, hecho muy cotidiano¹¹⁹. Incluso se ha llegado a discutir si una falsificación de títulos de viaje, por ejemplo, como los de transporte público, constituyen un delito de estafa si existe la finalidad de engañar a quien ha de realizar el control de estos. La Fiscalía¹²⁰ y la jurisprudencia han entendido

¹¹⁹ Vid. entre otras, SAP V 20 marzo 2002 (ECLI:ES:APV:2002:1539), SAP V 20 noviembre 2002. (ECLI:ES:APV:2002:6485) y SAP M 30 enero 2012 (ECLI:ES:APM:2012:129).

¹²⁰ Según la Fiscalía General del Estado, «estimula en quienes realizan funciones de vigilancia la errónea representación de estar utilizando una tarjeta válida, por lo que confluyen los elementos del engaño y el error que exige el tipo de la estafa, a los que se añaden el acto de disposición patrimonial, consistente en la conducta omisiva del vigilante que tolera el acceso, y el consiguiente perjuicio, consistente en el disfrute de un servicio por parte de quien no lo ha pagado». Ello según Consulta 3/2001, de 10 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la calificación jurídico-penal de la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago, citando la Consulta 4/1993, específicamente dedicada a la calificación jurídico-penal de las manipulaciones fraudulentas de las tarjetas multiviaje en los transportes públicos urbanos. Vid. Consulta de la Fiscalía General del Estado n.º 3/2001, de 10 de mayo, sobre la calificación jurídico-penal de la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de

que existe estafa incluso cuando la manipulación es de carácter grosera y bruta, cuando la falsificación consigue generar incluso un sonido igual en el torno de control y se llega a consumir la acción delictiva¹²¹. En este punto no podemos estar más en desacuerdo, pues no podemos olvidar el principio de intervención mínima del Derecho penal y de *ultima ratio*.

Sobre la polémica cuestión de los concursos es preciso traer a colación el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007, que cuando abordó la cuestión del tipo de concurso que existe entre la estafa y la falsedad documental señaló que la firma del tique de compra simulando la firma del verdadero titular de una tarjeta de crédito no queda absorbida por el delito de estafa. Dicho esto, puede existir la posibilidad de que se aprecie un concurso medial entre el delito de falsedad y la estafa, pues un documento falseado puede conducir y ser elemento esencial para conseguir el fin último de engañar y por ende, estafar. Y es por lo que, entendemos que se impone la máxima cautela en la apreciación de la estafa y la falsedad de documento siempre teniendo en cuenta la gravedad del caso, pues puede producirse un castigo desproporcionado.

Trayendo a colación la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 971/2011, de 21 de septiembre¹²² vemos que indica:

«La solución impuesta por la reforma de la LO 5/2010, 22 de junio, con la consiguiente aplicación del art. 399 bis, apartado 3º, conduce de forma obligada a un concurso entre el delito de falsedad y el delito de estafa. Y es que la misma reforma ha introducido en el art. 248.2 c) del CP una nueva modalidad de estafa, castigando con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, a “los que utilizando tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”».

En este caso entendemos que la situación aúna todas las características para considerarse un concurso aparente¹²³ de normas y no un concurso de

instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago. Mediante esta consulta se interpretan los siguientes artículos del CP: 255.1.º, 623.4.º, 273.3, 270, 287.1. Modificaciones legislativas posteriores que le afectan: Modificación del art. 287.1 CP, 270 por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Modificación del art. 273 por LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica la pena de multa. Modificación de los arts. 255 y 623 CP por LO 15/2003, de 25 de noviembre para actualizar las cuantías (400 €). Modificación del art. 270 por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

¹²¹ Vid. al respecto, FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, *passim*.

¹²² ECLI:ES:TS:2011:5955.

¹²³ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 330/2014 de 23 Abr. 2014, Rec. 1772/2013, ECLI: ES:TS:2014:1486, FD 7.º Resolución con base en el principio de alternatividad.

delitos, pues el mismo permite llevar a cabo la apreciación de una unidad valorativa ante los hechos típicos perpetrados, siendo preciso que se aplique solo un tipo.

Hay que tener en cuenta que si no se toma una especial cautela en la valoración unitaria de los hechos y su calificación con un solo tipo que recoja todo el desvalor penal de la acción típica, corremos el riesgo de incurrir en el quebranto inadmisibles del principio del *non bis in idem*, conculcándose asimismo el principio de proporcionalidad en detrimento de la seguridad jurídica.

QUINTERO OLIVARES¹²⁴ entiende que, entre la estafa, la falsedad documental que no verse en documentos públicos, y la apropiación indebida debe apreciarse el concurso de normas y no de delitos.

Si acudimos al Acuerdo de la Sala de lo Penal de 28 de junio de 2022¹²⁵, sobre la falsificación de tarjetas de crédito como falsificación de moneda y resoluciones sobre clasificación de penados no recurribles apreciamos que se equipara el llamado «dinero de plástico», objeto de un posible delito, la moneda *ex arts.* 386 y 387 CP, existiendo por ello una posible calificación de falsificación de moneda y timbre. También se incluye como núcleo central de este delito la posibilidad de una falsificación de la banda magnética, elemento esencial de la inmensa mayoría de las tarjetas actuales, si bien, ya se imponen en su gran mayoría las que incorporan un microchip, que consigue ofrecer una mayor seguridad.

Es de destacar que, con la reforma del CP operada por Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, que entró en vigor el 12 de enero de 2023, el art. 399 bis 4.º CP ha quedado modificado y castiga la falsificación de tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje, e introduce «cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo». Este mismo artículo incorpora un apartado cuatro que castiga al que:

«...para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, posea u obtenga, para sí o para un tercero, tarjetas de crédito o débito, cheques de

¹²⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Op. cit.* págs., 248 y ss.

¹²⁵ Acuerdo: «las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de «dinero de plástico», que el artículo 387 del código penal equipara a la moneda, por lo que la incorporación a la «banda magnética» de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el art. 386 del Código penal». *Vid.* CGPJ: Acuerdo sobre: 1º Falsificación de tarjetas de crédito como falsificación de moneda; 2º Resoluciones sobre clasificación de penados son recurribles. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-sobre--1--Falsificacion-de-tarjetas-de-credito-como-falsificacion-de-moneda--2--Resoluciones-sobre-clasificacion-de-penados-son-recurribles>. (Fecha de consulta: 15 de junio de 2022).

viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo será castigado con pena de prisión de uno a dos años».

Entendemos que esta reforma es procedente para dejar abierta la posibilidad a nuevas formas de pago que provienen de las nuevas tecnologías sobre las que hemos ido haciendo referencia en el presente artículo.

Aquí se hace preciso realizar una distinción entre el concurso de normas y el concurso ideal o instrumental. El concurso aparente de normas comporta que se lleve a cabo una valoración unitaria en relación con el hecho presuntamente típico, y sería suficiente que se aplicase uno solo de los tipos que comportan la calificación.

Si entramos a comentar la relación entre el delito de estafa y el delito de falsedad en documento oficial o mercantil, el Tribunal Supremo *ex art.* 390 CP entiende que se trata de un tipo de estafa que tiene como fundamento el documento falsificado que está destinado a una finalidad delictiva y que se identifica con el engaño.

El documento falsificado ya de por sí constituye el engaño y se entiende que existe una consunción de conceptos¹²⁶.

Por otra parte, entre el delito de falsedad y el de denuncia falsa, existe un concurso ideal instrumental, puesto que el primero es un medio para cometer el segundo, y así también lo entiende el Tribunal Supremo en la Sentencia 254/2011, de 29 de marzo¹²⁷. En otro orden, entre los delitos de falsedad en documento mercantil y la estafa procesal entendemos que no existe una relación de consunción, ya que ninguno de los dos tipos penales dispone de la amplitud que pueda permitir recoger el contenido del otro¹²⁸.

8. Penalidad

A nivel internacional para castigar estos crímenes que cada vez son más frecuentes y complejos, fundamentalmente se ha optado por las siguientes

¹²⁶ De esta forma queda reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1126/2011, de 12 de noviembre. «Desde antiguo, la doctrina científica consideró al documento falsificado, funcionalmente destinado a cometer una estafa (estafas documentales), como identificable con el engaño. El engaño es el propio documento, entendiéndose fundidos ambos conceptos por consunción, ya que la alteración documental no es un ingrediente más del ardid, sino su misma esencia. De esta idea solo deben quedar excluidas las falsedades cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, en cuanto suponen una dimensión adicional del injusto». ECLI:ES:TS:2011:8023.

¹²⁷ STS, n.º 254/2011, de 29 de marzo, ECLI:ES:TS:2011:1861.

¹²⁸ STS, n.º 232/2014, de 25 de marzo, ECLI:ES:TS:2014:1220.

vías: elaborar leyes penales especiales¹²⁹, crear nuevos tipos penales¹³⁰, o elaborar nuevas leyes internacionales¹³¹.

¹²⁹ Aquí se han prodigado países como España, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Estados Unidos, Chile o Venezuela, que han elaborado Leyes penales *ad hoc*. En Europa, Francia dispone de una Ley relativa al fraude informático desde 1988 y Reino Unido promulgó en 1991 la *Computer Misuse Act* como consecuencia de un grave caso de hacking. Estados Unidos promulgó en 1994 el Acta Federal de Abuso Computacional (18 U.S.C. Sec. 1030), que modificó al Acta de Fraude y Abuso Computacional de 1986, y en Latinoamérica hay que destacar la Ley chilena contra los delitos informáticos de 1993.

¹³⁰ En Europa, Alemania, Austria, Italia, España y Portugal, y en Latinoamérica, Argentina y México son los principales países que han adoptado esta solución.

¹³¹ Desde las Naciones Unidas es preciso traer a colación el Manual de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de Delitos Informáticos, de 1977. En cuanto al Consejo de Europa, hemos de destacar el Convenio sobre el Cibercrimen, aprobado en Budapest en 2001 y vigente desde julio de 2004. Asimismo, es fundamental el Tratado de Lisboa en 2007. Destaca especialmente el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, adoptado en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Este convenio surgió del trabajo de expertos de 45 países miembros del Consejo de Europa, pero además se incorporaron países como los Estados Unidos de América, Canadá y Japón. España ratificó este convenio el 20 de mayo de 2010, entrando en vigor el 1 de octubre de 2010. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. BOE» n.º 226, de 17 de septiembre de 2010, pp. 78847 a 78896. En el Preámbulo del Convenio de referencia se indica expresamente: la necesidad de aplicar, con carácter prioritario, una política penal común encaminada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, entre otras formas, mediante la adopción de la legislación adecuada y el fomento de la cooperación internacional; se reconocen los profundos cambios provocados por la digitalización, la convergencia y la globalización continua de las redes informáticas; se reconoce el riesgo de las redes informáticas y la información electrónica; se reconoce la necesidad de una cooperación entre los Estados y el sector privado en la lucha contra la ciberdelincuencia, así como la necesidad de proteger los legítimos intereses en la utilización y el desarrollo de las tecnologías de la información y que es precisa una lucha efectiva contra la ciberdelincuencia que requiere una cooperación internacional en materia penal reforzada, rápida y operativa. Es de destacar en España la transposición de la Directiva Europea 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo. Ya en el primer considerando de la Directiva se hace expresa referencia a la necesidad de homogeneizar la legislación penal de la UE y fomentar la cooperación también desde los distintos cuerpos policiales. «Los objetivos de la presente Directiva son aproximar las normas de Derecho penal de los Estados miembros en materia de ataques contra los sistemas de información, mediante el establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones aplicables, y mejorar la cooperación entre las autoridades competentes, incluida la policía y los demás servicios especializados encargados de la aplicación de la ley en los Estados miembros, así como los organismos especializados de la Unión, como Eurojust, Europol y su Centro Europeo contra la Ciberdelincuencia y la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA)».

En nuestro país, en relación con la penalidad, recordemos que todas sus modalidades participan del sistema de determinación y cualificación de la pena prevista en los artículos 249¹³² y 250 CP¹³³.

Ya que se trata de una defraudación patrimonial, ha de existir una operación que produzca a la víctima un perjuicio patrimonial que tenga correlato con el beneficio patrimonial conseguido por el autor, y según su cuantificación, atendiendo a la reforma del CP de 22 de diciembre de 2022 *ex art.* 248:

«Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses».

Nótese que desde la reforma del Código Penal de 2010¹³⁴, la utilización fraudulenta pasó a estar tipificada en el artículo 248.2 c) CP cambiando mucho la penalidad, puesto que para el robo con fuerza en las cosas se preveía prisión de uno a tres años *ex art.* 240 CP, mientras que para la estafa se prevé una pena de prisión de seis meses a tres años *ex art.* 249 CP, con un castigo sustancialmente distinto.

También en referencia a la penalidad, BLANCO LOZANO¹³⁵ es muy crítico y entiende que la estafa informática, teniendo en cuenta la enorme cuantía de las sumas que se pueden defraudar resulta excesivamente benigna si la comparamos con la que se atribuye, por ejemplo, al robo, con lo que parece que

¹³² En un plano más «concreto» el art. 249 CP añade pautas para la individualización judicial de las penas, de manera adecuada al principio de culpabilidad: el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. En el presente caso la cuantía de lo defraudado no ha sido reputada de gran magnitud, por lo que la Audiencia no ha apreciado la circunstancia 6ª del art. 250 CP. Pero el medio de engaño utilizado sí reviste extrema gravedad por su persistencia y por cuanto ha consistido en que el acusado se hizo pasar por miembro de la Guardia Civil, con la facilitación que ello supone en el trance de derribar las normales barreras que adopta el perjudicado para preservar su patrimonio. (STS 1217/2005, de 4 de octubre).

¹³³ En el Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo celebrado el 26 de abril de 1991 se deliberó sobre las cuantías que permiten apreciar la agravante de especial gravedad atendido el valor de la defraudación prevista en el número 6.º del artículo 250 del Código Penal de 1995 (ahora 250.1.5 CP que se cuantifica en 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas).

¹³⁴ La LO 5/2010, de 22 de junio, modifica el art. 248 CP, en su art. único. 61.

¹³⁵ BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho penal español*, parte especial, tomo II, Vol. I, J.M. Bosch, Barcelona, 2007, p. 537.

una vez más, en este ámbito deambula la endémica tendencia de la mayoría de los sistemas penales a tratar con mayor vehemencia a los delincuentes de cuello blanco en un claro «Derecho penal del amigo»¹³⁶.

9. Responsabilidad civil

La cuestión de la responsabilidad civil es un tema hartamente complejo y especialmente cuando nos encontramos ante estafas multimillonarias, escándalos que han golpeado a millones de bolsillos de la ciudadanía y que ya hemos comentado con anterioridad. Estamos de acuerdo con QUERALT JIMÉNEZ¹³⁷ en que los grandes estafadores saben muy bien cómo ocultar los beneficios obtenidos mediante grandes estafas, pues son delincuentes dotados de una gran especialización y formación. Además, incluso encontramos casos de personajes ratificados por universidades tan importantes y grandes como «ciegas». Aquí podemos recordar el caso de Mario Conde, que fue nombrado doctor honoris causa y que con su gestión provocó la desaparición de Banesto, previa intervención del Gobierno de España.

La pieza de responsabilidad civil en la mayoría de las ocasiones se instruye poco y mal, puesto que se sabe que la gran mayoría de casos nada patrimonial se encontrará, y ello comporta dar paso a una instrucción paralela tan intensa como la de la pieza principal en que se ahonde en el patrimonio que se está encubriendo.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como ya hemos apuntado en la introducción del presente artículo, nos encontramos en un momento histórico en el que todo va muy deprisa, y los cambios acontecen de forma vertiginosa. Estos cambios raudos están afectando de forma directa a colectivos muy vulnerables, como los y las trabajadores y trabajadoras, que suelen ser jóvenes, que desempeñan labores de reparto y que dependen de sueldos caquéticos que pagan grandes multinacionales que presionan cada vez con mayor agresividad para obtener los mayores beneficios al menor coste, incluso vulnerando los derechos más básicos mediante formas de contratación fraudulentas en una situación además, de clara explotación¹³⁸.

¹³⁶ Concepto que de forma muy acertada acuñó por primera vez PRIETO DEL PINO en PRIETO DEL PINO, A. M.^a, «La armonización del Derecho penal español», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Madrid, 15 de junio de 2006, pp. 101 y ss.

¹³⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 523.

¹³⁸ Sería el caso de un falso autónomo, que es quien trabaja para una empresa como si fuera un autónomo, pero en realidad es un empleado encubierto, ya que su empleador

Pero hay más colectivos vulnerables, como pueden ser las personas que por cuestión de edad no están al día en relación con las nuevas tecnologías, convirtiéndose en presa fácil de diferentes tipos de estafa, incluida la que se comete mediante las tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo.

Los medios utilizados por la llamada «ingeniería social»¹³⁹ tienen como característica esencial el aprovechamiento de la mínima o nula formación e información (veraz) de que disponen la mayor parte de las víctimas, como es el caso de personas de edad avanzada y/o los llamados «inmigrantes digitales», que junto a los menores¹⁴⁰, se encuentran en una situación de clara desventaja ante la criminalidad cibernética. En el caso de esta tipología de víctimas, en muchas ocasiones existen tipos de estafas informáticas que se

tiene el control sobre su trabajo, su horario y sus condiciones laborales, pero no lo trata como tal, y se ahorra los costes laborales asociados a tener empleados. Esto genera tensiones porque los empleados tienen derechos y protecciones laborales que los trabajadores autónomos no tienen. Los falsos autónomos, por otro lado, pueden estar sujetos a una gran inseguridad laboral, ya que su trabajo no tiene las mismas garantías ni protecciones laborales que un trabajador por cuenta ajena.

¹³⁹ La ingeniería social es un conjunto de técnicas utilizadas por ciberdelinquentes para obtener información confidencial o realizar actividades maliciosas a través de la manipulación de las personas. Consiste en persuadir a un individuo para que revele información personal o confidencial, como contraseñas o datos bancarios, o para realizar acciones que beneficien al atacante, como abrir un enlace malicioso o descargar un archivo infectado. Los ingenieros sociales utilizan diferentes técnicas para manipular a las personas, como la persuasión, el engaño, la intimidación o la simpatía. También pueden hacer uso de la ingeniería social en línea, utilizando técnicas como el *phishing* o el *spear phishing*, que consisten en enviar correos electrónicos falsificados para engañar a las personas y obtener información confidencial. Se revela como muy importante estar alerta y educar a los usuarios sobre las técnicas utilizadas por los ingenieros sociales. También es de gran relevancia tener políticas de seguridad sólidas y un entrenamiento en seguridad cibernética para el personal de las empresas y así establecer medidas de seguridad efectivas, como por ejemplo el uso de contraseñas seguras y la autenticación.

¹⁴⁰ Puede verse al respecto la obra de ABADÍAS SELMA, A., FERNÁNDEZ ALBESA, N. y LEAL RUÍZ, R., *Ciberdelincuencia: temas prácticos para su estudio*, Colex, A Coruña, 2021, donde se hace una especial referencia en el capítulo 1 en relación con la ciberdelincuencia en la infancia y contra las libertades, y en el capítulo 11 sobre los ciberdelitos contra colectivos vulnerables: con discapacidad, edad avanzada, y víctimas de la radicalización. La Constitución española tiene previsto en su artículo 51.1 que: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos», y en virtud de este mandato constitucional, las diferentes administraciones no pueden soslayar la desprotección que sufren algunos colectivos vulnerables a los que ya hemos hecho referencia y que merecen el máximo apoyo y tutela para no terminar siendo víctimas de las diferentes tipologías de estafas informáticas.

detectan mayormente por lo inverosímil de su proceder y el envío masivo de información perversa con el objetivo de conseguir el máximo beneficio con las estafas que se perpetran mediante los medios de pago, que cada vez son más y más diversas¹⁴¹.

En relación con el bien jurídico protegido por esta reforma del delito de estafa, es el patrimonio, pudiendo tratarse de bienes muebles o inmuebles, derechos o servicios, siempre y cuando haya la posibilidad de la conversión en dinero. Pero además del patrimonio, entendemos que es fundamental que se proteja la buena fe y/o las relaciones de confianza que han de presidir una economía de mercado segura que promueva el progreso económico.

Ya en sede de la acción típica, como no podía ser de otra forma, los tiempos corren y las formas de estafa lo han hecho de consuno. Hemos pasado de aquel *Stellionatus*, por el timo de la estampita, estafas piramidales con una amplia victimización, y hoy en día estamos ante un panorama en el que las posibilidades de la criminalidad en relación con medios de pago, tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje u otros medios de pago materiales e inmateriales distintos del efectivo podríamos decir que son infinitas. Como dice el adagio popular, no es posible «poner puertas al campo», y es por esto que la autoprotección de la ciudadanía ha de hacerse más presente que nunca, y entendemos que las distintas administraciones públicas han de colaborar en este cometido de forma decidida ayudando a la prevención con formación, transparencia y lucha contra el delito con medios materiales y humanos especializados acordes a los tiempos, pues si bien los cheques de viaje ya prácticamente no se usan, las tarjetas¹⁴² y los llamados «otros medios de pago materiales e inmateriales distintos del efectivo» están cada vez más en auge y en diversos formatos.

También queremos hacer referencia a las entidades financieras, pues pueden aportar mucho en materia de transparencia, información e incluso pedagogía hacia sus usuarios, que en muchas ocasiones utilizan medios de pago distintos del efectivo que ni tan solo comprenden poniendo en grave riesgo

¹⁴¹ Como muy bien señala FERNÁNDEZ TERUELO en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «Clásicas y nuevas conductas fraudulentas ejecutadas en la red y su subsunción en los tipos de estafa y estafa informática contenidos en el Código penal». GÓMEZ MARTÍN, V., BOLEA BARDON, C., GALLEGRO SOLER, J.I., HORTAL IBARRA, J.C., JOSHI JUBERT, U. (Dirs.); VALIENTE IBAÑEZ, V., RAMÍREZ MARTÍN, G., (Coords.) *et al.*; *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. B.O.E., Madrid, 2022, pp. 1136 y 1137.

¹⁴² Vid. BANCO DE ESPAÑA., *Departamento de Sistemas de Pago División de Vigilancia y Análisis de Infraestructuras*. Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SPA/sis-pago/ficheros/es/estadisticas.pdf>. (Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2023). Aquí puede verse en gráficos la evolución de la utilización de las tarjetas en España desde 2002 hasta 2022.

su patrimonio mediante transacciones de diversa índole y tipología. No sirven solamente los códigos de buenas prácticas de las entidades, y sí se precisan departamentos de defensoría del cliente que sean externos, ello amén de la necesidad de disponer de un servicio de reclamaciones del Banco de España¹⁴³ más cercano a la ciudadanía y con más medios para actuar de forma ágil, eficiente y eficaz.

No podemos soslayar que los avances en las tecnologías abren más oportunidades a la comisión delictiva, pero también disponemos de medios mucho más sofisticados para la prevención y lucha contra el delito que se habrán de ir actualizando sin pausa, como algo totalmente normal¹⁴⁴.

Al albur del paso del tiempo y del acontecer del día a día era inevitable una reforma del articulado que ya demandaba la legislación europea, y que se ha traducido en una fórmula que podríamos denominar «abierta» para evitar la «obsolescencia programada» a la que hemos aludido con anterioridad. Esta fórmula más abierta o flexible seguramente permitirá recoger la casuística que se genere por las tarjetas de compra de centros comerciales, de transporte, de teléfono, tarjetas virtuales, Pay Pal, Bizum, etc., que juntamente con los cheques, talones y letras de cambio no se contemplaban.

También es relevante mencionar la esfera de los delitos cibernéticos¹⁴⁵, donde los hechos delictivos que se perpetran mediante medios de pago de forma fraudulenta se avanzan de forma cada vez más rápida al legislador, y

¹⁴³ Vid. BANCO DE ESPAÑA., *Memoria de Reclamaciones*. Disponible en: <https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/informes-y-memorias-anales/memoria-de-reclamaciones/>. (Fecha de última consulta: 29 de abril de 2023). La memoria anual de Reclamaciones presenta un análisis estadístico de los expedientes tramitados cada ejercicio. Se indican, entre otras cuestiones, las materias sobre las que versan las reclamaciones presentadas, así como las entidades afectadas por las mismas, y se expone la normativa de transparencia y criterios de buenas prácticas aplicados en las resoluciones emitidas durante el año correspondiente. El 1 de septiembre de 2022, se cumplieron 35 años de la puesta en marcha del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, uno de los pioneros y de mayor actividad a nivel europeo.

¹⁴⁴ OFICINA DE SEGURIDAD DEL INTERNAUTA. Disponible en: <https://www.incibe.es/ciudadania> (Fecha de última consulta: 29 de abril de 2023). Donde se presentan una serie de talleres de ciberseguridad, dirigidos a personas mayores de 14 años, totalmente gratuitos. Con ellos se aprende a navegar por Internet con la mayor seguridad, poniendo en práctica los consejos y conocimientos que se facilitan. Gracias a estos contenidos se puede ser capaz de configurar dispositivos y conseguir una protección óptima, que preserve la seguridad y privacidad, reduciendo y neutralizando los diferentes riesgos que puede suponer navegar en Internet.

¹⁴⁵ Vid. ORTEGA DOLZ, P., «Los ciberdelitos aumentan un 72% en España», en El País. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2023-02-08/los-ciberdelitos-aumentan-un-72-en-espana.html>. (Fecha de última consulta: 29 de abril de 2023). Marlaska advirtió que los datos aportados son provisionales, ya que están pendientes de consolidación, y señaló

pensamos que es por este motivo que se ha dejado una especie de «fórmula abierta» que tendrá que ir perfilando nuestra jurisprudencia a medida que vaya sucediéndose la práctica, en una tarea de interpretación silogística harto compleja. Hay que tener en cuenta que en 2022, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado contabilizaron 375.506 infracciones penales, un 72% más que en 2019, antes de la pandemia, tomado como año de referencia.

Dicho esto, no han faltado críticas a la citada reforma por la posible vaguedad y/o insuficiencia de esta. En este punto, entendemos que no podemos confiar en una solución solamente mediante el Derecho penal, pues este ha de ir acompañado de normativa extrapenal que constituya un verdadero apoyo y una auténtica barrera de contención del posible delito. Aquí es fundamental que el Derecho penal disponga de apoyo de la normativa reguladora de medios de pago del Banco de España, de consuno con la legislación europea e internacional¹⁴⁶.

Disponemos de otras disciplinas del Derecho para la tutela del patrimonio de las posibles víctimas, y somos del parecer que el Derecho Penal es imprescindible, todo y respetando que se ha de actuar siempre bajo los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima atendiendo a la gravedad de los hechos y a las necesidades de la sociedad que cada vez son más cambiantes¹⁴⁷.

Dada la complejidad de las acciones delictivas que provienen del uso fraudulento de medios de pago, el *ius puniendi* del Estado se ve muy seriamente comprometido por circunstancias como: la apreciación de donde se ha llevado a cabo la comisión del delito¹⁴⁸, el lugar en el que se encuentra el cri-

que la inmensa mayoría de estos ciberdelitos son fraudes o estafas informáticas, tipología en la que encajan 336.778 de las infracciones registradas, casi el 90% del total.

¹⁴⁶ Vid. BANCO DE ESPAÑA., *Eurosistema*. Disponible en: https://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Regulacion_de_En/Estatal/sistemas_de_pago.html. (Fecha de última consulta: 29 de abril de 2023).

¹⁴⁷ Como bien afirma FERRAJOLI, es fundamental el respeto de los principios antedichos, si bien habrá que tener en cuenta sobre todo en la criminalidad cibernética el máximo garantismo, máxime cuando en la mayor parte de las veces existe una macrovictimización. Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001, *passim*.

¹⁴⁸ Es necesario traer a colación el principio de territorialidad, *ex art. 23.1 LOPJ*. Además, la solución puede buscarse también a través de esclarecer en qué lugar se entiende cometido el delito. Respecto del *locus commissi delicti* existen tres construcciones jurídicas que posibilitan la solución de este problema: a) La teoría de la actividad, según la cual el delito se entiende cometido donde el sujeto lleva a cabo externamente la conducta delictiva; b) La teoría del resultado: según ésta el delito se comete donde tiene lugar el resultado externo; y c) La teoría de la ubicuidad: de acuerdo con ella, el delito se entiende cometido donde se lleva a cabo la actividad o se manifiesta el resultado. En este punto, BARRIO ANDRÉS señala como doctrina dominante esta última, si bien se inclina porque la

minimal, el lugar en el que se ha causado el daño, el lugar en el que se identifica a la víctima, cuál es el ordenamiento penal que se ha de aplicar, o la competencia jurisdiccional.

En relación con el sujeto activo de esta tipología de delitos, podemos extraer que normalmente se precisa de una infraestructura para su comisión, una estabilidad de esta y una pericia específica que hace que estemos en un ámbito muy proclive a la actuación de organizaciones y grupos criminales a los que se tendrá que hacer frente con legislación y acciones que se tendrán que tomar entre diversas naciones para conseguir en lo posible un mayor éxito en la lucha contra el delito^{149, 150}.

solución a esta cuestión de competencia debería solventarse a través del principio de personalidad, es decir, de entre todos los estados en principio competentes, sería competente aquel del que sea nacional el autor. *Vid.* BARRIO ANDRÉS, M., «Hacking, Cracking, Grooming y otras conductas ilícitas en internet en el Código Penal español», en *La Ley Penal*, n.º 121, Sección Legislación aplicada a la práctica, del 1 de julio al 1 de agosto de 2016. Por nuestra parte, entendemos que la cuestión es mucho más compleja, y la nacionalidad del autor en este tipo de criminalidad transfronteriza no puede ser el único parámetro para tener en cuenta, pues podría darse el caso de un sujeto activo que buscarse ser nacional de un país sin tratados de extradición o con una tutela penal mínima en este punto. Tampoco es nada fácil la cuestión de la cesión de la soberanía en materia procesal penal, pues la gran mayoría de países lo ven como una injerencia. Los tratados de cooperación internacional se revelan como algo muy necesario y que ha de poder implementarse con agilidad para la persecución de la criminalidad cometida mediante medios informáticos, pues es muy frecuente que diversos países se vean afectados por un mismo delito informático cometido por diversos intermediarios de diversas nacionalidades, *ad exemplum*. Tampoco podemos soslayar que, junto al principio de territorialidad, los principios de universalidad, de protección de intereses y de personalidad habrán de actuarse en esta materia tan compleja. En esta materia puede verse CLIMENT BARBERÁ, J., «La justicia penal en Internet. Territorialidad y competencias penales», en *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 10, 2001, pp. 645 y ss.

¹⁴⁹ Pero este tipo de criminalidad no es único y exclusivo de los medios de pago, pues la criminalidad cibernética es un fenómeno transnacional que precisa de políticas que ultrapasen fronteras y se centren en la prevención, persecución y castigo del delito. Como bien afirma MUÑOZ MACHADO la descentralización, la deslocalización de los operadores y la transnacionalidad de las operaciones hace que se imponga la imperiosa necesidad de cooperación entre autoridades de distintas naciones, pues este es el camino para seguir, que no está exento de complejidad y que precisa de la necesaria implicación de diversas instancias internacionales, nacionales y locales. MUÑOZ MACHADO, S., *Op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁰ La transnacionalidad del delito también existe en el tráfico de drogas, órganos y personas y tiene similar problemática en cuanto a su persecución, además, la dinámica blanqueadora es paradigmática en cuanto fenómeno supranacional y transfronterizo. La homogeneización de las políticas criminales a nivel internacional ha de implementarse con firmeza, y sobre todo, en este ámbito es de especial relevancia la cooperación policial y el establecimiento de cláusulas de extraterritorialidad. En relación con esto último, hay que indicar que la extraterritorialidad se ha previsto en el CP en el art. 189 para la corrup-

En otro orden, las transacciones mediante criptomonedas, que han irrumpido con gran fuerza en los últimos años, si se usan para la comisión de estas, tendrán que encontrar cabida en la reforma del articulado que aquí comentamos, si bien, no sabremos si esto tendrá una auténtica efectividad, o bien se tendrá que ampliar y redefinir el tipo. Dicho esto, se abre una luz con la nueva regulación de este tipo de monedas con el Reglamento «MICA», *Markets in Crypto Assets*¹⁵¹. La directiva pretende armonizar la legislación europea, que desde 2008 ha intentado dar respuestas unilaterales al auge de las monedas digitales. Por una parte, se intenta aportar una información

ción de menores. *Vid.* GARCÍA MEXÍA, P., *Derecho europeo de Internet*, Netbiblo, A Coña, 2009, pp. 131 y ss.

¹⁵¹ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020P0593> (Fecha de última consulta: 29 de abril de 2023). Relativo a los mercados de cryptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. De la Exposición de motivos podemos extraer «Una de las prioridades que se señalan en la Estrategia es la de asegurar que el marco normativo de los servicios financieros de la UE sea favorable a la innovación y no suponga obstáculos para la aplicación de nuevas tecnologías» (...) «Los cryptoactivos son una de las principales aplicaciones de la tecnología de cadena de bloques en las finanzas. Desde la publicación de su Plan de Acción en materia de Tecnología Financiera, en marzo de 2018, la Comisión ha estado estudiando las oportunidades y los problemas que presentan los cryptoactivos». Y en relación con el fraude y la ciberdelincuencia: «Los distintos enfoques adoptados por los Estados miembros dificultan la prestación transfronteriza de servicios relacionados con los cryptoactivos. Asimismo, la proliferación de enfoques nacionales pone en peligro la igualdad de condiciones en el mercado único desde el punto de vista de la protección de los consumidores y los inversores, la integridad del mercado y la competencia. Además, mientras que en los Estados miembros que han introducido regímenes a medida para los cryptoactivos se han reducido algunos de los riesgos, en otros Estados miembros los consumidores, los inversores y los participantes en el mercado siguen estando desprotegidos frente a algunos de los riesgos más importantes que plantean los cryptoactivos (por ejemplo, el fraude, los ciberataques o la manipulación de mercado)»(...) «La presente propuesta va acompañada de una evaluación de impacto, remitida al Comité de Control Reglamentario (CCR) el 29 de abril de 2020 y aprobada el 29 de mayo de 2020. El CCR recomendó que se introdujeran mejoras en algunos aspectos con vistas a: i) encuadrar la iniciativa en los esfuerzos normativos que se están llevando a cabo en la UE y a escala internacional, ii) aportar más claridad en cuanto al modo en el que la iniciativa reducirá los riesgos de fraude, piratería informática y abuso de mercado, y explicar, además, la coherencia con la futura revisión de la legislación en materia de lucha contra el blanqueo de capitales». Y en el capítulo 3 «Los proveedores de servicios de cryptoactivos autorizados para prestar el servicio de custodia y administración de cryptoactivos por cuenta de terceros establecerán una política de custodia que incluya normas y procedimientos internos para garantizar la guarda o el control de dichos cryptoactivos, o de los medios de acceso a los cryptoactivos, tales como claves criptográficas. Estas normas y procedimientos garantizarán que el proveedor de servicios de cryptoactivos no pueda perder los cryptoactivos de los clientes o los derechos relacionados con estos activos debido a fraudes, amenazas cibernéticas o negligencias».

transparente y fiable a los usuarios y evitar crisis como las de FTX, BlockFi o TerraLuna¹⁵², que pueden comportar colapsos y disfunciones muy graves en los mercados con riesgos de alcance sistémico, y por otra, se espera que una regulación que fomente el control, la transparencia y la solvencia evite la perpetración de delitos, como las estafas y el blanqueo entre otros, al socaire de estos medios.

Siguiendo con el sujeto activo, como hemos señalado, el tipo analizado se encuentra con la figura de los llamados «Muleros», que hoy en día no tienen un tratamiento armonizado por parte de la jurisprudencia ni la doctrina científica. No se trata de una cuestión menor, pues afecta directamente a una forma de participación delictiva muy concreta y que, de seguir al alza, entendemos que es muy posible que en futuras reformas tenga que recogerse en el tipo penal del art. 249.

En relación con el sujeto pasivo del delito, es doctrina unánime que se exige un deber de autoprotección en la estafa y que las características de la víctima van a ser decisivas para aquilatar la situación jurídica tratando el asunto *ad casum*. Dicho esto, con la fórmula abierta que dispensa la reforma del art. 249 CP esperamos que recoja estafas masa con víctimas difuminadas y que se cuentan por miles, como en los casos precitados de Forum Filatélico y AFINSA. Y lo que consideramos más relevante es que la reforma pueda servir para castigar y de esta forma proteger a colectivos muy vulnerables, como lo fueron las personas de edad avanzada que caían en manos de estas organizaciones criminales que actuaron con impunidad durante años con una apariencia de solvencia contrastada. Sin embargo, entendemos que la reforma del delito de estafa del art. 249 CP resultará insuficiente si no va acompañada de legislación, medidas de apoyo, control y fomento de la transparencia por parte de instituciones como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *ad exemplum*.

Pasando a comentar el *iter criminis*, la doctrina es unánime al considerar que se trata de un delito de resultado material que para su concreción requiere una disminución patrimonial de la víctima, una traslación del activo patrimonial, y un daño que ha de ser posible que se evalúe económicamente en grado consumado o tentativa idónea e incluso inidónea no punible. Dicho esto, entendemos que, si bien la tentativa es cuestión polémica entre la doctrina, es un estadio de la comisión delictiva que precisará de próximas reformas que puedan contribuir a proteger *ad exemplum* a posibles víctimas de la estafa por apoderamiento de contraseñas en aras de que se responsabilicen quienes verdaderamente tienen y pueden con medios suficientes velar por la seguridad

¹⁵² Vid. EL PAÍS, «Criptomonedas en crisis». Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2022-11-18/criptomonedas-en-crisis.html>. (Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2023).

del patrimonio del usuario de los medios de pago. Legislación como el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera¹⁵³ tendrán de ir de consuno a la reforma del CP en materia de estafas mediante tarjetas de crédito, pues el orden penal, es obvio que solamente debe actuar como la última de las soluciones.

Entendemos que la protección de estos medios de pago materiales e inmateriales distintos del efectivo van a precisar de un plus de protección por parte de los operadores financieros para evitar apoderamientos de contraseñas de forma ilícita que habrá de ir actualizándose con el devenir de los tiempos y los imparables avances tecnológicos.

Ya comentando el elemento subjetivo, entendemos que nos encontramos ante un delito doloso que admite el dolo eventual con carácter defraudatorio cuando hay, eso sí, una probabilidad considerable de que acontezca el hecho defraudatorio.

Como hemos comentado con anterioridad, se excluye en un principio el error, sin embargo, a tenor del texto literal de la reforma, entendemos que se abren nuevas y cuantiosas posibilidades de comisión delictiva si no se toman las debidas precauciones que deberán llegar por la vía del legislador con normativa específica de protección para quienes utilicen esos medios de pago que podríamos considerar «nuevos», cuanto menos por su indefinición.

En relación con la imprudencia es difícil encontrar casuística, pero algunos casos se han hallado, pues la dificultad en su apreciación estriba en que estamos ante una categoría gradual, con mayor o menor gravedad, ya que, por ende, en este elemento existe una gradación.

En materia de concurso, de lo investigado, a pesar de que hay algún autor que no aprecia la necesidad de un tipo como el que aquí estamos analizando, entendemos que sí procede su existencia y puesta al día siempre acorde con los cambios sociales y tecnológicos, pues las posibilidades de estafa cada vez son mayores, máxime en el ámbito de los delitos cibernéticos.

¹⁵³ Y a mayor abundamiento, *ad exemplum* y sin ánimo de exhaustividad: Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. (BOE de 23 de marzo de 2013) DA 1ª; Resolución de 6 de noviembre de 2018 de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación de las cláusulas generales relativas a las condiciones uniformes para la apertura y el funcionamiento de una cuenta del módulo de pagos y una cuenta dedicada de efectivo en TARGET2-Banco de España. (BOE de 28 de noviembre de 2018); Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y por la que se modifica la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. (BOE de 30 de diciembre), entre otras.

Asimismo, también se ha explicitado la problemática que existe en la relación concursal entre delitos como la falsedad, la apropiación indebida y la estafa, y en relación con lo analizado, podemos apreciar que hay que proceder con extrema cautela para su delimitación para no conculcar los principios *del non bis in idem*, de proporcionalidad, y siempre para preservar la seguridad jurídica que debe imperar en la aplicación de nuestro ordenamiento. Dicho esto, es de suma importancia tener en cuenta el Acuerdo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2022, que aporta claridad y actualiza la comprensión de las nuevas formas de falsificar tarjetas. También apreciamos muy conveniente la reforma del CP operada por Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre en relación con el art. 399 bis 4.ª CP que recoge de forma específica la falsificación de tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje, y cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo, ello de consuno con el art. 249 CP que de esta forma será de más concisa aplicación.

Ya en la esfera de la penalidad, coincidimos con BLANCO LOZANO¹⁵⁴ en que, en la estafa informática, habida cuenta del gran perjuicio y la fuerza expansiva que puede generar el daño con posible afectación de gran cantidad de víctimas, sería óptima una detenida valoración criminológica para evitar el trato más benigno que se dispensa a la delincuencia de cuello blanco, por ejemplo, si realizamos una comparación con el robo. Hay que valorar que a la estafa que aquí analizamos del art. 249 CP le corresponde una pena de prisión de seis meses a tres años, mientras que el culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años ex art. 240 CP, y si concurren alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235 CP, correspondería una pena de prisión de dos a cinco años.

Como hemos comentado, la responsabilidad civil *ex delicto*, comportará sin duda un trabajo de investigación arduo que en la mayoría de las veces no tendrá fruto, pero una sociedad avanzada como la española no puede permitirse que grandes estafadores no paguen económicamente por lo que han hecho y aquí no pueden escatimarse recursos en las correspondientes fases de instrucción.

Para finalizar, entendemos que es preciso que el legislador se base en estudios criminológicos longitudinales a lo largo del tiempo para conseguir aquilatar la problemática existente con la cuestión de la utilización fraudulenta de medios de pago distintos del efectivo, pues las nuevas formas de delincuencia están siempre prestas para burlar a la justicia y perjudicar a las víctimas, sobre todo a las que son más vulnerables.

¹⁵⁴ BLANCO LOZANO, C., *Op. cit.* p. 537.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABADÍAS SELMA, A., FERNÁNDEZ ALBESA, N., LEAL RUÍZ, R., *Ciberdelincuencia: temas prácticos para su estudio*, Colex, A Coruña, 2021.
- ABADÍAS SELMA, A., *Justicia juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura «touch»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- AGREDA, M., «Amazon se suma a los despidos masivos, 18 mil trabajadores se quedarán sin empleo», en MSV. Disponible en: <https://mvsnoticias.com/mundo/2023/1/5/amazon-se-suma-los-despidos-masivos-18-mil-trabajadores-se-queedaran-sin-empleo-578594.html>. (Fecha de última consulta: 5 de enero de 2023).
- AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, Á. L., *Derecho penal aplicado. Especial. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, Dykinson, Madrid, 2019.
- ALBERTO ROYO, A., *La sociedad gaseosa*, Tusquets, Barcelona, 2009.
- ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *Derecho penal Parte especial*, tomo – II, Reus, Madrid, 1949.
- ANTÓN ONECA, J., «Voz “Estafa”», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1958.
- BANCO DE ESPAÑA, *Departamento de Sistemas de Pago División de Vigilancia y Análisis de Infraestructuras*. Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SPA/sispago/ficheros/es/estadisticas.pdf>. (Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2023).
- BARJA DE QUIROGA, J. y GRANADOS PÉREZ, C., *Manual de Derecho penal parte especial*, tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2018.
- BARRIO ANDRÉS, M., «Hacking, Cracking, Grooming y otras conductas ilícitas en internet en el Código Penal español», en *La Ley Penal*, n.º 121, Sección Legislación aplicada a la práctica, del 1 de julio al 1 de agosto de 2016.
- BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de cultura económica, México, 2009.
- *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?* (Traducción de Alicia Capel Tatjer). Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 2014.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Editorial Planeta, Barcelona, 1998.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (V)», en MORILLAS CUEVA, L., (Dir.), DEL ROSAL BLASCO, B., OLMEDO CARDENETE, M., PERIS RIERA, J., SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2021.
- BENITO SÁNCHEZ, D., «Exclusión social y gobierno de la pena. Un análisis sobre la legitimidad de la producción penal de la exclusión», Benito Sánchez, D. y Gómez Lanz, J. (Dir.), VV.AA., *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020.
- BUSTOS RUBIO, M., «La reforma de la ciberestafa y la incorporación de los medios de pago digitales en el Código Penal», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 38, 2023.
- BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho penal español*, parte especial, tomo II, Vol. I, J.M. Bosch, Barcelona, 2007.

- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO del viernes 23 de diciembre de 2022, pp. 1-3. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2022/12/23/pdfs/BOE-A-2022-21800.pdf>. (Fecha de última consulta: 31 de dic. de 22).
- CHOCIÓN MONTALVO, J.A., «Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos», en MORALES GARCÍA, Ó., (Dir.), *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad, Cuadernos de Derecho Judicial IX-2002*, CGPJ, Madrid.
- CLIMENT BARBERÁ, J., «La justicia penal en Internet. Territorialidad y competencias penales», en *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 10, 2001.
- COLEMAN, G., *Las mil caras de Anonymous*, Arpa Editores, Barcelona, 2016.
- COMELLA SOLANS, A., «Ignorancia profunda, ignorancia concedora e internet», *El profesional de la información*, Vol. 8, n.º 4, 1999.
- COMISIÓN EUROPEA, *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0593> (Fecha de última consulta: 29 de abril de 2023).
- CORCOY BIDASOLO, M., «Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 21, 2007.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.Á., *Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993.
- DÍAZ GUIJARRO, R., «Twitter despide al 83% de su plantilla en España», en *Cinco días*, disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/01/24/companias/1674591010_214512.html. (Fecha de última consulta: 28 de enero de 2023).
- DÍAZ PITA, M. M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial», DE LA MATA BARRANCO, N. J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.
- EL PAÍS, «Criptomonedas en crisis». Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2022-11-18/cryptomonedas-en-crisis.html>. (Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2023).
- EUROPA PRESS, disponible en: <https://www.europapress.es/andalucia/noticia-jovenencarcelado-granada-pagar-80-euros-tarjeta-falsa-pide-gobierno-resuelva-peticion-indulto-20170610111534.html>. (Última consulta: 12 de julio de 2022).
- EXPANSIÓN.COM, «IBM anuncia 3.900 despidos tras ganar un 71% menos en 2022», disponible en: <https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2023/01/26/63d29e27e5fdeace7a8b45ef.html>, (Fecha de última consulta: 26 de enero de 2023).
- FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El phishing y la responsabilidad penal de los muleros o cibermulas a la luz del artículo 248.2 A) del Código Penal». VV.AA. *Tratado de delincuencia cibernética*, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- FERNÁNDEZ-SALINERO SAN MARTÍN, M.A., *Las estafas piramidales y su trascendencia jurídica penal*, Dykinson, Madrid, 2019.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «Respuesta penal frente a fraudes cometidos en internet: estafa, estafa informática y los nudos de la red», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 19, 2007.

- «Clásicas y nuevas conductas fraudulentas ejecutadas en la red y su subsunción en los tipos de estafa y estafa informática contenidos en el Código Penal». GÓMEZ MARTÍN, V., BOLEA BARDON, C., GALLEGO SOLER, J.I., HORTAL IBARRA, J.C., JOSHI JUBERT, U. (dirs.); VALIENTE IVAÑEZ, V., RAMÍREZ MARTÍN, G. (Coords.) *et al.*; *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. B.O.E., Madrid, 2022, pp. 1136 y 1137.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta de la Fiscalía General del Estado n.º 3/2001, de 10 de mayo, sobre la calificación jurídico-penal de la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago.
- GALLEGO SOLER, J. I., «Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales defraudatorios», CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); SANTANA VEGA, D. M.^a (coord.); GÓMEZ MARTÍN, V.; BOLEA BARDON, C., CARDENAL MONTRAVETA, S., JOSHI JUBERT, U., HORTAL IBARRA, J.C., FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., CARPIO BRIZ, D., DÍAZ MORGADO, C., VERA SÁNCHEZ, J.S., VALIENTE IVAÑEZ, V., CASTELLVÍ MONSERRAT, C., RAMÍREZ MARTÍN, G., BAGES SANTACANA, J., MIRANDA, G., ROGÉ SUCH, G., *Manual de Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GARCÍA MEXÍA, P., *Derecho europeo de Internet*, Netbiblo, A Coruña, 2009.
- GIL NOBAJAS, M.^a S., «Respuesta penal a la criminalidad empresarial en supuestos de explotación laboral», en BENITO SÁNCHEZ, D., GÓMEZ LANZ, J. (Dir.), VV.AA., *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020.
- GÓMEZ RIVERO, M.^a C. (Dir.), «Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante defraudación (I): estafa», NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ CASTAÑO, E., PÉREZ CEPEDA, A. M.^a, *Nociones fundamentales de derecho penal parte especial*, Tecnos, Madrid, 2020.
- HIMANEM, P., *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, Editorial Destino, Madrid, 2002.
- INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD (INCIBE), Disponible en: <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/e-skimming-y-proteger-tu-tienda-esta-tecnica-maliciosa>. (Fecha de última consulta: 2 de enero de 2023).
- JIMÉNEZ BRAVO, R., «La Unión Europea gastó casi 400,000 euros en una fiesta programada en el metaverso y tuvo solamente 6 asistentes», *COINTELEGRAPH*, disponible en: <https://es.cointelegraph.com/news/the-european-union-spent-nearly-400-000-euros-on-a-party-scheduled-in-the-metaverse-and-had-only-6-attendees>, (fecha de última consulta: 7 de diciembre de 2022).
- KERN, L., *La gentrificación es inevitable y otras mentiras*, Bellaterra, Barcelona, 2022.
- LAFORET DÍAZ, C., *Nada*, Ediciones Destino, Barcelona, 1969.
- LUZÓN CUESTA, J.M.^a, *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2022.
- MARSHALL, T. H., *Citizenship and social class, and other essays*, Cambridge University Press, Londres, 1950.
- MARTÍN, R., *Diccionario de la mitología clásica*, Espasa Calpe, México, 1998.
- MARTÍNEZ CAÑADAS, E., *El mito de la infoxicación*, UOC, Barcelona, 2021.
- MCLUHAN, M. & POWERS, B. R., *La aldea global*, GEDISA, Barcelona, 2015.

- MCLUHAN, M., *La guerra y la paz en la aldea global*, La Marca, Buenos Aires, 2018.
- MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico».
- LAMARCA PÉREZ, C., ALONSO DE ESCAMILLA, A., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2022.
- «El phishing y la responsabilidad penal de los muleros o cibermulas a la luz del artículo 248.2 A) del Código Penal». ABADÍAS SELMA, A., BRETONES ALCA-RAZ, F.J., CÁMARA ARROYO, S., CAROU GARCÍA, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., GARCÍA VALDÉS, C., GIL GIL, A., MARCOS AYJÓN, M., MARTÍNEZ ATIENZA, G., MARTÍNEZ GALINDO, G., PÉREZ LÓPEZ, X., ROCA DE AGAPITO, L., ROMERO JAIME, D.J., SANZ DELGADO, E., TÉLLEZ AGUILERA, A., TEJADA DE LA FUENTE, E., DE URBANO CASTRILLO, E., *Tratado de delincuencia cibernética*, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- MINISTERIO DE SANIDAD, Disponible en: <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm>. (Fecha de última consulta: 26 de enero de 2023).
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Intentos de extraer dinero de un cajero sin tener la clave: el problema del dolo directo con baja probabilidad y su trascendencia para la dogmática del dolo y la imprudencia». GÓMEZ MARTÍN, V., BOLEA BARDON, C., GALLEGU SOLER, J.I., HORTAL IBARRA, J.C., JOSHI JUBERT, U. (dirs.); VALIENTE IVÁÑEZ, V., RAMÍREZ MARTÍN, G. (coords.) et al.; *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. B.O.E., Madrid, 2022.
- MOLIST FERRER, M., *Hackstory.es: La historia nunca contada del underground hacker en la Península Ibérica*, Editorial Amazon, Madrid, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial. 22ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2019 y 2/2019 con la colaboración de Carmen López Peregrín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, (24.ª Ed.), 2022.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Editorial Taurus, Madrid, 2000.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Estafas realizadas mediante tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje (art. 248.2 c CP)», en NÚÑEZ CASTAÑO, E., GALÁN MUÑOZ, A., *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- OBSERVATORIO DE LA DISCAPACIDAD, disponible en: <https://www.observatoriodela-discapacidad.info/> (Fecha de última consulta: 12 de enero de 2023).
- OFICINA DE SEGURIDAD DEL INTERNAUTA, Disponible en: <https://www.incibe.es/ciudadania> (Fecha de última consulta: 29 de abril de 2023).
- ORTEGA DOLZ, P., «Los cibercrimes aumentan un 72% en España», en *El País*. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2023-02-08/los-cibercrimes-aumentan-un-72-en-espana.html>. (Fecha de última consulta: 29 de abril de 2023).
- PASTOR MUÑOZ, N., «El delito de estafa», en SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a (Dir.), et al. *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2020.
- PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., «Delitos contra el patrimonio II», *VV.AA: Lec-ciones de Derecho penal parte especial*, Atelier, Barcelona, 2021.

- PÉREZ LÓPEZ, X., «Introducción», en: FERNÁNDEZ BERMEJO, D. (Dir.), *Blanqueo de Capitales y TIC: Marco Jurídico Nacional y Europeo, Modus Operandi y Crip-tonedadas. Cyberlaundry. Informe de situación.*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- PRADOS GARCÍA, C., «La inaccesibilidad digital como supuesto de discriminación de las personas con discapacidad», GARCÍA GOLDAR, M. y NÚÑEZ CERVIÑO, J. (dirs.). ANDRÉS SEGOVIA, B., PRADOS GARCÍA, C., GIL OTERO, L., MERCHÁN MURILLO, A., MARTÍNEZ CALVO, A., GONÇALVES DE SOUSA, A., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., CASTILLO OLANO, A., ARGELICH COMELLES, C., CASTILLO PARRILLA, A., NAVAS NAVARRO, S., MARCHAL ESCALONA, N., PAZOS SIERRA, A., GUERRA, S., LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., CASTRO CORREDOIRA, M., ZOLEA, S., *El derecho ante la tecnología: innovación y adaptación*, Colex, A Coruña, 2022.
- PRESKY, M., *Enseñar a nativos digitales*, Ediciones SM, Madrid, 2011.
- PRIETO DEL PINO, A. M.^a, «La armonización del Derecho penal español», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Madrid, 15 de junio de 2006.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G., «De las defraudaciones», en MORALES PRATS, F., MORÓN LERMA, E., TAMARIT SUMALLA, J M^a, RAMÓN RIBAS, E., VILLACAMPA ESTIARTE, C., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., ORTEGA LORENTE, J. M., AGUILAR ROMO, M., CAMARENA GRAU, S., TORRES ROSELL, N., GARCÍA ALBERO, R., LLARENA CONDE, P., DEMETRIO CRESPO, E., BAÑERES SANTOS, F., RAMÍREZ ORTIZ, J. L., CALVO LÓPEZ, M^a, NAVARRO BLASCO, E., RUEDA SORIANO, Y., CUGAT MAURI, M., RAMOS RUBIO, C., DE LA PEÑA OLIVETE, M., PORTILLA CONTRERAS, G., GARCÍA RIVAS, N., SALAT PAISAL, M., ORTEGA GUTIÉRREZ-MATURANA, M., EN QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- RAMOS PORTERO, R., «Los delitos informáticos», en *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 1989.
- REY HUIDOBRO, L.F., «La estafa informática: relevancia penal del *phishing* y el *pharming*», en *Diario La Ley*, n.º 7926, sección Doctrina, 19 de septiembre de 2012, Ref. D-322, LALEY 16076/2012.
- ROMEO CASABONA, C., «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», en AA.VV. (Coord.: ROMEO CASABONA, C.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Editorial Comares, Granada, 2006.
- ROSO CAÑADILLAS, R., «Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada», en: *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario*, Tomo I, Lima (Gaceta Penal & Procesal Penal, Gaceta Jurídica), 2014.
- SEQUERA FERNÁNDEZ, J., *Gentrificación: Capitalismo cool, turismo y control del espacio urbano*, Los libros de la catarata, Madrid, 2020.
- SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- STIGLITZ, J.E., (Trad. Pradera Sánchez, A.) *El precio de la desigualdad*, De bolsillo, Madrid, 2015.

- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (Dir. y coord.), JUDEL PRIETO, Á., y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., *Manual de Derecho penal parte especial*, tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 376.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.^a, *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Bosch, Barcelona, 2020.
- URRA PORTILLO, J., *El pequeño dictador crece: padres e hijos en conflicto*, La Esfera de los libros, Madrid, 2015.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Estafa», en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., *Curso de Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal Comentado*, Atelier, Barcelona, 2015.
- VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010.
- *Delitos tecnológicos, definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepín, Madrid, 2016.

A VUELTAS CON LA UNIVERSALIZACIÓN DEL
DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR.
EL CASO DE LA DOCENCIA SEMIPRESENCIAL
EN LA EDUCACIÓN A DISTANCIA: PROFESORES
TUTORES EN LA UNED¹

*The universalization of the right to Higher Education.
The case of the blending learning education:
Teacher-Tutor in UNED*

Jorge Alguacil González-Aurioles
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

<https://doi.org/10.18543/ed.2789>

Recibido: 08.02.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

La educación semipresencial, que desde un primer momento oferta la UNED, procura contribuir a hacer efectivo, en toda España, al menos parcialmente, el derecho a la enseñanza superior universitaria; de la mejor o peor regulación de esta forma de transmisión del conocimiento dependerá, en buena lógica, la realización efectiva de tal derecho. Se estudia así la forma de organización de esta Universidad, particularmente la regulación de la figura del Profesor Tutor, docente específico de esta Universidad, clave para asegurar este modelo de enseñanza. Los problemas que

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación PID2020-113929GB-I00, sobre los límites de la autonomía de las Universidades Públicas, que se desarrolla entre el 1/09/2021 y el 31/08/2025, y cuyos investigadores principales son los Prof. Dres. D. Francisco Javier Matía Portilla y D. Luis Delgado del Rincón

derivan históricamente de la regulación de esta figura se acrecientan con motivo de la adhesión de España al Espacio Europeo de Educación Superior, pues este proceso revaloriza aun más la función tutorial. De las posibles soluciones al problema, parciales, y generales, cabe extraer ciertas conclusiones.

Palabras clave

Educación semipresencial, Profesor Tutor, Espacio Europeo de Educación Superior, soluciones parciales y generales.

Abstract

Blended learning education, which from the very first beginning was part of UNED's offer, seeks to fulfill the right to Higher Education throughout Spain. The effective achievement of this right depends on the better or worse regulation of this way of transmission of knowledge. Therefore, it is studied the way in which this University is organized, particularly the regulation of the figure of the Teacher-Tutor, a specific teacher of this University, key to ensure this teaching model. Historical problems derived from the regulation of this figure increases after Spain entrance to the European Space for Higher Education, as this process revalues the tutorial function even more. Certain conclusions can be drawn from the possible partial and general solutions to the problem.

Keywords

Blended learning, Teacher-Tutor, European Space for Higher Education, general and partial solutions.

Sumario: I. DERECHOS FUNDAMENTALES, EDUCACIÓN SUPERIOR Y UNIVERSIDAD A DISTANCIA. II. EL PROBLEMA. III. EL CONTEXTO QUE ACENTÚA EL PROBLEMA. IV. HACIA EL PLANTEAMIENTO DE SOLUCIONES. 1. La laboralización de algunos colectivos de Profesores Tutores. 2. El reconocimiento de la función tutorial en la ley orgánica de desarrollo de la educación superior en España, la reforma del Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre, y un soporte material económico para ello. V. A MODO DE BREVES CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES, EDUCACIÓN SUPERIOR Y UNIVERSIDAD A DISTANCIA

Como es conocido, la Ilustración y las revoluciones liberales (inglesa, francesa y americana) sustentan el nacimiento de los derechos fundamentales. Y el tránsito, al menos en el continente europeo, del Estado liberal al Estado social, determina que estos no sólo se conciben como derechos que aseguran un ámbito de libertad individual y social, en el que no cabe la intromisión de los poderes públicos; son a su vez principios objetivos que marcan la actuación del propio Estado.

En primer lugar, y como nos ha explicado magistralmente la mejor doctrina alemana, necesitan en mayor o menor grado de un desarrollo por el ordenamiento jurídico; Hesse lo deja muy claro (2001:102): «para que la situación jurídica regulada como derecho fundamental se torne real y efectiva en el seno de la Sociedad, se hace necesario no solamente establecer regulaciones materiales más minuciosas, sino también poner en pie formas de organización y procedimiento». Pero es que además, la configuración de este nuevo Estado social da cobertura jurídica a la demanda de que este intervenga en la «libertad» natural de los ciudadanos asegurando a todos unas condiciones mínimas materiales que les permita el ejercicio de los propios derechos, da cobertura así a una cierta universalización de los derechos; el artículo 9.2 CE lo expresa de manera inequívoca.

El Derecho de la Administración, el Derecho administrativo, pasa a ser concebido así a modo de concreción del Derecho constitucional y en particular de los derechos fundamentales que éste proclama, la organización de aquélla se configura como un aparato claramente al servicio de la mejor prestación y cumplimiento de los derechos fundamentales. Los problemas y conflictos que pretende regular y ponderar pueden incidir pues de manera clara en la propia realización de los derechos fundamentales. Un claro ejemplo de ello podemos contemplarlo en el caso de la regulación y cobertura material y jurídica que se ha ido dando a la docencia semipresencial en la UNED y así en particular a la regulación de los Profesores Tutores.

Porque, en efecto, como bien se sabe, el artículo 27.1 CE concibe el derecho a la educación como un derecho fundamental prestacional; una proyección de este derecho se da también en la enseñanza superior universitaria²; mediante la docencia universitaria a distancia, además, se da cobertura a una cierta universalización del derecho, al extender la misma a un mayor colectivo de personas, así lo expusimos en otros escritos (Alguacil, 2023); de la mejor o peor regulación de esta forma de transmisión del conocimiento dependerá, en buena lógica, la realización efectiva de este derecho. La forma de organización de esta universidad adquiere con ello una nueva dimensión, que permite su análisis constitucional. A ello dedicaremos las siguientes reflexiones.

La UNED, en efecto, surge con un claro objetivo: universalizar el derecho a la educación superior, extendiendo su docencia y acercándola a un mayor número de personas a través de una modalidad semipresencial formada por una amplia red de centros asociados a esta Universidad, que en 1972 estaba por crear³, y que en 2023 podemos señalar que cubre la totalidad de la geografía española y parte del extranjero⁴; y en los que la docencia sería impar-

² Así lo reconoce el propio preámbulo de Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU), que dice textualmente:» Esta Ley Orgánica se dicta al amparo de las reglas 30ª y 1ª del artículo 149.1 de la Constitución Española, que reservan al Estado la competencia para la aprobación de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia y la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, así como en el cumplimiento de los deberes constitucionales, respectivamente»

³ Los centros asociados a la UNED, constituidos en consorcios o fundaciones con personalidad jurídica propia, forman parte de la estructura académica de la UNED. Son entidades esenciales para el normal funcionamiento de esta universidad, al tener lugar en ellos las actividades fundamentales de los estudiantes: matrícula, tutorías, exámenes. Entre los servicios que prestan a éstos se cuenta la orientación tutorial para el estudio, la posibilidad de acceso a una biblioteca y a una mediateca, y la asistencia y la participación a las diferentes actividades culturales organizadas por ellos. Ofrecen así a los estudiantes el necesario ambiente académico y cultural. La configuración de los centros asociados a lo largo de la historia es ciertamente compleja. Como señala Olmos Lezaún (1988:133), no es una historia homogénea, y la formación de cada centro es bien distinta a los demás; cada uno se abrió paso a su manera, unos apoyados por las instituciones del lugar, otros sin tales apoyos. Pero como bien señala, «el hecho de que los primeros centros se ubicasen en ciudades carentes de Universidad tradicional (muchas capitales de provincia) los convirtió en la Universidad propia (...) Las instituciones provinciales y locales vieron en ellos un objetivo más de su política educativa».

⁴ Actualmente la UNED cuenta con 61 centros asociados repartidos por toda la geografía española. Prácticamente en todas las provincias españolas hay un centro asociado a la UNED, no estando necesariamente en la capital de la misma, sino a veces en ciudades o pueblos como Calatayud, Plasencia, Barbastro, Seo de Urgell, Cervera o Úbeda. Estos centros están a su vez estructurados en diferentes campus universitarios, Campus del

tida por una modalidad específica de docentes denominados Profesores Tutores. Como hemos señalado en otros escritos, la primera particularidad que cabe extraer de esta universidad es que en ella coexisten dos modalidades de profesores: los Profesores de la Sede Central, que configuran la correspondiente disciplina científica (temario, bibliografía y sistema de evaluación, todo ello comprendido en una guía de la asignatura) y los Profesores Tutores, que imparten la correspondiente tutoría de esta asignatura en el Centro Asociado. Este proyecto educativo, así, otorga flexibilidad, permitiendo a los estudiantes seguir sus estudios sin ciertos requisitos, facilita así la combinación de estudio y trabajo y garantiza la posibilidad de permanencia del estudiante en su propio entorno laboral y familiar (García Aretio, 2017)

En la educación a distancia, así, la falta de una regular presencia física del profesor es suplida por diversos medios de transmisión de las enseñanzas. Y en primer lugar, ocupan un lugar destacado, precisamente, las denominadas Tutorías realizadas en los Centros asociados a la UNED y centros penitenciarios desplegados por toda España. Esta actividad es esencial en el sistema educativo de enseñanza superior a distancia. El Profesor Tutor, que en la UNED es presencial, orienta al alumno en la preparación de la asignatura; expone con claridad el contenido de la asignatura, o al menos un esquema del mismo, y explica las cuestiones más difíciles. Pero sobre todo fomenta o permite la participación del alumno en la clase. Con su actitud y su talento se constituye a modo de estímulo permanente en su proceso de estudio y formación.

La tutoría de la asignatura, así, impartida con regularidad cada semana o quince días, puede convertirse en un espacio de estudio y análisis de la asignatura, pero también de compartir dudas e investigaciones, de intercambio de experiencias, ilusiones y frustraciones entre alumnos y profesores tutores. La oportunidad del contacto directo en el aula, con un profesor que oriente, y unos compañeros que estudian e investigan conjuntamente, es algo que difícilmente puede sustituirse y que acerca más al alumno a formar una comunidad universitaria.

La figura del Profesor Tutor nace, así, al mismo tiempo que la UNED, el artículo octavo (apartados dos y tres) del Decreto 2.310/1972, de 10 de agosto – BOE 18 de agosto (Decreto fundacional de esta Universidad) lo reconoce explícitamente. El Decreto 3.114/74 reconoce la figura y establece que la labor de los Profesores Tutores deberá ser valorada para todos los concursos de méritos entre funcionarios. Por lo demás, y merced al Real Decreto 1287/1995, de 26 de junio se aprueban los Estatutos de la UNED que en su Título III y IV asumen la figura del Profesor Tutor, al tiempo que definen sus

Noroeste, del Nordeste, Madrid, Este-Centro y Sur. Con tal estructura no sólo se pretende racionalizar el funcionamiento de los centros, también equilibrar las cifras entre el número de estudiantes y los profesores tutores.

funciones. Ocho meses más tarde, el Real Decreto 594/1986, de 21 de febrero aprueba normas que completan los Estatutos de la UNED, y en los que se regula expresamente la representatividad de los Profesores Tutores en los órganos colegiados de esta Universidad. En estos dos últimos Reales Decretos se priva a la figura del Profesor Tutor de vínculo específico con la Sede Central y se le diferencia y separa claramente del Profesorado Permanente. Ese mismo año, se publica el Real Decreto 2005/1986, que, como veremos, asimila la función tutorial a la de becario. Desde entonces, la reivindicación central del Consejo Nacional de Profesores Tutores ha sido el reconocimiento inequívoco de la función del Profesor Tutor como profesor específico de la UNED (Banciella Suárez, M^a.J, 1998:124-127).

En cualquier caso, parece necesario tener presente cómo la mayor parte de los 6.662 profesores tutores de la UNED en el momento de elaboración del mencionado Real Decreto eran ya funcionarios o personal laboral que disponían pues de contrato laboral o funcionario y de Seguridad Social en virtud de su trabajo en la Administración. Lo cierto, así, es que dentro del colectivo de profesores tutores cabe encontrar una diversidad de colectivos, que si bien realizan una misma función, tienen diversas peculiaridades bien diferenciadas. Cabe, pues, encontrar diversos subcolectivos, a su vez, con reivindicaciones diferentes, al menos seis:

- Un subcolectivo de jubilados de clases pasivas
- Un subcolectivo con dedicación exclusiva
- Un subcolectivo de profesores interinos de educación secundaria
- Un subcolectivo que ejercen profesiones liberales
- Un subcolectivo de profesores docentes e investigadores de la UNED
- Un subcolectivo de profesores docentes e investigadores de otras universidades

Los primeros reivindican un trato de igualdad con sus homónimos, los segundos reclaman su condición de trabajadores y así el derecho que entienden debe asistirles de cotizar a la Seguridad Social, los profesores interinos de educación secundaria solicitan un reconocimiento oficial de su actividad en sus procesos de promoción, algo que les ha sido reconocido de forma clara por los tribunales⁵. El subcolectivo con dedicación exclusiva es lógicamente

⁵ Cfr. STS 6072/2007 – ECLI:ES:TS:2007:6072, cuyo ponente es el magistrado Lucas Murillo de la Cueva. De tal resolución se desprende que la valoración relativa a la experiencia docente del Sr. Rosendo, con motivo del concurso al cuerpo de profesores de Educación Secundaria, convocada por la Orden de 7 de abril de 1993 fue correctamente valorada por el Tribunal Seleccionador y que debe mantenerse la puntuación que le fue adjudicada por ese concepto en razón de su trabajo como profesor-tutor. El alto tribunal

el que se siente más perjudicado y el que moviliza de forma más beligerante por el cambio de regulación. El subcolectivo más numeroso, formado por Profesores de la UNED, de otras Universidades o profesionales liberales, no parece que tengan entre sus reivindicaciones cambios de calado.

Es cierto, así, que la mayor parte de los actualmente casi 7.000 profesores tutores de la UNED son de hecho funcionarios o personal laboral que disponen de contrato y Seguridad Social en virtud de su trabajo en la Administración; hay, por lo demás, otro grupo de profesionales liberales (abogados, arquitectos...) que también tendrían cobertura social por el trabajo que desempeñan al margen de la universidad.

Pero también lo es que hay una minoría de unos 200 ó 300 profesores tutores que carecen de tal cobertura social (Seguridad Social) porque solo tienen ese trabajo o cotizan de forma intermitente por trabajos temporales. Ante esta situación, lo que pide este subcolectivo con dedicación exclusiva es la sustitución del Real Decreto 2005/1986 y la creación de una figura propia para este colectivo de profesores tutores como una categoría más dentro de la UNED y que solo en este caso exista esta cobertura jurídica –puesto que el resto ya la tienen por sus otros trabajos– o, en su defecto, sistema de mutualidad, planes de pensiones, etc. a partir de una partida presupuestaria. Esto podría regularse en una disposición adicional y no alteraría la regulación general del colectivo para evitar las incompatibilidades. Las reivindicaciones de este colectivo se acentúan toda vez que el mencionado Estatuto del Profesor Tutor, en su artículo 4.1 condiciona su carga lectiva máxima a tres asignaturas anuales o equivalentes.

La configuración de los Profesores Tutores, en fin, realizada por las mencionadas normas jurídicas, y mantenidas en el tiempo, genera problemas no menores, que en los últimos tiempos se han acentuado y que se han visibilizado con particular virulencia; a explicar tales tensiones dedicaremos el segundo apartado. El contexto en el que se desenvuelve actualmente la Universidad española, mediado por su adhesión al Espacio Europeo de Educación Superior, revaloriza la figura del Profesor Tutor y en ese sentido acentúa el problema; no podemos olvidar, como observa por ejemplo Salazar, que hasta hace relativamente pocos años, la formación académica tradicional

explica, en efecto, que no cabe confundir, como de hecho hizo la resolución de la Sentencia dictada el 15 de octubre de 1997 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el régimen que une a los profesores-tutores con los centros de la UNED con la función docente, que es lo que debía tener en cuenta y lo que explica la puntuación que se le atribuyó por este concepto. Y en este sentido, deja claro que, si bien es cierto que, con los Centros Asociados su vinculación es equiparable a la de los becarios de docencia e investigación de las fundaciones, eso no impide que se prevea la valoración positiva de su labor a efectos de la contratación de ayudantes y profesores asociados.

«situaba en un segundo plano la preparación para la actividad docente»; y esta cobra una renovada importancia merced precisamente a este proceso (Salazar, 2010: 1) (3). De tal contexto, pero también sobre todo del propio impulso dado por el propio colectivo de los Profesores Tutores, se imponen ciertas soluciones, que conviene analizar; a ello dedicaremos el apartado cuarto. Una primera solución puede consistir en realizar pequeñas modificaciones en la regulación jurídica de los mismos a fin de que todos ellos puedan gozar de condiciones laborales equiparables a las de cualquier relación laboral en la Administración; una segunda, consiste en el reconocimiento, y con ello otorgamiento de cobertura jurídica de la función tutorial en la máxima norma jurídica que desarrolla la educación superior en España. Esbozaremos por último unas breves conclusiones.

II. EL PROBLEMA

La regulación jurídica de la figura evidencia el problema: el acceso a la condición de Profesor Tutor, en efecto, no sólo no se asemeja a la de Profesor Titular de Universidad ni a ninguna de las categorías docentes ordinarias reguladas por la vigente Ley Orgánica de Universidades; tampoco se le confiere una categoría jurídica y laboral equiparable a la de ninguno de ellos⁶.

La norma jurídica que en la actualidad regula la figura del Profesor Tutor es, como venimos señalando, el Real Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre, sobre régimen de la función tutorial en los Centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, dictado, como se reconoce expresamente, al amparo de los artículos 44 y siguientes de la Ley Orgánica 11/1983, de 24 de agosto, de Reforma Universitaria. La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, deroga la mencionada Ley Orgánica de reforma universitaria y establece en el párrafo 2 de su disposición adicional segunda: *«En atención a sus especiales características, el Gobierno establecerá, sin perjuicio de los principios recogidos en esta Ley, una regulación específica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que tendrá en cuenta, en todo caso, el régimen de sus centros asociados y de convenios con las Comunidades Autónomas y otras entidades públicas y privadas, las específicas obligaciones docentes de su profesorado, así como el régimen de los tutores.»* El Gobierno aún no ha establecido tal regulación; por eso, y al amparo del propio Real Decreto 2005/1986, se dicta el Estatuto del Profesor Tutor de la UNED, aprobado por Consejo de Gobierno de esta Universidad de 30 de abril de 2013, y publicado en el BICI de fecha 13 de mayo de 2013, BICI 29/Anexo I.

⁶ Capítulo IV Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU), artículos 64-88.

Las dos normas básicas que regulan pues la figura del Profesor Tutor son:

- el Real Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre, sobre régimen de la función tutorial en los Centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia
- el Estatuto del Profesor Tutor de la UNED, aprobado por Consejo de Gobierno de 30 de abril de 2013

El mencionado Real Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre, reconoce en su preámbulo

- El especial mérito del servicio llevado a cabo en esta universidad. Dice textualmente «que en esta universidad, a través de sus centros asociados y programas especiales de estudios, tiene lugar una necesaria interrelación entre universidad y sociedad que hace realidad el ejercicio del derecho general a la educación que proclama nuestra Constitución, haciendo llevar el servicio público de la educación superior a sectores diferenciados de población que de otra forma se verían privados de él».
- La necesidad de consolidar este meritorio modelo de servicio público; para lo que resulta necesario dictar la normativa que regule el régimen de los Profesores Tutores; en particular:
 - su especial vinculación con la misma
 - las funciones que desempeñan
 - su proceso de selección
 - el régimen retributivo que les afecta

El Real Decreto, junto con el Preámbulo, comprende ocho artículos y dos Disposiciones Adicionales. De su contenido caben extraer dos características singulares de la condición de los Profesores Tutores, su procedimiento de selección y su vinculación laboral; la primera condición no parece que plantee mayores problemas, la primera sí que lo hace. Previamente reconoce expresamente a los Profesores Tutores como parte de la comunidad universitaria de la UNED y en lógica consecuencia proclama expresamente su derecho a participar en los órganos de gobierno de la misma; señala además sus funciones en el artículo 2, básicamente ejercer la docencia de la correspondiente disciplina científica en el Centro Asociado.

Procedimiento de selección de los Profesores Tutores

El artículo siete del mencionado Real Decreto dispone que la selección de Profesores Tutores se realizará mediante concurso público, de acuerdo con

las directrices que, con carácter general, dicte la Junta de Gobierno de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. El Estatuto del Profesor Tutor dispone: «La selección del profesor tutor de la UNED se efectuará mediante concurso público de méritos, suficientemente difundido, atendiendo a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, entre personas que estén en posesión del título de Graduado, Licenciado, Ingeniero, o equivalente y, en su caso, Diplomado, Ingeniero Técnico o equivalente, que debe estar relacionado con las asignaturas de grado o posgrado que vaya a tutorizar»; y dedica en los artículos 9 a 11 una regulación específica para ello. El artículo 5.1 del Estatuto del Profesor Tutor, por lo demás, dispone que la «*venia docendi*» (título que se le otorga al candidato que resulta elegido en un proceso de selección de profesorado tutor) será permanente hasta finalizar el curso académico en el que el profesor tutor cumpla los setenta años de edad. Podrá prorrogarse más allá de esa edad mediante resolución expresa del Rectorado de la UNED de carácter anual, previo informe favorable de la dirección del Centro y siempre que no concurran las circunstancias que puedan determinar su retirada.

No parecía particularmente problemático que el proceso de selección para desempeñar funciones en la Administración Pública se diseñara a través de un concurso público. El único problema que cabe encontrar es que, conforme al Estatuto de Profesor Tutor de la UNED, aprobado por Consejo de Gobierno de 30 de abril de 2013, y publicado en el BICI de fecha 13 de mayo de 2013, los Centros Asociados, con la finalidad de facilitar el servicio tutorial y por un tiempo máximo de dos cursos académicos –de tres en el caso de asignaturas de nueva implantación– podrán contar con la colaboración de profesores tutores que no estén en posesión de la «*venia docendi*». El abuso de la figura del Profesor Tutor sin *venia docendi*, es decir, sin haber pasado un proceso de selección, es algo que ha sido denunciado en diversos foros. En cualquier caso, el Estatuto del Profesor Tutor expone claramente los únicos supuestos en los que un Centro Asociado puede contar con profesores tutores sin «*venia docendi*», que no hayan participado en los concursos de selección; estos son:

- a) Vacantes de asignaturas por causas de fuerza mayor.
- b) Asignaturas de nueva creación.
- c) Sustitución de profesores tutores. En este caso el período puede prolongarse mientras se prolongue la sustitución.
- d) Periodo de tramitación del concurso de selección⁷

⁷ Por lo demás, este precepto dispone que los profesores tutores sin «*venia docendi*» participan de todos los derechos y obligaciones del profesor tutor con «*venia docendi*». A causa de su vinculación ocasional y limitada con el Centro, carecen del derecho de poder

Vinculación jurídico laboral de los Profesores Tutores

El decisivo artículo 3 del Real Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre, dispone: «La realización de las funciones señaladas no se considerará como desempeño de un puesto de trabajo o actividad a los efectos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, en las condiciones establecidas en el presente Real Decreto, y siempre que no suponga una dedicación superior a las setenta y cinco horas anuales»

El profesor tutor, en efecto, es miembro docente de la comunidad universitaria de la UNED, participa en los órganos docentes y de gobierno de esta Universidad, y de sus centros asociados, y por supuesto en los diferentes órganos de participación y representación de la Universidad. Al negar en su artículo tercero que sus tareas puedan devengar vinculación laboral alguna, relega su función a una relación de becario. De hecho, se estableció el límite de las 75 horas anuales para no ser considerado trabajo.

Como hemos señalado previamente, parece conveniente tener presente que esta regulación parecía tener en su momento una razón muy clara: la mayor parte de los Profesores Tutores del momento y en la actualidad disponen ya de un vínculo laboral. Por lo demás, desde los diferentes equipos de Gobierno de la UNED se ha insistido que la universidad aplica la legislación contenida y regulada en el Real Decreto 2005/1986, pues a ella están subordinadas. Las reivindicaciones, por muy legítimas que sean, se encuentran en la actualidad extramuros de la legislación vigente y el cambio de la misma no depende de la Universidad.

III. EL CONTEXTO QUE ACENTÚA EL PROBLEMA

El proceso de convergencia entre las universidades europeas, iniciado en Bolonia en junio de 1999, orienta la función de transmisión del conocimiento científico en torno a ciertos valores y principios, que ya habían sido asumidos por la propia UNED desde su fundación; precisamente, merced a su apuesta por la docencia semipresencial apoyada en el trabajo en los centros asociados y en particular en los profesores tutores. La adaptación de la UNED al plan Bolonia, en consecuencia, y como veremos, no implica un cambio en la orientación metodológica de esta universidad; más bien al contrario, implica la necesidad de profundizar en la opción metodológica previamente asumida.

representar y elegir representantes, así como otros derechos reservados a los profesores tutores que cuentan con «*venia docendi*» y dispuestos en el TÍTULO IV del presente Estatuto, así como otra normativa que la UNED contemple. Los profesores tutores sin «*venia docendi*» participarán y realizarán los cursos de formación que proponga la UNED. Dicha formación podrá ser convalidada para el oportuno curso de formación de «*venia docendi*» en caso de que el afectado lo tuviera que realizar, tras ganar el oportuno concurso.

Ahora bien, con ello, bien podemos decir que el contexto, mediado así por el Espacio Europeo de Educación Superior, al imponer la necesidad en la UNED de revalorizar el papel de la función tutorial, lejos de aminorar o restar importancia a los problemas anteriormente descritos, los acrecienta y los convierte en cruciales para poder cumplir sus funciones en la nueva realidad universitaria. Explicaremos así a grandes rasgos el sentido y la orientación del Plan Bolonia (3.1), para después exponer la forma en que la UNED se adapta a tal proceso (3.2).

1. *Nuevos métodos docentes, Plan Bolonia y docencia en la UNED*

Este proyecto⁸, como se ha expuesto en numerosos escritos, si bien parece inicialmente la adaptación y unificación de criterios educativos en todos los centros europeos, encierra sin embargo una proyección mucho mayor, llegando a suponer un punto de inflexión en la enseñanza universitaria. La Declaración de Bolonia de 19 de junio de 1999 tiene por objeto crear un espacio europeo de enseñanza superior por la vía de la cooperación intergubernamental y de las que denomina organizaciones no gubernamentales europeas. La declaración, como es conocido, consta de dos partes: una primera en que se realizan una serie de consideraciones introductorias, y una segunda, en que se establecen una serie de objetivos.

Entre las consideraciones introductorias cabe destacar cuatro principios básicos sobre los que se debe basar la función universitaria, a saber: autonomía universitaria, indisociabilidad entre docencia e investigación (algo que después resulta cuestionado), libertad docente e investigadora y universalismo. Los

⁸ El proceso de Bolonia es el nombre que recibe el proceso iniciado a partir de la Declaración de Bolonia, acuerdo que en 1999 firmaron los Ministros de Educación de diversos países de Europa (tanto de la Unión Europea como de otros países como Rusia o Turquía), en la ciudad italiana de Bolonia. El proceso de inicia realmente en una reunión celebrada en 1988 compuesta por un nutrido grupo de rectores de universidades europeas reunido en Bolonia, con motivo del festejo del novecientos aniversario de la Universidad de esta ciudad, concretamente los rectores de las universidades de Bolonia, País I, Lovaina, Utrecht y Barcelona; allí se firma un documento, la *Magna Charta Universitatum*, embrión pudiéramos decir de la futura declaración. Se trataba de una declaración conjunta (la UE no tiene competencias en materia de educación, sólo de fomento, más no de armonización) que dio inicio a un *proceso de convergencia* que tenía como objetivo facilitar el intercambio de titulados y adaptar el contenido de los estudios universitarios a las demandas sociales, mejorando su calidad y competitividad a través de una mayor transparencia y un aprendizaje basado en el estudiante cuantificado a través de los créditos ECTS. El proceso de Bolonia, pese a no ser un tratado vinculante, condujo a la creación del Espacio Europeo de Educación Superior, un ámbito que serviría de marco de referencia a las reformas educativas que muchos países habrían de iniciar en los primeros años del siglo XXI.

objetivos de la Declaración se orientan hacia la creación de la denominada *Europa del conocimiento* mediante tres objetivos claros: la adopción de un sistema de títulos fácilmente comprensible y comparable mediante el instrumento del suplemento del título; la adopción de un sistema esencialmente basado en dos ciclos (el primero con un mínimo de 3 años – el grado- y el segundo que culminaría con un título de máster o doctorado); y la puesta en marcha de un sistema de créditos, como el ECTS. En definitiva, armonizar los estudios superiores, cuantificar el trabajo de los estudiantes en base a créditos y títulos más explícitos, y el suplemento del título. A estos objetivos, la Declaración añade otros más vagos o de menor definición como la promoción de la movilidad de estudiantes, la cooperación para asegurar la calidad, o la promoción de la dimensión europea de la enseñanza superior. La adhesión de España al proceso de Bolonia, como es conocido, se inició por los estudios de posgrado y doctorado; como algún autor ha observado, comenzando la casa por el tejado (Linde Paniagua, E, 2010:145 ss).

Al margen de las críticas que cabe realizara este plan, lo cierto es que en el mismo el alumno pasa de ser un agente pasivo a uno activo. El objetivo es que tome sus propias decisiones con respecto a su aprendizaje a la hora de elegir un itinerario u otro o al elegir una especialización. Bolonia requiere del alumno un esfuerzo mayor por, entre otras cosas, la realización de trabajos y la asistencia constante a clase. Conceptos como la evaluación continua, tutorías académicas y fomento del aprendizaje activo, caracterizan el nuevo papel del profesor en la educación superior. Junto a las clases magistrales se combinan las tutorías específicas y otras modalidades de enseñanza más prácticas e individualizadas, como talleres, sesiones de laboratorio o seminarios y el fomento de los trabajos conjuntos entre los estudiantes. Además, se potencia la comunicación y el desarrollo de los planes docentes entre los profesores.

2. *Adaptación del Plan Bolonia a la UNED*

Los objetivos del Plan Bolonia, así, son seguramente particularmente loables, quizá necesitados de soporte económico y seguramente de una mayor y mejor explicación, en fin, de adaptación de la Universidad a las nuevas tecnologías; algo que la UNED realizó por su razón de ser desde el primer momento y que sigue desarrollando con particular pericia. Por eso parece la educación semipresencial a distancia realizada por la UNED como particularmente adecuada para adaptarse a los nuevos retos.

Porque, en efecto, si el modelo de enseñanza diseñado en Bolonia se proyecta a través de prácticas evaluables, en la UNED esto ya se hace en las propias tutorías que se ofrecen en los centros asociados. En fin, si la clave en Bolonia es una apuesta decidida por la educación de calidad centrada en el

estudiante y en su experiencia de aprendizaje, la UNED ha centrado precisamente sus esfuerzos en tal docencia, buscando desde un primer momento superar la idea de soledad y aislamiento que podía transmitir el modelo de educación a distancia en el momento en que surgió esta Universidad.

Así, es cierto así que la adaptación del plan Bolonia a la UNED presenta dificultades no menores, como en toda la Universidad española. Sin embargo, la docencia a distancia presenta también, como hemos señalado anteriormente, ciertas facilidades para adaptarse a los nuevos retos. Y ello tanto, en primer lugar, por el modelo de alumno que asume esta universidad como, en segundo término, por los métodos docentes que este modelo desde un primer momento le mueve a practicar, y que renueva periódicamente.

IV. HACIA EL PLANTEAMIENTO DE SOLUCIONES

1. *La laboralización de algunos colectivos de Profesores Tutores*

Una primera vía de solución del problema puede consistir en poder otorgar a todos los Profesores Tutores una vinculación con la UNED sustentada en unas condiciones laborales que se adecúen a las propias de una relación laboral justa mediada por nuestro Derecho laboral. En ese sentido, cabría postular la creación de una figura propia de la UNED y una laboralización de la misma. Todo ello a través de una revisión del Estatuto del Profesor Tutor, que permita la ampliación del número de horas de dedicación para aquellos profesores que no sean funcionarios (los funcionarios tienen un límite de 75 horas); y sobre todo la posibilidad de que la vinculación de estos profesores que no disponen de otro contrato laboral más que el de Profesor Tutor se realice mediante un contrato de trabajo adecuado a nuestro régimen laboral, lo que implicaría al menos una modificación parcial del Real Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre.

Ello podría implicar, ciertamente, un problema, al menos teórico, de discriminación: profesores que realizan idénticas funciones tendrían distinto régimen jurídico. Mas tal desigualdad cabría justificarla a partir de la clásica forma de entender la igualdad declarada por el Tribunal Constitucional: esta consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, y con la nueva regulación se estaría tratando de forma desigual a colectivos que ciertamente son diferentes y que requieren en consecuencia regulaciones diferentes. Un trato diferente no es discriminatorio si no hay igualdad en los supuestos de hecho, «no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hayan en situaciones diferentes»⁹. Solo el subcolectivo que tiene dedicación exclusiva requiere de tal laboralización, el resto de

⁹ STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ12

subcolectivos no, bien son funcionarios, bien disponen de relación laboral y por lo tanto de Seguridad Social. En cualquier caso, lo cierto es que tal solución es ciertamente parcial, y no se orienta hacia una solución global del problema; ello nos introduce en el siguiente epígrafe.

2. *El reconocimiento de la función tutorial en la ley orgánica de desarrollo de la educación superior en España, la reforma del Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre y un soporte material económico para ello*

La Recomendación del Defensor del Pueblo del 2 de enero de 2019 sobre la regulación específica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia es clara: remitir al Gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, un proyecto de regulación específica para la Universidad Nacional de Educación a Distancia en cumplimiento de la señalado en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades¹⁰. Parece claro que la

¹⁰ La Resolución dice textualmente:

Regulación específica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Se ha recibido su escrito en el que se contiene información relativa a la queja mencionada más arriba.

Consideraciones

1. En el mismo se señala que, a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, aún no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en su disposición adicional segunda que establece que: *«En atención a sus especiales características, el Gobierno establecerá, sin perjuicio de los principios recogidos en esta Ley, una regulación específica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que tendrá en cuenta, en todo caso, el régimen de sus centros asociados y de convenios con las Comunidades Autónomas y otras entidades públicas y privadas, las específicas obligaciones docentes de su profesorado, así como el régimen de los tutores»*.

2. Se manifiesta, asimismo, que en todo caso para el cumplimiento de la citada disposición, la proyección de la norma de desarrollo de la misma debería incorporarse al futuro Plan Anual Normativo para el año 2019.

Decisión

Sobre la base de información aportada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, se ha resuelto formular la siguiente resolución:

RECOMENDACIÓN

Remitir al Gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, un proyecto de regulación específica para la Universidad Nacional de Educación a Distancia en cumplimiento de la señalado en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

A la espera de recibir una comunicación en la que se manifieste la aceptación o rechazo de la Recomendación formulada,

le saluda muy atentamente,

función tutorial merece ser realizada por docentes cuya naturaleza jurídica, incluyendo su vinculación laboral, tenga un claro soporte jurídico en la norma superior que regule la enseñanza superior en España.

En ese sentido, parece conveniente explicitar de forma clara en la regulación jurídica superior que regule el modelo universitario español la característica especial de los Profesores Tutores.

Conviene analizar así la recientemente aprobada Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU), Ley Orgánica 2/2023, de 23 de marzo, publicada en el BOE de 23 de marzo. La regulación anterior venía establecida en la Ley Orgánica de Universidades (LOU); como habíamos visto, esta ya derogada normativa disponía en su Disposición Adicional Segunda: *«En atención a sus especiales características, el Gobierno establecerá, sin perjuicio de los principios recogidos en esta Ley, una regulación específica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que tendrá en cuenta, en todo caso, el régimen de sus centros asociados y de convenios con las Comunidades Autónomas y otras entidades públicas y privadas, las específicas obligaciones docentes de su profesorado, así como el régimen de los tutores.»*. Ciertamente, hay un reconocimiento mínimo de esta función tutorial, la regulación específica prevista no se ha dado, y parece necesario que se produzca. Un Real Decreto debería haber desarrollado este precepto, haber reconocido expresamente la función tutorial, los diferentes colectivos que necesariamente se dan en un profesorado tan plural como el profesorado tutor y la necesidad de dar una cobertura legal adecuada, además de haber ofrecido una cobertura material adecuada a nuestro régimen laboral.

La Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU) recoge también la peculiaridad del sistema de la UNED. Lo hace de una manera más pormenorizada en su Disposición Adicional Primera. Recoge asimismo de forma clara, y esto nos parece realmente significativo, la obligación de regular jurídicamente la figura del Profesor Tutor, imponiendo incluso un plazo para llevar a cabo tal regulación.

Tras reconocer a esta Universidad como una institución que forma parte del sistema universitario español¹¹, reconoce expresamente las peculiaridades de

¹¹ Dispone: 1. La Universidad Nacional de Educación a Distancia es una institución que forma parte del sistema universitario español, cuyo objeto fundamental es el desarrollo de actividades académicas no presenciales e híbridas, siendo su ámbito de actuación el conjunto del Estado y aquellos lugares del extranjero donde pueda desarrollar legalmente su actividad.

2. Las Cortes Generales y el Gobierno ejercerán las competencias que esta Ley atribuye, respectivamente, a la Asamblea Legislativa y al Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas en cuanto se refiere a la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

3. El Gobierno regulará las particularidades de los regímenes del personal docente e investigador, del personal técnico, de gestión y de administración y servicios, así como de

los regímenes de personal docente e investigador que tiene en su apartado tercero:

3. «El Gobierno regulará las particularidades de los regímenes del personal docente e investigador, del personal técnico, de gestión y de administración y servicios, así como de las y los tutores, y las condiciones de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia promoviendo su relación con el entorno en el que se ubiquen»

Y sobre todo reconoce expresamente la necesidad de regular la situación jurídica de los Profesores Tutores; establece en efecto, en su último apartado, lo siguiente:

«En el plazo de un año desde la aprobación de esta Ley, el Gobierno regulará reglamentariamente el régimen del profesorado tutor de los centros asociados a la Universidad Nacional de Educación a Distancia».

La aprobación de esta nueva Ley parece así que puede ser un claro avance en el reconocimiento de la figura del Profesor Tutor; introduce la obligación de regularla mediante Real Decreto en el plazo de un año, imponiendo pues la obligación de reforma del Real Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre, y abriendo pues la posibilidad de otorgamiento a esta categoría profesoral de la dignidad que merece adaptando las diferentes categorías de Profesorado Tutor al régimen de vinculación laboral más adecuado y en todo caso acorde al ordenamiento laboral y administrativo vigente. Permitiendo, en fin, que esta nueva regulación diferencie los diferentes colectivos de Profesores Tutores y adapte la regulación específica de cada uno de ellos a sus específicas necesidades.

Pero a su vez, esta norma, además, incluye un sistema renovado de financiación de las universidades que puede mejorar considerablemente la financiación de la UNED y así las posibilidades materiales para llevar a término

las y los tutores, y las condiciones de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia promoviendo su relación con el entorno en el que se ubiquen.

Asimismo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 56.3, regulará su financiación teniendo en consideración las particularidades de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, cuyos presupuestos se incluirán en los Presupuestos Generales del Estado. En todo caso, el recurso al endeudamiento por parte de la Universidad Nacional de Educación a Distancia habrá de autorizarse por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. No obstante, a lo largo del ejercicio presupuestario, para atender desfases temporales de tesorería, la Universidad Nacional de Educación a Distancia podrá recurrir a la contratación de pólizas de crédito o préstamos, en una cuantía que no superará el 5 por ciento de su presupuesto, que habrán de quedar cancelados antes del 31 de diciembre de cada año.

4. En el resto de los ámbitos, la Universidad Nacional de Educación a Distancia tendrá los mismos derechos y obligaciones que el resto de las universidades públicas españolas, y se regirá por el principio de autonomía universitaria y por lo que estipulen sus Estatutos.

una regulación como la mencionada en la necesaria modificación del Real Decreto 2005/1986, que permita revalorizar la figura del Profesor Tutor; pues, en efecto, como dispone su artículo 56 la financiación se desdobra en:

- Una financiación estructural basal, que, como la propia norma indica, deberá ser suficiente para la prestación de un servicio público y de calidad y para cubrir las necesidades plurianuales de gastos de personal, incluyendo los gastos de los planes plurianuales de estabilización de las plantillas, gastos corrientes en bienes y servicios y de inversiones reales, la investigación estructural y las inversiones para garantizar la sostenibilidad medioambiental de las universidades
- Una financiación estructural por necesidades singulares; financiación reservada para determinadas universidades en función de necesidades singulares como la insularidad, la dispersión territorial y presencia en el medio rural de sus centros universitarios, el nivel de especialización de las titulaciones impartidas, la pluralidad lingüística de los programas, incluyendo la promoción de las lenguas oficiales propias de las Comunidades Autónomas, la existencia de infraestructuras singulares, de patrimonio cultural o artístico o el tamaño de las instituciones. Asimismo, de común acuerdo entre las universidades y las Comunidades Autónomas se podrán fijar otras funciones singulares que requieran una financiación específica. Las posibilidades de la UNED de contar con este modelo de financiación parecen evidentes. En la propia Disposición Adicional Primera de esta norma, la LOSU, se incide en que la financiación de la UNED se hará teniendo en cuenta las particularidades de esta Universidad
- Una financiación por objetivos, que se establecerá en función del cumplimiento de objetivos estratégicos que, se dice expresamente, deberán estar vinculados, entre otros, a la mejora de la docencia, la investigación, incluyendo los programas de Ciencia Abierta y Ciencia Ciudadana, la transferencia e intercambio del conocimiento, la innovación, la formación a lo largo de la vida, la internacionalización, la cooperación interuniversitaria y la participación en proyectos y redes, la tasa de inserción laboral, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el reconocimiento de la diversidad y la accesibilidad universal.

Este reforzamiento de la financiación de la UNED, por lo demás, puede otorgar cobertura a la posibilidad de modificación de la financiación de los propios centros asociados a la UNED, que son los encargados en último extremo de hacer posible un nuevo régimen laboral de los profesores tutores. El objetivo puede ser así modificar la actual regulación que recoge la financiación de los centros contenida en el Real Decreto 1317/1995, de 21 de

julio, que la limita en su artículo 5 a un 50% de los ingresos por los precios públicos recibidos por la prestación de servicios académicos universitarios (matrículas) correspondientes a dichos centros.

Los presupuestos generales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de cada ejercicio deben recoger separadamente las partidas correspondientes a la financiación de la red básica de centros asociados; pues bien, la vigente regulación, que podría cambiarse, y la LOSU podría ofrecer las bases para ello, impide que la financiación a los centros asociados pueda superar el 50% de los ingresos por matrícula de cada centro asociado. Sin embargo, la situación económica de los centros asociados a la UNED es muy desigual, hay centros que tienen sobrefinanciación y otros que tienen escasez de financiación; el objetivo puede ser promover una nueva regulación que permita transferir una parte basal para todos los centros y otra parte en función de la matrícula.

V. A MODO DE BREVES CONCLUSIONES

«Omnibus mobilibus mobiliior sapientia», así reza el logo inserto en el escudo de la UNED. Preciosa frase, tomada del Antiguo Testamento¹² que quiere decir «la sabiduría se mueve más que todas las cosas que se mueven» y que se refiere a que la sabiduría tiene que difundirse y, además, avanzar. El reto del nuevo proyecto educativo quedaba desde un principio claramente plasmado: se trataba de acercar el conocimiento a todos los rincones, democratizar el acceso a los estudios superiores y así a la Universidad.

Tal proyecto democratizador, como es bien sabido, y en una democracia constitucional como la nuestra, precisa de concreción jurídica clara, de regulaciones específicas que permitan convertir la decisión política fundamental en términos jurídicamente operativos, que faculte la concreción del mencionado principio político. Tal concreción se ha ido produciendo en diversas regulaciones; y estas han mostrado variados problemas, específicamente en relación con la modalidad más específica de esta docencia semipresencial, la de los Profesores Tutores. El conflicto, presente a lo largo del tiempo, se ha ido visibilizando cada vez más y ha adquirido repercusión pública innegable.

La vigente Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU) recoge en su extensa Disposición Adicional Segunda las particularidades de la UNED; y entre ellas, lógicamente, la de los Profesores Tutores, imponiendo un plazo para que se produzca una regulación pormenorizada de los mismos. Parece que con ello los poderes públicos asumen la responsabilidad que les compete; ciertamente, las diversas regulaciones jurídicas, y en particular la

¹² Frase del libro «Sabiduría» del Antiguo Testamento, capítulo 7, versículo 24.

LOSU, y la regulación mediante Real Decreto de los Profesores Tutores que la propia LOSU impone, podrían ser así ese poder público indispensable que precisan los derechos fundamentales, en este caso el derecho prestacional a la educación superior, para ser realidad en la Sociedad; encontrarán cobertura y harán realidad el mandato constitucional establecido en el artículo 9.2 de nuestra Carta Magna.

No podemos olvidar, por lo demás, que las condiciones materiales para la libertad imponen la necesidad de la existencia de una cobertura económica que permita la realización efectiva de la misma. Y que tal cobertura económica puede venir de la mano de la propia LOSU, que permite una financiación estructural por necesidades singulares; tal financiación, aplicable a la UNED, y añadida a la basal, podría permitir una modificación de la propia financiación de los centros asociados a la UNED, centros de los que dependen laboralmente los Profesores Tutores. La nueva financiación que plantea la LOSU podría permitir así, o dar cobertura al menos, a la reforma, en el sentido descrito, del Real Decreto 1317/1985, de 21 de julio, sobre el Régimen de Convenios de la Universidad Nacional de Educación a Distancia con los Centros Asociados a la misma. Con ello se permitiría compensar la financiación a los centros asociados, permitiendo transferir una parte basal para todos los centros y otra parte en función de la matrícula. El objetivo es que todos los centros asociados a la UNED puedan disponer de soporte económico suficiente para hacer frente a una renovada regulación de la condición laboral de los Profesores Tutores.

Afirmaba Alejandro Tiana Ferrer, Catedrático de Teoría e Historia de la Educación de la UNED, y exrector de esta Universidad, cuando esta cumplía los 25 años de su existencia, que «la UNED es un poderoso instrumento educativo, una Institución consolidada y capaz de llevar a cabo importantes tareas formativas, como ha venido demostrando sobradamente» (Tiana Ferrer, 1988:103). El quincuagésimo aniversario de esta Universidad se ha celebrado recientemente, y en el acto de conmemoración de tal efeméride en el Antiguo Salón de Sesiones del Senado, Ander Gil, presidente del Senado, ante el rector de la UNED, Ricardo Mairal Usón, y el ministro de Universidades, Joan Subirats, comparaba la función de esta universidad con la que históricamente realizó la Institución Libre de Enseñanza¹³.

Los poderes públicos deben remover los obstáculos que, en este caso, en el ámbito de la educación superior, impiden que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. La vigente aprobación de la LOSU y de la reforma del Real Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre, puede encarnar tal poder público. De forma que pueda realizarse al menos parcialmente esa máxima

¹³ Conmemoración 50 aniversario UNED en el Senado de España | Extensión Universitaria en 50 aniversario | UNED

que decía el sabio juez Salomón, rey del antiguo Israel, que exaltaba la justicia y la sabiduría: la transmisión de esta debe moverse más que todas las cosas que se mueven.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GARCÍA ARETIO, L. (2017). «Educación a distancia y virtual: calidad, disrupción, aprendizajes adaptativo y móvil», *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia RIED*, vol. 20, n.º 2.
- HESSE, K. (2001). «Significado de los derechos fundamentales», Benda, E; Maihofer, W; Vogel, H; Hesse, K; Heyde, W, *Manual de Derecho constitucional*. Madrid. Barcelona. Marcial Pons.
- ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. (2022). «Libertad de cátedra y organización territorial y docente de la UNED», *Revista General de Derecho Constitucional* n.º 37, 2022.
- OLMOS LEZAÚN, A. (1998). «Vida y milagros de los Centros Asociados», *A Distancia. UNED*, vol. 16, n.º 1.
- BANCIELLA SUÁREZ, M.^a J. (1988). «El Profesor Tutor a lo largo de los 25 años de la UNED», *A Distancia. UNED*, vol. 16, n.º 1.
- LINDE PANIAGUA, E. (2010). *El proceso de Bolonia: un sueño convertido en pesadilla*, Madrid: Thomson Cívitas.
- SALAZAR BENÍTEZ, O. (2010). «El cómo sin olvidar el qué (luces y sombras de una experiencia de renovación pedagógica en Derecho constitucional)», *Revista General de Derecho constitucional* n.º 10.
- TIANA FERRER, A. (1988). «¿Qué podemos esperar de la UNED? Una mirada desde el exterior», *A Distancia. UNED*, vol. 16, n.º 1.

LA REGULACIÓN DE LA VIVIENDA SOCIAL Y LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO AL CONTEXTO EUROPEO

The Regulation of Social Housing and the adaptation of the Legislation to the European context

Amalia Balaguer Pérez

Profesora ayudante Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

<https://doi.org/10.18543/ed.2790>

Recibido: 03.02.2022

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

En el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo se ha pronunciado por la protección del derecho a la vivienda como derecho fundamental, así como el acceso a la vivienda social. Sin embargo, no hay consenso sobre una definición de la vivienda social en el ámbito de la Unión Europea. Este artículo analiza, por un lado, las medidas referentes a la vivienda social que se han establecido en la nueva Ley por el derecho a la vivienda, poniéndolas en relación con la vivienda social como derecho y la vivienda social en la Unión Europea, realizando una breve comparación con el sistema de vivienda social existente en algunos de los Estados miembros de la Unión. Por otro lado, el artículo analiza las disposiciones relativas a los desahucios desde el punto de vista de las obligaciones de derecho internacional que tiene España. El objetivo de este artículo es valorar los cambios que la ley realiza respecto a estos dos puntos específicos de la problemática en relación con el derecho a la vivienda. Se concluye que debe avanzarse en la concepción de vivienda protegida como vivienda de alquiler y en el entendimiento de que el problema de acceso a la vivienda no se limita solo a los grupos considerados como desfavorecidos.

Palabras clave

Derecho a la vivienda, Derecho de la Unión Europea, vivienda social.

Abstract

In the European Union, the European Parliament has supported the protection of the right to housing as a fundamental right, as well as the access to social housing. However, there is not a unique definition of social housing in the European Union. This article analyses the measures regarding social housing that have been established in the new law for the right to housing, relating them to social housing as a right and social housing in the European Union, making a brief comparison with the social housing system in some member States of the Union. The article analyses also the provisions relating to evictions from the point of view of international law obligations in Spain. The aim of this article is to assess the changes that the law has introduced regarding these specific points of the problematic in relation to housing. It is concluded that progress must be made in the conception of social housing as rented housing and in the understanding that the problem of the access to housing is not limited only to the groups considered as disadvantaged.

Keywords

Right to housing, European Union Law, social housing.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA VIVIENDA COMO DERECHO EXIGIBLE. III. LA VIVIENDA SOCIAL COMO DERECHO. 1. El sistema de asociaciones de vivienda para la provisión de vivienda social. IV. PROTECCIÓN CONTRA LOS DESAHUCIOS. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La vivienda es un derecho reconocido en la Constitución española, si bien tiene en general unas garantías distintas a la de otros derechos constitucionales. Esto se debe a su ubicación como derecho entre los principios rectores de la política social y económica, que tienen unas menores garantías de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución¹. Estos «enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución», si bien con un margen amplio para el legislador². En el caso del derecho a la vivienda se establece un claro mandato para los poderes públicos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas para hacer efectivo este derecho. El Tribunal Constitucional español ha afirmado que los principios rectores «carecen de las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas que caracterizan a los derechos constitucionales, aunque tienen, sin duda, el valor constitucional expresado respecto de todos los poderes públicos, orientando sus respectivas actuaciones»³. Es decir, los principios no son meras declaraciones, pues «deben orientar la acción de los poderes públicos»⁴ y no pueden considerarse «como normas sin contenido», debiendo estar presentes «en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes»⁵. Por lo que, aunque la Constitución no genera un derecho a exigir el uso de una vivienda, debe regularse este ámbito de manera que se alcance la protección de este derecho. El artículo 47, en conjunción con el artículo 9.2 de la Constitución, implica que la normativa relacionada con los distintos ámbitos que influyen en la realización de este derecho debe estar orientada a hacerlo efectivo, tendiendo hacia su protección en las

¹ Artículo 53.3 de la Constitución: 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.

Ver también STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5: «en general (art. 53.3 C.E.) los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables».

² STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11.

³ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13.b.

⁴ STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.

⁵ STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6.

distintas facetas que forman parte de su contenido, no definido específicamente en la Constitución pero que debe necesariamente incluir, para que pueda realizarse el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, el acceso a la vivienda y la seguridad en la permanencia en esta.

Debe también relacionarse este derecho con otros derechos constitucionales, pues sin una protección efectiva del derecho a la vivienda otros derechos se ven desprotegidos, derechos como el derecho a la salud o el derecho a la intimidad, pues las personas sin hogar carecen del espacio físico de la intimidad personal.

También en el ámbito internacional tiene una protección distinta. Sin embargo, la protección del derecho a la vivienda es fundamental para la protección plena de otros derechos con las máximas garantías en el ordenamiento.

En el ámbito de la Unión Europea, en 2021 el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos en la que reconoce que «el acceso a una vivienda adecuada constituye un derecho fundamental». Aunque la vivienda es competencia de los Estados miembros, el Parlamento Europeo se ha manifestado en varias ocasiones sobre el derecho a la vivienda⁶.

El Parlamento Europeo también se ha pronunciado sobre los derechos económicos y sociales en su *Resolución de 15 de septiembre de 2022, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2020 y 2021*, recordando «que los derechos económicos y sociales son derechos fundamentales» y pidiendo a los Estados que garanticen la igualdad en el acceso a la vivienda, entre otros derechos⁷.

Por otra parte, la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia para reforzar la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales en la UE* indica que esta estrategia «subraya el carácter global de la Carta y complementa los esfuerzos específicos para hacer que los derechos y los valores de la UE sean más tangibles en ámbitos» como los derechos sociales y los derechos económicos⁸.

⁶ Resolución de 1997 sobre los aspectos sociales de la vivienda, Declaración por escrito del 2008 sobre la resolución del problema de las personas sin hogar instaladas en la vía pública, Resolución del Parlamento Europeo del 11 de junio de 2013 sobre la vivienda social en la Unión Europea.

⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de septiembre de 2022, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2020 y 2021, 46.

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia para reforzar la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales en la UE, 2020, 4.

De manera más específica, el Parlamento Europeo ha considerado el acceso a la vivienda social un derecho fundamental. La vivienda social es un instrumento importante en la realización del derecho a la vivienda. Por otro lado, en el ámbito de la Unión la vivienda social se ha visto afectada por las políticas de la Comisión debido a la definición que de ella ha realizado la Comisión y a la regulación de los servicios de interés general, que ha influido en la regulación de la vivienda social de algunos Estados miembros.

Dentro de la Unión, existen diferentes modelos de vivienda social. En España, la vivienda social ha sido tradicionalmente en propiedad. La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda introduce medidas que están destinadas a aumentar la vivienda social en alquiler, en línea con otros Estados miembros de la Unión Europea, que tienen un mayor porcentaje de vivienda social en alquiler. Estas medidas pueden verse en el ámbito del contexto europeo, destacándose en el Preámbulo de la ley que los parques públicos de vivienda en España son casi inexistentes comparados con la media de la Unión, existiendo un parque de vivienda social (entendida como vivienda de alquiler de titularidad pública) muy inferior al de otros países de la Unión.

Por otra parte, desde el punto de vista internacional el Estado tiene obligaciones respecto al derecho a la vivienda, que pueden ponerse en relación con las disposiciones relacionadas con los desahucios que introduce la nueva ley.

El objetivo de este artículo es analizar la vivienda social en la formulación que se le ha dado en la ley por el derecho a la vivienda, introduciendo como elemento de valoración el contexto de la Unión Europea, así como valorar, desde el punto de vista de las obligaciones de derecho internacional que tiene España, las medidas respecto a los desahucios que introduce la ley.

II. LA VIVIENDA COMO DERECHO EXIGIBLE

El derecho a la vivienda en plenitud no se incorpora a la CDFUE, que reconoce, sin embargo, «*el derecho a una ayuda de vivienda (...) según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales*»⁹.

No obstante, en el ámbito de la Unión hay varias resoluciones en las que se considera el derecho a la vivienda un derecho fundamental. Desde sus primeras resoluciones sobre el derecho a la vivienda y la vivienda social el Parlamento Europeo ha considerado el derecho a la vivienda como un derecho fundamental. En la resolución de 1997 sobre los aspectos sociales de la vivienda del PE se «insiste en la necesidad de que el derecho fundamental a una vivienda digna y a un precio accesible se convierta en una realidad

⁹ Art. 34.3.

operativa»¹⁰. Además, pide a los Estados miembros que establezcan medidas: «una oferta suficiente de viviendas, viviendas de calidad y de dimensiones apropiadas, una oferta suficiente de viviendas accesibles y un elevado grado de seguridad en materia de vivienda»¹¹. También en la Declaración por escrito del 2008 del Parlamento Europeo sobre la resolución del problema de las personas sin hogar instaladas en la vía pública se considera el acceso a una vivienda digna un derecho humano fundamental¹².

En la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, el Parlamento pide que la Comisión y los Estados miembros se aseguren de que se reconozca un derecho a la vivienda adecuada que sea «ejecutable»¹³. Además, el acceso a una vivienda digna implica agua potable, saneamiento e higiene, entorno interior de calidad, entre otras características que suponen que una vivienda sea adecuada. Desde el Parlamento Europeo se pide que se establezca un derecho a la vivienda exigible en los Estados miembros.

También la vivienda es parte del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de 2021 en el que se dispone que deberá proporcionarse a las personas necesitadas acceso a viviendas sociales o ayudas a la vivienda, que deberá protegerse adecuadamente y asistir a las personas vulnerables frente a un desalojo forzoso y facilitar a las personas sin hogar un alojamiento¹⁴. Por otra parte, el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre «acceso universal a una vivienda digna, sostenible y asequible a largo plazo» afirma que la UE debe «como primer paso, velar por la consagración de un verdadero derecho universal a la vivienda, en particular mediante un Reglamento sectorial, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario»¹⁵.

El derecho a la vivienda está reconocido en las Constituciones de algunos Estados miembros de la UE, en general como una obligación para los poderes públicos, como ya hemos indicado, también en la Constitución Española.

¹⁰ Parlamento Europeo, Resolución sobre los aspectos sociales de la vivienda, 1997, 2.

¹¹ *Ibidem*, 3.

¹² Parlamento Europeo, Declaración por escrito del 2008 sobre la resolución del problema de las personas sin hogar instaladas en la vía pública, B.

¹³ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos (2019/2187(INI)), 1.

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, 2021, Anexo 3, 19.

¹⁵ Comité Económico y Social Europeo, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Acceso universal a una vivienda digna, sostenible y asequible a largo plazo» (Dictamen de iniciativa), 2020, 1.2.

La Resolución mencionada de 2021 resalta que el acceso a una vivienda adecuada debe considerarse «una condición previa para ejercer y obtener el acceso a los demás derechos fundamentales y a una vida digna»¹⁶.

Como afirma GARCÍA MACHO, «la perspectiva, en efecto, al servicio de la libertad del derecho a una vivienda, no sólo de este derecho, sino de todos los derechos sociales, juega un papel primordial, pues es garantía de la autonomía del individuo (...) el derecho a una vivienda tiene una vertiente de salvaguarda funcional de la libertad», necesario para otros derechos fundamentales de libertad como la intimidad personal y familiar¹⁷.

Como argumenta WALDRON, las personas sin hogar carecen de libertad para realizar actividades básicas y de sustento que están permitidas de forma general, pero prohibidas en la calle¹⁸; igualmente, el derecho a la intimidad personal y familiar deviene en impracticable para las personas que carecen de hogar, por lo que, aunque no se produzca una injerencia concreta en este derecho, en la práctica resulta vacío. También, afirma MACMILLAN, «los derechos políticos tradicionales son quiméricos con la ausencia de un nivel mínimo de subsistencia socioeconómica: que algún nivel mínimo de educación es un prerrequisito para el ejercicio efectivo de la libertad de expresión, o que una provisión adecuada de comida y refugio es necesaria para que la libertad política tenga significado»¹⁹.

La vivienda, centro de la vida personal y familiar, influye en el estado de salud, la seguridad, y la posibilidad de trabajar. La vivienda cubre la necesidad de tener un espacio propio y protegido, sin el cual se ven desprotegidos otros derechos constitucionales. El Tribunal Constitucional español ha afirmado recientemente que la vivienda «constituye, especialmente en el caso de la vivienda habitacional, el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Entre ellos se encuentran señaladamente los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); derechos estos que son equiparables a los reconocidos en el art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos»²⁰.

¹⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos (2019/2187(INI)), A.

¹⁷ Ricardo Jesús García Macho, «Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad», *Revista catalana de dret públic*, n.º 38 (2009): 86.

¹⁸ Jeremy WALDRON, «Homelessness and the Issue of Freedom», *UCLA Law Review*, Vol. 39 (1991).

¹⁹ C. Michael MACMILLAN, «Social versus Political Rights», *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Vol. 19, n.º 2 (1986): 285-286.

²⁰ STC 37/2022, de 10 de marzo de 2022, FJ 4.

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, hace referencia en su Preámbulo a esta incidencia del derecho a la vivienda en otros derechos constitucionales, algunos fundamentales, refiriéndose al derecho a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, a la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado, derechos, como indica, relacionados con el libre desarrollo de la personalidad.

El objeto de la ley, así como el fundamento de su legitimidad desde el punto de vista de las competencias del Estado (artículo 149.1.1ª CE), es regular «las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda y, en particular, el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma en condiciones asequibles» (artículo 1.1). También el art. 8, en su apartado a), dentro del Capítulo I del Título I, sobre el estatuto básico del ciudadano, afirma que todos los ciudadanos tienen derecho a «disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta ley».

Entre los principios generales de la actuación pública en materia de vivienda se establece que el Estado «llevará a cabo la planificación necesaria con su correspondiente financiación con el fin de facilitar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda» (artículo 12.1). Sin embargo, esta ley no establece un derecho exigible a la vivienda como sí hace la Ley del País Vasco de 2015²¹, que dispone el derecho a la ocupación legal de una vivienda digna y adecuada, que será satisfecho por las administraciones públicas mediante la puesta a disposición de una vivienda (artículo 9), así como el derecho a reclamar el cumplimiento de este derecho ante el departamento competente en materia de vivienda, cuyas resoluciones serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa²² (artículo 6.2). Debe tenerse en cuenta también al analizar la Ley 12/2023 que las competencias del Estado están limitadas por las competencias en materia de vivienda que han asumido las Comunidades Autónomas²³.

²¹ Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda.

²² Como afirma Edmundo RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI: «En definitiva la nueva norma vasca avanza respecto a sus predecesoras. Dispone con claridad quienes son los titulares del derecho subjetivo. Establece el contenido en que se accede al derecho a la vivienda, garantizando o arrendamiento o, subsidiariamente, ayuda económica. Aclara el sujeto obligado a facilitar la efectividad del derecho, el gobierno vasco, y para asegurar que todo ello no será pura retórica legislativa, garantiza la exigibilidad de las disposiciones de la norma ante los tribunales. En Euskadi, al menos, el principio rector pasa constituirse en un verdadero y reconocible derecho subjetivo a la vivienda». Edmundo RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, «Derecho a la vivienda: De principio rector a derecho subjetivo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8/2015, parte Tribuna (2015): 6.

²³ Entre las competencias asumidas por las comunidades autónomas se encuentran las previstas en el artículo 148.1. 3ª CE: «la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda».

Para establecer un derecho exigible a la vivienda puede ser necesaria una mayor provisión de vivienda pública, si bien en la ley del País Vasco se prevé que la vivienda que se ponga a disposición pueda ser protegida o libre, en este último caso si hay disponibilidad por programas de intermediación u otros. De manera subsidiaria, también puede, al menos, haber un sistema de prestación económica, como se establece en la mencionada ley (artículo 9).

La vivienda social es un instrumento relevante para la efectividad del derecho a la vivienda. No solo la cantidad existente de vivienda social es un aspecto a tener en cuenta, sino también si esta es en propiedad o en alquiler, así como los periodos de descalificación que se puedan, en su caso, establecer. En este sentido, la ley define la vivienda protegida y sus tipos: vivienda social y vivienda protegida de precio limitado, y establece condiciones para la descalificación de esta. Se dispone también que se establecerá para el suelo de reserva para vivienda de protección pública un porcentaje de vivienda de protección pública de alquiler de al menos el 50%. Interesa analizar la configuración de la vivienda protegida en el contexto europeo, en el que existen diversos tipos de vivienda social.

El derecho a la vivienda implica no solo el acceso a esta, sino también la seguridad en la ocupación, lo que debe ponerse en relación con las medidas respecto a los desahucios establecidas en esta ley. Estas pueden entenderse como positivas y un paso para el cumplimiento de obligaciones internacionales, pero podrían resultar también insuficientes.

Por otra parte, hay que tener en cuenta las competencias en materia de vivienda que han asumido las Comunidades Autónomas. En ese sentido, la vivienda como derecho ha sido regulada en el ámbito de las Comunidades Autónomas, el derecho a la vivienda ha sido incluido en algunos Estatutos de Autonomía y regulado por diversas leyes autonómicas²⁴.

III. LA VIVIENDA SOCIAL COMO DERECHO

El Parlamento Europeo, en su resolución de 11 de junio de 2013 sobre la vivienda social en la Unión Europea, considera que «el acceso a la vivienda social constituye un derecho fundamental que puede considerarse como una condición previa para ejercer y obtener el acceso a los demás derechos fundamentales y a una vida digna».

No obstante, debe tenerse en cuenta la competencia ya indicada del Estado sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (Artículo 149.1. 1ª CE).

²⁴ Amalia BALAGUER PÉREZ, *El derecho a la vivienda en el derecho constitucional europeo* (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018), 116 y siguientes.

Como afirma el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre «acceso universal a una vivienda digna, sostenible y asequible a largo plazo» (Dictamen de iniciativa) (2020/C 429/13) no hay un modelo europeo de vivienda social, pues esta se enfoca de manera diferente en los Estados miembros.

Podemos atender a la tipología de vivienda social de GHEKIÈRE²⁵ y distinguir entre tres modelos de vivienda social: residual (para personas desfavorecidas o grupos excluidos), generalista (los dos tipos anteriores y personas de bajo ingreso) y universal (toda la población)²⁶. En el ámbito de los Estados miembros, algunos Estados han tenido una concepción universal de la vivienda social como es el caso de los Países Bajos.

Otra clasificación de vivienda es la realizada por el plan de acción de the Housing Partnership, dentro de la agenda urbana para la UE, que divide la vivienda en un continuum; bajo vivienda asequible se encuentran las categorías vivienda social, vivienda de alquiler asequible y vivienda en propiedad asequible²⁷.

Respecto a las características de la vivienda social, Bosch Meda y Trilla Bellart han examinado la literatura sobre vivienda de alquiler social y concluyen «que las diferentes definiciones propuestas tienden a incluir requisitos» en los ámbitos de precio o asequibilidad, naturaleza de la titularidad del inmueble, requisitos que deben cumplir las personas beneficiarias, la manera en la que el sector público interviene en las diferentes fases del proceso, y el tiempo por el que la vivienda seguirá siendo de alquiler social²⁸. Dentro de estos requisitos, existen diversos tipos.

Esta variedad de vivienda social, en el aspecto concreto de las personas beneficiarias de esta, ha supuesto un problema en el ámbito de la Unión para algunos Estados miembros, debido a que la vivienda social como servicio de interés económico general ha estado en conflicto con la regulación de la vivienda social que ha habido en estos. El art. 106 del TFUE²⁹ establece que

²⁵ Laurent Ghekière, «Le développement du logement social dans l'Union européenne», *Revue des politiques sociales et familiales*, 94 (2008) : 24.

²⁶ Para un mayor entendimiento de las clasificaciones de vivienda social y sus características ver Núria Lampea Llop, *La gestión de la vivienda social en clave europea* (Valencia: tirant lo blanch, 2022), pp. 39-43 y 80-87.

²⁷ Comisión Europea, *The Housing Partnership Action Plan*, 2018, p. 12.

²⁸ Jordi Bosch Meda y Carme Trilla Bellart, «¿Un parque de alquiler social en España? Reflexiones para su futura creación», en *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, coord. por Albert Noguera Fernández, (Valencia: tirant lo blanch, 2022), 134-136.

²⁹ Artículo 106:

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna

las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general tienen que cumplir las normas sobre competencia y la Decisión C(2009) 9963 de la Comisión Europea estableció que las ayudas estatales para vivienda social son compatibles con las normas sobre ayudas estatales, si esta está dirigida a personas desfavorecidas³⁰. Debido a este conflicto, los Países Bajos pusieron un límite de ingresos para acceder a la vivienda social, mientras que antes había sido más inclusiva³¹.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos es crítica con esta política cuando afirma que en la Decisión sobre los SIEG la Comisión solo menciona un grupo objetivo para la vivienda social y que de esta manera puede limitarse que la vivienda social y asequible se ofrezca para todas las personas. Además, reconoce que no hay una definición común de vivienda social en la Unión, pero que una definición restringida es restrictiva y un obstáculo para que los Estados miembros puedan definir sus SIEG³².

medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

³⁰ Decisión C(2009) 9963 de la Comisión Europea: 40: «In view of the above and having discussed the Commission's concerns with the Dutch authorities, the Commission would consider the following measures appropriate to ensure compliance with the EC State aid rules:

- Limitation of social housing to a clearly defined target group of disadvantaged citizens or socially less advantaged groups».

³¹ Decisión C(2009) 9963, 57. Información sobre los límites actuales en: Government of the Netherlands. Housing: <https://www.government.nl/topics/housing/rented-housing> (acceso el 31 de mayo de 2023).

³² Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, 52: «La vivienda social es el único sector en la Decisión sobre los SIEG para el que la Comisión menciona un grupo objetivo (ciudadanos desfavorecidos o grupos socialmente menos favorecidos) y que no ocurre así en el caso de otros servicios sociales; considera que esto puede limitar la posibilidad de ofrecer viviendas sociales y asequibles para todos; reconoce que no existe una definición común acordada de vivienda social a escala de la Unión; advierte, no obstante, de que una definición restringida de vivienda social limitándola únicamente a «vivienda para ciudadanos desfavorecidos o grupos socialmente menos favorecidos, que debido a las limitaciones de solvencia no pueden obtener vivienda en las condiciones del mercado» es restrictiva y obs-

El Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre acceso universal a una vivienda digna, sostenible y asequible a largo plazo indica que la Comisión Europea debe revisar la Decisión sobre los servicios de interés económico general relativa al grupo destinatario de una vivienda social y «precisar que la política de vivienda no se puede limitar al único objetivo de ayudar a las personas que viven por debajo del umbral de riesgo de pobreza o en torno a él, sino que debe garantizar una vivienda digna, asequible y que pueda pagarse a largo plazo a cualquier ciudadano»³³, afirmando también que la Comisión «reduce de manera considerable las competencias de los Estados miembros al establecer que las viviendas sociales deben reservarse exclusivamente a los hogares más desfavorecidos, mientras que la crisis de la vivienda afecta a una población mucho más amplia»³⁴, destacando que la definición restrictiva de vivienda social «no se corresponde con el alcance de la crisis europea de la vivienda». No hay una definición de vivienda social en lo referente a las personas beneficiarias de esta en la Unión Europea; mientras que la política de la Comisión coincide, de acuerdo con la calificación vista anteriormente, con el modelo de vivienda social residual, el Comité Económico y Social Europeo entiende que esta debe dirigirse a más personas.

Un problema que surge si la vivienda social es demasiado restrictiva es que parte de la población que no puede acceder a la vivienda a precio de mercado tampoco puede acceder a la vivienda social por ser sus ingresos demasiado altos para esta. Para estas personas se dificulta el acceso a la vivienda. Esto también lo resalta la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, en la que considera que el aumento del número de viviendas no mejora la disponibilidad para personas con ingresos demasiado bajos para alquilar en condiciones de mercado, pero no lo suficientemente bajos para alquilar una vivienda social³⁵.

En la misma resolución del Parlamento Europeo de 2021 se afirma que una definición restringida de vivienda social es un obstáculo para que los Estados miembros definan sus SIEG, y que la definición de un grupo objetivo para la vivienda social implica que pueda limitarse que la vivienda social y asequible sea para todos.

ta culiza la capacidad de los Estados miembros a la hora de definir sus SIEG y los servicios de interés general».

³³ Comité Económico y Social Europeo, Dictamen sobre «acceso universal a una vivienda digna, sostenible y asequible a largo plazo» (Dictamen de iniciativa) (2020/C 429/13), 1.6.

³⁴ *Ibid.* 2.5.

³⁵ Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, G.

Se puede apreciar que el foco de la vivienda asequible no se encuentra solo en los grupos con ingresos muy limitados, sino que se tiene más en cuenta la problemática de que la población en general pueda tener dificultades para acceder a la vivienda y que además sus ingresos sean demasiado altos para acceder a la vivienda social, algo que aparecía de manera menos clara en la Resolución de 2013 sobre la vivienda social en la Unión Europea, en la que sí se indicaba que «faltan viviendas sociales» y «cada vez se necesitan más viviendas asequibles». También se afirma en esta resolución de 2013 que «han cambiado los perfiles sociofamiliares de las personas que recurren a la vivienda social». Como señalan NASARRE-AZNAR et al. «la vivienda social se presenta como una solución para algunos grupos de población con necesidades de vivienda, pero no para todos ellos»³⁶.

Debe insistirse en que el problema del acceso a la vivienda no afecta solo a ciertos sectores de la sociedad con ingresos muy bajos o sin ingresos y que, por tanto, debe asegurarse el derecho efectivo a la vivienda para todas las personas. En las condiciones actuales, los niveles medios de ingresos no permiten garantizar el acceso a la vivienda. Esto no implica que toda la población deba tener acceso a la vivienda social, pero sí que todas las personas deben poder acceder a una vivienda asequible. En todo caso, dado que no hay una sola definición de vivienda social y en cada Estado miembro pueden funcionar distintas fórmulas, no debería restringirse la capacidad de los Estados de definir los grupos a los que se dirija la vivienda social.

En definitiva, la política de la Comisión en este ámbito ha supuesto una restricción a la vivienda social inclusiva o universal, aunque desde otras instituciones de la UE se ha criticado esta definición restrictiva.

Respecto a la vivienda social en España, en la ley se define la vivienda protegida como vivienda destinada a residencia habitual de personas con dificultades de acceso al mercado de vivienda, no siendo por tanto un modelo de vivienda social universal. Se distingue entre³⁷:

³⁶ Sergio Nasarre-Aznar et al., *Concrete actions for social and affordable housing in the EU* (Bruselas: FEPS, 2021), 13, acceso el 31 de mayo de 2023, <https://feeps-europe.eu/wp-content/uploads/2021/01/Concrete-actions-for-social-and-affordable-housing-in-the-EU.pdf>

³⁷ Artículo 3. f.

Vivienda protegida: la vivienda sometida a un régimen especial para destinarla a residencia habitual de personas con dificultades de acceso al mercado de vivienda, tanto en ámbitos urbanos y metropolitanos, como en el medio rural. A los efectos de esta ley, se establecen las siguientes modalidades: vivienda social, o vivienda de precio limitado.

1. Vivienda social: la vivienda de titularidad pública destinada al alquiler, cesión o cualquier otra fórmula de tenencia temporal sujeta a limitaciones de renta o de venta y destinada a personas u hogares con dificultades para acceder a una vivienda en el mercado. También será considerada vivienda social aquella cuyo suelo sea de titularidad públi-

- Vivienda social, de titularidad pública, tenencia temporal y sujeta a limitaciones de renta o venta, que podrá gestionarse por las administraciones públicas o entidades sin ánimo de lucro con fines sociales vinculados a la vivienda, así como con fórmulas de colaboración público-privadas.
- Vivienda protegida de precio limitado, que puede ser de titularidad pública o privada, excluida la social o dotacional pública, sujeta a limitaciones de precios de renta y dedicada a satisfacer la necesidad de vivienda permanente.

La diferencia esencial entre ambas es el tipo de titularidad, pública o privada, y el carácter temporal o permanente. Por otra parte, en el Preámbulo se indica que la vivienda protegida de precio limitado está sujeta a «limitaciones administrativas en los precios de venta y/o alquiler» y destinada a «diferentes regímenes de tenencia», y que «el parque de vivienda social está integrado por el conjunto de viviendas sobre suelo de titularidad pública, destinado al alquiler, cesión u otras formas de tenencia temporal».

Además, la ley define vivienda asequible incentivada como vivienda de titularidad privada cuyo titular obtiene beneficios fiscales o de otro tipo para destinarla a residencia habitual de alquiler u otra manera de tenencia temporal y para personas cuyo nivel de ingresos no les permita acceder a una vivienda a precio de mercado (artículo 3. g). Este tipo de vivienda

ca sobre el que se haya constituido derecho de superficie, concesión administrativa o negocio jurídico equivalente.

La vivienda social podrá desarrollarse sobre terrenos calificados urbanísticamente como dotacionales públicos o estar comprendida en edificaciones o locales destinados a equipamientos de titularidad pública y afectos al servicio público.

La vivienda social podrá gestionarse de manera directa por las administraciones públicas o entidades dependientes, por entidades sin ánimo de lucro con fines sociales vinculados a la vivienda, o a través de fórmulas de colaboración público-privada, que sean compatibles con el carácter de la misma.

Podrá tener la consideración de vivienda social de emergencia aquella vivienda social que esté destinada a atender situaciones de emergencia, ofreciendo solución habitacional a corto plazo y de forma temporal, con carácter universal y hasta que se provea de una vivienda alternativa permanente, a personas y familias en situación de pérdida o imposibilidad para acceder a una vivienda adecuada, independientemente de las condiciones documentales y administrativas de las personas afectadas.

2. Vivienda protegida de precio limitado: la vivienda de titularidad pública o privada, excluida la social o dotacional pública, sujeta a limitaciones de precios de renta y todos los demás requisitos que se establezcan legal o reglamentariamente y destinada a satisfacer la necesidad de vivienda permanente de personas u hogares que tengan dificultades de acceder a la vivienda en el mercado. La vivienda de precio limitado será calificada como tal con arreglo al procedimiento establecido por la Administración Pública competente.

difiere de la vivienda protegida. En este sentido, la ley indica que esta vivienda no tiene que calificarse como vivienda protegida (artículo 17.1.c). Esta vivienda de titularidad privada puede ser de titularidad de entidades del tercer sector y de la economía social. De esta manera, podrían gestionarla asociaciones de vivienda a la manera de otros Estados miembros de la UE. Como se verá más adelante, en Austria y otros Estados miembros existe un sistema de asociaciones de vivienda con ánimo de lucro limitado. En el caso de la vivienda social, la ley dispone que podrá gestionarse por entidades sin ánimo de lucro con fines sociales vinculados a la vivienda, de acuerdo con el art. 3 de la ley que contiene la definición de vivienda social. También el artículo 24, sobre los planes estatales de vivienda, menciona las fórmulas de colaboración público-privada «que permitan crear un fondo de vivienda asequible». Entre los criterios orientadores de gestión de los parques públicos de vivienda del art. 28 se encuentra «otorgar derechos de superficie o concesiones administrativas a terceros para que edifiquen, rehabiliten y/o gestionen viviendas del parque público» o «asignar recursos públicos a entidades sin ánimo de lucro con la finalidad de hacer más eficiente y próxima la gestión de las viviendas de los parques públicos», así como la posibilidad de enajenar los bienes patrimoniales que forman parte de los parques públicos de vivienda a personas jurídicas sin ánimo de lucro que se dediquen a la «gestión de vivienda con fines sociales». Si bien sólo se mencionan estas asociaciones o entidades³⁸.

Es difícil valorar la vivienda asequible incentivada hasta que se conozca la participación, el límite de precios de alquiler que se pondrá, o los beneficios que se darán a los titulares, pues la ley solo indica que serán de carácter urbanístico, fiscal, o cualquier otro tipo. El Preámbulo de la ley lo trata como un «concepto que se suma a la vivienda protegida».

Se establecerían entonces tres tipos distintos de vivienda que puede considerarse social en esta ley, es decir, vivienda con precio inferior al precio de mercado.

Un gran problema de la vivienda social en España, y que la ha distinguido de la vivienda social en otros Estados de la Unión Europea, es el hecho de que la vivienda social haya sido primordialmente vivienda social en propiedad. Tal como afirman PAREJA-EASTWAY y SÁNCHEZ-MARTÍNEZ, «en España no existe un parque social propiamente dicho, tal como se entiende en el

³⁸ Considera NASARRE AZNAR que el art. 28 será insuficiente para regular «partenariados públicos-privados similares» a las asociaciones de vivienda que no están reguladas en España. Sergio Nassare Aznar, «El Proyecto de Ley de vivienda 2022», *Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19, Apuntes 2022/11, Fedea* (2022): 21.

norte de Europa, un parque de viviendas de alquiler con precios controlados, gestionado por entidades públicas o privadas»³⁹.

El problema tiene dos facetas; la primera, que al tratarse de vivienda en propiedad y con intención de ser permanente, esta vivienda social se limita en comparación con una vivienda social temporal que puede ir cambiando la titularidad entre las personas. Como afirman LAFFAIRE y TUCAT, «el hecho de destinar las viviendas protegidas a la propiedad, en vez de al alquiler, inhibe la posibilidad de rotar el parque y permitir el acceso de nuevos beneficiarios a estas viviendas»⁴⁰.

La segunda faceta es la posibilidad de descalificar la vivienda tras un periodo de tiempo, lo que implica que esta deje de ser social, por lo que disminuye la cantidad de viviendas sociales. Así lo destacan GARCÍA y JANOSCHKA cuando afirman que «no sólo la promoción pública ha estado destinada a la propiedad como régimen principal. También la posible descalificación posterior de la vivienda de su condición protegida (y en ausencia de medidas del control del fraude especulativo) ha producido la dilución de la vivienda pública dentro del mercado inmobiliario urbano»⁴¹. En este sentido, el Tribunal Constitucional español declaró que «la limitación temporal en la descalificación voluntaria de las viviendas protegidas que hayan recibido ayudas públicas conforme al plan estatal de vivienda» incide directa y significativamente «en la efectividad del derecho a la vivienda para los colectivos más desfavorecidos».

Respecto a la descalificación, se establecen en la ley varios supuestos. En el caso de que sean viviendas protegidas en suelo que se haya destinado para viviendas de protección pública, no podrán descalificarse mientras se mantenga la calificación del suelo. En el resto, es posible la descalificación en los casos excepcionales que prevea la normativa autonómica si hay causa justificada, debiendo siempre haber al menos un plazo de 30 años de calificación.

Por tanto, habrá casos en los que pueda descalificarse la vivienda protegida, dependiendo de lo que se considere causa justificada, estableciendo la ley que es en todo caso causa justificada «la promoción de viviendas protegidas en suelos cuya calificación urbanística no impusiera dicho destino y no hubiesen contado con ayudas públicas para su promoción» (artículo 16.1.d.).

³⁹ Montserrat PAREJA-EASTWAY y M^a Teresa SÁNCHEZ-MARTÍNEZ, «El sistema de vivienda en España y el papel de las políticas: ¿qué falta por resolver?», Cuadernos económicos de ICE, N^o 90, (2015): 150.

⁴⁰ María LAFFAIRE, Pablo TUCAT, «Políticas de oferta para mejorar el acceso a la vivienda de alquiler en España», *esade, ksnet* (2021): 11.

⁴¹ Eva GARCÍA PÉREZ, Michael JANOSCHKA, «Derecho a la vivienda y crisis económica: la vivienda como problema en la actual crisis económica», *CyTET XLVIII* (188) (2016): 219.

La ley también tiene en cuenta, según se afirma en el Preámbulo, el hecho de que se haya vendido parte de las viviendas públicas a fondos de inversión y establece respecto a la vivienda protegida que su venta necesitará autorización de la Comunidad Autónoma mientras la vivienda siga sujeta al régimen de protección pública, autorización que solo podrá darse si se efectúa prioritariamente a favor de personas demandantes inscritas en los registros públicos y el precio no supera el máximo establecido, y siempre en favor de personas que cumplan los requisitos para acceder a una vivienda protegida (art. 16.1.e.).

En el Preámbulo, al tratar la existencia de vivienda social en España, la ley considera como vivienda social solo la vivienda en alquiler de titularidad pública, equivalente a un 1,6% de los hogares. Por lo que define o redefine aquí la vivienda social como vivienda de alquiler. También destaca la ley que este porcentaje contrasta con otros países que tienen porcentajes de más del 15%. El Preámbulo de la ley indica que «la ley apuesta por unos parques públicos que se nutrirán del desarrollo urbanístico y edificatorio de suelos de titularidad pública». Para aumentar la vivienda social, el art. 15, sobre «derecho de acceso a la vivienda y ordenación territorial y urbanística», especifica, entre los criterios básicos en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística:

- La posibilidad de «establecer como uso compatible de los suelos dotacionales, el destinado a la construcción de viviendas dotacionales públicas».
- La posibilidad de establecer «la obtención de suelo con destino a vivienda social o dotacional, con cargo a las actuaciones de transformación urbanística que prevean los instrumentos correspondientes, cuando así lo establezca la legislación de ordenación territorial y urbanística y en las condiciones por ella fijadas».

Y, además, la «calificación de un suelo como de reserva para vivienda sujeta a un régimen de protección pública» no se podrá modificar salvo excepciones en las que se justifique que no es necesaria este tipo de viviendas o es imposible este destino (art. 15.1.c.), lo que debe ponerse en relación con el apartado anterior que indicaba que no se podrá descalificar la vivienda construida en suelo destinado para viviendas de protección pública si no cambia la calificación del suelo, por lo que en estos casos será más difícil que se produzca la descalificación de la vivienda, si bien dependerá de cómo se interprete la condición de necesidad que se establece. También, la legislación sobre ordenación territorial o urbanística establecerá para el suelo de reserva para vivienda de protección pública el porcentaje de vivienda de protección pública de alquiler, no inferior al 50%, salvo casos excepcionales en los que se justifique por el instrumento de ordenación urbanística (art. 15.1.d.).

1. *El sistema de asociaciones de vivienda para la provisión de vivienda social*

En los Estados miembros de la Unión Europea los modelos de vivienda social son diversos. En algunos países, como Austria⁴², parte de la vivienda social se aporta por asociaciones de vivienda de lucro limitado, empresas privadas, y otra parte, más pequeña, por la municipalidad. Se trata de una vivienda social de alquiler basada en el coste⁴³; en este tipo de vivienda el precio de la renta permite al proveedor social de vivienda cubrir costes como el pago de subsidios o préstamos, mantenimiento, seguro, etc. Otro ejemplo de Estado donde hay asociaciones de vivienda cuyo alquiler está basado en el coste es Dinamarca, donde el 20% de la vivienda es vivienda sin ánimo de lucro⁴⁴.

En Austria, en principio este tipo de vivienda no está legalmente restringida para algunas personas, aunque hay prioridad para algunos grupos de personas, si bien si la asociación de vivienda recibe apoyo público, sí puede estar más restringida a grupos según sus ingresos, restricciones que decide el gobierno regional que haya proporcionado la financiación, aunque en la actualidad se ha indicado que los límites de ingresos que se han establecido implican que tiene acceso un 80% de la población. En cuanto a la financiación, esta

⁴² Se ha elegido Austria para este artículo como ejemplo de Estado donde existen asociaciones de vivienda de lucro limitado, y sin ánimo de exhaustividad. Otros Estados de la Unión Europea donde existen asociaciones de vivienda sin ánimo de lucro o de lucro limitado son los Países Bajos, Dinamarca (asociaciones de vivienda sin ánimo de lucro) y Finlandia. Respecto a Austria y Finlandia ver Alice Pittini, Dara Turnbull, Diana Yordanova, *Cost-based social rental housing in Europe. The cases of Austria, Denmark, and Finland* (Housing Europe y The Housing Agency, en colaboración con GBV, BL y KOVA, 2021), 20 y 34; sobre Países Bajos ver Núria Lampea Llop, Modelos comparados. Los Países Bajos e Inglaterra, en *op. cit.*: 53.

⁴³ Alice PITTINI, Dara TURNBULL, Diana YORDANOVA, *Cost-based social rental housing in Europe. The cases of Austria, Denmark, and Finland* (Housing Europe y The Housing Agency, en colaboración con GBV, BL y KOVA, 2021): 8.

⁴⁴ *Ibid.*: páginas 12 y 20. En Austria, cuando se terminan de pagar las deudas por la asociación, se establece una renta «básica», sistema que se encuentra en la ley, más los otros costes como mantenimiento, administración, etc. Página 12: «An important feature of the Austrian cost-based system is that once any debts associated with a housing development have been repaid by the LPHA, thus eliminating the main source of the ‘costs’ in the calculation of cost-based rents, the rent paid by tenants does not suddenly decline sharply. Rather, LPHAs charge rents using the so-called ‘grundmiete’ (‘basic rent’, or ‘flat-rate rent’) system, which is set out in the WGG. The grundmiete currently stands at €1.87 per square metre. This is indexed to CPI inflation, and is updated every two years. In addition to this flat-rate rent, LPHAs continue to charge the other cost-based components, including payments into the building’s maintenance and improvement fund, administration costs, and service charges».

se hace tanto por préstamos públicos de bajo interés del gobierno regional (un 30-40%), préstamos bancarios (30-40%), acciones de la asociación y contribución por parte del arrendatario, entre otros. Estos préstamos públicos se basan parcialmente, de forma circular, en los pagos de préstamos anteriores por parte de las asociaciones. Un 24% de la vivienda en Austria es vivienda social, 17% de esta vivienda es vivienda de las asociaciones de vivienda. Se trata «no de un ‘servicio de emergencia’, sino de una opción de vivienda asequible, estable y a largo plazo para hogares de renta media y baja», siendo además que la elegibilidad no se reexamina después de que el arrendatario empiece a vivir en la vivienda⁴⁵.

El sistema no está exento de problemas; en Austria uno de los posibles problemas es la posibilidad de comprar la vivienda después de un periodo de años habitando esta, lo cual podría llevar a una disminución de la cantidad de viviendas sociales de alquiler⁴⁶. Otra cuestión es que las rentas, aunque basadas en el coste, son más altas en ocasiones, al cambiar la financiación de nueva construcción en algunos casos⁴⁷.

Sin embargo, se trata de un sistema que puede aumentar la provisión de vivienda social y podría llegar a implementarse en España de un modo similar, si bien la ley sólo menciona la posibilidad de que la vivienda social se gestione por entidades sin ánimo de lucro y no regula este aspecto.

IV. PROTECCIÓN CONTRA LOS DESAHUCIOS

España tiene obligaciones internacionales respecto al derecho a la vivienda, derivadas del PIDESC, que recoge este derecho en el art. 11.

Aunque la obligación derivada del Pacto es la de lograr progresivamente la efectividad de los derechos, la Observación General 7 establece obligaciones mínimas concretas que deben cumplirse. En concreto, respecto a los desahucios, aunque «la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente», debe tenerse en cuenta que «cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que

⁴⁵ *Ibid.*: páginas 10, 11 y 8. Página 10: «This broad catchment of potential tenants speaks to the Austrian perspective that LPHA homes are not an ‘emergency service’, but instead represent a long-term, stable, and affordable housing option for low- and middle-income households. This ensures social mixing and avoids stigmatisation within the system. To reinforce this approach, eligibility for cost-based rental housing is not reassessed once a tenant moves into their new home».

⁴⁶ Alexis MUNDT, «Privileged but challenged. The State of Social Housing in Austria in 2018», *Critical Housing Analysis*, Volume 5, Issue 1 (2018): 19.

⁴⁷ *Ibid.*: 20.

permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda»⁴⁸.

En el Dictamen adoptado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de la Comunicación núm. 85/2018 en la que es Estado parte España, se recuerda que, si no se garantiza vivienda alternativa por el Estado, este tiene que demostrar que, aunque tomó todas las medidas razonables hasta el máximo de sus recursos no pudo garantizarla⁴⁹. Si se demuestra que no ha sido posible garantizar vivienda alternativa es posible el alojamiento temporal de emergencia⁵⁰.

La ley contiene algunas medidas respecto a los desahucios. En el artículo 12, sobre *acción del Estado en materia de vivienda, rehabilitación, regeneración y renovación urbana*, se indica que la acción del Estado en esta materia deberá «priorizar la atención y la aplicación de los programas de ayuda a aquellas personas, familias y unidades de convivencia que se encuentren en las situaciones de mayor vulnerabilidad social y económica identificadas por los servicios sociales, y en emergencia habitacional por estar afectados por procedimientos de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual, debiéndose promover su adecuado realojo y el acceso a una vivienda digna y adecuada» (artículo 12.3). Sin embargo, sólo se prevé que se promueva el realojo y no resulta una obligación, aunque, como se ha visto, debe demostrarse que, tomando todas las medidas razonables hasta el máximo de los recursos, no pudo garantizarse este realojo.

También se establece la posibilidad de crear un fondo de vivienda asequible a través de la colaboración público-privada, regulado a través de acuerdos con asociaciones de entidades privadas gestoras de vivienda en alquiler o entidades del tercer sector, que tendrá como uno de sus objetivos evitar desahucios en situaciones de vulnerabilidad (artículos 24 y 25). Además, se modifica la LEC, en la disposición final quinta, para que se disponga de vivienda alternativa en algunos casos, medidas que resultan más concretas y efectivas. En primer lugar, se dispone que, en el caso de lanzamiento, se dará traslado a «las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de

⁴⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 7, 3 y 16.

⁴⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Dictamen adoptado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de la Comunicación n.º 85/2018, 9.1.

⁵⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Dictamen adoptado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de la Comunicación n.º 85/2018, 9.4.

necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, por si procediera su actuación». Se disponen medidas adicionales en el caso de que la parte demandante tenga la condición de gran tenedor y en ciertos casos (art. 250 1.1., 1.2., 1.4 y 1.7 de la LEC): la demanda debe especificar si la parte demandada está en una situación de vulnerabilidad económica, y, si existe esta vulnerabilidad, y se trata de vivienda habitual, la demanda sólo se aceptará si se acredita que se ha llevado a cabo un procedimiento de intermediación.

En los mismos casos mencionados (art. 250 1.1., 1.2., 1.4 y 1.7 de la LEC), y cuando la vivienda sea vivienda habitual, se informará del procedimiento a las Administraciones competentes, que deberán verificar la situación de vulnerabilidad, y, si esta existe, presentar al Juzgado una propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social. Los supuestos en concreto del art. 250 de la LEC son demandas sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que con fundamento en el impago o por expiración del plazo contractual o legal pretendan que el dueño recupere la posesión de la finca, las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana cedida en precario, las que pretendan la tutela de la tenencia o posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de estas, y las que demanden la efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad. Se establece también la posibilidad de que se pueda suspender el proceso para que se adopten las medidas propuestas por las administraciones durante, un máximo de dos meses si el demandante es persona física y cuatro meses si es jurídica. En este supuesto se amplían los plazos respecto de los anteriores, 1 y 3 meses. No obstante, esto solo a decisión del tribunal.

Respecto a la obligación de presentar una alternativa de vivienda, cabe preguntarse cuándo quedará satisfecha la obligación proveniente del PIDESC de tomar las medidas necesarias. Pues la cuestión que surge al leer esta disposición es cuál será el procedimiento si no existe tal vivienda alternativa, es decir, si no hay vivienda alternativa disponible, ya que no se establece en principio ningún sistema subsidiario.

En este sentido, MACHO CARRO afirma, sobre la obligación establecida por el Pacto tal y como está interpretada en la Observación General 4, que «recaerá sobre el Estado la carga de demostrar que estudió la situación en que quedaban estas personas y que, si no pudo proporcionarles otra vivienda, fue porque los recursos públicos de los que disponía no eran suficientes. Una carga que parece traducirse en la necesidad de desplegar una argumentación convincente a este respecto»⁵¹.

⁵¹ Alberto MACHO CARRO, «La tutela del derecho a la vivienda en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (comentario

Aunque la obligación de presentar alternativa de vivienda es una medida necesaria, habrá que ver si puede llevarse a cabo y ofrecerse vivienda social alternativa en todos los casos. De lo contrario, la disposición quedará vacía de contenido en los casos en los que no pueda proporcionarse vivienda alternativa, siendo factible, además, desde el punto de vista del derecho internacional, que se haya cumplido con las obligaciones internacionales si se argumenta que la falta de provisión de vivienda se debe a la falta de recursos.

Interesa también reflexionar sobre la posible definición de situación de vulnerabilidad. En todo caso, con la pérdida de la vivienda, se produce, si no hay medios para acceder a otra, una situación de vulnerabilidad en la que se encuentran todas las personas sin hogar.

La ley da pautas para valorar la vulnerabilidad económica a efectos de la decisión del tribunal de suspender el proceso. En el caso de la vulnerabilidad social, también a estos efectos, solo se indica que se puede considerar el hecho de que haya personas dependientes en la vivienda, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad. Queda relativamente clara la vulnerabilidad económica, ya que se dan unos parámetros para que el tribunal pueda apreciar si hay vulnerabilidad económica, teniendo en cuenta el importe de la renta y otros gastos asociados a la vivienda como el agua o la electricidad, en comparación con los ingresos. Sin embargo, esto se establece a efectos de que el tribunal decida la suspensión del proceso y no se especifica cómo las Administraciones van a valorar si hay vulnerabilidad y, por tanto, se propone una alternativa de vivienda. En el caso de que la parte demandante sea gran tenedora de vivienda, la demanda debe incluir si hay vulnerabilidad económica en el caso de la parte demandada, lo que se hará con un documento acreditativo que emitan los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes. Se admite también declaración responsable por la parte actora de que se ha acudido a estos servicios al menos cinco meses antes pero no ha sido atendida o no se han iniciado los trámites en dos meses. Este último supuesto es preocupante pues debido a la inactividad de las Administraciones no se podrá valorar adecuadamente si hay vulnerabilidad.

En este sentido, la obligación bajo el Pacto de tomar todas las medidas necesarias para que se pueda proporcionar una vivienda a las personas afectadas por un desalojo existe «cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos».

Por otra parte, las pautas para valorar la situación de vulnerabilidad económica son solo orientativas pues la ley indica solamente que podrán considerarse «para apreciar la situación de vulnerabilidad económica» por el

a los dictámenes de febrero de 2021 sobre las comunicaciones 85, 54 y 48/2018», *Revista de Estudios Europeos*, volumen 80, julio-diciembre (2022): 227.

tribunal, por lo que no necesariamente se hará de esta manera. Igualmente, en el caso de la vulnerabilidad social. Preocupa especialmente que no se considere de manera absoluta que hay vulnerabilidad social en los casos que se mencionan.

Debe notarse igualmente que la dificultad para encontrar vivienda no resulta sólo de la ausencia de recursos económicos, sino que también depende de la disponibilidad y demanda que haya de vivienda.

En definitiva, la reforma introduce medidas que, aunque positivas, son mejorables, pues parte de ellas son más facultades que obligaciones, y, en todo caso, para ver su efectividad habrá que ver lo que se considera finalmente vulnerabilidad a la hora de proveer de vivienda alternativa.

V. CONCLUSIONES

El Parlamento Europeo ha abogado por la protección del derecho a la vivienda como derecho fundamental. Esta formulación sería deseable si tenemos en cuenta que, aunque este derecho está protegido en las constituciones de algunos Estados miembros, no se considera en general un derecho fundamental, sino una obligación de los poderes públicos. Este es el caso en España, donde, si bien la ley por el derecho a la vivienda reafirma este derecho, no ha establecido un mecanismo que permita exigir el acceso a una vivienda.

Respecto a la vivienda social, el Parlamento Europeo también ha considerado que «el acceso a la vivienda social constituye un derecho fundamental». Por su parte, la ley contiene medidas importantes sobre la vivienda social o protegida, al disponer que se establecerá para el suelo de reserva para vivienda de protección pública un porcentaje de vivienda de protección pública de alquiler de al menos el 50%, y al introducir medidas relativas a la descalificación de la vivienda protegida. En este sentido, la vivienda social o protegida de alquiler permite una mayor circulación y disponibilidad de este tipo de vivienda.

En el ámbito de la UE los modelos de vivienda social son diversos, y algunos se han visto afectados por la política de la Comisión en materia de los Servicios de interés económico general, entre los que se encuentra la vivienda social. Sin embargo, desde otras instituciones de la UE se ha pedido que no se restrinja la definición de vivienda social.

En algunos Estados miembros existe un modelo de vivienda social gestionado por asociaciones de vivienda de lucro limitado. El modelo de asociaciones de vivienda sería uno de los modelos que podría adoptarse en España y que la ley menciona, si bien sin mucha concreción. La posibilidad de gestión de vivienda social por asociaciones sin ánimo de lucro la recoge en la definición de vivienda social. En todo caso, es importante que se avance en una

concepción de la vivienda protegida como vivienda de alquiler, teniendo en cuenta los diferentes modelos existentes en nuestro entorno.

Estamos de acuerdo con el Comité Económico y Social Europeo en que la Comisión debe revisar lo relativo al grupo destinatario de una vivienda social en el contexto de los servicios de interés económico general para que no se restrinja la definición de vivienda social existente en los diversos Estados miembros. Además, debe prestarse atención al hecho de que parte de la población tiene ingresos que, sin ser muy elevados, le impiden acceder a la vivienda social, entendida como vivienda destinada a personas con ingresos muy reducidos. Teniendo en cuenta las condiciones actuales, esos sectores tampoco pueden acceder a la vivienda a precio de mercado.

Es importante avanzar en el entendimiento de que el problema de acceso a la vivienda no se limita solo a los grupos considerados como desfavorecidos, y que debe existir vivienda asequible para todas las personas. La situación actual del mercado de la vivienda no hace posible que ese derecho se pueda ejercer por sectores sociales con ingresos medios que superan los mínimos exigidos para la vivienda social.

En el contexto español, podría deducirse de la ley que la vivienda asequible incentivada, que se define como una vivienda diferenciada de la vivienda protegida, permitiría proveer de vivienda a estas personas, si bien esto no puede saberse hasta que se establezca una regulación más específica, pues la ley solo indica que está destinada a personas que no pueden acceder a una vivienda a precio de mercado y que es diferente a la vivienda protegida.

Otras medidas importantes que establece la ley están en relación con los desahucios, respecto a los cuales el Estado tiene obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En concreto, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para proporcionar una vivienda cuando se produzca un desalojo. En este sentido, la ley establece que, en algunos casos, y cuando haya situación de vulnerabilidad, se presente una propuesta de alternativa de vivienda. Aunque son medidas positivas, su efectividad dependerá de su implantación práctica y de las posibilidades de proveer de vivienda alternativa. Por otra parte, dependerá también de qué personas se consideren vulnerables a estos efectos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER PÉREZ, Amalia. *El derecho a la vivienda en el derecho constitucional europeo*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- BOSCH MEDA, Jordi y TRILLA BELLART, Carme. «¿Un parque de alquiler social en España? Reflexiones para su futura creación». En *Regular los alquileres. La lu-*

- cha por el derecho a una vivienda digna en España*, coordinado por Albert Noguera Fernández, 133-172. Valencia: tirant lo blanch, 2022.
- GARCÍA MACHO, Ricardo Jesús. «Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad». *Revista catalana de dret públic*, n.º 38 (2009): 67-96.
- GARCÍA PÉREZ, Eva, JANOSCHKA, Michael. «Derecho a la vivienda y crisis económica: la vivienda como problema en la actual crisis económica». *CYTET XLVIII* (188) (2016): 213-228.
- GHEKIÈRE, Laurent. «Le développement du logement social dans l'Union européenne». *Revue des politiques sociales et familiales*, 94 (2008): 21-34.
- LAFFAIRE, Maria, TUCAT, Pablo. «Políticas de oferta para mejorar el acceso a la vivienda de alquiler en España». *esade, ksnet* (2021).
- LAMPEA LLOP, Núria. *La gestión de la vivienda social en clave europea*. Valencia: tirant lo blanch, 2022.
- MACHO CARRO, Alberto. «La tutela del derecho a la vivienda en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (comentario a los dictámenes de febrero de 2021 sobre las comunicaciones 85, 54 y 48/2018)». *Revista de Estudios Europeos*, volumen 80, julio-diciembre (2022): 219-230.
- MACMILLAN, C. Michael. «Social versus Political Rights». *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Vol. 19, No. 2 (1986): 283-304.
- MUNDT, Alexis. «Privileged but challenged. The State of Social Housing in Austria in 2018». *Critical Housing Analysis*, Volume 5, Issue 1 (2018): 12-25.
- NASARRE-AZNAR, Sergio, FTÁČNIK, Milan, LAMBEA-LLOP, Núria, RASNAČA, Līga. *Concrete actions for social and affordable housing in the EU*. Bruselas: FEPS, 2021.
- NASSARE AZNAR, Sergio. «El Proyecto de Ley de vivienda 2022». *Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19. Apuntes 2022/11, Fedea* (2022).
- PAREJA-EASTWAY, Montserrat y SÁNCHEZ-MARTÍNEZ, Mª Teresa. «El sistema de vivienda en España y el papel de las políticas: ¿qué falta por resolver?». *Cuadernos económicos de ICE*, N° 90, (2015): 150-174.
- PITTINI, Alice, TURNBULL, Dara, YORDANOVA, Diana, con la participación de Kössl, Gerald, Gutheil-Knopp-Kirchwald, Gerlinde, Råberg Tingey, Solveig, Pihlaja, Vilma, Parkkonen, Jouni. *Cost-based social rental housing in Europe. The cases of Austria, Denmark, and Finland*. Housing Europe y The Housing Agency, en colaboración con GBV, BL y KOVA, 2021.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo. «Derecho a la vivienda: De principio rector a derecho subjetivo». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8/2015, parte Tribuna (2015).
- WALDRON, Jeremy. «Homelessness and the Issue of Freedom». *UCLA Law Review*, Vol. 39 (1991).

EL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA, ART. 575.2 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. UN ANÁLISIS EN CLAVE DE IMPUTACIÓN

*The Crime of Terrorist Self-Training, Art. 575.2 of the
Spanish Penal Code. An Analysis in the Key of Imputation*

Roberto Cruz-Palmera

Profesor Ayudante Doctor de Área Derecho Penal.
Universidad de Valladolid

<https://doi.org/10.18543/ed.2803>

Recibido: 25.04.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

El artículo aborda una revisión del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal español; se observa la disconformidad con los principios básicos del Derecho Penal y se exponen argumentos sobre la necesidad de una lectura que se ajuste con los principios limitadores del poder punitivo del Estado. Seguidamente, se presenta una propuesta de interpretación restrictiva para el delito de autoadoctrinamiento terrorista y, finalmente, se exponen las conclusiones.

Palabras clave

Autocapacitación; figuras de anticipación; lectura restrictiva; fenómeno terrorista.

Abstract

These pages contain a review of the crime of passive indoctrination for terrorist purposes; the non-conformity with the basic principles of Criminal Law is analyzed and arguments are put forward on the need for a restrictive reading of the norm. It discusses the instruments of anticipation of criminal protection used in abnormal

cases. For this purpose, we use the crime of terrorist self-enabling as a study model. After this argumentative exercise, the interpretation proposal for our study model is presented. Finally, some conclusions are presented.

Keywords

Anticipatory figures; restrictive Reading; self-training; terrorist phenomenon.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INCOMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO. III. ANÁLISIS EN CLAVE DE IMPUTACIÓN. 1. Criterios para determinar el riesgo típico relevante. 1.1. Inserción estructural. 1.2. Funcionalidad por reconfiguración. IV. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN. 1. Sobre las ventajas y utilidad de los criterios. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de autocapacitación con fines terroristas es una de las normas penales más controvertidas en la legislación española¹; son varios los motivos que sustenta esta afirmación, entre otros, la confusa redacción del legislador a la hora de castigar conductas estrictamente preparatorias². Casi nadie negaría

¹ El precepto contenido en el art. 575 del código penal reza como sigue: «1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones. 2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior. Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español. Asimismo, se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines».

² Sobre ello, Mariona LLOBET ANGLÍ, «Delitos contra el orden público», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dir. por Jesús Silva Sánchez y coord. Por Ramón Ragués i Vallès (Barcelona: Atelier, 2021), 462-463: «La LO 2/2015 introdujo una de las figuras que avanza en mayor medida las barreras de punición en el Código Penal. A saber, el art. 575 CP tipifica las conductas relacionadas con el entrenamiento y el adoctrinamiento de futuros terroristas y prevé penas de prisión de dos a cinco años. Por un lado, castiga a todo aquel que reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate con la finalidad de capacitarse para cometer algún delito de terrorismo. Incluso, se sanciona a quien se traslade o establezca en un territorio extranjero con ese fin. Además, por el otro lado, también pune a quien lleve a cabo por sí mismo cualquiera de dichas actividades

que existe un elevado número de contradicciones entre dicha norma con los principios básicos del Derecho Penal, también su incompatibilidad con algunas garantías procesales, especialmente con la garantía de la inocencia³. No obstante, pese a los problemas del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal, no se aprecia en la doctrina una propuesta de interpretación restrictiva, esto es, una fórmula que conduzca a una lectura sopesada y prudente del precepto que logre ajustarse con los principios básicos del Derecho Penal. En ese orden marcado se emplaza esta contribución: en ofrecer una solución interpretativa para el delito de autocapacitación con fines terroristas; dicho de otro modo, en brindar pautas concretas al intérprete a la hora de aplicar el precepto. No se trata de una posición aislada del contenido de la norma, es decir, de pretender una interpretación *de lege ferenda*; tampoco una propuesta alejada de las teorías que rigen actualmente el sistema Penal. Como se mostrará, la tesis que aquí se defiende intenta ser respetuosa con los principios básicos del Derecho penal, así como de la garantía procesal de la inocencia; del mismo modo, se presenta una solución aplicable a la normativa vigente, *de lex lata*. Así las cosas, se mencionará la tipología de delitos en la que se enmarca el delito objeto de revisión⁴ *seguidamente*, se argumentará la contradicción

(figuras que se han denominado autoentrenamiento y autoadoctrinamiento), en concreto: a quien “acceda de manera habitual a uno o a varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet”» (negritas en original).

³ Sobre la presunción de inocencia, en el marco del subprincipio de sometimiento al proceso penal, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2012) 187-188.

⁴ Como se sabe, son varias las formas de *clasificar* los tipos penales. Casi todos los manuales –o tratados de Derecho Penal–, exponen criterios que permiten agrupar los comportamientos delictivos al tenor de la estructura de la norma. Por ejemplo: delito de omisión, delito de comisión, delito de resultado, delito de mera actividad, delito de lesión, delito de peligro, delito de estado, delito permanente, delito común, delito especial, delito de propia mano... Del mismo modo, casi nadie negaría que un delito puede ubicarse en dos o más categorías; por ejemplo: delito de mera actividad y delito especial (cohecho, art. 419), delito de lesión y delito común (homicidio, art. 138), delito de posesión y delito de preparación (autoadoctrinamiento con fines terroristas, art. 575.2). En efecto, en atención a la estructura del tipo podemos encontrar entre otros, lo siguientes aspectos: la subsistencia de la infracción en el tiempo, el modelo de actuación del sujeto o carácter de la conducta, la modalidad de la acción descrita en el verbo, la necesaria materialización de la conducta típica por parte de uno o de varios sujetos, la obligatoria presencia de determinados sujetos en la ejecución de la conducta, la particular condición del sujeto para ostentar el título de autor, la exigencia del empleo de medios determinados, el número de conductas comprendidas en el tipo; etc. No obstante, más allá de estos aspectos, entiendo que la importancia de comprender las *clasificaciones* es la de permitirnos identificar los diferentes problemas de la norma en cuestión. Para nuestro modelo de revisión –el delito de autoadoctrinamiento con fines terroristas–, en el marco de la clasificación del tipo, importa resaltar tanto el contenido como la técnica legislativa, ya que el legislador valora

del precepto con los principios limitadores del poder punitivo del Estado. Posteriormente, se mostrará la propuesta de interpretación para el delito de auto-capacitación con fines terroristas. Y, por último, las conclusiones.

II. LA INCOMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

En esta sección se expondrá, brevemente, la incompatibilidad del delito de autoadoctrinamiento con los principios limitadores del poder punitivo del Estado⁵. La finalidad de este ejercicio es justificar la necesidad de una propuesta interpretativa para la norma objeto de examen.

El Derecho penal puede entenderse como un instrumento de control social⁶. En ese sentido, la Política criminal debe ocuparse de estudiar los medios eficaces para luchar contra el delito. Desde esa perspectiva, el legislador

de manera negativa dos conductas –desvalor de acción–, con independencia del resultado que se produzca en un momento *ex post*. Así pues, el delito de autoadoctrinamiento con fines terroristas, art. 575.2, se distancia de ser un delito de daño relativo a los modelos de delito clásico. Como veremos en esta contribución, la norma merece una subdivisión propia, pues se emplaza en una tipología ligada a un régimen particular en el sistema penal español: actos preparatorios recogidos en la Parte Especial que gozan de cierta autonomía. Y esa configuración –como se sabe–, adquiere una importancia práctica notable, presentando, conjuntamente, arduos problemas dogmáticos y político-criminales. Expresado en otras palabras: la particularidad del delito dificulta la valoración del riesgo jurídicamente relevante y su momento consumativo. Sobre aspectos relacionados con la clasificación de los tipos penales presentados en esta nota, Harro OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, (Berlín: De Gruyter, 2004), § 4, n.º 2-21; Christian BERTEL y Claus SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (§ 169 bis 321k StGB)*, (Viena: Verlag Österreich, 2022), § 307 n.º 1-5.

⁵ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor), § 4, n.º 2-3: «El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas. Aquí partiremos de la concepción del Estado social y democrático de Derecho, hoy ampliamente aceptada en nuestra área de cultura y acogida en el art. 1.1, de la Constitución española. Los tres componentes de dicha fórmula servirán de base a los distintos límites que a nuestro juicio deben respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva. El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del *principio de legalidad*. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la *necesidad social de la intervención penal*. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de *dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano*» (negritas y cursivas en original).

⁶ Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 2005) 61-62.

agrupa o selecciona los comportamientos que pretende evitar; únicamente aquellos que se muestren capaces de afectar el orden jurídico. Pero para cumplir dicho objetivo el contenido descrito en la norma deberá ser comprensible por los ciudadanos. Sin embargo, esto no ocurre del todo con art. 575.2 del código penal. En efecto, dentro del marco que dispone el legislador para decidir las conductas que deben elevarse a la categoría de delito y optar por una u otra técnica legislativa, destaca también la potestad de fijar la pena que estime oportuna en el marco de legalidad. Lo normal es que, dependiendo de la mayor o de la menor gravedad del acto, determine el grado de la sanción⁷. No obstante, la pena elegida por el legislador para el delito de autoadoctrinamiento se aleja del marco de la legalidad reseñado. En efecto, esto ocurre de forma similar en preceptos que incriminan actos de preparación en la Parte Especial, pues el legislador fija una sanción bastante elevada, un asunto controvertido, pues mediante esa técnica se incriminan actos que se encuentran demasiado lejos de producir una lesión; además, se acude en algunos casos a sanciones iguales a las previstas en la perfecta realización del tipo base⁸.

Los principios básicos del Derecho penal marcan, entre otros aspectos, límites que deben asumirse a la hora de describir las conductas prohibidas, esto, en atención a que la ley penal es el instrumento más violento con el que cuenta el Estado. En ese marco, no son pocos los autores que aseguran que principios como, (a) legalidad, (b) intervención mínima, (c) proporcionalidad, (d) lesividad, (e) presunción de inocencia y (f) culpabilidad, son

⁷ Helmut FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Múnich: Beck C. H., 2011), nm. 32. No obstante, respecto a esa potestad, cabe señalar que el legislador tiene un límite: sancionar, únicamente, los comportamientos que no afecten de ninguna manera a la posibilidad de desarrollo de los ciudadanos; por tanto, desde mi punto de vista, las acciones que aparezcan en fase de preparación no pueden sancionarse de forma desequilibrada a la lógica que debería regir el sistema penal.

⁸ La norma objeto de revisión, art. 575.2 del código penal, no es un caso aislado en el marco del problema citado. Por ejemplo: el art. 400 establece la misma pena señala para los autores de un delito de falsedad que el sujeto prepare, obviamente, la pena dependerá del ilícito que se corresponda con el plan del autor, por ejemplo, la sanción será también de seis meses a dos años si prepara una falsificación de documento privado para perjudicar a otro (art. 395). Del mismo modo ocurre con el art. 248.2 b), pues este prevé una pena de prisión de seis meses a tres años para quienes preparen una defraudación informática. En sentido similar, el supuesto del art. 270.6 impone una sanción muy cercana a la prevista para el tipo de resultado, pues para la preparación corresponde a una pena privativa de libertad de seis a tres años de prisión; mientras que para el resultado es de seises a cuatro años (art. 270). Algo similar puede verse en el precepto contenido en el art. 183 ter, pues se trata de un delito que establece una pena privativa de libertad de uno a tres años para quien se ponga en contacto a través de Internet con un menor de edad y le proponga un encuentro. Mientras que, para el delito de resultado, abuso sexual, se impone una pena de prisión de dos a seis años (cfr. art. 183). Los ejemplos podrían ampliarse con facilidad.

incompatibles con el delito de autoadoctrinamiento⁹. Respecto a la legalidad (a), es evidente que la norma presenta un déficit en cuanto a la taxatividad, dado que la redacción se presta a confusiones interpretativas, sin ir más lejos, no se exponen –entre otras cuestiones– una noción de habitualidad y esto, como se sabe, genera problemas a la hora de determinar el riesgo típico en el marco de la imputación objetiva. Respecto a la intervención mínima (b), es de sobra conocido que existen otros mecanismos distintivos al Derecho Penal para evitar las acciones de autocalificación, al menos, en los sitios web, conjuntamente, la norma sanciona fases preparatorias que se pueden sancionar con otra figura de anticipación, como es la tentativa de los delitos relativos sección del capítulo donde reposa la norma. Respecto a la proporcionalidad penal (c), la pena privativa de libertad que reposa en la norma secundaria –«pena de prisión de dos a cinco años»–, es a todas luces desproporcional, puesto que tal sanción rebasa la coherencia sistemática, dado que no existe en sentido práctico una lesión o puesta en peligro para el bien jurídico, que, dicho sea de paso, es altamente difuso. Respecto a la lesividad (d), como se ha señalado, el precepto se centra en sancionar períodos anteriores a la tentativa, lo cual genera dudas sobre qué es lo que se lesiona. Respecto a la presunción de inocencia (e), la base de la problemática yace en detectar si la acción sancionada es en realidad dolosa o, de lo contrario, se emplaza en el marco de lo socialmente adecuado; de ahí, una vez más, la necesaria determinación de pautas interpretativas. Finalmente, se considera que algo análogo se podría afirmar sobre la culpabilidad, concretamente en el ámbito de la responsabilidad penal por el hecho propio, dado que eventos como la posesión o tenencia de aparatos y registros de accesos podrían derivarse en dispositivos que pertenezcan a terceros y esto, en contextos concretos, podrían derivar en infracciones al denominado principio de culpabilidad.

Desde este escenario, se estima necesario proponer criterios que ayuden a una correcta aplicación o legítima aplicación del precepto contenido en el art. 575.2 del Código Penal. Expresado de otro modo, la dudosa legitimidad de esa norma nos obliga a un inminente rechazo en atención a su notoria contradicción con los principios limitadores del poder punitivo¹⁰. Pero, como se

⁹ Al respecto, véase la excelente aportación de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2012) 26 y ss.

¹⁰ Muy claro en este sentido –refiriéndose a la legitimidad del poder punitivo del Estado–, vid. Raúl Eugenio ZAFFARONI, *Estructura básica del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2011), 130: «[...] (*El Derecho penal es legítimo porque contiene*). Esta es la prueba empírica de que *el derecho penal no se legitima programando las decisiones jurídicas para acompañar el ejercicio de un poder punitivo que las agencias jurídicas no ejercen, sino que debe programarse para contener y legitimar su ejercicio*. De que el poder punitivo ejerza esta función contentora y reductora depende nada menos que la subsistencia del estado de derecho. El derecho penal, en este sentido, es un apéndice del

mostrará, dicho precepto podría salvarse mediante interpretaciones y soluciones respetuosas con los principios de la Política criminal. En ese sentido, será necesario –en el marco de una solución plausible– efectuar interpretaciones y restricciones teleológicas que nos lleven a aplicaciones calculadas y coherentes, para las conductas que regulan el delito de autoadoctrinamiento. Este ejercicio lo mostraremos a continuación.

III. ANÁLISIS EN CLAVE DE IMPUTACIÓN

Las dificultades que hemos reseñado brevemente junto aunadas a las valoraciones doctrinales de esta norma evidencian que el precepto contenido en el art. 575.2 del código penal requiere una interpretación restrictiva, ajustada a los principios básicos del Derecho penal. No les falta razón a los críticos del precepto cuando afirman que la «validación» de la norma dependerá de una lectura restrictiva; sin embargo, quienes sugieren dicha interpretación no exponen de qué manera debe restringirse el ámbito de aplicación del precepto¹¹. En similar dirección, los que proponen una interpretación restrictiva

derecho constitucional del estado constitucional del derecho. *El derecho y el poder jurídico se legitiman en la medida en que ejercen este control limitador*. Cuando renuncian a esta función pierden toda legitimidad» (cursivas y minúsculas en original).

¹¹ Sin ánimo de recopilar las múltiples valoraciones, se reseñan las que estimo suficientes para argumentar la incompatibilidad de la norma con el poder Punitivo del Estado y justificar la necesaria propuesta de solución, así, entre otras, véase la opinión de Miguel Ángel CANO PAÑOS, «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23 (2015): 29 y ss.; Carmen GONZÁLEZ VAZ, *El delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP)*, (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2021), 186 y ss.; María Alejandra PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo* (Madrid: Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado, 2020), 242; Ramón Miguel GARCÍA ALBERO, «Capítulo VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», en *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II*, dir. por Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Pamplona: Aranzadi, 2016), 1884-1945; Eloy VELASCO NUÑEZ, «Tipos delictivos (Parte tercera)», en *Delincuencia Informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Eloy VELASCO NUÑEZ y Carolina SANCHIS CRESPO (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 239; Miguel Ángel CANO PAÑOS y Francisco Javier CASTRO TOLEDO, «El camino hacia la (Ciber) Yihad. Un análisis de las fases del proceso de radicalización islamista y su interpretación por parte de los tribunales españoles a partir de los datos suministrados por sentencias judiciales», *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* (2018): 14, <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-15.pdf>; M^a del Carme GUIRAO CID, «El delito de autoadoctrinamiento: ¿adelantamiento de la intervención penal a la mera ideación subjetiva? Análisis de sentencias» *InDret* n.º 2 (2019): 5, https://indret.com/wp-content/uploads/2019/10/DEFINITIVO_Trabajo_DerechoPenal_InDret_GuiraoCid_MdelCarme_def.pdf. Estos autores exponen una valiosa aportación, entre otros aspectos, destacando las denominadas fases de la radicalización; sin embargo, como puede revisarse, en su investigación no reposa una propuesta específica sobre cómo debemos

no se pronuncian sobre los parámetros para realizarla, no presentan si la restricción debe hacerse con relación al alcance del bien jurídico, de cara a la relevancia de la acción, con relación a las fases de ejecución para negar la tentativa¹², o la posibilidad de rechazar las formas de participación. De ahí la necesidad de una solución. En ese sentido, se expone seguidamente una alternativa restrictiva que intente respetar, en mayor o menor medida, los principios limitadores del poder Punitivo del Estado.

1. *Criterios para determinar el riesgo típico relevante en el delito de autoadoctrinamiento*

La cuestión sobre cómo ha de configurarse la creación de un riesgo jurídicamente relevante en el delito de autocapacitación terrorista hasta ahora parece poco. La práctica jurisprudencial nos muestra que cuando hablamos del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal estamos ante una norma sobre cuyos elementos esenciales aún no se ha acordado una propuesta de interpretación plausible¹³. Así las cosas, es necesaria una propuesta de interpretación mientras la norma permanezca en el código penal. Resulta altamente cuestionable este comportamiento aun existiendo en la legislación otros instrumentos de anticipación con los que se podrían proteger los mismos intereses jurídicos¹⁴. Ello es factible mediante la tentativa del respectivo

aplicar dicha norma. Por lo que estaríamos, a mi modo de ver, ante valiosas contribuciones críticas, descriptivas; pero carentes de una propuesta de construcción.

¹² Eloy VELASCO NUÑEZ, «Tipos delictivos (Parte tercera)», en *Delincuencia Informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Eloy Velasco Nuñez y Carolina Sanchis Crespo (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 238-239.

¹³ De esta opinión M^a del Carme GUIRAO CID, «El delito de autoadoctrinamiento: ¿adelantamiento de la intervención penal a la mera ideación subjetiva? Análisis de sentencias» *InDret* n.º 2 (2019): 19: «Se ha observado cómo en los fundamentos de las sentencias dictadas por la AN se tiende a utilizar, cada vez más, el modelo de las cuatro etapas elaborado por la OCI con el objetivo de determinar el grado de adoctrinamiento que presenta el sujeto a la hora de probar la existencia o no del elemento subjetivo. No obstante, y haciendo referencia a los estudios elaborados hasta la fecha sobre el *proceso de radicalización* [...], se debe concluir que los elementos incluidos en el modelo *resultan insuficientes* para determinar el *grado de asunción* de una ideología por parte de un sujeto» (comillas fuera del original). Esta autora, además, tras presentar un exhaustivo análisis de las jurisprudencias, pone de manifiesto la necesaria elaboración de criterios interpretativos para aplicar correctamente la norma (art. 575.2 del código penal).

¹⁴ Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2015), 280-281: «El adelantamiento de la penalidad mediante la creación de tipos penales que sancionan, por ejemplo, la simple tenencia de objetos o sustancias aptos para la falsificación de documentos no admite esta clase de justificación, porque existen muchos me-

delito fin. También aparecen en la Parte Especial del código penal preceptos que permiten sancionar conductas de participación para proteger bienes jurídicos similares al objeto protegido en el delito de autocalificación terrorista. Esto nos muestra que en un mismo cuerpo legal se contienen varias formas de anticipar la intervención para resguardar bienes jurídicos similares. Sin embargo, las acciones inculcadas en el precepto contenido en el art. 575. («posesión» y «acceso») no representan ni lesión ni puesta en peligro concreta para la estabilidad del Estado¹⁵.

Los problemas de inexactitud del *iter criminis* (por ejemplo: entre la conformación de preparación, tentativa, consumación, agotamiento...), la determinación de algunas figuras (por ejemplo: bien jurídico protegido, participación, coautoría, concursos...), así como ciertas características de la norma (por ejemplo: los rasgos para determinar la idoneidad de los objetos o materiales inculcados, la cualidad en el acceso a los contenidos prohibidos), influyen tanto a la hora de determinar una conducta penalmente relevante como en el momento de analizar la sanción. Esto, a nuestro juicio, obedece a una disconformidad de la norma con el sistema penal (excepciones al régimen general de los actos preparatorios punibles). Ahora bien, debemos añadir que, de todos estos aspectos señalados, el énfasis lo ha puesto la doctrina, —con cierta fuerza argumentativa— en la pena aplicable¹⁶. No obstante, asuntos como la determinación del riesgo jurídicamente relevante han quedado de lado por parte de la doctrina, a pesar de la importancia que merece¹⁷.

canismos a los que el Estado puede recurrir para la salvaguardia de los bienes jurídicos en los que no es su propia subsistencia lo que está en juego».

¹⁵ Hans KUDLICH, «Injusto objetivo y subjetivo de la acción en el delito doloso. A la vez, consideraciones sobre la relación entre el injusto doloso y el imprudente», en *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal. Contribución a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal*, traducido por Vicente Valiente Ivañez (Madrid: Marcial Pons, 2018), 183: «[...] el legislador, en su delimitación del injusto tipificado por medio de la redacción del tipo, toma en consideración no solo la lesión del bien jurídico como resultado acaecido, sino también el modo de ataque como cualidad especial de la conducta infractora».

¹⁶ Entre muchos otros, Miguel Domingo OLMEDO CARDENETE, «Delitos contra el orden público (VI)», en *Sistema de Derecho penal*, dir. por Lorenzo MORILLAS CUEVA (Madrid: Dykinson, 2021), 1598 y ss.; Pedro COLINA OQUENDO, «Delitos contra el orden público», en *Código penal concordado y comentado con jurisprudencia*, dir. por Luís Rodríguez Ramos, (Madrid: La Ley, 2017), 1123-1125; Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «Delitos contra el orden público (II)» en *Curso de Derecho penal. Parte especial*, en Alfonso Serrano Gómez, *et. al.* (Dykinson, Madrid 2021), 936 y ss.; Juan MESTRE DELGADO, «Delitos contra el orden público (II)» en *Delitos. La parte especial*, coord. por Carmen Lamarca Pérez (Madrid: Dykinson, Madrid, 2016), 328.

¹⁷ Sobre ello, Jesús SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal* (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2012), 670-679; Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, (Bo-

Con el fin de restringir la aplicación de la norma objeto de análisis –precepto contenido en el art. 575.2– presentamos nuestros criterios para efectuar la interpretación de la norma: el primero, *inserción estructural*; el segundo, *funcionalidad por reconfiguración*. Estos nos permitirán efectuar una interpretación restrictiva.

1.1. Criterios para determinar el riesgo típico relevante en el delito de autoadoctrinamiento

a) Inserción estructural

Entendemos por inserción estructural un estado favorecedor que permite la comisión de determinados delitos mediante la utilización de un conjunto de instrumentos. La inserción estructural se caracteriza por su relevancia lesiva en términos cuantitativos y se logra con los objetos e infraestructura de medios destinados a la comisión de un ilícito. Se trata de un *apparatus* u «objeto formado» por una combinación de piezas y elementos que sirven para desarrollar una función que determina el sujeto. En nuestro caso, compuesta por la combinación de piezas formadas por instrumentos tanto materiales como funcionales.

Tales instrumentos pueden aparecer al servicio de una organización criminal, en la medida en que las conductas sean desarrolladas por un conjunto de *tres o más* sujetos con vocación de permanencia y con cierta estructura organizacional que se reparten encargos específicos o puntuales. Además, han de contar con un grado relevante de coordinación¹⁸. Pero los instrumentos también pueden estar en poder de grupos criminales, esto es, la unión de *más de dos* sujetos que no tienen una clara vocación de permanencia y tampoco un reparto específico de funciones¹⁹. Asimismo, es posible la *inserción*

gotá: Temis, 1996), 78-82; Stefan Seiler, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Facultas, 2011) §2 n.º 64; BerndHeinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Stuttgart: Kohlhammer, 2016), §6 n.º 84-92; Einhard STEININGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt* (Viena: Linde Verlag Ges.m.b.H., 2019), Kap. 6/3.

¹⁸ Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «Delitos contra el orden público (II)» en *Curso de Derecho penal. Parte especial*, en Alfonso Serrano Gómez, *et. al.* (Dykinson: Madrid, 2021), 923.

¹⁹ Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 883: «[...] el grupo criminal se define porque, aun teniendo una estructura similar a la organización, no reúne alguna o algunas de las características de ésta. El concepto de referencia es, pues, el de organización, cuyas características son, según el art. 570 bis.1: 1. Tratarse de una «agrupación» (en la definición del grupo que se da en el art. 570 ter.1 se habla de «unión»). 2. Estar formada por más de «dos personas» (en esto coincide con el grupo). 3. Tener carácter estable o por tiempo indefinido. 4. Repartirse tareas o funciones de manera concertada y coordinada. 5. Tener como finalidad cometer delitos (igual que el grupo). Las

estructural sin grupo o sin organización criminal. Lo esencial es la disposición de objetos hacia un determinado fin delictivo (como hemos apuntado)²⁰.

Cuando un sujeto –actuando de forma individual– arma su propia estructura delictiva y realiza acciones en solitario sin ninguna clase de vínculo con un grupo u organización criminal, la *inserción estructural* también puede presentarse. A nuestro modo de ver, uno de los aspectos centrales de la *inserción estructural* consiste en que los instrumentos –tanto materiales como funcionales–, puedan dar lugar a la realización casi segura del respectivo delito fin en la medida en que se disponen los objetos al servicio de una *funcionalidad delictiva*. En nuestra propuesta de interpretación, como veremos, habrá que exigir algo más que la suficiencia de los materiales u objetos para poder determinar la creación de un riesgo jurídicamente relevante de cara al delito de autotercerización terrorista²¹. La potencialidad o suficiencia de los instrumentos cobra cierta relevancia en esta clase de comportamientos²², puesto que, sin esta, como puede intuirse, nos alejamos de la relevancia que habría de exigir en el ámbito de la preparación delictiva. Por tanto, la mera relevancia de los instrumentos incriminados tendrá que ser asimilada como *causalidad*²³, es decir, deberá

diferencias entre la organización y el grupo están por tanto en las características que hemos enumerado como 3 y 4. El concepto de organización se caracteriza por estos dos elementos: su carácter estable o por tiempo indefinido, y por la concertación y la coordinación (para el grupo sólo se exige la concertación) entre sus miembros integrantes que se reparten diversas tareas o funciones. Esta segunda característica coincide con el primer elemento que la doctrina y la jurisprudencia atribuyen al concepto de coautoría: el acuerdo previo; y también es bastante parecida al concepto de conspiración, que se da en el art. 17.1 Cp».

²⁰ Similar, aunque se centra, fundamentalmente, en los límites de la aportación material de la organización terrorista, Mariona LLOBET ANGLÍ, «Fundamento y límites del delito de colaboración con organización terrorista- Una propuesta restrictiva», en *Derecho Penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús Silva Sánchez*, coord. por Percy García Caverro y Alejandro Chinguel Rivera (Lima: Ideas, 2019), 670 y ss.

²¹ Wolfgang FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (Nachdruck: C.F. Müller, 2012), 517: «[...] el efecto perturbador de la paz jurídica del comportamiento con consecuencias casi siempre es notablemente superior que el comportamiento sin consecuencias, e igualmente el cuestionamiento de la norma en tales casos llega a ser más claro y su efecto más cuestionable».

²² De otra opinión, Juan Córdoba Roda, dir. por Juan CORDOBA RODA y Mercedes GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo 2 (Madrid: Marcial Pons, 2004), 1874. Analizando esta clase de tipos, vemos que, al referirse a la acción de tenencia o posesión, afirma que será necesario para la aplicación del precepto que la tenencia de los instrumentos se extienda a un conjunto de objetos que una vez puestos en común resulten idóneos para la comisión del respectivo delito fin. Dicho en otras palabras, suscribe la tesis de la suficiencia como único criterio limitador para estas normas penales.

²³ Einhard Steininger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt*, (Viena: Linde Verlag Ges. m.b.H, 2019), Kap 7/28: «Las doctrinas más antiguas de la causalidad tienen en común que no sólo definen la causa del delito

valorarse como un requisito necesario para la interpretación de la norma; pero insuficiente a la hora de aplicarla²⁴.

Debemos cuestionarnos qué es lo que debe caracterizar a la inserción estructural para ser considerada como tal, es decir, qué es lo que deben tener los instrumentos para afirmar que están fijados en una estructura delictiva, dicho de otro modo, para asegurarnos que funcionalmente son instrumentos delictivos y no de doble uso. A la hora de resolver esas preguntas, no proponemos una fórmula única o exacta que englobe todos los supuestos posibles, pero en la *inserción estructural* deberíamos apreciar siempre una potencialidad lesiva que supere las cualidades ordinarias de un individuo para delinquir en los respectivos ámbitos que incrimina el legislador. En ese sentido, para afirmar que contamos con *inserción estructural* los objetos deben representar un efecto multiplicador y facilitador, en otras palabras, deben generar un estado favorecedor para la comisión de los respectivos delitos que el sujeto prepara. La *inserción estructural* puede demostrarse cuando los objetos no solamente resultan idóneos para producir el resultado, sino que, además su aparición representa un paso previo y asegurador para la ejecución. En ese orden, es relevante la forma en que aparecen los instrumentos, esto es, los objetos materiales que acompañan a los objetos funcionales, la cualidad de los instrumentos, el lugar donde reposan los objetos (clandestinidad, por ejemplo) ... La forma en que se ubican nos debe mostrar también no solo el favorecimiento, sino la creación de un estado inequívoco de preparación delictiva²⁵. Los extremos deben generar escasas dudas respecto a la funcionalidad delictiva de los objetos. La disposición de los instrumentos debería resultar idónea en el marco de la preparación delictiva y dicha disposición tendrá que valorarse como una base sólida para la realización del delito fin. En otras palabras, la combinación de las piezas y el modo en que estas apa-

en términos naturalístico, también lo hacen en términos normativos, diferenciando entre las contribuciones parciales según su peso para la ocurrencia del éxito. Históricamente, sirvieron sobre todo para limitar los comportamientos irrelevantes según la teoría de la equivalencia».

²⁴ Al respecto, Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 1996), 201: «[...] el juicio sobre la realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado penalmente relevante, exige necesariamente una valoración *ex post*; en efecto, así como en un plano óntico resulta impensable deducir la existencia de una relación de causalidad antes de que se haya producido una modificación del mundo exterior, así mismo carece de lógica cualquier intento de establecer la presencia de un vínculo entre un riesgo jurídicamente desaprobado y un resultado que como quebrantamiento de una norma penal aún no se ha producido» (cursivas en original).

²⁵ Esta postura se acerca más a la puntada por Diethelm KIENAPFEL, Frank HÖPFEL y Robert KERT *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundriss des Strafrechts* (Viena: Facultas, 2020), Z 21: A1.4: «Los actos preparatorios son aquellos comportamientos que tienen por objeto permitir, facilitar o asegurar la posterior ejecución del delito».

recen no solo favorecen la comisión de un respectivo delito, sino que también evidencian la función delictiva con una potencial virtualidad lesiva que supera la mera tenencia de objetos. No obstante, la aparición de los instrumentos que reposan en la estructura no lesiona aún el bien jurídico protegido, pero sí se produce –por decirlo de alguna manera–, un estado favorecedor desde la estructura.

En la *inserción estructural* hay todavía un déficit para configurar un riesgo próximo a la tentativa del delito fin, esto es, la falta de un elemento del tipo objetivo del injusto que se pretende lograr (el respectivo acto de terrorismo). Razón por la cual se requiere la verificación de nuestro segundo criterio, *funcionalidad por reconfiguración*. Como se mencionó, lo relevante sobre la *inserción estructural*, es que se muestre como un verdadero estado favorecedor o facilitador para la realización del delito fin²⁶. En la *inserción estructural* debe reflejarse dicha idoneidad de los instrumentos en sentido amplio, esto es, tanto en los instrumentos funcionales como en los materiales que adquiera el sujeto en la estructura. De no ser así, no se produciría un aumento relevante de peligro para los bienes jurídicos protegidos. Por eso, tendría que abandonarse la tesis de un peligro hipotético como el representado en la mera posesión, tenencia, fabricación o facilitación de instrumentos que, por sí mismos, no estén en condiciones de realizar el respectivo delito fin, pero que por encajar en la literalidad de la norma podría, en un futuro lejano o próximo, ser utilizados para extender esa posesión a otros objetos y lograr la idoneidad instrumental que permita la lesión. La mera posesión o facilitación de objetos considerados peligrosos (como manuales, libros de texto, notas de instrucciones...) están todavía muy alejadas de producir el delito fin²⁷; además, dichos elementos no presuponen todavía una relación

²⁶ Manuel CANCIO MELIÁ, «El injusto de los delitos de organización: Peligro y significado», en *Los delitos de organización* Manuel Cancio Meliá y Jesús Silva Sánchez (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008), 42-48.

²⁷ José Carlos PORCIÚNCULA, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»* (Barcelona: Atelier, 2014), 196: «[...] la mera presencia de un resultado no basta para la punición [...]. Es preciso, todavía, comprobar la existencia de un nexo de causalidad entre éste y el comportamiento típico. Además, es necesario constatar que el resultado representa la realización del riesgo en virtud del cual está prohibida la conducta y, no simplemente la realización de un riesgo tolerado de modo general. Si el resultado no constituye una consecuencia específica del comportamiento típico, es decir, si no hay «relación de realización» entre comportamiento típico y resultado, éste no es percibido ido por los ciudadanos como perturbación de la paz jurídica, ni siquiera como cuestionamiento de la vigencia de la norma, sino como producto del azar. En resumen: para la imputación del resultado hay que verificar, desde una perspectiva *ex post*, si el mismo puede ligarse *empírica* (nexo de causalidad) y *normativamente* («relación de realización») al peligro *ex ante* creado por el autor con su comportamiento» (cursivas en original).

espacio temporal entre la conducta del sujeto («posesión de materiales», «acceso a redes o contenidos en la web») y la modificación del mundo exterior; esto es, no se genera un peligro suficiente²⁸. Desde nuestro punto de vista, cuando se compruebe posesión de textos con contenidos yihadistas o accesos reiterados en determinadas páginas web, no se comete una infracción penal²⁹. En ese sentido, la *inserción estructural* no consiste simplemente en la mera cantidad dominante de los instrumentos que pueda disponer el sujeto³⁰, tampoco en la característica de los objetos como género prohibido. Lo importante es el efecto multiplicador que estos representan cuando son insertados en la estructura. Esto hará a que califiquemos el comportamiento de «acceso», de «posesión», o de «tenencia» como suficiente en términos de peligro, sin dar lugar aún al peligro concreto, pues para ello, será necesario que los instrumentos entren en el ámbito operativo del sujeto, el cual los ordena o dispone de tal manera que de ser meros objetos aislados pasemos a hablar de un aparato o mecanismo riesgoso. A modo de ejemplo en un delito de corte similar: la tenencia de una máquina que solo sirve para imprimir papel moneda no debería resultar de interés para el Derecho penal³¹, art. 400³². No obstante, si en un taller clandestino la impresora está acompañada de

²⁸ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor, 2015), §13 n.º 58.

²⁹ En contra de esta posición, en detalle, Eloy VELASCO NUÑEZ, «Tipos delictivos (Parte tercera)», en *Delincuencia Informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Eloy Velasco Nuñez y Carolina Sanchis Crespo (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 238-239: «Conducta del Art. 575.2 CP: quien con la finalidad de capacitarse para cometer cualquier delito terrorista lleve a cabo por sí mismo labores de auto adocctrinamiento –sobre doctrina e ideología intolerante que incite al uso de la violencia– o autoadiestramiento –técnicas de enseñanza práctica en el uso de actividades violentas–. Comete este delito quien acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación públicos on line o contenidos de. Internet, o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o sean idóneos para incitar a la incorporación a una organización/grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Se entienden cometidos en España si se accede desde España. También quien adquiera o tenga en su poder documentos dirigidos o con contenido idóneo para incitar a la incorporación a una organización/grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o sus fines».

³⁰ Justamente por eso, nos parece que no es necesario ni suficiente que el sujeto disponga de una cantidad elevada de tintas para imprimir billetes falsos, pues no es la cantidad lo que determina el peligro, sino el conjunto de instrumentos tanto materiales como funcionales que puestos en conjunto por una red de falsificadores o por un sujeto que, actuando en solitario, puede también conseguir el delito fin.

³¹ Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Bogotá Temis, 1996), 71-77.

³² El precepto contenido en el art. 400 del código penal reza como sigue: «La fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específica-

pruebas de impresión de billetes falsos, tintas, papel con las cintas de seguridad tridimensional tejida, cartuchos, planchas para hacer billetes..., la situación cambia. Nótese que no se trata de la mera cualidad del género prohibido ni de la potencialidad del instrumento, sino de la agrupación de los objetos dispuestos de tal manera que sobrepasan la mera posesión y produzcan un estado de peligro potencial. No podemos olvidar que en la literalidad del precepto encajaría una impresora de alta tecnología, instrumento de doble uso³³. Sin embargo, sin el respaldo de otros instrumentos materiales no se genera una estructura delictiva. Tampoco se trata de la cantidad elevada de objetos, pues no es necesario que el sujeto cuente con cuatro impresoras ni con veinte litros de tintas, o con varias planchas³⁴... Lo mismo podría predicarse para el delito de autocapacitación con fines terroristas, pues no basta con que el sujeto cuente con un elevado número de manuales o con «acceder de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea», es necesario determinar, en términos objetivos, una agrupación de objetos y una implicación de estos elementos de tal manera que sobrepasen la mera posesión, generando un estado de peligrosidad. La mera tenencia o el mero acceso, por más habitual, solo produce un estado de sospecha hipotética sobre el individuo; nadie puede acceder a la mente del sujeto y saber si

mente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores».

³³ Emiliano BORJA JIMÉNEZ, «Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 30 (2018): 35-36: «En este sentido, la antijuridicidad de la tenencia viene determinada por su ilegalidad y cierta permanencia en el tiempo. Pues únicamente la ilicitud de la posesión (de armas sin la licencia oportuna, de estupefacientes ilegales, de material pornográfico no autorizado, etc.) puede convertir el artículo neutro en una fuente de riesgo para bienes jurídicos de primer orden. Y, se apunta de nuevo, la ilegitimidad de la tenencia a su vez requiere de cierta potencialidad de su utilización, pues de lo contrario decaería toda capacidad de ofensividad. Esa potencialidad de utilización sólo puede desarrollarse si el objeto, en un determinado ámbito temporal, puede estar en contacto con un sujeto. La controlabilidad de la cosa ilícita a lo largo del tiempo, en consecuencia, configura la base material del injusto de los delitos de posesión. Ahí nacerá el peligro para valores e intereses jurídicos de la comunidad, y su naturaleza como delitos de riesgo y no de menoscabo».

³⁴ Criterio distinto habría de aplicarse respecto a la cantidad de billetes falsificados, pero no para los instrumentos utilizados en la instrumentalidad como delito, Víctor GÓMEZ MARTÍN, «De la falsificación de moneda y efectos de timbrado», en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Santiago MIR PUIG (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 1327: «Debe ser aplicado con independencia del número de unidades de monedas alteradas o fabricadas, o del valor aparente de las mismas. En sentido afirmativo se pronuncia la jur. Para doc., en cambio, es necesario que el valor de las monedas alteradas o fabricadas sea económicamente considerable: dado lo elevado de la pena prevista (prisión de ocho a doce años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda), el principio de proporcionalidad obliga a una interpretación restrictiva del tipo».

se encuentra en un proceso idónea de capacitación y está dispuesto a cometer un acto de terrorismo; sin embargo, sí podemos apreciar un estado de peligrosidad real a partir de datos objetivos³⁵. En definitiva, mediante la *inserción estructural* se determina la suficiencia de los instrumentos que reposen en la estructura para que esta se perciba como peligrosa. Se trata de una potencialidad que supera, como dijimos, las posibilidades ordinarias en el marco de la preparación delictiva³⁶. Pasemos a explicar nuestro segundo criterio.

b) Funcionalidad por reconfiguración

En nuestro primer criterio anunciamos la necesidad de exigir algo más que la mera tenencia (mera cualidad de los instrumentos) para limitar el alcance del delito de autocapacitación con fines terroristas. La estructura, aunque lesiva todavía resulta insuficiente para crear una lesión o una puesta en peligro inmediata del bien jurídico.

La funcionalidad por reconfiguración significa que el sujeto se implique en el estado favorecedor, poniéndose a trabajar hacia la realización del delito fin. Es necesario que se involucre en la estructura, por ejemplo, que pase de la mera posesión de objetos a reconfigurar la situación de tal forma que su

³⁵ José Carlos PORCIÚNCULA, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»* (Barcelona: Atelier, 2014), 228: «Para la moderna dogmática penal el «tipo subjetivo» concierne en la «esfera de la conciencia» del individuo. Los elementos subjetivos del tipo equivalen, así, a los estados mentales que este individuo «posee» en el momento de su conducta. Ya que, de acuerdo con esta versión cartesiana, la mente del individuo es perfectamente transparente para él pero impenetrable para los demás, se considera que los elementos subjetivos del tipo no son susceptibles de prueba directa, sino solo de prueba indiciaria (de acuerdo con la propia fórmula latina «*ea, quae consistunt in animo, non possunt probari directo, sed probantur ex indiciss*»). En otros términos: al no ser observables, los elementos subjetivos del tipo habrían de ser *inferidos* a partir de la conducta «externa» del individuo [...] de acuerdo con esta aproximación mentalista, los elementos subjetivos del tipo reflejan *entidades psicológicamente reales* localizadas en el «*fórum internum*» del individuo, por tanto, probar tales elementos implica *descubrir una realidad interna*» (cursivas en original).

³⁶ Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016), 266: «[...] una causalidad edificada sobre la idea de probabilidad permite que su existencia no deba ser valorada siempre desde una perspectiva *ex post* (como sí ocurre cuando se asume que el vínculo entre causa y resultado debe ser de certeza), sino que admitiría un juicio *ex ante* sobre las probabilidades de que una determinada conducta genera ciertas consecuencias. Sobre estos supuestos no hay obstáculo alguno para afirmar que el juicio de imputación objetiva en la tentativa se cierra con la determinación de una relación causal, como ocurre con las demás manifestaciones delictivas. Sólo que, a diferencia de lo que ocurre respecto a los delitos consumados, [...] en las tentativas se recurre a una perspectiva *ex ante* igual a la que la doctrina y la jurisprudencia dominantes emplean en los delitos de omisión» (cursivas en original).

comportamiento adquiera función delictiva³⁷. Funcionalidad por reconfiguración significa implicarse, hacer cambios relevantes en la estructura. Por ejemplo: diseñar el soporte y enviar las órdenes de pago que servirán para realizar la manipulación en la estafa informática³⁸ (art. 248.2 b]); organizar en el sótano de un inmueble donde reposa una cadena de producción de CDS o DVDS con ordenadores, tres máquinas tostadoras, un acopio de quinientos CDS vírgenes con etiquetas y carátulas de productos originales e impresoras de alta tecnología³⁹ (art. 270.6); atender el cultivo de las plantas, cambiando la tierra de las macetas donde reposan y cuidando el nivel de las luces especiales para acelerar el crecimiento, controlando la climatización del cultivo, activando el sistema de goteo para el riesgo de las mismas (art. 371.1); ajustar, cargar la máquina para imprimir billetes falsos (art. 400); empezar los *primeros pasos* que marquen los contenidos descargados en una web terrorista para conseguir la

³⁷ Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008), 81-82: «El juicio de imputación «afirma» (o niega) una relación de dicho sujeto con un segundo término, la acción, objeto de aquel juicio. No sería correcto entender que la imputación permite afirmar que algo es acción. Se incurriría, así, en una argumentación circular: se imputa algo, la acción, que se considera entonces, precisamente por eso, acción. Pero no hay circularidad. Se distingue acción («Handlung») y hecho («That»). Ambas podían designar en un momento la misma realización, pero «That» añadía, según los casos, un matiz meliorativo o peyorativo, asociado, en este último caso, incluso a crimen o delito. La elección, por tanto, no sería casual. Se escoge un término que puede indicar algo más que obrar; designaría cierta valoración de lo que se obra».

³⁸ Enrique ORTOS BERENGUER y Margarita ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 70: «La consumación de la estafa informática se produce en el momento en que el sujeto consigue la transferencia no consentida. Consecuentemente, se aprecia la efectiva producción del desplazamiento patrimonial con el perjuicio y enriquecimiento consiguientes, lo que no impide apreciar la infracción en grado de tentativa si una vez realizada o comenzada la manipulación no llega a producirse el resultado señalado».

³⁹ Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial», en *Curso de Derecho penal*, Alfonso Serrano Gómez, et. al, *Parte especial* (Dykinson: Madrid, 2021), 390: «La interpretación del «beneficiarse económicamente» en el apartado 6º del art. 270 CP requiere una interpretación acorde a la no exigencia de que las conductas previstas en el art. 270.6 CP sean realizadas «con fines comerciales». Existiría ánimo de lucro, cuando un sujeto ostenta la posesión de un medio específicamente destinado para imprimir o neutralizar un mecanismo de protección con el objeto de obtener dinero a cambio de comercialización de copias, o bien por otras vías indirectas, no debiendo ser confundida con el ánimo de lucro la voluntad de ahorrarse el precio de la obra original. La exigencia de que las conductas típicas previstas en el art. 270.6 CP deban ser realizadas «en perjuicio de tercero» significa que, para ser típicas, las mismas deben ser objetivamente adecuadas para lesionar los derechos de explotación económica de propiedad intelectual».

fabricación de un artefacto explosivo⁴⁰ (art. 575.2). Todas estas acciones tienen algo en común: el sujeto despliega su personalidad en la estructura, se amplía la potencialidad lesiva por su *inserción estructural*.

Funcionalidad por reconfiguración, en pocas palabras, significa: disponer una serie de objetos mediante su inserción estructural y su puesta al servicio de una función delictiva. Esto implica la realización de actos con proximidad espacio-temporal, así como inequívocamente ordenados a la producción del delito⁴¹. En la funcionalidad por reconfiguración no se consigue la lesión del bien jurídico propia del *delito fin*. O sea, hay todavía una carencia –o ausencia de un elemento– en el tipo objetivo del *delito fin* (lesividad al bien jurídico). Sin embargo, la funcionalidad por reconfiguración representa una situación próxima a la puesta en *peligro concreta* para el bien jurídico en la medida en que el sujeto modifica la posición de los objetos dispuestos en la estructura, y ello inequívocamente dirigidos a la producción de un resultado lesivo⁴². Al apoyarse en el estado favorecedor que le brinda la estructura puede dirigir sus actos con elevadas posibilidades de producir un resultado lesivo⁴³. De ese modo «[...] la conducta desplegada por el autor puede ser

⁴⁰ Carlos CASTELLVÍ MONSERRAT, «De los delitos de terrorismo» en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Santiago Mir Puig (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 1766: «Tal y como está configurado, el delito se consuma con el acceso habitual o la simple tenencia de información susceptibles de incitar a unirse a una organización terrorista, sin que sea necesario siquiera que se haya leído su contenido. En todo caso, cuando estas conductas se realicen con fines de investigación –de cualquier clase– resultarán atípicas por no concurrir en ellas el elemento subjetivo del tipo consistente en perseguir capacitarse para cometer otros delitos de terrorismo» (cursivas fuera del original).

⁴¹ Miguel COBO DEL ROSAL y Tomás VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 717-718: «El principio de la ejecución no representa sólo el comienzo de la actividad descrita en el tipo, sino también la realización –siquiera sea parcial o fragmentaria– del contenido del injusto típico. De ahí que, junto al criterio de la acción típica entendida según la concepción natural, haya que recurrir al *injusto* típico para obtener un segundo principio diferenciador. El requisito de la producción de un peligro para el bien jurídico plantea inmediatamente el problema de la idoneidad de los actos realizados para la producción del resultado típico y, con él, del valor de la causalidad como criterio delimitador de la ejecución. [...] admitir que la preparación es ejecución, implica una contradicción semántica: ejecutar es, conceptualmente, poner por obra el tipo y el que lleve a cabo un acto preparatorio todavía no ha comenzado a poner por obra el tipo» (cursivas en original).

⁴² Yesid REYES ALVARADO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Revista General de Derecho Penal*, n.º 11 (2009): 4: «Lo que realmente permite trazar una línea divisoria entre aquellos comportamientos que interesan al derecho penal y los que deben permanecer al margen del mismo, es la producción de una indebida forma de ataque al bien jurídico objeto de protección».

⁴³ Para la determinación de un peligro concreto, presupuesto que también comparto, Claus ROXIN y Luis GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau*

interpretada objetivamente y desde una perspectiva *ex ante*, como probabilísticamente apta para conseguir la finalidad perseguida por el autor»⁴⁴.

IV. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

La suficiencia de útiles prohibidos por el legislador no implica *per se* la determinación de una conducta jurídicamente relevante a efectos de imputación. Esto, al menos en un Estado democrático respetuoso de los principios que limitan el poder punitivo del Estado.

Los criterios que proponemos en esta contribución –inserción estructural y funcionalidad por reconfiguración–, nos ayudarán valorar los riesgos relevantes a efectos de imputación. No basta con que los instrumentos sean materialmente idóneos, sino que exigimos algo más: que se ordenen al delito fin mediante una inserción que los valora como conjunto delictivo y, al mismo tiempo, que el agente reconfigure la situación dirigiendo el aparato delictivo hacia la lesión del bien jurídico⁴⁵. Desde esta perspectiva, se requiere algo más que la idoneidad de los instrumentos y su inserción estructural para valorar la conducta de posesión, por ejemplo, como relevante a efectos de tipicidad⁴⁶. La potencialidad de los instrumentos representa una mera causalidad a

der Verbrechenslehre (Múnich: C.H. BECK: 2020), §11, n.º 115: «[...] de los numerosos casos se pueden extraer dos presupuestos de un peligro concreto generalmente reconocidos: En primer lugar, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar la acción inculpada tiene que haber creado un peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción».

⁴⁴ Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016), 494: «La distinción entre los tipos penales que sancionan la preparación en sí misma sin especificar las conductas que se censuran, y aquellos otros en los que la tipificación se refiere de manera puntual a determinados comportamientos, permite responder de manera diferenciada a la pregunta sobre si es concebible y punible la tentativa de los actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo consumado. Esa posibilidad existe cuando lo que el legislador sanciona es un determinado comportamiento constitutivo de una preparación delictiva, siempre que la conducta desplegada por el autor pueda ser interpretada objetivamente y desde una perspectiva *ex ante*, como probabilísticamente apta para conseguir la finalidad típica perseguida por el autor. Si, por el contrario, lo que se eleva a la categoría de delito autónomo consumado es la preparación de un delito en sí misma, entonces la tentativa debe rechazarse porque una norma así concebida abarca ya, como consumación, la punibilidad de todo lo que ocurra en el ámbito previo a ella».

⁴⁵ Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 1996), 75, 116, 126, 127; entre otros lugares.

⁴⁶ Stefan SEILER, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Facultas, 2011), §3 n.º 220: «El requisito básico para el componente de conocimiento de la intención es la adquisición bruta de la pérdida de la situación. Si la concepción del autor se desvía sustancialmente del proceso causal real, esto excluye el propósito del sujeto. El *dolus generalis* se utiliza en el caso de las transacciones de donaciones

la luz del precepto, la cual no crea todavía peligro. Dicho de otra manera: no representa aún la creación de un riesgo jurídicamente relevante a efectos de imputación. Por eso decimos que *la* potencialidad de los instrumentos encierra un dato clave, pero no basta para establecer la relevancia de la conducta respecto al delito de autocapacitación con fines terroristas. Por todo ello, se insiste en la necesaria concurrencia de los criterios propuestos: inserción estructural y funcionalidad por reconfiguración⁴⁷.

El precepto describe una pena de dos a cinco años de prisión a quienes posean o accedan a contenidos para la capacitación terrorista⁴⁸. Desde este panorama, el autor debe contar con la suficiencia de los instrumentos, así como la dotación de los medios para obtener el resultado típico: empezar el proceso de capacitación, sin que sea necesario, para su consumación, el que llegue a capacitarse. El tipo pretende reducir las barreras inhibitorias para la comisión de un acto terrorista, sin embargo, entendemos que no es posible asegurar cuándo un sujeto se encuentra preparado para cometer un acto de terrorismo o se emplaza en un proceso idóneo de autoadocctrinamiento⁴⁹ (por el mero hecho de ingresar a páginas prohibidas o por poseer materiales concretos). En ese orden, resulta necesario brindar criterios para determinar la relevancia de los contenidos que pueden derivar idoneidad durante el proceso; es decir, determinar qué material es susceptible y suficiente para configurar el citado proceso de autoadocctrinamiento (fenómeno conocido como *lobo solitario*⁵⁰).

Parece poco habitual la realización de estos actos de forma estrictamente individual, pues normalmente los atentados terroristas requieren de un

múltiples en las que el autor piensa que ya ha conseguido el éxito con el primer acto de acción, cuando en realidad éste sólo se produce mediante un segundo paso de acción» (cursivas fuera del original).

⁴⁷ Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 1996), 113-118; Yesid Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016), 110-111.

⁴⁸ Juan Carlos CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo. La L.O. 2/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 61.

⁴⁹ Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008), 102: «La imputación jurídica, al incluir por tanto coerción externa y motivos diversos al puro deber, apela a medios externos para obtener de su destinatario la conducta. Se entiende, así, que imputación con validez jurídica sea aquella que excluye las consecuencias («[e] efecto jurídico de un hecho determinado es la pena; el de uno meritorio, recompensa (*praemium*)»» (cursivas en original; negritas fuera del texto).

⁵⁰ Mario TOBOSO BUEZO, *Lobos de occidente. El terrorismo individual como elemento emergente y evolución tácita del al-qa`ida* (Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2014), 89-100.

respaldo tanto económico como ideológico a razón de la magnitud del resultado pretendido. Bien es sabido que para la realización de estos actos suele ser necesario contar con el apoyo de grupos terroristas. En este sentido, considero que la comisión de un acto de terrorismo de manera individual no implica la inexistencia de otros sujetos detrás del «lobo solitario». Me refiero a un grupo o a una organización en donde se ampara el sujeto, pues, cuanto menos, se requieren conversaciones frecuentes con miembros de estos grupos u organizaciones de manera fluida de cara al atentado planeado⁵¹. Sin embargo, la infracción se comete, según el texto de la ley, cuando un sujeto acceda de manera habitual a uno o a varios servicios de comunicación accesibles al público; o cuando adquiere dicha información, lo que resulta en realidad poco relevante a efectos de peligrosidad⁵². Como se expuso, se castiga con una pena de prisión de dos a cinco años, para ese marco penológico, estimamos necesario requerir que la persona enjuiciada haga algo más que navegar en páginas yihadistas o adquirir «información prohibida», pues en un Estado de Derecho resulta contradictorio privar de libertad a alguien por navegar en Internet o por descargar documentos valorados como «peligrosos»⁵³. Ya habíamos anunciado en otro lugar sobre la incompatibilidad de la norma con algunas garantías constitucionales como la presunción de inocencia⁵⁴. Además, señalamos que se trata de un precepto desproporcionado, pues no es igual sancionar a alguien –*con pena privativa de libertad*– por llevar a cabo un proceso de auto capacitación para cometer un delito que por cometerlo...

Analicemos un primer supuesto. Se trata de un sujeto que consulta reiteradamente noticias sobre el Estado islámico, se suscribe en canales de Youtube y realiza diariamente (durante dos meses) lecturas relacionadas con el terrorismo⁵⁵. A nuestro modo de ver, esta acción no representa un riesgo rele-

⁵¹ Juan Carlos CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo. La L.O. 2/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 11-12.

⁵² Esta norma, como acto preparatorio es, exige que las conductas realizadas demuestren cierto grado de relevancia respecto del bien jurídico que se protege, paz pública o seguridad del Estado. Es necesario determinar que los sujetos se preparen para cometer actos de terrorismo, lo que no requiere metalizar el proyecto delictivo, sino la producción de la puesta en peligro del bien jurídico desde el marco de la preparación.

⁵³ Próximo, pues en realidad se refiere a las conductas lícitas con apariencia de ilícitud, Wolfgang NAUCKE, *Strafrecht: Eine Einführung* (Múnich: Hermann Luchterhand Verlag, 1998), 73-74.

⁵⁴ Mariona LLOBET ANGLÍ, «¿Terrorismo o terrorismos?: Sujetos peligrosos, malvados y enemigos», *RJUAM*, n.º 31 (2015): 24.

⁵⁵ Para José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código penal* (Madrid: La Ley, 2016), 1631-1632, estamos ante un tipo penal flexible, además, sostiene que el delito se comete cuando: «[...] se acceda habitualmente a determinados medios de comunicación que incitan a la incorporación a organismos terroristas o a colaborar con ello, así como quien adquiera o tenga en su poder documentos en dicha línea».

vante a efectos del tipo de autoadoctrinamiento, esto es, las acciones ejecutadas no son suficientes en términos cuantitativos en comparación con el *telos* de la norma. Respecto al primer criterio, *el de inserción estructural*, considero que el sujeto no cuenta con una estructura que determine un estado favorable para la comisión de ese delito, pues, aunque consulte los contenidos, tanto los canales de Youtube como las *lecturas –por más arriesgadas que puedan parecer–*, no se entiende que puedan ayudar a acelerar el proceso de capacitación para cometer un atentado terrorista. En ese orden, la acción es todavía atípica. Y lo es por representar un «peligro insuficiente» en términos cuantitativos. También en términos cualitativos, dado que las acciones ejecutadas son todavía «adecuadas socialmente» (representan un aporte significativo para la sociedad en lo que se refiere al Derecho a la información). Además, objetivamente, no demuestran una pretensión inequívoca de defraudar o de dañar a otro⁵⁶. Cosa distinta sería que la suscripción a Youtube se acompañe del visionado regular de tutoriales sobre la construcción de artefactos explosivos –como una bomba– y que las actividades de investigación consistan en consultas a expertos sobre la compra e instalación de armas y explosivos en foros de origen no convencional o la adquisición de imágenes o planos de determinados edificios, llegando el sujeto a un paso más, como la adquisición o compra de algunos de los materiales relacionados en su consulta. Desde nuestro punto de vista, en este supuesto no solo contamos con la inserción estructural, pues el sujeto modifica la posición, se implica en la estructura, consulta de manera reiterada en los canales, se suscribe a estos...; participa en los foros, organiza información, ordenándola *en pos* de una clara y manifiesta planificación terrorista. Por lo tanto, hay, además, funcionalidad por reconfiguración, la acción no puede ser valorada como irrelevante.

1. Sobre las ventajas y utilidad de los criterios

Tras la aplicación de los criterios en la norma analizada, conviene exponer seguidamente algunas de las ventajas de nuestra propuesta de interpretación. Como anunciamos al inicio de la investigación, los criterios interpretativos deberían ayudarnos –en mayor o menor medida–, a salvar los principios limitadores del poder punitivo del Estado.

Con esta interpretación podemos contribuir a mantener las garantías derivadas del principio de legalidad. En concreto, me refiero al mandato de

⁵⁶ Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016), 124. A este respecto, opina que: «[...] las conductas que no tengan la capacidad de afectar las relaciones de la comunidad *no deben ser intervenidas por el derecho porque pertenecen a la esfera privada del individuo*, lo que no obsta para que las mismas no puedan ser objeto de controles desde el punto de vista moral o religioso» (cursivas fuera del original).

determinación al que hicimos mención. Así pues, los problemas señalados respecto a las nociones de «habitualidad» o «capacitación» (contenidas en el art. 575.2), se diluirían si exigimos la concurrencia de nuestros criterios de interpretación (inserción estructural y funcionalidad por reconfiguración). Pues, al requerir tanto la inserción estructural como la funcionalidad por reconfiguración el autor emitirá un comportamiento ilegítimo, ya que realizaría una acción valorada objetivamente como inequívocamente competente para completar la conducta final planeada por el sujeto, aunque *ex post* no la consiga. De ese modo la acción será típica en la medida que atienda a la idea de inserción estructural y funcionalidad por reconfiguración. La «capacitación» solo se daría cuando el sujeto cuenta con los objetos (materiales, manuales, videos, audios...) y los hace propios como instrumentos de adquisición de una destreza hasta el punto de que podamos decir que está formado (y no solo informado). Respecto a la «habitualidad» será preciso que el sujeto reitere las conductas dándoles sentido formativo, esto es, de duración, de frecuencia y sin lapsos carentes de actividad.

Algo similar apreciamos con el principio de subsidiariedad. Mostramos también que ese principio resultaba incompatible. Al exigir los criterios interpretativos, no nos conformamos con castigar meras acciones preparatorias, sino que exigimos la puesta en marcha mediante una estructura que favorezca la comisión de los respectivos delitos fines. Esto es, una situación próxima a la tentativa del delito fin⁵⁷. Requerir algo más que la mera preparación de un delito significa, en mayor o menor medida, una contribución al mantenimiento de un Derecho penal que debería ser subsidiario⁵⁸. No se trata de una solución definitiva para evitar acudir al Derecho penal, pero puede entenderse como restricción interpretativa que favorece a la reducción del poder punitivo del Estado.

La idea de proporcionalidad también la podríamos salvar mediante nuestra propuesta de interpretación. El delito de autocapacitación con fines terroristas no se corresponde con el mandato de proporcionalidad, por lo que era necesario buscar criterios para salvar esta garantía a la hora de interpretar la norma⁵⁹. Cuando estudiamos el principio de proporcionalidad, entendimos

⁵⁷ Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2015), 277: «[...] los actos preparatorios se reducen básicamente a la consecución y prueba de los instrumentos necesario para la comisión de un delito y a la exploración del lugar adecuado para ejecutarlo, ellos también pueden ser entendidos en forma más general como conductas que, al no suponer un quebrantamiento de la vigencia de la norma, son irrelevantes para el ordenamiento jurídico».

⁵⁸ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor, 2015), §4 nm. 48.

⁵⁹ Heiko HARTMUT LESCH, *El concepto de delito* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 209-2012.

que no es lo mismo el producir que lo producido, esto es, no es igual la capacidad de lesionar un bien que lesionarlo. Por eso, reclamar que el sujeto despliegue una conducta que represente, al menos, una organización de elementos o medios, de forma tal que inequívocamente se oriente a la producción del delito fin; parece más razonable y cercano al postulado de la proporcionalidad que sancionarle por emplazarse en un contexto de probabilidad de lesión como puede ser el de la posesión de objetos o el acceso reiterado a contenidos prohibidos.

Nuestro modelo de interpretación también asiste al mantenimiento del principio de lesividad⁶⁰. Desde esa perspectiva, exigir que se «reconfigure la situación» significa algo más que una mera posibilidad de lesión, dado que cuando el sujeto se implica en la estructura, encamina sus actos hacia la lesión del bien jurídico, el comportamiento desplegado no solo se interpreta como probabilísticamente apto para conseguir la lesión, sino que, al modificar la posición, despliega con su conducta un riesgo próximo a la tentativa del delito fin. En ese orden, cabe entender que la *estructura en la que se inserta y reconfigura* el sujeto facilita la lesión del bien jurídico.

Conjuntamente, nuestra propuesta de interpretación nos ayuda a salvar la presunción de inocencia. El delito de autocapacitación con fines terroristas – tal y como está redactado en la actualidad –, ni resulta del todo compatible con la garantía de la inocencia⁶¹. Ahora bien, como se ha reiterado, en la funcionalidad por reconfiguración exigimos que el sujeto se implique en la estructura, desplegando una acción que no supone la inmediata consumación del delito fin, pero que sí demuestra la implicación del sujeto en el proyecto

⁶⁰ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución», en *Derecho Penal Constitucional*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 116-117: «La esencia de lo antijurídico se centra en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Eso es fácilmente comprensible, pero, en cambio, falta la declaración expresa de que *siempre ha de ser así*, de modo tal que en ningún caso pueda castigarse una acción que no ha tenido ese efecto [...] En ello reside la llamada *antijuridicidad material*. Si el legislador produce una norma en la que no es posible ver un bien jurídico reconocible como tal, o la capacidad de la acción típica para ofenderlo por lesión o por peligro, podremos decir que se trata de una norma penal que yerra su camino y carece de justificación. [...] La solución no puede ser «inventarse» los bienes jurídicos, que es lo que a veces se hace cuando se da esa condición al interés u objetivo que persigue el legislador, como si se tratara del buen rey cuyos designios son necesariamente buenos y justos, y se utiliza ese argumento para consolidar coactivamente un principio moral particular o una situación económica o política inaceptable. [...] No todo bien jurídico necesita protección penal. Esta solo puede presentarse cuando se comprenda la ineficiencia de otros instrumentos jurídicos no penales (*ultima ratio*)» (cursivas en original).

⁶¹ Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 187.

delictivo. En ese orden, entiendo que su comportamiento queda exento de dudas. Por ello, será susceptible de reproche por lo menos como tentativa del delito fin, sin dudar de su inocencia⁶².

Respecta al principio de culpabilidad, exigir que el sujeto *reconfigure la situación*, es una manera de constatar acciones realizadas por él, descartando posibilidad de castigarle por conductas ejecutadas por otro. No es lo mismo sancionarle por la tenencia de instrumentos que eventualmente serán empleados por otros para capacitarse que hacerle responsable por un comportamiento propio a la hora de detectar la implicación del sujeto en la estructura, así como la reconfiguración de la situación. Esta última variante es inequívocamente concluyente y propia del sujeto, sin importar que con posterioridad no logre cometer un acto de terrorismo por razones ajenas a su voluntad: le castigaríamos por un acto ejecutado por él; no por una acción realizada por otro, lo cual abonaría al mantenimiento del principio de culpabilidad.

Si se pretende una interpretación restrictiva –compatible con los principios básicos del Derecho penal–, parece conveniente exigir la concurrencia de los criterios propuestos: inserción estructural y funcionalidad por reconfiguración. Cuando el sujeto reconfigura la situación crea un resultado de peligro adyacente a la posibilidad de daño, no se ubica simplemente en la posesión cualitativa de objetos valorados como peligrosos. En otras palabras, su conducta representa un *riesgo* jurídicamente relevante, esto es, una acción inequívocamente lesiva, próxima a la tentativa idónea del respectivo acto terrorista. Debe ser próximo a una tentativa idónea, pues la inserción estructural (primer criterio) se entiende como un estado favorecedor para la comisión de los respectivos delitos fines. Ese estado, obviamente, encuentra su fundamento en la idoneidad de los instrumentos que emanan de la estructura facilitadora⁶³.

V. CONCLUSIONES

1. La problemática del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal no se centra en un defecto de redacción a pesar de que esto salte a la vista, sino más bien en su discordancia con el sistema; es decir, excepciones al régimen general de los actos preparatorios punibles previstos en los arts. 17 y 18 del código penal. De aquí se deduce la

⁶² Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2015), 267.

⁶³ Próximos se muestran Helmut FUCHS e Ingeborg ZERBES, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Verlag Österreich, 2021), § 28 n.º 10, quienes, sin embargo, apuestan por la necesaria inclusión de delitos preparación para supuestos conflictivos [«strittig»].

- imposibilidad de atribuir un significado lógico a la situación del precepto con el sistema general de una ley.
2. El modo de proceder del legislador, incluyendo esta clase de comportamientos, resulta una decisión tanto arbitraria como irracional, pues se trata de inclusiones normativas que carecen de valoraciones rigurosas fundadas en experiencias del pasado (piénsese; puntualmente, en la inconstitucionalidad del derogado art. 509 del código penal de 1973 que sancionada la posesión o tenencia de gánzúas para la ejecución del delito de robo). Se trata por tanto, de un modelo de sanción similar, por tanto, ilegítimo, cuanto menos, a la altura de los tiempos.
 3. Si la legitimidad del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal se mide por la tipificación de los elementos que se contiene en la lesividad de las conductas («posesión» y «acceso a contenidos valorados como peligrosos»); el delito de autoadoctrinamiento con fines terroristas no puede ser valorado como legítimo; de ahí la necesidad de aplicar criterio o buscar propuestas de solución que intenten ajustarse a la legitimidad.
 4. El resultado de los comportamientos tipificados en el delito de autoadoctrinamiento con fines terroristas no genera –en términos fenoménicos– un riesgo en virtud del cual pueda sostenerse tanto la *prohibición de la conducta* como la *gravedad de la sanción*; pues el resultado típico –siguiendo la pauta marcada por el legislador– no puede valorarse de forma democrática como *perturbación de la paz jurídica*, sino más bien como la sanción de conductas potencialmente peligrosas o presuntamente peligrosas.
 5. La permanencia de esta norma, en el código penal, podría salvarse si aplicamos una interpretación restrictiva. Para ello proponemos una solución a partir de la doctrina de la imputación objetiva que consiste en *comprobar* y *valorar* que la conducta despliega objetivamente un riesgo cuando supone una «inserción estructural» y se confirme su «funcionalidad por reconfiguración». Aunque la dudosa legitimidad del precepto podría llevar a un rechazo por razón de principios, hemos construido una propuesta de solución respetuosa con los principios limitadores del poder punitivo del Estado. En ese orden, podemos efectuar interpretaciones y restricciones teleológicas que nos lleven a una aplicación sopesada y prudente del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BERTEL, Christian y SCHWAIHOFER, Claus, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (§ 169 bis 321k StGB)*, (Viena: Verlag Österreich, 2022).

- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 30 (2018): 35-36.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo. La L.O. 2/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015).
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «El injusto de los delitos de organización: Peligro y significado», en *Los delitos de organización* Manuel Cancio Meliá y Jesús Silva Sánchez (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008), 42-48.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel y CASTRO TOLEDO, Francisco Javier, «El camino hacia la (Ciber) Yihad. Un análisis de las fases del proceso de radicalización islamista y su interpretación por parte de los tribunales españoles a partir de los datos suministrados por sentencias judiciales», *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* (2018): 14, <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-15.pdf>.
- «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23 (2015): 29 y ss.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos, «De los delitos de terrorismo» en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Santiago Mir Puig (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015).
- COBO DEL ROSAL, Miguel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 717-718.
- COLINA OQUENDO, Pedro, «Delitos contra el orden público», en *Código penal concordado y comentado con jurisprudencia*, dir. por Luis Rodríguez Ramos, (Madrid: La Ley, 2017), 1123-1125.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, dirigido por Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, Tomo 2 (Madrid: Marcial Pons, 2004), 1874 y ss.
- FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (Nachdruck: C.F. Müller, 2012), 517.
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Múnich: Beck C. H., 2011), nm. 32.
- FUCHS, Helmut y ZERBES, Ingeborg *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Verlag Österreich, 2021).
- GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel, «Capítulo VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», en *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II*, dir. por Gonzalo Quintero Olivares (Pamplona: Aranzadi, 2016), 1884-1945.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «De la falsificación de moneda y efectos de timbrado», en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 1327.
- GONZÁLEZ VAZ, Carmen, *El delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP)*, (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2021).
- GUIRAO CID, M^a del Carme, «El delito de autoadoctrinamiento: ¿adelantamiento de la intervención penal a la mera ideación subjetiva? Análisis de sentencias» *InDret* n.º 2 (2019): 5, https://indret.com/wp-content/uploads/2019/10/DEFINITIVO_Trabajo_DerechoPenal_InDret_GuiraoCid_MdelCarme_def.pdf.
- HARTMUT Lesch, Heiko, *El concepto de delito* (Madrid: Marcial Pons, 2016).
- KIENAPFEL, Diethelm, HÖPFEL, Frank y KERT, Robert, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundriss des Strafrechts* (Viena: Facultas, 2020).

- KUDLICH, Hans, «Injusto objetivo y subjetivo de la acción en el delito doloso. A la vez, consideraciones sobre la relación entre el injusto doloso y el imprudente», en *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal. Contribución a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal*, traducido por Vicente Valiente Ivañez (Madrid: Marcial Pons, 2018).
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, «¿Terrorismo o terrorismos?: Sujetos peligrosos, malvados y enemigos», *RJUAM*, n.º 31 (2015): 24 y ss.
- «Delitos contra el orden público», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dir. por Jesús Silva Sánchez y coord. Por Ramón Ragués i Vallès (Barcelona: Atelier, 2021), 462-463.
- «Fundamento y límites del delito de colaboración con organización terrorista- Una propuesta restrictiva», en *Derecho Penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús Silva Sánchez*, coord. por Percy García Caverro y Alejandro Chinguel Rivera (Lima: Ideas, 2019), 670 y ss.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Comentarios al Código penal* (Madrid: La Ley, 2016), 1631-1632.
- MESTRE DELGADO, Juan, «Delitos contra el orden público (II)» en *Delitos. La parte especial*, coord. por Carmen Lamarca Pérez (Madrid: Dykinson, Madrid, 2016), 328.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022).
- NAUCKE, Wolfgang, *Strafrecht: Eine Einführung* (Múnich: Hermann Luchterhand Verlag, 1998), 73-74.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo, «Delitos contra el orden público (VI)», en *Sistema de Derecho penal*, dir. por Lorenzo Morillas Cueva (Madrid: Dykinson, 2021), 1598 y ss.
- ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001).
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, (Berlín: De Gruyter, 2004), § 4, n.º 2-21.
- PASTRANA SÁNCHEZ, María Alejandra, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo* (Madrid: Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado, 2020).
- PORCIÚNCULA, José Carlos, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»* (Barcelona: Atelier, 2014).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo «La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución», en *Derecho Penal Constitucional*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 116-117.
- REYES ALVARADO, Yesid, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Revista General de Derecho Penal*, n.º 11 (2009).
- *El delito de tentativa*, (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2015).
- *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 2005).
- *Imputación objetiva*, (Bogotá: Temis, 1996).
- ROXIN, Claus y GRECO, Luis, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (Múnich: C.H. BECK: 2020).
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2012).

- *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008).
- SEILER, Stefan, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Facultas, 2011) §2 n.º 64; BerndHeinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Stuttgart: Kohlhammer, 2016).
- *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Facultas, 2011).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al Derecho penal* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2012), 670-679.
- STEININGER, Einhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt* (Viena: Linde Verlag Ges.m.b.H., 2019).
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt*, (Viena: Linde Verlag Ges. m.b.H, 2019).
- TOBOSO BUEZO, Mario, *Lobos de occidente. El terrorismo individual como elemento emergente y evolución tácita del al-qa`ida* (Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2014), 89-100.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, «Delitos contra el orden público (II)» en *Curso de Derecho penal. Parte especial*, en Alfonso Serrano Gómez, *et. al.* (Dykinson, Madrid 2021), 936 y ss.
- «Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial», en *Curso de Derecho penal*, Alfonso Serrano Gómez, *et. al.*, *Parte especial* (Dykinson: Madrid, 2021).
- VELASCO NUÑEZ, Eloy, «Tipos delictivos (Parte tercera)», en *Delincuencia Informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Velasco Nuñez, Eloy y Sanchis, Crespo Carolina (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 239 y ss.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Estructura básica del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2011).

RESIDENCIAS, HOSPITALES Y PERSONAS MAYORES DURANTE LA COVID-19: ESTUDIO DESDE LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Care homes, hospitals and elderly people during COVID-19: a study of the impact on fundamental rights

María Dalli Almiñana¹

Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Valencia

<https://doi.org/10.18543/ed.2791>

Recibido: 15.05.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

Tras más de tres años desde que la COVID-19 causara, en unas pocas semanas, miles de fallecimientos en las residencias de personas mayores en España, este artículo analiza los hechos con el objetivo de valorar si se pudieron haber vulnerado derechos fundamentales reconocidos. Para ello se analizan los criterios que se siguieron para ordenar el acceso al sistema sanitario durante la crisis, prestando especial atención al traslado de personas mayores y dependientes desde las residencias. El análisis jurídico se centra en el derecho a la vida y a la integridad física en relación con el derecho a la protección de la salud, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como en la prohibición de discriminación por diversos motivos, principalmente la edad y la discapacidad.

¹ Esta investigación está financiada por la ayuda Ramón y Cajal (RYC2021-033695-I), financiada por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033) y por la Unión Europea (NextGenerationEU/PRTR).

Palabras clave

Derecho a la protección de la salud, derecho a la vida, no discriminación, personas mayores, residencias, COVID-19.

Abstract

More than three years after COVID-19 caused thousands of deaths in a few weeks in old people's care homes in Spain, this article analyses the facts in order to assess whether recognised fundamental rights may have been violated. To this end, it analyses the criteria used to regulate access to the health system during the crisis, paying particular attention to the transfer of elderly and dependent people from care homes. The legal analysis focuses on the right to life and physical integrity in relation to the right to health protection, as interpreted by the Constitutional Court and the European Court of Human Rights, as well as the prohibition of discrimination on various grounds, mainly age and disability.

Keywords

Right to health, right to life, non-discrimination, elderly people, care homes, COVID-19.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. COVID-19, RESIDENCIAS Y RESTRICCIONES A LA ASISTENCIA SANITARIA. 1. Fatalidad de la COVID-19 en las residencias y sus factores determinantes. 2. Criterios para la asignación de recursos sanitarios escasos. 3. Protocolos de no derivación a los hospitales de personas mayores en residencias. III. LAS RESTRICCIONES DESDE EL ESTUDIO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS. 1. Búsqueda de base legal para las denegaciones de traslado a hospitales desde los centros residenciales. 2. La afectación del derecho a la vida y a la integridad física de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y del TEDH. 3. La prohibición de discriminación por edad y por discapacidad. 4. Sobre la proporcionalidad de las restricciones. 5. El deber de cuidado de las personas que viven en residencias de mayores. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado ya tres años desde que la COVID-19 causara miles de muertes en las residencias de personas mayores en España. Siguiendo los datos recibidos por las Comunidades Autónomas hasta el 23 de junio de 2020², se calcula un total de 20.268 personas fallecidas a causa de COVID-19 en las residencias. El total de fallecimientos por COVID-19 durante la primera oleada de la pandemia en España se cifra aproximadamente en 43.697 personas³. Teniendo en cuenta estos números, se ha estimado como aproximado un rango entre 47% y el 50% de afectación de residencias respecto al total de fallecimientos por la enfermedad en la primera oleada de la pandemia, un porcentaje similar al de otros países de nuestro entorno⁴.

Sin embargo, que la fatalidad de la COVID-19 en las residencias haya sido muy alta también en otros países no significa que la gestión de la crisis

² La cifra de fallecidos en los centros con confirmación de la infección ascendía a 10.364 personas y los fallecidos por sintomatología compatible con el virus a 9.904 personas, según el informe del grupo de trabajo sobre COVID-19 y residencias del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 13.

³ Esta cifra tiene en cuenta el exceso de fallecimientos, si bien el número de fallecimientos confirmados por COVID-19 registrados en la Red Nacional de Vigilancia de la Salud Pública (RENAVE) fue de 29.338 personas.

⁴ Si se compara este porcentaje con el de otros países, España se situaría en unos parámetros intermedios en cuanto al número de fallecimientos de personas de residencias en relación con el total de fallecimientos durante la primera oleada, esto es, similares a los de Reino Unido (45%), Francia (46%) o Suecia (46%); por debajo de países como Bélgica (61%) o Australia (75%) y por encima de países como Dinamarca (35%) o Alemania (39%). Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 13.

en estos centros no pueda haber sido cuestionable, incluso jurídicamente, desde una perspectiva de derechos. Si bien es cierto que las residencias son centros especialmente vulnerables al contagio de enfermedades infectocontagiosas, a lo que ha de sumarse la descoordinación y desconocimiento propio de las primeras semanas de la pandemia, diversos informes y estudios han puesto de manifiesto, además, las restricciones de acceso a los servicios sanitarios que afectaron especialmente a las personas mayores y con discapacidad, y que asolaron de forma particular a las personas internas en centros residenciales de personas mayores⁵. Otros grupos también afectados en otros países en el acceso a una asistencia sanitaria adecuada fueron las personas privadas de libertad, los profesionales sanitarios o del sector de los cuidados y las personas migrantes⁶.

En este trabajo se analizan los hechos acontecidos en España durante las primeras semanas de la pandemia así como la normativa relevante en relación con las restricciones para acceder a la asistencia sanitaria y que afectaron especialmente a las personas mayores internas en centros residenciales. El objetivo es analizar estas restricciones desde el punto de vista de su constitucionalidad. En concreto, me centraré en cómo la jurisprudencia constitucional ha interpretado el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 de la Constitución en su conexión con la protección de la salud, así como en la prohibición de discriminación por edad y por discapacidad. También se hará referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la falta de asistencia sanitaria y la afectación de derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como el derecho a la vida y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

En cuanto a la estructura del trabajo, tras este primer apartado introductorio, el apartado segundo analiza los factores que influyeron en la alta fatality de la COVID-19 en las residencias, para posteriormente analizar las restricciones en la atención de la salud, primero en relación con los criterios de priorización de recursos sanitarios que se adoptaron ante la saturación de los servicios de emergencia, para después centrar la atención en las denegaciones de traslado a los centros de salud de las personas mayores desde las residencias. Con posterioridad, el tercer apartado valora la afectación de

⁵ Por ejemplo, Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España*, 2020. Médicos sin Fronteras, *Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de las personas mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*, 2020.

⁶ DE MESQUITA, J.; KAPILASHRAMI, A., y MASON MEIER, B., 'Human Rights Dimensions of the COVID-19 Pandemic', *The Secretariat for the Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response*, p. 17. También: Zweig, S. A. et al, 'Ensuring Rights while Protecting Health' *Health and Human Rights Journal*, vol. 32, n.º 2, 2021.

derechos reconocidos atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida y a la integridad física, así como la prohibición de discriminación. Este apartado también incluye la consideración de otros aspectos que se consideraran relevantes, como si existía o no base legal para las restricciones de acceso a la asistencia sanitaria, la valoración de la aplicación del juicio de proporcionalidad, así como se considera el deber de cuidado de la Administración hacia las personas mayores que viven en residencias.

II. COVID-19, RESIDENCIAS Y RESTRICCIONES A LA ASISTENCIA SANITARIA

1. *Fatalidad de la COVID-19 en las residencias y sus factores determinantes*

La alta transmisibilidad de la COVID-19 en las residencias de personas mayores podría explicarse atendiendo a diferentes factores. Unos guardan relación con la propia naturaleza de los centros, donde convive un número elevado de personas de avanzada edad y con patologías previas, y donde trabaja personal que tiene contacto con el exterior y a la vez un contacto estrecho con las personas residentes. Estos factores están, a su vez, vinculados con el modelo de cuidados, así como con la separación entre el sector sanitario y el sector de cuidados, no habiéndose conseguido todavía de forma completa la medicalización de las residencias o, al menos, una adecuada coordinación sociosanitaria⁷. Existen, también, factores relacionados con la gestión de la crisis sanitaria en estos centros, así como con la elección de criterios para regular el acceso a la asistencia sanitaria desde las residencias de personas mayores y dependientes⁸.

A nivel europeo, el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades sugiere como factores que favorecieron la transmisión de la

⁷ Analizando el caso de Inglaterra, Daly menciona como posibles causas de la alta letalidad del virus en las residencias, la separación entre el sector sanitario y el de las residencias, el peso del mercado en el sector, una regulación inadecuada y la falta de recursos económicos disponibles. DALY, M., 'Covid-19 and care homes in England: what happened and why?' *Social Policy & Administration*, 2020, n.º 54, 985-998. Atendiendo al caso de España, Lema relata la experiencia española en relación con las medidas de austeridad implementadas en años anteriores y que afectaron al derecho a la salud. LEMA AÑÓN, C., 'The right to health and the social determinants of health in the fase of COVID-10. The Spanish experience after austerity policies' *The Age of Human Rights Journal*, n.º 16, 2021, 220-241.

⁸ Véase también, CSIC, *Gestión institucional y organizativa de las residencias de personas mayores y COVID-19: dificultades y aprendizajes*, Grupo de investigación Políticas Sociales y Estado del Bienestar, 2020.

COVID-19 en las residencias, entre otros, los siguientes: a) La existencia de personal que, sin saberlo, trabajó mientras era asintomático, debido a retrasos o a errores al informar los resultados de las pruebas de detección; b) El mayor tamaño de las residencias (más de 20 camas) o una mayor ocupación; c) La falta de asesoramiento de expertos o de orientación específica para el personal a la hora de tomar medidas de precaución; d) El reconocimiento tardío de casos en residentes debido a un bajo índice de sospecha; e) La disponibilidad limitada de pruebas puntuales o informes de prueba, o, f) La falta de apoyo necesario de las instituciones al personal en situaciones de crisis, por ejemplo, por absentismo del personal⁹.

En España se han identificado una treintena de factores que habrían contribuido a la afectación del virus en las residencias interactuando en lo que se denomina la ‘tormenta perfecta’¹⁰. Algunos de estos factores serían los siguientes: a) Alta contagiosidad de la enfermedad COVID-19 y el desconocimiento sobre la misma al inicio de la pandemia; b) Características de las personas residentes como la edad avanzada, que se menciona como ‘per se un factor que deviene generalmente en una peor capacidad de respuesta del sistema inmunitario frente a la infección, lo que abunda en la mayor letalidad’; c) Características de las infraestructuras residenciales y las dificultades para acceder medios de protección adecuados, o; d) Ausencia de planes de contingencia y ratios insuficientes de personal, así como la ausencia de personal sanitario suficientemente entrenado o el uso inadecuado de los equipos de protección.

El informe del grupo de trabajo del Ministerio de Derecho Sociales y Agenda 2030 señala asimismo problemas de discriminación por edad y por discapacidad. En este punto se mencionan los problemas éticos de algunas de las medidas de sectorización y de aislamiento, por ejemplo, en su aplicación para personas con problemas cognitivos, la falta de acceso al derecho a la información relevante sobre la pandemia, las restricciones a las salidas de las personas residentes en la desescalada, etc. Además, se afirma que ‘no se puede dispensar la asistencia sanitaria sobre criterios de esperanza de vida, ni difuminar la vida de cada persona mayor o con discapacidad en un grupo de iguales homogéneo’¹¹.

Estos factores se han señalado también por entidades como Amnistía Internacional o Médicos sin Fronteras¹². Amnistía Internacional recogió testimonios de personas trabajadoras en residencias que resultan de gran utilidad para

⁹ European Centre for Disease Prevention and Control, *Increase in fatal cases of COVID-19 among long-term care facility residents in the EU/EEA and the UK*, 2020, p. 6.

¹⁰ Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 18.

¹¹ *Ibid.*, p. 41.

¹² Médicos sin Fronteras, *Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de las personas mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*, 2020.

comprender la dimensión de la crisis sanitaria y la desorientación y el desconocimiento al comienzo de la misma, pero también la mala gestión de los centros: trabajadores a los cuales se les recomendaba no llevar mascarilla en las residencias para no alarmar a los residentes, dificultades para cubrir las bajas porque no había personas interesadas en cubrir sustituciones, o la agrupación de residentes en una planta de un centro residencial para la desinfección del centro con independencia de su contagio por COVID-19¹³. Además, se recogen testimonios de situaciones de extrema gravedad, como residentes que llegaban al hospital en estado de deshidratación, o sedaciones a residentes que se producían sin consentimiento de las familias o sin valorar la posible existencia de voluntades anticipadas de las personas a las que se sedaba.

En relación con todo ello, sobretudo en las primeras semanas de la pandemia, se conoció la aplicación de protocolos médicos que regularon el traslado de pacientes sintomáticos desde las residencias a los hospitales e, incluso, recomendaron la denegación de este traslado en base a unos determinados criterios. Antes de ahondar en estos criterios, y precisamente por su relación con estos, a continuación se hace referencia a la ordenación de la asistencia sanitaria que habría tenido lugar fuera de las residencias, en el acceso a los centros hospitalarios para el resto de la población.

2. Criterios para la asignación de recursos sanitarios escasos

Con la finalidad de facilitar la toma de decisiones por parte de los profesionales médicos, y antes de que el Ministerio de Sanidad emitiera unas recomendaciones para el triaje de los pacientes ante la saturación de los centros hospitalarios, ya se habían publicado recomendaciones de triaje por parte de algunas sociedades de agrupaciones médicas. Aunque no hay unanimidad en los criterios que se siguieron, en términos generales las recomendaciones se basaban en la posibilidad de supervivencia, la esperanza de vida, la existencia de enfermedades graves y la edad, empleando asimismo escalas para la medición de la existencia de comorbilidades y la fragilidad de los pacientes.

El documento más criticado probablemente haya sido el de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC) de 19 de marzo de 2020 que introduce el criterio de ‘priorizar a la persona con más años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (Quality-Adjusted Life Year)’¹⁴. Seguidamente, se establece que ‘en personas

¹³ Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España*, diciembre 2020, p. 20 y p. 29.

¹⁴ SEMICYUC, ‘Recomendaciones para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos’, p. 11.

mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada'. Asimismo se afirma que las personas con deterioro cognitivo por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serán subsidiarios de ventilación mecánica invasiva. Además, se incluye también como criterio 'tener en cuenta el valor social de la persona enferma'¹⁵.

Otros documentos, como el Protocolo del Servicio de Emergencias Médicas (SEM) dependiente del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, recomendaban la no hospitalización de determinados grupos de personas mayores de 80 años con COVID-19. En la Comunidad de Madrid, las Recomendaciones para el manejo del paciente con infección por COVID-19 y signos de compromiso respiratorio establecían que se valorará su permanencia en domicilio si cumple alguno de los criterios que se describen y entre los que se incluyen ser un paciente de 80 años de edad o mayor con enfermedad de órgano terminal y/o Escala Clínica de Fragilidad igual o superior a 5 (se incluirían según esta Escala las personas con 'enlentecimiento' evidente, que necesitan ayuda para las actividades diarias). Además, se incluye el paciente con demencia moderada o grave (definiéndose como moderada aquella demencia que hace olvidar acontecimientos recientes, recordando bien los pasados, pero que, con pautas, pueden cuidarse solas).

Estas recomendaciones provocaron la preocupación y la crítica desde las organizaciones de lucha por los derechos de las personas con discapacidad y de las personas mayores, que las criticaron por priorizar la 'supervivencia libre de discapacidad' o la 'utilidad social' de las personas. Además, se entendió que se estaba desprotegiendo a colectivos vulnerables, entendiendo estos como los grupos de personas con mayor probabilidad de contraer determinadas enfermedades, o que tienen mayores dificultades para su curación¹⁶.

En este sentido, el Comité de Bioética de España solicitó al gobierno unas recomendaciones para la asignación de recursos en tiempos de pandemia. Al mismo que tiempo que este Comité asimismo publicó un informe sobre las consideraciones éticas de las estrategias de priorización de recursos sanitarios, donde se señalan expresamente los problemas de las estrategias utilitarias¹⁷. Este informe del Comité de Bioética de España se hace eco de las

Disponible en: https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/Ética_SEMICYUC-COVID-19.pdf

¹⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶ Según Rey Pérez, a la hora de establecer prioridades debe protegerse en primer lugar a los grupos más vulnerables. REY PÉREZ, J. L., 'Derecho a la salud y distribución de recursos en el contexto de la COVID-19', en Lema Añón, C. (coord.), *Los determinantes sociales de la salud. Más allá del derecho a la salud*, Dykinson, 2021, p. 225.

¹⁷ Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*. Disponible en: [Estudios de Deusto](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Infor-</p></div><div data-bbox=)

Recomendaciones para la gestión de cuestiones éticas en epidemias de 2016 de la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁸. Estas recomendaciones se pronuncian en relación con el criterio de utilidad social, en el sentido de que puede ser ético priorizar a las personas que son esenciales para manejar un brote o para la realización de servicios críticos necesarios, pero no es apropiado priorizar a las personas con base en consideraciones de valor social no relacionadas con la realización de tales servicios. Teniendo en cuenta estas cuestiones, el Comité de Bioética de España apuesta por combinar la utilidad social necesariamente con otros criterios, como el de la equidad y la protección a la vulnerabilidad, y considera que las recomendaciones de la SEMICYUC anteriormente comentadas son incompatibles con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁹.

También el Defensor del Pueblo consideró inaceptable que algunas sociedades médicas estuvieran sugiriendo que las personas con discapacidad fueran relegadas en la atención sanitaria, valorando tales recomendaciones como contrarias a la sociedad democrática en la que vivimos y a los principios básicos que la inspiran. Se dirigió asimismo a las consejerías y departamentos de sanidad y de política social recordándoles que deben velar por que no se imponga a los mayores en centros residenciales un régimen más restrictivo de sus derechos al que se impone a otros ciudadanos en el mismo territorio, salvo que se justifique en razones de salud pública, pero respetando siempre los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad²⁰.

Finalmente, el 3 de abril de 2020, el Ministerio de Sanidad publicó el informe sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia, donde se recogen criterios de orientación para guiar a los profesionales facultativos en la toma de decisiones en relación el establecimiento de prioridades ante la posible escasez de recursos sanitarios. Se indica que los ‘principios rectores habrán de responder a criterios objetivos, generalizables, transparentes y públicos. Pero al mismo

me%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf

¹⁸ OMS, *Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks*, 2016.

¹⁹ Véase, también, DE MONTALVO, F.; BELLVER, V., ‘Priorizar sin discriminar: la doctrina del Comité de Bioética de España sobre derechos de las personas con discapacidad en un contexto de pandemia’, *IgualdadES*, n.º 3, 313-341, 2020. DE MONTALVO, F.; Bellver, V., ‘Una crisis bioética dentro de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19: una reflexión sobre la priorización de pacientes en tiempos de pandemia’ *Derecho y Salud*, volumen extraordinario, n.º 30, 2020, 58-73.

²⁰ Defensor del Pueblo, *Derechos de los mayores en los centros residenciales ante la COVID-19*, 2020. Disponible aquí: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/derechos-de-los-mayores-en-los-centros-residenciales-y-covid-19/>

tiempo habrá que saber combinar el marco general de tales criterios con una reflexión minuciosa sobre la situación y circunstancias que presente cada paciente en particular'. Estos criterios son²¹: 1) No discriminación por ningún motivo ajeno a la situación clínica del paciente; 2) El principio de máximo beneficio en la recuperación de vidas humanas, que debe compatibilizarse con la continuación de la asistencia iniciada de forma individual de cada paciente; 3) Gravedad del estado de enfermedad del paciente; 4) Expectativas objetivas de recuperación del paciente en el corto plazo a su estado previo de salud, teniendo en cuenta la concurrencia o no de patologías graves acompañantes; 5) Orden temporal de entrada en contacto con el sistema de salud.

Además, sobre la prohibición de discriminación en base a la edad o la discapacidad, el informe indica que 'debe subrayarse la absoluta proscripción de empleo de criterios fundados en la discriminación por cualquier motivo con la finalidad de priorizar pacientes en dichos contextos'. Así, 'excluir a pacientes del acceso a determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos, por ejemplo, por razón únicamente de una edad avanzada, resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro estado de derecho (art. 14 de la Constitución española)'²².

En definitiva, existen diferentes criterios de asignación de los recursos sanitarios cuando estos son escasos, y la elección por unos u otros dependerá de los valores que según la autoridad competente o el consenso en una sociedad determinada se consideren como más justos. En el estudio de estos criterios desde la bioética y la medicina se incluyen²³: el de maximización de los beneficios, el de evidencia científica (supervivencia a corto y a largo plazo), el de la igualdad y el de la equidad (que se traduce en el igual tratamiento del principio *first come, first served* o la no discriminación), el valor instrumental (prioridad a trabajadores sanitarios o investigadores) o la prioridad a los colectivos vulnerables (por ejemplo a los más enfermos).

En base a estos valores se suelen formular unas recomendaciones de difícil conjugación. Por ejemplo, el principio del máximo beneficio en la recuperación de vidas humanas puede entenderse de formas muy distintas, como el mayor número de vidas posible, el mayor número de años de vida, o el mayor número

²¹ Ministerio de Sanidad, 'Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2' disponible en: https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf

²² *Ibid.*, p. 9.

²³ EZEKIEL, J. E., 'Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19', *The New England Journal of Medicine*, n.º 382, 2021, p. 2051. JÖBGES, S. (et al) 'Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis', *Bioethics*, vol. 34, n.º 9, 2020, p. 949 y ss.

de años de vida ajustado a la calidad. El problema, sin embargo, con tener en cuenta la calidad de la vida es que se trata de un criterio extremadamente subjetivo que puede conducir a la discriminación de personas dependientes y en situación de discapacidad²⁴. Además, el criterio de años de vida salvados puede conducir a la discriminación de las personas mayores²⁵. Si bien no corresponde al objetivo de este trabajo realizar consideraciones en torno a la preferencia de unos criterios frente a otros, desde un punto de vista jurídico-constitucional lo que sí que deberíamos plantearnos es con qué criterios el marco constitucional español, teniendo en cuenta los principios y derechos fundamentales que en la Constitución se reconocen, queda menos comprometido.

En este sentido, es posible apreciar que las recomendaciones establecidas en los documentos analizados y que se emitieron por parte de algunas sociedades médicas y centros hospitalarios durante las primeras semanas de la pandemia, efectuaron una elección por unos criterios determinados como el de salvar más años de vida ajustados a la calidad o el de la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia con discapacidad, y que esta posición hizo comprometer el marco jurídico-constitucional que al estar basado en el reconocimiento de derechos fundamentales individuales y en la dignidad de cada persona solo puede alinearse con criterios que necesariamente tengan en cuenta la no discriminación, aunque haya este de conjugarse también con otros criterios²⁶. De acuerdo con Albert:

[...] parece que los documentos que analizamos operan como si viviéramos dentro de una estructura jurídico-política axiológicamente neutra, cuando lo cierto es que algunos de los interrogantes que se plantean y que con esfuerzo intentan responder, están resueltos (y resueltos *normativamente*) en el propio texto constitucional. Obviamente, el marco constitucional en absoluto se refiere a las pautas que debe seguir la atención sanitaria a los pacientes en tiempos de escasez de recursos, pero sí delimita un ámbito de actuación legítimo [...], y que debe ser tenido en cuenta a la hora de determinar la orientación general y la finalidad de los esfuerzos terapéuticos en condiciones de emergencia sanitaria²⁷.

²⁴ CHEN, B.; MCNAMARA, D. M., 'Disability Discrimination, Medical Rationing and COVID-19', *Asian Bioethics Review*, n.º 12, 2020, 511-518, p. 512.

²⁵ APARICIO, M. y TOBOSO, M., 'Capacitismo, covid-19 y dignidad: derecho a la salud e inclusión en tiempos de pandemia', *Maiatza*, 2021, p. 92. Disponible en: <https://doi.org/10.5569/1134-7147.74.05>

²⁶ En relación con ello puede leerse a Joseph en su análisis de la sentencia *Soobromoney* sobre la constitucionalidad de los criterios para la asignación de recursos sanitarios escasos. JOSEPH, S., 'International Human Rights Law and the Response to the covid-19 Pandemic', *Journal of international humanitarian legal studies*, n.º 11, 2020, 249-269.

²⁷ ALBERT, M., 'Vulnerabilidad y atención sanitaria: derecho y protocolos médicos', *Cuadernos de bioética*, vol. 31, n.º 102, 2020, 183-202, p. 187.

Según el Comité de Bioética de España y el propio Ministerio de Sanidad, tales documentos no podían entenderse válidos en el marco constitucional español guiado por el principio de dignidad humana del artículo 10 de la Constitución y por el reconocimiento de derechos fundamentales individuales. Se enmarcaban en cambio en una ética utilitarista que predominaba muy claramente y que resultaba contraria al respeto de los derechos individuales y a la prohibición de discriminación, cuando los criterios de edad y de discapacidad se establecían objetivamente y con independencia de otros factores relevantes.

3. *Protocolos de no derivación a los hospitales de personas mayores en residencias*

En relación con la gestión de las residencias, de acuerdo con la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, se establece que, para las personas con síntomas de infección respiratoria aguda, el personal de la residencia deberá ponerse en contacto con el centro de salud asignado y que, ‘tras una primera valoración del caso y si presenta síntomas leves, el paciente permanecerá en aislamiento en la residencia’²⁸. No obstante, asimismo se determina que, si se cumplen criterios de derivación a un centro sanitario, se activará el procedimiento establecido para tal efecto.

Además, se establece que, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, corresponde a las autoridades sanitarias competentes de cada comunidad autónoma dictar las resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que sean necesarias para garantizar la eficacia de lo dispuesto en la misma. Así pues, si antes de la declaración del Estado de alarma, eran las Consejerías de Asuntos Sociales de cada comunidad las competentes en relación con la gestión de las residencias en su territorio, durante el mismo se trasladaron las competencias a las Consejerías de Sanidad. Esto debe completarse, siguiendo el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con la facultad que el artículo 12 otorga al Ministerio de Sanidad para ejercer cuantas acciones resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación de los servicios sanitarios (artículo 12.2), incluido los establecimientos sanitarios de titularidad privada (artículo 12.6).

A continuación me centraré en los protocolos que se aplicaron para la gestión de la COVID-19 en las residencias de personas mayores. Más del 70% de

²⁸ ‘Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19’, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 78, 21 de marzo de 2020.

los fallecimientos que se produjeron en las residencias durante la primera ola tuvieron lugar en tres Comunidades, en concreto en la Comunidad de Madrid, en Cataluña y en Castilla la Mancha. Concretamente, entre los días 25 y 30 de marzo de 2020, 1.364 personas fallecieron en las residencias de la Comunidad de Madrid, de las cuales sólo el 13% fueron trasladadas a los hospitales²⁹. Esta comunidad es asimismo el único territorio donde constan documentos donde expresamente se reguló el traslado de las personas internas en centros residenciales a los hospitales y centros de salud de la Comunidad. Además, el Protocolo del Servicio de Emergencias Médicas que se aprobó en Cataluña recomendaba la no hospitalización de determinados grupos de personas mayores de 80 años con COVID-19, sin especificar el lugar de procedencia.

En concreto, la tercera semana de marzo de 2020, la Conserjería de Sanidad de la Comunidad de Madrid aprobó el Protocolo de coordinación para la atención a pacientes institucionalizados en centros residenciales de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por la COVID-19. De este documento hubo tres versiones (del 18, 20 y 24 de marzo, respectivamente) siendo la segunda versión donde se fijaron unos criterios de exclusión de derivación hospitalaria de algunos grupos de personas mayores que vivían en las residencias de la Comunidad³⁰. La Consejería de Sanidad afirma que, sin embargo, fue la tercera versión la que se envió a los centros sociosanitarios el 25 de marzo. En la misma no se habla de criterios de exclusión sino de recomendaciones de derivación hospitalaria ante una infección respiratoria. En la segunda versión del documento, se mencionaban como criterios de exclusión de derivación hospitalaria ante una infección respiratoria los siguientes: a) pacientes en situación de final de vida subsidiarios de cuidados paliativos; b) pacientes con criterios de terminalidad oncológica, de enfermedades de órgano avanzada; c) pacientes con criterios de terminalidad neurodegenerativa; d) deterioro funcional severo (definido por un índice en la escala de Barthel inferior a 25); y e) deterioro funcional grave (un índice de 25 a 40 en dicha escala) además de deterioro cognitivo moderado; para estos casos, se indica, ‘lo ideal sería visita / atención en la propia residencia’.

La escala de Barthel es la que habitualmente se sigue para determinar el deterioro funcional de las personas a la hora de valorar, por ejemplo, la situación de dependencia. La inclusión de este criterio es relevante dado el perfil mayoritario de las personas que residen en estos centros. En las versiones posteriores del protocolo, en los que ya no se habla de criterios de exclusión sino de recomendaciones de derivación hospitalaria, no se incluye la escala

²⁹ RICO, M., *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Planeta, 2020.

³⁰ Se puede consultar el documento publicado por el medio Infolibre: https://www.infolibre.es/politica/documento-prueba-gobierno-ayuso-fijo-criterios-exclusion-no-trasladar-enfermos-residencias-hospitales_1_1183461.html

Barthel pero sí se incluye, en su lugar, la escala de fragilidad³¹. Aunque ya no se refiera el protocolo al índice de Barthel, incluir la Escala Clínica de Fragilidad como criterio para valorar la derivación o la no derivación de los residentes a los hospitales tiene asimismo relevancia teniendo en cuenta la relación de dicha escala con las personas en situación de dependencia o de discapacidad, y su mención expresa a la situación de dependencia.

En cuanto a la edad, no fue este un criterio incluido expresamente en los documentos estudiados, si bien la mayoría de las personas que viven en los centros residenciales para personas mayores son, efectivamente, adultos mayores que presentan situación de dependencia. En este sentido, las personas mayores resultaron desproporcionalmente afectadas por estas regulaciones en comparación con otros grupos de la población. Además, diversos testimonios recogidos por organizaciones como Amnistía Internacional manifestarían que la edad sí fue un criterio determinante para decidir sobre la derivación hospitalaria³².

En 2021, la Comunidad actualizó las medidas a aplicar en los centros residenciales de personas mayores, como la Guía de medidas en centros residenciales sociosanitarios de mayores y las medidas frente a la infección por Coronavirus en centros residenciales sociosanitarios de mayores. De acuerdo con esta Guía, ante la sospecha de un caso de COVID-19 en un centro, el personal procederá al aislamiento del residente afectado y lo notificará a los servicios de salud. También, se establece que los casos confirmados que no cumplan criterios de hospitalización deberán permanecer aislados, y que el seguimiento y el alta de los casos serán supervisados por el médico responsable³³.

Asimismo, existen indicios para pensar que también se produjo una falta de asistencia sanitaria adecuada en las residencias de mayores de otras Comunidades Autónomas durante la primera ola de la pandemia. Así, en respuesta a las quejas presentadas ante el Defensor del Pueblo, se han emitido resoluciones en relación con los problemas en las residencias de personas mayores durante la COVID-19³⁴. Por lo que se refiere a la atención

³¹ Protocolo de coordinación para la atención a pacientes, institucionalizados en centros residenciales de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por la COVID-19. Disponible en: <https://amyts.es/wp-content/uploads/2020/01/COVID-CAM-coordinación-residencias-sinfecha-20200412.pdf>

³² Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España*, diciembre 2020, p. 42.

³³ HelpAge España, *El derecho a los cuidados de las personas mayores*, 2021, p. 140. Disponible en: https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/10/HelpAgeEspaña_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores-2021.pdf

³⁴ Defensor del Pueblo, *Residencias de mayores, atención sanitaria e información emergencia Covid-19*, 2020. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/residencias-de-mayores-atencion-sanitaria-e-informacion-emergencia-covid-19/>

sanitaria, el Defensor se dirige a las Conserjerías responsables de todas las Comunidades Autónomas con la recomendación de realizar todo el esfuerzo adicional de coordinación que sea posible para la provisión en los centros residenciales de la debida asistencia sanitaria a los enfermos por COVID-19 sin indicación de hospitalización, con el fin de obtener el apoyo sanitario necesario al menos mediante la adscripción presencial y provisional de personal sanitario de refuerzo, la entrega del equipamiento o la realización de pruebas diagnósticas.

III. LAS RESTRICCIONES DESDE EL ESTUDIO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS

1. *Búsqueda de base legal para las denegaciones de traslado a hospitales desde los centros residenciales*

La mayoría de las restricciones a derechos fundamentales aprobadas durante la pandemia, como la libertad de reunión y de manifestación, la libertad de circulación, el cierre de comercios y de la hostelería, o la suspensión de la actividad educativa, se han justificado por razones de protección de la salud pública. Se restringieron estos derechos en el marco de las declaraciones de estado de alarma, siendo el primero declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, si bien, como más tarde ha entendido el Tribunal Constitucional, la declaración de los estados de alarma permitía al gobierno únicamente limitar derechos fundamentales y no su suspensión³⁵.

Asimismo, el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, reformó el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, a través del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, posibilitando que, temporalmente, la Administración sanitaria estableciera el suministro centralizado de medicamentos o productos sanitarios escasos o incluso condicionase la prescripción ‘a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimentación de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes’³⁶. Sin embargo, existen dificultades para entender que de este artículo puede sustraerse la base legal para las denegaciones de traslado a hospitales desde las residencias, puesto que del mismo se infiere

³⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia 183/2021, de 27 de octubre.

³⁶ ‘Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública’, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 62, 11 de marzo de 2020.

que se trata de medicamentos o productos determinados en situación de desabastecimiento, no del acceso general a los hospitales y centros de salud.

Además, la restricción de la libertad de movimientos en el marco de la declaración el Estado de alarma, prevista por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, tenía precisamente como una de las excepciones incluidas en la norma, la asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. En este sentido, no se preveía, pues, una limitación general del derecho a la protección de la salud en este marco de Derecho excepcional, por lo que el ordenamiento jurídico ordinario seguía vigente en esta materia y debían aplicarse las garantías constitucionales a la imposición de límites o restricciones a los derechos.

De otro lado, es cierto que la legislación sanitaria ordinaria prevé la adopción de las medidas oportunas en situaciones sanitarias excepcionales. La misma Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública habilita a las autoridades competentes a adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos. En términos similares se refiere el artículo 26 de la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Sin embargo, como apunta Cotino, este conjunto normativo no puede analizarse de forma aislada, sino que debe completarse con la necesaria ratificación o autorización judicial de las medidas cuando se están restringiendo derechos fundamentales (artículo 8. 6º 2º de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁷.

En efecto, no tuvieron lugar autorizaciones o ratificaciones judiciales que previnieran a las personas mayores de ser trasladadas a los centros de salud. Además, tal previsión legal estaría más bien dirigida a permitir restricciones que afecten a individuos concretamente identificados, y no, en general, a las personas mayores internas en centros residenciales afectadas por alguno de los criterios de fragilidad o comorbilidad utilizados. Por tanto, tampoco fue esta la vía que se siguió para la denegación de traslado de los residentes de centros de personas mayores a los hospitales. Todo parece apuntar, por el contrario, que lo que tuvieron lugar fueron instrucciones internas y protocolos de actuación que difícilmente encuentran soporte jurídico en las normas citadas anteriormente.

³⁷ COTINO HUESO, L., 'Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del coronavirus', *Diario La Ley*, n.º 9606, Sección Doctrina, 2020, WOLTERS KLUWER, p. 11. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSBf1CTEAAmMDcwtjM7WY1KLizPw8WYMDI6CYsYFaXn5KaoiLs21pXkpqWmZeagpISWZapUt-ckhIQaptWmJOCapaalJ-fjaKSfEwEwBQINdEYwAAA==WKE>

2. *La afectación del derecho a la vida y a la integridad física de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y del TEDH*

La ausencia de soporte legal para las restricciones de derechos obligaría a quien las impone a justificar en mayor medida su adopción, especialmente cuando se trata de la Administración. Esto incluye el análisis de la proporcionalidad de las restricciones al que haré referencia posteriormente. En este apartado se incluye la valoración de las medidas descritas en los apartados anteriores teniendo en cuenta el alcance del derecho a la protección de la salud en relación con el derecho a la vida y a la integridad física, derechos reconocidos en la Constitución en sus artículos 43 y 15, respectivamente. El objetivo es identificar, desde el punto de vista jurídico-constitucional, las condiciones que se requerirían para poder afirmar que, efectivamente, habrían quedado afectados estos derechos de las personas mayores que no fueron trasladadas a los hospitales cuando requerían de asistencia sanitaria urgente.

Así pues, como es sabido, el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución no se reconoce como derecho fundamental, sino como uno de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I. Siguiendo lo dispuesto por el artículo 53, ello implica que se trata de un derecho de libre configuración legislativa, que informará la actuación de los poderes públicos y sólo podrá ser alegado ante los tribunales de acuerdo con la legislación que lo desarrolle, no siendo susceptible de ser protegido mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De ello se deriva que no existan numerosos pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional que nos permitan entender el alcance de este derecho. Ahora bien, el Tribunal sí que ha estudiado normas con rango de ley en relación con su posible afectación al derecho a la protección de la salud a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Además, también ha estudiado la protección de la salud de forma indirecta, principalmente en relación con el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 (que sí es susceptible del recurso de amparo), así como en relación con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Así, debido a la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos, en algunas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la jurisprudencia comparada (como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) ha protegido la salud a través de la protección del derecho a la vida y a la integridad física. En la sentencia 5/2002, de 14 de enero, el Tribunal Constitucional entendió que el derecho a la salud, entendido como el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución (FJ 4º). Ahora bien, no todo daño o peligro para la salud de las personas implica una vulneración del derecho a la integridad física y moral. Sin embargo, sí que puede tener

lugar la vulneración en casos de peligro grave e inmediato para la salud, ya sea por acción u omisión de los poderes públicos. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional se pronunciaba sobre un caso de ingreso en prisión de un recluso con VIH-SIDA quien manifestó que ello conllevaría un peligro grave para su salud. Si bien el Tribunal desestimó la protección, lo hizo sobre la base de que se consideraba probado que, en el centro penitenciario, existían medios adecuados para tratar suficientemente su enfermedad.

Previamente, en la sentencia 35/1996, de 11 de marzo, el Tribunal Constitucional afirmó que el derecho a la integridad física protegido por el artículo 15 de la Constitución ‘podría verse afectado por actuaciones coactivas que, con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, puedan determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud, puesto que también el derecho a la protección de la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal’ (FJ 3º). En este caso, el Tribunal desestimó el amparo porque no pudo acreditarse que el modo en que se estaban llevando a cabo las actuaciones conllevaran un riesgo para la salud del solicitante de amparo, sino que se estaban adoptando todas las precauciones necesarias.

La sentencia 62/2007, de 27 de marzo, del Tribunal Constitucional, estimó la protección del derecho a la integridad física, entendiendo que la Administración tenía una obligación de actuar para proteger la salud de una trabajadora en estado de embarazo y no lo hizo, sin justificación suficiente, lo cual provocó un daño al bien jurídico protegido y por tanto una vulneración del derecho fundamental alegado (FJ 3º). Asimismo, según el Tribunal en la sentencia 160/2007, de 2 de julio, una actuación u omisión de la Administración ‘podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud’ (FJ 2º). En la Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, sobre contaminación acústica, también se pone de manifiesto la relación entre la salud y la integridad física. En otro supuesto, la sentencia 37/2011, de 28 de marzo, el Tribunal reconoce vulnerado el derecho a la integridad física por la falta de toda información médica y por consiguiente la falta de consentimiento informado, en el caso de prestación sanitaria por parte de una clínica privada (FJ 6º).

De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) asimismo ha entendido que el derecho a la vida del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos queda afectado incluso cuando la persona afectada no ha fallecido, pero se ha puesto en riesgo su vida³⁸. En concreto,

³⁸ TEDH, *Selahattin Demirtas c. Turquía*, 2018. WILLIAMS, J., ‘Taking it on the chin: older people, human rights and COVID-19’, *The Journal of Adult Protection*, vol. 23, n.º 2, 2021, 86-97.

existen casos paradigmáticos en los que el Tribunal ha valorado cuestiones que afectan a la provisión de asistencia sanitaria adecuada en relación con el derecho a la vida, así como, también, con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes³⁹. Otros autores ya han valorado que el tratamiento de las personas mayores durante la crisis, por ejemplo en Inglaterra, donde tuvo lugar el traslado de mayores desde los hospitales a residencias no suficientemente medicalizadas, puede haber dado lugar a violaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular de los derechos a la vida y a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes⁴⁰.

De acuerdo con el TEDH, del derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del Convenio se derivan obligaciones positivas para el Estado. En concreto, la ausencia de cuidados médicos que resulta en el fallecimiento de una persona vulnera el derecho a la vida (*Câmpeanu c. Rumanía*⁴¹). En *Calvelli y Ciglio c. Italia*⁴², el Tribunal consideró que el derecho a la vida incluye las obligaciones positivas de supervisar la provisión de servicios médicos y de asegurar el acceso a la justicia a fin de investigar las causas de un fallecimiento bajo una actuación médica, así como de determinar las posibles responsabilidades del facultativo médico a cargo. En *Nencheva et al c. Bulgaria*⁴³, se llevó ante el TEDH el caso de una institución estatal en la que vivían niños y jóvenes con discapacidad a los que no se les dio comida, cuidados, abrigo ni atención médica adecuadas, derivando en el fallecimiento de quince de estos internos. El Tribunal consideró que el Estado había violado el derecho a la vida al no haber protegido la vida de niños vulnerables bajo su custodia, lo cual les había situado en una grave situación de riesgo. Además, no se había puesto en marcha una investigación judicial a fin de esclarecer responsabilidades hasta después de dos años de que tuvieron lugar los hechos.

³⁹ DALLI ALMIÑANA, M. 'La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a la luz del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos' en CLÉRICO, L.; RONCONI, L., y MORALES, M. (coord.) *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala de la Corte IDH*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Estudios Constitucionales de Querétaro, 2020, 705-732.

⁴⁰ En relación con el caso de las residencias en Inglaterra, donde las personas mayores fueron enviadas a los centros residenciales desde los hospitales, véase WILLIAMS, J., 'Taking it on the chin: older people, human rights and COVID-19', *The Journal of Adult Protection*, vol. 23, n.º 2, 2021, 86-97. Sobre el protocolo de Bath en el Reino Unido: BHATT, V. et al. 'Human Rights and COVID-19 triage: a comment on the Bath protocol', *Journal of Medical Ethics*, vol. 47, n.º 7, 2021.

⁴¹ TEDH, *Centre for Legal Resources on behalf of Câmpeanu c. Rumanía*, n.º 47848/08, 2014.

⁴² TEDH, *Calvelli y Ciglio c. Italia*, n.º 32967/96, 2002, párr. 49.

⁴³ TEDH, *Nencheva et al c. Bulgaria*, n.º 48609/06, 2013.

Otra sentencia relevante en relación con las obligaciones positivas que se derivan del derecho a la vida es la sentencia *Chipre c. Turquía*⁴⁴, sobre la responsabilidad turca por la denegación de la asistencia sanitaria a chipriotas griegos y maronitas viviendo en el norte de Chipre. El TEDH entendió que este derecho puede quedar afectado cuando las autoridades de un Estado ponen en riesgo la vida de las personas a través de la denegación de asistencia sanitaria, la cual se reconoce con carácter general al resto de la población. Sin embargo, el TEDH consideró que las denegaciones de atención sanitaria y los retrasos que se habían alegado no habían sido suficientemente probados, así como tampoco se había probado el riesgo para la vida de las personas afectadas.

Como puede observarse, estas sentencias del TEDH se pronuncian sobre la importancia, para el derecho a la vida, de un efectivo acceso a la justicia y de que se pongan en marcha investigaciones judiciales para el esclarecimiento de los hechos. De acuerdo con López Guerra, el derecho a la verdad se configuraría así como una obligación positiva de los Estados de realizar una adecuada investigación de las circunstancias de una violación de derechos, a efectos de proporcionar la correspondiente reparación a la víctimas⁴⁵. Asimismo, siguiendo a Flores, ante una afectación del derecho a la vida y a la integridad física, la investigación habría de reunir varias características; ha de ser pronta, el órgano que la lleve a cabo debe ser independiente, y debe contarse con la participación de las víctimas o de sus familiares⁴⁶.

En España, en relación con los fallecimientos de personas mayores en residencias, durante el primer año de pandemia se presentaron aproximadamente 500 diligencias en Fiscalía a partir principalmente de denuncias de particulares. Sin embargo, la mayoría de estas denuncias han sido archivadas. No obstante, recientemente la fiscalía general del Estado ha dirigido una instrucción a los fiscales superiores para que se informe sobre el número de diligencias de investigación en tramitación en cada Comunidad Autónoma; sobre el número de denuncias interpuestas de oficio por la fiscalía, y el número de procedimientos judiciales en tramitación. Además, se les remite para que ordenen a los fiscales de cada Comunidad que garanticen que se escuche a los familiares en las diligencias de investigación, se les tome

⁴⁴ TEDH, *Chipre c. Turquía*, n.º 25781/94, 2001.

⁴⁵ LÓPEZ GUERRA, L., 'El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?', *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 22, 2018, p. 15.

⁴⁶ FLORES, F., 'Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de la Covid 19', aceptado para publicación en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 34, 2023.

declaración en los procedimientos judiciales y los fiscales asistan a las tomas de declaración de los familiares y de los testigos⁴⁷.

En este sentido, el TEDH ha sostenido que el derecho a la vida puede encontrarse vulnerado debido a actuaciones u omisiones del Estado como la denegación de atención médica, la falta de una investigación sobre los hechos o la ausencia en ciertos establecimientos de condiciones adecuadas para vivir. La relevancia de estos pronunciamientos para los supuestos que nos ocupan es evidente dado que las sentencias tratan especialmente casos de personas pertenecientes a colectivos vulnerables, o bien personas sujetas a la actuación del Estado, como los internos en establecimientos penitenciarios o los menores sujetos a la tutela del Estado.

Además del derecho a la vida, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. En relación con este derecho se han planteado casos en relación con el acceso a una asistencia sanitaria adecuada o las condiciones materiales de vida. Así, por ejemplo, en el caso *Rivière c. Francia*⁴⁸ el Tribunal Europeo entendió que el internamiento en un centro penitenciario ordinario de una persona con enfermedad mental puede considerarse trato inhumano y degradante. En otro caso, en *Dougoz c. Grecia*⁴⁹ se valoraron las condiciones de vida en un centro de detención donde se encontraba interno un extranjero a la espera de la expulsión del país, y estas fueron calificadas de inhumanas y degradantes: hacinamiento, ausencia de agua caliente, falta de camas, de aire fresco, de luz natural o de espacio para hacer ejercicio. El Tribunal tuvo en cuenta los efectos cumulativos de la estancia en el centro además de las circunstancias particulares del caso⁵⁰.

En definitiva, el Tribunal Europeo ha reconocido en su jurisprudencia que los Estados han de asumir obligaciones positivas en relación con la asistencia sanitaria adecuada de acuerdo con derechos incluidos en el Convenio, consolidándose así la doctrina de obligaciones jurídicas positivas del Estado⁵¹. Se

⁴⁷ Fiscalía General de Estado, *Dación de cuentas sobre procedimientos penales incoados por fallecimientos en residencias y centros de mayores como consecuencia de la Covid-19*, 2022. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/0/Oficio+Fiscales+Superiores+-+Residencias.pdf/cf70a2ca-c21d-f817-c4a1-bfd96f45149e?t=1665129390173>

⁴⁸ TEDH, *Rivière c. Francia*, n.º 33834/03, 2006.

⁴⁹ TEDH, *Dougoz c. Grecia*, n.º 40907/98, 2001.

⁵⁰ *Ibid*, párr. 46.

⁵¹ SUDRE, F., ‘La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l’Homme: un exorcice de ‘jurisprudente fiction?’’, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 55, 2003. CARMONA CUENCA, E., ‘Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos’, *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 100, 2017, 1209-1238, p. 1218.

trata de vulneraciones a un derecho reconocido en el Convenio, que en la práctica supone la protección de un derecho social no expresamente reconocido⁵². En el paradigmático caso *Airey c. Irlanda* se estimó que existe una interrelación entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales⁵³. Consideró también que los derechos reconocidos en el Convenio han de interpretarse de forma práctica y efectiva. En palabras de Mowbray, ello supone una aplicación de la doctrina de interpretación del Convenio como un instrumento vivo⁵⁴. Asimismo, se deben tener en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos de acuerdo con la interpretación de otros órganos de monitorización del cumplimiento de los tratados internacionales⁵⁵.

En conclusión, en cuanto a la falta de asistencia sanitaria para las personas internas en centros residenciales durante la pandemia, habría tres cuestiones clave a la hora de valorar la afectación del derecho a la vida y a la integridad física: 1) si en el caso concreto que pueda plantearse ante los tribunales por vulneración de derechos fundamentales, la residencia estaba suficientemente medicalizada para atender de forma adecuada a las necesidades sanitarias de los residentes (ya sea de COVID-19 u otras afecciones); 2) en el caso de que no fuera así, o en el caso de que, aun estando medicalizadas, no se atendiera a los residentes de forma adecuada en los mismos centros, se hace necesario determinar si se obstaculizó que los residentes fueran trasladados a los hospitales; 3) de ser así, habrá de determinarse si, la no derivación a hospitales o centros de salud y, en consecuencia, la falta de asistencia sanitaria prestada, supuso un peligro o riesgo grave inminente para la salud para las personas concretas en los casos que puedan plantearse.

Aunque la situación de gravedad para la salud no haya sido definida por el Tribunal de forma clara, dependiendo del estudio del caso en concreto, ello se podría determinar más fácilmente en los casos en que se produjeron fallecimientos de las personas residentes, si bien, la cuestión clave radicará en probar la causalidad entre la denegación del traslado y el peligro o riesgo grave para la salud. Ello está relacionado con la evitabilidad o inevitabilidad

⁵² LEIJTEN, I., *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2018, pp. 44 y 45.

⁵³ TEDH, *Airey c. Irlanda*, n.º 6289/73, 1979, párr. 26.

⁵⁴ MOWBRAY, A., 'The creativity of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review*, vol. 5, n.º 1, 2005.

⁵⁵ Por ejemplo, las observaciones publicadas en 2020 por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales y del Comité DESC (2020). Delgado del Rincón, L. E., 'Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia'. Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2021, pp. 8 y 11.

del daño sufrido que se tiene en cuenta a los efectos de considerar la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que volverá a hacerse referencia a esta cuestión en el apartado III.5. Ahora bien, más allá de la determinación de la causalidad del daño, no ha de olvidarse que la jurisprudencia del TEDH incide también en la importancia de que se lleve a cabo una investigación adecuada de los hechos, como exigencia que forma parte del derecho a la vida reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta investigación adecuada, a su vez, podrá ayudar a esclarecer si las actuaciones efectivamente pusieron en peligro la vida y la integridad física de los residentes.

3. *La prohibición de discriminación por edad y por discapacidad*

Además de la afectación del derecho a la vida y a la integridad en relación con el derecho a la protección de la salud, resulta relevante atender a la prohibición de discriminación reconocida en el artículo 14 de la Constitución, para valorar si se habrían dado situaciones discriminatorias en relación con la protección del derecho a la vida y a la integridad física así como en relación con el derecho a la protección de la salud, especialmente teniendo en cuenta las características de la edad y la discapacidad de acuerdo con el tratamiento por la jurisprudencia constitucional. Así, reclamar la protección del principio de igualdad y de prohibición de discriminación reconocido en el artículo 14 en relación con las condiciones de acceso a un principio rector de la política social y económica, como el trabajo o, en este caso, la protección de la salud, permite analizar si las condiciones de acceso o de ejercicio a los derechos sociales han sido discriminatorias para una persona o un grupo determinado⁵⁶.

De acuerdo con el Comité de Bioética de España, resulta claro que la discapacidad de la persona enferma no puede ser nunca por sí misma un motivo que priorice la atención de quienes carecen de discapacidad. Ello vulneraría nuestro ordenamiento jurídico, concretamente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero también nuestro ordenamiento jurídico interno, en particular el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social⁵⁷. Se está refiriendo el Comité en su informe a los documentos analizados en apartados anteriores y que fueron aprobados en las primeras semanas de la pandemia

⁵⁶ DÍAZ, M., 'El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales', *Lex Social*, n.º 1, 2012, 5-30, p. 8.

⁵⁷ Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 2020.

estableciendo criterios de asignación de recursos sanitarios en base a la edad o la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia con discapacidad. En relación con las personas mayores, se han calificado los hechos acontecidos en las residencias como abuso estructural hacia las personas mayores⁵⁸. El edadismo hace referencia a la discriminación por edad, y se refleja en el trato diferenciado a personas que se encuentran en igual situación por razón de la edad. Ello tiene efectos perjudiciales, sobre todo si esta discriminación por edad está acompañada de una mayor vulnerabilidad por razón de otras causas, como la discapacidad, el género o la situación de exclusión social⁵⁹. Esta es especialmente acuciante cuando la edad avanzada se acompaña de otros factores como la discapacidad, la enfermedad, la pobreza o el género⁶⁰.

Por lo que se refiere a la gestión de las residencias, del estudio de los protocolos que se aplicaron en la Comunidad de Madrid se puede concluir que no se incluía la edad de forma expresa como criterio excluyente de asistencia sanitaria. Otros autores han entendido que no tuvo lugar, al menos teóricamente, una discriminación por razón de edad durante la pandemia⁶¹. No obstante, como también señala este autor, no cabe descartar en todo caso la existencia de tratos discriminatorios que se podrían haber producido en la práctica, en esta y en otras comunidades, como han denunciado las asociaciones de la sociedad civil. Lo que sí se mencionaron expresamente fueron motivos que atendían a la salud de los residentes, como el padecimiento de enfermedades graves o el estado de fragilidad, lo que hace necesario atender a la discapacidad y al estado de salud como motivos de discriminación.

Así pues, el Tribunal Constitucional ha entendido la prohibición de discriminación directa como la prohibición de toda diferencia de trato ante situaciones iguales con perjuicio para personas o grupos y que carezca de una justificación objetiva y razonable, atendiendo a los criterios para distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra que no lo es, esto es: la desigualdad de los supuestos de hecho (término de comparación); la finalidad constitucionalmente legítima; la congruencia entre el trato desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue; y la

⁵⁸ PARKER, J., 'Structural discrimination and abuse: COVID-19 and people in care homes in England and Wales', *The Journal of Adult Protection*, vol. 23, n.º 3, 2021, 169-180.

⁵⁹ BLÁZQUEZ MARTÍN, D. (Coord.), *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2007.

⁶⁰ HERREROS LÓPEZ, J. M., 'La vulneración de derechos de las personas mayores durante la pandemia', *Lex Social*, vol. 12, n.º 2, 1-21, 2022, p. 3.

⁶¹ PRESNO LINERA, M. Á., '¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?', *IgualdadES*, n.º 3, 275-312., p. 292. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3.01>

proporcionalidad⁶². En definitiva, el principio de igualdad prohíbe las desigualdades artificiosas o injustificadas que no estén fundadas en criterios objetivos y razonables⁶³.

En relación con la edad, cabe plantearse si hubo en los mencionados protocolos (o en las instrucciones internas que se pueden haber aplicado en otras comunidades) una discriminación de tipo indirecto, teniendo en cuenta el perfil de la población que vive interna en centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia. Por discriminación indirecta se entiende el trato aparentemente neutro que puede producir un resultado discriminatorio, afectando desproporcionalmente a un grupo de la población, especialmente teniendo en cuenta los motivos prohibidos de discriminación⁶⁴. En este sentido, parece claro que la población que vive en centros residenciales de personas mayores está, efectivamente, formada por personas de edad avanzada, por lo que no permitir que las personas internas en estos centros acudiesen al hospital cuando sí se permitía el acceso al resto de la población habría tenido un impacto diferenciado teniendo en cuenta la edad así como otras circunstancias como la discapacidad, la dependencia o el estado de salud.

También la discapacidad, e incluso, la situación de dependencia y el estado de salud son características que pueden entenderse incluidas en la cláusula de no discriminación, como otras circunstancias personales o sociales, siguiendo el texto del artículo 14 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha entendido en diferentes ocasiones que la discapacidad constituye una circunstancia personal que el artículo 14 protege contra cualquier forma de discriminación⁶⁵. Lo mismo ha hecho con la edad. En varios pronunciamientos, el Tribunal ha considerado la edad como una de las condiciones o circunstancias personales sobre las que recae la prohibición de discriminación, por lo que la utilización de la edad como factor diferenciador debe someterse al canon de constitucionalidad⁶⁶. La jurisprudencia asimismo ha otorgado relevancia a la justificación de medidas diferenciadoras, cuando la edad u otras circunstancias personales son relevantes para la finalidad legítima, y en sí misma esta finalidad no es discriminatoria, como en la sentencia

⁶² Sentencias del Tribunal Constitucional: 8/1981, de 30 de marzo; 87/2009 de 20 abril (FJ 7º).

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2011, 16 de mayo (FJ 3º).

⁶⁴ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio (FJ 2º), y 91/2019, de 3 de julio (FJ 4º, letra c).

⁶⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre, y 3/2018, de 22 de enero (FJ 5º).

⁶⁶ Así, sentencias del Tribunal Constitucional 69/1991, de 8 de abril (FJ 4º) y 63/2011 (FJ 4º).

66/2015, de 13 de abril. En este sentido, apunta Giménez Gluck que la jurisprudencia constitucional no aplica el juicio de igualdad de forma tan estricta en relación con la edad como lo hace con otras características prohibidas de discriminación⁶⁷.

En relación con el estado de salud, es interesante la sentencia 62/2008, de 26 de mayo, del Tribunal Constitucional que declara que el estado de salud o la enfermedad, en ese caso, de un trabajador, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica que hace referencia a otras circunstancias o condiciones personales o sociales.

En efecto, la mayoría de las personas que viven en estos centros de atención residencial son personas mayores que tienen alguna situación de dependencia al necesitar ayuda para la realización de las actividades de la vida diaria. En relación con ello, se daría una intersección entre edad y otras circunstancias relacionadas con la salud, que podría dar lugar a lo que se conoce como casos de discriminación múltiple. De acuerdo con Serra, este tipo de discriminación daría respuesta a situaciones en que concurren factores de discriminación y para las cuales, las categorías de discriminación directa e indirecta resultarían insuficientes⁶⁸.

Además, la legislación de desarrollo, así como la jurisprudencia supranacional, se refieren de forma expresa a la edad y la discapacidad como categorías prohibidas de discriminación, incluso en relación específicamente con la atención sanitaria. En relación con la discapacidad, la prohibición de discriminación queda recogida en el artículo 3 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En el ámbito de la atención sanitaria, se prohíbe la discriminación por razón de edad y de discapacidad, entre otros motivos, en el artículo 6.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. De acuerdo con esta disposición, pues, las posibles diferenciaciones solo pueden ser las que se deriven del propio proceso de tratamiento o de limitaciones de carácter objetivo⁶⁹.

Además, recientemente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, incluye en su artículo 15.2 tanto la

⁶⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D., 'Igualdad y no discriminación de las personas mayores', *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 34, 2022, 65-89, p. 70 y ss.

⁶⁸ SERRA CRISTÓBAL, R., 'El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales', *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 27, 2020, 140-161, p. 144.

⁶⁹ FLORES, F., 'Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de la Covid 19', aceptado para publicación en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 34, 2023.

edad como la discapacidad, así como las enfermedades preexistentes, como motivos por los cuales está prohibido excluir del acceso a tratamientos sanitarios, salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen. En este sentido, se han producido importantes avances hacia la igualdad de trato y la no discriminación de las personas mayores. Asimismo, por lo que se refiere al ámbito supranacional, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí incluye expresamente la edad y la discapacidad como motivos prohibidos de discriminación en el artículo 21, y así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entendiéndolo, por ejemplo, prohibición de la discriminación por edad como principio general del Derecho comunitario⁷⁰.

4. Sobre la proporcionalidad de las restricciones

Correspondería determinar, asimismo, si puede limitarse el acceso a la atención sanitaria para determinados grupos en situaciones excepcionales, aunque de ello puedan derivarse daños graves para la salud o la vida quedando entonces consecuentemente afectado este derecho fundamental, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial comentada en el apartado anterior. En este marco, las restricciones deben estar justificadas en un fin constitucional legítimo, así como ha de determinarse si la medida restrictiva a analizar tiene una justificación objetiva, razonable, es necesaria y proporcional. En efecto, las medidas limitadoras de derechos deben pasar por el escrutinio fijado por cada uno de los pasos del test de proporcionalidad⁷¹.

En relación con el fin legítimo, se entiende que sólo ante los límites que la propia Constitución imponga de forma expresa al definir cada derecho, o ante los límites justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden limitarse los derechos fundamentales⁷². En el contexto de la pandemia, la protección de la salud pública se ha argumentado como fin legítimo para las limitaciones de derechos⁷³. El mismo artículo 43 de la Constitución atribuye a los poderes públicos la competencia

⁷⁰ Por ejemplo, en el asunto *Mangold c. Helm*, de 22 de noviembre de 2005.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1990 de 15 de noviembre, FJ 3. Véase Suárez Espino, M. L., 'La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978', *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, n.º 12/13, 2007.

⁷² Sentencias 11/1981 de 8 de abril, 2/1982 de 29 de enero y 110/1984, de 26 de noviembre (FJ 5º).

⁷³ Al respecto puede leerse, Sarrión Esteve, J., 'La protección de la salud, la vida y la integridad física en tiempos de pandemia en la doctrina constitucional. A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril'. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 14, 2021, 1026-1039, p. 1037.

para organizar y tutelar la salud pública, a través de medidas preventivas y las prestaciones y servicios necesarios. El derecho a la protección de la salud incluye, pues, tanto una dimensión individual como una dimensión colectiva, que haría referencia a la adopción de medidas de salud pública⁷⁴. Sin embargo, no parece que esta finalidad pueda constituir una justificación adecuada en el caso que nos ocupa cuando sí se permitía el acceso a los hospitales de la mayoría de la población posiblemente contagiada con COVID-19. Además, las restricciones afectaron tanto a los residentes con COVID-19 como a los afectados por otras enfermedades.

También la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud ha sido aceptada previamente como un fin legítimo para justificar restricciones a la asistencia sanitaria, por ejemplo en la sentencia 139/2016, de 27 de julio, que consideró constitucionales las restricciones sanitarias para inmigrantes en situación irregular impuestas por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril⁷⁵. Ahora bien, asimismo deberían superarse otras fases del test de proporcionalidad que guardan una estrecha relación con el fin legítimo. Así, ha de argumentarse que la medida restrictiva de derechos está justificada objetivamente para conseguir este fin y que, además, es razonable, en el sentido de que está ausente de actuaciones arbitrarias, y basada en criterios o juicios generalmente aceptados en una sociedad democrática (sentencia del Tribunal Constitucional, 107/1986).

En este sentido, debe comprobarse si una medida restrictiva de derechos es idónea, es necesaria y si, además, es proporcional o equilibrada, lo que se entiende como la proporcionalidad en sentido estricto⁷⁶. En concreto, la prueba de idoneidad exige que la medida restrictiva de derechos pueda efectivamente alcanzar el fin perseguido, por lo que habría de analizarse si realmente el traslado de residentes infectados y no infectados por la enfermedad de la COVID-19 habría puesto en peligro, por ejemplo, la sostenibilidad del sistema sanitario, o la consecución de otro fin constitucional eventualmente perseguido.

Pero, además, el test de necesidad exige demostrar que las limitaciones no obstaculizaron el derecho afectado más allá de lo razonable, así como que no

⁷⁴ ESCOBAR ROCA, G., 'El derecho a la protección de la salud', en López Ahumada, J. E., et al, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, 2012, 1073-1178, p. 1093. Sobre la salud pública como vertiente del derecho a la protección de la salud y asimismo como bien jurídico limitador de derechos puede leerse a Delgado del Rincón, L. E., 'Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia'. Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, p. 15.

⁷⁵ Para mayor detalle: DALLI, M., *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud español*, Tirant lo Blanch, 2019.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo (FJ 5°).

había otra alternativa posible, de modo que las limitaciones fueron necesarias para conseguir el fin perseguido⁷⁷. En el caso que nos ocupa, esta fase del juicio de proporcionalidad sería difícil de justificar si había recursos sanitarios suficientes para atender adecuadamente a todas las personas residentes en los centros hospitalarios de la red del Sistema Nacional de Salud, o incluso si existían estos recursos en hospitales aunque fuesen de titularidad privada. Una opción podría haber sido la articulación y utilización de hospitales de campaña, como efectivamente así se hizo en algunas comunidades, pero donde pudieran ser trasladadas, también, personas provenientes de residencias. Otra alternativa, habilitada incluso legalmente, era la movilización de los recursos sanitarios privados, siguiendo el artículo 12.6 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. En este sentido, sería relevante esclarecer si había recursos disponibles en estos centros privados y, si siendo así, sólo los residentes con seguro privado de salud fueron trasladados a estos hospitales, quedándose personas sin seguro en las residencias sin posibilidad de obtener la asistencia adecuada⁷⁸.

Finalmente, las medidas limitadoras de derechos fundamentales han de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone. Además, se habrá de respetar el contenido esencial del derecho⁷⁹. Sin duda, es esta fase del juicio proporcionalidad, entendida ahora en sentido estricto, la más difícil de superar, especialmente en aquellos casos en que, como consecuencia de las limitaciones para los derechos afectados, se produjeron daños graves para la integridad física y para la vida resultando, al fin y al cabo, en fallecimientos.

5. *El deber de cuidado de las personas que viven en residencias de mayores*

Por último, de relevancia para el objeto de estudio que nos ocupa en relación con la responsabilidad por los daños causados durante la pandemia, es determinar si la responsabilidad de proteger la salud y, en definitiva, la vida y la integridad física de las personas internas en residencias de personas mayores es de la Administración o de los centros residenciales. En el caso de los centros de titularidad pública, parece claro que la Administración tiene un deber especial de cuidado hacia las personas que viven internas en estos

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1986, de 5 de mayo (FJ 4º).

⁷⁸ Rico analiza el caso de la Comunidad de Madrid, donde de acuerdo con las investigaciones realizadas por el autor, no se produjo ningún traslado desde un geriátrico a un hospital privado a través del servicio público de ambulancias. Rico, M., *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Planeta, 2020, p. 56.

⁷⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril (FJ 8º); 196/1987 de 11 de diciembre (FJ 5º).

centros. Este deber de cuidado se derivaría de la limitación de la eficacia de los derechos fundamentales de las personas internas, por ejemplo, la libertad personal y de movimientos o el derecho a la intimidad personal y familiar. En este sentido, la relación entre las personas que viven en estos centros y la Administración obliga a ésta a ofrecer garantías eficaces de protección de los derechos fundamentales.

De forma parecida, la relación de especial sujeción de algunos grupos con la Administración se entiende como la ‘situación jurídica en la que se encuentran los individuos sometidos a una potestad administrativa de autoorganización más intensa de lo normal, como funcionarios, militares, reclusos, escolares o concesionarios de servicios públicos’⁸⁰. En estos casos, se limita la eficacia de los derechos fundamentales afectando a sus condiciones de ejercicio, de un modo mayor a la eficacia que se produce en las relaciones generales de sujeción. Ahora bien, asimismo, se derivan para la Administración deberes especiales de protección, por ejemplo de la vida y de la integridad física de estos colectivos.

En relación con ello, con anterioridad se ha considerado inadecuado plantear que las personas mayores en residencias tengan esta relación especial de sujeción con la Administración, debido a las posibilidades que ya ofrece la teoría de la ponderación para evaluar las potenciales limitaciones a los derechos fundamentales, así como debido a las consecuencias negativas para los derechos de las personas mayores, que verían justificadas las eventuales limitaciones a sus derechos⁸¹. El deber de cuidado de las personas viviendo en residencias se entendería como un ‘deber prestacional impuesto por el legislador a las instituciones de asistencia residencial como concreción de diversos preceptos constitucionales’⁸², entre ellos, la obligación estatal de protección que se deriva del derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15), del derecho a la protección de la salud (artículo 43) y del mandato constitucional de la protección de las personas con discapacidad (artículo 49).

En cualquier caso, si bien el deber de cuidado resulta particularmente relevante en el caso de los centros residenciales públicos, incluso en relación con los centros de titularidad privada debe persistir la protección de los derechos fundamentales de las personas que viven en estos centros. Se trataría de la aplicación de la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (de acuerdo con la distinción de la teoría del *Drittwirkung*) según la cual

⁸⁰ BASTIDA, F. J., et al, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 82.

⁸¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., ‘Derechos fundamentales en la residencia de mayores’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, enero-abril (2012), 117-152, p. 121.

⁸² *Ibid.*, p. 119.

los efectos de los derechos no se despliegan solo frente al Estado sino también en las relaciones entre particulares⁸³. El Tribunal Constitucional no ha sido unánime en sus pronunciamientos sobre la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y dependerá de la concreta relación jurídico-privada y de los derechos afectados⁸⁴.

Entonces, si en un caso eventualmente planteado ante los tribunales, la decisión de no trasladar al hospital desde el centro residencial se adoptó por una residencia de titularidad pública, se trataría de un supuesto en los que podría producirse la responsabilidad de la Administración por los daños eventualmente ocasionados. En el caso de que se tratase de una residencia privada, habrían de esclarecerse los hechos para determinar el tipo de responsabilidad que cabría, en su caso, imputar a los responsables de la residencia. Pero, asimismo, podría existir la responsabilidad de la Administración cuando, independientemente de la titularidad pública o privada del centro residencial, ha sido la Administración sanitaria la que ha adoptado la decisión de no derivar a los hospitales con el consecuente daño para la vida o la integridad física. Así pues, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece que ‘quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes’.

En este sentido, se ha entendido que podrán ser indemnizables los daños sufridos por las personas en el contexto de la crisis de la COVID-19 que las Administraciones hubieran podido evitar adoptando las debidas medidas de precaución. Siguiendo a Doménech, en estos casos se daría la relación de causalidad exigible para que surja la obligación de indemnizar a las personas afectadas, si bien, la dificultad radicará en determinar la evitabilidad o la inevitabilidad del daño⁸⁵. En relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración y con el principio de precaución, y aunque se trate de

⁸³ BASTIDA, F. J., et al, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 169 y ss.

⁸⁴ BELADIEZ ROJO, M., ‘La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público’ *AFDUAM*, 21, 2017, 75-97, p. 77. Asimismo, véase BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁸⁵ DOMÉNECH, G., ‘Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19’, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, 102-109, p. 105.

supuestos diferentes al no ser pacientes mayores sino trabajadores del ámbito sanitario, el Tribunal Supremo entendió en la sentencia 3024/2020, de 8 de octubre, que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios para prevenir una infección por COVID-19, lo que supuso un grave riesgo para el derecho a la vida y a la integridad física en relación con el derecho a la protección de la salud.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, cabe entender que podría derivarse la responsabilidad de la Administración si es posible precisar que una persona falleció sin obtener la asistencia sanitaria necesitada y que, de haberse prestado, hubiera podido evitarse el daño. En este sentido, aunque es difícil determinar si se podía haber evitado el daño, se podría reconocer una indemnización si se determina que, con el incumplimiento del deber de cuidado, o la falta de las medidas de precaución, se incrementó la probabilidad de sufrir el daño. En estos casos, la indemnización será equivalente a los daños multiplicados por la probabilidad de supervivencia que hubiera existido si el servicio sanitario hubiera funcionado correctamente⁸⁶.

IV. CONCLUSIONES

Existen numerosos criterios para ordenar el acceso a los servicios de atención de la salud en situaciones de saturación de estos, como la crisis sanitaria causada por la pandemia. La elección de unos u otros dependerá de los valores que se consideren aceptables en una sociedad, o los que se entiendan más justos por parte de la autoridad competente. Aunque en muchas ocasiones este debate trasciende lo jurídico y demanda, en la mayoría de las ocasiones, la toma de decisiones extremadamente difíciles, existe un ámbito de toma de decisiones que, desde el Derecho, no podemos obviar. En este sentido, cabe preguntarse si alguno de estos criterios de priorización y de asignación de los recursos sanitarios en situaciones de emergencia se sitúa contrario a los valores y los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico, como en la Constitución española.

Tras estudiar las recomendaciones emitidas por parte de algunas sociedades médicas al comienzo de la pandemia, es posible concluir que algunos de los criterios que se sugirieron para ordenar el acceso a los servicios sanitarios, como la edad o la discapacidad, habrían dado lugar a situaciones discriminatorias y de vulneración de derechos cuando estos criterios se tuvieron en cuenta de forma aislada y sin atender a la situación particular de la persona necesitada de asistencia, como en su día manifestaron los informes correspondientes del

⁸⁶ DOMÉNECH, G., 'Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por daños causados en situaciones de emergencia', *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 61, 2022, p. 8.

Comité de Bioética de España y del Ministerio de Sanidad. En relación con las decisiones de traslado de pacientes desde los centros residenciales de personas mayores a los hospitales, miles de personas se quedaron en estos centros sin la prestación de asistencia sanitaria adecuada. Ello habría afectado a su derecho a la vida y a la integridad física en relación con el derecho a la protección de la salud cuando, como consecuencia de ello, las personas sufrieron daños graves en su salud, y siempre que se pueda probar esta relación de causalidad entre la medida adoptada y el daño, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional estudiada. Todo ello guarda relación con la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando las actuaciones se produjeron como consecuencia de las decisiones de esta y siempre y cuando sea posible acreditar que el daño se podría haber evitado o, al menos, que la falta de deber de cuidado de la Administración incrementó la probabilidad de sufrir el daño.

Asimismo se ha estudiado la prohibición de discriminación reconocida en el artículo 14 de la Constitución, en atención a varios motivos que se incluirían en la cláusula abierta de otras circunstancias personales y sociales por las cuales la discriminación resultaría prohibida. En concreto, cabe apreciar que las restricciones a la asistencia sanitaria afectaron de forma desproporcionada a las personas internas en residencias, que suelen ser de avanzada edad y, además, con problemas de dependencia y otras patologías de salud, e incluso con situaciones de discapacidad. Estas restricciones podrían dar lugar, en este sentido, a casos de discriminación múltiple, cuando concurren varios motivos prohibidos de discriminación, así como a casos de discriminación indirecta, cuando la toma de decisiones aparentemente neutra afectó desproporcionalmente a un grupo de la población. En los textos de los protocolos médicos estudiados no se mencionaba expresamente la edad, lo que excluiría la discriminación de tipo directo, sin que quepa descartar la existencia de tratos discriminatorios directos que pueden haber ocurrido en la práctica.

Además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en aquellos casos sobre falta de asistencia sanitaria y la afectación al derecho a la vida y a la integridad física, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta muy esclarecedora para valorar posibles vulneraciones del derecho a la vida, así como de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. En concreto, este Tribunal ha insistido en la importancia de que se lleve a cabo una investigación adecuada para el esclarecimiento de los hechos, como contenido del derecho a la vida. En España, recientemente la fiscalía general del Estado envió instrucciones para que se informara de las diligencias de investigación llevadas a cabo en cada Comunidad Autónoma. Sin duda, es un paso en la línea de la investigación de los hechos y del esclarecimiento de posibles responsabilidades. Habiendo pasado ya más de tres años desde que asolara en el país la primera ola de la pandemia, al menos al

terminar de redactar este trabajo, solo cabe esperar que no se produzcan dilaciones que alarguen mucho más una investigación adecuada de lo ocurrido, así como la proporción de respuestas a las víctimas o a sus familiares.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Albert, M. (2020), Vulnerabilidad y atención sanitaria: derecho y protocolos médicos, *Cuadernos de bioética*, vol. 31, n.º 102, 183-202.
- Amnistía Internacional (2020), *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España*.
- Aparicio, M. y Toboso, M. (2021), ‘Capacitismo, covid-19 y dignidad: derecho a la salud e inclusión en tiempos de pandemia’, *Maiatz*, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.5569/1134-7147.74.05>
- Bastida, F. J. (2004), et al, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid.
- Beladiez Rojo, M. (2017), ‘La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público’ *AFDUAM*, 21.
- Bhatt, V. et al. (2021), ‘Human Rights and COVID-19 triage: a comment on the Bath protocol’, *Journal of Medical Ethics*, vol. 47, n.º 7.
- Bilbao Ubillos, J. M. (1997), *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Blázquez Martín, D. (Coord.) (2007), *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson.
- Carmona Cuenca, E. (2017), ‘Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos’, *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 100, 1209-1238.
- Chen, B.; McNamara, D. M. (2020), ‘Disability Discrimination, Medical Rationing and COVID-19’, *Asian Bioethics Review*, n.º 12, 511-518.
- Comité de Bioética de España (2020), *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*.
- Cotino Hueso, L. (2020), ‘Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del coronavirus’, *Diario La Ley*, n.º 9606, Sección Doctrina, Wolters Kluwer.
- CSIC (2020), *Gestión institucional y organizativa de las residencias de personas mayores y COVID-19: dificultades y aprendizajes*, Grupo de investigación Políticas Sociales y Estado del Bienestar.
- Dalli Almiñana, M. (2020), ‘La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a la luz del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’ en

- Clérico, L.; Ronconi, L., y Morales, M. (coord.) *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala de la Corte IDH*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Estudios Constitucionales de Querétaro, 705-732.
- Dalli Almiñana, M. (2019), *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud español*, Tirant lo Blanch.
- Daly, M. (2020), 'Covid-19 and care homes in England: what happened and why?' *Social Policy & Administration*, n.º 54, 985-998.
- De Mesquita, J.; Kapilashrami, A., y Mason Meier, B. (2020), 'Human Rights Dimensions of the COVID-19 Pandemic', *The Secretariat for the Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response*.
- De Montalvo, F.; Bellver, V. (2020), 'Priorizar sin discriminar: la doctrina del Comité de Bioética de España sobre derechos de las personas con discapacidad en un contexto de pandemia', *IgualdadES*, n.º 3, 313-341.
- De Montalvo, F.; Bellver, V. (2020), 'Una crisis bioética dentro de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19: una reflexión sobre la priorización de pacientes en tiempos de pandemia' *Derecho y Salud*, volumen extraordinario, n.º 30, 2020, 58-73.
- Defensor del Pueblo (2020), *Atención a personas mayores. Centros residenciales*, Separata del Informe Anual 2019, Madrid. Disponible en: <https://bit.ly/2JbOFgE>.
- Defensor del Pueblo (2020), *Derechos de los mayores en los centros residenciales ante la COVID-19*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/derechos-de-los-mayores-en-los-centros-residenciales-y-covid-19/>
- Defensor del Pueblo (2020), *Residencias de mayores, atención sanitaria e información emergencia Covid-19*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/residencias-de-mayores-atencion-sanitaria-e-informacion-emergencia-covid-19/>
- Delgado del Rincón, L. E. (2021), 'Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia' en Biglino Campos, P.; Durán Alba, F., *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad.
- Díaz, M. (2012), 'El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales', *Lex Social*, n.º 1, 5-30.
- Doménech, G. (2022), 'Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por daños causados en situaciones de emergencia', *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 61.
- Doménech, G. (2020), 'Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19', *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 102-109.
- Escobar Roca, G. (2012), 'El derecho a la protección de la salud', en López Ahumada, J. E., et al, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, pp. 1073-1178.
- European Centre for Disease Prevention and Control (2020), *Increase in fatal cases of COVID-19 among long-term care facility residents in the EU/EEA and the UK*.
- Ezekiel, J. E. (2021), 'Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19', *The New England Journal of Medicine*, n.º 382.

- Flores, F. (2023), 'Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de la Covid 19', aceptado para publicación en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 34.
- Giménez Gluck, D. (2022), 'Igualdad y no discriminación de las personas mayores', *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 34.
- HelpAge España (2021), *El derecho a los cuidados de las personas mayores*, 2021. Disponible en: https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/10/HelpAgeEspana_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores-2021.pdf
- Herreros López, J. M. (2022), 'La vulneración de derechos de las personas mayores durante la pandemia', *Lex Social*, vol. 12, n.º 2, 1-21.
- Jöbges, S. (et al) (2020), 'Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis', *Bioethics*, vol. 34, n.º 9.
- Joseph, S. (2020), 'International Human Rights Law and the Response to the covid-19 Pandemic', *Journal of international humanitarian legal studies*, n.º 11, 249-269.
- Leijten, I. (2018), *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press.
- Lema Añón, C. (2021), 'The right to health and the social determinants of health in the fase of COVID-10. The Spanish experience after austerity policies' *The Age of Human Rights Journal*, n.º 16, 220-241.
- López Guerra, L. (2018), 'El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?', *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 22.
- Médicos sin Fronteras (2020), *Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de las personas mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*.
- Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (2020), *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*.
- Ministerio de Sanidad (2020), 'Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2'. Disponible en: https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf
- Mowbray, A. (2005), 'The creativity of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review*, vol. 5, n.º 1.
- OMS (2016), *Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks*.
- Parker, J. (2021), 'Structural discrimination and abuse: COVID-19 and people in care homes in England and Wales', *The Journal of Adult Protection*, vol. 23, n.º 3, 169-180.
- Presno Linera, M. Á. (2020), '¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?', *IgualdadES*, n.º 3, 275-312.
- Rey Pérez, J. L. (2021), 'Derecho a la salud y distribución de recursos en el contexto de la COVID-19', en Lema Añón, C. (coord.), *Los determinantes sociales de la salud. Más allá del derecho a la salud*, Dykinson.
- Rico, M. (2020), *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Planeta.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2012), 'Derechos fundamentales en la residencia de mayores', *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, 117-152.

- Sarrión Esteve, J. (2021), 'La protección de la salud, la vida y la integridad física en tiempos de pandemia en la doctrina constitucional. A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril'. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 14, 1026-1039.
- Serra Cristobal, R. (2020), 'El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales', *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 27, 140-161.
- Suárez Espino, M. L. (2007), 'La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978', *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, n.º 12/13.
- Sudre, F. (2003), 'La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l'Homme: un exorcice de 'jurisprudente fiction?', *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 55.
- Williams, J. (2021), 'Taking it on the chin: older people, human rights and COVID-19', *The Journal of Adult Protection*, vol. 23, n.º 2, 86-97.
- Zweig, S. A. et al. (2021), 'Ensuring Rights while Protecting Health' *Health and Human Rights Journal*, vol. 32, n.º 2.

TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR EN ESPAÑA

*Popular Legislative Initiative in Spain:
a legal and practical study*

Ángel Fernández Silva
Universidad de Salamanca

<https://doi.org/10.18543/ed.2792>

Recibido: 07.02.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

La iniciativa legislativa popular (ILP) en España ha mantenido una eficacia muy limitada con tan sólo cuatro proposiciones adoptadas como ley en el Congreso de los Diputados. Cuarenta años después de la aprobación de la LO 3/1984 de ILP, es preciso analizar las causas que cercenan su empleo, ya que el 37% de las iniciativas resultan inadmitidas y otro 37% caduca sin reunir las firmas requeridas. La Constitución Española estipula (art. 87.3) un margen formal y material muy estrecho para el instrumento, con un requisito de firmas que dificulta el acceso de las propuestas y una exclusión de las materias propias de ley orgánica especialmente lesiva, como se comprobará. Auspicado por la crisis económica y de confianza, desde el año 2011 se ha producido cierto repunte en la utilización del mecanismo que es preciso analizar, pues parece desmontarse parcialmente la idea extendida sobre el carácter anodino e ineficaz de la figura.

Palabras clave

Participación, iniciativa legislativa popular, democracia directa, democracia participativa.

Abstract

Our democracy needs the legislative impulse of citizens to improve their representation. Forty years after the popular initiative law (LO 3/1984), the instrument of participation still plays a secondary role in Spain. In this way, only four initiatives have been approved in Parliament (with many changes); the causes of failure are the censored topics, and a high number of signatures required (Article 87.3 of Spanish Constitution). In fact, 37% of initiatives were declared inadmissible, and also 37% did not reach the signature limit. However, since 2011 more initiatives have been presented in Parliament. Therefore, it's necessary to analyze this context.

Keywords

Participation, popular legislative initiative, direct democracy.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NATURALEZA DEL MECANISMO. III. LA ESCASA INCIDENCIA DE LA ILP EN ESPAÑA. 1. La evolución de la figura. 2. El elevado grado de inadmisiones. 3. La caducidad de las iniciativas. 4. Otros problemas del mecanismo. IV. LAS ILP QUE LOGRARON REUNIR LOS REQUISITOS. V. LA TEMÁTICA ABORDADA POR LAS PROPOSICIONES. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La conocida dialéctica entre democracia representativa y democracia directa resulta ya lugar común en nuestra disciplina, encontrando sus referencias más clásicas en las figuras de Montesquieu (1748, 12) y Rousseau (1762, 162). De hecho, podemos situar en aquel periodo histórico una incipiente iniciativa popular, pues la figura se incorporó al decreto de la Convención Francesa de 21 de septiembre de 1792, a pesar de que no se sustanciara en la posterior Constitución revolucionaria.

Sin embargo, fruto de la conocida evolución del constitucionalismo, uno de los precedentes más nítidos de la iniciativa legislativa popular (ILP) lo encontramos en las Constituciones de Weimar de 1919 y Austria de 1920. En dichos textos se reconocía la capacidad del electorado para presentar una proposición de ley articulada ante el Parlamento, diferenciándola así del referéndum y del derecho de petición. Al respecto, es evidente que la influencia de Kelsen (1934, 64) permitió incorporar un mecanismo que pretendía involucrar a los ciudadanos en la vida democrática, al defender el autor austriaco en Esencia y Valor de la Democracia que *«aun cuando no sea posible, por razones de técnica social, dejar que el pueblo forme directamente y en todos sus grados el orden estatal, es factible concederle en las funciones legislativas mayor participación de la que se le otorga en el sistema parlamentario, en el que queda reducida al acto electoral»*.

Al austriaco le debemos que la iniciativa legislativa popular (ILP) más común en las Constituciones modernas consista en presentar una proposición de ley articulada o formulada –y no en una petición genérica– ante el Parlamento, bajo un requisito de firmas. Pero también que dicha cámara decida sobre su posible tramitación o no, desvinculándola de esta forma de la institución del referéndum; o bien de otras variantes como la iniciativa popular de referéndum, que no resultan frecuentes en Europa Occidental.

En cualquier caso, la presencia de la ILP en la Constitución Española (art. 87.3 CE) se entiende gracias a la afirmación de nuestro país como un Estado Democrático, calificación que se concreta con la proclamación del pluralismo político en el mismo artículo primero. Esta concepción se perfecciona, además, con el reconocimiento de la participación a través del

mandato del artículo 9.2 CE y del derecho fundamental de participación del artículo 23.1 CE que, a priori, no distingue entre la participación directa y la efectuada mediante representantes. Sin embargo, es evidente la preferencia de nuestro Constituyente por la democracia representativa, fortificada a través del papel de los partidos políticos, bajo un claro objetivo de estabilidad democrática.

La *valentía del legislador* (Almagro, 2016, 3) a la hora de regular la ILP y otorgar un peso relevante a la participación política, configurándola dentro del ‘núcleo duro’ de derechos fundamentales, contrasta con la configuración marginal otorgada al instrumento. Tal específica concepción del parlamentarismo¹, y la extraña confusión de la ILP con un referéndum que había sido utilizado para legitimar regímenes autoritarios durante buena parte del siglo XX, motivaron una configuración cicatera de la institución en nuestro texto constitucional. Los exigentes límites materiales y de firmas estipulados para el instrumento en el art. 87.3 CE fueron confirmados o incluso profundizados en la legislación posterior y dejaron un balance práctico realmente pobre en las primeras legislaturas.

Cuarenta años después de la aprobación de la LO 3/1984 de iniciativa popular, y de sendas proposiciones ciudadanas presentadas de forma pionera en dicha fecha, es preciso reflexionar sobre las causas de la reducida incidencia de la figura desde un punto de vista teórico-práctico. Sólo desde el análisis del resultado de cada una de las ciento cuarenta y dos ILP presentadas ante el Congreso de los Diputados podremos efectuar propuestas de mejora de la legislación sobre la figura, pues del total de las registradas, el 37% resultaron inadmitidas a trámite y otras tantas caducaron sin reunir las firmas necesarias.

La reciente aprobación de la ILP sobre derechos del Mar Menor –la cuarta en toda nuestra andadura democrática- ha vuelto a popularizar una institución infrautilizada durante las primeras legislaturas, pero siempre anhelada por parte de la doctrina como acicate para el logro de una *sociedad democrática avanzada*². Tal éxito no esconde otros obstáculos para la institución, menos denunciados que los conocidos límites materiales y formales, pero no por ello menos dañinos. Me refiero a los cambios que se introducen en el texto de las ILP aprobadas, que desnaturalizan muchas veces su

¹ Con carácter general, la iniciativa legislativa aparece prevista en el artículo 87 de nuestra Carta Magna, precepto que se aparta de la tradición existente en el constitucionalismo español al atribuir aquella, además de al Gobierno y al Congreso y Senado (art. 87.1 CE), a los Parlamentos autonómicos (art. 87.2 CE) y a los ciudadanos (art. 87.3 CE), si bien los proyectos de ley del Gobierno mantienen un trato diferenciado al no exigirse su toma en consideración previa por parte de la cámara.

² Como objetivo enunciado en el preámbulo de la CE1978.

objetivo, pero también a los retrasos abusivos en la tramitación de algunas iniciativas tomadas en consideración. Valgan como ejemplo los tres años (más de 70 prórrogas para presentar enmiendas) que llevan en sus respectivas comisiones la ILP sobre autonomía personal y dependencia presentada por el CERMI, y la ILP sobre ratio de enfermeras por paciente presentada con el sindicato SATSE. Estas artimañas legislativas, no exclusivas de la figura estudiada, suponen un terrible freno no sólo a la función legislativa del Congreso sino también a las legítimas expectativas de los ciudadanos que confían en las posibilidades de la ILP que suscriben.

Aunque en la actualidad existan numerosos escollos jurídicos que superar, tampoco podemos olvidar que las variables que inciden en la participación en ocasiones exceden de lo jurídico. Si bien las crisis económica y de confianza en el modelo representativo sirvieron para aumentar desde 2011 el número de ILP registradas, de la mano de ciertos movimientos político-sociales, no es menos cierto que la conversión de aquel contrapoder en representación ha frenado ligeramente la presentación de iniciativas. Esto demuestra que la figura ha sido utilizada en ocasiones como elemento de presión frente a la mayoría parlamentaria, pero también como acelerador de ciertas reivindicaciones que, como los desahucios en 2011, se incorporaron a la agenda política y mediática aderezadas por un importante apoyo social. A pesar del evidente impacto de la crisis sanitaria, parece resurgir en la última legislatura el empleo del mecanismo, si bien –como se verá– la efectividad del mismo continúa en un nivel muy bajo.

II. LA NATURALEZA DEL MECANISMO

Frecuentemente se ha discutido si la iniciativa popular responde a las características de la denominada democracia directa o se acerca más a la democracia representativa. Es conveniente considerarla un híbrido entre ambos modelos de democracia, y por ello, un complemento de la representación, como ha defendido entre otros Aguiar de Luque (1977, 69). Al respecto coincido con el profesor Pedro de Vega (1985, 125) en no considerar «*como intrínsecamente perversas, y esencialmente disfuncionales para la democracia representativa a las instituciones de democracia directa*», pues los riesgos comienzan, como indica el autor, cuando pasan de ser correctores de hipotéticos defectos del sistema, a medios para oponer una legitimidad diferente a la del Estado constitucional.

Procede debatir, por ende, el verdadero sentido de la ILP; si la misma trata de demostrar una legitimidad alternativa, o más bien enriquece a la representación permitiendo que afloren demandas desatendidas por los poderes públicos. Si bien la figura se ha alejado de las características de la democracia directa por su dependencia de organizaciones con cierta infraestructura

y poder de movilización (en ocasiones con ciertos tintes partidistas), de alguna manera dando la razón a Kelsen³ (1945, 449) tiene sentido calificar a los instrumentos de democracia semidirecta como un interesante complemento de la participación. Si bien entendido, el referéndum debe utilizarse principalmente como mecanismo de ratificación de las decisiones adoptadas en el Parlamento, la ILP se configura como un mecanismo complementario aunque anterior a la elaboración de la decisión política por el órgano representativo.

Por ello, un empleo adecuado de la ILP permite completar la labor del legislador, situando en la agenda política cuestiones que son ampliamente sentidas por el electorado y sus organizaciones representativas⁴, y que aún no han sido resueltas satisfactoriamente por los poderes públicos (Larios Paterna, 2008, 198), ensanchando de alguna forma la base temática y político-social de la representación. Este objetivo adquiere una relevancia notoria en un contexto de desafección política de los ciudadanos; una crisis de legitimación o intermediación donde los instrumentos que permiten involucrar a la ciudadanía en la toma de decisiones deben adquirir mayor protagonismo. No son pocos, en este sentido, los que animan a la utilización de estos mecanismos para superar un *funcionamiento excesivamente plebiscitario* de nuestras democracias, tal como han defendido entre otros Pizzorusso (1980, 133) o, en un sentido similar, Loewenstein (1965, 328).

Si bien lo deseable es que la ILP resulte compatible con la toma de decisiones mediante representantes, como ha señalado Zovatto (2010, 120), «*su uso está muy condicionado por las fuerzas y debilidades del sistema político dentro del que operan (...) pudiendo significar un 'elemento distorsionador' en ausencia de instituciones democráticas representativas eficientes, fundadas en un sistema de partidos políticos estable y correctamente arraigado en la sociedad*». Por ello, cuanto más palpable resulte la crisis de intermediación más se recurrirá a este tipo de mecanismos como alternativa al parlamentarismo, alejándolos de su función canalizadora de opiniones y demandas.

En este sentido, la utilización preferente del mecanismo por parte de colectivos, asociaciones, sindicatos y partidos políticos lo aleja de las características de la democracia directa, pero lo convierte en un aliado más de pluralismo político, permitiendo el acceso de propuestas que el Parlamento quizás ignora. De hecho, atendiendo a los casos analizados, del total de

³ Como ya señaló el autor, la institución está ideada para contribuir al *mantenimiento de los principios parlamentarios y no como alternativa a los mismos*.

⁴ La concepción no es ajena a lo manifestado por Habermas (1991, 136) cuando reclamaba una democracia en la que los procesos de la formación de la voluntad política institucionalizada jurídicamente estuvieran conectados con la creación de una opinión pública no formalmente articulada.

ciento cuarenta y dos iniciativas registradas hasta enero de 2023 en el Congreso de los Diputados, el 40% fueron presentadas por asociaciones o colectivos, 12% por partidos políticos, 9% por sindicatos y el resto (38%) por parte de ciudadanos individuales o cuya pertenencia a organizaciones se desconoce.

Dicho empleo preferente por parte de colectivos obedece a la complejidad de los requisitos para el éxito de una iniciativa, misión que se antoja casi imposible de lograr sin la infraestructura y poder de movilización de una organización relevante. Existen numerosos ejemplos de iniciativas promovidas por sindicatos y organizaciones; algunos casos recientes pueden ser la ILP sobre equiparación salarial de las policías del Estado, presentada por el sindicato Jupol, la ILP sobre renta mínima presentada por CCOO y otros sindicatos en abril de 2015; o la ILP (2018) del sindicato SATSE que pretende aumentar la ratio de enfermeras por paciente.

Promotores	
Asociaciones	40%
Individuales	38%
Partidos	12%
Sindicatos	9%

Tal y como señala algún autor (Durán Alba, 2016, 75), los datos pueden conducirnos a afirmar cierta mediatización política de la figura. Sin embargo, no se ha constatado ningún monopolio del mecanismo por parte de los partidos políticos, aunque no se pueden descartar este tipo de vínculos en el caso de algunas organizaciones sociales más ideologizadas. Por este motivo, la figura se ha identificado parcialmente más como un elemento de oposición política o contrapeso a la mayoría gobernante, lo que explicaría la relevante utilización cosechada en legislaturas con mayoría absoluta del partido en el gobierno, o que coincidieron con las etapas centrales de la crisis económica y de confianza hacia la representación tradicional.

Por todo lo anterior, no es extraño que se discuta la verdadera naturaleza del instrumento, que se manifiesta en dos vertientes diferenciadas, aunque compatibles. En primer lugar, la ILP es una fase del procedimiento legislativo y no una parte separada del mismo, pues la cámara queda obligada a tramitar la propuesta si los ciudadanos consiguen que la proposición sea admitida por la Mesa y acreditan las quinientas mil firmas requeridas⁵. Por

⁵ La LO 3/1984 (art. 13) obliga a la Mesa a publicar la propuesta y situarla en el orden del día de un pleno en los seis meses siguientes a la acreditación de firmas por la JEC.

otro lado, en cuanto a su segunda vertiente, la figura entraña una particular forma de ejercicio del derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). Esta segunda concepción aparece avalada por algunos autores (Bilbao Ubillos, 2018, 2; Larios Paterna, 2008, 6) y, en mi opinión, se apoya en cuatro evidencias: la reserva de ley orgánica contenida en el art. 87.3 CE, la atribución del recurso de amparo a la Comisión Promotora contra el acuerdo de inadmisión de la Mesa, algunas manifestaciones del propio Tribunal Constitucional⁶, y la concordancia entre el modo de emplear el mecanismo y los caracteres del derecho fundamental señalado⁷. El Máximo Intérprete Constitucional ha entendido⁸ que estaremos ante un derecho de participación política cuando la llamada a la participación *comporte el ejercicio, directo o por medio de representantes, del poder político o, lo que es lo mismo, cuando se llame al pueblo como titular de ese poder*. En este caso, los electores solicitan al Parlamento la adopción de una proposición de ley, y la acreditación de las firmas discurre por un procedimiento electoral controlado por la JEC.

III. LA ESCASA EFECTIVIDAD DE LA ILP EN ESPAÑA

1. *La evolución de la figura*

El tratamiento tan cauteloso otorgado a la institución que nos ocupa se explica atendiendo al contexto histórico-político que rodeó nuestro proceso Constituyente (Arnaldo, 1988, 78), y al razonable afianzamiento del modelo representativo en nuestro país (Biglino, 1987, 112). De este modo, el artículo 87.3 excluye del ámbito material de la ILP los asuntos de naturaleza tributaria, los de carácter internacional, la prerrogativa de gracia y las materias propias de ley orgánica. Además, y según los artículos 131 CE y 134 CE, quedaría implícitamente excluido de la ILP la planificación económica y la presentación de los PGE. Asimismo, el artículo 87.3 CE establece un número de firmas excesivo para presentar una ILP, quinientos mil signatarios, que representan el 1,3% de nuestro censo electoral.

Resulta preceptivo, por otra parte, y conforme a la LOILP y el Reglamento del Congreso, que toda iniciativa popular que cumpla los requisitos

⁶ Considera el TC en la STC 76/1994 (FJ 2) que una inadmisión de una iniciativa que no se ajuste a los criterios señalados en la ley puede vulnerar el derecho enunciado en el art. 23.1 CE. Por otro lado, la STC 119/1995 (FJ 3) distingue los instrumentos de democracia directa que derivan del derecho fundamental de participación (referéndum, iniciativa popular y concejo abierto) de cualesquiera otros instrumentos de la denominada «democracia participativa» creados por el legislador o los poderes públicos y que no entroncarían, en este caso, con el citado derecho.

⁷ Como el hecho de que sean los electores los legitimados para su ejercicio.

⁸ STC 119/1995, FJ 5.

de admisión y firmas supere la toma en consideración⁹ por el pleno del Congreso para continuar con su tramitación, como sucede con cualquier proposición de ley. A pesar de haberse señalado este trámite como un obstáculo para la participación (Santamaría, 1985, 1265), su justificación reside en distinguir la iniciativa para legislar de la potestad legislativa, que sólo reside en las Cortes Generales ex. art. 66 CE. La ausencia de una alternativa clara convierte a la toma en consideración en *un mal necesario* ya que, aunque la misma se elimine¹⁰, la cámara no está obligada a tramitar propuestas cuyo contenido no comparte (en virtud de la autonomía parlamentaria). En este sentido, el Parlament de Cataluña¹¹ ha eximido a la figura de superar la toma en consideración en dicha autonomía, lo que ha provocado que aumenten las enmiendas totales o parciales que se presentan contra tales iniciativas.

Una regulación tan restrictiva ha ocasionado que la figura no haya despertado interés en la ciudadanía hasta aproximadamente la IX Legislatura. Conforme a los datos publicados en la página web del Congreso de los Diputados, hasta enero de 2023 se registraron un total de ciento cuarenta y dos iniciativas populares. Buena parte de las mismas fueron presentadas en las legislaturas novena, décima y actual, observándose notables diferencias entre éstas y las Legislaturas menos productivas, especialmente las primeras o aquellas en las que no se produjo investidura del Presidente.

Legislatura*	ILP presentadas
II Legislatura (1982 – 1986)	3
III Legislatura (1986 – 1989)	2
IV Legislatura (1989 – 1993)	6
V Legislatura (1993 – 1996)	10
VI Legislatura (1996 – 2000)	10
VII Legislatura (2000 – 2004)	13
VIII Legislatura (2004 – 2008)	13

⁹ Sobre el debate doctrinal existente sobre la necesidad de la toma en consideración vid. Fernández Silva (2021, 246).

¹⁰ En el debate de la Ley 4/2006 los grupos parlamentarios del PNV e Izquierda Unida plantearon vía enmienda la supresión del trámite, ante una encendida defensa del mismo por parte de los grupos Socialista y Popular, entonces con amplia mayoría en la cámara.

¹¹ Ley 1/2006, del Parlament de Cataluña, reguladora de la iniciativa legislativa popular

Legislatura*	ILP presentadas
IX Legislatura (2008 – 2011)	21
X Legislatura (2011 – 2015)	30
XI Legislatura (2015-2016)	3
XII Legislatura (2016-mayo 2018)	10
XIII Legislatura (jun. 2018- 2019)	3
XIV Legislatura (en curso)	18

* Sólo se incluyen las ILP efectivamente registradas en cada legislatura, no las que proceden de una legislatura anterior por la disolución de las Cortes.

Podemos señalar algunas causas que explicarían el auge experimentado por la figura en la última década y media. En primer lugar, la evolución de la propia cultura participativa y democrática de los ciudadanos y, sobre todo, de los colectivos, quienes encontraron en la participación una forma menos institucionalizada de acceder al debate público. En segundo término, la crisis económica y la crisis de confianza del sistema político español han motivado que la sociedad recurra a la institución como un medio para canalizar demandas desatendidas, ante el evidente descontento social y aumento de necesidades, pero también para generar cierta oposición al *status quo* político. Basta con sugerir la conocida ILP sobre desahucios presentada por una Plataforma de Afectados por la Hipoteca representada por la actual alcaldesa de Barcelona, Ada Colau.

En tercer lugar, no se puede ignorar la generalización en el empleo de las nuevas tecnologías, que ha permitido a los ciudadanos y los colectivos difundir globalmente sus reivindicaciones y recabar de manera menos compleja los avales a su proyecto. Por último, aunque en mi opinión con menor intensidad que las anteriores causas, procede señalar la nueva norma reguladora de la figura, la Ley 4/2006, pues ha facilitado moderadamente el empleo del mecanismo (Aranda, 2006). A pesar de la falta de profundidad en los cambios, es justo reconocer en la norma mejoras como el aumento del plazo para la recogida de firmas de los seis a los nueve meses, la supresión del requisito ‘f’ del artículo quinto, la mejora en la redacción del requisito de homogeneidad material, la mayor eficacia en el cobro de la compensación económica, la introducción de la firma electrónica, o la posibilidad de intervención de un representante de la Comisión Promotora durante la tramitación de la proposición.

Por último, aunque la crisis sanitaria haya producido un lógico descenso de iniciativas durante el año 2020, la Legislatura actual (XIV) va camino de

convertirse en una de las más productivas. Pese al escaso balance del año 2022, con tal sólo tres registros, la Mesa del Congreso registró hasta 10 ILPs en 2021, si bien la mayoría de ellas o bien terminaron caducando por falta de apoyo, o directamente fueron inadmitidas a trámite, demostrando de nuevo la lesividad de tales requisitos formales y materiales.

2. *El elevado grado de inadmisiones*

Más allá del grado de utilización del instrumento por parte de ciudadanos y colectivos, resulta fundamental referirse al resultado cosechado por las iniciativas presentadas, donde precisamente se observa la lesividad que causa una regulación tan cicatera de la participación. En este sentido, un total de cincuenta y tres ILP resultaron inadmitidas a trámite (37% del total), y otras tantas (53) agotaron el plazo concedido sin acreditar las firmas exigidas. Además, siete iniciativas fueron retiradas por sus proponentes, once fueron rechazadas en la toma en consideración y once continúan aún en curso (fase de enmiendas o recogida de firmas). La escasa efectividad se observa en el hecho de que sólo cuatro ILP han sido adoptadas como ley en toda nuestra andadura democrática, con sustanciales cambios en sus textos.

TOTAL ILP presentadas	142
Inadmitidas a trámite	53
Caducadas	53
Aprobadas (con modificaciones)	4
Rechazadas en toma en consideración	11
Retiradas	7
En fase de recogida de firmas	8
En comisión/enmiendas	3
Tramitada por completo sin requerir acuerdo (petición, no proposición)	2

Por ende, el primer gran obstáculo con el que se encuentra una iniciativa es la admisión a trámite por parte de la Mesa del Congreso. Son dos las cuestiones más relevantes que inciden en este trámite; el papel de la Mesa en la valoración de las causas de inadmisión, y los propios supuestos previstos en el artículo quinto de la LOILP, con especial atención a las materias excluidas.

El órgano parlamentario es el encargado del ‘juicio de admisibilidad’ que determinará si la proposición incurre en alguna de las causas de inadmisión previstas. No son pocos los que han denunciado cierta arbitrariedad del

órgano (Durán, 2016, 69; Cuesta, 2008, 343), no sólo por su amplitud para valorar los supuestos, sino por la ausencia de motivación de sus acuerdos. Por su parte, el TC ha resultado un tanto inmovilista ante la presentación de recursos en amparo, confirmando en todos los casos las decisiones adoptadas por la Mesa¹². En este sentido, no resulta coherente con los principios de transparencia y publicidad parlamentaria que no resulten públicos y accesibles los acuerdos de la Mesa del Congreso mediante los que se aplican las causas de inadmisión a las iniciativas. Para solventarlo, sería oportuno regular en la LOILP y el Reglamento del Congreso que tales acuerdos de órgano rector de la Cámara se publicaran¹³. Asimismo, resulta garantista hacia la participación conceder a los promotores la posibilidad de subsanar los defectos en los que incurre su propuesta, sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría de los proponentes no tendrán la experiencia y conocimientos suficientes en tal disciplina parlamentaria.

Por otro lado, procede denunciar la amplitud e inconcreción de las causas de inadmisión estipuladas, especialmente de las exclusiones materiales. Tales límites han sido uno de los asuntos más cuestionado por la doctrina. Por ejemplo, Marco (2008, 33) considera que el número de materias excluidas es «*amplísimo*» y responde a una decisión no tanto técnica sino más bien «*de carácter político*». Para Almagro (2016, 1), «*la amplitud de materias excluidas responde a una decisión eminentemente política en el contexto de una cultura de ejercicio de poder fuertemente hermética por parte de los operadores jurídicos*». En la misma línea se manifiesta Morales (2018, 16), quien entiende dichas exclusiones como «*el problema real para que prosperen las ILP*» por encima incluso del número de firmas.

Entre las materias excluidas por el art. 87.3 CE la más grave restricción lo constituyen las materias propias de ley orgánica, por apartar de la participación asuntos muy relevantes para la convivencia de los ciudadanos, tales como los derechos fundamentales y libertades públicas o el régimen electoral general que, precisamente, pueden acaparar mayor interés de los electores y los colectivos que emplean el mecanismo. El Constituyente quiso proteger temas tan sensibles de una supuesta utilización demagógica o involucionista por parte del pueblo, pero resulta injustificado mantener hoy una restricción material que carece de parangón. Se priva al electorado, precisamente, de la propuesta y

¹² El Alto Tribunal considera no sólo que la lesión al derecho de los recurrentes debe ser grave, sino que se ha de probar una relación causal directa entre el daño producido y la actuación de la Mesa.

¹³ Especificando por tanto la concreta causa de inadmisión aplicada y la referencia a las disposiciones del texto que motivarían dicha incompatibilidad con la admisión para que los proponentes decidan si retirar la proposición o continuar sólo con los preceptos que no incurren en incompatibilidad.

discusión de los asuntos que más interesan y, por lo mismo, mayor movilización pueden generar: la educación, la sanidad, las prerrogativas políticas, determinados aspectos laborales o salariales que, a las pruebas me remito, terminan siendo inadmitidos sin posibilidad siquiera de comprobar el apoyo social que suscitan.

La incidencia de la exclusión de las materias propias de ley orgánica¹⁴ ha sido elevada en la inadmisión de iniciativas, al resultar frecuente que los proponentes pretendan regular cuestiones que afectan a algún derecho fundamental. La categoría tan amplia y heterogénea de temas abarcados por ley orgánica convierte esta exclusión en un posible ‘cajón de sastre’ donde incluir iniciativas que resultarán a la postre inadmitidas¹⁵, también por la compleja delimitación material que siempre ha acarreado una figura controvertida como la ley orgánica¹⁶. Hay que recordar, en este sentido, la necesaria interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica. De lo contrario, la Mesa podría inadmitir multitud de iniciativas populares por mínima que resulte su conexión con un derecho fundamental. En este sentido, la reserva (y por tanto la exclusión de la iniciativa popular), en línea con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁷, sólo puede afectar al desarrollo legislativo directo o delimitación de aspectos esenciales de los derechos fundamentales y las libertades públicas contenidas en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución. En sentido contrario, una ILP puede versar sobre los derechos y deberes de la Sección 2ª, así como sobre cuestiones relativas a los derechos y libertades de la Sección 1ª en lo que se refiera a aspectos no esenciales.

Por ejemplo, la Mesa inadmitió¹⁸ en 1995 la ILP por la que se regula el estatuto jurídico del cuerpo humano, que pretendía modificar el art. 428 del Código Penal en materia de trasplantes y cirugía transexual; incidiendo asimismo en cuestiones como las intervenciones sobre el cuerpo, el estatuto del embrión y del feto, las técnicas de reproducción asistida, o la patente del genoma humano. Recurrida la inadmisión por los promotores ante el Tribunal Constitucional, el Auto 304/1996 avaló el juicio de la Mesa por entender que la ILP entraba en cuestiones reguladas por el Código Penal (reservado a ley orgánica) y, además, por contener preceptos que suponían el desarrollo del derecho a la vida (art. 15 CE).

¹⁴ En este sentido, la controvertida exclusión fue introducida por la Comisión Mixta Congreso-Senado durante la elaboración de la Carta Magna, por lo que desconocemos los motivos que llevaron al Constituyente a establecer un límite tan cuestionado.

¹⁵ Sobre la delimitación de esta exclusión de la ILP vid. Fernández Silva (2019, 143).

¹⁶ Sobre el concepto de ley orgánica vid. De Otto (1987, 112 y ss.) Alzaga (2000)

¹⁷ Parece claro, según señaló el Tribunal Constitucional en la STC 6/1982, de 22 de febrero, que el artículo 81 CE se refiere al «desarrollo legislativo directo» u «ordenación de aspectos esenciales» (SSTC 160/1987 y 173/1998), lo que consistiría, según la STC 140/1986, en la «determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos».

¹⁸ Acuerdo de la Mesa del Congreso de 11 de julio de 1995

Igualmente, la ILP sobre responsabilidad penal de los menores fue inadmitida por afectar a la LO 5/2000 y al propio Código Penal¹⁹. El mismo resultado obtuvieron la ILP sobre derechos y libertades de los extranjeros en España²⁰, la ILP sobre Adopciones Irregulares, Sustracción y Tráfico de recién nacidos y menores, por incluir una pena de privación de libertad²¹, y la ILP de protección y bienestar de los animales²². Por otro lado, la ILP reguladora del ejercicio, disfrute y comercialización del arte fue inadmitida mediante acuerdo de 20 de octubre de 1992, entendiendo la Mesa que la propuesta incidía en el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica reconocido en el artículo 20.1.b CE. Por último, la Proposición de Ley de Medidas Sanitarias, Fiscales, Administrativas y de Integración Social del colectivo celiaco también obtuvo el mismo resultado por contener, a juicio de la Mesa²³, una norma de desarrollo del derecho a la educación (art. 27 CE).

Igualmente cuestionable parece que se impida la presentación de iniciativas sobre el régimen electoral general (que goza de reserva de ley orgánica). Hasta donde se ha podido conocer, en virtud de este límite, se inadmitió la ILP de reforma salarial política que pretendía prohibir que los cargos políticos pudieran recibir más de un sueldo público. Por afectar la cuestión a las incompatibilidades reguladas en el art. 70.1 CE, la Mesa entendió en su acuerdo²⁴ que afectaba al régimen electoral.

El resto de las materias excluidas del ámbito de la figura se entienden a mi juicio justificadas bajo la protección de otros intereses jurídicos relevantes, aunque la delimitación de tales asuntos adolezca de concreción. Se han defendido dichas exclusiones bien por la posible interpretación demagógica de asuntos como los tributos²⁵ o los indultos; por la complejidad técnica que implican temas como la planificación económica²⁶ (art. 131.1 CE) o bien

¹⁹ Por acuerdo de la Mesa de 29 de marzo de 2004

²⁰ Acuerdo de 17 de octubre de 2006 (afectaba a la LO 4/2000)

²¹ Acuerdo de la Mesa de 21 de diciembre de 2011

²² Acuerdo de 31 de enero de 2012

²³ Acuerdo de 14 de febrero de 2012

²⁴ Acuerdo de la Mesa del Congreso de 8 de febrero de 2011

²⁵ Para acotar esta materia debemos acudir al art. 2.1 de la Ley General Tributaria, que define a los tributos como «*los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por la Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos*», diferenciando en el apartado segundo entre los impuestos, las contribuciones especiales y las tasas, en lo que no procede extenderse.

²⁶ Como ha indicado Menéndez (1987, 1730), las opciones de participación ciudadana en el ámbito de la planificación económica se canalizan a través del entramado de or-

porque la presentación de ciertas materias queda reservada al Ejecutivo, como los presupuestos generales del Estado²⁷ (art. 134.1 CE).

La exclusión material de las materias de carácter internacional parece justificada si atendemos a la atribución al Ejecutivo de la negociación y firma de los tratados internacionales, previa autorización, consentimiento o mera información de las Cortes Generales (art. 94.c de la CE); teniendo en cuenta también que corresponde al Rey la manifestación de ese consentimiento (art. 63.2.c CE). En cuanto a la firma de tratados internacionales que atribuyan a una institución supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, el art. 93 CE señala que deberá autorizarse mediante ley orgánica, motivo por el cual estaría doblemente excluido de la iniciativa legislativa popular. Sin embargo, no deja de ser paradójico que se excluya de la participación ciudadana el único asunto (política internacional) sobre el que se ha preguntado al pueblo español por la vía del referéndum del art. 92 CE. El problema, nuevamente, es la delimitación material de tales 'materias de carácter internacional' ya que, siguiendo a Delgado-Iribarren (2013, 178), cualquier asunto puede ser internacional en la medida en que pase a formar parte de un tratado o instrumento que comprometa al Estado con otro sujeto de Derecho Internacional.

También queda excluida de la presentación de iniciativas populares la reforma constitucional, lo que se explica nuevamente gracias a la preeminencia del modelo representativo. Es interesante advertir que el texto constitucional no excluyó originariamente la iniciativa popular de la reforma; un primitivo artículo 157 remitía al artículo 80 sin límite alguno, donde figuraban todos los sujetos con iniciativa para legislar. A través de una enmienda *in voce*, el diputado Gabriel Cisneros (UCD) introdujo la actual configuración del art. 166 en la Comisión de Asuntos Constitucionales²⁸, facultando para la iniciativa de reforma sólo a los sujetos de los apartados primero y segundo del art. 87. La enmienda de UCD salió adelante gracias al apoyo de socialistas y comunistas, contando en la Comisión Constitucional del Congreso con la oposición del diputado de Alianza Popular, Manuel Fraga, y con las críticas en la Cámara Alta del senador Ollero (independiente) y el senador Arregui (Grupo Progresistas y Socialistas Independientes).

ganizaciones sociales, profesionales, económicas, políticas y sindicales integradas en el Consejo Económico y Social, según el art. 131.2 CE.

²⁷ Por ser el instrumento jurídico, político y económico con el que el Gobierno ejerce su función de dirección y desarrolla su programa, por lo que parece razonable que su presentación quede bajo competencia exclusiva del Ejecutivo.

²⁸ D. S. Comisión de Asuntos Constitucionales, sesión celebrada el 20 de junio de 1978, las intervenciones de Cisneros en p. 3.463; las de Fraga en pp. 3.463 y ss.; las de Peces-Barba en p. 3.465; las de Solé Tura en pp. 3.465 y 3.466.

En palabras de Pérez Royo (1987, 143), no parece descabellado que el ejercicio de la iniciativa de reforma constitucional se excluya de la iniciativa popular, como sucede en la mayoría de las Constituciones de nuestro entorno²⁹, por la *«serenidad y ponderación que requiere un tema tan relevante como la reforma»*; una postura a la que de alguna manera se han sumado otras voces (Tajadura, 2018, 84). La exclusión de esta iniciativa de reforma ha ocasionado un intenso debate en la literatura jurídica, sin que hayamos podido apreciar una clara mayoría a favor o en contra de la exclusión. Conviene destacar la clásica discusión entre el profesor Pedro De Vega, como defensor de la legitimación del cuerpo electoral para la iniciativa de reforma, frente a los argumentos señalados de Javier Pérez Royo. En mi modesta opinión, aunque nuestra cultura democrática sea más favorable que la de 1978, si admitimos la iniciativa de reforma corremos el riesgo de tensar innecesariamente en este campo la relación entre los órganos representativos y el electorado. Desde el punto de vista de sus límites materiales, la iniciativa debe comenzar por abrirse a las materias propias de ley orgánica, realizando una interpretación restrictiva del resto de asuntos prohibidos.

Por otro lado, en los apartados ‘b’, ‘c’, ‘d’ y ‘e’ del artículo 5.2 de la LO 3/1984 se regulan otras causas de inadmisión sobre requisitos formales o procedimentales, en contraposición con aquellos requisitos de admisión materiales. La citada ley orgánica decidió aumentar los requisitos, ya de por sí complejos, contenidos en el art. 87.3 CE, lo que fue tachado incluso de inconstitucional en el debate sobre la aprobación de dicha norma. Estos requisitos intentan, más bien, proteger la autonomía parlamentaria y la economía procesal de la cámara, aunque no parecen ayudar en el ejercicio del mecanismo.

Este tipo de causas han tenido una incidencia menor en el elevado número de inadmisiones registradas, aunque el precepto que mayores críticas ha ocasionado es el del apartado ‘c’ del artículo 5.2, que establece como motivo de inadmisión *«el hecho de que el texto de la Proposición verse sobre materias manifiestamente distintas y carentes de homogeneidad entre sí»*, supuesto que no se exige al resto de sujetos con capacidad de iniciativa para legislar.

²⁹ Son minoría aquellos Estados europeos que sí contemplaron tal posibilidad; Suiza mediante cien mil firmas; Liechtenstein con mil quinientas. Otros países de Europa Oriental que también lo conciben son: Letonia, con el 10% de los electores; Lituania con 300.000 signatarios; Bielorrusia con 150.000 firmas; Eslovenia con 30.000, o Rumanía con 500.000. El panorama en Iberoamérica es algo más proclive a permitir que se proponga la reforma de la Constitución mediante la iniciativa popular. De esta manera, en Venezuela se exige que la propuesta venga avalada por el 15% de los electores, en Colombia y Costa Rica por el 5%, en Ecuador por el 1%, Uruguay el 10%, Perú el 0,3%, Paraguay 30.000 firmas o Guatemala 5.000.

Por este motivo, es preferible suprimir un precepto que adolece de cierta inconcreción, lo que podría permitir a la Mesa su aplicación arbitraria hacia iniciativas cuyo contenido no comparte.

Por su parte, los apartados ‘d’ y ‘e’ persiguen una mayor economía procesal en las cámaras³⁰. El primero impide admitir una ILP que verse sobre el mismo objeto que un proyecto de ley o proposición que ya se encuentre en el trámite de enmiendas o en otro más avanzado. El segundo impide admitir una ILP que sea reproducción de otra igual o sustancialmente equivalente presentada durante la misma legislatura. Los requisitos tratan de evitar un colapso en la actividad parlamentaria, aunque condenan al mecanismo estudiado en detrimento de la capacidad de iniciativa de los otros sujetos. Por ello, para suavizar el requisito del art. 5.2 ‘d’ debería analizarse la posibilidad de permitir la acumulación de la ILP como enmienda al proyecto o proposición de ley principal, sin que ello suponga una dilación excesiva de la tramitación de esta última.

Por su parte, el apartado ‘e’ tuvo especial incidencia en varios acuerdos³¹ de la Mesa del Congreso en 2011, durante la IX Legislatura, cuando se inadmitieron en virtud del mismo varias iniciativas populares sobre dación en pago y regulación de los desahucios. La Mesa tuvo en cuenta, como reconoce Delgado-Iribarren (2013, 195), que bajo distintas denominaciones y con medidas accesorias, el contenido esencial compartido por las proposiciones era establecer la dación en pago.

3. La caducidad de las iniciativas por falta de apoyo

Si la iniciativa legislativa popular consigue ser admitida por la Mesa del Congreso, la Comisión Promotora dispone de nueve meses, prorrogables por tres más³², para reunir un mínimo de 500.000 firmas válidas. La ampliación del plazo desde los seis a los nueve meses fue una de las principales novedades introducidas por la reforma operada por la Ley 4/2006, junto con la

³⁰ El primero establece como motivo de inadmisión «*La previa existencia en el Congreso o el Senado de un proyecto o proposición de Ley que verse sobre el mismo objeto de la iniciativa popular y que esté, cuando ésta se presenta, en el trámite de enmiendas u otro más avanzado*»; el del apartado ‘e’: «*El hecho de que sea reproducción de otra iniciativa popular de contenido igual o sustancialmente equivalente presentada durante la legislatura en curso*».

³¹ Acuerdos de la Mesa del 26 de abril, 21 de junio y 13 de septiembre de 2011

³² Artículo 7.3 de la LO 3/1984. Sobre las condiciones que han de darse para conceder la prórroga del plazo de recogida de firmas es interesante recurrir a las consideraciones que hizo el Tribunal Constitucional a raíz del ATC 140/1992 (FJ. 3 y 4), aunque en la práctica, la Mesa del Congreso ha generalizado más de lo oportuno la concesión de dicha prórroga.

habilitación de la firma electrónica o la reducción de algún requisito inoperante. El elevado número de firmas exigido, atendiendo al derecho comparado, convierte este requisito en otro gran obstáculo para el éxito de la figura, si tenemos en cuenta que 53 iniciativas (el 37% del total) caducaron por no reunir en plazo el aval de signatarios.

El número de firmas exigido es una de las cuestiones más criticadas por la doctrina. Por ejemplo, Martínez Jiménez (2012, 17) se hace eco de las escasas iniciativas que alcanzaron este número, considerándolo un «*impedimento prácticamente insalvable*». Por su parte, Pérez Sola (1994, 605) considera excesiva la cifra, en comparación con Italia, y Fernández Ferrero (2001, 42) también destaca que el número exigido en España es superior al de otros países de nuestro entorno. Por último, para Presno (2012, 100) el número supone una barrera más que se suma al efecto disuasorio de las restricciones materiales.

Cabe la posibilidad de que nuestro legislador Constituyente tomara dicha cifra de signatarios requeridos de la figura de la iniciativa de referéndum abrogativo en Italia, como ha apuntado Víctor Cuesta (2007, 352), aunque dicho país establece la mucho más exigua cifra de 50.000 electores para presentar una iniciativa legislativa popular. Atendiendo al derecho comparado, España exige un porcentaje de electores sensiblemente superior al de otros países; en Austria, por ejemplo, se exigen 100.000 firmas con una población de, aproximadamente, ocho millones y medio; en Portugal las exiguas 35.000 firmas requeridas representan el 0,33% de los habitantes del país; cifra parecida a la de Holanda que exige 40.000 firmas que representan el 0,24% de su población. Por último, Polonia, con una población de casi cuarenta millones exige 100.000 signatarios, y Hungría 50.000 (el 0,49% de la población).

El porcentaje de electores exigido a nivel estatal con respecto del total del censo (1,3%) es superior al exigido en una mayoría de Comunidades Autónomas. En este sentido, Galicia es la Comunidad con menor número de signatarios exigidos con respecto al total, un 0,37%, seguido de País Vasco con un 0,50%, Andalucía con 0,61%, Comunidad Valenciana, un 0,70%, o Castilla y León un 0,75% (todas ellas han reformado su ley para rebajar dicha cantidad). Doce de las diecisiete autonomías exigen un porcentaje de electores para avalar una ILP inferior al estatal³³.

Para aliviar la lesividad del requisito de firmas la medida más demandada es la reforma del art. 87.3 CE. Sin embargo, ante la improbable reforma constitucional, tampoco se puede descartar que un aumento del plazo para reunir las

³³ La mayoría de las CC.AA. regulan con una cantidad numérica (no un porcentaje) las firmas exigidas; los porcentajes facilitados son calculados en proporción al número de electores.

firmas –actualmente nueve meses prorrogables por tres³⁴- pueda facilitar que se reúna tal requisito, teniendo en cuenta que este cambio sólo conllevaría la modificación de la LO 3/1984. Sin embargo, alargar este periodo de recogida de firmas podría conllevar que la iniciativa se topara con la disolución de las Cortes, lo que generaría demoras que alientan el desánimo de promotores y ciudadanos. Tampoco parece oportuno fijar una cantidad de avales excesivamente baja, lo que puede ocasionar cierto colapso en los servicios parlamentarios como ha ocurrido en Italia, con las exiguas 50.000 firmas requeridas.

La ‘representatividad’ de la iniciativa es un requisito necesario para la figura, si bien la cantidad de signatarios debe situarse entre el 0,75% y el 1% del censo, en sintonía con lo requerido por otros Estados y por nuestras propias autonomías, si queremos aliviar la enorme carga que supone para los promotores la exigencia actual.

4. *Otros problemas del mecanismo*

Además de los requisitos materiales, procedimentales y de firmas, no pocos problemas han ocasionado las modificaciones que se introducen en el texto de las iniciativas durante su tramitación, lo que desnaturaliza habitualmente la propuesta inicialmente presentada por los ciudadanos. Este es un problema que trataremos más adelante y que permite ser mitigado a través de una mayor participación de los promotores en el trámite y la concesión a éstos de una solicitud de retirada de su propuesta.

Por otro lado, el retraso en la tramitación de algunas iniciativas ha conducido al desánimo de sus promotores, ya que en muchos casos las ILP se han visto obligadas a ser trasladadas de legislatura ante la disolución de las Cortes (a diferencia del resto de proposiciones, las iniciativas no caducan, pero se retrotraen al trámite de toma en consideración). Las demoras en la fase parlamentaria de Comisión, principalmente por la extensión del plazo para la presentación de enmiendas o la fase de informe, han condenado a algunas iniciativas a ser trasladadas hasta a tres y cuatro legislaturas diferentes, lo que va en detrimento de la eficacia del mecanismo. Son un palmario ejemplo los tres años (más de 70 prórrogas para presentar enmiendas) que llevan paralizadas en fase de Comisión la ILP sobre autonomía personal y dependencia presentada por el CERMI, y la ILP sobre ratio de enfermeras por paciente presentada con el sindicato SATSE, aunque este es un problema que no es exclusivo de la ILP. Una posible solución consiste en limitar temporalmente la tramitación de tales proposiciones ciudadanas mediante la LO 3/1984 y el Reglamento del Congreso.

³⁴ En la práctica es muy habitual que la Mesa conceda la prórroga de plazo por tres meses ya que considera situaciones como la Navidad, el verano o la coincidencia con elecciones como situaciones que justifican la ampliación de dicho plazo.

Por último, otros problemas del mecanismo se relacionan con la controvertida prerrogativa del gobierno para la paralización de proposiciones que impliquen aumento del gasto o disminución de ingresos³⁵, tampoco exclusivo de la figura. O los problemas de la Comisión Promotora³⁶ para cobrar la compensación económica aparejada a los gastos con motivo de la difusión de la ILP, si bien la Ley de 2006 aclaró el sujeto responsable de efectuar tal pago: el Ministerio de Presidencia (Delgado-Iribarren, 2013, 161).

IV. LAS INICIATIVAS QUE LOGRARON REUNIR LOS REQUISITOS

Tampoco ha resultado nada pacífico, como hemos visto, el debate sobre la necesidad de establecer el trámite de toma en consideración para las proposiciones de origen popular. En este sentido, de las quince iniciativas que lograron acceder a este trámite, de un total de ciento cuarenta y dos, tan sólo cuatro lograron la confianza de la Cámara para continuar con la tramitación³⁷. Es evidente que la mayoría parlamentaria prefiere rechazar proposiciones ciudadanas cuyo contenido no comparte, aunque esto suponga desoír las opiniones de un respetable número de electores. Conviene destacar que todas las iniciativas que lograron acceder a la toma en consideración fueron

³⁵ En marzo de 2020 el sindicato Jupol (dentro de la plataforma Jusapol) ha protestado enérgicamente por la paralización de la ILP sobre equiparación salarial de policías del Estado. La Mesa del Congreso decidió aceptar el conocido como veto presupuestario del gobierno después de que en la XII Legislatura esta ILP fuera aceptada en toma en consideración.

³⁶ Sería conveniente, asimismo, regular con mayor concreción y garantías un órgano clave para la figura como es la Comisión Promotora. En este sentido, la LO 3/1984 debería aclarar su número mínimo y máximo de miembros, estableciendo incompatibilidades para formar parte del mismo para miembros de las Cortes o del Gobierno. Por otro lado, es oportuno determinar la relación del órgano con los firmantes y la verdadera naturaleza y funciones del mismo, ya que el enorme protagonismo desempeñado por los promotores nos puede hacer pensar que son los verdaderos titulares del derecho, y no los ciudadanos.

³⁷ Las ILP que fueron rechazadas en el trámite de toma en consideración fueron las siguientes: Proposición de Ley Marco Reguladora de la Financiación del Sistema Educativo (1996), Proposición de Ley reguladora del libro de texto para la enseñanza básica (1997), Proposición de Ley reguladora de la jornada laboral (1998), Proposición de Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (2000), Proposición de Ley sobre principios básicos de ordenación del Medicamento (2000), Proposición de Ley para la estabilidad y la seguridad en el empleo (2001), Proposición de Ley para la protección de la eficacia de los acuerdos y pactos en las AA.PP. y garantía del poder adquisitivo de sus empleadas y empleados (2001), Proposición de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de matrimonio y adopción (2004), Proposición de Ley para el empleo estable y con derechos (2011), Proposición de Ley de Televisión Sin Fronteras (2011) y proposición de Jupol para la equiparación salarial de las Policías del Estado (2021).

presentadas por organizaciones estructuradas (sindicatos estatales como CC.OO. o UGT, específicos como Jupol o Satse, plataformas como la de Afectados por la Hipoteca, etc.) lo que vincula más intensamente a la figura con los fines de tales colectivos y menos con una visión del instrumento al servicio de un grupo de electores.

Tras alcanzar la toma en consideración y acceder a la tramitación parlamentaria, tan sólo cuatro ILP han alcanzado su objetivo de convertirse en ley, dejando un balance nada optimista. Hasta 2013, tan sólo una ILP había sido adoptada como ley en el ámbito estatal: la ILP sobre reclamación de deudas comunitarias³⁸ (1996-1999). El infructuoso balance hizo que cundiera el desánimo hacia la institución en la opinión pública y publicada³⁹, infravalorándose la utilidad real de la figura.

No obstante, la figura parece experimentar un leve repunte de popularidad en la última década, probablemente también por la aprobación de la conocida iniciativa sobre dación en pago y paralización de los desahucios (2011-2013), impulsada por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, y secundada también, según se conoce, por UGT, CC.OO. y la Mesa del Tercer Sector Social de Cataluña. Nos encontramos, probablemente, ante la iniciativa legislativa popular que mayor repercusión mediática ha causado, y una de las que mayor cantidad de apoyos ciudadanos ha recibido⁴⁰, en buena medida auspiciada por la repercusión social causada por la problemática de los desahucios en plena crisis económica⁴¹.

Durante el mismo periodo también fue aprobada la ILP sobre la tauromaquia, que de alguna forma recogía el malestar en el sector por ciertas prohibiciones autonómicas a tales eventos. Al respecto, el Senado aprobó el 6 de noviembre de 2013 la conocida finalmente como Proposición de Ley para la regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural Inmaterial, tras obtener aproximadamente 600.000 firmas durante el proceso por parte de la Federación de Peñas Taurinas de Cataluña.

Más recientemente (2022) y tras recoger casi 640.000 firmas, el Parlamento aprobó la ILP sobre el Mar Menor presentada por diversos colectivos autóctonos reunidos en el movimiento ciudadano⁴² «Banderas Negras».

³⁸ Finalmente alcanzó la cifra de 832.000 signatarios

³⁹ «Firmas no equivalen a leyes» publicaba el Diario El País el 11 de febrero de 2013 (hasta ese momento sólo una ILP se había convertido en Ley): https://politica.elpais.com/politica/2013/02/11/actualidad/1360615214_035551.html

⁴⁰ Más de millón y medio de firmas

⁴¹ La ILP se convirtió en la Ley 1/2013, de 14 mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

⁴² Al respecto, dos representantes de tal movimiento, los profesores de Derecho Teresa Vicente y Eduardo Salazar, reconocían en un medio de comunicación que no quisieron ir de la mano de ningún sindicato o colectivo ecologista, apartándose de alguna forma de

La cuarta iniciativa de nuestra historia llegaba casi diez años después de las conocidas sobre desahucios y tauromaquia, aunque con un apoyo parlamentario superior. La nueva Ley, en su artículo 2, reconoce al Mar Menor y a su cuenca los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y, en su caso, restauración, a cargo de los gobiernos y los habitantes ribereños, así como «el derecho a existir como ecosistema y a evolucionar naturalmente». Uno de los cambios más relevantes es que el Mar Menor –dado que tiene personalidad jurídica- podrá ejercitar sus derechos en procesos civiles y administrativos a través de sus representantes, articulándose al respecto una comisión de seguimiento por parte del movimiento señalado.

Debemos tener en cuenta que las iniciativas sobre deudas comunitarias, desahucios y tauromaquia modificaron sensiblemente su texto durante la tramitación, incurriendo en otro de los graves problemas advertidos tras el análisis de la incidencia práctica de la figura. No fue así para la ILP sobre el Mar Menor, cuya tramitación respetó (e incluso mejoró, según los promotores) el texto y las reivindicaciones inicialmente propuestas, lo que supone sin duda un ejemplo de respeto hacia el mecanismo y sus apoyos.

Sin embargo, en la ILP sobre reclamación de deudas comunitarias, la ponencia acordó⁴³ fusionar esta iniciativa con la Proposición de Ley sobre Propiedad Horizontal; una artimaña legislativa similar a la acontecida para la ILP sobre desahucios. En este último caso, los cambios introducidos durante la tramitación convirtieron al texto aprobado en una ley que, según los promotores, ‘desvirtuaba’ la propuesta inicial, generando no pocas protestas al respecto. En la ILP sobre tauromaquia, el texto finalmente adoptado generó cierta polémica al no ofrecer una solución real al problema de las prohibiciones autonómicas a la fiesta de los toros⁴⁴.

Por lo anterior, se ha suscitado cierto debate doctrinal sobre la necesidad de establecer vínculos más estrechos entre la proposición presentada por los ciudadanos y su ulterior tramitación, para evitar cambios no deseados por los promotores. Según la regulación actual, estos últimos pueden retirar su propuesta hasta la toma en consideración por el Pleno. A partir de ese momento, la proposición pertenece a la Cámara y sólo el Pleno podría acordar su retirada, lo que produce un ‘desenganche’ con la voluntad promotora. A la Comisión sólo

las fórmulas clásicas para este tipo de reivindicaciones: https://www.eldiario.es/murcia/medio_ambiente/iniciativa-mar-menor-tenga-derechos-entra-fase-final-encabezamos-movimiento-europeo_1_9501708.html

⁴³ En el informe publicado en el BOCG el 20 de noviembre de 1998

⁴⁴ La ley resultante no aseguraba el futuro del espectáculo ante posibles prohibiciones en las CC.AA. y la fórmula escogida finalmente fue declarar la tauromaquia patrimonio cultural inmaterial (UNESCO)

le queda la posibilidad de trasladar su queja ante posibles cambios no autorizados por la misma, ya que no sería vinculante una petición de retirada tras la toma en consideración, como ha defendido Larios (2008, 197).

Para evitar dicha desconexión absoluta entre la propuesta inicial y su posible tramitación, la Ley 4/2006 abrió la puerta a la intervención de los promotores en la comisión parlamentaria que debate la proposición antes de la toma en consideración (posibilidad que fue garantizada mediante la LO 3/2015). Sin embargo, ninguna de las dos normas estipuló que dicha defensa de la ILP se lleve a cabo ante el Pleno de la Cámara, como sucede en algunas autonomías⁴⁵. Lo oportuno, en mi opinión, sería permitir además la participación de un representante de los promotores en la comisión y ponencia posteriores a la toma en consideración por el pleno, pues este es el lugar idóneo para valorar los cambios introducidos en el texto y mantener vivo el espíritu que llevó a los promotores a presentar tal reivindicación⁴⁶. No considero conveniente que esta participación del representante ciudadano se produzca en el pleno del Congreso, por lo inusual que resultan intervenciones en el mismo de personas ajenas a la cámara, lo que podría incluso alentar discursos demagógicos o pintorescos que devalúen a la propia institución.

V. LA TEMÁTICA ABORDADA POR LAS PROPOSICIONES

Atendiendo a los asuntos sobre los que versan las iniciativas, debemos destacar la conexión temática con la naturaleza de los promotores de la figura, en muchos casos sindicatos, plataformas u organizaciones de defensa de intereses locales, laborales, de salud, etc. En este sentido, de las ciento cuarenta y dos ILP presentadas, más de treinta han versado sobre asuntos de índole laboral y otras nueve trataron sobre pensiones, siendo los aspectos más repetidos. Un ejemplo conocido lo representa la ILP de 2016 sobre renta mínima presentada por los principales sindicatos estatales que, pese a superar la toma en consideración, lleva años paralizada en comisión.

Por su parte, el ámbito social y familiar representa la segunda temática sobre la que más iniciativas se registran, al haber recibido el Congreso casi treinta ILP sobre asuntos sociales. Dentro de esta categoría, adquieren gran relevancia las propuestas sobre dación en pago y desahucios, o vivienda en general

⁴⁵ En concreto lo permiten Aragón, Canarias, Cataluña Galicia, Islas Baleares y País Vasco

⁴⁶ En Cataluña o Galicia admiten que la Comisión Promotora pueda participar en momentos posteriores a la toma en consideración, como por ejemplo los trabajos en comisión, la ponencia, o el pleno donde finalmente se debate y aprueba, en su caso.

(adquiriendo una trascendencia enorme en el final de la IX Legislatura⁴⁷). Por otro lado, un importante porcentaje de esas iniciativas «sociales» abordaron temas de familia tales como la custodia de los hijos, los administradores familiares, el matrimonio homosexual, la violencia de género, la protección de los mayores, o la dependencia.

El tercer asunto más tratado por las iniciativas presentadas es el de la salud, sobre el que encontramos ILP sobre fibromialgia, celíacos, el sexo de los hijos, protección de embriones, acerca del aborto, la ordenación del medicamento, la reciente ILP del SATSE sobre ratio enfermera/paciente o la también reciente iniciativa sobre recuperación del Sistema Nacional de Salud, y otras⁴⁸. También se observa cierta repetición de los asuntos de índole política, jurídica o electoral. Destacan la ILP sobre reforma salarial política (2011), sobre eliminación de prebendas a la clase política (2012), proposición de ley para la regulación del acceso de los partidos a los medios de comunicación públicos (2013), otra acerca de la eliminación de aforamientos y otros privilegios procesales (2014), sobre el Senado (2014), la evaluación de la calidad representativa de los cargos electos (2014), sobre elección de la forma de Estado y del Jefe del Estado (2014), acerca de la separación de poderes e independencia del poder judicial (2014), las recientes iniciativas sobre recortes a los políticos para reducir la factura de la luz (2022), otra sobre elección del Fiscal General y del CGPJ (2021) etc. Precisamente por su temática, la mayoría de las propuestas que versaban sobre asuntos de índole política o electoral (aunque otras también sobre educación o familia) resultaron a la postre inadmitidas por afectar preceptos contenidos en una ley orgánica o en la propia Constitución, y confirmando la enorme lesividad que supone apartar las materias propias de ley orgánica de la ILP.

VI. CONCLUSIONES

La conclusión más evidente que extraemos del análisis de la utilización dispensada al mecanismo durante casi cuarenta años de vigencia de la LO 3/1984 es la inoperatividad. Los discretos resultados registrados por la institución, moderadamente mejorados en los últimos años, elevan la tensión que puede existir entre la legitimidad otorgada por las firmas de una fracción del

⁴⁷ Debemos tener en cuenta que una de ellas fue retirada y otras muchas fueron inadmitidas. Sólo una ILP sobre el asunto de los desahucios fue admitida y logró aprobarse con modificaciones en el Congreso, como en otros lugares del trabajo hemos analizado.

⁴⁸ Como lo serían la ILP para la regulación del estatuto del cuerpo humano (presentada en 1995 e inadmitida), la proposición relativa al pago de indemnizaciones por perjuicios sufridos por los afectados del síndrome tóxico (presentada en 1989 y caducada) o la proposición sobre la jornada de los médicos titulares (presentada en 1990 y caducada)

cuerpo electoral y unos poderes constituidos contrarios a admitir proposiciones discordantes con su programa. La literatura jurídica ha sido unánime señalando la ineficacia del mecanismo y la escasa repercusión en la producción legislativa, fruto de los límites impuestos. La concepción desconfiada del Constituyente sobre la institución del referéndum se trasladó a la conocida regulación restrictiva de la iniciativa popular, en forma de límites que se sustanciaron primero en el art. 87.3 CE y después en la LO 3/1984.

El hecho de que hayan resultado inadmitidas el 37% de las iniciativas registradas, y hayan caducado por escasez de firmas otro 37% nos indica claramente cuáles han sido los problemas más comunes. Comenzando por lo primero, los límites materiales al instrumento –en especial la prohibición de presentar iniciativas sobre materias propias de ley orgánica- excluyen del impulso legislativo ciudadano temas vitales para la convivencia; asuntos de interés para asociaciones y colectivos como usuarios de la figura, como los derechos fundamentales o el régimen electoral, pero también asuntos educativos, sociales y políticos. Es fundamental, para la correcta delimitación de tales materias reservadas, que su interpretación resulte restrictiva, de tal forma que el juicio de admisibilidad de la Mesa del Congreso procure ensanchar las categorías materiales disponibles para el mecanismo.

Además, el elevado número de firmas exigido –con escaso parangón en países de nuestro entorno- y el sometimiento de la proposición a la toma en consideración terminan por condenar a la figura muchas veces a la irrelevancia. De las ciento cuarenta y dos ILP registradas, únicamente quince accedieron a la toma en consideración y sólo cuatro se tradujeron en ley (La ILP sobre deudas comunitarias de 1996, la ILP sobre desahucios y la iniciativa sobre tauromaquia, ambas de 2011-2013, y la reciente iniciativa sobre personalidad jurídica del Mar Menor, de 2021-2022). Por ello, resulta necesaria una reforma del artículo 87.3 de la Constitución Española que permita repensar los límites del instrumento, aumentar su operatividad y conjugar su ejercicio con la importancia de un derecho fundamental como el del art. 23.1 CE (una conexión de la figura con tal derecho, en su vertiente de participación directa, que ha confirmado la jurisprudencia del TC).

Pese a las dificultades señaladas, parece que la crisis económica, la crisis de confianza y el auge en general de la participación ciudadana han permitido un aumento en la utilización de la ILP en los últimos años. Sólo procede apuntar que en las Legislaturas Segunda a Quinta se presentaron menos de diez iniciativas, frente a las veintidós conocidas por la XIV Legislatura, aún en curso. Al respecto, las facilidades introducidas por la Ley 4/2006 y, sobre todo, el auge participativo parecen haber animado la presentación de iniciativas. La de 2006 dista de ser la reforma que necesita la institución para adquirir mayor operatividad, pues no se ha detectado un descenso en la negativa incidencia que tienen las inadmisiones o la caducidad en las iniciativas

registradas más recientemente, un problema claramente desalentador para potenciales usuarios de la figura.

Otros problemas relevantes también advertidos han sido el de la arbitrariedad y falta de transparencia de la Mesa del Congreso en la aplicación del juicio de admisibilidad, el retraso en la tramitación de las iniciativas, o los cambios en el texto introducidos durante la tramitación parlamentaria. Esto último causó especial reproche de los promotores de las iniciativas sobre desahucios y tauromaquia, aunque el Parlamento fue especialmente respetuoso en la ILP sobre el Mar Menor. En cualquier caso, para lograr una mayor conexión entre la proposición inicialmente presentada y la finalmente aprobada es conveniente aumentar la participación del representante de los promotores en la ponencia y comisión parlamentarias posteriores a la toma en consideración de la proposición, como algunas autonomías ya permiten, aunque se desaconseja que tal intervención se produzca en el pleno del Congreso. También sería oportuno conceder a los promotores una solicitud de retirada de su propuesta que, en todo caso, no podrá ser vinculante.

Cuando Hans Kelsen se refería a cierta ‘fatiga del parlamentarismo’ a principios del siglo XX, planteaba fortalecer la democracia haciendo partícipe al pueblo en la toma de decisiones y la orientación deliberativa del país. Una regulación más garantista de esta institución –a través de unos requisitos formales y materiales más laxos– permitiría perseguir con mayor ambición el objetivo de conseguir una *democracia avanzada* enunciado en el preámbulo de nuestra Carta Magna, siempre desde una concepción de estos instrumentos compatible con nuestro necesario modelo representativo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO CASTRO, David, 2016, «¿Qué iniciativa legislativa popular tenemos?, ¿Qué iniciativa legislativa popular necesitamos? El art. 87.3 y la LOILP 4/2006 a debate» *Revista General de Derecho Constitucional* n.º 22
- 2018, «La iniciativa legislativa popular en la Constitución Española: posibles mejoras a la luz de la Constitución Brasileña de 1988» *Revista General de Derecho Constitucional*.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, 2000, «En torno al concepto de ley orgánica en la Constitución» *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 5, 1er semestre, pp. 115-142.
- ARAGÓN REYES, Manuel, 1986, «La iniciativa legislativa» *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 16, enero-abril.
- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro, 2006, «La Nueva Ley de Iniciativa Legislativa Popular» en *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 78, pp. 187-218.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, 1988, «La iniciativa legislativa popular. Diez años después. La mediatización de la democracia directa» en *Tapia*, número conmemorativo del décimo aniversario de la Constitución Española.
- ARNALDO ALCUBILLA, DELGADO IRIBARREN y SÁNCHEZ NAVARRO: 2013, *Iniciativa legislativa popular*. ARAG/ Univ. Rey Juan Carlos. Ed. La Ley.

- ASTARLOA VILLENA, Francisco 2002-2003, «La iniciativa legislativa popular en España» *Teoría y Realidad Constitucional* 10-11, pp. 273-322.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, 1987, «La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal» en *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 19, pp. 75-130.
- 1985, «La Iniciativa Legislativa Popular en los Ordenamientos Jurídicos Regionales» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* núms. 46-47.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, 2018, «La iniciativa legislativa popular; un análisis de la experiencia reciente en las cortes generales, los parlamentos autonómicos y la Unión Europea» en «Lecciones de Derecho Constitucional I» 4ª ed.
- 2011, «Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea», *CEPC*, Madrid.
- CABEDO MALLOL, Vicente, 2009, «La iniciativa legislativa popular en las Comunidades Autónomas. La necesaria reforma de su legislación» en *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED) n.º 24, pp. 455-476.
- CABELLO FERNÁNDEZ, María Dolores, 2017, *Democracia directa e iniciativa legislativa popular*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CASTELLÁ ANDREU, Josep M.^a, 2013 «Democracia participativa en las instituciones representativas. La apertura del Parlamento a la sociedad» en *Cuadernos Manuel Giménez Abad* n.º 5, pp. 202-213.
- CUESTA LÓPEZ, Víctor, 2007, *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*. Las Palmas de Gran Canaria. Tesis doctoral-Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- DE OTTO, Ignacio, 1987, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ed. Ariel.
- DE VEGA, Pedro, 1985, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Temas Clave. Ed. Tecnos.
- DURÁN ALBA, Juan Fernando, 2016, «Los partidos políticos en la recogida de firmas y el debate parlamentario de la iniciativa legislativa popular» en Biglino Campos (coord.) *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa. Estudios Constitucionales (CEPC)*, pp. 65-94.
- FERNÁNDEZ FERRERO, Miguel Ángel, 2001, *La iniciativa legislativa popular*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- FERNÁNDEZ SILVA, Ángel, 2021, *La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico español*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Tribunal Constitucional. Madrid.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa y PORTCHEVA, Eva-María, 2009, «Iniciativa legislativa popular: estudio comparativo de la situación legal en los Estados Miembros de la Unión Europea y previsión de su futuro desarrollo a nivel de la UE». *Pliegos de Yuste: Revista de Cultura y Pensamiento Europeos* n.º 9-10, pp. 37-46.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad: 2000, «La iniciativa legislativa en la Constitución de 1978» *REDC* n.º 59 (Mayo-agosto), pp. 57-92.
- 2015, «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana» en *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 36 (UNED), pp. 171-216.
- GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción, 1994 «La iniciativa legislativa popular» en «(vv.aa.) *El procedimiento legislativo: V Jornadas de Derecho Parlamentario*». Congreso de los Diputados.

- GAVARA, Juan Carlos, *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*, Madrid, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, 1991, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid.
- HIRSCHMAN, Albert, 1991, *Retóricas de la intransigencia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- ILLUECA BALLESTER, José Eduardo, 2015, «El derecho a la participación política directa. La iniciativa popular, realidad y posibilidades» en *Revista de Derecho de la UNED* n.º 16, pp 1095-1138.
- KELSEN, Hans 1934, *Esencia y valor de la democracia*, Labor.
- LARIOS PATERNA, María Jesús 2008, «Participación de los ciudadanos en el procedimiento legislativo: la nueva regulación de la iniciativa legislativa popular y las comparecencias legislativas», *Revista Catalana de Dret Public* n.º 37, pp. 57-91.
- LOEWENSTEIN Karl, 1965, *Teoría de la Constitución*. Barcelona. Ed. Ariel.
- MARCO MARCO, Joaquín J. 2006, «El letargo participativo: la iniciativa legislativa popular en España» *Revista de las Cortes Generales* n.º 69, pp. 39-82.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Aitor, 2012 «La iniciativa legislativa popular como instrumento de participación ciudadana en el siglo XXI». *Fundación Ideas*, pp. 1-52.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, 1987, «La iniciativa legislativa popular». *Las Cortes Generales*, vol. III. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- MONTESQUIEU, 1985, *Del Espíritu de las Leyes (1748)*. Ed. Tecnos. Madrid.
- MORALES ARROYO, José María, 2018, «El alcance y los límites de los instrumentos constitucionales de participación directa» *Revista General de Derecho Constitucional (IUSTEL)*.
- PEREZ ALBERDI, Reyes, 2013, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Colección Monografías (Congreso de los Diputados).
- PÉREZ ROYO, Javier, 1987, *La reforma de la Constitución*. Colección Monografías, Congreso de los Diputados.
- PÉREZ SOLA, Nicolás, 1994 «Algunas propuestas para la reforma de la ley orgánica de iniciativa legislativa popular» en *V Jornadas de Derecho Parlamentario: El procedimiento legislativo*. Congreso de los Diputados.
- PIZORRUSO, Alessandro, 1973, «Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa», *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, CEDAM, Padua.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel, 2012, «La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia» *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* n.º 27, pp. 85-120.
- 2014, «La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control» Ponencia en *XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Salamanca.
- RALLO LOMBARTE, Artemi, 1993, *La iniciativa legislativa en el derecho autonómico*. Colecció «Autonomía i Dret».
- ROUSSEAU, Jean Jacques. 1762, *El Contrario Social*. Ed. Istmo.
- RUIZ-RICO, Catalina. y CASTEL GAYÁN, Sergio, 2013 «El derecho autonómico de participación ciudadana: un enfoque constitucional y su desarrollo legislativo» *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 13/2013 *Universidad de Jaén*. pp. 22-55.
- SAENZ ROYO, Eva, 2009 «Participación Ciudadana en el Estado Autonómico», *jornada: Una visión contemporánea de la democracia directa*. Fundación Giménez Abad.

- SANTAMARÍA PASTOR, Juan 1985 «Artículo 87», en GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid.
- SPAGNA MUSSO, Enrico. 1958 *L' iniziativa nella formazione delle leggi italiane*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli.
- TUR AUSINA, Rosario, 2013 «Leyes de participación ciudadana: las experiencias Canaria y Valenciana» en Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, pp. 203-232.
- VIDAL MARÍN, Tomás, 2015 «Regeneración democrática e iniciativa legislativa popular» *Revista para el análisis del Derecho «InDret»* n.º 2.

LA ELECCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES POR LOS PODERES DEL ESTADO Y LA PRESERVACIÓN DE LA NECESARIA INDEPENDENCIA¹

*Election of Constitutional Judges by the branches of
Government and preservation of the necessary independence*

Elena García-Cuevas Roque

Profesora Contratada Doctora

Departamento Servicios sociales y fundamentos histórico-jurídicos
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

<https://doi.org/10.18543/ed.2793>

Recibido: 21.04.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

Aunque no es una cuestión nueva, la situación de la independencia judicial en Europa ha provocado una inusitada atención. La designación de los jueces constitucionales ha suscitado intensos debates políticos, llegando a poner en tela de juicio la independencia del órgano jurisdiccional y la separación de poderes. A pesar de que la intervención de los poderes del Estado en dicha elección debería ser suficiente

¹ Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación «El estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo». (ESPAREU). REFERENCIA: PID2021-124531NB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación. Agencia Estatal de Investigación. Cofinanciado por la Unión Europea). Asimismo, está basado en una comunicación presentada por la autora en el XX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, «Estado de Derecho en el siglo XXI», celebrado en Cáceres los días 23 y 24 de marzo de 2023.

garantía para dar debido cumplimiento a los valores y principios democráticos, así como dotar a la institución de la legitimación necesaria, estamos asistiendo, desde hace años, a una mayor dificultad para evitar la influencia de las fuerzas políticas en la designación de estos jueces. Por este motivo, y en aras de la preservación del Estado de Derecho, es muy necesario insistir en la convicción de hacer primar el elemento técnico-jurídico sobre las consideraciones políticas, a la hora de aplicar los requisitos y exigencias previstos en los distintos ordenamientos.

Palabras clave

Tribunal Constitucional, elección, poderes del Estado, independencia, órbita europea.

Abstract

Although not a new issue, the situation of judicial independence in Europe has attracted unusual attention. The appointment of constitutional judges has provoked intense political debates, even calling into question the independence of the court and the separation of powers. Despite the fact that the intervention of the powers of the State in this election should be a sufficient guarantee to ensure due compliance with democratic values and principles, as well as to provide the institution with the necessary legitimacy, we have been witnessing, for years, a greater difficulty in avoiding the influence of political forces in the appointment of these judges. For this reason, and for the sake of preserving the rule of law, it is very necessary to insist on the conviction that the technical-legal element should take precedence over political considerations when applying the requirements and demands set forth in the different legal systems.

Keywords

Constitutional Court, election, branches of government, independence, european scope.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ÓRGANO CONSTITUCIONAL, JURISDICCIONAL Y NO «POLÍTICO». III. ELECCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES POR LOS PODERES DEL ESTADO. 1. Cumplimiento de los requisitos para ser juez constitucional. 2. Posibles fórmulas de elección. 3. Sistemas actuales. 4. Algunos ejemplos en la órbita europea. 4.1. Austria y Alemania. 4.2. Italia. 4.3. España. 5. Breve análisis comparativo y valoraciones. IV. REFLEXIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la creación del Tribunal Constitucional austriaco (*VFGH*) en 1920, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*BVFG*) fue uno de los primeros en desarrollar, con gran acierto, la idea formulada por Kelsen de las garantías jurisdiccionales a través de un Tribunal con funciones específicas. Tal y como debe predicarse de cualquier Tribunal Constitucional (TC), se ha tratado de considerar siempre al *BVFG* como un «órgano jurisdiccional» (*Rechtsprechungsorgan*) y no como «justicia politizada» (*Politisierte Justiz*)²; de hecho, y con una visión comparada, ha sido uno de los Tribunales que mejor ha demostrado su independencia política en la toma de decisiones³ con el transcurso de los años.

Los jueces constitucionales deben afrontar tareas que imponen, al mismo tiempo, preparación técnica y sensibilidad política, que «les permita percibir el

² No obstante, Gerhard LEIBHOLZ, que fue juez del *BVFG*, puso de manifiesto que, aun cuando el TC «toma sus decisiones dentro de un marco jurídico, [puede ejercer] al mismo tiempo poder político», lo que puede encontrarse en su trabajo, «Hüter des Grundgesetzes». *Die Welt*, 19 de noviembre de 1966, p. II (Das Forum der Geistigen Welt), donde, junto a otro artículo de SCHUELER, Hans, «Rechtsschutz für die Freiheit», se plantea el posible carácter del *BVFG* como poder o autoridad política: Bundesverfassungsgericht—eine politische Gewalt? Del mismo modo, DRATH, Martin. 1966. «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit» (2. Mitbericht). En *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts in den einzelnen Besatzungszonen: Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 20. und 21. Oktober 1950. Mit einem Auszug aus der Aussprache*. Berlín: De Gruyter, p. 94, afirma que la actividad del TC puede llegar a traducirse en «una participación autónoma del mismo en la configuración de la vida política y social».

³ La percepción de numerosos jueces constitucionales que han pasado por el *BVFG* es que, aunque el proceso de selección de los jueces esté dominado políticamente, este hecho no se refleja luego en la toma de decisiones: «Los jueces no discuten ‘apolíticamente’, sino simplemente de manera ‘apartidista’». Considero muy certera esta reflexión que realiza FARAHAT, Anusheh. 2022. «El Tribunal Constitucional Federal Alemán». En BOGDANDY, Armin von y PÉREZ DE NANCLARES, José (Coords.). *La Justicia Constitucional en el Espacio Jurídico Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 160.

significado de los conflictos que se les someten y las consecuencias jurídicas de sus fallos»(De Blas 1983, 213); deben, entonces, considerar ante todo la opinión jurídica que mejor se adapte a la decisión político-jurídica contenida en la Constitución, para lo cual, no podrán desconocer las fuerzas políticas y sociales que constituyen la base de la Constitución. Empero, el TC debe aparecer como una institución desligada de toda intencionalidad política y permanecer como decisión jurídica, aunque tenga consecuencias políticas.

De la calidad del TC como órgano constitucional, es decir, como órgano que goza de un ámbito de independencia, autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, van a resultar también para los jueces o magistrados, que componen el mismo, algunas particularidades. En este sentido, se observan grandes similitudes, muchas más que diferencias, entre los Tribunales Constitucionales de nuestro entorno; en concreto, se harán referencia en estas páginas a la jurisdicción constitucional en Austria, Italia, Alemania y España⁴, Estados, todos ellos, con una estructura descentralizada⁵.

En este contexto, se puede hablar de un conjunto de «tareas, exigencias y desafíos compartidos que [puede confluir en la creación de] una fisonomía común de la justicia constitucional en el espacio jurídico europeo» (Bogdandy, Grabenwarter y Huber 2022, 16)⁶, con una responsabilidad común, pero, a la vez, diferenciada. En dicho espacio, en el que constituye una cuestión capital la independencia de los órganos jurisdiccionales, los Tribunales Constitucionales contribuyen a perfilar «la relación entre el desarrollo de estándares europeos y el margen nacional en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), [así como] a coordinar el control judicial del TJUE, por un lado, y de los tribunales nacionales por el otro» (Grabenwarter 2022, 287).

Aunque no es una cuestión nueva, la situación de la independencia judicial en Europa ha adquirido una inusitada importancia. Buena prueba de ello es la STEDH *Guðmundur Andri Ástráðsson vs. Islandia*, de 1 de diciembre de 2020⁷, donde se estudia, entre otros extremos, la legalidad de los

⁴ De estas jurisdicciones, se destacarán sólo los aspectos más relevantes de la elección por razones obvias de espacio.

⁵ La representación de las entidades territoriales también puede quedar reflejada en el TC.

⁶ Desde el punto de vista institucional, estos autores ponen el acento en la idea de que los tribunales forman parte de una «red» o alianza, que ha permitido acuñar el término *Verfassungsgerichtsverbund* (Asociación de Tribunales Constitucionales), de la que también forman parte el TJUE y el TEDH.

⁷ Esta sentencia reviste gran interés por afectar a uno de los aspectos fundamentales del Estado de Derecho, ya que el TEDH dictamina la vulneración del art. 6.1 CEDH, al concurrir una vulneración manifiesta de la ley nacional, violación que conlleva una excesiva influencia del Ejecutivo en el nombramiento de los magistrados. Se aprecia, igual-

nombramientos para ocupar los puestos de magistrado de la Corte de apelación en Islandia.

El objetivo primordial de este estudio es insistir en la convicción de que en la designación de los jueces constitucionales no deben primar las consideraciones políticas sobre el elemento jurisdiccional y técnico-jurídico, ya que, de lo contrario, puede ocurrir que «todos los partidos conviertan la holgura discrecional para designar los vocales en apasionamiento sin límite» (Alcalá-Zamora 1975, 318)⁸. A través de las garantías apropiadas, se persigue como fin último, la independencia de los jueces en sus funciones frente a injerencias de otros poderes del Estado, medios de comunicación, partidos políticos, etc. En un régimen constitucional inspirado, entre otros principios, en un Estado de Derecho, el TC es un órgano necesario por sus importantes funciones: juzgar sobre la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado; en esta suprema tarea, me atrevería a decir que el control jurídico del poder legislativo ocupa un destacado lugar, por razones diversas⁹, además, desde luego, de tutelar como instancia última los derechos fundamentales. Esta independencia ha sido, y es, una preocupación constante que ha acaparado la atención de la doctrina científica, ante el creciente riesgo de politización¹⁰. Sirva, al menos, este breve estudio para difundir algunas reflexiones, provistas del apoyo doctrinal «clásico» en algunos extremos. Además, lo acaecido

mente una frustración de la separación de poderes. En la sentencia *Review Simpson*, de 26 de marzo de 2020, el TJUE –refiriéndose a la sentencia de la Sala Ordinaria de *Astráðsson*– sostuvo que una irregularidad durante el nombramiento de jueces en el sistema judicial implica una infracción del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, particularmente cuando dicha irregularidad es de tal naturaleza y gravedad que crea un riesgo real de que otras ramas del Estado, en particular, el ejecutivo podría ejercer una discrecionalidad indebida, socavando así la integridad del resultado del proceso de nombramiento.

⁸ Son palabras de Niceto Alcalá-Zamora para referirse al Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) de nuestra II República de 1931.

⁹ A través del recurso de inconstitucionalidad, no sólo se logra ese control jurídico del legislativo; actúa, igualmente, como «correctivo de la acumulación fáctica de poderes producida por la articulación del principio parlamentario con la democracia de partidos», tal y como pone de relieve GARCÍA-PELAYO, Manuel. 2014. «El “status” del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 100, enero-abril, p. 25.

¹⁰ Ese riesgo existe, sin ir más lejos, por el «valor político de la advertencia o amenaza por la oposición parlamentaria de elevar la cuestión ante el Tribunal Constitucional», el cual es, de alguna forma, «la maza con la que la oposición procura golpear a la mayoría gubernamental en cuestiones particularmente álgidas», alegando las presuntas inconstitucionalidades. Así se expresa, con una visión muy acertada, ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. 2003. «Sobre la composición del Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.ºs 10-11, 2º semestre, 2002-1º semestre 2003, UNED, p. 154.

en estos últimos años en torno a la última renovación de nuestro TC (TCE)¹¹ ha puesto en tela de juicio la independencia y la separación de poderes –la trinidad clásica–.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ÓRGANO CONSTITUCIONAL, JURISDICCIONAL Y NO «POLÍTICO»

Aunque la labor de los Tribunales Constitucionales es fundamentalmente jurídica, pues se trata de un órgano jurisdiccional, no pueden obviarse las implicaciones políticas de sus decisiones, en especial en los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencias. Ahora bien, la tarea del TC no debe perder ese carácter jurídico por la índole política de los asuntos a tratar, pues el Tribunal resuelve éstos «con argumentos jurídicos y por razones jurídicas, sin dependencias espurias»¹², realizando siempre una función pacificadora del Derecho. De aquí proviene la necesidad de evitar que el TC sea considerado como un órgano político más del Estado.

En este sentido, nos recuerda Gabaldón López (2018, 1732-1733), que «[el hecho de] que en el fondo las cuestiones sometidas al [TC] tengan un fundamento y efecto político no significa que sea el Tribunal menos independiente, sino al contrario, que deba exigir mayores garantías para la independencia de sus magistrados de aquellos otros poderes a quienes corresponde elegirlos con la mirada puesta en el predominio del Derecho y no en la prevalencia del poder».

¹¹ Tristemente, hemos asistido a una considerable deslegitimación de nuestro TC debido a la innegable influencia política en la designación de los magistrados. No se puede obviar, en este punto, el problema que, desde enero de 2023, presentó nuestro TC con la cuestión de alcanzar el quorum necesario para la adopción de acuerdos, antes las posibles recusaciones. En efecto, en el momento actual, estamos asistiendo a situaciones poco deseables ante los recursos que estaban en lista de espera, tras la tardía renovación del TCE, que provocó una situación de interinidad de un tercio de sus magistrados: Ley del aborto, Ley de educación, Ley de la eutanasia, etc. El Tribunal avaló a finales de febrero de 2023 la Ley del aborto (LO 2/2010, de 3 de marzo), momento en el que se acordó la redacción de la sentencia definitiva; de este modo, se rechaza el recurso que interpuso el Partido Popular hace trece años; el tan esperado pronunciamiento se ha producido recientemente con la STC 44/2023, de 9 de mayo; quizá ha sido la sentencia que más se ha demorado en la historia de nuestro Tribunal. En definitiva, con el TCE renovado han salido adelante las sentencias que se han llevado al Pleno; algunas con «mayorías transversales», incluyendo magistrados «ideológicamente plurales»; así, el recurso del Partido Popular contra el real decreto con el que el Ejecutivo frenó los desahucios en los estados de alarma dividió al bloque conservador.

¹² Estas fueron las bellísimas palabras que utilizó Francisco Tomás y Valiente a la hora de describir la labor del TCE a los medios informativos en marzo de 1986, reafirmando lo ya señalado por el anterior presidente del TCE, D. Manuel García-Pelayo: el carácter jurídico del órgano.

Pero, asegurar su independencia respecto a los otros órganos partícipes de la soberanía, no es tarea sencilla. La primera cuestión que se nos plantea es la relación que guarda con los restantes poderes. La independencia forma parte del concepto de órgano constitucional; los órganos constitucionales «están coordinados constitucionalmente y no se encuentran en una relación de subordinación, por lo que el intento de un órgano constitucional de influir sobre otro iría en contra [del espíritu de la propia Constitución]» (Santi Romano 1950, 6). El propio TC realiza una auténtica cooperación y colaboración con el legislativo, ejecutivo y judicial¹³; todos han de cooperar de forma armoniosa a la realización de las funciones constitucionales y al mantenimiento del Estado de Derecho. No en vano, Kelsen afirmó que «sólo un órgano distinto del legislativo e independiente de él, y, por tanto, de cualquier otra autoridad estatal, está llamado a destruir los actos [-contrarios a la Constitución-] del legislador» (Kelsen 1929, 53).

Sería deseable eliminar toda apariencia de composición «políticamente dirigida» o unilateral; pese a que los constituyentes en los respectivos ordenamientos trataron de impedirlo a través de un sistema de garantías, no se puede desconocer que el TC tiene que decidir sobre los valores fundamentales de la Constitución y ésta es una decisión que tiene una vertiente política. Se persigue, pues, una composición que dote al Tribunal de la necesaria cohesión en sus sesiones y a las sentencias de la mayor calidad posible.

III. ELECCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES POR LOS PODERES DEL ESTADO

En todo Estado de Derecho democrático y constitucional, la independencia e imparcialidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones, constituye una pieza clave¹⁴. El juez, al resolver y decidir sobre un asunto, no puede estar sujeto a ningún tipo de órdenes provenientes de otros órganos o detentadores del poder, así como tampoco de un Tribunal jerárquicamente

¹³ Recordemos que, entre las competencias de estos Tribunales Constitucionales, se encuentra la resolución de conflictos de atribuciones entre los órganos constitucionales del Estado.

¹⁴ No en balde, tanto el TJUE (sentencias de 16 de febrero de 2022 –asuntos C-156/21 y C-157/21–) como el TEDH han reconocido que el Estado de Derecho abarca igualmente aspectos institucionales como la independencia e imparcialidad de los tribunales y la separación de poderes: «la garantía de la independencia judicial es una obligación legal que constituye el núcleo del Estado de Derecho». Cfr. Craig, Paul. 2022. «Definición y conceptualización del Estado de derecho. La importancia de la independencia judicial». *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 50, pp. 182-183. Véase, asimismo, Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2022, sobre el Estado de Derecho y las consecuencias de las resoluciones del TJUE (2022/2535 (RSP)).

superior. Sólo así, las sentencias podrán alcanzar un «nivel remarcable de calidad técnico-jurídica, estando por encima de toda sospecha de disciplina partidaria o presiones». El propio TCE afirmó que los jueces (ordinarios y constitucionales) deben permanecer ajenos «a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio» (STC 162/1999, de 27 septiembre)¹⁵. Esta magnífica descripción de la imparcialidad debe ser una realidad y no quedar en meras «apariencias», siendo necesaria para sostener la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos. En suma, me estoy refiriendo a la «independencia», no sólo frente a los demás órganos, sino también frente a la comunidad y la sociedad.

Es éste uno de los apartados más espinosos en la justicia constitucional. No se puede desconocer la existencia de una serie de factores intelectuales, afectivos, políticos..., a los que el juez, como persona y ciudadano, no puede sustraerse. Permanecer ajeno a las influencias de otras personas o grupos de presión, presenta una gran dificultad, de modo que la tesis de la neutralidad absoluta de los jueces tiene cada vez menos partidarios.

Ahora bien, lo que sí está en manos del legislador es el establecimiento de un rígido y estricto estatuto por el que han de regirse los miembros de tan Alta Magistratura, y en el que la búsqueda de la imagen de un juez independiente e imparcial, a la vez que tributario de los principios de la Constitución, es la idea suprema que impera como línea directriz a seguir. La regulación de este «status» en los textos constitucionales –y en los desarrollos de éstos– supone un cierto obstáculo ante el riesgo de vinculación partidista de los jueces constitucionales. En virtud de dicho régimen, han de ser llamados a los Tribunales Constitucionales juristas muy «comprometidas con la Constitución», los cuales, aun teniendo estos vínculos afectivos, políticos o de otra índole, disponen de amplia experiencia profesional y capacidad necesarias para llevar a cabo su función con dignidad. Como afirma Alzaga *et al* (2017, 694), «la cuestión capital, en el terreno de la práctica, es a quién se elige para encarnar la Justicia Constitucional, puesto que todo posible miembro de tan

¹⁵ En esta sentencia el propio TCE considera que la imparcialidad forma parte del derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. A modo de refuerzo, se sitúan la abstención y la recusación. A diferencia de lo que ocurre en la Corte Constitucional italiana en la que las disposiciones generales sobre abstención y recusación no son aplicables a sus magistrados, en el TCE hallamos una remisión a la LOPJ (art. 219, causa 9ª, LOPJ); las causas de recusación están funcionalmente ordenadas a la garantía constitucional de imparcialidad (ATC 64/1984, de 2 febrero). Pero, no sólo atribuye especial transcendencia a la imparcialidad nuestra jurisprudencia constitucional, sino también el TEDH «porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática». Véanse SSTC 162/1999, de 27 septiembre, 69/2001, de 17 marzo, 5/2004, de 16 enero y ATC 387/2007, de 16 octubre. Asimismo, véase STEDH de 17 de junio de 2003, caso Valero.

alto Tribunal necesariamente tiene un sesgo en su formación, una escala de valores y ciertos prejuicios (...)». Volveré sobre ello más adelante.

Sin embargo, no se puede obviar la eventualidad de que, al cubrirse los puestos en el Tribunal, se tengan en cuenta tan solo sus opiniones o simpatías políticas, en lugar de la capacidad o profesionalidad.

1. *Cumplimiento de los requisitos para ser juez constitucional*

La selección de los jueces exige unas condiciones de competencia profesional, de experiencia judicial y de imparcialidad. Para conseguir estos resultados, se exigen unos nombramientos en los que se tendrá en cuenta, ante todo, los siguientes aspectos: la calificación objetiva para la función profesional, las actividades desempeñadas anteriormente y la «imparcialidad», la cual se determinará a través de un rígido sistema de incompatibilidades y otros aspectos relativos al estatuto personal, que, aunque no es el momento de analizar con detalle, resulta muy similar, y hasta equivalente, al estatuto de los jueces ordinarios.

Es conveniente, asimismo, que se trate de personas «ajenas» a intereses de grupos políticos, sin que ello implique desconocer la problemática social. Y en el caso, poco deseable, de la elección como jueces constitucionales de políticos, debe procurarse que actúen desde su experiencia política y contacto con el Derecho constitucional, y evitar que sigan siendo «políticos» en su actuación como magistrados constitucionales (Geck 1988, 188). En esencia, son criterios –o requisitos– profesionales, temporales y de capacidad los que se exigirán en la mayoría de los Tribunales Constitucionales. Y es cierto que han pertenecido –y pertenecen– a estos Tribunales personas vinculadas a la ciencia jurídica (y política) en general, lo que ha permitido que «ambas partes [hayan] sacado provecho de esta íntima relación entre la ciencia y la jurisdicción constitucional» (Antoniolli 1969, 586).

Se pretende garantizar al Tribunal una óptima cualificación de los jueces que lo integran, los cuales serán de reconocido prestigio e independencia de partidos y de intereses, aunque no ignorancia, pues la información sobre las posiciones y programas de estas formaciones políticas pueden resultar interesantes en orden a una mayor comprensión de los problemas político-sociales. La actividad de los jueces constitucionales debe ser reflejo de una sólida formación como juristas «genuinos»¹⁶, con capacidad para hacer frente a tal linaje

¹⁶ De este modo se expresan STERN, Klaus. 1980. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. II. *Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz-und Haushaltsverfassungs, Notstandsverfassung*. München: C. H. Beck, s. p. 360 y LECHNER, Hans. 1973. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3 Auflage, München: Beck, p. 49. Por lo demás, y dado que nuestro centro de atención es la órbita europea, Klaus Stern, –junto con otros autores,

de problemas; asimismo, «la homogeneidad de procedencia y de formación contribuye de manera poderosa a la armonía de los trabajos»¹⁷. En consecuencia, todas las exigencias enumeradas encuentran su razón de ser en la misión encomendada al juez constitucional de realizar, ante todo, una investigación razonable y relacionada con la realidad del Derecho; no debe proceder según el dicho *fiat Iustitia, pereat mundus* («hágase Justicia, aunque perezca el mundo»), ya que debe tener en cuenta siempre las repercusiones de sus decisiones sobre la vida de la Constitución, así como sobre las personas afectadas.

Dicho de otro modo, un juez constitucional ha de poseer experiencia en la vida pública y conocer la realidad de la Constitución, especialmente las funciones de los órganos constitucionales en la práctica, su colaboración entre sí y con las fuerzas imperantes en la vida pública (Schneider 1983, 37). Asimismo, las opiniones científicas expresadas por estos jueces tendrán una notable influencia sobre los demás órganos y tribunales; en efecto, la doctrina jurisprudencial emanada de los Tribunales Constitucionales es objeto de la mayor atención—junto a la doctrina emanada de los Tribunales internacionales de Justicia—por parte de los estudiosos del Derecho. Desde este punto de vista, coincido con Alzaga *et al* (2017, 692) en que «del carácter propio del [TC] deriva el de las sentencias que emanan del mismo», sentencias que han de alcanzar un «nivel remarcable de calidad técnico-jurídica, estando por encima de toda sospecha de disciplina partidaria o presiones».

2. Posibles fórmulas de elección

Ante la contingencia de que la jurisdicción constitucional pueda ser un contrapoder dentro de los poderes legítimos y reconocidos por un Estado, hallamos en las distintas normas sobre el nombramiento de los jueces constitucionales, medidas para evitar las repercusiones poco deseables del «poder» de los Tribunales Constitucionales (Ermacora 1970, 782), en el seno de cada Estado.

En cuanto a los órganos encargados de realizar las propuestas, se han barajado numerosas posibilidades: elección popular, elección por un órgano independiente...; pero, ¿dónde está ese órgano u órganos? Resulta casi obligado hacer previamente una referencia a las fórmulas ideales que pueden existir en torno a las autoridades encargadas de dicha elección. Un órgano independiente podría nombrar a los jueces constitucionales; los tribunales independientes pueden existir en las democracias parlamentarias. La legitimidad también podría

Sodan y Möstl—, también cuenta con una edición muy reciente en el ámbito de la Unión Europea, por lo que es obligada su referencia: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, München: C. H. Beck, 2022.

¹⁷ Así rezaba la exposición de motivos, redactada por Pérez-Serrano, del Anteproyecto de Ley Orgánica del TGC, elaborado por la Comisión jurídica asesora.

residir directamente en el pueblo (elección popular), el cual tendría que elegir directamente al juez constitucional; de hecho, en Suiza, una iniciativa popular propuso que los jueces federales fueran elegidos mediante un sistema de sorteo¹⁸. Ahora bien, de la elección democrática de los jueces pueden derivarse serios inconvenientes, entre otras razones, porque «los jueces no son políticos»¹⁹; la experiencia americana puede ofrecernos algunas enseñanzas. La elección popular, además, puede presentar el inconveniente de no regirse por criterios puramente objetivos de idoneidad profesional y personal y, por ende, no garantizar una imparcialidad, sobre todo cuando esta elección se combina con períodos de mandatos cortos, ya que el juez en cuestión puede dejarse llevar por el interés de ser reelegido. Se ha afirmado que esta elección o propuesta debería encontrarse en algún lugar fuera de la nación o del pueblo en su conjunto, porque, de otra forma, no podría manejarse en la práctica (Ermacora 1970, 783)²⁰.

3. *Sistemas actuales*

A la vista de lo expuesto, hay que renunciar a estos sistemas ideales y difíciles de poner en práctica, y recurrir a fórmulas más realistas y más conformes con las circunstancias actuales del Poder. Una vez verificada y comprobada la existencia de los requisitos de elegibilidad, se procede a su elección, cuestión ésta que

¹⁸ ¿Cómo debería designarse a los jueces? ¿Según su afiliación política o por sorteo? Puede encontrarse una opinión controvertida sobre el particular en «Un juez objetivo es un ideal, incluso hasta una ilusión» en *Swissinfo.ch*, 17 de julio de 2018. El jurista Lorenz Langer considera que la cuestión fundamental es saber en qué medida la justicia tiene necesidad de una legitimación democrática o si, por el contrario, la administración de justicia es una tarea puramente tecnocrática, que debe estar totalmente desligada de la política. En Suiza, continúa el historiador y jurista, hemos llegado a la conclusión de que hay ciertos lazos con la política, los cuales probablemente deben existir: los tribunales deberían, en cierta medida, reflejar todo el espectro político. Disponible en https://www.swissinfo.ch/spa/democraciadirecta/iniciativa-sobre-la-justicia_-un-juez-objetivo-es-un-ideal--incluso-hasta-una-ilusi%C3%B3n-/44260632 Acceso el 15 de febrero de 2023. «El principal problema que se aprecia en la propuesta de la iniciativa es que la designación por sorteo debe regirse «exclusivamente por criterios puramente objetivos de idoneidad profesional y personal» para desempeñar el cargo de juez del Tribunal Federal [*Bundesgericht*] [y, como he indicado *ut supra*], ¿cuáles son esos criterios objetivos?»

¹⁹ Remitimos al lector a un interesante artículo publicado en *The Economist* (23-29 de agosto de 2014) titulado «La elección democrática de los jueces en Estados Unidos» y comentado por Pedro Herrera, donde se analizan los problemas derivados de esta elección y las consiguientes campañas electorales en EEUU. Disponible en <https://ecjleadingcases.wordpress.com/2014/08/28/la-eleccion-democratica-de-los-jueces-en-estados-unidos-the-economist/> Acceso el 5 de marzo de 2023.

²⁰ Cfr., asimismo, LOEWENSTEIN, Karl. 1976. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, pp. 297 y ss. sobre los diferentes modos de designación del personal judicial.

también va a plantear un problema de integración del TC dentro del marco de los demás órganos estatales. Parece que las fórmulas viables y factibles son las que dominan en las distintas jurisdicciones constitucionales en el ámbito europeo. Estas fórmulas consisten en la elección por diferentes autoridades u órganos del Estado: Cámaras o Parlamento, Presidente de la República, Magistraturas..., instituciones que operan la democracia representativa y que han de ser conscientes de su alta responsabilidad. Pero no se deja la elección a una sola de estas autoridades, sino que cada una de ellas elegirá una parte alícuota de miembros, siendo también de gran relevancia el procedimiento de la propuesta en cada caso. Con la participación equilibrada de los distintos órganos podrán confluír en el Tribunal todas las tendencias diversas para un adecuado desarrollo de sus funciones. La distinta procedencia de los jueces constitucionales garantizará un mayor grado de profesionalidad e imparcialidad.

Sin embargo, no se puede desconocer el riesgo de transmitir la imagen de una división de los miembros del Tribunal según el origen de su propuesta (Gabaldón, 2018, 1736-1737)²¹, percepción mucho más acusada cuando se plantean resoluciones de trascendencia político-partidaria, como si se tratara de un anticipo del voto que se espera de cada juez o magistrado. Tristemente este riesgo se está convirtiendo en algunos Tribunales en una realidad, debilitando su independencia. Este problema tiene su origen en una legitimación diferente de los miembros del Tribunal, creándose grupos de jueces legitimados de distinta manera, pero con una misma función, lo cual, en tiempos de polarización política aguda podría convertirse en un medio para atacar a ciertos miembros del mismo.

El modo de designación de estos jueces presenta una especial trascendencia en la medida en que no se considera un problema puramente técnico, sino un problema central «para la fuerza de integración y capacidad de funcionamiento» (Stern 1980, 356), existiendo graves consecuencias si esta elección se realiza en forma errónea o con abuso por parte de los órganos electores, de tal modo que es muy conveniente rechazar las posibles influencias de partidos políticos en dichos órganos, a efectos de mantener una amplia legitimación democrática. La razón última de todo ello es procurar la necesaria independencia entre los órganos electores y los elegidos.

4. *Algunos ejemplos en la órbita europea*

Como se ha destacado al comienzo de este estudio, se ha optado por realizar una breve descripción del sistema y procedimiento de elección de los

²¹ Este autor insiste, además, en que debería intentarse un procedimiento de propuesta ajeno al debate político, aunque es consciente de las dificultades en la consecución de este objetivo.

jueces o magistrados de los Tribunales Constitucionales en Austria, Alemania, Italia y España –recogidos en sus respectivos textos constitucionales como órganos especializados en la justicia constitucional²²–, entre los que existen bastantes similitudes, como se podrá apreciar en las siguientes líneas; además, estos países presentan una estructura descentralizada, de modo que la representación de las entidades territoriales puede quedar también reflejada en el TC.

4.1. Austria y Alemania

En los estados federados como Austria y Alemania, actúan como órganos electores la Cámara unitaria y la federal: en el *VFGH*, el Consejo Nacional –*Nationalrat*– y el Consejo federal –*Bundesrat*– (junto al Gobierno federal –*Bundesregierung*–); en el *BVFG*, el *Bundestag*, *BT*, –a través de una Comisión especial (o Comité electoral)²³ compuesta de doce compromisarios– y el *Bundesrat*, *BR*. Esta prescripción responde a la necesidad de que en todo Estado federal estén representados de alguna forma los estados miembros en el TC, para realizar la función arbitral entre *Bund* y *Länder*²⁴; además, esta designación por dos órganos supremos federales «pone de relieve la importancia del magistrado constitucional federal y la voluntad del legislador constitucional de conferir a los jueces constitucionales una legitimación a través de la representación popular en la Federación o en los *Länder*» (Geck 1988, 179). La presencia del *Bundesrat*, como Cámara de los Estados Federados (*LänderKammer*) en la designación de estos jueces, acentúa en gran medida el elemento federalista, existiendo una influencia, al menos aparente, de los *Länder*. Lo que debe evitarse es que la propuesta recaiga sobre personas que

²² Junto a los dos modelos de justicia constitucional –difusa y concentrada– se situó en su momento un tercer sistema denominado «político», en virtud del cual, se confiaba el control de la Constitución a un órgano esencialmente político, como es el legislativo. Tuvo su origen en la Constitución estalinista de 1936, siendo el modelo característico, con matizaciones, de Europa del Este. Está de más decir que este modelo presenta grandes deficiencias: no tiene mucho sentido que el órgano legislativo, de naturaleza política, pueda, por ejemplo, declarar la inconstitucionalidad de una ley que el mismo órgano ha sancionado.

²³ Art. 6 *BVFGG* (Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán); ésta sufre una modificación en 2015 (Ley de 24 de junio de 2015), en virtud de la cual la elección por la Comisión especial o electoral requiere la confirmación del Pleno del *Bundestag*. Sin embargo, la práctica seguida desde entonces ha sido la de no cuestionar apenas el resultado de la Comisión.

²⁴ KELSEN, Hans. 1929. «Die Verfassungsreform». *Juristische Blätter*, pp. 456-457, cit. Caravita, Beniamino. 1985. *Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, (I). Padova: Cedam, pp. 78-79 en nota 26.

estén formando parte de algunas de las Cámaras o que se encuentren ocupando cargos relevantes de partido, por poner algunos ejemplos ya destacados por la doctrina.

En Austria, el sistema de elección de los jueces se confió inicialmente al Parlamento, pero este procedimiento se modificó en 1929; se llegó a una solución de compromiso en un intento de «proporcionar al juez constitucional una legitimación indirecta por el pueblo, tener en cuenta el principio federal, así como destacar la separación de poderes» (Schwärzler 1983, 20). El presidente, vicepresidente, seis miembros y tres suplentes son designados a propuesta del Gobierno Federal, para los cuales se requiere una capacidad especial: serán escogidos entre magistrados, funcionarios administrativos y catedráticos de las Facultades universitarias de Derecho y Ciencias Políticas. De los otros seis miembros restantes y tres suplentes se designan, tres de los primeros y dos de los segundos por el Presidente Federal (*Bundespräsident*) a propuesta del Consejo Nacional, y los otros tres titulares y el suplente restante por el Presidente Federal a propuesta del Consejo Federal (art. 147.2 Constitución austriaca (*B-VG*)). Como en otros Tribunales Constitucionales, en este sistema de elección se detecta una intervención de órganos preferentemente políticos, lo que puede llegar a provocar que la elección misma obedezca a criterios políticos, pues el partido político con responsabilidad gubernamental es quien puede proponer una mayoría de miembros del *VFGH*; la composición de éste podría llegar a reflejar la relación de fuerzas de los distintos grupos políticos, no excluyéndose, sin embargo, la posibilidad de un acuerdo entre las fuerzas políticas para superar esta tendencia «mayoritaria». No le falta razón a Ermacora (1984, 272) cuando señala que la causa de esta situación se encuentra en la «propia naturaleza de la Constitución». Con el paso de los años, se ha podido comprobar que, salvo casos aislados, los jueces del *VFGH* han sido propuestos por los dos grandes partidos del país; tan solo ha existido el peligro de una eventual petición de la *FPÖ* (*Freiheitliche Partei Österreichs*) –partido de la Libertad de Austria– de tener en el propio *VFGH* un «hombre de confianza»²⁵. Se debe insistir en la necesidad de que estos órganos «políticos» se dejen guiar en sus

²⁵ Tal como se hizo en 1981 intentando introducir modificaciones en los requisitos de nombramiento de los jueces, proponiendo la elegibilidad también de aquellos que no entraban en las categorías del art. 147.3 *B-VG*, entre las que deben ser elegidos los miembros del *VFGH*. A partir de 1966 se llegó a un acuerdo para superar esta tendencia. Se recuerda un momento de gran dificultad en 1973 cuando la *SPÖ* (*Sozialdemokratische Partei Österreichs*) –partido socialdemócrata– alcanzó el mismo nivel electoral que la *ÖVP* (*Österreichische Volkspartei*) –partido popular–; se consideró que la distribución de los miembros en el seno del *VFGH* no debía ser ya de ocho miembros a seis a favor de la *ÖVP* sino paritaria.

propuestas al Presidente Federal por motivos objetivos. A tenor de la Constitución austriaca (*B-VG*) y de la Ley Federal del Tribunal Constitucional austriaco (*VFGHG*), el *VFGH* no tiene influencia alguna sobre la elección de sus miembros, como sí tendrá en el caso alemán a través de una intervención extraordinaria (art. 7a Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán –*BVFGG*–), que puede contribuir a intensificar la elección del juez objetivamente cualificado. Al igual que en otros países, el nombramiento de todos los miembros (y suplentes) incumbe al Presidente Federal.

En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn (*GG*) regula la elección de los jueces constitucionales (art. 94 *GG*) de modo diferenciado frente al procedimiento establecido para los restantes jueces federales (art. 95 *GG*)²⁶. En la elección de los jueces del *BVFG* la doctrina²⁷ destaca cuatro exigencias difíciles de compatibilizar entre sí: una legitimación democrática de los jueces constitucionales; la exclusión de influencias unilaterales al efectuar la elección²⁸; la exigencia de una alta cualificación de los jueces; y, por último, la exigencia de una representación federativa. Puede observarse, por cierto, que estamos ante exigencias perfectamente aplicables a otros ordenamientos. Los 16 jueces del *BVFG* son elegidos, la mitad por el *BT* y la otra por el *BR* (art. 94.1 *GG* y art. 5.1 *BVFGG*, precepto este último que busca, dentro de lo posible, un cierto equilibrio numérico de la participación del *BT* y *BR* en la elección de los jueces); en ambos casos, por mayoría de dos tercios²⁹. Este requisito garantiza que gobierno y oposición tengan que llegar a un

²⁶ En efecto, el nombramiento de los magistrados de los Tribunales Superiores (*oberste Gerichtshöfe*) para los ramos de las jurisdicciones ordinaria [civil y penal], administrativa, financiera, laboral y social, el Tribunal Federal de Justicia, el Tribunal Federal Contencioso-administrativo, el Tribunal Federal de Hacienda, el Tribunal Federal de Trabajo y el Tribunal Federal Social, corre en cada caso a cargo del Ministro Federal competente junto a una «Comisión de Selección Judicial», compuesta de los ministros competentes de los Länder –en su respectivo ámbito– y de un número igual de miembros elegidos por el *BT*.

²⁷ Cfr. SCHIFFERS, Reinhard. 1984. *Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Düsseldorf: Droste, p. XXXIX.

²⁸ Ya Wiltraut Rupp-von Brünneck, como jueza del *BVFG* desde 1963, advirtió contra la creciente tendencia a una politización de las elecciones de los jueces, los cuales son designados según la proporción política de los partidos: *CDU/CSU*, *SPD* y *FDP*, a los que hay que añadir *Bündnis 90/Die Grünen* (Alianza90/Los Verdes) –desde los años 80–, *Die Linke* (La Izquierda) –que se consolidó como quinto partido desde las elecciones de 2005– y la *AID* (*Alternative für Deutschland*) a partir de las elecciones federales de 2017.

²⁹ Como es lógico, la doctrina estima que este sistema se considera en general como idóneos para otorgar legitimación democrática y garantizar un amplio consenso entre los grandes partidos políticos. GECK, Wilhelm Karl, «Nombramiento y ‘status’...», p. 185, el cual afirma que completamente diferente es el juicio que merece la «práctica» introducida en el procedimiento de designación; a esta crítica se suma un amplio sector de la doctrina

compromiso en los nombramientos, como se ha indicado, «pero al mismo tiempo evita un posible bloqueo debido a exigencias de mayorías excesivas» (Farahat 2022, 156), ya que, con anterioridad a 1956, dicha mayoría era de tres cuartos. La elección por las Asambleas legislativas es expresión de una legitimación tanto democrática como federativa o gubernamental; puede pensarse, asimismo, que la *GG* busca conseguir y mantener el equilibrio entre los poderes legislativo y ejecutivo, por un lado, y poder judicial por otro, al tiempo que trata de crear un contrapeso por parte de los órganos legislativos en relación con el *BVFG* y, tal vez, moderar las posibles repercusiones políticas de las futuras decisiones de dicho Tribunal. Autores como Kröger (1976, 78), estiman que la *GG* mantiene un marco de poderes equilibrados con objeto de moderar el poder estatal y de impedir la supremacía de un poder del Estado sobre otro.

El hecho de que se precisen en ambos casos (*BT* y *BR*) la mayoría cualificada de dos tercios puede dificultar en algún sentido la elección o retrasarla, pero ofrece la ventaja, como en otros países, de que se eligen a jueces que no solamente tengan la confianza de la mayoría gubernamental, sino también de la oposición. Se concede, entonces, al *BVFG* una alta legitimación democrática, así como una elevada reputación y confianza; en una democracia pluralista, la composición de un Tribunal no puede estar a disposición de la mayoría gubernamental³⁰. Con este procedimiento se legitima la actividad del *BVFG* de manera democrática, siguiendo el principio básico de la *GG*, destacado por la doctrina alemana³¹: «ningún poder puede ser ejercido sin una fundamentación democrática».

Estas elecciones de los jueces se han podido basar con frecuencia en un acuerdo entre las grandes fuerzas políticas (normalmente, dos posiciones hegemónicas), lo que ha sido criticado, alegando que puede llegar a afectar a la «calidad» de los jueces constitucionales; pero no se han hallado mejores fórmulas. Es cierto que, en la práctica ha habido acuerdos sistemáticos entre *CDU/CSU* y *SPD* fundamentalmente, de modo que el procedimiento puede ser

científica, hasta el extremo de considerar que la elección de los jueces es «uno de los capítulos menos agradables» de la historia del *BVFG*.

³⁰ En este sentido, FEDERER, Julius. 1963. *Aufbau, zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*. Sonderdruck aus Das Bundesverfassungsgerichten. Karlsruhe: Müller, p. 41; Geiger, Willi. 1983. «Über den Umgang mit dem Recht bei der Besetzung des Bundesverfassungsgerichts». *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, n.º 15-16, octubre, p. 397, quien también nos habla de ese problema existencial o endémico en la elección de los jueces.

³¹ Así, BILLING, Werner. 1969. *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*. Berlín: Duncker & Humblot, pp. 93 y ss.; Böckenförde, Ernst-Wolfgang. 1974. *Verfassungsfragen der Richterwahl*, Berlín: Duncker & Humblot, pp. 73 y ss. Y Kröger, Klaus, «Richterwahl...», p. 79.

modificado por procesos de negociación política partidista (Cfr. Farahat 2022, 158-159). Este sistema requiere que no exista entre los partidos un clima de desconfianza o enfrentamiento, ya que, de producirse dicha situación, quedaría la elección de jueces prácticamente paralizada. Para evitarlo, se matizan esas «preferencias» de los partidos en el sentido de cubrir una parte de los puestos de jueces constitucionales con personas que fuesen igual de aceptables para los grandes partidos, siendo, entonces, factor decisivo la cualificación profesional de los candidatos que, en esencia, es lo que tiene que primar. Dado que en toda democracia de partidos es inevitable que éstos tengan influencia sobre la elección de los jueces, es preferible sustituir dicha influencia incontrolada por la participación institucionalizada, algo que también nos transmitió Kelsen.

4.2. Italia

En Italia, de los quince jueces que componen la Corte³² —como Colegio ordinario—, un tercio (5 jueces) son nombrados por el Presidente de la República, un tercio por el Parlamento en sesión conjunta, —donde se requiere una mayoría de dos tercios—³³, y el último tercio por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas³⁴ (art. 135.1 Constitución italiana y art. 1 *Legge*, 11 marzo 1953, n.º 87)³⁵. Se puede apreciar que en este sistema de elección no intervienen las regiones, en claro contraste con lo que ocurre con otros órganos constitucionales en Italia, como, por ejemplo, la elección del Presidente de la República y del Senado (arts. 83.2 y 57.1, respectivamente, de la Constitución italiana). La presencia de este elemento hubiera sido conveniente, al igual que ocurre en Austria, para integrar la Corte con un cierto número de personas que posean, junto a aquellos rígidos requisitos, una especial sensibilidad para los problemas regionales. De hecho, han existido algunas propuestas doctrinales y legislativas en el sentido de dar entrada en esta elección a propuestas de las Asambleas legislativas regionales³⁶.

³² A los magistrados ordinarios de la Corte, se sumarán dieciséis jueces legos en el caso de juicio político contra el Presidente de la República; estos últimos serán elegidos de entre una lista elaborada por el Parlamento (art. 135.7 Constitución italiana).

³³ Bien es verdad que bastará una mayoría de tres quintos tras una tercera votación infructuosa.

³⁴ Inicialmente, la designación de este tercio se asignó al Consejo Superior de la Magistratura, pero finalmente se impuso la opción a favor de las supremas magistraturas.

³⁵ La designación tendrá lugar por decreto en la elección por el Presidente de la República, por mayoría de dos tercios de la Asamblea en la elección por el Parlamento, como se ha indicado *ut supra*, y por mayoría absoluta de los componentes de cada Colegio en la elección por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa.

³⁶ En este sentido, destaca la *legge costituzionale* de 18 de octubre 2001, nº 3, que ha revisado ampliamente el Título V de la Constitución italiana «De las Regiones, Provin-

Una vez más, debe insistirse en que la exigencia de un amplio apoyo parlamentario en las propuestas (mayoría de dos tercios) puede evitar, en cierto modo, que la mayoría en el gobierno no designe a sus «propios» candidatos contra la resistencia de la oposición (Bifulco y Paris 2022, 440); sin embargo, como ocurre en otros países, los nombramientos acaban «negociándose» entre la mayoría y la oposición, con los consabidos retrasos y falta de quorum³⁷.

Dejando a un lado, ahora, los cinco jueces nombrados por las supremas magistraturas o más altos tribunales³⁸, los diez restantes competen a los que no se les puede negar el carácter político. Aunque en un primer momento, esta tripartición de la facultad de elección (Presidente de la República, Parlamento y Supremas Magistraturas) puede parecer inspirada en la clásica división de poderes, entre los que la Corte se asemejaría a un árbitro, sin embargo, esta construcción no es del todo correcta, desde el momento en que en el ordenamiento italiano, el Presidente de la República no es el jefe del ejecutivo, y realiza un nombramiento-elección del tercio de jueces que le corresponde; del mismo modo, las supremas magistraturas ordinaria y administrativa no representan todo el poder judicial, sino tan solo una parte del mismo, por lo que los designados por estas últimas no son expresión del conjunto de los magistrados sino únicamente de los que pertenecen a los tribunales que ocupan el vértice de las jurisdicciones respectivas (Branca 1975, 147 y Pizzorusso 1984, 4); sin embargo, permite garantizar «vínculos permanentes» entre la Corte Constitucional y las demás jurisdicciones (Bifulco y Paris 2022, 441). Ahora bien, de lo que no cabe duda es que los citados órganos encargados de la elección guardan una fuerte vinculación con los poderes clásicos, de tal modo que la Corte presentaría una «composición plural y equilibrada», al estimarse que la participación de órganos «vinculados» con los tres poderes clásicos del Estado transfieren, cada uno, una visión institucional propia³⁹; y así lo ha contemplado gran parte de la doctrina científica, ya que contribuye a garantizar la independencia de la Corte.

cias, y Municipios». Después de esta intensa reforma, cambió profundamente el cuadro de las relaciones entre el Estado, las Regiones y los otros entes locales; si bien, esta revisión constitucional no ha afectado directamente a las competencias de la Corte, sino tan sólo en algún detalle procedimental.

³⁷ Fue muy notoria la falta de quorum en la Corte durante el año 2002, llegando a afectar al propio funcionamiento de la institución.

³⁸ Los tres tribunales supremos son el Tribunal de Casación, que designa a tres jueces, el Consejo de Estado, que nombra un juez, y el Tribunal de Cuentas que elige también sólo un candidato (*Legge*, 11 marzo 1953, n.º 87).

³⁹ Sobre este interesante aspecto, se recomienda la lectura de PESOLE, Luciana. 2004. «La composición pluralista y no representativa de la Corte Constitucional italiana». *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XVII, diciembre 2004, pp. 185-211. Pesole

Por lo demás, con la intervención del Presidente de la República en la designación de cinco jueces, se ha defendido esta función de corrección de «eventuales desequilibrios» –sobre todo, en lo que atañe a la relación de las fuerzas políticas en la composición de la Corte–, entre otras razones porque dicha elección es obra de la voluntad del Jefe del Estado y, por lo tanto, de naturaleza discrecional, sin que venga impuesto por la voluntad de otros órganos. Por último, existe un procedimiento distinto según la autoridad encargada de la misma y la función que los jueces han de realizar⁴⁰.

4.3. España

En nuestro país, y quizá a diferencia de otros países de nuestro entorno, como el modelo italiano o alemán⁴¹, se observa una regulación detallada de la elección de los miembros del TCE en la propia Constitución (art. 159.1 CE), optando el constituyente, desde una perspectiva material, por la participación de los cuatro órganos constitucionales en dicha elección, lo que, en principio, «refuerza la dignidad y la significación integradora» (García-Pelayo 2014, 32) del Alto Tribunal: tiene lugar por mayoría cualificada de

defiende que la valoración de la Corte italiana es sustancialmente positiva; «la Corte italiana ha demostrado la capacidad de asumir una posición y desarrollar un ‘rol de gran equilibrio’. Esto, obviamente, gracias (también) a las reglas que disciplinan su composición. La atribución del electorado activo a tres diversos poderes del Estado y el reconocimiento del electorado pasivo a sujetos pertenecientes a categorías profesionales altamente cualificadas, ha garantizado a la Corte un aporte plural, que le ha permitido insertarse en el sistema institucional con gran autoridad y ecuanimidad»; la Corte hasta ahora ha demostrado el «equilibrio entre técnica jurídica y sensibilidad política». Asimismo, cfr. MALFATTI, Elena (*et al.*) 2018. *Giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, pp. 45 y ss.

⁴⁰ Es interesante el hecho de que se llegó a poner algún veto en las propuestas, no admitiéndose a los candidatos por considerarlos demasiado comprometidos a un partido para asumir el cargo de juez constitucional. Sabemos que, al igual que otros Tribunales Constitucionales (por ejemplo, el TCE –art. 2.1 d) LOTC), existe un procedimiento de verificación del cumplimiento de los requisitos de acceso en el candidato después de la elección, verificación que corresponde a la propia Corte Constitucional (art. 2 *Legge cost.* 22 de noviembre de 1967, n.º 2). En definitiva, aunque este procedimiento «informal» de designación pueda presentar algunas ventajas (como las amplias mayorías requeridas), no deja de tener algunos inconvenientes, entre ellos, la falta de «transparencia»; y ello a pesar de que el Parlamento italiano adoptó la práctica de no abrir un debate público sobre las candidaturas cuando las reuniones –en sesión conjunta– de ambas Cámaras tienen esta finalidad electiva, evitando, de este modo, que se transformen en «comicios electorales». Véase ESTRADA MARÚN, José Antonio y YESSICA ESQUIVEL ALONSO. 2019. «La designación de los jueces de la Corte Constitucional italiana». *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. LII, n.º 154, pp. 64-65.

⁴¹ En Alemania, la GG regula la creación del *BVFG* en líneas muy generales.

tres quintos en las propuestas del Congreso (4), Senado (4)⁴² –con la sustancial modificación introducida por la LO 6/2007–⁴³ y CGPJ (2)⁴⁴; tal vez hubiera sido más acertada la exigencia de una mayoría de dos tercios, como ocurre en los modelos citados, pero, al menos, no se reduce a una mayoría absoluta –o simple–; éstas supondrían un deterioro en la independencia del propio Tribunal; y se insiste en esta última afirmación, aún conscientes de la dificultad frecuente que entraña la exigencia de mayorías cualificadas, que obligan a alcanzar un consenso entre las fuerzas políticas, con los consiguientes retrasos en la renovación.

⁴² En el Anteproyecto de Constitución, el entonces art. 150, establecía que el Senado proponía 3 miembros, quizá con la idea de optar por un número impar –11 de magistrados. No obstante, Alzaga recordaba su experiencia durante la etapa de trabajos de la Comisión del Congreso en junio de 1978, intentando agotar todas las posibilidades de consensuar un Tribunal Constitucional dotado de 15 miembros, como la Corte Constitucional italiana.

⁴³ La reforma introducida por la LO 6/2007 en la propuesta por el Senado (de los magistrados constitucionales entre los candidatos propuestos por las Asambleas legislativas de las CCAA), a juicio de GABALDÓN LÓPEZ, José, «Artículo 159...», ob. cit., p. 1737, no sólo condiciona su propio sistema de propuesta, sino que puede llegar a emporarlo, al introducir nuevas divergencias políticas; sin embargo, no debemos olvidar que está presente la norma general de la mayoría de tres quintos. Por lo demás, no ha sido la única crítica, pues esta reforma en la elección por el Senado, –en concreto, el párrafo segundo del apartado uno del art. 16 LOTC, en relación con el apartado 7 del art. 184 RS–, fue recurrida ante el TCE (STC 49/2008, de 9 abril) al considerar que vulnera el art. 159.1 CE, norma que atribuye directamente al Senado la facultad exclusiva –y absoluta– de proponer a cuatro Magistrados del TCE»; de hecho, se llega a concebir en la demanda como una «alteración» de la Constitución para desapoderar al Senado de una de sus competencias constitucionales. Lo cierto es que el TCE advirtió que no es posible hablar de alteración de la norma suprema, ni de renuncia o traslado o sustitución del Senado por parte de los Parlamentos autonómicos (FF 7 y 9). Tampoco puede hablarse de «desapoderamiento» del Senado, pues «la participación autonómica introducida [arts. 69 y 159.1 CE] se limita, en efecto, a la fase de presentación de candidatos y no implica que el Senado deje de ser el titular de dicha facultad» (FF. 13 y 14). Esta fue la postura del TCE ante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en julio de 2007 por 68 diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso: «el art. 159.1 CE no ha quedado modificado por el art. 16.1 LOTC». Lo cierto es que, en la designación de los magistrados constitucionales, ha seguido primando la inercia partidista estatal sobre la representación territorial.

⁴⁴ La opción constitucional por la Monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE) nos hace ver, de la mano de la jurisprudencia del TCE (STC 49/2008, de 9 abril [F. 7]) que, «con independencia de la terminología empleada en el art. 159.1 CE, al Gobierno, al CGPJ, al Congreso y al Senado les corresponde la elección de los Magistrados –y no la mera formulación de propuestas– y al Monarca su nombramiento». Se observa, además, no sólo «un protagonismo de las Cortes Generales que eligen a ocho de los doce magistrados», sino también que, dentro de aquéllas, existe «una idéntica posición de ambas Cámaras en cuanto al número de Magistrados a elegir y la mayoría necesaria para ello; no así en cuanto al concreto modo de ejercer tal facultad, que puede estar incluido por las propias características constitucionales de cada Cámara», como se ha constatado en la nota *ut supra*.

Respecto al CGPJ, la precisión de la mayoría cualificada no viene incluida en el precepto constitucional, sino en la propia LOPJ (art. 599.1). Tras las sucesivas reformas en la composición de dicho CGPJ en España, pudiera parecer que los dos magistrados propuestos por dicho Consejo ya no gozan de aquella naturaleza estrictamente judicial, al ser todos, actualmente, de nominación parlamentaria, con el consiguiente riesgo de presentar una composición reflejo de la existente en las Cámaras, y, por ende, un debilitamiento de la imparcialidad en las propuestas de los dos magistrados que le corresponden al Consejo. Sin embargo, sea cual sea el sistema de elección de los vocales del Consejo, el propio art. 122.3 CE establece la necesidad de que sean «jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales», «todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión». Ahora bien; lo que sí resulta preocupante fue la propuesta de reforma del CGPJ presentada en octubre de 2020 al Congreso por los grupos parlamentarios del PSOE y Unidas Podemos que contempla la elección por mayoría absoluta (en lugar de mayoría cualificada) de los 12 vocales jueces que corresponde nombrar a las Cortes en caso de bloqueo, sobre un total de 20; y es inquietante, pues las mayorías cualificadas o reforzadas permiten, en líneas generales, una intervención de las minorías, lo que redundará siempre en beneficio del Estado democrático. Para los ocho restantes, juristas de reconocido prestigio, se seguiría necesitando los tres quintos. Sin duda, esta propuesta de reforma provocó el rechazo de la Comisión europea.

El mandato del CGPJ concluyó en diciembre de 2018⁴⁵; el mismo Poder Judicial en funciones advirtió que cualquier reforma sobre el CGPJ debe hacerse conforme a la Constitución y al Derecho de la Unión Europea. Y seguimos asistiendo a nuevas propuestas de reforma del sistema de elección de los miembros del CGPJ; en enero de 2023, el partido de la oposición presentó otra propuesta, en línea con lo que se propuso en 2011: los propios jueces y magistrados eligen directamente a 12 de los 20 vocales de este órgano. Insistimos en ello, ya que el origen de la independencia del Poder Judicial es el «modelo de independencia».

⁴⁵ Ha sido muy lamentable el retraso en la renovación del CGPJ y, por tanto, del TCE; las tensiones y falta de acuerdos entre las fuerzas políticas ha sido la principal causa. A ello se unió la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que impide al CGPJ realizar nombramientos cuando se encuentra en funciones; contra dicha ley se presentó recurso de inconstitucionalidad por el Grupo Parlamentario Popular. Sobre la «reforma permanente» del CGPJ, puede encontrarse un interesante trabajo en FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María. 2022. «El órgano de gobierno de los jueces atrapado en el tiempo. El CGPJ hiper reformado, hiper prorrogado y, ahora en funciones, perdiendo y recuperando competencias». *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 50, pp. 351-397. El último grupo afectado para la renovación concluyó sus mandatos en noviembre de 2019. Sin duda, los retrasos son la regla y no la excepción. Finalmente, la tan esperada renovación se produjo de enero de 2023.

Por último, el art. 159 CE «no sólo fija en doce el número de Magistrados, sino que regula la participación de los diversos órganos constitucionales que concurren en su elección con una precisión [tal] que hace posible que sea la propia [LOTC, en su artículo 16.1] la que se remita en gran medida a dicho precepto constitucional...» (STC 49/2008, de 8 abril, F. 7). Se da la paradoja que el precepto constitucional resulta más completo que el propio art. 16.1 LOTC, si bien, no existe impedimento constitucional para que la regulación constitucional sea desarrollada y concretada siguiendo los requisitos formales y materiales que se derivan del texto constitucional. Y así es; el tenor literal del art. 16. 1 LOTC permite que el RS pueda, entre otras fórmulas, prever, incluso, «mecanismos que hagan posible que sea la propia Cámara la que proponga candidatos a Magistrados del TC en el supuesto excepcional de que el sistema de elección de dichos Magistrados previsto con carácter general no culmine con esta elección»⁴⁶ (STC 49/2008, de 8 abril, FF. 13 y 14 y STC 101/2008, de 24 julio, F. 10), garantizando así que el Senado cumpla con su obligación o función constitucional.

5. Breve análisis comparativo y valoraciones

Así como en Italia, el Presidente de la República interviene directamente, designando una parte alícuota de sus miembros, en nuestro TCE, la intervención del Rey es, una vez más, puramente simbólica, sancionando o confirmando las propuestas ya realizadas por los órganos legitimados. Especialmente en Italia y España se ha intentado tomar especial consideración al principio de separación de poderes (principio, desde hace años, muy debilitado), interviniendo también en la elección el Poder Judicial: las supremas Magistraturas ordinaria y administrativa –las cuales eligen un tercio de los miembros de la Corte–, en Italia; y el CGPJ –que elegirá 1/6 de los componentes del TC–, en España.

Es cierto que parece que no existe de hecho, un sistema que garantice totalmente la independencia del Tribunal. Cuando un órgano de esa naturaleza tiene que pronunciarse sobre una cuestión delicada o conflictiva, se produce con frecuencia un alineamiento de los miembros y de sus posturas, lo que se ha dejado sentir en su jurisprudencia, a través, sobre todo, de los votos particulares. Por lo demás, las situaciones de empate «dañan» en cierto modo el prestigio de que debe gozar el Alto Tribunal, ya que ponen de manifiesto

⁴⁶ Surgiría esta situación cuando no resulte posible cubrir todos o alguno de los puestos de Magistrados del TC por no obtener la mayoría de tres quintos los presentados por las Asambleas Legislativas de las CCAA. Se garantiza, de este modo, que la Cámara Alta pueda cumplir con la función constitucional, «eligiendo a otros candidatos posibles surgidos de su propio seno (...)» (STC 101/2008, de 24 julio).

dos posturas en el seno del órgano, —un Tribunal «partido en dos»—. Estos escenarios suelen producirse ante cuestiones que inciden especialmente en la sociedad, no exentas de polémica.

Pero, ésta ha sido la práctica seguida en Derecho comparado, lo que demuestra, atendiendo la larga andadura y experiencia de alguno de ellos, que de *facto* han de intervenir en una elección tal, los órganos de representación democrática de la soberanía nacional existentes en el país, pues «toda jurisdicción constitucional tiene necesariamente una función o papel en el sistema político» (Favoreu 1984, 26). Además, el Parlamento o Cámara baja actúa como uno de los órganos electores en virtud de una legitimación del órgano elegido directamente por el pueblo; si se tiene en cuenta el gran número de competencias y la posición de órgano constitucional del Alto Tribunal, parece justificado conceder al mismo la raigambre necesaria en la democracia parlamentaria que corresponde a la idea de «todo poder emana del pueblo». Cuanto más importante sea el poder en cuestión, más justificado y, a la vez, más necesario es hacer que provenga del órgano directamente elegido por el pueblo; es decir, cuanto más importante y más extensa sea la actividad estatal, tanto más corta es la cadena legitimadora, ya que «con una función y con un poder político creciente aumenta proporcionalmente la responsabilidad política frente al pueblo» (Billing 1969, 95)⁴⁷.

A ello se puede añadir la ya conocida idea de Kelsen: «es preferible aceptar, más que una presencia oculta —y, por lo tanto, incontrolable— de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del Tribunal» y no perseguir tener influencia en el mismo, como si de una «lucha sorda por la ocupación del Tribunal»⁴⁸ se tratara. Debe evitarse la designación de los jueces a resultas de «compromisos políticos» entre las distintas fuerzas políticas⁴⁹, pues este sistema haría quebrar de inmediato la independencia de los jueces. Diferente sería el «consenso» entre las fuerzas políticas. Quizá, donde se debe incidir es en la necesidad de controlar los parlamentos, a través de distintos mecanismos y mejorar el sistema electoral en beneficio de la democracia representativa.

Se critica, asimismo, en el TCE el predominio del partido dominante coyunturalmente, en esa designación, lo que se agrava cuando coincide la mayoría parlamentaria con el Gobierno, y los magistrados o jueces que éste,

⁴⁷ Cfr., asimismo, SATTLER, Andreas. 1955. *Die Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichtes als Verfassungsorgan und Gericht*. Vorgelegt von Andreas Sattler. Dissertation Göttingen: Publisher not identified, p. 246, así como STERN, Klaus, *Das Staatsrecht...*, p. 357.

⁴⁸ Así se expresó un antiguo magistrado constitucional, con larga experiencia.

⁴⁹ Vid. FAVOREAU, Louis. 1994. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel y Gabaldón López, José, «Artículo 159...», pp. 1734-1735.

en su caso, propone sin necesidad del consenso de otra fuerza política⁵⁰. Pero, a ello hay que decir que lo que ha fallado y falla, en todo caso, es el sistema de partidos y el sistema electoral, configurado en cada ordenamiento; las elecciones no desempeñan la función de legitimación democrática que constituye su razón de ser (Nogueira 2016, 602). En un sistema democrático no pueden admitirse un funcionamiento desleal de los partidos, pues, sin ninguna duda, ello tendrá repercusiones negativas en las instituciones públicas. En el caso español, el Gobierno propone a dos magistrados, lo que puede llegar a plantear problemas de afinidad ideológica; en este sentido, el propio TCE ha considerado que una «posible» afinidad ideológica no es factor que mengüe la imparcialidad para juzgar los asuntos que según la LOTC debe decidir (ATC 226/1988, de 16 febrero, [FJ: 3], en relación con ATC 115/2002, de 10 julio). Ahora bien, el obstáculo más sólido que podría imponerse en las designaciones que corresponden al Gobierno es la mayoría cualificada, exigencia que, por definición, no opera respecto a estos dos magistrados provenientes del ejecutivo.

Resulta evidente que el partido mayoritario, al que se llega tras unas elecciones democráticas (art. 1.2 CE), dominará en la composición de las Cámaras, como órgano constitucional con legitimación democrática; en aquellos países en que exista una bipolarización o bipartidismo, la presencia de los dos partidos en las Cámaras será inevitable, de modo que las propuestas que realicen los grandes partidos políticos con frecuencia son candidatos próximos, en lo que se refiere al orden básico político y constitucional, a los respectivos grandes partidos⁵¹; en líneas generales, la presencia de los llamados candidatos «neutrales», constituyen un porcentaje bajo. A este inconveniente se suma la evolución que han seguido los Parlamentos, agravado en los casos de presencia de un poder mayoritario: las Cámaras de representación ya no son tanto una instancia que controla o complementa las decisiones políticas del Gobierno, sino órganos que «ratifican» dichas decisiones. Pero esta cuestión excede en estos momentos de nuestro estudio.

Continuando con el procedimiento de elección de los jueces, a todo lo dicho anteriormente podemos responder que sería contrario al sentido de los textos constitucionales el hecho de que los órganos de designación hagan uso

⁵⁰ En nuestro caso, no existe disposición alguna que marque un filtro para las designaciones a propuesta del Gobierno; lo único reseñable es el hecho de que el examen de todos los asuntos que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros corresponde a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios previsto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno.

⁵¹ Los sectores más críticos ponen su atención en la evidente reducción de la elección de candidatos al círculo de miembros de los partidos o a sus simpatizantes. Cfr. GECK, Wilhelm Karl, «Nombramiento y 'status' ...», pp. 186-187.

de su libertad de tal manera que una parte importante de los puestos de magistrados o jueces del TC sean ocupados con juristas simpatizantes de los partidos mayoritarios⁵². En general, en un estudio comparado, aquellos partidos mayoritarios han demostrado poco cuidado en los contactos previos a las propuestas. Cuanto más se alejen éstas del debate político, mayor será la independencia del órgano, independencia que debe ser respetada fundamentalmente por los «protagonistas del poder político».

El procedimiento de elección, decisivo a todas luces, variará ligeramente de unos países a otros sin que ninguno haya encontrado la fórmula óptima, ante la dificultad de llegar a una designación «objetiva». Entre los modos principales de selección en los que se puede pensar, (nominación por el Jefe del Estado, elección por el Parlamento, selección automática en base al desempeño de una función universitaria, administrativa o judicial), sólo la última parece garantizar el que las consideraciones políticas no ejerzan influencia sobre la composición del colegio de jueces; sin embargo, y pese a todo, tampoco un sistema tal constituye una garantía segura de imparcialidad: de hecho, los jueces, como es natural, también pueden simpatizar con un partido político, siendo posible que les resulte difícil abstraerse de sus creencias políticas y sociales. «Ninguno de los sistemas de selección es en sí mismo absolutamente condenable y ninguno ofrece total seguridad, por lo que, en cuanto a la opción entre estos diversos sistemas, las estimaciones obtenidas del estado político del país en cuestión son las que deben primar»⁵³. Además, en un sistema de «democracia de partidos», la influencia de éstos en la designación resulta casi inevitable. Lo único que se puede afirmar con seguridad es que la dignidad del procedimiento va a repercutir en la reputación del Tribunal, por lo que la misma ha de realizarse en consonancia con la posición y la tarea de la jurisdicción constitucional.

IV. REFLEXIONES FINALES

Desde siempre ha constituido preocupación preferente afirmar la independencia de los jueces en general. En el caso de los jueces constitucionales, la designación de éstos ha provocado intensos debates políticos. Tal y como

⁵² Lo que nos hace ver GECK, Wilhelm Karl, «Nombramiento y 'status' ...», p. 189, para el país germano, donde el interés público por el *BVFG*, desde su puesta en funcionamiento en 1951 aumentó notablemente por sus decisiones, importantes para los ciudadanos y políticamente muy discutidas; la elección de sus miembros (en 1971 y 1983) como uno de los capítulos más desagradables en la historia del *BVFG*, merecieron gran atención. Esta situación llevó a los constitucionalistas alemanes a volcar sus investigaciones en la materia, dando lugar a una amplia producción científica, como una contribución más para sacar a la luz la historia de la Justicia alemana.

⁵³ Pasaje de Charles Eisenmann, reproducido por FAVOREU, Louis, *Informe general introductorio...*, p. 27.

sostiene amplia doctrina⁵⁴, a través de las prescripciones señaladas en estas líneas, que concurren a reforzar el principio de independencia, se pretende que el juez falle «de acuerdo al derecho, sin ningún tipo de presión, provenga de donde provenga», al objeto de evitar recibir indicaciones, intromisiones, órdenes o controles de otro órgano o personas, así como cualquier tipo de cooperación o coordinación compartida con otros órganos en el ejercicio genuino de su función privativa de juzgar; de este modo, el juez o magistrado ha de hacerse, en lo posible, insensible e impermeable a presiones políticas y morales, o a intimidaciones. Dicho de otro modo, los miembros del TC deben «actuar sometidos a estrictos parámetros jurídicos», resolviendo las controversias (incluso las que presentan un perfil más netamente político) con una argumentación «jurídica», sin más subordinación que a la Constitución (ATC 180/2013). De este modo, el TC puede llegar a convertirse en un buen elemento para la estabilidad del sistema democrático.

Debería ser suficiente (y a ello debemos aspirar) con que se cumplan los requisitos y exigencias previstos en los distintos ordenamientos, y así, «cubrir los puestos en el TC con personas «moralmente» aceptadas por la mayoría de las fuerzas políticas⁵⁵, y por encima de ellos, en las cuales la cualificación profesional, prestigio y preparación técnico-jurídica, sea lo decisivo en su designación»; en este sentido, y coincidiendo con amplia doctrina, se requiere un auténtico consenso entre las fuerzas políticas a la hora de formular las propuestas⁵⁶. Igualmente, debe tenerse en cuenta la recomendación de que las candidaturas estén definidas «para que el esfuerzo de negociación de las fuerzas políticas se concentrara en ellas» (Estrada y Esquivel 2019, 64)⁵⁷. Cierta-

⁵⁴ De ESTEBAN, Jorge y Luis LÓPEZ GUERRA. 1983. *El régimen constitucional español*, Vol. I. Barcelona: Labor, pp. 257 y 258, donde se expone una acertada definición de independencia: el juzgar «de acuerdo al derecho»; se refiere a un derecho interpretado sin arbitrariedades, en su marco social, cultural y político, del que no se le puede aislar por la índole de las funciones. Cfr. asimismo, Almagro Nosete, José. 1980. *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*. Madrid; Dykinson, pp. 86 y 22; D'ORAZIO, Giustino. 1966. *Aspetti dello status di Giudice della Corte Costituzionale*. Milano: Giuffrè, pp. 246-247; y TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. 1979. «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español». *Revista de Estudios Políticos* n.º 7, enero-febrero, pp. 155 y ss.

⁵⁵ En este sentido, LUCHAIRE, François. 1980. *Le Conseil Constitutionnel*. París: Économica, p. 62, utilizó incluso las expresiones «personalidades intachables».

⁵⁶ Sobre todo, en la actualidad es, quizá más necesario que nunca, este consenso entre el partido del gobierno y la oposición en nuestro país.

⁵⁷ El motivo de esta afirmación es que se puede observar en las votaciones parlamentarias un desfile de personalidades que aparecen de escrutinio en escrutinio, mientras no se consiga la mayoría requerida; en numerosas ocasiones, en Italia, por ejemplo, la designación se ha conseguido por el segundo quorum (mayoría de 3/5), tras muchos escruti-

mente, las mayorías cualificadas presentan la ventaja de respetar el principio de representación de amplias orientaciones⁵⁸.

Con frecuencia se ha considerado que los mayores peligros de atentado contra la ansiada independencia se han hallado en la composición y modo de elección de los jueces, cuestiones éstas que «han hecho dudar de la plena operatividad de los Tribunales, pues resulta difícil mantenerlo al margen de cargas políticas»⁵⁹. No obstante, la demostrada capacidad y experiencias profesionales «deberían» garantizar un cumplimiento correcto y digno de las funciones constitucionales, aun cuando resulte algo forzado pensar que las «influencias políticas entren en natural concurrencia con los criterios profesionales, de tal modo que lo político sea cubierto por el conocimiento profesional» (Billing 1969, 303).

La neutralidad requiere ante todo la necesaria distancia del juez con respecto a las partes o a cualquier implicado en el proceso, es decir, requiere independencia. El legislador hizo su parte para proteger la independencia de los jueces con el establecimiento de los diversos mecanismos recogidos en los textos normativos; todo lo demás, dependerá, –y aquí se encuentra la verdadera clave del presente estudio– de una parte, de la aplicación correcta por los órganos electores de dichas prescripciones, y de otra, de la propia conciencia del juez y de su honradez: «un juez sólo es independiente si tiene la voluntad de serlo, siendo una cuestión de conciencia» (Luchaire 1980, 67)⁶⁰,

nios; así, para la designación de Giuseppe Frigo en 2008 se necesitaron más de veinte escrutinios. Cfr. p. 66, nota 37 de la misma obra.

⁵⁸ Es cierto que esta exigencia de una mayoría cualificada presenta la ventaja descrita; sin embargo, y como ya destacó Zagrebelsky, echa por tierra la norma constitucional, en virtud de la cual, sobre cada uno de los jueces elegidos se forma un consenso sustancial del amplio abanico parlamentario. Ciertamente, no estamos ante el mejor sistema, pues algunos jueces han podido ser elegidos partiendo de designaciones que correspondían a exigencias de sistemática interna del partido en cuestión; pero, puede resultar idóneo en la práctica sobre todo «para respetar el principio de la representación de amplias orientaciones». Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. 1977. *La Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, p. 295.

⁵⁹ Hace años ya sostuvo esta postura MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. 1981. «El Tribunal Constitucional como órgano político». En *El Tribunal Constitucional*, Vol. II. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, p. 1821, para quien el modo de composición del TCE menoscaba esta independencia.

⁶⁰ En el mismo sentido, PÉREZ SERRANO, Nicolás. 1984. «La noble obra política de un Gran Juez. (Juez Marshall)». En *Escritos de Derecho Político*, Vol II. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, p. 775, para quien, aunque se establezcan todas estas garantías de independencia, al final siempre «aflojan a la superficie dos realidades: que los jueces se han de mover dentro de un ordenamiento jurídico que traduce la ideología política del Estado, y que, sea uno u otro mecanismo empleado para el ingreso y la promoción de magistrados, ello no es nunca obra de la Naturaleza, sino de los hombres», con todas

lo que conduce a sostener que el distanciamiento político del TC también puede explicarse sobre la base de «una ética asociada al cargo» (Farahat 2022, 161-162).

Como seres humanos que son, tienen sus propias creencias religiosas, sociales y políticas, sus prejuicios, odios y pasiones; comparto, entonces, la opinión de Geck (1988, 187) en el sentido de que no se puede desconocer que los candidatos para un puesto judicial «poseen una concepción ideológica, política y constitucional básica en razón de su origen, formación y trayectoria profesional, así como por su entorno político y social». También es cierto que, aunque los candidatos propuestos por las Cámaras de representación tienden a estar próximos a las concepciones de carácter político y constitucional de los partidos mayoritarios, ello no quiere decir que los jueces finalmente nombrados hayan mantenido siempre los puntos de vista de aquellas fuerzas políticas, sobre todo en procesos de importante significación política. Lamentablemente, no siempre ha sido así⁶¹; como se ha señalado con anterioridad, esta necesaria independencia deben respetarla los protagonistas del poder político, haciendo primar los valores y principios democráticos; de lo contrario, poco se puede hacer.

La realidad es que la jurisdicción no está aislada en una «burbuja» del resto del mundo. No se puede pretender que los jueces sean «ángeles sin sexo» procedentes de un «hipotético limbo»; en este sentido, ya nos recuerda Alzaga *et al* (2017, 701) que «las vías de solución no pasan por la pretensión de que los miembros del TC sean nombrados ni por, ni entre, ángeles o arcángeles; no se trata de un Tribunal celeste sino terreno y hay que buscar prácticas realistas con los pies en la tierra». No se puede excluir que los jueces constitucionales tengan su propia ideología, como tampoco se puede pretender que las designaciones de estos jueces sean ajenas a la vida política en una democracia parlamentaria. Conscientes de la imposibilidad de plantear este Tribunal celeste, también debemos asumir que es necesario intentar «regenerar la institución» para no caer en un retroceso del Estado de Derecho. Para

las consecuencias que, esto último, conlleva de cambios de voluntad. Asimismo, véase por su extraordinario interés en relación con este aspecto, CALAMANDREI, Piero. 1963. *La crisi della giustizia*, in Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova [cur.], *La crisi del diritto*. Milán: Cedam, 1953. (Rist. anast., 1963), p. 164; este último autor pone de relieve cómo el juez «puro» es cada vez más difícil encontrarlo, pues el mismo no puede sustraerse a su «conciencia de clase», no puede vivir aislado del mundo, llegando a ser ilusoria esta independencia absoluta.

⁶¹ Se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, para referirse a los jueces del *BVGH*, que «la mayor parte [de ellos] no son propuestos y elegidos sin que antes se les haya tomado en cuenta su vinculación política o su concepción básica conocida o presunta», cfr. GECK, Wilhelm Karl, «Nombramiento y 'status'...», p. 188, como si las fuerzas políticas buscaran ganar influencia sobre el Tribunal. Estas situaciones deben rechazarse.

algunos autores (Fernández Farreres 2015, 49 y Gabaldón 2018, 1738) esta regeneración de la institución «no parece ya posible si no se establecen previamente unas nuevas bases constitucionales de la organización y funcionamiento del TC. Nuevas bases que (...) al menos garanticen la designación de los magistrados de manera individualizada [nombramientos menos sometidos a situaciones de grupo] y, asimismo, aseguren la efectiva duración de su mandato, para lo cual resulta inevitable la reforma constitucional. Y es que, de no ser así, la recuperación de la institución [y su prestigio] difícilmente se logrará».

Sin embargo, en mi opinión, se pueden hallar otras fórmulas que no exijan una reforma constitucional; la regulación de los procedimientos de designación de los jueces o magistrados constitucionales en los distintos textos, además de guardar bastantes similitudes entre ellos, son las más adecuadas para dotar a la institución de la legitimación necesaria, a través de la elección por los demás órganos constitucionales. Como también se ha puesto de relieve en páginas anteriores, lo que ha fallado –y falla–, en todo caso, es el sistema de partidos y el sistema electoral, configurado en cada ordenamiento. En concreto en España, nos encontramos desde hace ya tiempo en una profunda crisis de la democracia representativa, acrecentada por un debilitamiento del régimen parlamentario y una inestabilidad gubernamental⁶², lo que afecta inevitablemente al correcto funcionamiento de las instituciones; acaso sea ésta la razón por la que, a diferencia de lo que pudimos presenciar en la primera constitución del TCE, reflejo de unas propuestas consensuadas entre los grandes partidos políticos⁶³, estamos asistiendo, desde hace años, a una mayor dificultad para evitar la influencia de aquéllos en la elección de los

⁶² Una brillante exposición de la situación del régimen parlamentario en España en los últimos tiempos –en particular, a partir de 2015– puede encontrarse en las palabras que Manuel Aragón Reyes pronunció en el curso presencial «Los problemas actuales del parlamentarismo español», celebrado en el *Colegio Libre de Eméritos*, el 24 de diciembre de 2019. Disponible en <https://colegiodeemeritos.es/los-problemas-actuales-del-parlamentarismo-espanol-2/> Acceso 3 de marzo de 2023. El catedrático emérito destaca como principal causa de estos problemas el olvido por parte de los dirigentes políticos de las reglas jurídicas y políticas que el parlamentarismo impone. Sin lugar a dudas, en esta falta de conformidad con dichas reglas hallamos la raíz de este deterioro.

⁶³ A resultas de estas propuestas, los primeros miembros del TCE fueron profesionales de un gran prestigio en el mundo del Derecho (sobre todo procedentes del mundo universitario), como lo demuestran los Encuentros y Jornadas sobre jurisdicción constitucional celebrados en la década de los 80; de igual modo, se destacó la calidad de la jurisprudencia constitucional española de aquellos primeros años de andadura. En esta misma línea argumentativa, ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, «Sobre la composición...», pp. 177 y 179, pone sobre la mesa la sustitución de la filosofía del «consenso», por la más pragmática de las «cuotas», una práctica que, en esencia, suprime la garantía constitucional de independencia a la hora de interpretar la Constitución, pudiendo ocultar un «fraude de ley». Aun-

Magistrados. Y ello se aprecia también en otros órganos e instituciones, siendo, además, un mal que igualmente afecta a otros países europeos.

Debemos recordar a los órganos de elección de los candidatos a magistrados que, además de moderación, prudencia y responsabilidad en sus propuestas, debe imperar un sentido del Estado y del orden constitucional –lealtad constitucional– por encima de intereses partidistas, primando las cualidades profesionales y los criterios jurídicos sobre los políticos; y, en el caso del TCE, «realizar una lectura del art. 159.1 CE más acorde con el espíritu de los constituyentes» (Alzaga *et al* 2017, 701)⁶⁴, lo que no implica necesariamente, bajo mi punto de vista, una reforma constitucional⁶⁵.

Eisenmann pone de relieve que «la jurisdicción constitucional es siempre reflejo de luchas políticas»⁶⁶, hasta el punto de implicar, en ocasiones, al TC en la confrontación política; de hecho, algunas elecciones de jueces constitucionales han sido realizadas para conseguir una «integración» en la distribución de los puestos entre las fuerzas políticas, las cuales no dejan de ser los protagonistas en un sistema democrático. Al hilo de esta cuestión, muy ilustrativas son las palabras de Schneider (1983, 38)⁶⁷: dado que la presencia del elemento político es prácticamente inevitable, lo que se debe conseguir es una «combinación correcta entre el Derecho y la Política», es decir, que los posibles elementos de índole política que puedan entrar en las interpretacio-

que no nos guste, la distribución por cuotas entre los dos partidos mayoritarios podría convertirse en norma, teniendo en cuenta los retrasos en las renovaciones.

⁶⁴ Los ocho miembros a designar por las Cámaras deberían ser objeto de auténtico consenso entre los grandes partidos políticos con representación parlamentaria.

⁶⁵ Se han hecho propuestas que suponen la necesidad de tramitar una reforma del art. 159.1 CE; no olvidemos que, en nuestro país, a diferencia de otros países de nuestro entorno, como el modelo italiano o alemán, se observa una regulación detallada de la elección de los miembros del TCE en la propia Constitución. Así, ESTRADA MARÚN, José Antonio, muy implicado en el problema del retraso en la designación parlamentaria de magistrados, –que, como he subrayado, se ha convertido en la regla y no en la excepción–, propone como posible solución el traslado eventual de la facultad parlamentaria de selección de magistrados constitucionales al Pleno del TC, indicando un plazo concreto para ello. Cfr. su trabajo, «El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales. Esbozo de una propuesta de solución». *Estudios de Deusto* Vol. 59/2, junio-diciembre, 2011, pp. 28 y ss. Sin embargo, esta posible solución, además de plantear una modificación del modelo de composición del TC, no elimina el problema político que subyace en las propuestas parlamentarias, y entraña grandes riesgos que también el propio autor destaca; a mi entender, asumir estos riesgos, principalmente el de trasladar el debate político a la sede plenaria del Tribunal, podría empeorar la ya tan debilitada independencia de la institución.

⁶⁶ FAVOREAU, Louis, *Informe general introductorio...*, p. 27, donde se reproduce el pasaje de Charles Eisenmann ya citado.

⁶⁷ Asimismo, D’ORAZIO, Giustino, *Aspetti dello status...*, p. 220.

nes o valoraciones más estrictamente jurídico-normativas deben relacionarse con los principios generales de la Constitución y con la fórmula político-ideológica aceptada por el mismo ordenamiento.

La elección de los jueces constitucionales por los poderes del Estado –en particular los que operan la democracia representativa– debería contribuir a realzar esa independencia del Tribunal de garantías y no a destruirla, quebrando el principio de separación de poderes. Un mal comienzo es hablar de sector «progresista» y «conservador» en el seno de un órgano jurisdiccional; expresarse de este modo⁶⁸, causa, ya de por sí, un gran daño a la institución, en la cual debe existir un cierto grado de homogeneidad, que no está reñido con una cierta correspondencia con algunas sensibilidades políticas en el seno del TC. El mismo rechazo causa el hecho de permitir que las fuerzas políticas busquen tener influencia sobre el Tribunal. Será necesario corregir estas situaciones viciosas y ser muy críticos con ellas.

Pero, no perdamos la esperanza en una recuperación de la institución; realizar las propuestas a jueces y magistrados con transparencia, siguiendo criterios jurídicos y de mérito, respetando los debidos consensos entre las fuerzas políticas –junto a las mayorías cualificadas– y haciendo primar los valores y principios democráticos, son factores que contribuirán a esa revaloración. Tal vez, la regulación actual en los distintos países que poseen jurisdicción constitucional concentrada no es la óptima. Pueden introducirse leves mejoras en el procedimiento⁶⁹, intentando, en la medida de lo posible, evitar una reforma de los textos constitucionales por su complicada tramita-

⁶⁸ Propiciado por los medios de comunicación, los cuales trasladan a la opinión pública esta visión.

⁶⁹ Así, por ejemplo, en EEUU se realiza un estudio muy detallado de cada candidato, de su *background*, de forma que la elección no se limitará tan sólo a los abogados con prestigio, sino que se extiende a los altos funcionarios gubernamentales, tales como ministro de Justicia (*Attorney General*) o Procurador general (*Solicitor General*), profesores de Derecho o personalidades políticas de prestigio. Pero, además de tenerse en cuenta los conocimientos jurídicos del aspirante, se analiza su ideología, religión que profesa y el Estado de donde procede, a efectos de mantener en la Suprema Corte un cierto equilibrio político, religioso y federal. Algo similar se observa en Italia; a los requisitos exigidos para ser juez constitucional debe añadirse, por parte del órgano encargado de la elección, una verificación concreta, que consiste en un análisis de la biografía del propio candidato. Es innegable que someter a los candidatos a juez constitucional a una audiencia pública y discusión, a través, por ejemplo de una Comisión unitaria y paritaria en las Cámaras legislativas, para garantizar más transparencia en la elección, permitiría profundizar en las propuestas y adoptar las decisiones en base a criterios profesionales; de este modo, podrían evitarse –o reducirse– las posibles «preferencias»; pero, este sistema puede presentar el inconveniente de llegar a «describir» o «caracterizar» de una forma tan evidente al candidato, que pudiera ser perjudicial para su actividad posterior en el TC, presidida necesariamente por cierta reserva, algo que ya dibujó –y advirtió– para el modelo alemán,

ción; y, en este sentido, todos podemos contribuir, con críticas «constructivas», a su perfeccionamiento en aras de la preservación del Estado de Derecho, del control jurídico del legislativo⁷⁰ y de la consolidación del Estado democrático.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. 1975. *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*. Madrid: Civitas.
- ALMAGRO NOSETE, José. 1980. *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*. Madrid: Dykinson.
- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Fernando REVIRIEGO PICÓN, María SALVADOR MARTÍNEZ y Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES. 2017. *Derecho Político Español. Según la Constitución de 1978. II*. Madrid: Ramón Areces.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. 2003. «Sobre la composición del Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.ºs 10-11, 2º semestre, 2002-1º semestre 2003, UNED, 149-180.
- ANTONIOLLI, WALTER. 1969. «Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit: 1945-1969». *Archiv des öffentlichen Rechts*, 94, n.º 4, november 1969, 576-601.
- ARAGÓN REYES, Manuel. 2019. «Los problemas actuales del parlamentarismo español». *Colegio Libre de Eméritos*, 24 de diciembre de 2019. Acceso el 3 de marzo de 2023. <https://colegiodeemeritos.es/los-problemas-actuales-del-parlamentarismo-espanol-2/>
- BLAS, Andrés de. 1983. *Introducción al sistema político español*. Barcelona: Teide.
- BIFULCO, Raffaele y Davide PARIS. 2022. «La Corte Constitucional italiana». En Bogdandy, Armin von y Pérez de Nanclares, José (Coords.). *La Justicia Constitucional en el Espacio Jurídico Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 429-501.
- BILLING, Werner. 1969. *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*. Berlín: Duncker & Humblot.

STERN, Klaus, *Das Staatsrecht...*, p. 358; igualmente se podría perder la percepción del Tribunal como órgano jurisdiccional y no político.

⁷⁰ Pero, una cosa es el control de constitucionalidad de las leyes, una vez que éstas han sido aprobadas por las Cámaras y otra la suspensión cautelar de enmiendas en plena tramitación. Recuérdese la situación que hemos presenciado a principios de enero de 2023: la que han denominado «mayoría conservadora» de nuestro TCE, que imperaba hasta el 9 de enero, suspendió cautelarmente la tramitación de dos enmiendas que perseguían desbloquear precisamente la renovación del propio TCE. Paradójicamente ahora será un TCE de «mayoría progresista» quien se encargue de ese recurso del Partido Popular, admitido a trámite, contra la fórmula de enmendar una reforma del Código Penal con materias que nada tienen que ver con dicha reforma. Por lo demás, subrayo de nuevo lo dicho *ut supra*, sobre el perjuicio que causa a la institución que se hable de sector progresista y sector conservador en su seno.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. 1974. *Verfassungsfragen der Richterwahl: dargestellt anhand der Gesetzentwürfe zur Einführung der Richterwahl in Nordrhein-Westfalen*. Berlín: Duncker & Humblot.
- BOGDANDY, Armin von, Christoph GRABENWARTER y Peter M. HUBER. 2022. «Justicia constitucional en el espacio jurídico europeo». En Bogdandy, Armin von y Pérez de Nanclares, José (Coords.). *La Justicia Constitucional en el Espacio Jurídico Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 15-48.
- BRANCA, Giuseppe. 1975. *Commentario della Costituzione*. Bologna: Nicola Zanichelli.
- CALAMANDREI, Piero. 1963. *La crisi della giustizia*, in Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova [cur.], *La crisi del diritto*. Milán: Cedam. 1953. (Rist. anast., 1963), 157-176.
- CARAVITA, Beniamino. 1985. *Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, (I). Padova: Cedam.
- CRAIG, Paul. 2022. «Definición y conceptualización del Estado de derecho. La importancia de la independencia judicial». *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 50, 165-184.
- D'ORAZIO, Giustino. 1966. *Aspetti dello status di Giudice della Corte Costituzionale*, Milano: Giuffrè.
- DRATH, Martin. 1966. «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit» (2. Mitbericht) en *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts in den einzelnen Besatzungszonen: Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 20. und 21. Oktober 1950. Mit einem Auszug aus der Aussprache*. Berlín: De Gruyter, 17-112.
- ERMACORA, Félix. 1970. *Allgemeine Staatslehre*, Vol. II. Berlín: Duncker & Humblot.
- . 1984. «El Tribunal Constitucional austriaco». En Favoreau, Louis (*et al*), *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 267-289.
- ESTEBAN, Jorge de y Luis LÓPEZ GUERRA. 1983. *El régimen constitucional español*, Vol. I. Barcelona: Labor.
- ESTRADA MARÚN, José Antonio. 2011. «El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales. Esbozo de una propuesta de solución». *Estudios de Deusto* Vol. 59/2, junio-diciembre, 63-93.
- ESTRADA MARÚN, José Antonio y Yessica ESQUIVEL ALONSO. 2019. «La designación de los jueces de la Corte Constitucional italiana». *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. LII, n.º 154, 39-75.
- FARAHAT, Anuscheh. 2022. «El Tribunal Constitucional Federal Alemán». En Bogdandy, Armin von y Pérez de Nanclares, José (Coords.). *La Justicia Constitucional en el Espacio Jurídico Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 131-227.
- FAVOREU, Louis. 1984. «Informe general introductorio». En Favoreu, Louis (*et al*), *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 15-52.
- . 1994. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel.
- FEDERER, Julius. 1963. *Aufbau, zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*. Sonderdruck aus Das Bundesverfassungsgerichten. Karlsruhe: Müller.

- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. 2015. «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 105, septiembre-diciembre, 13-49.
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María. 2022. «El órgano de gobierno de los jueces atrapado en el tiempo. El CGPJ hiper reformado, hiper prorrogado y, ahora en funciones, perdiendo y recuperando competencias». *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 50, 351-397.
- GABALDÓN LÓPEZ, José. 2018. «Artículo 159». En Rodríguez-Piñero, M. y Casas Baamonde, M. E. (Dir.) *Comentarios a la Constitución española*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 1724-1741.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. 2014. «El “status” del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 100, enero-abril, 15-37.
- GECK, Wilhelm Karl. 1988. «Nombramiento y ‘status’ de los magistrados del Tribunal Constitucional federal de Alemania». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, enero-abril, 175-220.
- GEIGER, Willi. 1983. «Über den Umgang mit dem Recht bei der Besetzung des Bundesverfassungsgerichts». *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, n.º 15-16, oktober, 397-401.
- GRABENWARTER, Christoph. 2022. «El Tribunal Constitucional austriaco». En Bogdandy, Armin von y Pérez de Nanclares, José (Coords.). *La Justicia Constitucional en el Espacio Jurídico Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 229-292.
- KELSEN, Hans. 1929. «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit». En *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte: Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Mit einem Auszug aus der Aussprache*. Berlin, Boston: De Gruyter, 30-84. Acceso el 10 de marzo de 2023. <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110888249/html> (descarga del pdf).
- KRÖGER, Klaus. 1976. «Richterwahl». En *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Herausgegeben von Christian Starck. Tübingen: J.C.B. Mohr, 76-103.
- LANGER, Lorenz. 2018. «Un juez objetivo es un ideal, incluso hasta una ilusión». *Swissinfo.ch*, 17 de julio de 2018. Acceso el 15 de febrero de 2023. https://www.swissinfo.ch/spa/democraciadirecta/iniciativa-sobre-la-justicia_-un-juez-objetivo-es-un-ideal--incluso-hasta-una-ilusi%C3%B3n-/44260632
- LECHNER, Hans. 1973. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3 Auflage. München: Beck.
- LEIBHOLZ, Gerhard. 1966. «Hüter des Grundgesetzes». *Die Welt*, 19 de noviembre de 1966, II.
- LOEWENSTEIN, Karl. 1976. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- LUCHAIRE, François. 1980. *Le Conseil Constitutionnel*. París: Économica.
- MALFATTI, Elena (et al). 2018. *Giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. 1981. «El Tribunal Constitucional como órgano político». En *El Tribunal Constitucional*, Vol. II. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1789-1821.
- NOGUEIRA DE BRITO, Miguel. 2016. «La jurisprudencia de la ‘crisis’ del Tribunal Constitucional portugués». *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 38, 575-602.

- PÉREZ SERRANO, Nicolás. 1984. «La noble obra política de un Gran Juez. (Juez Marshall)». En *Escritos de Derecho Político*, Vol II. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 769-838.
- PESOLE, Luciana. 2004. «La composición pluralista y no representativa de la Corte Constitucional italiana». *Revista de Derecho* (Valdivia), n.º 1, vol. XVII, diciembre, 185-211.
- PIZZORUSSO, Alessandro. 1984. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ROMANO, Santi. 1950. «Nozione e natura degli organi costituzionali dello stato». *Scritti minori*, Vol. I. Diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 6-12.
- SATTLER, Andreas. 1955. *Die Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichtes als Verfassungsorgan und Gericht*. Vorgelegt von Andreas Sattler. Dissertation Göttingen: Publisher not identified.
- SCHIFFERS, Reinhard. 1984. *Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Düsseldorf: Droste.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. 1983. «In namen des Menschen, über Leben und Wirken einer groben RichterIn». En Dr. H.c. Wiltraut Rupp-V. *Brünneck, Verfassung und Verantwortung*, Baden-Baden: Nomos, 13-46.
- SCHWÄRZLER, Nikolaus. 1983. *Die Gerichtsbarkeit öffentlichen rechtes in österreich*, Das Palais der österreichischen und Böhmisches Hofkanzlei. Wien: Herausgegeben vom Verfassungsgerichtshof.
- STERN, Klaus. 1980. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. II. *Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz-und Haushaltsverfassungs, Notstandsverfassung*. München: C. H. Beck,sche.
- STERN, Klaus, Helge Sodan y Markus Möstl. 2022. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, IV Vol. München: C. H. Beck.
- TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. 1979. «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español». *Revista de Estudios Políticos* n.º 7, enero-febrero, 145-159.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. 1977. *La Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino.

EL SENADO: RENOVADO ESCENARIO PARA LA CONTIENDA POLÍTICA. COMPARENCIAS, DEBATES Y REFORMA

*The Senate: renovated scenario for political contest.
Appearances, debates and reform*

Pablo Gómez Perpinyà
Investigador
Universidad Complutense de Madrid

<https://doi.org/10.18543/ed.2794>

Recibido: 31.01.2023
Aceptado: 13.06.2023
Publicado en línea: junio 2023

Resumen

En este artículo se pretende realizar un análisis acerca de la comparencia del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Senado en tanto instituto de control de la Cámara Alta que ha adquirido especial relevancia en la XIV legislatura como consecuencia de la condición de Senador del líder de la oposición. Se pone en relación la comparencia del Presidente con otros instrumentos de control que por sus características singulares tienen un especial interés parlamentario, como el Debate sobre el estado de la Nación en el Congreso de los Diputados y el Debate sobre el estado de las autonomías en el Senado. La vigencia del modelo bicameral requiere de la revisión de algunos de estos instrumentos con dos objetivos: lograr un mayor equilibrio de la estructura institucional del Estado y generar las condiciones para la revitalización política del Senado.

Palabras clave

Función de información y control al Gobierno, bicameralismo, principio representativo, pluralismo político, estado de las autonomías, Reglamento de las Cortes Generales.

Abstract

This article intends to carry out an analysis about the appearance of the President of the Government in the plenary session of the Senate as an institute of control of the Upper House that has acquired special relevance in the XIV legislature as a consequence of the senator's condition of the opposition's leader. I have related the president's appearance to other control instruments that, due to their singular characteristics, have a special parliamentary interest, such as the Debate on the state of the Nation in the Congress of Deputies and the Debate on the state of the autonomies in the Senate. The validity of the bicameral model requires the revision of some of these instruments with two objectives: to achieve a better balance in the institutional structure of the State and to create the conditions for the political revitalization of the Senate.

Keywords

Function of information and control to the Government, bicameralism, representative principle, political pluralism, State of the Autonomies, Regulations of the Parliament.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA COMPARECENCIA COMO INSTRUMENTO DE CONTROL AL GOBIERNO EN EL SENADO: COMUNICACIONES DEL GOBIERNO Y SESIONES INFORMATIVAS. III. EL DEBATE GENERAL SOBRE EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍA. IV. LA CELEBRACIÓN DEL DEBATE SOBRE EL ESTADO DE LA NACIÓN EN SESIÓN CONJUNTA: UNA REFORMA REGLAMENTARIA VIABLE. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El Congreso de los Diputados ha sido históricamente el escenario de los debates parlamentarios más determinantes. Su definición constitucional de preeminencia respecto del Senado, su exclusividad en la investidura y censura del Presidente del Gobierno y el escaso desarrollo del Senado como cámara con una función constitucional específica¹ y diferenciada², han propiciado que, salvo honrosas excepciones, las figuras más influyentes de la política española fueran miembros del Congreso. Y ello, lógicamente, ha favorecido que los debates celebrados en la Cámara Baja despertaran un interés especial.

Sin embargo, la existencia de una tendencia general no es óbice para considerar que, en determinadas circunstancias, el Senado ha ocupado una posición central en el debate político nacional. Así sucedió, por ejemplo, en octubre de 2017 cuando el Senado acordó, en aplicación del artículo 155 CE, la suspensión de la autonomía de Cataluña. Un mecanismo previsto en la Constitución para situaciones en las que uno de los territorios que componen el Estado lleve a cabo actuaciones que pongan en peligro el interés general o incumpla obligaciones legales o constitucionales³. De esta forma inédita el Senado se convirtió en el escenario político preferente.

Sin embargo, en este artículo nos referimos a debates que recalaron en el Senado y no en el Congreso por simples criterios de oportunidad política o como expresión de la autonomía del Parlamento para organizar su vida interna conforme a su reglamento y en el marco de Constitución. Siguiendo con esta argumentación, la pregunta sería: ¿En qué condiciones los diferentes

¹ Javier GARCÍA ROCA, «Sobre el Senado y su hipotética reforma. Encuestados», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 17 (2006): 14.

² Una parte de la doctrina sostiene que la práctica comparada de las segundas cámaras de tipo federal o cuasifederal excluye su especificidad territorial. Ver GARRIDO LÓPEZ, *El Senado ante el enigma de la representación territorial* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 111-122.

³ Germán M. TERUEL LOZANO, *Crisis constitucional e insurgencia en Cataluña: relato en defensa de la Constitución* (Madrid: Dickinson, 2020), 89.

actores políticos con representación parlamentaria optan por debatir en el Senado?

La XIV legislatura pasará a la historia, entre otras cosas, como aquella en la que el Presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, acudió al Senado para poder debatir cara a cara y en sede parlamentaria con el líder de la oposición, Alberto Núñez Feijóo. Ante una circunstancia extraordinaria como es la dimisión inesperada del líder del primer partido de la oposición y su sustitución por una persona que adquirió posteriormente la condición de senador por designación territorial –de una Comunidad Autónoma que hasta ese momento él mismo presidía –, el Senado garantizó una de las premisas de cualquier democracia parlamentaria: la confrontación de ideas entre el Gobierno y la oposición o, si se prefiere, entre el Presidente del Gobierno y el líder de la oposición. Es evidente que, de no haber concurrido tal circunstancia, el Presidente del Gobierno no habría comparecido en el Senado con tanta asiduidad.

Antes de las comparecencias de septiembre y octubre de 2022⁴, a lo largo de la presente legislatura, Pedro Sánchez había comparecido en el Senado en dos ocasiones más allá de las sesiones de control ordinarias. La primera, el 24 de enero de 2019 a petición del Grupo Parlamentario Popular, para informar acerca de la reunión que mantuvo con el Presidente de la Generalitat; y la segunda el 8 de septiembre de 2020, a petición propia, para informar sobre las líneas generales de actuación del Gobierno en el inicio de un curso político marcado por la gestión de la Covid-19.

La comparecencia con carácter informativo de miembros del gobierno en el Senado es muy frecuente. Los Ministros y Secretarios de Estado comparecen en sesiones informativas de sus respectivas comisiones con recurrencia para exponer los planes del Gobierno en torno a asuntos específicos en el marco de sus competencias. Esta especificidad es esencial puesto que, conforme al artículo 4.1 de la Ley del Gobierno, determina el tipo de responsabilidad que asume el Ministro. Ello justifica que la mayor parte de las comparecencias que tienen por objeto la información que pueda aportar un Ministro se celebren en comisión. Solo excepcionalmente, cuando la relevancia del asunto lo demanda, se traslada la comparecencia al Pleno.

Conforme al artículo 98.2 CE, el Presidente ostenta una posición reforzada respecto del resto de miembros de su Gobierno en tanto es la única figura del mismo elegida directamente por la Cámara y, por tanto, le corresponde su dirección y coordinación. Por ende, es el máximo representante del

⁴ Tras la finalización de este artículo, el Presidente del Gobierno ha anunciado su intención de volver a comparecer en el Senado el 31 de enero de 2023 para dar cuenta de sus últimas medidas en materia económica. Dado que el escrito no ha sido calificado aun por la Mesa, he decidido no incluirlo en el estudio.

Gobierno y la figura que institucionaliza la relación del Ejecutivo con las Cortes a través de la investidura, el planteamiento de la cuestión de confianza o la propuesta al Rey, previa deliberación del Consejo de Ministros, de la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes (artículo 2.2 Ley del Gobierno). Resulta, por tanto, lógico que dicha preeminencia se refleje en el ejercicio de las funciones de información y control al Gobierno en las Cortes Generales.

II. LA COMPARECENCIA COMO INSTRUMENTO DE CONTROL AL GOBIERNO EN EL SENADO: COMUNICACIONES DEL GOBIERNO Y SESIONES INFORMATIVAS

La función de control se ha configurado como una función propia y definitiva del Parlamento⁵. Sin embargo, a pesar de que el artículo 66 CE atribuye a las Cortes Generales en su conjunto el control de la acción del Gobierno, el mismo texto excluye al Senado de los procedimientos de control cualificados como son la moción de censura (artículo 113 CE) y la cuestión de confianza (artículo 112 CE).

La función de control es una exigencia democrática para cualquier parlamento moderno y, del mismo modo, una manifestación inequívoca de los derechos y prerrogativas que asisten a los diputados y senadores⁶. Entre ellos, Rubio Llorente, que defiende un concepto de control más amplio que el de otros autores como Santaolalla o Aragón Reyes⁷, identifica como «instrumentos específicos» de control: la comparecencia de miembros del Gobierno en Pleno o en Comisión, la pregunta y la interpelación, el derecho a solicitar ayuda, la solicitud de peticiones y explicaciones, las investigaciones y, por último, el derecho a acusar a los miembros del gobierno conforme al artículo 102.2 CE⁸.

El control al Gobierno en la Cámara Alta se lleva a cabo de forma ordinaria a través de instrumentos que le son propios también al Congreso, como son las preguntas, las interpelaciones o las comparecencias. Respecto de las dos primeras, la Constitución determina que los miembros del Gobierno

⁵ Juan Luis REQUEJO PAGÉS, «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70 (2004): 84.

⁶ José Antonio PORTERO MOLINA, «El control parlamentario del Gobierno», *Working Papers*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona (1998): 17.

⁷ Ascensión ELVIRA PERALES, «Información y comparecencias: bases del quehacer parlamentario», en *España constitucional (1978-2018)*. Trayectorias y perspectivas, dir. Benigno Pendás, Vol. 5 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018), 3656.

⁸ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes», *La Forma del Poder*, CEC, Madrid (1993): 270.

están sometidos a las interpelaciones y preguntas que se les formulen en las Cámaras y mandata que sean los reglamentos de cada una de ellas las que concreten su funcionamiento. En el caso del Senado ello se lleva a cabo en los artículos 160 a 169 de su Reglamento, destacando la posibilidad de que las preguntas sean de respuesta escrita o de respuesta oral y, a su vez, que estas puedan ser contestadas en Pleno o en Comisión. Por su parte, las interpelaciones se refieren a cuestiones de interés general (artículo 170.2 de Reglamento del Senado), exclusivamente se sustancian ante el Pleno y pueden dar lugar a la presentación de una moción por parte del interpelante (artículo 173.2 RS)⁹.

Por su parte, la comparecencia es una figura revestida de una cierta ambigüedad. La misma se asienta en la previsión del artículo 110 CE que faculta a las Cámaras y a sus Comisiones para reclamar la presencia de los miembros del Gobierno, así como a éstos para «hacerse oír» en ellas. Siguiendo la caracterización propuesta por Matía Portilla, estaríamos ante una iniciativa parlamentaria que exige la presencia física del miembro del Gobierno al que vaya dirigida, que tiene carácter finalista y que para su tramitación se requiere el cumplimiento de los requisitos administrativos que observará la Mesa, pero también de un criterio de oportunidad política que dependerá de la Junta de Portavoces¹⁰.

Este último factor es esencial para entender la naturaleza de la comparecencia. Se trata de un instituto enmarcado en la función de control de las Cortes Generales y cuya activación depende de la voluntad política de la mayoría parlamentaria. En cada legislatura multitud de peticiones de comparecencia registradas por grupos minoritarios son rechazadas por la Mesa o dilatadas en su tramitación hasta provocar su caducidad. Así, durante la XII legislatura (2016-2019) se registraron 1153 solicitudes de comparecencia de autoridades y funcionarios en alguna Comisión del Senado, de las cuales concluyeron positivamente menos de la mitad (550), siendo el resto inadmitidas, caducadas, rechazadas, retiradas o subsumidas en alguna otra iniciativa. En la X legislatura (2011-2015) fueron 1248, concluyendo positivamente 849. Unos datos muy similares a los que arroja la XIV legislatura aun en curso y que se corresponde con lo sucedido en el resto de las legislaturas precedentes. Siendo así, no sorprende que las ocasiones en las que el Presidente ha comparecido ante el Pleno del Senado en la última legislatura siempre haya sido

⁹ A menudo la frontera entre la pregunta y la interpelación no es clara. Arroja luz al respecto el prof. MARÍNEZ SOSPEDRA en *Derecho constitucional español* (Madrid: Fundación Universitaria San Pablo, 1995).

¹⁰ Francisco Javier MATÍA PORTILLA, «Artículo 110», en *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, ed. por y Enrique Arnaldo Alcubilla y Jesús Remón Peñalver (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018), 592.

a petición propia. Una circunstancia que define la naturaleza de la institución y pone en cuestión su eficacia en tanto instrumento de control, convirtiéndolo más en un instrumento de legitimación del Gobierno dado que la mayoría parlamentaria que le sostiene puede eludir el control siempre que lo crea necesario y propiciarlo cuando considere que le resulta más provechoso políticamente.

Capítulo aparte merecería el análisis del funcionamiento práctico de esta institución una vez es admitida a trámite e incluida en el orden del día de la sesión. Queda fuera de toda duda que el valor de las comparecencias deriva de la información singular que ofrece el responsable político que comparece, pero tal y como advierte Santamaría Pastor, a menudo el abuso de la respuesta agrupada impide que se pueda dar un verdadero intercambio dialéctico entre el compareciente y el diputado o senador¹¹. Un ámbito en el que los reglamentos parlamentarios tienen aún un amplio margen de mejora.

La comparecencia del Presidente del Gobierno en las Cortes puede producirse a través de dos instrumentos claramente diferenciados en los Reglamentos de las Cámaras: las comunicaciones del Gobierno (arts. 196 y 197 del Reglamento del Congreso y art. 182 del Reglamento del Senado) y las sesiones informativas (arts. 202 y 203 RCD y arts. 66 y 183 RS).

La diferencia fundamental entre las comunicaciones y las sesiones informativas se encuentra en sus fases de tramitación. Mientras que las primeras cuentan con una fase de alegaciones y otra decisiva en la que se pueden presentar resoluciones –en el caso del Congreso– y mociones –en el caso del Senado–, las segundas carecen de fase decisiva. La estructura de las sesiones informativas consiste en una exposición oral del miembro del Gobierno, la formulación de preguntas u observaciones por parte de los diputados y la contestación de éstas por el compareciente.

Quizás el debate general más importante del año en términos políticos sea el Debate sobre estado de la Nación, que se celebra anualmente en el Congreso con la excepción de los años electorales. Al no haber previsión reglamentaria expresa, el Debate se estructura siguiendo la forma prevista para las comunicaciones del Gobierno, es decir: comienza con la intervención del Presidente del Gobierno sin límite de tiempo (art. 70.5 CE); a continuación, intervienen los grupos parlamentarios y cierra el debate nuevamente el Presidente respondiendo de forma individualizada o agrupada. Finalmente, los grupos parlamentarios tienen la posibilidad de presentar resoluciones que son sometidas a votación del Pleno en una sesión posterior¹².

¹¹ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, «Relaciones del Gobierno con las Cortes Generales: control y responsabilidad», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 104 (2018): 27.

¹² «Debates del Estado de la Nación», Congreso de los Diputados, acceso el 12 de enero de 2023, <https://www.congreso.es/cem/debates-estado-nacion>

Desde su incorporación al Reglamento del Congreso en 1982, el Debate sobre el estado de la Nación se ha celebrado en 25 ocasiones, siendo la última el 12 de julio de 2022. Se ha celebrado con una periodicidad anual –con la excepción de los mencionados años electorales– salvo en el periodo 2015-2022, cuando a causa de la repetición de elecciones y la pandemia de la Covid-19, quedó en suspenso.

Las comparecencias en el Congreso de los Diputados pueden celebrarse en Pleno o en Comisión. En el caso de las comunicaciones (arts. 196 y 197 RCD), el Gobierno deberá remitir al Congreso un documento para su debate. Por su parte, las sesiones informativas podrán solicitarse a petición propia de los miembros del Gobierno, de dos grupos parlamentarios o de un quinto de los diputados de la Cámara o de la comisión de la que se trate (art. 203.1 RCD).

El Senado también tiene previsto acoger estas dos formas de comparecencia, aunque su regulación es mucho menos detallada. En el caso de las sesiones informativas, estas podrán ser solicitadas por la Comisión o por el propio Gobierno. Sorprendentemente el artículo 66 RS tan solo contempla el desarrollo de sesiones informativas en el ámbito de una Comisión, no previendo nada acerca de la posibilidad de que estas pudieran celebrarse en Pleno más allá de la presentación de los informes por imperativo legal deban someterse al Senado como sucede con el Defensor del Pueblo¹³, la Memoria Anual del Consejo General del Poder Judicial¹⁴, la Cuenta General del Estado¹⁵ o la actividad de la Corporación RTVE¹⁶. Es la práctica parlamentaria la que ha terminado abriendo esta posibilidad sin que ello haya llevado a la Cámara a

¹³ Art. 54 de la Constitución, art. 33.4 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, Resolución de la Presidencia del Senado sobre tramitación ante el Pleno de la Cámara de los Informes del Defensor del Pueblo, de 28 de abril de 1992; Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo, de 6 de abril de 1983, modificado por Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de abril de 1992 y por Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, adoptada en sus reuniones de 26 de septiembre de 2000, 3 de octubre de 2000 y 25 de enero de 2012; Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado sobre organización y funcionamiento de la Comisión Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo, de 21 de abril de 1992, modificada por la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 25 de mayo de 2000.

¹⁴ Artículo 109 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁵ Normas de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado sobre tramitación de la Cuenta General del Estado, de 1 de marzo de 1984.

¹⁶ Artículos 4, 32, 37 y 39 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal y Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado sobre el ejercicio de las funciones atribuidas a las Cortes Generales mediante la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, de 12 de noviembre de 2007.

recogerlo mediante una reforma reglamentaria. Sin ir más lejos, ejemplos de esta modalidad de comparecencia en términos materiales serían las celebradas en el Senado los días 6 de septiembre y 18 de octubre de 2022 a petición propia del presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, aunque ni la solicitud ni en su admisión a trámite por parte de la Mesa, tal iniciativa identificada dentro de esta categoría.

No es el objeto de este artículo cuestionar el valor de la costumbre como fuente del Derecho, ni obviar la función de integración normativa que ha podido jugar en determinadas situaciones, pero sí debemos señalar su carácter secundario y su limitado alcance en el sistema de fuentes, particularmente en el ámbito Derecho Público¹⁷. Y siendo así, la falta de precisión normativa en la regulación de las sesiones informativas en el Reglamento del Senado no es una cuestión menor que pueda resolverse con la admisión de una práctica que afecta al principio de autonomía parlamentaria en tanto otorga capacidad para ordenar aspectos nucleares de los trabajos parlamentarios a la Mesa en detrimento del Pleno que es quien tiene la atribución de aprobar el contenido del Reglamento de la Cámara y, por tanto, de definir su propio funcionamiento. Por tanto, tal y como recuerda García-Escudero, debe ser tenido en cuenta que «la imperfección de las leyes, su eventual imprecisión técnica o incoherencia estructural pueden atentar contra uno de los más firmes pilares del Estado de Derecho: el principio de seguridad jurídica¹⁸».

Una situación similar sucede en relación con las comunicaciones en la Cámara Alta que vienen recogidas en el artículo 182 RS. La incompleta regulación obvia la determinación del órgano parlamentario en el que deberán dilucidarse tales comunicaciones, generando una duda razonable entre su celebración en Pleno o en Comisión con importantes implicaciones tanto políticas como para la vida interna de la Cámara. Es de suponer que, no estando expresamente prohibidas, las comunicaciones en Pleno son válidas siempre que se cumplan los criterios de legitimidad que se establecen en el artículo 182: que su autoría corresponda al Gobierno, que puedan hacer uso del turno de palabra todos los grupos parlamentarios y que se puedan presentar mociones para su votación. Sin embargo, tal omisión resulta nuevamente inconveniente en tanto vuelve a dejar en manos de la Mesa la interpretación del precepto, otorgándole un poder que debiera estar reservado a la automaticidad del Reglamento, y, por remisión en su ejecución, a una mayoría cualificada del Pleno, tal y como se deduce la definición de esta misma institución

¹⁷ Ángel L. SANZ PÉREZ, «La costumbre, el uso y otras fuentes no escritas en el derecho parlamentario», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 17 (2006): 300-301.

¹⁸ Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 13 (2005): 130.

en el Congreso de los Diputados. Ello provoca que la excesiva discrecionalidad del órgano rector pueda ocasionalmente convertirse en arbitrariedad en favor de la mayoría y, por tanto, desviarse del principio de neutralidad institucional en sus actuaciones que se le presume.

III. EL DEBATE GENERAL SOBRE EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

El Senado tiene prevista la celebración de un Debate general sobre el estado de las autonomías (artículo 56 bis RS), también con carácter anual. Este Debate fue incorporado en la reforma reglamentaria de 1994 y desde entonces tan solo se ha celebrado en tres ocasiones: 1994, 1997 y 2005. No parece que tres convocatorias a lo largo de casi treinta años constituyan una muestra lo suficientemente representativa para certificar el fracaso de esta modalidad de debate y, por tanto, a partir de esta breve experiencia no se debería prejuzgar su futuro¹⁹. Sin embargo, sí da buena cuenta del escaso interés que han mostrado las sucesivas mayorías parlamentarias y los gobiernos de distinto signo a la hora de celebrarlo.

En la última sesión de control a la que asistió Rodríguez Zapatero como Presidente del Gobierno, el 13 de septiembre de 2011, el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, Pío García-Escudero, recriminó al presidente haber hecho «exactamente lo mismo que entonces criticaba al presidente Aznar: un solo debate en dos legislaturas²⁰». En las hemerotecas se pueden encontrar las declaraciones de José Luis Rodríguez Zapatero reconociendo haber terminado entendiendo el motivo por el que José María Aznar no convocó dicho debate con mayor regularidad²¹.

Más allá de las conclusiones a las que cada cual pueda llegar tras el ejercicio de altas responsabilidades de Estado, es evidente que el principal problema que arrastra la Cámara Alta descansa en la voluntad —o la falta de ella— de los principales actores políticos por más que haya reformas pendientes para que el diseño institucional del Senado se corresponda con el de una cámara de representación territorial²². El Derecho, por más que se lo proponga, no puede hacer el trabajo de la política.

¹⁹ Julia SEVILLA MERINO, *Reseña de La reforma del Senado: la territorialización del Senado. Comisión General de las Comunidades Autónomas*, de J. Visiedo Mazón, Corts: Anuario de derecho parlamentario n.º 5, 1998: 236.

²⁰ Diario de Sesiones del Senado n.º 131, del 13 de septiembre de 2011, p. 7786.

²¹ Natalia JUNQUERA, «Zapatero se despide del Senado lamentando no haberlo reformado», *El País*, 13 de septiembre de 2011, acceso el 29 de diciembre de 2022, https://el-pais.com/politica/2011/09/13/actualidad/1315929483_966029.html

²² Javier GARCÍA ROCA, «Sobre el senado y su hipotética reforma», 15-16.

La reforma del Reglamento del Senado de 1994 fue concebida, tras un largo debate político y doctrinal, como un intento por resolver las imprecisiones del constituyente en lo relativo a las previsiones del artículo 69.1 CE²³ y conllevó la incorporación de la Comisión General de Comunidades Autónomas como gran novedad. El pretendido objetivo de reforzar la función territorial de la Cámara con la incorporación de una comisión legislativa especializada en asuntos autonómicos²⁴, pronto se vio obstaculizado por la decisión de optar por una composición mixta, no otorgándole a los senadores designados por las Comunidades Autónomas una función específica vinculada a esta Comisión. El motivo por el que se adoptó esta decisión en la ponencia fue claro: contrapesar el excesivo efecto territorializador que podría llegar a tener la reforma²⁵.

El artículo 51.3 RS concede a esta Comisión una condición excepcional en lo relativo a su composición: «En la Comisión General de las Comunidades Autónomas cada Grupo parlamentario designará el doble de los miembros que le correspondan en las demás Comisiones del Senado». Sin embargo, en la línea de lo que apuntábamos, tal circunstancia no altera la dinámica general y ello le lleva a adolecer de los mismos problemas de escasa territorialidad que el resto de las comisiones del Senado²⁶. Por tanto, en la actualidad esta Comisión está compuesta por 58 Senadores y su particularidad es que en ella pueden intervenir todos aquellos Senadores de designación autonómica que así lo soliciten, a pesar de que no sean miembros de la Comisión (art. 56 RS).

La configuración definitiva de la comisión pervierte el sentido último de la reforma y prueba de ello es la escasa incidencia que ha tenido desde su constitución. Una circunstancia a la que se une el incumplimiento de una de las funciones con mayor carga política de las que el Reglamento atribuye a dicha Comisión, como es la convocatoria del Debate sobre el estado de las autonomías.

Pero si la reforma de 1994 nació muy limitada en su capacidad de reconciliar el funcionamiento de la Cámara Alta con la previsión del artículo 69.1 CE, la decisión de darla definitivamente por amortizada quedó patente en

²³ María López MORENO DE CALA, «La Comisión General de las Comunidades Autónomas», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 133 (2018): 689-690.

²⁴ María Rosa RIPOLLÉS SERRANO, «La participación del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas en el funcionamiento de la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 1 (1995): 11.

²⁵ Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Los senadores designados por las Comunidades Autónomas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995), 445-449.

²⁶ Mariano GARCÍA PECHUÁN, «La reciente reforma reglamentaria del Senado», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 32 (1994): 111-112.

2004 con la creación de la Conferencia de Presidentes. Un órgano que pudiera haber sido complementario, reforzando las relaciones intergubernamentales en la línea expresada por Garrido López²⁷, pero que en la práctica ha terminado sustituyendo al Debate estado de las autonomías.

La Conferencia de Presidentes está compuesta por el Presidente del Gobierno y los presidentes de las 17 comunidades autónomas, Ceuta y Melilla²⁸. Este órgano ostenta el «máximo nivel político de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» y tiene por objeto «debatir y adoptar acuerdos sobre asuntos de especial relevancia para el sistema autonómico». Se trata, en todo caso, de acuerdos de naturaleza estrictamente política, de los que no desprende efecto jurídico alguno²⁹. Una función ciertamente coincidente o, cuanto menos, muy relacionada con la que la propia Constitución atribuye al Senado en su artículo 149.1 y, particularmente, con la que el Reglamento del Senado atribuye al Debate sobre el estado de las autonomías. Siendo así, no resultaría descabellado pensar en dotar de una mayor formalidad a la institución mediante su inclusión en una futura reforma constitucional³⁰ y definir así con claridad su ámbito de actuación para evitar, entre otras cosas, solapamientos con la función de representación territorial propia del Senado.

La complementariedad de un Senado territorializado centrado en vehicular en términos parlamentarios la integración territorial del Estado, y de una Conferencia de Presidentes basada en favorecer la cooperación intergubernamental, sería posible siempre y cuando el ámbito de cada institución fuera respetado institucionalmente. Sin embargo, la experiencia de otros países de nuestro entorno justifica el temor a una sustitución fáctica del Senado en sus funciones constitucionales³¹, como en cierta medida ha sucedido. Ejemplos de esta tendencia a sustituir la integración territorial a través del Parlamento por órganos de colaboración externos serían el caso de la Conferencia de Presidentes de los *Länder* en Austria que ha terminado adquiriendo más relevancia que el propio *Bundesrat*, o el Consejo de Estados suizo (*Ständerat*) que ha sido desplazado por la Conferencia de Gobiernos cantonales³².

²⁷ GARRIDO LÓPEZ, *El Senado ante el enigma de la representación territorial...* 108.

²⁸ Artículo 3 del Reglamento de la Conferencia de Presidentes (Orden TER/257/2022, de 29 de marzo, por la que se dispone la publicación del Reglamento de la Conferencia de Presidentes).

²⁹ José Gabriel RUIZ GONZÁLEZ, «La Conferencia de presidentes: más sombras que luces», *Más poder local*, n.º 10 (2012): 21.

³⁰ Javier TAJADURA TEJADA, «La Conferencia de Presidentes: origen, evolución y perspectivas de reforma», *Revista de derecho político*, n.º 101 (2018): 552.

³¹ Fernando REVIRIEGO PICÓN, «El Senado y la Conferencia de Presidentes», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 17 (2006): 358.

³² M^a Jesús GARCÍA MORALES, «Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada», *Cuadernos de derecho público*, n.º 2 (1997): 244.

La necesidad de un órgano que promueva la integración de las Comunidades Autónomas en la gobernanza del Estado parte del reconocimiento de la Comunidad Autónoma como el ente territorial primario de nuestra descentralización política. Ello indirectamente pone en evidencia la obsolescencia del modelo senatorial de carácter provincial que no permite representar adecuadamente a las unidades territoriales que en términos competenciales y de adhesión política, estructuran internamente el país. Lo que resulta más controvertido es pretender resolver el déficit de influencia autonómica en la cámara de representación territorial externalizando tal función en un órgano de carácter gubernamental, que se reúne a puerta cerrada y que impide el control político que es propio de una cámara legislativa.

En todo caso, lo que parece fuera de toda duda, es que la falta de convocatoria del Debate sobre el estado de las autonomías constituye un incumplimiento reiterado de una de las previsiones introducidas en la reforma reglamentaria de 1994 y que, junto con la escasa incidencia de la Comisión General de Comunidades Autónomas, certifican la falta de consecución de los objetivos pretendidos por tal reforma. Un intento por evitar lo que desde una perspectiva institucional hoy resulta ineludible: la reforma constitucional del Senado³³.

A esta conclusión pareció llegar el Gobierno en 2004 que anunció su intención de acometer una reforma constitucional para, entre otras cosas, convertir al Senado en una verdadera cámara de representación territorial³⁴. Sin embargo, la falta de acuerdo político, impidió que la reforma se llevara a cabo. En la actualidad sigue existiendo un amplio acuerdo doctrinal en torno a la conveniencia de la reforma y éste, ocasionalmente, se refleja también en foros políticos³⁵. No obstante, ello no ha permitido salvar el bloqueo que, por

³³ Juan José SOLOZÁBAL, «La reforma federal y el Estado autonómico», *Temas para el Debate*, n.º 281 (2018): 35-37; Juan José SOLOZÁBAL, «La reforma constitucional del Senado», *Sistema: revista de ciencias sociales*, n.º 251-252 (2018): 211-212; y Javier PÉREZ ROYO, *La reforma constitucional inviable* (Madrid: Catarata, 2015), 127.

³⁴ Eduardo VIRGALA FORURIA, «El informe de 2006 del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 82, (2008): 211.

³⁵ El 5 de diciembre de 2022, en el programa Hora 25 de la Cadena SER, la exministra Carmen Calvo manifestaba la conveniencia de trasladar el Senado a Barcelona y acometer «una reforma federal del estado autonómico». Tal aseveración era contestada por José Manuel García-Margallo manifestando su conformidad con el traslado del Senado, pero aclarando que lo que verdaderamente urgía era la reforma de la institución para convertirla en una cámara de representación de las Comunidades Autónomas. Es evidente que el acuerdo en torno a la conveniencia de la reforma es muy amplio y este debate permite ejemplificarlo. Sin embargo, en el proceso de decantación política reiteradamente aparecen razones exógenas que determinan la falta de acuerdo y la postergación de la reforma a un momento más conveniente. El expresidente Mariano Rajoy lo explica en su último libro:

motivos diversos, ha terminado haciendo naufragar todas las tentativas de reforma constitucional del Senado.

Ante las evidentes dificultades políticas que entraña en la actualidad la reforma constitucional del Senado, el legislador debe explorar otras posibilidades que permitan reforzar su papel en la política nacional acogiendo debates que susciten el interés de la ciudadanía. En este sentido se presentan dos posibilidades:

La primera consistiría en reformar el Reglamento del Senado para evitar que la falta de voluntad política del Gobierno pudiera impedir la convocatoria del Debate sobre el estado de las autonomías. Una reforma que, asumiendo que no sería del agrado de quien ostentara el gobierno en ese momento por las ventajas que ofrece para el Ejecutivo reconducirlo hacia la Conferencia de Presidentes, se antojaría difícil mientras la mayoría parlamentaria en el Senado se correspondiera con la mayoría parlamentaria en el Congreso, tal y como sucede en la actualidad y como ha sucedido en la mayor parte del periodo desde 1978. Incluso en el hipotético caso de que hubiera una mayoría en el Senado favorable a reforzar el carácter imperativo de la periodicidad del debate, la falta de voluntad política del Gobierno podría dificultar su celebración en la práctica. Tal y como nos recuerda Elvira Perales, solamente las Comisiones de investigación imponen la obligación de comparecencia (art. 76.2 CE) y, por tanto, en el resto de los casos, se entenderá que estamos ante comparecencias de carácter voluntario³⁶.

La segunda posibilidad pasaría por una modificación de la práctica parlamentaria por la cual se celebra en el Congreso el Debate sobre el estado de la Nación.

IV. LA CELEBRACIÓN DEL DEBATE SOBRE EL ESTADO DE LA NACIÓN EN SESIÓN CONJUNTA: UNA REFORMA REGLAMENTARIA VIABLE

Parece evidente que la celebración de este debate si cuenta con el apoyo unánime de las fuerzas políticas y atesora ya una larga trayectoria en la vida

«Es indudable que existen dos o tres cuestiones concretas que pueden ser reformadas» pero pospone el cambio a un «momento en el que se pueda contar con un consenso tan amplio como el que alumbró el texto actual». Yo mismo, en calidad de senador, presenté una moción el 14 de junio de 2022 ante la Comisión de Constitucional del Senado con la intención de lograr un acuerdo para la creación de una ponencia que iniciara los trabajos de cara a una futura reforma de la Cámara Alta. El resultado reflejó bien el estado de la cuestión: el único acuerdo que fuimos capaces de alcanzar fue para rechazar la iniciativa.

³⁶ Ascensión ELVIRA PERALES, «Información y comparecencias: bases del quehacer parlamentario», en *España Constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, coord. por Esther González Hernández, Rafael Rubio Núñez; Benigno Pendás García, vol. 5, 3660. Madrid: CEPC, 2018.

parlamentaria del Congreso. Justo lo contrario que el Debate sobre el estado de las autonomías en el Senado. La propuesta consistiría en llevar a cabo el Debate sobre el estado de la Nación en el Congreso a través de una sesión conjunta con el Senado.

La definición de la Nación española en el artículo 2 CE está ligada a la garantía del derecho de autonomía de las Nacionalidades y Regiones que la integran. La Nación, aun unitaria, está compuesta por las mismas y, por tanto, la situación política, económica o social de la Nación es indisoluble de la de las partes que la integran. El sentido político de un Debate general sobre el estado de la Nación difícilmente puede ser ajeno al de un Debate sobre el estado de las autonomías y quizás este haya sido también uno de los motivos de su falta de convocatoria.

La celebración del Debate sobre el estado de la Nación en sesión conjunta, permitiendo la participación de los senadores, redundaría en una mayor proyección pública del debate y, por ende, de los asuntos autonómicos. Revestiría un mayor interés por la excepcionalidad del mecanismo y favorecería la integración de los asuntos autonómicos en el debate nacional sin subordinarlos formal o materialmente a otros. Además, no requeriría de reforma reglamentaria alguna en la medida en que el Debate sobre el estado de la Nación constituye en sí mismo una convención parlamentaria por más que se celebre bajo las previsiones de la figura más próxima, siendo ésta las comunicaciones.

La propuesta no es inocente y, en cierta medida, tampoco original. Ya el 1 de octubre de 1986, en el curso de una comparecencia en el Senado, el Presidente del Gobierno, Felipe González, planteó la posibilidad de que el Debate sobre el estado de la Nación se celebrara alternativamente en el Congreso y en el Senado. La oposición criticó duramente la propuesta alegando que con ello se buscaba excluir del debate a los líderes más destacados de los partidos. Y ciertamente, de haberse llevado a cabo, así habría sucedido.

La valorización política del Senado no puede depender de la relegación del Congreso a un segundo plano³⁷, ni siquiera en años alternos. Es evidente que el diseño institucional por el que optó el constituyente otorga al Congreso una preeminencia respecto del Senado. Del mismo modo que un Senado sin una especialización en asuntos autonómicos es una Cámara amputada en sus funciones reduciendo significativamente sus capacidades en tanto instrumento capaz de favorecer la integración territorial del Estado.

La celebración del Debate sobre el estado de la Nación en sesión conjunta permitiría resolver situaciones por las que los líderes de los grupos políticos pudieran ocupar escaño en el Senado en el lugar de en el Congreso. Una

³⁷ Camilo VALDECANTOS, «Felipe González ofrece que el debate sobre «el estado de la nación» se celebre en el Senado», *El País*, 2 de octubre de 1986, acceso el 29 de diciembre de 2022, https://elpais.com/diario/1986/10/02/espana/528591603_850215.html

situación que, si bien no es habitual, se ha producido en más de una ocasión. Tal fue el caso del senador Hernández Mancha que, tras sustituir a Fraga como líder de Alianza Popular, manifestó su intención de participar en el Debate sobre el estado de la Nación de 1987 con el objetivo de poder enfrentarse en un debate a Felipe González. Ante la imposibilidad de participar en dicho debate dada su condición de senador, AP propuso realizar el debate en sesión conjunta. Una posibilidad que fue rechazada por la Mesa del Congreso y que influyó decisivamente en la presentación de una moción de censura que solo logró el apoyo de los 66 diputados de Alianza Popular y el diputado de Unión Valenciana³⁸, poniendo en evidencia la debilidad del líder conservador como alternativa de Gobierno y propiciado su relevo³⁹.

La celebración de sesiones conjuntas por parte de las Cámaras ha dado lugar a una profusa discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de dicha reunión. No obstante, en lo que nos ocupa en estos momentos, conviene aclarar que nos referimos a una circunstancia excepcional en concordancia con el principio de división funcional del trabajo parlamentario propio de los sistemas bicamerales. Las situaciones en las que se prevé la celebración de sesiones conjuntas son tres: para ejercer las competencias no legislativas vinculadas a la titularidad y sucesión de la Jefatura del Estado previstas en el Título II –a excepción de las «abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de Derecho que ocurra en el orden de sucesión de la Corona» (art. 57.5 CE)–; en segundo lugar, «la solemne sesión de apertura de legislatura» a la que se refiere el art. 5º del RCD pero que depende de una práctica parlamentaria aceptada; y, por último, con ocasión de algunos acontecimientos especiales, como puede ser la visita de un Jefe de Estado extranjero⁴⁰.

A tenor de la posición generalmente subalterna que ostenta el Senado en el procedimiento legislativo, no sorprende que fuera en el trámite en la Cámara Alta del proyecto constitucional donde se introdujeran las sesiones conjuntas. En línea con la tesis de Moreno Hurtado, el artículo 74 CE suponía un intento de reforzar la posición del Senado⁴¹. Teniendo en cuenta que el desarrollo de

³⁸ «Resultado de la moción de censura de Antonio Hernández Mancha contra Felipe González (1987)», EPDATA, acceso el 12 de enero de 2023, <https://www.epdata.es/resultado-mocion-censura-antonio-herandez-mancha-contra-felipe-gonzalez-1987/2dfcf6ce-6890-4104-997a-78dd5e18f2ff>

³⁹ Adrián MAGALDI, «El líder que nunca estuvo ahí: Antonio Hernández Mancha y la derecha española», *Revista Historia Autónoma*, n.º 21(2022): 124.

⁴⁰ Juan Carlos DA SILVA OCHOA, «Artículo 74», en *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, ed. por y Enrique Arnaldo Alcubilla y Jesús Remón Peñalver (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018), 123-125.

⁴¹ Diego M.ª MORENO HURTADO, «El Reglamento de las Cortes Generales» (tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2017), 320-321, <https://burjcdigital.urjc.es/bitstream/handle/10115/14526/TEISIS%20RCG%20DIEGO%20MORENO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

dichas sesiones conjuntas quedaba pendiente de una posterior regulación a través del Reglamento de las Cortes Generales, no podemos ser ajenos a que el motivo de que ello no se haya producido, dada su inexistencia, y que ello guarda una estrecha relación con que la revitalización del Senado no haya formado parte de las preocupaciones de la mayoría parlamentaria desde 1978.

Núñez Feijoo, al igual que Hernández Mancha, tampoco pudo tomar la palabra en el Debate sobre el estado de la Nación de 2022 al que acudió presencialmente al amparo del artículo 66 RCD, que permite la asistencia de senadores a las sesiones parlamentarias del Congreso siempre que no sean secretas, sin voz ni voto, por supuesto. La Mesa del Congreso no le permitió intervenir, de hecho, sustituyéndole Concepción Gamarra Ruiz-Clavijo, portavoz del Grupo Popular en el Congreso. Una imagen poco habitual, en la que el líder del primer partido de la oposición, ocupando el primer escaño de la bancada de la derecha y no pudo hacer uso del turno de réplica tras la intervención del Presidente del Gobierno. Núñez Feijoo tuvo que conformarse con seguir la intervención de su compañera de grupo reflejando los boletines informativos de aquel día titulares tan pintorescos como que la portavoz del Grupo Parlamentario Popular había «trabajado codo con codo con Feijoo»⁴² en la preparación del debate, que durante el debate este le «pasaba notas» a su compañera de filas o que había «coordinado milimétricamente cada parte del discurso»⁴³. Sea como fuere, el debate mutilado por la imposibilidad de ser el marco de una verdadera confrontación dialéctica entre el Presidente del Gobierno y el líder de la oposición.

Entender esta limitación como un problema particular del senador directamente afectado o del grupo parlamentario al que pertenece reduce al absurdo su relevancia en la vida política del país y su afectación a uno de los valores superiores de nuestro Estado constitucional como es el pluralismo político. Es fácil entender que el debate entre el Presidente del Gobierno y el líder de la oposición, más allá de los intereses políticos legítimos de sus protagonistas, tiene un valor decisivo en una democracia parlamentaria y que resultaría acorde al fin último de la institución parlamentaria remover los obstáculos que lo pudieran dificultar con el límite, claro está, del respeto las previsiones constitucionales y reglamentarias.

⁴² Antonio RUIZ VALDIVIA, «Gamarra (Feijoo) vs. Sánchez: el PP vuelve a atacar con ETA y el presidente se revuelve ante su utilización», *Huffinton Post*, 12 de julio de 2021, acceso el 29 de diciembre del 2022, https://www.huffingtonpost.es/entry/gamarra-sanchez_es_62cd9cc1e4b02e0ac91a3b5f

⁴³ Ángel CARREÑO, «El PP avala a Gamarra tras el debate de la nación: “El discurso fue correcto, pero no brillante”», *El Independiente*, 17 de julio de 2022, acceso el 29 de diciembre del 2022, <https://www.elindependiente.com/espana/2022/07/17/el-pp-avala-a-gamarra-tras-el-debate-de-la-nacion-el-discurso-fue-correcto-pero-no-brillante/>

Nuestra democracia parlamentaria a menudo olvida que es también una democracia de partidos. Tal y como reconoce el artículo 6 CE, los partidos son instituciones que expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. La regulación del estatuto del líder de la oposición no se ha producido con carácter general, limitándose su definición al RD 2099/1983 que regula el orden de precedencia de las diferentes autoridades del Estado y del Acuerdo de la Mesa del Congreso del 28 de diciembre de 1982 por el que se le otorgaba tal consideración a Manuel Fraga Iribarne.

Más allá de la popularización del término en el lenguaje político, la figura del líder de la oposición no ha sido incorporada a los reglamentos parlamentarios de nuestro país, con la excepción del Reglamento del Parlament de Catalunya que en su artículo 77 desarrolla las atribuciones del líder de la oposición: el derecho a ser consultado por el Gobierno y el deber de proponer mejoras al mismo. Una figura que procede del parlamentarismo británico (*Her Majesty's Official Opposition*), siendo el factor fundamental de su concepción del control al gobierno la confrontación entre los dos principales partidos que se alternan en el gobierno: laboristas y conservadores⁴⁴.

El sentido de las sesiones conjuntas, por tanto, es claro: dotar de una mayor solemnidad y visibilidad a ciertos actos parlamentarios con motivo de su extraordinaria importancia. Acudiendo a la casuística descrita, comprobamos cómo ya es admitida la celebración de sesiones conjuntas que no están expresamente previstas en la Constitución o en el Reglamento del Congreso, constituyendo una práctica parlamentaria asentada particularmente en el caso de la apertura de la legislatura. Ante la ausencia de regulación quizás la primera solución debería pasar por exigir al legislador la aprobación del Reglamento de las Cortes Generales de conformidad con el artículo 72.2 CE en lugar de aceptar la consolidación de la aplicación subsidiaria de los reglamentos de las Cámaras.

Bajo mi punto de vista, nada impediría hacer extensivas las sesiones conjuntas al Debate sobre el estado de la Nación que, en sí mismo, constituye una convención parlamentaria desde 1983 que se desarrolla al amparo de las comunicaciones del gobierno a las que se refieren los artículos 196 y 197 RCD y que se desarrolla sobre las previsiones del artículo 70.5 RCD. El objetivo es claro: garantizar la efectividad del pluralismo político en el desarrollo de los trabajos parlamentarios, particularmente en un debate de especial trascendencia para la vida política del país. Todo ello en coherencia con el referido principio de autonomía parlamentaria de las Cámaras del que se deduce

⁴⁴ Manuel SÁNCHEZ DE DIOS, «El control parlamentario del gobierno en el Reino Unido: un caso paradigmático», en *El control del gobierno en democracia* coordinado por Francesc Pau i Vall, (Madrid: Tecnos, 2013), 54.

que los reglamentos de las mismas tienen valor de Ley en tanto son normas primarias directamente vinculadas a la Constitución⁴⁵.

No se trataría de una «innovación» y mucho menos entraría en contradicción con el contenido de los citados Reglamentos, en sintonía con los límites establecidos en el FJ 2 de la STC 226/2004, de 29 de diciembre. De hecho, siguiendo con la argumentación recogida en dicha sentencia: «Los Reglamentos de las Cámaras no son, sin embargo, inaccesibles a la integración de su contenido mediante normas supletorias o interpretativas con las que se procure suplir una laguna o superar oscuridades que dificulten su integración normativa». El límite, nuevamente, se encuentra «en el Reglamento mismo al que interpretan o suplen» (STC 44/1995, de 13 de febrero, FJ 3) no siendo lógicamente admisible realizar una auténtica reforma reglamentaria por vía interpretativa.

En el caso que nos ocupa hay una dejación del legislador en el cumplimiento del artículo 72.2 CE y ello provoca un vacío en torno a la posibilidad de que los senadores pudieran participar en el Debate sobre el estado de la Nación a través de su convocatoria en sesión conjunta. A ello se sumaría el hecho, nada desdeñable, de que hablamos de una sesión de la que no se desprende efecto jurídico alguno, toda vez que se trata de un debate sobre política general en el que Gobierno y oposición contraponen sus visiones permitiendo a la ciudadanía formarse una opinión al respecto. En todo caso, la posibilidad de resolver este vacío a través de una interpretación favorecedora del debate entre las diferentes opciones políticas representadas en las Cortes Generales no excluye la necesidad de aprobación del Reglamento de las Cortes Generales en tanto, como advertíamos, es un mandato que se desprende directamente del texto constitucional.

La mayor parte de los análisis publicados respecto del bicameralismo español inciden en su asimetría e imperfección como expresión de la primacía política del Congreso. Sin embargo, hay otra dimensión en el análisis que a menudo pasa más desapercibida y que señala el fundamento estructural de las Cortes Generales, es decir: un órgano constitucional único, cuyas cámaras actúan con independencia y que no mantienen una jerarquía funcional entre sí⁴⁶. Sobre esta base, basta con acudir al tenor literal del artículo 66.1 CE para concluir que la sede de la expresión de la soberanía son las Cortes Generales o lo que es lo mismo: la manifestación de la soberanía popular reside en plano de teórica igualdad en el Congreso y en el Senado: «Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado».

⁴⁵ STC 101/1983, de 18 de noviembre.

⁴⁶ Francisco CAAMAÑO RODRÍGUEZ, «Las Cortes Generales», en *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, ed. por y Enrique Arnaldo Alcubilla y Jesús Remón Peñalver (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018), 16-18.

Valorada la conveniencia constitucional de una cierta flexibilidad en la interpretación de las normas del Parlamento para favorecer el debate y la difusión de las ideas de los representantes de la soberanía popular, podemos concluir que dicha necesidad se expresa con independencia de su pertenencia a una u otra Cámara. Y ello adquiere especial relevancia cuando el líder del grupo mayoritario de la oposición ocupa su escaño en el Senado en lugar de en el Congreso.

La posición manifestada Folchi Bonafonte refuerza la tesis que apunta a la especial importancia que para la oposición tienen este tipo de debates generales. Desde su perspectiva «estos debates ofrecen también a la oposición la posibilidad de formular alternativas a la acción del Gobierno y de obtener información sobre los objetivos del Ejecutivo, ejerciendo asimismo una participación directiva en el desarrollo de la acción política, en la medida en que prosperen las propuesta de resolución con que generalmente concluyen [...]»⁴⁷

Tal y como referíamos anteriormente, la Mesa del Congreso de los Diputados no permitió a Núñez Feijóo participar en el Debate sobre el estado de la Nación de 2022. Sin embargo, la necesidad política de confrontar los planteamientos entre el Gobierno y la oposición llevó al primero a buscar ese debate incluso aunque ello exigiera trasladarlo al Senado. Es importante volver a subrayar que no fue la petición del senador la que propició dicho debate sino la del propio Presidente del Gobierno. Y de ello cabe deducir que más allá del interés propio de la oposición por confrontar sus ideas con quien desempeña las labores de gobierno, existe un interés equivalente en sentido contrario que, ocasionalmente, puede ser incluso mayor. Por ello podemos afirmar que la flexibilización de los criterios para que los senadores pudieran participar en ciertos debates de extraordinaria importancia política, como puede ser el Debate sobre el estado de la Nación, no sería un criterio de parte *per se* sino una previsión que favorecería el mejor posicionamiento constitucional del Senado y la ampliación de la función de control al Gobierno que, como hemos señalado, descansa en las Cortes Generales (art. 66.2 CE).

Las condiciones de elegibilidad del Presidente del Gobierno no incluyen ser Diputado por más que esta haya sido la práctica habitual. Nada impide que el candidato propuesto para ser Presidente pudiera ser Senador o incluso que no fuera miembro de ninguna de las dos Cámaras. Y de igual forma sucede con los líderes de los partidos que conforman la oposición que, pese a no ser investidos en su condición por parte del Congreso, ni exigirse procedimiento democrático reglado para su elección, desempeñan una función

⁴⁷ Imma FOLCHI BONAFONTE, «Los debates de política general y monográficos», en *Parlamento y Control del Gobierno. V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, coordinado por Francesc Pau i Vall, (Pamplona: Aranzadi, 1998), 245.

esencial para el sistema político y para la preservación de los valores constitucionales.

El principio representativo y el pluralismo político son aspectos que deben conciliarse en este punto. Tan inconveniente resultaría un modelo que habilitara a cualquier ciudadano a ejercer el control sobre el Gobierno con las mismas capacidades que un representante electo, en tanto supondría la anulación misma del mandato democrático representativo, como otro en el que la más ligera variación en la costumbre política respecto de la posición institucional que debe ocupar el líder de la oposición implicara que la ciudadanía se viera privada de la necesaria confrontación política entre quien ocupa el poder y quien aspira a ocuparlo.

En todo caso, lo que parece evidente es que un sistema parlamentario bicameral debe contemplar la posibilidad de que los principales actores políticos ocupen posiciones representativas en cualquiera de las Cámaras en las que se expresa la soberanía popular. Y sobre la base de esta premisa hay que concluir que las situaciones en las que se puede producir un debate parlamentario entre el Presidente del Gobierno y el líder de la oposición, siendo este Senador, son escasas y en ocasiones no están si quiera previstas en el Reglamento del Senado.

La rigidez con la que el Congreso han abordado la posibilidad de favorecer el debate en entre el Presidente del Gobierno y el líder de la oposición cuando este ocupa su escaño en el Senado, supone una dificultad añadida para que el Parlamento logre seguir siendo el escenario central de la política nacional. Tal circunstancia, que se da por descontada en tantos manuales de Derecho Constitucional, no depende simplemente de lo que las normas establezcan sino también del interés que despierte para la ciudadanía lo que allí acontece. Por tanto, para futuros trabajos quedaría algunas preguntas que, dado su carácter politológico, he decidido obviar por cuestiones de metodología: ¿son a día de hoy los debates parlamentarios el centro de la vida política del país? ¿Deberían serlo? ¿Qué puede ofrecer el Senado frente al Congreso que justifique su elección como sede de dichos debates cuando esta sea posible conforme a las previsiones constitucionales y reglamentarias?

V. CONCLUSIONES

Hablar de una revitalización política del Senado durante la XIV legislatura podría resultar excesivo. Sin embargo, es indudable que la mayor presencia del Presidente del Gobierno en la Cámara Alta a través de comparecencias en las que ha podido encontrarse con el líder de la oposición, ha favorecido una nueva dinámica política e institucional. No solo en términos de visibilidad del trabajo parlamentario sino también otorgándole al Senado la posibilidad de ser una Cámara capaz de preservar el debate

parlamentario con todos los actores colectivos e individuales ante situaciones extraordinarias como la provocada por el cese del jefe del principal partido de la oposición. Basta comprobar el interés de los medios de comunicación en el debate parlamentario en el Senado cuando este permite la confrontación dialéctica entre el Presidente y el líder de la oposición. Si en las sesiones ordinarias del Pleno del Senado del 4 de octubre hubo 45 medios acreditados y en la del 25 de octubre hubo 39, en las comparencias del Presidente del Gobierno del 6 de septiembre y 18 octubre de 2022 la cifra casi se cuadruplicó hasta 137 y 131 respectivamente. En el momento en el que se están escribiendo estas conclusiones el Presidente del Gobierno acaba de anunciar que tiene intención de volver a comparecer en el Senado el 31 de enero de 2023 para dar cuenta de sus últimas reformas en materia económica, y estoy convencido de que ello consolidará la dinámica descrita.

Las Cortes Generales tienen tareas pendientes. El desarrollo de un reglamento que prevea con mayor precisión las condiciones que deben reunir los asuntos para poder ser debatidos en sesión conjunta bien podría ser la vía para favorecer una mayor integración entre el Congreso y el Senado ante acontecimientos singulares como es la celebración del Debate sobre el estado de la Nación. Una posibilidad que reviste todavía mayor interés ante la evidencia de que el Debate sobre el estado de las autonomías, que debiera celebrarse anualmente en la Comisión General, ha sido apartado de la vida parlamentaria y sustituido fácticamente por un modelo de Conferencia entre los jefes del Gobierno de cada Comunidad Autónoma, cuestionando la función del Senado como cámara de representación territorial.

Por su parte, el Senado requiere de una reforma constitucional que desarrolle definitivamente el artículo 69.1 CE y adecúe la representación territorial a la estructura autonómica del Estado. Pero ante las dificultades de tal empresa, una reforma reglamentaria que concretara y resolviera las lagunas en torno a la comparencia de miembros del gobierno en Pleno, contribuiría a reducir la inseguridad jurídica y reforzaría un instrumento de control que, a la vista de la presente legislatura, puede jugar un papel relevante.

La figura del jefe de la oposición tiene un especial valor en una democracia que propugna entre sus valores superiores el pluralismo político. De hecho, es una figura que está recogida expresamente en el Título II del Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Ordenamiento General de Precedencias en el Estado. Ello implica un reconocimiento al menos protocolario o formal no condicionado al hecho de que se trate del presidente del grupo parlamentario mayoritario de la oposición en el Congreso de los Diputados. Porque, como hemos comprobado, es circunstancia habitual pero no siempre se cumple.

Pero más allá de las razones jurídicas que justifiquen la conveniencia de que se flexibilicen los criterios que impiden a un senador intervenir en el

Debate sobre el estado de la Nación, el Parlamento va a definir con este tipo de decisiones cuál es el papel político que desea jugar en la conciencia colectiva de los españoles. La digitalización de la información ha reformulado las reglas de la acción política y ha puesto a competir en pie de igualdad los mensajes de múltiples actores en un mismo escenario. La legitimidad de las Cortes Generales, basada en el sufragio popular, compete en un ecosistema informativo que se rige por la ley de la oferta y la demanda. El Parlamento revalida su legitimidad de ejercicio como espacio prioritario de la contienda política nacional cada día en cada telediario y en infinidad de plataformas digitales que son generadoras de opinión. Si coincidimos en que los grandes acontecimientos políticos son aquellos en los que están presentes los principales actores colectivos e individuales, las Cortes Generales deben tomar las medidas para garantizar que estos se produzcan en su seno.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco. «Las Cortes Generales», en *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, ed. por Enrique Arnaldo Alcubilla y Jesús Remón Peñalver. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018.
- DA SILVA OCHOA, Juan Carlos. «Artículo 74», en *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, ed. por y Enrique Arnaldo Alcubilla y Jesús Remón Peñalver. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018.
- ELVIRA PERALES, Ascensión. «Información y comparecencias: bases del quehacer parlamentario», en *España Constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, coord. por Esther González Hernández, Rafael Rubio Núñez; Benigno Pendás García, vol. 5, 3660. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- FOLCHI BONAFONTE, Imma. «Los debates de política general y monográficos», en *Parlamento y Control del Gobierno. V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, coordinado por Francesc Pau i Vall, 245. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. *Los senadores designados por las Comunidades Autónomas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- . «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario». *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 13 (2005).
- GARCÍA MORALES, M.^a Jesús. «Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada», *Cuadernos de derecho público* n.º 2 (1997).
- GARCÍA PECHUÁN, Mariano. «La reciente reforma reglamentaria del Senado», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 32 (1994).
- GARCÍA ROCA, J. en «Sobre el Senado y su hipotética reforma. Encuestados», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 17 (2006).
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos. *El Senado ante el enigma de la representación territorial* (Madrid: Marcial Pons, 2019).

- LÓPEZ MORENO DE CALA, María. «La Comisión General de las Comunidades Autónomas», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 133 (2018).
- MARÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. *Derecho constitucional español*. Madrid, Fundación Universitaria San Pablo, 1995.
- MATÍAS PORTILLA, Francisco Javier. «Artículo 110». En *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, ed. por y Enrique Arnaldo Alcubilla y Jesús Remón Peñalver. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018.
- MORENO HURTADO, Diego M^a. «El Reglamento de las Cortes Generales» (tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2017), <https://burjcdigital.urjc.es/bitstream/handle/10115/14526/TESIS%20RCG%20DIEGO%20MORENO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- PÉREZ ROYO, Javier. *La reforma constitucional inviable*. Madrid: Catarata, 2015.
- PORTERO MOLINA, Juan Antonio. «El control parlamentario del Gobierno», *Working Papers*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona (1998).
- RAJOY BREY, Mariano. *Política para adultos*. Navarra: Plaza Janés, 2021.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70 (2004).
- REVIRIEGO PICÓN, Fernando. «El Senado y la Conferencia de Presidentes», *Teoría y realidad constitucional* 17 (2006).
- RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa. «La participación del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas en el funcionamiento de la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 1 (1995).
- RUBIO LLORENTE, Francisco. «Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes», *La Forma del Poder*, CEC, Madrid (1993).
- RUIZ GONZÁLEZ, José Gabriel. «La Conferencia de presidentes: más sombras que luces», *Más poder local*, n.º 10 (2012).
- SÁNCHEZ DE DIOS, Manuel. «El control parlamentario del gobierno en el Reino Unido: un caso paradigmático». En *El control del gobierno en democracia* coordinado por Francesc Pau i Vall. Madrid: Tecnos, 2013.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. «Relaciones del Gobierno con las Cortes Generales: control y responsabilidad», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 104 (2018).
- SANZ PÉREZ, Ángel L.. «La costumbre, el uso y otras fuentes no escritas en el derecho parlamentario». *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 17 (2006).
- SEVILLA MERINO, Julia. Reseña de *La reforma del Senado: la territorialización del Senado. Comisión General de las Comunidades Autónomas*, de J. Visado Mazón, *Corts: Anuario de derecho parlamentario* n.º 5, 1998.
- SOLOZÁBAL, Juan José. «La reforma federal y el Estado autonómico», *Temas para el Debate*, n.º 281 (2018).
- . «La reforma constitucional del Senado», *Sistema: revista de ciencias sociales*, n.º 251-252 (2018).
- TAJADURA TEJADA, Javier. «La Conferencia de Presidentes: origen, evolución y perspectivas de reforma», *Revista de derecho político*, n.º 101 (2018).
- TERUEL LOZANO, Germán M.. *Crisis constitucional e insurgencia en Cataluña: relato en defensa de la Constitución*. Madrid: Dickinson, 2020.

- TUDELA ARANDA, José. «La función parlamentaria de información política». En *Parlamento y comunicación (nuevos retos)*, coord. por Francesc Pau i Vall. Madrid: Tecnos, 2005.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo. «El informe de 2006 del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 82 (2008).

DEL GENOCIDIO AL GENOCIDIO CULTURAL, ETNOCIDIO, LIMPIEZA ÉTNICA (Y A LA DESNAZIFICACIÓN)

*From Genocide to Cultural Genocide,
Ethnocide, Ethnic Cleansing (and Denazification)*

María del Ángel Iglesias Vázquez

Profesora de Derecho Internacional Público, Unión Europea y Derechos Humanos.
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

<https://doi.org/10.18543/ed.2795>

Recibido: 22.12.2022

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo traer al debate jurídico la complejidad surgida al definir las categorías jurídicas de genocidio, genocidio cultural, etnocidio o limpieza étnica. Las definiciones difieren según la disciplina de la que procedan, incluso dentro del propio Derecho, lo que da lugar a confusiones. El genocidio cultural apareció en el discurso legal tras la definición dada al genocidio por la Convención de 1948, la de etnocidio reapareció en el marco de la lucha de los pueblos indígenas por sus derechos y la de limpieza étnica, con el conflicto en la ex Yugoslavia. Esta locución ha sido incorporada al Derecho como expresión del lenguaje coloquial carente de significado técnico, dando lugar a precisiones por parte de la jurisprudencia que la alejan y la acercan a la del genocidio. Junto a ellos, aparece hoy la de desnazificación, cuyo significado aún no ha sido precisado por el Derecho.

Palabras clave

Genocidio, etnocidio, genocidio cultural, limpieza étnica, desnazificación.

Abstract

This paper discusses the complexity of the legal debate that arises defining genocide, cultural genocide, ethnocide, or ethnic cleansing. The definitions will differ depending on the discipline from where they are taken, even within the law itself, resulting in conceptual chaos. Cultural genocide appeared in the legal discourse, after the definition given to genocide by the 1948 Convention, followed by ethnocide in the context of the struggle of Indigenous peoples for their rights and that of ethnic cleansing in the context of the conflict in the former Yugoslavia. This expression is incorporated into the law because of its use as an expression in colloquial language, devoid of a technical meaning. This has given rise to clarifications by jurisprudence. Together with these locutions, similar terms make their reappearance, such as denazification, the meaning of which – for the time being – has not yet been clarified by the law.

Keywords

Genocide, ethnocide, cultural genocide, ethnic cleansing, denazification.

Sumario: I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA CONCEPTUAL. II. DEL GENOCIDIO DE LA CONVENCIÓN DE 1948 AL GENOCIDIO CULTURAL. III. ETNOCIDIO: ¿GENOCIDIO CULTURAL? IV. GENOCIDIO Y LIMPIEZA ÉTNICA. 1. La limpieza étnica ante la Corte Internacional de Justicia. 2. La limpieza étnica ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. V. LA DESNAZIFICACIÓN. VI. IDEAS FINALES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA CONCEPTUAL

No es infrecuente hallar en el debate jurídico y en el de otras ciencias los vocablos genocidio, genocidio cultural y etnocidio. Por diferentes razones, estos términos tienen diferente alcance conceptual según las distintas ramas del saber. Por ejemplo, Ávila señala, en su trabajo sobre Clastres, que el término etnocidio ha sobrepasado el propio ámbito de la Etnografía, lo que «lleva al etnógrafo a sospechar de la actual utilización de la palabra y a preguntarse si todavía mantiene el sentido con el que fue creado» (Ávila 2018, 175). Lo mismo ocurre con «limpieza» y «depuración» étnica, que son otras categorías que se han incorporado al ámbito del Derecho desde el lenguaje ordinario como prácticas próximas a estos *-cidios*, sin la existencia de una previa y precisa significación técnico-jurídica.

International law must be built up on a rational and logical basis and exclude confusion and arbitrary opinions; each idea must be properly defined and not overlapped others (ECOSOC 1947, 16). Siguiendo la idea de Arendt, apuntada por Ávila, surgen nuevos conceptos porque el Derecho necesita otros modos de análisis para leer la realidad. La imprevisibilidad del hecho al que el Derecho ha de seguir, condujo a traer al debate términos semánticos que, aunque eran conocidos para el lenguaje coloquial, no lo eran para la ciencia jurídica. Esto es lo que, según Clastres, ocurrió con la palabra «genocidio», algo en lo que coincide Arendt (Ávila 2018, 175).

Dado que los conceptos mencionados no tienen el significado etimológico con el que nacieron –o se han ido apartando del mismo–, en lugar de recurrir a la semántica, se ha de acudir al Derecho. Aquí, hemos de tener en cuenta que la ciencia jurídica ha creado sus propias definiciones imbuidas de una importante carga política. Por ejemplo, nos encontramos con un genocidio que podríamos denominar como «jurídico», diferente al que se puede hallar en otras ramas de las Ciencias Sociales o las Humanidades.

Efectivamente, el uso de estos *-cidios*, como etnocidio y genocidio, provoca discusiones y posiciones encontradas según se traten desde el campo de la Antropología, del Derecho, de la Sociología o de la Ciencia Política. Entre estos dos *-cidios* mencionados se coloca el de genocidio cultural y, después, estrechamente relacionado con los tres, el de la limpieza étnica. En este

sentido, señala Heiskanen: «El genocidio y la limpieza étnica no son, en absoluto, las únicas alternativas que se han elaborado para abordar los puntos ciegos del discurso sobre el genocidio» (Heiskanen 2021, 2). Genocidio cultural, etnocidio y limpieza étnica han sido empleados —de forma incorrecta desde lo jurídico, pero correcta para otras ramas de las ciencias— para referirse a genocidio, categoría que las precede en el Derecho.

Utilizando un método de análisis comparativo, expondremos, en primer lugar, el estrecho concepto de genocidio de la Convención de 1948 en el que encontramos la razón por la cual, el uso de «genocidio cultural» hizo su aparición y, con este, el de etnocidio. Señalaremos las diferencias percibidas entre estas tres categorías en otros sectores de las ciencias que no parecen acordar con él, perspectivas que nos parecen necesarias para poder posicionarnos. A continuación, se abordará la cuestión de la limpieza étnica derivada de las mencionadas e incorporada al Derecho merced a su uso popular, para seguir con la cuestión de la desnazificación¹ traída recientemente al Derecho, también desde el lenguaje ordinario en el que se utiliza junto al de rusificación². A salvo de lo que la Corte Internacional de Justicia interprete en su día, dejamos apuntados los significados que entendemos correctos respecto a estos dos últimos términos. Posteriormente, se incorporan unas Ideas Finales a modo de conclusión.

II. DEL GENOCIDIO DE LA CONVENCIÓN DE 1948 AL GENOCIDIO CULTURAL

El artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio señala:

«En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo».

La redacción de este precepto no fue pacífica, como tampoco lo ha sido su desarrollo posterior, que ha sido objeto de atención en la doctrina y la

¹ Vocablo no incluido en el diccionario de la RAE, aunque sí en el *Oxford English Dictionary* o en el *Merriam Webster*.

² Según la RAE, rusificación significa «comunicar» o «tomar» las costumbres rusas.

jurisprudencia. Señala Ollé Sesé (2019, 526)³ que, en el genocidio, la exigencia de una intención especial en la comisión de unos actos determinados hace que estemos en presencia de un «delito de resultado cortado, ya que el autor se propone alcanzar el resultado de destrucción o exterminio total o parcial del «grupo» mediante el atentado a bienes jurídicos individuales». De Prada afirma que, como se muestra claramente por los *travaux préparatoires* de la Convención, «la destrucción en cuestión es la destrucción material de un grupo ya sea física o por medios biológicos, no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, cultural u otra de un particular grupo» (De Prada 2019, 62). El *actus reus* y *mens rea* exigidos en este crimen –y precisados en la jurisprudencia internacional– hacen del mismo un tipo muy concreto y específico que no admite que esa intención de destruir total o parcialmente al grupo se derive de razones políticas, económicas o culturales, sino nacionales, étnicas, raciales o religiosas.

Sabemos que lo cultural, lo económico y lo político quedaron fuera de la Convención de 1948, como recuerda Miaja de la Muela (1951, 377), por intereses de la Unión Soviética o de las aún potencias coloniales, en algunos casos. Estados con numerosos grupos étnicos y que en su día fueran colonias también cerraron la puerta para incluir lo cultural en la definición de la Convención. En esta línea, Nenersian afirma que el concepto de genocidio acordado en 1948 es «producto de las realidades políticas y de la negociación de tratados entre Estados, más que de cualquier limitación inherente al concepto» (Nenersian 2005).

La definición de genocidio para el Derecho quedó contaminada por razones políticas. Se creó un concepto por y para el Derecho, a los efectos de la aplicación de un texto específico y el resultado fue que el concepto de *genocidio* se fue alejando de su significado etimológico más amplio, de la idea de Raphael Lemkin citada anteriormente y del existente en otras ciencias.

Recordemos que Raphael Lemkin, en su obra de 1944, afirmó:

Generally speaking, genocide does not necessarily mean the immediate destruction of a nation, except when accomplished by mass killings of all members of a nation. It is intended rather to signify a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the group themselves. The objectives of such a plan would be disintegration of the political and social institutions, of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups, and the destruction of personal security, liberty, health, dignity, and even the lives of the individuals belonging to such groups. (Lemkin 1944, p. 79).

³ El autor señala que «el TPIY en el caso *Stakić*, expone con claridad que el grupo es el objetivo, mientras que la destrucción es la intención específica».

Su idea era la de que esta categoría jurídica se empleara para describir la destrucción de una nación o un grupo étnico. Como también constatamos en el Proyecto de Convención sobre el Crimen de Genocidio (ECOSOC 1947, 25, 27), Lemkin distinguía entre genocidio físico, biológico y cultural. En su propuesta de incorporar los actos de vandalismo y barbarie como crímenes en la Conferencia de Madrid de 1933, el jurista incluía las tres clases de genocidio mencionadas. En el citado Proyecto se puede comprobar el esfuerzo del jurista por proporcionar una idea exacta de lo que significan, para facilitar su identificación⁴.

El establecimiento del genocidio jurídico fruto de una interpretación materialista abrió la vía hacia otras formas de *-cidios*, como el genocidio cultural, que tampoco han encontrado cabida con la redacción del Estatuto de Roma de 1998⁵. Con el asunto *Bosnia v. Serbia*⁶ (*Bosnia case*), asistimos a lo que Schabas (2009, 220-221) califica como *a definitive end to the controversy*.

Pero, aunque fuera una cuestión, en principio, conclusa –por esa resistencia a extender el concepto de destrucción más allá de lo físico o biológico–, no es menos cierto que el debate continúa. Se pone en tela de juicio el alcance dado por las decisiones de las cortes penales internacionales⁷ tratando de demostrar que la muerte cultural es la muerte de un pueblo. El análisis sociológico, antropológico o histórico da un alcance más exacto de lo que representa el *-cidio* cultural para la persona, como veremos seguidamente y el jurista debe atender a estas perspectivas para volver a la idea lemkiiana.

⁴ Podemos establecer tres grandes fases en las discusiones que llevaron a la Convención: a) la Secretaría de la ONU, a petición del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de acuerdo con la Resolución 96 (I), generó un primer borrador de la Convención; b) el Comité Especial del ECOSOC pasó a elaborar sus propuestas llevando al c) texto que fue el debatido en la Comisión de la AGNU en 1948. Dos de los argumentos más destacados a lo largo de todas las etapas de la redacción se referían a la inclusión del genocidio cultural y el traslado forzoso de niños, previsto inicialmente como «genocidio cultural». En todo este proceso, las perspectivas indígenas fueron completamente ignoradas y excluidas de las discusiones.

⁵ Señala Cárdenas que es «el único crimen que en la práctica judicial ha estado tan indisolublemente ligado el texto de un tratado, pues tanto los Estatutos de Tribunales Penales Internacionales (art. 4 del ETPIY y art. 2 del ETPIR) como también varias legislaciones estatales reproducen, desde 1948 hasta ahora, de manera textual o casi textual la tipificación del delito que entrega la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Cárdenas 2019, 115).

⁶ Corte Internacional de Justicia. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Application instituting proceedings*. 20 March 1993, en <https://www.icj-cij.org/en/case/91/institution-proceedings>.

⁷ Un buen exponente es la obra de Kurt MUNDORFF, *A cultural interpretation of the Genocide Convention*, 2018. The University of British Columbia, Dissertation submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, 2018.

Short, sociólogo de origen, insiste en que, para Lemkin, la cultura anima al *genos* en el genocidio: el grupo social «existe en virtud de su cultura común» (Short 2010, 837). Durante el proceso de redacción del proyecto de Convención de la ONU, el jurista polaco sostuvo que el genocidio cultural era la parte más importante de esta. Para Short, la concepción dominante del genocidio como matanza masiva que aporta la Sociología es inadecuada y no le falta razón cuando apunta que dicho enfoque sociológico no ha apreciado la importancia de la cultura y de la muerte social en el concepto de genocidio (Short 2010, 831, De Prada 2019, 63). En este sentido, es revelador lo que este autor escribe en referencia a la autobiografía de Lemkin, «*Totally Unofficial Man*»:

I defended it successfully through two drafts. It meant the destruction of the cultural pattern of a group, such as the language, the traditions, the monuments, archives, libraries, churches. In brief: the shrines of the soul of a nation. But there was not enough support for this idea in the Committee. So, with a heavy heart I decided not to press for it. (Short 2010, 837).

Por otra parte, en la obra del historiador y politólogo Semelin, *Purifier et détruire* (2005), existen abundantes referencias a la definición de genocidio. El francés, con la intención de clarificar la cuestión, se remonta al origen de esta categoría jurídica citando a autores anteriores a Lemkin, como Montesquieu (*De l'Esprit des Lois*) o Gracchus Babeuf, que habla de *populicidio* para referirse a la masacre de los Vendéens, si bien Semelin entiende esta última como crimen atroz desdiciendo el uso de genocidio.

Semelin hace una lista de los *-cidios* que las diferentes aportaciones de los investigadores han ido haciendo, tales como *judeocidio*, *ecocidio*, *feminicidio*, *libricidio*, *eliticidio*, *urbicidio*, *lengüicidio*, *culturicidio*, *fratricidio*, *clasicidio* y *etnocidio*, para subrayar lo siguiente:

Cette diversité témoigne aussi d'une autre réalité : l'énorme difficulté à saisir l'objet étudié, à le délimiter, à bien le cadrer dans ses définitions. Il en résulte nombre des malentendus et incompréhensions entre les chercheurs eux-mêmes, qui travaillant pourtant bien souvent sur les mêmes cas historiques. (Semelin 2005, 500).

Asimismo, titula un epígrafe de su obra *Se dégager du droit* para poner de manifiesto la conveniencia de desprenderse de este concepto en las Ciencias Sociales hablando de una definición «onusiana» respecto de la cual –sin dejar de admitir el valor y ayuda que ha tenido en la práctica– se apartan aquéllas. En realidad, lo que viene a poner en tela de juicio es el valor que pueda tener, en otros campos, una definición jurídica tan teñida de política⁸.

⁸ No faltan las quejas de contrario entre Política y Derecho, como la de Humphreys cuando recuerda que AMEN afirma que «*politics has suffered a lasting eclipse because it has been contaminated by law*» (Humphreys 2006, 682).

El genocidio cultural fue definido por Whitaker, relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Organización de las Naciones Unidas, como:

«Todo acto premeditado y cometido con la intención de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso por razón de origen nacional o racial o de las creencias religiosas de sus miembros, actos tales como: la prohibición de emplear el idioma en las relaciones cotidianas o en las escuelas o la prohibición de imprimir o de difundir publicaciones redactadas en el idioma del grupo y la destrucción de las bibliotecas, los museos, las escuelas, los monumentos históricos, los lugares de culto u otras instituciones y de los objetos culturales del grupo o la prohibición de usarlos» (ECOSOC 1985, 17).

Pero la idea de Lemkin no era así, ya que entendió el vandalismo como una técnica de destrucción del grupo. Como recuerda Semelin, el jurista polaco no distinguió entre etnocidio y genocidio, haciendo una interesante precisión: *Lemkin ne fait pas vraiment de différence entre «genocide» et «ethnocide», ainsi qu'il le souligne d'emblée dans une note de bas de page* recordando el origen del término: *Ethnocide is a combination of the Greek word ethnos meaning 'nation' and the Latin word cide which means 'to kill'»* (2005, 492).

Lemkin equipara genocidio cultural a etnocidio, cuestión que abordaremos en el siguiente apartado. Antes, queremos traer alguna aportación desde la Antropología sobre la diferencia entre el genocidio jurídico y cultural, así como las diferentes formas en que aquél se manifiesta.

Totten *et al.* argumentan que hay una diferencia cualitativa entre aquellas situaciones en las que se mata directamente a un pueblo y aquellas en las que se destruyen ciertos aspectos de la cultura de aquel (2002, 59). Esta idea, similar a otras jurídicas que luego apuntaremos, tiene, sin embargo, algunos inconvenientes desde que incorpora el adjetivo «ciertos» dejando el interrogante de concretar cuáles sí puedan incluirse. Al menos en ciertos casos, siguiendo su pensamiento, tal destrucción de una cultura sí podría considerarse genocidio. En cualquier caso, distingue entre genocidio y genocidio cultural.

Dadrian señala cinco distintas clases de genocidio:

- a) el cultural, en el que la asimilación del «otro» es el objetivo del autor.
- b) el genocidio latente o resultado de actividades con consecuencias «no deseadas» como la propagación de enfermedades durante una invasión.
- c) el genocidio retributivo, destinado a castigar a ese segmento de población que desafía al grupo dominante.
- d) el genocidio utilitario o matanza masiva para obtener el control de los recursos económicos.

- e) el genocidio óptimo, que se concreta en la matanza del grupo social para lograr su aniquilación. (Dadrian 1975).

Por su parte, Chalk y Jonassohn distinguen también cuatro tipos de genocidio en función del objetivo perseguido a la hora de acometerlo: conseguir ventajas económicas; implementar una creencia; generar terror y eliminar una amenaza potencial.

Pero estas diferencias no se agotan en las expuestas y se deben al intento de hacer del concepto de genocidio algo más factible, manejable y específico, *put it analytically rigorous* (Chalk y Jonassohn 1990, 15). Desde la realidad de los pueblos indígenas y la Antropología, otros autores como Kuper, citado en la obra de Hinton, se refieren al genocidio físico, en el caso de la destrucción de los propios indígenas y al genocidio cultural o etnocidio, en el de la destrucción de la cultura del grupo, afirmando que *different types of genocide imply different strategies for prevention and protective action*. (Hinton, 2002, 58). Aquí, el autor equipara el genocidio cultural al etnocidio.

Precisamente, con respecto a los pueblos indígenas que nos aportan una visión necesaria de genocidio en conexión con la idea de Lemkin, nos parece obligada la mención del Informe realizado por la *Commission d'enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*⁹.

En el Informe Suplementario sobre la desaparición y muerte de mujeres y niñas en Canadá se aporta una definición de genocidio amplia¹⁰ que incluye la acción y la omisión del acto requerido (*actus reus*) y se traen a colación las tres clases de genocidio propuestas por Lemkin: físico o asesinato en masa de un grupo específico; biológico o destrucción de la capacidad reproductiva del grupo y cultural, que implica la destrucción de prácticas y modos de vivir que impiden la pervivencia del grupo como tal.

Según el Informe, el genocidio está compuesto de una fase negativa y otra positiva. La primera es la destrucción de la identidad nacional, cultural y social del grupo oprimido y la segunda, la imposición de la identidad propia del opresor. Mencionando el debate genocidio cultural *versus* real, entiende que es un enfrentamiento engañoso en el escenario canadiense (Supplementary Report, 2019, 8). Insiste en la idea de que se ignoró la perspectiva de los

⁹ Sobre los antecedentes de esta Comisión, el trabajo del Relator Anaya, la Indian Act, las Escuelas residenciales e informes previos, ver Iglesias 2020.

¹⁰ «Fait – acte ou omission – commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe identifiable de personnes et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un génocide selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel, ou en raison de son caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu».

pueblos autóctonos en el proceso de redacción y negociación de la Convención sobre el genocidio (2019, 7), de que fueron excluidos para servir a los intereses de los Estados. En consecuencia, afirma que la definición de genocidio alcanza a las acciones pasadas y presentes en Canadá, a las conductas perpetradas a lo largo de los siglos (2019, 8).

El colonialismo en Canadá jugó un papel determinante en la calificación de genocidio. Tal y como apunta el citado Informe, basándose en Woolford y Benvenuto, no se trata de un genocidio que se pueda comparar al nazi, armenio o ruandés, sino de un proceso lento (2019, p. 10) que produce igual efecto: la progresiva destrucción de los grupos. Afirma la existencia de un genocidio colonial atribuible al Estado (2019, 30) y realiza interesantes aportaciones como la de que esta clase de genocidio no es determinado y cuantificable (2019, 10) o la de que es una forma única de violencia que no encaja fácilmente en la definición jurídica internacional del crimen de genocidio (2019, 9).

La discriminación, la marginalización y la aniquilación de la cultura (y vidas) de los pueblos indígenas de Canadá se llevó a cabo merced a dos instrumentos principales: con una ley, la *Indian Act* de 1857¹¹ y con la creación de las Escuelas Residenciales que funcionaron desde 1874 hasta 1970, al menos. En tales Escuelas, los niños y las niñas indígenas eran sometidos a todo tipo de maltrato físico o psíquico, no podían utilizar su lengua materna ni usar las vestimentas propias de sus pueblos. Aquí, debemos tener en cuenta que el traslado forzoso de niños y niñas indígenas está insertado en la definición de genocidio de la Convención y del ER, en los artículos II e) y artículo 6 e) respectivamente.

Hemos comprobado en este apartado cómo el limitado concepto jurídico de genocidio conduce al del genocidio cultural. Este y etnocidio han ido apareciendo con igual o diferente significado en los distintos discursos, lo que nos conduce a la siguiente pregunta: ¿estamos hablando de lo mismo cuando, para referirnos a genocidio cultural, empleamos el término etnocidio?

III. ETNOCIDIO: ¿GENOCIDIO CULTURAL?

En la década de los setenta, en el marco de la lucha por la protección de los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas, resurge, junto a la expresión de genocidio cultural, la del etnocidio. Este término había sido empleado por Lemkin, que no distinguió entre etnocidio y genocidio, tal y como ya hemos apuntado. Al respecto, cabe destacar que, como advierte

¹¹ Debe precisarse que la *Indian Act*, o *L' Acte des Sauvages (Loi sur les Indiens)* como tal es una refundición posterior (1876) de otras anteriores tales como la *Gradual Civilization Act* de 1857 o la *Gradual Enfranchisement Act*. Se aplicaba a las *First Nations*, que la rechazaron, pero no a los Métis e Inuits.

Heiskanen, se produjo la primera aparición impresa de la palabra etnocidio (Heiskanen 2021, 3).

El desarrollo del Derecho de los pueblos indígenas supuso la consagración del término etnocidio, que comenzó a desarrollarse desde el Derecho de los derechos de las minorías del que se benefician los pueblos indígenas.

Tal y como consideró la Res. 317 (III) de la AGNU de 1948, la protección de las minorías era una cuestión compleja y de diferente problemática según los Estados a los que pertenecieran. Por esta razón, la suerte de las minorías no se trató específicamente en el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre. En el apartado C de esta Resolución, la Asamblea pidió al Consejo Económico y Social que invitara a la entonces Comisión de Derechos del Hombre y a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías a realizar «un estudio a fondo del problema de las minorías, a fin de que las Naciones Unidas puedan adoptar medidas eficaces para la protección de las minorías étnicas, nacionales, religiosas y lingüísticas».

Con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las minorías «étnicas, religiosas o lingüísticas» verían proclamados y reconocidos sus derechos particulares. De todas formas, el enfoque internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y, en concreto, el del derecho a la protección de sus culturas, se entendía de forma paternalista. Esta visión se plasmó en el Convenio n.º 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1959 que entendía que estos grupos indígenas no se hallaban integrados aún en la colectividad nacional y que su situación social, económica o cultural les impedía beneficiarse plenamente de los derechos y oportunidades de los cuales disfrutaban otros segmentos de la población. Este carácter asimilador del Convenio conduciría a su fracaso y, con él, al Convenio de la OIT n.º 169 de 1989 que constituye, en la actualidad, el más importante conjunto de disposiciones que regulan los derechos de los pueblos indígenas junto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, mediante su Resolución 4 B (XXIII) de 26 de agosto de 1970, recomendó que se llevase a cabo un examen general y completo de la naturaleza y magnitud del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Comenzó así, una importante etapa en la conformación de los derechos de estos pueblos.

Poco antes apareció la obra de Jaulin, etnólogo, *la Paix Blanche, Introduction à l'ethnocide*, en la que el autor describe sus impresiones con los Bari y la destrucción de su cultura. Para este autor el etnocidio es un crimen cultural que mata físicamente también, considerando que las masacres que estaba presenciando, la destrucción de civilizaciones vivas, eran formas de genocidio (Jaulin 1970, 10, 14).

Sostiene Benvenuto que Jaulin usó el concepto de etnocidio para describir lo que él consideraba el «depredador impulso de la civilización occidental al consumir y destruir la diversidad cultural del mundo» (Benvenuto 2015, 30). Este tipo de destrucción del grupo se distinguía conceptualmente de la destrucción intencional, de la aniquilación física y «mantuvo tácitamente la interpretación convencional del genocidio como categóricamente distinto del etnocidio» (Benvenuto 2015, 30).

La obra de Jaulin es considerada como uno de los trabajos más relevantes sobre etnocidio y relanza definitivamente esta expresión¹². El francés participaba activamente en foros internacionales, entre los que destaca el Congreso americanista (sesión XXXVIII) que reproduce en *La Paix Blanche*. En esta sesión, la cuestión del etnocidio no figuraba en el orden del día por tratarse de un «falso problema» netamente distinto del genocidio (Jaulin 1979, 238-239): la destrucción física constituiría genocidio, en tanto que la aniquilación cultural sería una vulneración de los derechos humanos (Jaulin 1979, 241).

En el texto ofrecido a votación en el citado Congreso se dice: «la destrucción de los grupos étnicos indígenas conocida como integración, a menudo arrastra todo tipo de coerción, incluida la fuerza armada» (Jaulin 1970, 239). Nótese que el autor hace alusión a la «integración» en un momento en que el Derecho aún no había atendido a la particularidad del indígena: casi dos décadas tendrían que transcurrir hasta el Convenio n.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, antes mencionado.

Señala Benvenuto que los estudios realizados en la década de los setenta apuntan a que ya comenzaban a aparecer nuevos significados de genocidio cultural y etnocidio. Efectivamente, como señalamos seguidamente, ambos términos se incorporan al debate jurídico con igual significado, pero con el tiempo, aparecieron autores que también marcaron diferencias.

Ruhashyankiko, relator Especial de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del crimen de Genocidio, al tratar la posibilidad de preparar convenios adicionales para castigar los actos de genocidio no incluidos en la Convención de 1948, incluyó el genocidio cultural (y el ecocidio) en el Capítulo IV del Informe de 1978 y citó a Jaulin refiriéndose a una obra posterior a *La Paix Blanche*, *L'ethnocide à travers les Amériques, Textes et documents*, publicada en 1972.

En el Informe de Ruhashyankiko se afirma que genocidio y etnocidio son considerados sinónimos, de uso alternativo y con un evidente vínculo etimológico, para continuar señalando que «también se ha dicho que etnocidio significa la negación del derecho a la vida de las civilizaciones indígenas». Asimismo, señala que se produce a través de prácticas de «asimilación,

¹² En este sentido, Beaucage (2022, 175).

integración o absorción cultural de grupos humanos con una estructura social y una cultura diferentes a las de la mayoría». Pero, finalmente, admite:

«No puede llegar a una conclusión definitiva sobre si los actos considerados como genocidio cultural o «etnocidio» son elementos constitutivos del delito de genocidio y si es posible concertar una convención adicional que abarque el genocidio cultural o incluirlo en una convención revisada sobre el genocidio» (ECOSOC 1978, 127-128).

En el posterior Informe de la Subcomisión de Whitaker, de 2 de julio de 1985, se señala que algunos miembros de la Subcomisión propusieron que se ampliara la definición de genocidio para abarcar «el genocidio cultural o etnocidio» y, recordando el Informe *El Estudio sobre las Poblaciones Indígena*, se hizo hincapié en la necesidad de una atención especial y urgente a los casos de destrucción física de las comunidades indígenas (genocidio) o a la destrucción de las culturas indígenas (etnocidio) (ECOSOC 1985, 18).

Genocidio cultural y etnocidio se han tratado desde la equivalencia hasta la distinción (Sautman 2016, 11)¹³, pasando por posiciones indeterminadas como la de Martínez (2012, 437), que afirma que el concepto de genocidio cultural es un término «en pleno desarrollo», lo que nos preocupa al volver a la indefinición.

Clastres, prefiere el concepto etnocidio y subraya que este, desde la perspectiva de sus agentes, «no se reconoce a sí mismo como una empresa destructiva: al contrario, es un deber exigido por el humanismo inscrito en el corazón de la cultura occidental» (Ávila 2018, 179). El autor francés se refiere a etnocidio como la muerte de los pueblos en el espíritu.

Por su parte, Pruiim recuerda que, tal y como se debatió profundamente en los Trabajos preparatorios de la Declaración de 2007 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (parte III, B), *there is no clear agreement on the meaning of the terms ethnocide and cultural genocide. In general, ethnocide is regarded as the destruction of people and cultural genocide as the destruction of the physical manifestations of culture* (Pruim 2014, 270).

Dicha autora diferencia entre etnocidio y genocidio cultural y, refiriéndose al artículo 8 de la Declaración de 2007, se pregunta: *Do these concepts overlap entirely with the preexisting notions of ethnocide and cultural genocide?* (Pruim 2014, 270) Pruiim nos está recordando que, en los trabajos que condujeron al texto final de la Declaración, el relator aclaró que el genocidio cultural se refería a la destrucción de los aspectos físicos de una cultura mientras que el etnocidio hacía referencia a «la eliminación de toda una etnia y un

¹³ Sautman entiende que la intención que subyace al etnocidio no es la misma que la del genocidio cultural porque no está vinculada a la destrucción física o biológica de un grupo; por lo tanto, la intención suele estar dirigida a la asimilación forzada y no a la diezma de la población.

pueblo». Aquí estaríamos bordeando el concepto de genocidio que se dejara atrás en 1948. Y es que, en efecto, el artículo 7 del Proyecto rezaba: «Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a no ser objeto de etnocidio y genocidio cultural» (ECOSOC 1994).

Es notable señalar que la Declaración de 2007 quedó desprovista de cualquier referencia al genocidio cultural o al genocidio, pero, como hemos podido comprobar al referirnos a la gestación de este texto, existieron posturas bien diferenciadas a la hora del uso de los términos en cuestión –genocidio cultural y etnocidio– que aún podrían complicarse más al intentar un acercamiento a la cuestión etnia/raza. Así lo hace notar Miaja de la Muela en su obra «El genocidio, delito internacional», donde muestra la complejidad de la distinción entre lo racial y lo étnico en la Convención de 1948 (Miaja de la Muela 1951, 376), lo que se había puesto de manifiesto en las discusiones habidas durante la elaboración del texto definitivo y que vendría a dar la razón a la idea de Lemkin antes mencionada.

En general, en la doctrina, parece que existe más un uso equivalente de los conceptos que estamos tratando que una marcada diferencia, como muestra el hecho de que sean empleados indistintamente o separados apenas por las conjunciones «o» e «y». E incluso con un signo «/».

Finalmente, con una visión mucho más pragmática, van Krieken apunta a un *dismissing the claims regarding cultural genocide and ethnocide because they are ineffective in law* (2004, 126).

Por nuestra parte, partiendo de la no diferencia entre ambos, preferimos usar la de etnocidio¹⁴ por las razones que dejaremos apuntadas en las Ideas finales de este trabajo. Antes, siguiendo lo indicado al principio de este trabajo, nos detendremos en la cuestión del genocidio y limpieza étnica, expresión que ha venido a sumarse al debate jurídico, como ya advertimos, desde su empleo en el lenguaje coloquial.

IV. GENOCIDIO Y LIMPIEZA ÉTNICA

Si etnocidio había sido acuñado para el debate actual por Jaulin para describir la aniquilación de la cultura de los pueblos indígenas, «limpieza étnica» se trae al ámbito jurídico como consecuencia de su uso en el habla ordinaria o popular. Ello se constata en los documentos de la AGNU, de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en los asuntos relacionados con el conflicto de los Balcanes. Puesto que ambos términos se invocan entremezclados en el

¹⁴ En algún ordenamiento interno, como el ecuatoriano, el etnocidio se considera como delito. Así, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 57 apdo. 21 y el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, en el artículo 80,

tiempo, merece la pena traer a colación las referencias que aquellos realizan a limpieza étnica, a su significado y a su relación con la figura del genocidio.

La CIJ señaló que *the term «ethnic cleansing» has no legal significance of its own*¹⁵. Naimark, entre otros, afirma que, probablemente, fueron los serbios quienes utilizaran por vez primera el término con su significado actual durante los ochenta y señala que se trataría de la traducción literal de la expresión serbo-croata *etničko čišćenje* (Naimark 2007).

Refiriéndose a Serbia y a la Gran Serbia, encontramos su uso en una carta de 13 de febrero de 1943 incorporada en los documentos obrantes en la CIJ:

«Las tierras serbias deben ser limpiadas de católicos y musulmanes. Serán pobladas únicamente por serbios. La limpieza se hará a fondo. Los empujaremos a todos y los destruiremos sin excepciones y sin piedad. Ese será el punto de partida de nuestra liberación. Eso debe hacerse muy rápidamente y con un fervor revolucionario»¹⁶.

El empleo del término se encuentra también en documentos de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación en el territorio de la antigua Yugoslavia¹⁷, en los que hallamos la siguiente definición: el término limpieza étnica se refiere a la «eliminación de grupos étnicos por otro grupo étnico que ejerce control sobre un territorio determinado», proporcionando seguidamente ejemplos de distintas prácticas llevadas a cabo al efecto: expulsiones forzadas, amenazas, detenciones arbitrarias, maltrato, tortura, expulsiones colectivas, saqueo de ciudades, ejecuciones sumarias, destrucción de edificios religiosos, etc.

Esta Comisión, que fue presidida primero por Kashoven, primero y por Bassiouni, después, trabajó desde 1992 a 1994 y presentó tres informes, dos provisionales¹⁸ y uno final¹⁹, en los que se trató la cuestión de la «depuración étnica». Resaltamos que en la versión en inglés y en francés se emplean los términos *cleansing* o *nettoyage*, en tanto que, en la española, se utiliza la de

¹⁵ Corte Internacional de Justicia. *Application of Genocide Convention, (Bosnia v. Serbia y Montenegro)*, párr. 190, p. 124.

¹⁶ *Application proceedings submitted by the Republic of Bosnia and Herzegovina*, de 3 de marzo de 1993, párr. 26, p. 8.

¹⁷ El Consejo de Seguridad pidió al Secretario General el establecimiento de una Comisión de Expertos para la determinación de las vulneraciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en el territorio de la antigua Yugoslavia. *Vid.*, párrs. 8 a 27 del Informe sobre los Derechos Humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia, preparado por el Sr. Tadeusz Mazowiecki, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con el párrafo 15 de la Resolución 1992/S-1/1 de la Comisión y con la Decisión 1992/305 del Consejo Económico y Social. Anexo. Doc. A/47/666, S/24809, de 17 de noviembre de 1992. En su Informe previo (y primero), de 3 de septiembre de 1992 (A/47/418-S/24516) hace alusión a la limpieza étnica, pero no proporciona definición alguna.

¹⁸ Doc. S/25274, Anexo I y Doc. S/26545, Anexo.

¹⁹ Doc. S/1994/674.

depuración. El Informe Final nos aporta otra definición de limpieza étnica, remarcando el objetivo perseguido con estas acciones y nos ofrece una aproximación a su calificación jurídica, entendiendo que:

«En el contexto de los conflictos en la ex Yugoslavia, la práctica de 'depuración étnica' consiste en dar homogeneidad étnica a una zona utilizando la fuerza o la intimidación para expulsar a personas o a determinados grupos de dicha zona. La 'depuración étnica' contraviene el derecho internacional» (S/1994/674, 34).

Respecto a la calificación de los actos mediante los que se perpetran, entiende que son constitutivos de crímenes de lesa humanidad y que pueden asimilarse a crímenes de guerra concretos sin perjuicio de que también puedan considerarse comprendidos en el marco de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. El objetivo es la ocupación de un territorio con la exclusión del grupo o grupos depurados. Respecto a las prácticas serbias en el territorio de Bosnia Herzegovina, la depuración se concretó en la promoción de doctrinas políticas relativas a la «Gran Serbia».

La invocación de limpieza étnica fue una estrategia de defensa. Dada la inexistencia de una categoría jurídica técnica, ambas Cortes analizaron si se presentaban, en los actos conducentes a aquélla, los elementos necesarios para calificarlos de genocidio o no. En definitiva, el juzgador se enfrentó necesariamente a la calificación de las acciones llevadas a cabo y su posible o imposible encuadre en la que constituyen un crimen internacional.

Michels, analizando el discurso sobre la limpieza étnica y añadiendo el término «purificación», cita la obra de Jean-Pierre Derriennic, quien establece la diferencia entre *purification et nettoyage ethnique* según el fin perseguido, ya sea la pureza racial o la homogeneización de un determinado territorio (Michels 1997, 169)²⁰. No faltan quienes afirman, como Pierré-Caps, que la «*nettoyage ethnique*» *comme procédé de construction de la nation ne fait que poursuivre une trop longue litanie inaugurée en Espagne à la fin du XV^e siècle* (Pierré-Caps 1995, 291)²¹. Para Rosière, la limpieza étnica se diferenciaría del genocidio en que este último tiene como finalidad la aniquilación de un pueblo, del tal modo que la exterminación de un grupo concreto sería un medio, no un fin (Rosière 2004, 227).

Semelin hace un interesante análisis comparativo entre ambos términos, encontrando puntos de convergencia en tanto que ambas prácticas se colocan en el mismo *continuum de destructivité eradicatorice*, si bien advierte que se

²⁰ Se refiere a Jean-Pierre Derriennic, *La «Question d'Occident» 70 ans plus tard. A propos de la crise bosniaque, Commentaires* (Paris), (67), automne (1994), pp. 505-511.

²¹ Esta idea del antecedente español es señalada por Dadrian, pero calificándolo de «genocidio cultural» (1975, 205).

distinguen en cuanto a la suerte final que corren las víctimas, ya que en la limpieza étnica si *les individus sont en partie massacrés, il est laissé à d'autres la possibilité de s'enfuir*. Esto no ocurre en el genocidio, en el que se cierran todas las puertas (Semelin 2005, 544-545).

Según Khan, habría razones suficientes para adoptar la expresión «limpieza étnica» en vez de la de genocidio, señalando que la primera no tiene implicaciones legales. En este sentido, señalando la definición de genocidio de la Convención de 1948, resalta que «la limpieza étnica, por su parte, se refiere a la expulsión de un grupo de una zona determinada, si bien no hay ningún tratado que determine sus parámetros». Así, la etiqueta de limpieza étnica parece un llamamiento a la acción que tiene menos carga política, siendo, más bien, *a feel good option for the international community* (Khan 2017).

Hasta aquí, hemos señalado aportes doctrinales que van a encontrar, creemos, un importante límite en la jurisprudencia de la CIJ y del TPIY, como señalaremos a continuación.

1. La limpieza étnica ante la Corte Internacional de Justicia

Dos asuntos merecen la atención a efectos de conocer cómo la Corte analiza la expresión limpieza étnica y procede a calificarla: la demanda presentada por Bosnia contra Serbia en 1993²² y el asunto incoado por Croacia contra Serbia en 1999 relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948 (CIJ, 1999)²³.

En esta última, en el *Preliminary Statement*, el representante de Croacia, refiriéndose a los actos prohibidos por la Convención, señala la violación de ésta por parte de la República Federativa de Yugoslavia entre 1991 y 1995, afirmando que es *liable for the ethnic cleansing* de los ciudadanos croatas del área, lo que entiende como forma de genocidio. Afirma que la República Federativa de Yugoslavia llevó a cabo una conducta equivalente a una segunda fase de limpieza étnica en violación de la Convención de 1948, determinando que tales acciones constituyen genocidio, apoyándose en la Resolución de la AGNU 47/121 de 18 de diciembre de 1992 y en la 49/43 de 9 de diciembre de 1994.

Aunque el escrito croata separa en ocasiones ambos términos –*ethnic cleansing and genocide*–, parece equipararlos por lo que se deduce de sus

²² Corte Internacional de Justicia. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*.

²³ Corte Internacional de Justicia. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, 2 de julio de 1999. <https://www.icj-cij.org/en/case/118/institution-proceedings>.

subsiguientes afirmaciones, cuando insiste en la calificación de la resolución 47/121 de la AGNU.

En su réplica, en el *Counter-Memorial* de Serbia, de 1 de diciembre de 2009 (Vol. I), analizando la cuestión de la limpieza étnica en el apartado C: *Intent and «Ethnic Cleansing*, establece una línea de separación entre esta y genocidio basándose en el *Bosnia case* de 2007 de la CIJ:

*It can only be a form of genocide within the meaning of the Convention, if it corresponds to or falls within one of the categories of acts prohibited by Article II of the Convention. Neither the intent, as a matter of policy, to render an area 'ethnically homogeneous', nor the operations that may be carried out to implement such policy, can as such be designated as genocide*²⁴.

En efecto, comprobamos que la CIJ había partido del hecho de que, en principio, ni la intención política de convertir una zona en «étnicamente homogénea», ni las operaciones que puedan llevarse a cabo para aplicar dicha voluntad, pueden calificarse como genocidio. Además, la deportación o el desplazamiento de los miembros de un grupo, incluso si se efectúa por la fuerza, no equivale necesariamente a la destrucción de ese grupo.

En el escrito inicial presentado por Bosnia en 1993, en el párrafo 20, se describe que los diplomáticos bosnios hicieron público un memorando (de 8 de julio) de las Fuerzas de Paz de la ONU en Croacia en el que se afirmaba que las fuerzas de la milicia serbia en la República de Bosnia y Herzegovina habían intensificado las llamadas «operaciones de limpieza étnica» en mayo de 1992. Además, se argumentó que, según la Resolución 47/121 de 18 de diciembre de 1992 de la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁵, la limpieza étnica llevada a cabo por Serbia contra el pueblo bosnio no era sino una forma de genocidio. De hecho, Bosnia y Herzegovina sostiene que, en realidad, la limpieza étnica es realmente un «eufemismo» para referirse a los actos de genocidio en el sentido de la Convención. Es decir, lo mismo, pero de forma suave. En contra de la calificación como forma de genocidio, Serbia, afirmando la inexistencia de este, sostiene que se trataría del traslado de toda una población de iguales características hacia otro escenario.

²⁴ Corte Internacional de Justicia. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment, 26 February 2007, General List No.91. párr. 190.

²⁵ Interesante al respecto es el documento A/54/549 de 15 de noviembre de 1999: «*The situation in Bosnia and Herzegovina*». Report of the Secretary-General pursuant to General Assembly Resolution 53/35. *The fall of Srebrenica*. <https://digitallibrary.un.org/record/372298>.

Analizando lo que supone la limpieza étnica en estos asuntos, la CIJ deja clara la inexistencia de un concepto técnico jurídico al respecto, puesto que es una expresión utilizada en el lenguaje coloquial popularizada.

2. *La limpieza étnica ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*

En el marco del TPIY se plantea la misma cuestión de encuadrar las conductas antes descritas como crimen de genocidio. Si bien en la primera sentencia del asunto *Dražen Erdemović (Pilica Farm)*, de 29 de noviembre de 1996, no se hace referencia a la limpieza étnica, en el caso *Duško Tadić (Prijedor)*, de 7 de mayo de 1997, sí se menciona en varias ocasiones, aunque no es definida por el Tribunal. En la exposición de los antecedentes del conflicto, el TPIY describe la cuestión étnica de la ex Yugoslavia antes, durante y después de los años de gobierno del Mariscal Tito, así como el objetivo perseguido de crear una pequeña Yugoslavia dominada por serbios. Las poblaciones musulmanas y croatas de Bosnia y Herzegovina suponían un obstáculo para conseguirla, por lo que se adoptó la práctica de la limpieza étnica, concepto popular entre escritores serbios y croatas, que apuntaban a una *redistribution of populations* usando la fuerza, si fuera preciso, para conseguir una Gran Serbia. El Tribunal utiliza el término como práctica que encuadrará después, sin mencionarla, en la determinación de los cargos presentados contra Tadić.

En el siguiente asunto, *Mucić et al. (Celebici camp)*, nos encontramos su mención junto a otras categorías jurídicas ya existentes en el ámbito del Derecho Penal Internacional como la de «desplazamiento de personas» o «violaciones del Derecho Internacional Humanitario», reiterándose la idea de que el uso de limpieza étnica había ganado notoriedad, tal y como el Informe de la Comisión de Expertos había puesto de manifiesto, sin que tampoco lleguemos a la consideración de genocidio²⁶.

Así, habremos de llegar al asunto *Krstić*²⁷ en el que se detalla la campaña de limpieza étnica comenzada en la primavera de 1992²⁸ y en la que, por fin, hallamos una calificación para las acciones llevadas a cabo en un escenario

²⁶ Corte Penal Internacional. *Mucić et al. The Prosecutor v. Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo & Zejnil Delalić (IT-96-21)*, párr. 107, p. 44.

²⁷ Corte Penal Internacional. *Prosecutor v. Radislav Krstić*, (IT-98-33), en <https://www.icty.org/en/case/krstic>.

²⁸ En el párr. 562 de la sentencia *Krstić*, se dice: *as a result, there are obvious similarities between a genocidal policy and the policy commonly known as «ethnic cleansing»* y en el mismo párr., más adelante se dice que el Informe del Secretario General (de Naciones Unidas) comenta que *a central objective of the conflict was the use of military means to terrorize civilian populations, often with the goal of forcing their flight in a process that came to be known as «ethnic cleansing»*.

concreto: el de Srebrenica²⁹. Ahí, en la descripción de los actos, leemos dos expresiones reveladoras: «eliminada la presencia de» y «forzando su marcha en un proceso que fue denominado limpieza étnica»³⁰. Además, en el análisis del plan perseguido, refiriéndose al Informe del secretario general, se dice que un hecho central del conflicto fue el uso de medios militares para aterrorizar a la población civil, a menudo con el objetivo de forzar su huida, en un proceso que llegó a conocerse como «limpieza étnica»³¹. El Tribunal, finalmente, observa que, en consecuencia, existen «evidentes similitudes entre una política genocida y la política comúnmente conocida como limpieza étnica».

Parece sorprendente que, hasta el asunto *Krstic*, el TPIY no llegue, analizando los mismos hechos, a la conclusión de que la limpieza étnica llevada a cabo en el territorio de la ex Yugoslavia por los serbios fuera constitutiva de genocidio. William Shabas sostiene que ambos tribunales (la CIJ y el TPIY) interpretaron de forma restrictiva el concepto de genocidio «resistiéndose a ampliarlo para abarcar casos de depuración étnica y ataques análogos contra grupos, con la finalidad de obtener su desplazamiento y no su exterminio físico (Shabas 2008, 5).

Por nuestra parte, creemos que en el asunto *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del genocidio (Bosnia Herzegovina vs Serbia y Montenegro)*, la CIJ proporciona una definición en la que no descarta que la limpieza étnica constituya genocidio. Más bien, deja que los elementos del crimen se presenten en el supuesto concreto. Otra cosa es que la expulsión con el fin de limpiar una zona de determinados grupos no constituya en sí genocidio. Todo pasa, pues, por la concurrencia, en un escenario determinado, de los elementos del artículo II.

En su obra *Ethnic Cleansing' and Genocide: Similarities and Distinctions*, Shabas apunta, preguntándose si se cometió genocidio en la Antigua Yugoslavia, que, aunque ha habido desacuerdo en cuanto a usar el término limpieza étnica para describir las brutales campañas de persecución de grupos étnicos, finalmente estas prácticas han sido llamados por su «verdadero nombre», genocidio (Shabas 2003, 39). Y, en la misma línea, Steinfeld concluye su trabajo con la idea de que la Corte no proporcionó un precedente muy necesario y práctico para incluir adecuadamente la limpieza étnica dentro de la configuración jurídica y fáctica del genocidio (Steinfeld 2015, 944). En contraste,

²⁹ El 2 de agosto de 2001, Radislav Krstić sería declarado la primera persona en ser condenada por genocidio por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

³⁰ *Prosecutor v. Radislav Krstic*, párr. 578.

³¹ Véase párr. 94 de la sentencia *Krstic*. En el *Prosecution Opening Statemen (Open Session)* de 13 de marzo de 2000, aparece la expresión *cleansing ethnic* para describir la acción de Krstic. Ello, en palabras del testigo F, T. 1499. En la sentencia, párr. 562, el Tribunal observa: «As a result, there are obvious similarities between a genocidal policy and the policy commonly known as "ethnic cleansing"».

merece la pena resaltar la postura de Hayden (2007, 1), quien, contestando a Rony Blum *et al*³², alerta del error en que estos habrían incurrido de entrada, al afirmar que el TPIY «concluyó que lo ocurrido en Bosnia fue un genocidio», puesto que a lo que el Tribunal se refiere es a Srebrenica. A esta, siguen otras críticas en relación al asunto Milosevic: *while Blum et al. refer to the deaths in Kosovo as 'genocide,' not even Slobodan Milosevic was charged with that crime for the conflict by the ICTY* (Hayden 2007, 546-547)

Sin posicionarnos totalmente con Hayden, en la línea que hemos apuntado antes, consideramos que ambos tribunales actuaron en la forma que se espera de la justicia, con un análisis exhaustivo concreto del caso en cuestión. La limpieza étnica no implica ineludiblemente la destrucción física, que fuera y es tan relevante para determinar la existencia de genocidio (dejando lo cultural al margen). Por tanto, sólo diseccionando lo ocurrido puede llegarse a la conclusión de la existencia o no de genocidio.

Procede ahora abordar la cuestión más actual de la *desnazificación*, resurgida tras el (nuevo) estallido del conflicto ruso-ucraniano merced a su uso en el lenguaje común, al igual que ocurriera con el de la limpieza étnica y que podemos hallar en la documentación de la CIJ en el asunto incoado por Ucrania contra la Federación Rusa el día 27 de febrero de 2022³³.

V. LA DESNAZIFICACIÓN

El término *desnazificación*³⁴ guarda similitud con el de limpieza étnica en cuanto que ambos surgen en un marco no jurídico, en este caso en el del lenguaje militar y político, y ha sido incorporado al asunto que acabamos de reseñar³⁵, relativo a las Alegaciones de Genocidio bajo la Convención de 1948³⁶, por lo que será objeto de tratamiento por la CIJ.

³² Se refiere a la obra de Blum, Rony et al. «'Ethnic cleansing' bleaches the atrocities of genocide.» *European journal of public health* vol. 18,2 (2008): 204-9. doi:10.1093/eurpub/ckm011.

³³ Corte Internacional de Justicia. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, de 27 de febrero de 2022, en <https://www.icj-cij.org/en/case/182/institution-proceedings>.

³⁴ El vocablo *desnazificación* no aparece en el diccionario de la RAE, aunque sí en el *Merriam Webster* de la siguiente forma: *To rid of Nazism and its influence*, en <https://www.merriam-webster.com/dictionary/denazify>.

³⁵ Véase *Document (with annexes) from the Russian Federation setting out its position regarding the alleged «lack of jurisdiction» of the Court in the case*, de fecha 7 de marzo de 2022, p. 17 del pdf (si bien el documento no aparece numerado), en <https://www.icj-cij.org/en/case/182/other-documents>.

³⁶ «Para garantizarlo, buscaremos la desmilitarización y la desnazificación de Ucrania». Véase el *Statement and reply by Permanent Representative Vassily Nebenzia at UNSC briefing on Ukraine, 23 February 2022*, en <https://russiaun.ru/en/news/230222un>.

La Decisión de 16 de marzo de 2022, recaída en la *Request for the indication of provisional measures* solicitada por Ucrania, reproduce, en el párrafo 41, las palabras que el representante Permanente de la Federación Rusa ante la Unión Europea declaró en una entrevista:

the operation was a «peace enforcement special military operation» carried out in an «effort aimed at de-Nazification», adding that people had been actually «exterminated» and that «the official term of genocide as coined in international law if one reads the definition, ... fits pretty well.

Nótese que aparecen los términos desnazificación, exterminio y genocidio en la misma frase. Desnazificación aparece también en la documentación enviada a la CIJ por la Federación Rusa, que incluye el mensaje a la nación del presidente Putin del 24 de febrero en el que explica las razones de la «operación especial»: *to protect people who, for eight years now. Have been facing humiliation and genocide perpetrated by the Kiev regime. To this end, we will seek to demilitarise and denazify Ukraine.* En este documento se recuerdan *the outcomes of World War II and the sacrifices our people had to make to defeat Nazism are sacred.*

Este uso de desnazificación no nos parece correcto, incluso por razones históricas; entendemos que este concepto tiene más bien que ver con el proceso de eliminación de una ideología que se produjo en una época concreta de la historia –tras la derrota nazi– mediante programas de «reeducación» llevados a cabo, especialmente en Alemania (Griffith 1946, 69). Plischke afirma que su fin era *to destroy the National Socialist Party and its affiliated and supervised organizations, to dissolve all Nazi institutions, to ensure that they are not revived in any form, and to prevent all Nazi and militarist activity or propaganda* (Plischke 1947, 808). Por tanto, parece claro que se enmarca en un marco temporal y causal determinado, ligado a una cuestión ideológico-política concreta, y, por ello, entendemos que su empleo por Vladimir Putin es inapropiado al relacionarlo con sucesos actuales.

Sorprende también, que Rudnik quiera definir la desnazificación, apartándola de su verdadero origen: *in the current situation, what Russian authorities likely mean by denazification is Russification, que has involved the censorship of culture, the discrimination of the national language, and the substitution of historical narratives* (Rudnik 2022).

No creemos que desnazificación y rusificación sean conceptualmente equiparables. Las imposiciones de idiomas o de cambios de denominación de localidades en territorios de nueva ocupación fruto de conflictos, de una cultura, en definitiva, son una constante en la historia y suponen, en principio, una violación de los derechos humanos. Pero como hemos señalado, la CIJ no ha ido más allá y habremos de esperar a que entre a conocer el fondo del asunto, tal y como literalmente ha dicho. La concurrencia de los elementos

que tipifican el genocidio nos conducirá a su debido encuadre, incluido este de crimen internacional. Entonces conoceremos el alcance de este término que, insistimos, desde su propia historia, deberíamos de calificar de ideológico-político y debe ser aplicable a una época concreta, por más que se halle popularizado.

VI. IDEAS FINALES

Genocidio cultural, etnocidio, limpieza étnica, desnazificación (y rusificación) son términos y categorías utilizadas junto a la de genocidio, pero en ningún caso son equivalentes.

El concepto de genocidio fue definido en la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948, reproducido en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales e interpretado por la jurisprudencia en asuntos que hemos ido mencionando. Existe también abundante doctrina que insiste en la especificidad de este concepto. Diríamos, incluso, que, con el tiempo, su significado ha ido concretándose hacia una definición concreta: el de un crimen que tiene, en palabras de la Convención y del TPI, «un elemento subjetivo doble: una intención general referida a las conductas típicas y una intención ulterior que se refiere al fin último de destrucción del grupo» (Ambos 2011, 1). Así las cosas, ha de concurrir el *actus reus* y se requiere la prueba del *mens rea*, es decir, la intención especial de destruir físicamente un grupo como tal, total o parcialmente. Por eso las Cortes analizan, casi hasta el milímetro, la conducta determinada que lleva a cometer dicho genocidio, a fin de comprobar la existencia de dicho acto perpetrado con conocimiento y con un propósito, intención o deseo concretísimo.

El genocidio cultural surgió casi de manera espontánea a fin de llenar el vacío dejado en la Convención de 1948 por haberse exceptuado las razones culturales (así como políticas o económicas) del concepto del artículo II. Se refiere a situaciones en las se produce, en palabras de Lemkin, la destrucción del patrón cultural de un grupo, como la lengua, las tradiciones, los monumentos, los archivos, las bibliotecas o las iglesias; en suma, los santuarios del alma de una nación. La jurisprudencia ha sido determinante diferenciando lo que constituiría un crimen internacional de lo que quedaría en el ámbito de la vulneración de los Derechos Humanos³⁷.

Nos resistirnos a admitir que el arrancar el aspecto distintivo de un pueblo que lo conduce a su desaparición no sea calificado de genocidio, aunque, quizás, sea ese capítulo acabado del que habla Schabas, pero el debate continúa. Las diferencias entre el Derecho y otras ciencias están

³⁷ Corte Penal Internacional. *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Case ICC-01/12-01/15-171. Trial Chamber VIII, 27 September 2016.*

ahí y se seguirá escribiendo sobre la cuestión, máxime teniendo en cuenta estos otros términos que, valiéndose del poder de los medios de comunicación, están ya ampliamente difundidos y nos conducen a volver a la discusión.

El genocidio jurídico coexiste, así, con el genocidio cultural, expresión que no nos parece tan precisa como la de etnocidio, lo que se produce cuando se emplea el término genocidio en general y luego se emplea el calificativo, que acota el significado de la palabra principal. Por ello, nos parece preferible el uso de «etnocidio» para englobar aquello que la definición de 1948 dejó sin atender: la muerte de una cultura. Por tanto, entendemos que deberíamos hablar de genocidio y etnocidio.

A diferencia del genocidio, la limpieza étnica, desprovista de significado técnico, nace fuera del discurso jurídico, con la incorporación a éste de una expresión popular a efectos de designar la política de apartar «todo lo que no fuera serbio», sin que ello implique, en principio, genocidio. Tanto la CIJ como la CPI han llegado a la consideración de la limpieza étnica como «crimen de crímenes», siguiendo la expresión del asunto Kambanda³⁸, cuando en las conductas analizadas se han dado los elementos requeridos del artículo II de la Convención de 1948.

Ahora nos encontramos con la incorporación, en los documentos judiciales, de desnazificación, que tiene una clara connotación política y que se refiere a los programas llevados a cabo tras la derrota nazi, a fin de evitar que dicha ideología permaneciera o reviviera en el futuro. Por tanto, al darse en un marco temporal determinado, entendemos que no debiera emplearse para sucesos actuales (y menos como pretexto para un acto de agresión), como tampoco debe equipararse con el término «rusificación», de clara connotación cultural. Su uso, ya generalizado, conducirá a que la CIJ califique jurídicamente el hecho al interpretar el Derecho, fin que debe colocarse al servicio de la justicia que la sociedad exige.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai. 2011. ¿qué significa la intención de destruir en el delito de genocidio?, *Revista Penal México*, n.º 1, enero-junio.
- ÁVILA, María del Carmen. 2018. «Un acercamiento al etnocidio y al genocidio desde Pierre Clastres. La construcción de la otredad en las últimas dictaduras militares del Cono Sur latinoamericano», *Hermenéutica intercultural. Revista de Filosofía*, n.º 29.

³⁸ «*The Chamber is of the opinion that genocide constitutes the crime of crimes*», en párr. 16, asunto *Prosecutor versus Jean Kambanda Case no. ICTR 97-23-S*, sentencia de 4 de septiembre de 1998.

- BEAUCAGE, Pierre. 2022. ¿Etnocidio o genocidio? El drama de los internados indígenas y la política indigenista de Canadá (1880-1976). *Antropología Americana*, 7(13). <https://doi.org/10.35424/anam.v6i13.1148>.
- BENVENUTO, Jeff. 2015. «What Does Genocide Produce? The Semantic Field of Genocide, Cultural Genocide, and Ethnocide in Indigenous Rights Discourse», *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*: Vol. 9: Iss. 2. <http://dx.doi.org/10.5038/1911-9933.9.2.1302>.
- BLUM RONY, Stanton GH, Sagi S, Richter ED. 2007. 'Ethnic Cleansing' bleaches the atrocities of genocide, *Eur J Public Health* 2007 (advance access published May 18, 2007).
- BUISMAN, Jessica Lynn. 2020. *What Germany taught the US Army: Occupational Lessons in Postwar Germany, 1945-1946*. The University of Texas at Arlington. August, 2020.
- CÁRDENAS, Claudia. 2019. «El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948», *La Evolución de la definición y la aplicación del delito de Genocidio La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Olásolo, Héctor y de Prada, Pilar Eirene (coords).
- CÁRDENAS, Claudia. 2019. «El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948», *La Evolución de la definición y la aplicación del delito de Genocidio La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Olásolo, Héctor y de Prada, Pilar Eirene (coords).
- CHALK Frank y JONASSOHN Kurt. 1990. *The History and Sociology of Genocide: Analyses and Case Studies*. Yale University Press. <http://www.jstor.org/stable/j.ctt5vkw38>.
- DADRIAN, Vahakn N. 1975. «A Typology of Genocide» *International Review of Modern Sociology* 5, no. 2. <http://www.jstor.org/stable/41421531>.
- DE PRADA, José Ricardo. 2019. «Introducción. Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio», *La Evolución de la definición y la aplicación del delito de Genocidio La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Olásolo, Héctor y de Prada, Pilar Eirene (coords).
- DERRENIC, Jean-Pierre. 1994. *La «Question d'Occident» 70 ans plus tard. A propos de la crise bosniaque*, *Commentaires* (Paris), (67), automne.
- GIL, Alicia. 2019. «El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual» en *La Evolución de la definición y la aplicación del delito de Genocidio La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Olásolo, Héctor y de Prada, Pilar Eirene (coords).
- GÖLLNER, Siegfried. 2018. «The politics of denazification: parliamentary debates in Austria, 1945-57», en *Parliaments, Estates and Representation*, 38(1).
- GRIFFITH, William E. 1950. «Denazification in the United States Zone of Germany». *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 267, 1950, pp. 68-76.
- HAYDEN, Robert M. 2007. Commentary, «Ethnic cleansing» and «genocide», *European Journal of Public Health*, Vol. 17, n.º 6, 546-547.

- HEISKANEN, Jaakko. 2021. «In the Shadow of Genocide: Ethnocide, Ethnic Cleansing, and International Order», *Global Studies Quarterly*. Volume I, Issue 4, December., DOI: <https://doi.org/10.1093/isagsq/ksab030>.
- HINTON, Alexander Laban. 2002. *Annihilating Difference: The Anthropology of Genocide*. University of California Press.
- HUMPHREYS Stephen. 2006. «Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's *State of Exception*», *European Journal of International Law*, Volume 17, Issue 3, 1 June. <https://academic.oup.com/ejil/article/17/3/677/2756274>, p. 682.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, María del Ángel. Pueblos indígenas en Canadá. Un análisis jurídico del Genocidio. Informe suplementario de la Investigación nacional sobre mujeres y niñas autóctonas desaparecidas y asesinadas *El delito de genocidio: desafíos pasados, presentes y futuros, analizados 70 años después de su codificación internacional*. Rámila Janire Hellman, Moreno, Jacqueline, Balbuena Pérez David Eleuterio, Sansó-Rubert Pascual Daniel (coords) 2020, pp. 213-230.
- JAULIN, Robert. 1970. *La Paix Blanche. Introduction à l'ethnocide*. Editions du Seuil.
- KHAN, Sahar. 2017. *Ethnic Cleansing vs. Genocide: The Politics Behind Labeling the Rohingya Crisis. November 29*. <https://www.cato.org/blog/ethnic-cleansing-vs-genocide-politics-behind-labeling-rohingya-crisis>.
- LEMKIN Raphaël. 1944. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation*. Hemos utilizado edición en inglés de 2005. The Lawbook Exchange, Ltd. Clark, New Jersey.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricardo. 2012. Genocidio cultural: diálogos teóricos, históricos y culturales sobre la represión de 1932, *Revista Realidad* 133.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. 1951. «El Genocidio, delito internacional», *Revista Española De Derecho Internacional*, 4(2). <http://www.jstor.org/stable/44292859>.
- MUNDORFF, Kurt. 2018. *A cultural interpretation of the Genocide Convention*, 2018. The University of British Columbia, Dissertation submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy.
- NAIMARK, Norman. 2007. *Ethnic Cleansing, Mass Violence & Résistance* [en ligne] publié le 4 Novembre. <http://bo-k2s.sciences-po.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/fr/document/ethnic-cleansing-0>.
- NERSESSIAN, David. 2005. «Rethinking Cultural Genocide Under International», *Law Human Rights Dialogue: «Cultural Rights»*. Spring. https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2_12/section_1/5139.html.
- OLLÉ SESÉ, Manuel. 2019. «¿Qué significa intentar destruir una «parte» de un grupo?», *La Evolución de la definición y la aplicación del delito de Genocidio La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Olásolo, Héctor y de Prada, Pilar Eirene (coords).
- MICHEL Patrick. 1997. «Le discours sur le « nettoyage ethnique » : comment diaboliser une nation», *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 28.
- PIERRÉ-CAPS, Stéphane. 1995. *La multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Odile Jacob, Paris. *Politique étrangère*, n.º 4, 1995-60 année. p. 1055. www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_1995_num_60_4_4479_t1_1055_0000_2
- PLISCHKE, Elmer. 1947. «Denazification Law and Procedure», en *American Journal of International Law*, 41(4), 1947.

- PRUIM, Sandra. 2014. «Ethnocide and Indigenous Peoples: Article 8 of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *Adelaide Law Review*, vol. 35.
- ROSIÈRE, Stéphane. 2004. «Le «nettoyage ethnique» – approche géographique», *Geographica Helvetica Jg. 59 2004/Heft 3*.
- RUDNIK Alesia. 2022. *Belarusdigest*, en <https://belarusdigest.com/story/denazification-of-ukraine-what-can-we-learn-from-belarus/>.
- SAUTMAN, Barry. 2006. *Cultural genocide, and Asian state peripheries. Cultural genocide in international context*. New York: Palgrave Macmillan.
- SCHABAS, William. A. 2003. 'Ethnic Cleansing' and Genocide: Similarities and Distinctions, *European Yearbook of Minority Issues Online*, 3(1), 109-128. doi: <https://doi.org/10.1163/221161104X00075>.
- 2008. United Nations Audiovisual Library of International Law, United Nations, 2008, en www.un.org/law/AVL.
- 2009. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. T2 – Cambridge University Press. 2nd. ed.
- SEMELIN, Jacques. 2005. *Purifier et détruire. Usages politiques des massacres et génocides*. Essais. Éditions du Seuil.
- SHORT, Damien. 2010. *The International Journal of Human Rights*, Vol. 14, No. 6, November. Routledge, Francis & Taylor Group.
- SHULMAN, S., 2006. «Cultural comparisons and their consequences for nationhood in Ukraine». *Communist and Post-Communist Studies*, 39(2). <https://www.jstor.org/stable/48609547>.
- STEINFELD, Martin. 2015. «When Ethnic Cleansing is not Genocide: A Critical Appraisal of the ICJ's Ruling in Croatia v. Serbia in relation to Deportation and Population Transfer», *Leiden Journal of International Law*, 28(4). doi:10.1017/S0922156515000515.
- TOTTEN, Samuel, Parsons, William S., Robert K. Hitchcock, and Kenneth Roth. 2002. «Confronting Genocide and Ethnocide of Indigenous Peoples: An Interdisciplinary Approach to Definition, Intervention, Prevention, and Advocacy.» In *Annihilating Difference: The Anthropology of Genocide*, edited by Alexander Laban Hinton, 54-92. University of California Press. <http://www.jstor.org/stable/10.1525/j.ctt1pncxp.8>.
- VAN KRIEKEN, Robert. 2004. «Rethinking Cultural Genocide: Aboriginal Child Removal and Settler-Colonial State Formation», *Oceania*, vol. 75, no. 2. <http://www.jstor.org/stable/40331967>.

Legislación

Internacional

- Organización Internacional del Trabajo. OIT. C107 – Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (n.º 107). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107.
- Organización Internacional del Trabajo. OIT. C169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n.º 169). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169.

Nacional

Constitución de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Última modificación: 13-jul-2011. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

Código Orgánico Integral Penal de Ecuador. Ley 0 Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 Última modificación: 17-feb.-2021. <https://derechoecuador.com/codigo-organico-integral-penal-coip/>.

Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia. 1993. *Application proceedings submitted by the Republic of Bosnia and Herzegovina*, de 3 de marzo de 1993.

Corte Internacional de Justicia. 1993. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Application instituting proceedings*.

20 March 1993. <https://www.icj-cij.org/en/case/91/institution-proceedings>.

Corte Internacional de Justicia. 1999. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, 2 de julio de 1999. <https://www.icj-cij.org/en/case/118/institution-proceedings>.

Corte Internacional de Justicia. 2007. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment, 26 February 2007.

Corte Internacional de Justicia. 2022. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, de 27 de febrero de 2022. <https://www.icj-cij.org/en/case/182/institution-proceedings>.

Corte Penal Internacional

Corte Penal Internacional. 1996. Mucić et al. The Prosecutor v. Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo & Zejnil Delalić. IT-96-21. <https://www.icty.org/en/case/mucic>.

Corte Penal Internacional. 1998. *Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33. <https://www.icty.org/en/case/krstic>.

Corte Penal Internacional. 1998. *Prosecutor v. Akayesu, Trial Judgment*, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998. <https://unictr.irmct.org/en/cases/ict96-4>.

Corte Penal Internacional. 1998. *Prosecutor versus Jean Kambanda* Case no. ICTR 97-23-S, sentencia de 4 de septiembre de 1998. <https://unictr.irmct.org/en/cases/ict97-23>.

Corte Penal Internacional. 2016. *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Case no. ICC-01/12-01/15-171*. Trial Chamber VIII, 27 September 2016. <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/12-01/15-171>.

Otros documentos

Naciones Unidas

- Naciones Unidas. Economic and Social Council. 1947. Doc. E/447. 26 June 1947. Draft Convention on the crime of genocide. <https://digitallibrary.un.org/record/611058>
- Naciones Unidas. Asamblea General. 1948. Res. 217 (III). Carta Internacional de los Derechos del Hombre. C. Suerte de las Minorías. 183a. sesión plenaria, 10 de diciembre de 1948. Continuación de los debates sobre el proyecto de Declaración Universal de Derechos del Hombre: informe de la Tercera Comisión (A/777).
- Naciones Unidas. Asamblea General. 1966. Res. 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Naciones Unidas. Economic and Social Council. 1978. E/CN.4/Sub.2/416. Study of the question of the prevention and punishment of the crime of genocide / prepared by Nicodème Ruhashyankiko, Special Rapporteur. <https://digitallibrary.un.org/record/663583>.
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 1983. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8. 30 de septiembre de 1983. 36º periodo de sesiones. Tema 11 del programa provisional. «Informe final presentado por el Relator Especial, José R. Martínez Cobo, Estudio sobre las Poblaciones Indígenas». https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/MCS_xxi_xxii_s.pdf.
- Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. 1985. Comisión de Derechos Humanos. *Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. 38º periodo de sesiones. Tema 4 del programa provisional.* «Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio, preparado por el Sr. B. Whitaker». https://digitallibrary.un.org/record/108352/files/E_CN.4_Sub.2_1985_6-ES.pdf.
- Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Seguridad. 1992. Doc. A/47/418, S/24516 de 3 de septiembre de 1992. The situation of human rights in the territory of the former Yugoslavia. Report on the situation of human rights in the territory of the former Yugoslavia submitted by Mr. Tadeusz Mazowiecki. Special Rapporteur of the Commission on Human Rights pursuant to paragraph 14 of Commission resolution 1992/S-1/1. https://digitallibrary.un.org/record/149903/files/A_47_418_S_24516-EN.pdf?ln=zh_CN.
- Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Seguridad. 1992. Doc. A/47/666, S/24809. 17 de noviembre de 1992. La situación de los Derechos Humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia. Anexo. Informe sobre los Derechos Humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia, preparado por el Sr. Tadeusz Mazowiecki, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con el párrafo 15 de la Resolución 1992/S-1/1 de la Comisión y con la Decisión 1992/305 del Consejo Económico y Social. <https://undocs.org/A/47/666>.
- Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. 1993a. Doc. S/25274, 10 de febrero de 1993. Anexo I. Informe provisional de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/083/54/IMG/N9308354.pdf?OpenElement>.

- Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. 1993b. Doc. S/26545, Anexo. Segundo informe provisional de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad. 6 de octubre de 1993. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/542/62/PDF/N9354262.pdf?OpenElement>.
- Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. 1994. Doc. S/1994/674 de 27 de mayo de 1994. Anexo. Informe final de la Comisión de Expertos Establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/200/63/PDF/N9420063.pdf?OpenElement>.
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social. 1994. Doc. E/CN.4/SUB.2 / RES/1994/45, de 26 agosto 1994. Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Naciones Unidas. Asamblea General. 1999. Doc. A/54/549 de 15 de noviembre de 1999. «*The situation in Bosnia and Herzegovina*». *Report of the Secretary-General pursuant to General Assembly Resolution 53/35. The fall of Srebrenica*. <https://digitallibrary.un.org/record/372298>.
- Naciones Unidas. Asamblea General. 2007. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/RES/61/295. 10 de diciembre de 2007. <https://daccess-ods.un.org/tmp/2913916.11099243.html>.

Otros documentos

- International Law Commission. 1996. «Report of the International Law Commission on the work of its Forty-eighth Session», *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part Two.

Nacionales

- Canadá. Gobierno. 2019. National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls (Canada). A legal analysis of genocide: supplementary report of the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls. CP32-163-3-2019-eng.pdf (PDF, 1.32 MB).

LA VIOLENCIA SEXUAL COMO CRIMEN
INTERNACIONAL EN EL CONFLICTO
RUSO-UCRAIANO, 2014-2022

*Sexual Violence as an International Crime
in the Russian-Ukrainian Conflict, 2014-2022*

Diego Alberto Zapata Gonzales

Profesor de Derecho

Universidad San Ignacio de Loyola de Perú (USIL)

Stephani Violeta Paliza Obando

Licenciada en Relaciones Internacionales

por la Universidad San Ignacio de Loyola de Perú (USIL)

<https://doi.org/10.18543/ed.2796>

Recibido: 22.03.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

Este artículo busca analizar el delito de violencia sexual como crimen internacional en el contexto del conflicto ruso-ucraniano entre el 2014 y el 2022, a través de la revisión de los informes de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Secretaría General de Naciones Unidas y, la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, haciendo una comparación con las tipificaciones establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y los precedentes establecidos en la jurisprudencia internacional. En base a lo expuesto, se realiza un análisis prospectivo de la rendición de cuentas y el acceso a la justicia por parte de las víctimas, donde se identifica la existencia de limitaciones *de iure* y *de facto* a nivel nacional e internacional que obstaculizan la punibilidad de los crímenes de violencia sexual cometidos en el conflicto ruso-ucraniano.

Palabras clave

Violencia sexual, crímenes internacionales, crímenes atroces, Rusia, Ucrania.

Abstract

Through this article the authors seek to analyze the sexual violence in the context of the Russian-Ukrainian conflict between 2014 and 2022, through the review of the reports of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, the United Nations General Secretariat and, the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, making a comparison with the Statute of the International Criminal Court and relevant decisions of the international jurisprudence. Based on this, a prospective analysis of accountability and access to justice for victims is made, identifying the existence of de jure and de facto limitations at the national and international levels that hinder the punishment of crimes of sexual violence committed in the Russian-Ukrainian conflict.

Keywords

Sexual violence, international crimes, mass atrocities, Russia, Ukraine.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONFLICTO RUSO-UCRANIANO. III. VIOLENCIA SEXUAL COMO CRIMEN INTERNACIONAL. IV. VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO RUSO-UCRANIANO. V. RENDICIÓN DE CUENTAS Y ACCESO A LA JUSTICIA. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El 24 de febrero de 2022, la Federación de Rusia lanzó una operación militar especial contra Ucrania que ha provocado más de 100.000 militares fallecidos en cada bando, el mayor éxodo de refugiados desde la Segunda Guerra Mundial, así como cerca de cuatro decenas de miles de civiles muertos (BBC News Mundo s. f.). Si bien, estos números son referenciales ya que, aún no se conoce cifras exactas sobre las violaciones de derechos humanos que se vienen realizando, la acometida rusa es parte de un proceso histórico, aún en curso, en el cual se observa una evolución en las formas de agresión empleadas, entre las que se encuentra, el uso de violencia sexual como táctica de guerra sistemática y generalizada.

El presente artículo tiene como objetivo analizar la comisión de crímenes atroces en el contexto del conflicto ruso-ucraniano, entre el 2014 y el 2022, de acuerdo al marco jurídico internacional referente a la violencia sexual como crimen internacional. Con ese fin, se relaciona los reportes de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Secretaría General de Naciones Unidas y la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, con las tipificaciones establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) y los precedentes de la jurisprudencia internacional, para después, identificar de manera prospectiva, las limitaciones *de iure* y *de facto* que podrían obstaculizar la punibilidad de los crímenes de violencia sexual.

A esos fines, el artículo se estructura en seis grandes apartados. Un primer segmento introductorio, uno segundo, referente al conflicto ruso-ucraniano, subdividido en dos partes, por un lado, en la anexión de Crimea a Rusia en 2014 como el antecedente más inmediato a la agresión rusa emprendida en febrero de 2022 y, por otro lado, la guerra ruso-ucraniana, a través de una descripción de los principales hitos. Por su parte, en el tercer apartado, se realiza una revisión del marco jurídico internacional referente a la violencia sexual como crimen internacional, utilizando el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes.

El cuarto apartado, por un lado, se hace un recuento de casos simbólicos de violencia sexual en el este de Ucrania del 2014 al 2020 y, por el otro lado, el recuento de los hechos de agresión sexual ocurridos a partir de febrero de 2022. Posteriormente, en el quinto segmento, se analizan las limitaciones en

la rendición de cuentas y el acceso a la justicia que podrían contribuir a una posible impunidad en los casos de violencia sexual registrados en la guerra ruso-ucraniana desde 2014. Finalmente, en las conclusiones del artículo se detallan los principales hallazgos de la investigación, además de presentar recomendaciones orientadas a analizar la violencia sexual como una estrategia de guerra deliberada, y no un hecho aislado sin vinculación a los propósitos de los actores involucrados.

II. CONFLICTO RUSO-UCRANIANO

La Anexión de Crimea

El 21 de noviembre de 2013, el Presidente de Ucrania Viktor Yanukóvich informó la decisión, *in extremis*, de no firmar el Acuerdo de Asociación y el Acuerdo de Libre Comercio con la Unión Europea, ocasionando que cientos de miles de ucranianos, en contra de esta medida, se concentraran en la «Plaza de la Independencia» de Kiev, dando así inicio a una serie de protestas denominadas «Euromaidán», las cuales se extendieron por tres meses. Durante este periodo, el régimen fue incapaz de hacer frente a la cada vez más enérgica revuelta, a pesar de tomar medidas de represión contra los manifestantes, las constantes escaladas de violencia conllevaron a que en extrañas circunstancias, en la madrugada del 22 de febrero, el Jefe de gobierno abandone la capital y desaparezca en dirección desconocida, estableciéndose una administración de transición presidida por Oleksandr Turchínov (Mousaei, Yazdani, y Basiri 2020, 254).

Como era de esperarse, el nuevo gobierno mostró su intención de retomar las negociaciones con la Unión Europea, acto político que confirmó el detrimento de la influencia rusa en uno de los países fronterizos más importantes para la defensa de sus intereses. En efecto, Ucrania siempre ha estado en el foco ruso debido a su posición geopolítica, geoestratégica, geoeconómica, así como por sus lazos históricos, culturales, raciales y lingüísticos (Mousaei, Yazdani, y Basiri 2020, 253). De ahí que, la posibilidad de un acercamiento con las potencias occidentales activó las alarmas en Moscú, donde el 23 de febrero, Vladimir Putin tomó la decisión de anexionar Crimea (Treisman 2016, 52), región clave por las reservas de gas, la posición estratégica en la frontera con occidente como salida hacia el Mar Mediterráneo a través del Mar Negro, y como base de su Flota Naval en el Mar Negro desde 1997.

Así, el 25 de febrero, tras recibir el encargo militar, múltiples unidades de la Infantería Naval 810 ingresaron con vehículos blindados a la ciudad de Sebastopol, la más poblada de la península de Crimea, al mismo tiempo que se instalaba a un ciudadano ruso como Alcalde del Ayuntamiento. El 27 de

febrero, 50 agentes del Comando de Operaciones Especiales tomaron el Parlamento de Crimea (Kofman et al. 2017, 8) y, el 11 de marzo declararon la Independencia de la Península y anunciaron un referéndum para decidir sobre la unificación de esta región con Rusia (Treisman 2016, 52). Los resultados arrojaron que más del 96% de los participantes votaron a favor de la anexión (Mousaei, Yazdani, y Basiri 2020, 255).

Como era de esperarse, la realización del referéndum fue condenado por la Comunidad Internacional, puesto que este careció de legalidad y legitimidad (i)nacional, al violar el artículo 73 de la Constitución de Ucrania, la cual sustenta que las modificaciones territoriales deben ser resueltas de manera exclusiva por sufragio nacional, sin que las regiones tengan la capacidad de reconfigurar la delimitación territorial (European Commission 2014); e (ii) internacional, al atentar contra la Carta de Naciones Unidas, el Acuerdo de Cooperación y Buena Vecindad entre Rusia y Ucrania, el Acta Final de Helsinki, y el Memorándum de Budapest¹. De cualquier manera, el 18 de marzo, Vladimir Putin junto a las autoridades de Crimea suscribieron el denominado Acuerdo de Anexión de la República de Crimea a Rusia mediante el cual Crimea y Sebastopol se convirtieron, de forma arbitraria, en las regiones 84^a y 85^a de la Federación Rusa (The Kremlin 2014).

Por si esto fuera poco, al este de Ucrania una serie de movimientos separatistas pro-rusos, tomaron el 2 de marzo, los edificios de administración regional de Járkov y Donetsk y, el 9 de marzo los edificios de administración regional de Luhansk demandando un sufragio electoral para anexarse a Rusia (Kofman et al. 2017, 34). Posteriormente, el 14 de abril, el gobierno de Ucrania lanzó una operación de seguridad especial para retomar el control sobre los territorios de Donetsk y Luhansk. Tras semanas de enfrentamientos armados, el 11 de mayo los separatistas organizaron un referéndum para autoproclamar su independencia, el resultado fue 89,07% y 96,2% de votos a favor, adoptándose una resolución que estableció la autonomía de las denominadas República Popular de Donetsk y República Popular de Luhansk (Wierzbowska-Miazga, Iwański, y Żochowski s. f.).

En febrero de 2015, después de un intento fallido, se logró firmar el Acuerdo de Minsk II, en el que Ucrania otorgó un autogobierno temporal a las regiones antes mencionadas. Sin embargo, el conflicto no se detuvo puesto que, hasta finales de 2021 organizaciones de derechos humanos reportaron la comisión de crímenes internacionales en el territorio en disputa. Así, mientras que el gobierno ucraniano buscó acabar con el desafío separatista y recuperar el control de sus territorios con influencia rusa, los independentistas ambicionaron la creación de una Nueva Rusia, como Estado autónomo,

¹ En este documento se recoge el compromiso de Rusia de respetar la soberanía e integridad territorial de Ucrania a cambio de que este eliminara su arsenal nuclear.

que no solo estuviera compuesta por Donetsk y Luhansk, sino también por territorios del sur y este, como Járkov u Odesa.

La Guerra Ruso-ucraniana

En junio de 2014, Petró Poroshenko fue electo presidente de Ucrania. Su mandato se caracterizó por sus intentos de cese al fuego a través de los Acuerdos de Minsk desarrollados en 2015 y, las negociaciones para su ingreso a la Unión Europea (UE) y a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), respaldadas por la Rada Suprema que, en febrero de 2019, incluyó enmiendas a la Constitución para garantizar la irreversibilidad del curso del país hacia su integración a los organismos antes descritos. En esta misma línea, su sucesor Volodímir Zelenski, mostró una fuerte posición anti-rusa, centrando su política exterior en el fortalecimiento de relaciones con las potencias occidentales.

Las decisiones del nuevo mandatario no fueron del agrado de Moscú que, a finales de 2021 realizó un despliegue militar masivo de 190 mil tropas a la frontera con Ucrania, mientras el Ministerio de Asuntos Exteriores enviaba un borrador de «Acuerdo de Garantías de Seguridad», donde presentó un conjunto de demandas a los miembros de la OTAN entre las que se encontraba, un compromiso de no extender la expansión de la Alianza al este, detener sus actividades militares en las antiguas Repúblicas soviéticas, abstenerse de desplegar más armas en Europa y, negar a Ucrania y Georgia la posibilidad de unirse a la mencionada alianza militar en el futuro (Kotoulas y Pusztai 2022, 9).

Unos meses después, en febrero de 2022, imágenes satelitales captaron el despliegue de tropas rusas más grande desde el inicio de la Guerra Fría. Este hecho alertó al presidente de Estados Unidos, Joe Biden, quien ante la falta de avances en las negociaciones entre la OTAN y Rusia, advirtió de la inminente invasión a Ucrania, acto que no demoró en llegar puesto que, el 21 de febrero, Moscú reconoció oficialmente a las denominadas República Popular de Donetsk y a la República Popular de Luhansk como estados independientes a fin de iniciar, el 24 de febrero, la denominada «operación militar especial» con el ataque a Ucrania desde diversos puntos de la frontera común con Bielorrusia con el objetivo de «desmilitarizar» y «desnazificar» la zona (Kotoulas y Pusztai 2022, 12).

A un año del inicio de la Guerra en Ucrania, su repercusión ha excedido la circunscripción geográfica del Este de Europa, teniendo efecto directo o indirecto en, la oleada de refugiados, la amenaza a la seguridad energética global, el aumento de precios, la inflación y la crisis alimentaria mundial. Por otro lado, en septiembre de 2022, la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, establecida a solicitud del Consejo de

Derechos Humanos, reveló que existe evidencia de crímenes de guerra cometidos en Ucrania, en especial, en las regiones de Kiev, Chernihiv, Járkov y Sumy, lo cual incluye ejecuciones y crímenes de violencia sexual, así como vulneración de la integridad y dignidad de niñas y niños (United Nations 2022).

III. VIOLENCIA SEXUAL COMO CRIMEN INTERNACIONAL

La violencia sexual durante los conflictos armados no es un fenómeno nuevo, sino que ha estado presente a lo largo de la historia en muchas contiendas bélicas y sobre distintos escenarios. Por ejemplo, en las «antiguas guerras», los propios ejércitos entendían las violaciones sexuales como «atribuciones» a las que podían acceder después del triunfo (Ferrer 2017, 40). Así, para autores como AMBOS, los delitos sexuales internacionales fueron caracterizados como «crímenes olvidados» en el derecho internacional, ya que inclusive en los juicios por crímenes de guerra posteriores a la Segunda Guerra Mundial a penas se refirieron a esta tipología del delito (Ambos s. f., 18).

Con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, teniendo como precedentes los juicios de Núremberg y Tokio, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), además de tomar en cuenta las recientes olas de violencia relacionadas con las denominadas por KALDOR como «nuevas guerras» (Kaldor 2001), se ha puesto en la palestra la criminalización y persecución de los delitos sexuales.

Actualmente, este tipo de agresiones se castigan: (i) explícitamente, como delitos contra el honor y la dignidad de la víctima tipificados en el Estatuto de la CPI, en el marco de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, reconocidos como parte del derecho consuetudinario, e (ii) implícitamente, en otros crímenes del derecho penal internacional que protegen la integridad física y el derecho de reproducción. Estos existen *lato sensu* respecto a lesiones contra la dignidad y torturas, genocidios, así como al delito de persecución como crimen contra la humanidad (Ambos s. f., 20).

Acorde con la orientación individual-colectiva de los crímenes internacionales, «los delitos sexuales de derecho penal internacional protegen, por un lado, bienes jurídicos colectivos como la seguridad y la paz internacional, por otro, (...) la integridad física/psíquica, el honor y la autodeterminación personal (sexual) de la víctima» (Ambos s. f., 21), siendo el bien jurídico protegido valorativo para su configuración (norma de conducta). De ahí que, en un contexto de comisión de delitos atroces, caracterizados por coacción y violencia generalizada, un hecho aislado de violencia sexual puede ser tipificado como delito sexual internacional, si se demuestra que el autor ha

cometido el hecho con intención y conocimiento (Corte Penal Internacional 1998, vol. A/CONF.183/9, art. 30).

El Estatuto de la CPI contiene disposiciones penales para la violencia sexual como crimen contra la humanidad, y como crimen de guerra, donde se distinguen los siguientes actos: (i) violación, (ii) esclavitud sexual, (iii) prostitución forzada, (iv) embarazo forzado, (v) esterilización forzada y, (vi) cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. Todos estos sucesos, con excepción del embarazo forzado son neutros, aplicables a víctimas masculinas y femeninas.

La (i) violación no se encuentra definida en el Estatuto de la CPI, sino en sus Elementos de los Crímenes. Requiere que confluyan dos hechos, por un lado, la acción objetiva del autor a través de la invasión del cuerpo de una persona ocasionando penetración, por insignificante que está fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

Por otro lado, la voluntad contraria de la víctima, a través de la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante la coacción causada por el temor a la violencia, intimidación, detención, opresión psicológica, abuso de poder contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o contra una persona capaz de dar su libre consentimiento (Corte Penal Internacional 2000, vol. PCNICC/2000/1/Add.2, arts. 7-8). Sobre este último, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI en el *caso Bemba*, especificó que un clima de coacción y violencia en ciertas circunstancias puede ser inherente, como en los conflictos armados o en caso de presencia militar (International Criminal Court 2009, párr. 162).

La (ii) esclavitud sexual es una tipificación especial a la esclavitud definida en la CPI. El agravante sexual se encuentra delimitado en los Elementos de los Crímenes, esta imputación requiere que el autor haya ejercido atributos de derecho de propiedad sobre una o más personas a través de la compra, venta, préstamos, trueques o todos ellos o les haya impuesto algún tipo de privación de libertad y, que el autor obligara que esa o esas personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual (Corte Penal Internacional 2000, vol. PCNICC/2000/1/Add.2, arts. 7-8). Este puede ser cometido por una o más personas en el marco de un propósito criminal común, no requiere la comisión de una violación sexual, sino de cualquier acto de esta naturaleza y, constituye un delito continuado ya que, en este caso, la privación de la libertad es una característica de la esclavitud sexual.

La (iii) prostitución forzada define que el autor debe hacer que una o más personas realicen uno o más actos sexuales por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción causada por temor a la violencia, intimidación, detención, opresión psicológica o abuso de poder, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de la o las personas de mostrar su

libre consentimiento y, que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperan obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo (Corte Penal Internacional 2000, PCNICC/2000/1/Add.2:7-8).

Al respecto, FERRER considera que su incriminación es un tipo penal difícil de aplicar en la *praxis*, ya que existen mínimas diferencias entre los elementos de: ejercer derechos de propiedad, presentes en el crimen de esclavitud, y obtener una ventaja pecuniaria o de otro tipo, que se encuentra en el crimen de prostitución forzada. Esto relegaría al último mencionado a una aplicación subsidiaria en los casos en los que los hechos descritos no encajasen con los elementos de esclavitud sexual (Ferrer 2017, 81).

El (iv)embarazo forzado es el único delito sexual definido en el propio Estatuto de la CPI, el cual establece que: «Por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional»². Al respecto, la CPI en el *caso Ongwen* fundamentó que el embarazo forzado violentaba el derecho de la mujer a la autonomía personal y reproductiva. Asimismo, evaluó el grado de participación y de intencionalidad del autor como grado muy alto, puesto que esta conducta fue repetida hasta en tres ocasiones, incluso dos veces con una de las víctimas. La Sala IX determinó que se cometieron crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (International Criminal Court 2021, 106).

En el caso de (v)esterilizaciones forzadas se realizan cuando el autor ha privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica y cuando la conducta no ha tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya realizado con su libre consentimiento (Corte Penal Internacional 2000, vol. PCNICC/2000/1/Add.2, arts. 7-8). Este delito ya fue objeto de condena como crimen de guerra y contra la humanidad en el conocido como *Caso Médico*, donde se castigó a personal médico y administrativo alemán por haber realizado estas prácticas con prisioneros de guerra (Ferrer 2017, 84). En este tipo de conductas no se incluye las medidas temporales de control de la natalidad, lo que planteó serias dudas respecto a la conformidad de dichas medidas con el derecho internacional, así lo señala AMBOS, quien considera que «aun cuando sólo tenga un efecto pasajero, la acción representa una grave intervención en la autodeterminación personal» (Ambos s. f., 47).

Por último, en lo referente a (vi)cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. Es una clausula residual que deja en claro que la

² El art. 7(2)(f) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala que, las normas de derecho interno relativas al embarazo en ningún modo deben verse afectadas por esta disposición, en especial no debe interpretarse el aborto como una consecuencia del embarazo forzado y, por ello, justificarse.

lista de delitos sexuales enumerados no es concluyente, y que se pueden perseguir siempre que constituya una infracción a los Convenios de Ginebra o a una violación grave al artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra. «Esto constituye un parámetro objetivo, que presupone una gravedad mínima y, con ello, excluye formas menos graves de violencia sexual, sin perjuicio de su subsunción en otros supuestos de hecho» (Ambos s. f., 49).

IV. VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO RUSO-UCRANIANO

Violencia Sexual en el este de Ucrania de 2014 a 2020: Crimea y Donbás

El 16 de marzo de 2017, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR por sus siglas en inglés) publicó un reporte sobre violencia sexual relacionada con el conflicto en Ucrania que data del 14 de marzo de 2014 hasta el 21 de enero de 2017. El informe, mediante el análisis de 31 casos emblemáticos, identifica los patrones y tendencias generales de la violencia sexual en los territorios de Crimea y Donbás en tanto que, debido a sus limitaciones, no refleja la escala real de los delitos sexuales internacionales cometidos durante este periodo (Office of the United Nations and High Commissioner for Human Rights 2017, 4).

En este sentido, la OHCHR reconoce la dificultad de recolectar información en materia de violencia sexual por: (i)miedo a represalias, estigma social y el trauma relacionado de las víctimas y, (ii)falta de acceso físico en los territorios controlados por los grupos armados que entorpeció el análisis de nuevos casos e imposibilitó la verificación de información en los casos que sí fueron denunciados (Office of the United Nations and High Commissioner for Human Rights 2017, 4). De ahí que, el documento no refiera conclusiones sobre los delitos sexuales en Crimea, no contenga un monitoreo independiente de la situación y, no logre definir la extensión de estos actos de tortura y violencia sexual (Office of the United Nations and High Commissioner for Human Rights 2017, 3).

A pesar de estos obstáculos el reporte cuenta con cuatro importantes hallazgos. El primero de ellos, la falta de evidencia fáctica para concluir que la violencia sexual fue utilizada con fines estratégicos o tácticos por parte del gobierno de Ucrania, los grupos separatistas armados, o incluso de la Federación de Rusia, en Crimea. No obstante, la OHCHR reafirma que de manera independiente a la escala, la violencia sexual, en especial en el contexto de conflicto, es una violación grave a la integridad física y puede considerarse tortura o trato cruel, inhumano o degradante en determinadas condiciones, por lo que algunos de los casos documentados podrían ser considerados crímenes de guerra (Office of the United Nations and High Commissioner for Human Rights 2017, 4).

En segundo lugar, el informe demuestra que la mayoría de casos de violencia sexual ocurrieron en un contexto de privación de libertad por fuerzas del gobierno ucraniano o grupos armados. Esta afectación vino acompañada de golpizas, electrocuciones en áreas genitales, violaciones, amenazas de violación y desnudez forzada contra mujeres y hombres. Este método de tortura y malos tratos fue usado para: (i) castigar, humillar o extraer confesiones, (ii) obligar a ceder propiedades o aceptar otras demandadas de los perpetradores, (iii) brindar promesas de seguridad y libertad, (iv) crear temor a través de amenazas de detención, secuestro, violación, tortura o asesinato de los familiares de las víctimas, en especial niñas y niños (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 4).

De igual forma, en los territorios controlados por el gobierno de Ucrania, se identificó, en especial entre el 2014 y el 2015, patrones de violencia sexual perpetrados por el Servicio de Seguridad de Ucrania y batallones de voluntarios en contra de individuos percibidos como miembros o afiliados a grupos armados, en su mayoría hombres, con el fin de castigarlos, humillarlos, extraerles confesiones o forzarlos a cooperar, para lo cual en ocasiones los agresores también amenazaban y detenían a sus familiares mujeres por períodos cortos de tiempo (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 15). Sin ir más lejos, en julio de 2014, una voluntaria médica para los grupos armados de Donetsk fue detenida, junto a otras mujeres, por fuerzas ucranianas, amenazada con ser violada y forzada a desnudarse para ser interrogada con los ojos vendados por soldados hombres (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 16).

Por su parte, en los territorios controlados por grupos armados, la evaluación de casos registrados, en particular al inicio del conflicto en 2014, mostró que mujeres y hombres eran víctimas de arrestos administrativos de 30 días por su afiliación real o percibida con las fuerzas ucranianas, por tener una posición pro-ucraniana, violar el toque de queda o incumplir otras leyes impuestas. Durante este periodo recibían amenazas de violencia, ejecuciones simuladas, tortura y malos tratos como técnica de interrogación; en particular, en el caso de las mujeres estas eran víctimas de violaciones en grupo (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 19). Por ejemplo, en septiembre de 2014, dos mujeres fueron víctimas de violación durante 10 días, por hombres intoxicados pertenecientes al grupo Bezler³, quienes incluso electrocutaron a una de sus víctimas con cables

³ Este grupo se encuentra liderado por Igor Bezler, ex soldado soviético que sirvió en Afganistán y en las guerras de Rusia para derrotar el movimiento independentista en Chechenia. El servicio de inteligencia ucraniano lo acusa de haber participado en varios eventos violentos relacionados con la toma de posesión de instalaciones militares y gubernamentales en Donetsk y Horliyka.

conectados a sus senos (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 20).

En tercer lugar, el reporte identificó casos de abuso sexual en los puntos de control de entrada y salida contra civiles, en especial mujeres, a lo largo de la línea de contacto por parte de fuerzas de gobierno y grupos armados. En estos casos, dada la necesidad de cruzar estos puntos con regularidad y existiendo una posibilidad de represalias, las víctimas no denunciaron a sus perpetradores (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 17). Sin ir muy lejos, en septiembre de 2016, una mujer fue detenida en un punto de control de Donetsk por un oficial de las fuerzas ucranianas y, amenazada con ser secuestrada si no le acompañaba a un hotel, donde fue obligada a sentarse en el regazo del oficial quien la tocó indebidamente a pesar de los llantos y súplicas de la víctima. Por si esto fuera poco, también se identificó que, en noviembre de 2015, en un punto de control de los grupos armados, una mujer fue detenida y violada en grupo mientras viajaba junto a sus hijos (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 18-23).

En cuarto lugar, otro importante hallazgo fue que la presencia de fuerzas ucranianas y grupos armados en áreas pobladas incrementó el riesgo de violencia sexual contra civiles, por ejemplo, en noviembre de 2014 los cuerpos de dos mujeres romaníes y una niña de 6 años fueron encontrados en un área controlada por rebeldes en Luhansk con aparentes signos de haber sido violadas mientras estaban detenidas por «cosacos»⁴, aunque ello no pudo ser corroborado por la OHCHR (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 18-23). Así también, en noviembre de 2015, tres hombres que señalaron ser soldados ucranianos en Zaporizhia agredieron físicamente a una mujer embarazada, golpeándola en el vientre y arrastrándola por el piso a pesar de las súplicas de la víctima (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 18).

Si bien, la mayor parte de los casos de violencia sexual relacionadas al conflicto del este de Ucrania se registraron entre 2014 y 2015, en informes posteriores de la Secretaría General de Naciones Unidas se da cuenta de información sobre torturas y malos tratos contra personas privadas de su libertad, en su mayoría hombres, antes y después de haber sido admitidos en centros de detención en Crimea, lo cual incluyó simulaciones de ejecuciones, golpizas, electrocuciones y violencia sexual a fin de obtener confesiones o información incriminadora de otras personas (United Nations Secretary General 2021).

⁴ Los cosacos fueron salteadores de caminos y piratas agrupados en bandas, vivían de saquear pueblos, granjas, aldeas y caravanas, eran temidos por sus continuas borracheras, su carácter pendenciero y su forma de hacer la guerra. En la actualidad se enfrentan al avance de Moscú sobre las ciudades más simbólicas para la identidad nacional ucraniana.

Así, en el tercer y el cuarto reporte de la Secretaría General de Naciones Unidas, que cubren el período del 1 de julio de 2019 al 30 de junio de 2020 y del 1 de julio a 31 de diciembre de 2020, se da cuenta del registro de siete y tres casos respectivamente, de tortura y malos tratos de parte del Servicio Federal de Seguridad y otras agencias contra residentes de Crimea (United Nations Secretary General 2021). En este mismo sentido, en su quinto reporte, se identifica los mismos delitos contra cinco hombres y una mujer, siendo el caso emblemático de violencia sexual el de un periodista independiente quien fue electrocutado y agredido sexualmente para obtener una confesión sobre su aparente cooperación con agencias de inteligencia ucranianas (United Nations Secretary General 2021).

Violencia Sexual en la Guerra Ruso-ucraniana

La Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, a pedido del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, realizó investigaciones sobre el estado de los derechos humanos en Kiev, Chernihiv, Járkov y Sumy, entre fines de febrero y marzo de 2022. Durante este periodo se documentó patrones de simulación de ejecuciones, confinamiento ilegal, detenciones en condiciones inhumanas, tortura, malos tratos, violaciones sexuales y otras formas de violencia, en áreas ocupadas por las fuerzas rusas. Al respecto, para la Comisión, durante la guerra ruso-ucraniana se están transgrediendo los tratados internacionales en materia a derechos humanos y derecho internacional humanitario, identificándose por sus características crímenes de guerra (Independent International Commission of Inquiry on Ukraine 2022, 12).

Así, durante el periodo en estudio, fuerzas armadas rusas confinaron ilegalmente a grandes cantidades de civiles de todas las edades, incluyendo a autoridades locales, personal de gobierno, veteranos de las fuerzas ucranianas, voluntarios y civiles de manera aleatoria. El informe identificó que, las fuerzas rusas implementaban largas sesiones de interrogación, a veces durante días, que eran mezcladas con amenazas, intimidación, malos tratos, violencia sexual y tortura, con el fin de obtener información sobre las fuerzas ucranianas y sus posiciones, o para identificar a colaboradores de las fuerzas ucranianas, muchos de estos actos fueron presenciados por niños obligados a ser testigos de estos delitos atroces (Independent International Commission of Inquiry on Ukraine 2022, 14).

De igual manera, la Comisión documentó casos de violación sexual contra víctimas de 4 a 80 años cometidos por las fuerzas rusas en territorios bajo su control, estas personas eran agredidas en sus propios hogares o secuestradas y violentadas en viviendas desocupadas, siendo en su mayoría casos de tortura, trato cruel e inhumano, e incluso crímenes de guerra, por lo que la

Comisión continua investigando para determinar la extensión en la que tales crímenes constituyen patrones generalizados (Independent International Commission of Inquiry on Ukraine 2022, 16).

Al respecto, la Comisión reconoce los obstáculos que esta investigación enfrentó puesto que, las víctimas tienen dificultades para acceder de manera adecuada a servicios de salud, apoyo psicológico y oficinas de las autoridades competentes por el propio contexto del conflicto y desplazamiento forzado. De igual forma, las autopsias se enfocan en determinar las causas directas de los fallecimientos en lugar de determinar la extensión de los traumas sufridos como, la existencia de antecedentes de violación sexual, debido a la falta de recursos, a solicitud de los familiares de no realizar la autopsia o por el estado de los restos (Independent International Commission of Inquiry on Ukraine 2022, 16). A este contexto, se le puede agregar el estigma que rodea a la violencia sexual, donde en muchas ocasiones las víctimas se sienten avergonzadas y culpables por los ataques sufridos, llevándolas a estados de shock, problemas psicológicos e incluso a considerar el suicidio (Independent International Commission of Inquiry on Ukraine 2022, 18).

El caso de violencia sexual emblemático reportado por la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania fue la de una familia de la provincia de Kiev que en marzo de 2022 sufrió el allanamiento de su hogar por parte de soldados rusos quienes violaron a la esposa de 22 años múltiples veces, agredieron sexualmente al esposo, obligaron a la pareja a tener relaciones sexuales en su presencia, y uno de los soldados forzó a la hija de 4 años a realizarle sexo oral (Independent International Commission of Inquiry on Ukraine 2022, 17). Otros casos son el de una mujer de 83 años que fue violada por fuerzas rusas en frente de su esposo discapacitado, la violación de una adolescente de 16 años en Chernihiv durante una semana, una niña de 4 años que escuchó como violaban a su madre en un cuarto cercano, entre otros (Independent International Commission of Inquiry on Ukraine 2022, 18)

Es importante señalar que, antes de la publicación del informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, el 13 de octubre la Representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Violencia Sexual en Conflicto, Pramila Patten, confirmó que las violaciones sexuales son partes de la estrategia militar rusa y una táctica deliberada para deshumanizar a las víctimas, esto después de verificar y analizar más de 100 casos de agresiones sexuales, que incluyen casos de violaciones sexuales, mutilaciones genitales, testimonios de soldados rusos equipados con «viagra», entre otros. Igualmente, en marzo de 2022 durante su visita al Parlamento británico, las parlamentarias ucranianas Lesia Vasylenko, Alona Shkrum, Maria Mezentseva y Olena Khomenko reportaron que las mayorías de las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto fueron

ejecutadas después de los ataques o ellas mismas acabaron con sus vidas (Ochad 2022; El Mundo, s. f.).

V. RENDICIÓN DE CUENTAS Y ACCESO A LA JUSTICIA

Desde el inicio del conflicto ruso-ucraniano en el año 2014, se ha identificado impunidad imperante en los casos de violencia sexual, esto se debe en parte a que el conflicto no se detuvo, sino que se acrecentó a partir de la invasión rusa a finales de febrero de 2022. A ciencia cierta, los delitos atroces vienen cometándose *in continuum* en los territorios que se encuentran en disputa, imposibilitando la rendición de cuentas y acceso a la justicia para las víctimas. Así, la punibilidad de crímenes en materia sexual en Ucrania cuenta con limitaciones *de iure* y *de facto*, nacionales e internacionales.

En lo que concierne a las restricciones *de iure* en el ámbito nacional, el Informe de la OHCHR de 2017, visibilizó que la rendición de cuentas por violencia sexual se encuentra obstaculizada por el alcance de las disposiciones existentes en la legislación ucraniana. Por ejemplo, en el caso de la Ley que «Garantiza la igualdad de Derechos y Oportunidades para Hombres y Mujeres», no se define explícitamente la «violencia sexual» sino que, en su lugar se hace referencia a «acoso sexual», el cual conduce a una indemnización por daños y prejuicios civiles, pero no se sanciona como delito punible⁵ (Rada Suprema de Ucrania, s. f., art. 1).

En este sentido, el Código Penal ucraniano en su capítulo sobre «Crímenes contra la Libertad Sexual e Inviolabilidad Sexual de una persona»⁶, define la violación como, relaciones sexuales entre personas de «distinto» sexo contra la voluntad de la víctima, combinadas con violencia, amenazas de violencia o cometidas aprovechando la «condición de indefensión» de la

⁵ La Rada Suprema define el acoso sexual como actos sexuales expresados verbalmente (amenazas, intimidación, comentarios indecentes) o físicamente (tocamientos, bofetadas) que humillan o insultan a personas subordinadas en el trabajo, el trabajo, financieramente, o de otra manera.

⁶ Criminal Code of the Republic of Ukraine, Article 152. Rape

1. Rape, that is sexual intercourse combined with violence, threats of violence, or committed by taking advantage of the victim's helpless condition, shall be punishable by imprisonment for a term of three to five years.
2. Rape, where it was repeated, or committed by a person who previously committed any of the offenses provided for by Articles 153 to 155 of this Code, shall be punishable by imprisonment for a term of five to ten years.
3. Rape committed by a group of persons, or rape of a minor, shall be punishable by imprisonment for a term of seven to twelve years.
4. Rape which caused any grave consequences, and also rape of a young child, shall be punishable by imprisonment for a term of eight to fifteen years.

víctima. Este concepto, (i)no considera la violación entre personas del mismo sexo, por lo tanto, al menos que el perpetrador sea mujer, los hombres y niños quedan exentos de esta tipología, (ii)no considera la penetración de objetos en una abertura genital u anal, como si lo hace los Elemento de crímenes de la CPI y, (iii) no caracteriza otros actos violentos de naturaleza sexual, los cuales son tipificados como actos de «satisfacción violenta contra natura de deseo sexual», si y sólo si, se puede demostrar la intención del perpetrador de satisfacer su deseo sexual (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 12).

Criminal Code of the Republic of Ukraine, Article 153. Violent unnatural gratification of sexual desire

1. Violent unnatural gratification of sexual desire combined with physical violence, or threats of violence, or committed by taking advantage of the victim's helpless condition, shall be punishable by imprisonment for a term up to five years.
2. The same act, if repeated, or committed by a group of persons, or by a person who previously committed any of the offenses provided for by Articles 152 or 154 of this Code, and also committed in regard of a minor, shall be punishable by imprisonment for a term of three to seven years.
3. The same act committed in regard of a young child, where it caused especially grave consequences, shall be punishable by imprisonment for a term of eight to twelve years.

Criminal Code of the Republic of Ukraine, Article 154. Compulsion to sexual intercourse

1. Compulsion of a female or male to natural or unnatural sexual intercourse by a person on whom such female or male is financially or officially dependent, shall be punishable by a fine up to 50 tax-free minimum incomes, or arrest for a term up to six months.
2. The same actions accompanied with threats to destroy, damage or seize property of the victim or his/her close relatives, or to disclose information defaming the victim or his/her close relatives, shall be punishable by arrest for a term up to six months, or restraint of liberty for a term up to three years.

Criminal Code of the Republic of Ukraine, Article 155. Sexual intercourse with a sexually immature person

1. Sexual intercourse with a sexually immature person, shall be punishable by restraint of liberty for a term up to three years or imprisonment for the same term.
2. The same actions committed by a parent or surrogate parent, or where they caused sterility or other grave consequences, shall be punishable by imprisonment for a term of three to five years.

Criminal Code of the Republic of Ukraine, Article 156. Debauchery of minors

1. Debauched actions committed in regard of a person under 16 years of age, shall be punishable by arrest for a term up to six months, or restraint of liberty for a term up to three years.
2. The same actions committed in regard of a young child, or by a parent or surrogate parent, shall be punishable by restraint of liberty for a term up to five years, or imprisonment for a term up to three years.

Por otro lado, en el caso de los delitos de explotación sexual y embarazo forzado, el Código Penal solo los contempla en relación con la trata de personas⁷ (Republic of Ukraine 2001, vol. Document 2341-III, art. 149), limitando su aplicación, a pesar de existir un entorno de coacción, en conflictos armados. En estos casos, solo mediante el artículo 426, que refiere la responsabilidad penal individual por la comisión física de un delito o por ayudar, instigar de otro modo a cometer un delito por parte de una autoridad militar o persona con autoridad que causó daño sensible⁸, se puede juzgar como acto punible. No obstante, la *praxis* muestra que esta tipificación se utiliza en los casos en que los comandantes cometen delitos contra sus subordinados y rara vez se aplican a conductas contra civiles⁹.

⁷ Criminal Code of the Republic of Ukraine, Article 149. Trafficking in human beings and other illegal transfer deals in respect of a human being.

1. Sale, other transfer for payment or any other illegal deals with regard to a person, involving legal or illegal movement of that person, with or without his/her consent, across the border of Ukraine for further sale or other transfer to any person (or persons) for the purpose of sexual exploitation, use in porno business, engagement in criminal activities, peonage, adoption for commercial purposes, use in armed conflicts, labor exploitation, shall be punishable by imprisonment for a term of three to eight years.
2. The same actions committed in respect of a minor, or several persons, or repeated, or committed by a group of persons upon their prior conspiracy, or through abuse of office, or by a person on whom the victim was financially or otherwise dependent, shall be punishable by imprisonment for a term of five to twelve years, with or without the forfeiture of property.
3. Any such actions as provided for by paragraphs 1 and 2 of this Article, where committed by an organized group, or involving illegal taking of children abroad or failure to bring them back to Ukraine, or for the purpose of removal of the victim's organs or tissues for transplantation or forcible donor purposes, or where these actions caused any grave consequences, shall be punishable by imprisonment for a term of eight to fifteen years with the forfeiture of property.

⁸ Criminal Code of the Republic of Ukraine, Article 426. Omissions of military authorities

1. Willful failure to prevent a crime committed by a subordinate, or failure of a military inquiry authorities to institute a criminal case against a subordinate offender, and also willful failure of a military official to act in accordance with his/her official duties, if it caused any significant damage, shall be punishable by a fine of 50 to 200 tax-free minimum incomes, or service restrictions for a term up to two years, or imprisonment for a term up to three years.
2. The same acts that caused any grave consequences, is punishable by the imprisonment for a term of three to seven years.
3. Any such acts as provided by paragraph 1 or 2 of this Article, if committed in state of martial law or in a battle, shall be punishable by imprisonment for a term of seven to ten years.

⁹ Según la Fiscalía General de la Nación, al 26 de diciembre de 2016 no se habían realizado investigaciones sobre incidentes de violencia sexual ocurridos después del 15 de abril de 2014. bajo estos artículos.

En lo que respecta a la condición de indefensión, a diferencia de la explicación de la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI en el caso *Bemba*, en el Código Penal de Ucrania se interpreta de manera restrictiva, sin ninguna noción de circunstancias coercitivas o incapacidad para dar un consentimiento genuino. En este sentido, solo contiene dos artículos que podrían aplicarse específicamente a casos de violencia sexual relacionada con el conflicto. Por un lado, el párrafo 1 del artículo 433, que prevé la responsabilidad penal por la violencia contra la población civil en una zona de conflicto, que puede incluir la violencia sexual, y se sanciona con prisión de tres a ocho años (Republic of Ukraine 2001, vol. Document 2341-III, art. 433), y el párrafo 438 que prevé la responsabilidad penal por la violación de las leyes y usos de la guerra, que incluye el trato cruel de los prisioneros de guerra o civiles y, por lo tanto, puede incluir la violencia sexual, que será punible con prisión de 8 a 12 años (Republic of Ukraine 2001, vol. Document 2341-III, art. 438).

En lo referente a restricciones *de facto* en el contexto nacional, el reporte del OHCHR encontró en la *praxis* establecida para investigar y enjuiciar los actos de violencia sexual, un ambiente de miedo e intimidación que dificulta llevar a los perpetradores ante la justicia y disuade a las víctimas a buscar justicia (Office of the United Nations and High Commissioner for Human Rights 2017, 26). Así, podemos observar que el único proceso penal fue iniciado por el Departamento de Investigaciones de la Fiscalía General Militar de Ucrania en 2015 sobre la conducta de la milicia paramilitar «Tornado»¹⁰, a quienes se les encontró videos en sus teléfonos móviles con grabaciones de orgias y violaciones a menores de edad (EFE 2016).

En los casos de violación, los investigadores y fiscales suelen basarse en exclusiva en una prueba inmunobiológica que demuestra el hecho de penetración y, una prueba forense del cuerpo de la víctima, para probar el carácter involuntario del acto y si existió lucha física entre la víctima y el perpetrador¹¹. Ambos exámenes, deben ser realizados dentro de las 72 horas siguientes a la agresión, sin embargo, en la mayoría de casos de violencia sexual relacionada con conflictos armados, las víctimas no tienen acceso a fuerzas

¹⁰ La milicia paramilitar Tornado es un grupo ultranacionalista formado en octubre de 2014 como parte de una estrategia del Ministerio de Interior ucraniano, para contener a las fuerzas separatistas pro-rusas.

¹¹ Sin estos dos elementos, un caso de violencia sexual casi nunca llega a juicio, puesto que son difíciles de probar y, a menudo, termina siendo descartados delitos menores, como lesiones corporales intencionales graves o leves. Asimismo, para la legislación ucraniana, los procesos penales en casos de violación y lesiones corporales leves pueden cerrarse si la víctima retira su demanda, esta disposición relacionada al conflicto armado, crea el riesgo de que la víctima retire cargos por coacción o temor.

del orden o instalaciones médicas o se encuentran privadas de su libertad (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 26). En otras palabras, no existe un acceso fehaciente a informes medico forenses que puedan ser utilizados como pruebas al momento del enjuiciamiento del perpetrador.

Si a esto le agregamos que, desde el inicio del conflicto en 2014, ha habido una falta de laboratorios forenses en funcionamiento y que esta situación se ha acrecentado a raíz de la guerra en 2022, donde constantes bombardeos con objetivos civiles por parte de fuerzas rusas han destruido instalaciones públicas ahondando la problemática, la capacidad de la fiscalía para obtener este tipo de pruebas se ha disminuido. En este sentido, aun cuando el propio Código de Procedimiento Penal de Ucrania, en su artículo 84, enumere como posibles fuentes de prueba los testimonios y otros medios probatorios, los fiscales y tribunales generalmente no lo consideran. Por ejemplo, los exámenes forenses psiquiátricos, no se utilizan para recopilar información sobre tortura o violencia sexual como sugiere el Protocolo de Estambul y el Protocolo Internacional sobre la Documentación e Investigación de la Violencia Sexual en los Conflictos¹², sino que solo se utilizan para establecer la edad y la cordura del presunto perpetrador o para determinar la condición de indefensión de víctima o para evaluar si una víctima o testigo tienen la capacidad para testificar (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 27).

En adición a lo expuesto, en lo que respecta a territorios controlados por grupos armados, los sobrevivientes no tienen acceso a la justicia o no desean denunciar por temor a represalias. Así OHCHR en su informe, explicó que las personas que se encuentran en las regiones en disputa, rara vez revelan detalles de lo que les ha sucedido, ya que no creen que sus perpetradores sean llevados alguna vez ante la justicia (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 28) o por temor a futuras venganzas.

En lo que respecta a las restricciones *de iure* en el contexto internacional, según el Estatuto de Roma, la CPI es en principio competente respecto a los delitos atroces, entre ellos la violencia sexual, cometidos en el territorio de los Estados Partes o por nacionales de los Estados Partes. El régimen competencial se amplía por remisión del Consejo de Seguridad de la ONU o cuando un Estado que no es Parte se somete de manera voluntaria, siendo este último el caso de Ucrania. El 9 de abril de 2014, mediante una declaración aceptó la competencia del Tribunal, sobre los crímenes cometidos en su territorio

¹² Las mejores prácticas internacionales para documentar e investigar la violencia sexual se establecen en el Protocolo de Estambul y el Protocolo Internacional sobre la Documentación e Investigación de la Violencia Sexual en los Conflictos, ambas brindan orientación detallada y práctica sobre la recopilación de diversos tipos de evidencia

durante el periodo de 21 de noviembre de 2013 al 22 de febrero de 2014, por tanto, la Corte es, en principio, competente de los delitos cometidos en las regiones en disputa (Ambos 2022).

En este sentido, la jurisdicción de la CPI puede ser activada, por remisión de una situación por los Estados Partes, a través del Consejo de Seguridad o por una actuación de oficio de la Fiscalía, al estar descartadas las primeras dos opciones, al no ser Ucrania un Estado Parte y por la posibilidad de veto de Rusia en el Consejo de Seguridad, el camino que se utilizó fue el del examen preliminar de oficio por parte de la Fiscalía¹³ (Corte Penal Internacional 1998, vol. A/CONF.183/9, art. 15). No obstante, para este propósito era necesaria la aprobación de una Sala de Cuestiones Preliminares, si sólo si, existen los fundamentos suficientes (Ambos 2022).

El examen preliminar sobre posibles delitos cometidos en territorio ucraniano desde 25 de abril de 2014, fue iniciado por la Fiscal Bensouda en el marco de las facultades *proprio motu*. El 11 de diciembre de 2020 se determinó que, se cumplían las condiciones para abrir una investigación formal, no obstante, su sucesor el Fiscal Khan, anunció el 2 de marzo de 2022, la apertura de una nueva investigación, que no era necesaria, sobre los crímenes cometidos desde el 21 de noviembre de 2013 (Ambos 2022). Esto fue un retroceso en cuanto a los avances que había dado su predecesora.

Desde luego, con la invasión rusa de 2022, el foco de la investigación se ha desplazado a los hechos delictivos que se van cometiendo en este contexto, es decir, en especial a los crímenes de guerra. Para lograr este objetivo, se requiere la obtención de pruebas que permitan concretar e individualizar las posibles imputaciones, que en última instancia tendrían que conducir a la solicitud de orden de detención contra los principales responsables. Sin embargo, que esto ocurra en la realidad depende de numerosos factores, respecto de los cuales la Fiscalía solo tiene un control limitado¹⁴.

Por último, en lo que respecta a las restricciones *de facto* en el contexto internacional, la dificultad más grande en relación con los delitos sexuales, se encuentran en lo que AMBOS considera «el problema de la prueba satisfactoria» y del «caso fuerte» (Ambos s. f., 57). Sobre el primero, a menudo, la violencia sexual no se comete de forma aislada, sino que se asocia con otros delitos, como homicidios ilegítimos, detenciones en régimen de incomunicación o destrucción de bienes y saqueos (Office of the United Nations y High Commissioner for Human Rights 2017, 28); en este sentido, los delitos

¹³ Este control judicial temprano sobre la Fiscalía se ha visto robustecida por la remisión de 41 Estados miembros de la situación en Ucrania.

¹⁴ Aunque las condiciones marco a nivel jurídico son bastante positivas, la Fiscalía depende en última instancia también en este proceso del apoyo real de Estados que actúan de buena fe.

sexuales son más difíciles de probar, así, en el intento de acelerar los juicios, los equipos suelen ser alentados a recortar cargos «innecesarios», entre los que lastimosamente se encuentra esta tipificación.

Sobre el segundo, en lo que refiere al «caso fuerte», los crímenes internacionales que se vienen cometiendo en Ucrania, no solo se pueden tipificar como crímenes de guerra o lesa humanidad, sino como guerra de agresión o crimen contra la Paz (Corte Penal Internacional, s. f., app. 1). En este sentido, PEREIRA considera que, al afectar esta tipología directamente la Carta de la Naciones Unidas, tiene una repercusión en todos los Estados que lo conforman, de manera que, los actos cometidos por la Federación de Rusia atentan contra el mayor bien jurídico, la propia humanidad como *Grand être*. La Comunidad Internacional centrará sus esfuerzos en juzgar este delito, dejando, por el momento de lado, las responsabilidades por los demás crímenes atroces internacionales. Sin perjuicio de lo antes mencionado, al ser esta imputación un crimen de líderes, dada su calidad de «delito especial propio», solo rige para aquellos que están en condiciones de controlar o de dirigir la acción política y militar del Estado, los demás tendrán que responder, si cabe, por genocidio, crímenes de guerra o lesa humanidad, como coautores, tal como lo establece el artículo 25 de la CPI (Pereira Garmendia 2022).

VI. CONCLUSIONES

El reporte de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la violencia sexual cometida durante el conflicto en Ucrania del 14 de marzo de 2014 hasta el 21 de enero de 2017 concluye que la falta de evidencia fáctica impide determinar que la violencia sexual fue utilizada con fines estratégicos o tácticos por parte del gobierno de Ucrania, los grupos separatistas armados, o incluso de la Federación de Rusia, en Crimea. No obstante, la OHCHR reafirma que ciertos casos reportados podrían ser considerados crímenes de guerra debido a que la violencia sexual, en especial en el contexto de conflicto, es una violación grave a la integridad física y puede considerarse tortura o trato cruel, inhumano o degradante bajo determinadas condiciones.

La OHCHR y los informes posteriores de la Secretaría General de Naciones Unidas del 2019 y el 2020 dan cuenta de que la mayoría de casos de violencia sexual ocurrieron en un contexto de privación de libertad por fuerzas del gobierno ucraniano o grupos armados. Así, la violencia sexual fue usada para (i) castigar, humillar o extraer confesiones, (ii) obligar a ceder propiedades o aceptar otras demandas de los perpetradores, (iii) brindar promesas de seguridad y libertad, (iv) crear temor.

Por otro lado, entre febrero y marzo de 2022, la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania identificó patrones de

simulación de ejecuciones, confinamiento ilegal, detenciones en condiciones inhumanas, tortura, malos tratos, violaciones sexuales y otras formas de violencia, en áreas ocupadas por las fuerzas rusas en Ucrania. Por lo que, la Comisión continúa investigando para determinar la extensión en la que tales crímenes constituyen esquemas generalizados. En cuanto a la comisión de crímenes de violencia sexual, de acuerdo a declaraciones de la Representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Violencia Sexual en Conflicto, Pramila Patten, esta forma de violencia es parte de la estrategia militar rusa y una táctica deliberada para deshumanizar a las víctimas del conflicto.

En relación a todo lo anterior, existen limitaciones de *iure* y *de facto*, nacionales e internacionales, para la punibilidad de crímenes en materia sexual en el conflicto ruso-ucraniano. Las limitaciones de *iure* nacionales se encuentran en la Ley que «Garantiza la igualdad de Derechos y Oportunidades para Hombres y Mujeres» y el capítulo sobre «Crímenes contra la Libertad Sexual e inviolabilidad Sexual de una persona» del Código Penal. Respecto a las limitaciones *de facto* en el contexto nacional, es determinante el ambiente de miedo e intimidación, además de la reducida capacidad de la fiscalía para obtener pruebas forenses por la escasez y destrucción de laboratorios.

En el caso de las limitaciones *de iure* en el contexto internacional, estas incluyen la dificultad de la activación de la jurisdicción de la CPI porque Ucrania no es un Estado Parte y por la posibilidad de veto de Rusia en el Consejo de Seguridad, a lo que se agrega que el examen preliminar de oficio por parte de la Fiscalía, iniciado el 25 de abril de 2014, sufrió un revés con la apertura de una nueva investigación, que no era necesaria, sobre los crímenes cometidos desde el 21 de noviembre de 2013.

Las restricciones *de facto* en el contexto internacional incluyen «el problema de la prueba satisfactoria» y del «caso fuerte», que se refieren a que la violencia sexual no se comete de forma aislada, sino que se asocia con otros delitos, lo que dificulta la capacidad de prueba, en el primer caso, y que los crímenes de agresión o crímenes contra la Paz cometidos por Rusia centran los esfuerzos de la Comunidad Internacional, en el segundo caso, por lo que los crímenes de violencia sexual son excluidos de las imputaciones por priorización de otros delitos considerados más relevantes.

A nuestro juicio, existe un grave riesgo de que los crímenes sexuales internacionales cometidos en el conflicto ruso-ucraniano desde el 2014, no tengan una correcta rendición de cuentas. Este hecho se podría convertir en un terrible precedente en el futuro, puesto que se seguiría analizando la violencia sexual durante el conflicto armado como un acto aislado y no como un elemento planificado, utilizado como arma de guerra en los conflictos contemporáneos. En este sentido, es necesario entender los delitos sexuales

internacionales, no como un efecto colateral, sino como una estrategia de guerra deliberada.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai. 2022. «La Guerra en Ucrania y la Corte Penal Internacional». *ALMACEN D DERECHO* (blog). 4 de abril de 2022. <https://almacendederecho.org/la-guerra-en-ucrania-y-la-corte-penal-internacional>.
- s. f. *Violencia sexual en conflictos armados y derecho penal internacional*. Accedido 10 de enero de 2023. <https://www-digitaliapublishing-com.ezproxy.unav.es/a/39952/violencia-sexual-en-conflictos-armados-y-derecho-penal-internacional>.
- BBC NEWS MUNDO. s. f. «EE.UU. estima en más de 240.000 el número de víctimas de la guerra en Ucrania». *BBC News Mundo*. Accedido 16 de junio de 2023. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-63584866>.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. 1998. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Vol. A/CONF.183/9.
- 2000. *Elementos de los Crímenes*. Vol. PCNICC/2000/1/Add.2.
- s. f. *Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión*.
- EFE. 2016. «Son los voluntarios de Tornado». *Antena 3 Noticias* (blog). 8 de agosto de 2016. https://www.antena3.com/noticias/mundo/encuentran-videos-violaciones-menores-incluso-bebes-moviles-combatientes-ucranianos_2016080857a82a034beb286d1d66e55d.html.
- EL MUNDO. s. f. «Tres historias para contar una guerra: “Hay soldados rusos que llevan preservativos para violar mujeres ucranianas”».
- EUROPEAN COMMISSION. 2014. «Joint Statement on Crimea by the President of the European Council, Herman Van Rompuy, and the President of the European Commission, José Manuel Barroso». 18 de abril de 2014. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_14_74.
- FERRER, Carmen Montero. 2017. «Crímenes internacionales de violencia sexual e impunidad: un examen de los mecanismos de justicia transicional y su aplicación en África». <http://purl.org/dc/dcmitype/Text>, Universidade de Santiago de Compostela. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=146743#?>
- INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION OF INQUIRY ON UKRAINE. 2022. «Independent International Commission of Inquiry on Ukraine – Note by the Secretary-General». A/77/533.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. 2009. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. Pre-Trial Chamber II.
- 2021. Situation in Uganda in The Case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen ICC-02/04-01/15. Sala IX.
- KALDOR, Mary. 2001. *Las nuevas guerras: la violencia organizada en la era global*. Kriterion 4. Barcelona: Tusquets.
- KOFMAN, Michael, Katya MIGACHEVA, Brian NICHIPORUK, Andrew RADIN, Olesya TKACHEVA, y Jenny OBERHOLTZER. 2017. «Lessons from Russia’s Operations in

- Crimea and Eastern Ukraine». RAND Corporation. https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1498.html.
- KOTOULAS, Ioannis E, y Wolfgang Pusztai. 2022. «Geopolitics of The War in Ukraine». *Foreign Affairs*, n.º 4 (junio).
- MOUSAEI, Ali, Enayatollah YAZDANI, y Mohammad ALI BASIRI. 2020. «Analysis of Material and Immaterial Reasons and Factors of the Annexation of the Crimean Peninsula to the Russian Federation». *Central Eurasia Studies* 13 (1): 253-75. <https://doi.org/10.22059/jcep.2020.285877.449853>.
- OCHAD, E. 2022. «United Nations: Rape Is Part of Russia's Military Strategy». *Forbes* (blog). 14 de octubre de 2022. <https://www.forbes.com/sites/ewelinaochab/2022/10/14/united-nations-rape-is-part-of-russias-military-strategy/?sh=5628738536a0>.
- OFFICE OF THE UNITED NATIONS Y HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. 2017. «Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: Conflict-Related Sexual Violence in Ukraine». A/HRC/34/CRP.4.
- PEREIRA GARMENDIA, Mario. 2022. «La responsabilidad de Vladimir Putin & Asoc. ¿Es posible hacerles rendir cuentas por la invasión ilegal a Ucrania?» Lima, noviembre 10.
- RADA SUPREMA DE UCRANIA. s. f. *La Ley de Ucrania: Sobre garantizar la igualdad de derechos y oportunidades para mujeres y hombres. No. 2866-IV*.
- REPUBLIC OF UKRAINE. 2001. *Criminal Code of the Republic of Ukraine*. Vol. Document 2341-III.
- THE KREMLIN. 2014. «Agreement on the accession of the Republic of Crimea to the Russian Federation signed. The Kremlin». 18 de marzo de 2014. <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20604>.
- TREISMAN, Daniel. 2016. «Why Putin Took Crimea: The Gambler in the Kremlin». *Foreign Affairs* 95 (3): 47-54.
- UNITED NATIONS. 2022. «War crimes have been committed in Ukraine conflict, top UN human rights inquiry reveals. » *United Nations News* (blog). 22 de septiembre de 2022. <https://news.un.org/en/story/2022/09/1127691>.
- UNITED NATIONS SECRETARY GENERAL. 2021. «Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine».
- WIERZBOWSKA-MIAZGA, Agata, Tadeusz IWAŃSKI, y Piotr ŻOCHOWSKI. s. f. «The farce of the 'referendum' in the Donbas | OSW Centre for Eastern Studies». Accedido 19 de enero de 2023. <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2014-05-14/farce-referendum-donbas>.

Premio Juan Churruca

LA TUTELA DEL *WHISTLEBLOWER* FRENTE A REPRESALIAS EMPRESARIALES: UNA LAGUNA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

The Protection of the Whistleblower against Business Retaliation: a Lacuna in the Spanish Legal System

Alba Uzal Sánchez

Doble grado en Derecho y Relaciones Laborales por la Universidad de Deusto

<https://doi.org/10.18543/ed.2797>

Recibido: 22.12.2022

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

El término «*whistleblower*» se identifica con una realidad que, aun acacida con frecuencia, nuestro ordenamiento jurídico todavía no contempla. Sin embargo, la más reciente promulgación de la Directiva Comunitaria relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, aún pendiente de transposición interna, pone de manifiesto el cambio que se ha producido en la manera de observar esta clásica realidad. Es la existencia de una laguna en el ordenamiento jurídico español, la apreciación de una realidad social que demanda la atención del legislador, así como la creciente preocupación por la construcción de una efectiva política de protección en torno a la figura del denunciante que denota el contexto actual lo que ha motivado la realización de este estudio. Por la presente se realiza un análisis de la cuestión desde la perspectiva del Derecho Laboral, centrando el estudio en la protección específica que merece el trabajador, en su condición de denunciante de irregularidades internas, frente a las eventuales represalias empresariales de las que pudiera ser objeto tras cumplir con un deber ético o legal.

Palabras clave

Whistleblowing, represalias empresariales, derechos fundamentales.

Abstract

The term “whistle-blower” is identified with a reality that, even if it happens frequently, our legal system still does not contemplate. The recent enactment of the EU Directive on the protection of persons who report violations of EU Law, still pending transposition to Spanish Law, highlights the change occurred in the way of dealing with this classic reality. The existence of a gap in Spanish legal system, the appreciation of a social reality that demands legislator’s attention, as well as the growing concern for the development of an effective protection policy around the figure of the whistle-blower are the main drivers for the context motivating the realization of this study. The study is aborded from the perspective of Labour Law, focusing on the specific protection that the employee deserves as a whistle-blower of internal irregularities, against possible employer reprisals to which he may be subjected after fulfilling an ethical or legal duty.

Keywords

Whistleblowing, business retaliation, fundamental rights.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. UNA DEFINICIÓN CONCEPTUAL PREVIA: APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL WHISTLEBLOWER. III. ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN: LA DIRECTIVA WHISTLEBLOWING. IV. SOBRE LA NECESIDAD DE AMPARO ESPECÍFICO DEL WHISTLEBLOWER EN LA RELACIÓN JURÍDICO LABORAL. V. CONEXIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. El derecho a la libertad de expresión e información en el marco de las relaciones laborales. 1.1. *Sobre la libertad de expresión: Límites específicos a su ejercicio en el ámbito laboral*. 1.2. *Sobre la libertad de información*. VI. MARCO DE PROTECCIÓN EXISTENTE EN ESPAÑA. 1. El recurso a otros cauces de protección frente a la ausencia de regulación. 1.1. *La represalia empresarial como vulneración de derechos fundamentales*. 1.2. *La garantía de indemnidad*. 1.3. *La responsabilidad administrativa del empresario por la adopción de medidas de represalia*. 2. Primeros pasos: iniciativas de regulación. VII. SOBRE LA ESPERADA TRANSPOSICIÓN: HACIA UNA LEY DE PROTECCIÓN PARA LOS DENUNCIANTES. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El descubrimiento de prácticas ilícitas o conductas fraudulentas de entidades de carácter público o privado que sitúa su origen en la denuncia efectuada por una persona que, dada su posición en la organización, tenía conocimiento de las mismas, constituye una realidad acaecida con frecuencia en las últimas décadas. Tampoco resulta una cuestión insólita que estas personas que revelan la existencia de irregularidades internas terminen siendo objeto de represalias y persecuciones. Sin embargo, el cambio que se ha producido en la manera de observar esta clásica realidad ha dado lugar a un debate más reciente: la protección de los denunciantes (en inglés conocidos como *whistleblowers*).

Hacer referencia a la protección que merece la figura del denunciante de irregularidades como una cuestión reciente es posible en el contexto europeo y español, pues en otros países ello conforma un instituto jurídico ampliamente consolidado. En este sentido, Estados Unidos se eleva como el ejemplo por excelencia, por cuanto ya en el año 1989 se aprobaba la *Whistleblower Protection Act*, una pionera ley federal que refleja la preocupación que existía por otorgar una protección a los empleados públicos que efectuaban denuncias en el seno de la Administración Pública americana. La misma establece en su sección segunda que las divulgaciones de los empleados federales sirven al interés público al contribuir a la eliminación del fraude, el despilfarro, el abuso y los gastos gubernamentales innecesarios. Continúa apuntando que su propósito es el de fortalecer y mejorar la protección de los derechos de los empleados federales, en aras de evitar las represalias y con el

ánimo de contribuir a la eliminación de las consecuencias adversas que los mismos no deberían sufrir como resultado de tales actuaciones¹.

En cambio, la más reciente promulgación de la Directiva 2019/1937 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión² (en adelante, Directiva *Whistleblowing*, en la medida en la que es comúnmente denominada como tal), que constituye la primera norma comunitaria en la materia, pone de manifiesto la novedad que esta cuestión implica en el marco de la Unión Europea, y en particular, en el estado Español que, sin haber transpuesto la misma, carece de una regulación específica en este sentido.

Lejos de otorgar un carácter peyorativo a la figura del denunciante, en este contexto se reconoce la relevancia del papel que ostenta en la detección de actividades ilícitas que, produciéndose en el fuero interno de organizaciones e instituciones –públicas o privadas–, no hubieran sido descubiertas de no haberse producido la alerta por parte del mismo. Esta contribución que la labor del denunciante supone para la salvaguarda del interés general y del cumplimiento de la legalidad, justifica la pretensión existente de establecer un marco de protección que impida el padecimiento de represalias posteriores a la denuncia, en la medida en la que la expectativa de sufrirlas podría disuadir el ánimo de efectuar la misma.

La existencia de esta laguna en el ordenamiento jurídico español, la apreciación de una realidad social que demanda la atención del legislador y la creciente preocupación por la construcción de una efectiva política de protección en torno a la figura del denunciante que denota el contexto legislativo actual, tanto a nivel comunitario, con la promulgación de la citada directiva, así como a nivel nacional, con la inminente transposición, han motivado la realización de este estudio.

Habida cuenta de que la protección que merecen los *whistleblowers* es una materia compleja que afecta a distintas ramas del Derecho, resulta imprescindible poner de manifiesto que en el presente trabajo se realiza un estudio de la cuestión desde la perspectiva del Derecho Laboral en concreto. Así, el análisis de la protección específica que merece el trabajador en el marco de la relación jurídico-laboral, en su condición de denunciante de irregularidades internas, como el escudo legal frente a las eventuales represalias

¹ Whistleblower Protection Act of 1989. 5 USC 1201 note. SEC. 2. FINDINGS AND PURPOSE. (a) FINDINGS. (b) PURPOSE. PUBLIC LAW 101-12-APR. 10, 1989. Consultado en <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/senate-bill/20/text>.

² Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea n.º L 305, de 26 de noviembre de 2019, p. 17.

de las que pudiera ser objeto tras cumplir con un deber ético o legal, se erige como el propósito fundamental del presente estudio.

A tal fin, se desempeña en primer lugar un acercamiento a la figura del *whistleblower*, con el objetivo de dilucidar a qué se refiere realmente la figura sobre la que se eleva la materia objeto de estudio. A continuación, se realiza una aproximación a la Directiva *Whistleblowing*, teniendo en cuenta que la misma será objeto de una inminente transposición que marcará el devenir futuro de esta materia. Seguidamente, se tratará de justificar la necesidad de establecer mecanismos de protección específicos en el marco de la relación jurídico-laboral.

Ya en el epígrafe quinto se expone la vinculación existente entre la materia objeto de estudio y los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, donde se observará la específica proyección de los mismos en el marco laboral y los límites a los que se encuentran sometidos, lo cual permitirá valorar cuál de ellos se ve realmente concernido en la realidad objeto de análisis.

Posteriormente se expone el panorama de protección existente en la actualidad, realizando una distinción entre, de un lado, los cauces de protección establecidos para otro tipo de cuestiones en las que puede encontrar amparo el objeto de estudio, y de otro, las iniciativas tomadas en aras de construir una verdadera protección específica. El análisis de la perspectiva de futuro y la exposición de las conclusiones alcanzadas ponen fin al presente estudio.

En lo que a la metodología empleada se refiere, la consecución de este trabajo se ha alcanzado mediante el exhaustivo análisis de la normativa y jurisprudencia aplicables a la cuestión objeto de estudio, a la luz de las fundamentales aportaciones doctrinales que se han realizado respecto a la misma.

II. UNA DEFINICIÓN CONCEPTUAL PREVIA: APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL *WHISTLEBLOWER*

El presente estudio ha de partir de la definición del término sobre el que se eleva el mismo. A tal efecto, es necesario tener en cuenta que nos encontramos ante un término inglés que hace referencia a una realidad que nuestro ordenamiento jurídico aún no contempla, por lo que una aproximación conceptual al mismo únicamente es posible atendiendo a la definición del término que el sector doctrinal ha intentado llevar a cabo.

Desde una perspectiva etimológica, existe un gran consenso en observar el término como el resultado de la conjunción entre «*to whistle*», que significa silbar, y «*to blow*» que significa soplar, situando así el origen del mismo en el Bobby, que es aquel policía británico que encontrándose desarmado,

toca el silbato cuando aprecia la comisión de un delito³. De esta manera, mientras que el *whistleblowing* es la acción de denunciar (como la acción de tocar el silbato), el *whistleblower* hace referencia a la persona que efectúa la denuncia (como la persona que toca el silbato).

En lo que a la conceptualización del término se refiere, PÉREZ TRIVIÑO señala las definiciones propuestas por MIETHE⁴ y por HERSH⁵ y, a la luz de aquellas, concluye el sentido en el que debe ser interpretado el *whistleblowing*:

«la revelación deliberada de información acerca de actividades no triviales que se creen peligrosas, ilegales, inmorales, discriminatorias o que de alguna otra manera incluyen una infracción en una organización, siendo tal revelación llevada a cabo por miembros actuales o pasados de la organización, que no tienen deberes de información o de vigilancia, y dirigiendo ir dirigida a órganos de la propia organización o a terceras partes»⁶.

De la literalidad de esta definición cabe destacar diversos aspectos. De un lado, hace referencia a la revelación de actividades no triviales, de lo que cabe deducir que se requiere que se trate de actividades que contravengan alguna norma, de forma que cobren cierta relevancia pública.

Ahora bien, seguidamente incluye dentro del tipo de actividades que pueden ser objeto de revelación, tanto aquellas ilegales o discriminatorias, así como aquellas inmorales. Así las cosas, no deben quedar excluidas de este fenómeno las denuncias sobre conductas que se estimen contrarias a normas éticas y morales, por cuanto no se exige que deba tratarse necesariamente de una conducta que comprometa una norma de carácter jurídico. En este mismo sentido se pronuncia CAVICO, al definir la conducta del *whistleblower* como el «intento de un empleado de una corporación o sociedad mercantil de

³ LOUSADA AROCHENA, José Fernando y RON LATAS, Ricardo Pedro. *La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing)*. Albacete: Ed. Bomarzo, 2020, p. 9.

⁴ Para quien los *whistleblowers* son «empleados o antiguos empleados que informan de una mala conducta a personas que tienen poder para tomar decisiones» MIETHE, T.D. (1999), *Whistleblowing at work*, Westview Press, Boulder, p. 11 tomado de PÉREZ TRIVIÑO, Jose Luis. «Whistleblowing» *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 2018, n.º 14, pp. 285-298, p. 286.

⁵ Considera que el *whistleblowing* es «la revelación deliberada de información acerca de actividades no triviales que se creen peligrosas, ilegales, inmorales, discriminatorias o que de otra manera incluyen una infracción, generalmente por miembros actuales o pasados de la organización» HERSH, M.A. (2002), «Whistleblowers. Heroes or traitors? Individual and collective responsibility for ethical behaviour», *Annual Review in Control*, 26, pp. 243-262, p. 242 tomado de PÉREZ TRIVIÑO, Jose Luis. «Whistleblowing» *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 2018, n.º 14, pp. 285-298, p. 286.

⁶ PÉREZ TRIVIÑO, Jose Luis. «Whistleblowing» *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 2018, n.º 14, pp. 285-298, p. 287.

revelar conductas ilícitas cometidas en la organización o por parte de ésta, entendiéndose por tales no sólo las conductas o condiciones que el empleado considera ilegales, sino también las que juzga como inmorales o contrarias al interés público»⁷.

De otro lado, sostiene que la revelación puede ser efectuada por miembros actuales o bien pasados de la organización, de forma que, si bien se exige la concurrencia de un vínculo laboral, no necesariamente ha de encontrarse en vigor en el momento de efectuar la delación. No obstante, lo cierto es que los sujetos que efectúan la delación cuando ya no forman parte de la organización denunciada no se enfrentan al mismo riesgo de sufrir represalias empresariales al que se enfrentan quienes realizan la denuncia siendo parte de la misma.

Asimismo, considera que el sujeto que efectúa la denuncia no puede disponer de un cargo en virtud del que ostente la función de revelar información, por cuanto ello desvirtuaría la propia esencia de la figura del denunciante y de los riesgos a los que se enfrenta con su conducta. Finalmente, al referirse a la posibilidad de que la denuncia se dirija a la propia organización o bien a terceras partes, consolida la existencia de diversos canales de denuncia, lo cual constituye un elemento característico de la forma en la que pretende regularse el fenómeno, tal y como se expondrá posteriormente.

Por su parte, RAGUÉS I VALLÉS sostiene que el *whistleblowing* comprende los «actos de delación realizados por sujetos que están o han estado vinculados con una determinada organización, ya sea administrativa o empresarial, en la que se ha cometido una conducta ilícita» y realiza una distinción entre «*whistleblowers* internos y externos», atendiendo a si la denuncia se realiza ante autoridades o medios de comunicación o si se efectúa en el seno de la propia organización⁸.

Esta caracterización añade un aspecto de especial trascendencia, pues precisa que la organización respecto a la que se formula la denuncia puede tratarse tanto de una entidad pública como privada. Si bien puede considerarse que las irregularidades de las que pudiera alertar el empleado de una institución pública ostentan una mayor capacidad de lesionar el interés general al que sirve el denunciante con su conducta, lo cierto es que las entidades privadas ostentan una posición en el engranaje social que también les otorga

⁷ Frank J. CAVICO (2003-2004), «Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis», *South Texas Law Review*, n.º 45, pp. 543-645 tomado de RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. «¿Héroes o traidores?: La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2006, n.º 3, p. 364, p. 3.

⁸ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. «Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa». *Revista Eletrónica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*. 2013, vol. 1, n.º 1, pp. 87-120, p. 90.

la capacidad de afectar a los intereses públicos, por lo que las conductas de estas no deben quedar al margen de este fenómeno, debiéndose posibilitar que las mismas también puedan ser objeto de denuncia.

Sin perjuicio del análisis que se realiza de la Directiva *Whistleblowing* en las paginas que siguen, interesa al objeto de este epígrafe hacer referencia a que la misma identifica al *whistleblower* con el término «denunciante», y lo define como «una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales»⁹.

Atendiendo a lo expuesto, debe entenderse que la figura del *whistleblower* se identifica con aquella persona que, teniendo conocimiento de irregularidades (entendiendo por tales aquellas prácticas que contravengan tanto normas jurídicas como éticas o morales), que se están produciendo en el seno de una organización (pública o privada) a la que se encuentra o se encontraba laboralmente vinculada, priorizando el interés público sobre el interés de la organización a la que pertenece, denuncia las mismas ante la propia organización o bien ante un canal externo.

Mucho más compleja que la definición del término se revela la traducción del mismo al español, por cuanto la misma puede dar lugar a términos como chivato o soplón, que otorgan a la figura un claro carácter peyorativo. Con la intención de evitar dicho carácter despectivo, en las páginas que siguen se hará uso del término denunciante como el equivalente en español a *whistleblower*, si bien se utilizarán ambos de forma indistinta.

No obstante, sin ánimo de restar relevancia a la necesaria definición del término con el que ha de identificarse el sujeto al que se pretende otorgar protección, lo cierto es que el foco debería ponerse, no tanto en la definición del propio término, sino más bien en la definición de las circunstancias y condiciones legales bajo las que se pretende otorgar una protección específica frente a las represalias empresariales a aquellos trabajadores que revelan irregularidades internas¹⁰.

III. ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN: LA DIRECTIVA *WHISTLEBLOWING*

La promulgación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las

⁹ Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen...*op. cit.*, Art. 5. 7).

¹⁰ Australian Senate Select Committee on Public Interest Whistleblowing, 1994, párrafo 2.2) tomado de FASTERLING, Björn y LEWIS, David. «Denuncia de irregularidades, filtraciones y libertad de expresión. Promoción del interés público mediante la legislación». *Revista Internacional del trabajo*. 2014, vol. 133, n.º 1, pp. 77-101, p. 78.

personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, ha supuesto la incorporación de la protección del *whistleblower* al ordenamiento jurídico comunitario. Observando la garantía sólida de la protección de los denunciantes como un medio para reforzar la aplicación del Derecho de la Unión, persigue el establecimiento de normas que proporcionen protección a las personas que informen sobre infracciones de aquel (art. 1).

Poniendo de manifiesto la relevancia de la contribución al bienestar de la sociedad que realizan aquellas personas que informan sobre infracciones de las que han tenido conocimiento en el contexto de sus actividades laborales, a las que denomina denunciantes (considerando 1), consagra un estatuto de protección para aquellos, si bien va más allá del mismo, por cuanto también establece la obligación para determinadas entidades públicas y privadas de implementar y gestionar canales de denuncia internos y externos (capítulo III).

Es de destacar la amplitud de su ámbito de aplicación subjetivo, que abarca no solo a los trabajadores y funcionarios (cubriendo también las relaciones laborales ya extinguidas, así como las no iniciadas), sino también a accionistas, voluntarios y trabajadores en prácticas, quienes trabajen bajo la supervisión de proveedores, e incluso a terceros facilitadores, compañeros de trabajo o familiares del denunciante (art. 4). Ello pone de manifiesto la vocación que ostenta la Directiva de, tal y como expresa en su considerando 37, otorgar protección a «la gama más amplia posible de categorías de personas que en virtud de sus actividades laborales, con independencia de su naturaleza y de si son retribuidas, disponen de un acceso privilegiado a información sobre infracciones que redundaría en interés de los ciudadanos denunciar y que pueden sufrir represalias si lo hacen».

Estableciendo el uso previo de los canales de denuncia internos y la expectativa de veracidad de la información revelada como los requisitos necesarios para otorgar protección al denunciante (art. 6), cristaliza las medidas específicas de protección en el capítulo sexto, en el que instaura la prohibición de un extenso directorio de represalias de contenido eminentemente laboral, incluidas las amenazas y tentativas de represalia (art. 19), así como un amplio catálogo de medidas de protección frente a las mismas (art. 21).

Entre aquellas cabe destacar la tutela que ofrece en relación a la responsabilidad que se le pudiera exigir al denunciante en relación a cláusulas contractuales de confidencialidad o vulneración de secretos, al establecer la imposibilidad de considerar infringida ninguna restricción de revelación de información y de incurrir en responsabilidad alguna como consecuencia de la denuncia realizada. Ese blindaje frente a responsabilidades resulta fundamental, pues tal y como razona en su considerando 91, no cabe ampararse en «las obligaciones legales o contractuales de las personas para impedir las denuncias, para denegar la protección o para penalizar a los denunciantes por haber comunicado información sobre infracciones» en aquellos casos en los

que «facilitar la información que entre dentro del alcance de dichas cláusulas y acuerdos sea necesario para revelar la infracción».

La relevancia de lo expuesto deriva de la obligación de transposición que esta norma impone, de forma que nos encontramos ante las disposiciones que marcarán el futuro estado de la cuestión objeto de estudio, pues plantea a nuestro legislador nacional el reto de regular esta figura y de otorgar a la misma un estatuto que garantice una protección eficaz.

IV. SOBRE LA NECESIDAD DE AMPARO ESPECÍFICO DEL *WHISTLEBLOWER* EN LA RELACIÓN JURÍDICO-LABORAL

La inexcusable necesidad de establecer un marco de protección laboral en torno a la figura del trabajador que, alertando sobre la existencia de irregularidades internas, adquiere la condición de *whistleblower*, encuentra su fundamento desde diversas ópticas.

En este sentido, resulta indispensable atender en primer lugar a la innegable vinculación existente entre el fenómeno del *whistleblowing* y el derecho laboral, en la medida en la que el conocimiento de las irregularidades denunciadas se obtiene en el marco de una relación de trabajo. Es precisamente la posición que el denunciante ostenta en el seno de la organización en la que se producen las irregularidades lo que posibilita el hecho de advertir sobre las mismas.

La propia Directiva *Whistleblowing* pone de manifiesto esta innegable vinculación con el derecho laboral en su Considerando 1, al expresar que «las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto».

Situar el origen de la denuncia en la existencia de una relación de trabajo permite afirmar con rotundidad la perspectiva jurídico-laboral del *whistleblowing*, pues la existencia de una relación laboral entre el denunciante y la organización denunciada se eleva como uno de los elementos definidores del fenómeno. Ello marca la imperiosa necesidad de tener en cuenta al protagonista principal de este fenómeno, el *whistleblower*, poniendo el foco en su condición de trabajador, por cuanto efectuar una denuncia desde esa posición concreta configura una situación de vulnerabilidad que adquiere singularidad propia.

La situación a la que se enfrenta la persona que alerta sobre la existencia de una irregularidad en el seno de una organización para la que presta sus servicios y con la que mantiene un vínculo de naturaleza laboral, como consecuencia de la relación de dependencia que mantiene respecto a la organización denunciada, implica el riesgo de sufrir una serie de

represalias específicas que no concurre cuando la denuncia se produce al margen de ese contexto laboral. Así, resulta indispensable atender a ese específico desequilibrio de poder existente entre el denunciado y el denunciante en este fenómeno.

Las notas de ajenidad y dependencia que ex art. 1.1 TRLET¹¹ caracterizan la relación laboral, sitúan al trabajador en un estado de inferioridad frente a la posición dominante del empresario. Esta caracterización de la relación laboral como una relación de posiciones desiguales determina la necesidad de configurar, con carácter general, mecanismos de protección para el trabajador que tiendan a compensar dicha asimetría.

En este contexto surgen la finalidad compensadora y la finalidad tuitiva como las principales finalidades institucionales del derecho del trabajo, por cuanto trata, de un lado, de proteger al trabajador como persona, que se ve ineludiblemente implicada en el desarrollo de la prestación¹², y de otro, de paliar el desequilibrio de poder y la debilidad contractual del trabajador que origina el vínculo laboral¹³.

A dicha situación de debilidad en la que ya se ve inmerso el denunciante en calidad de trabajador, como consecuencia de esa relación laboral en la que concurre una asimetría de poderes, hay que añadir la vulnerabilidad que genera adquirir la condición de *whistleblower*, al exponerse al padecimiento de eventuales represalias por ser la voz que alerta sobre la existencia de una irregularidad interna.

Así las cosas, si ya el derecho del trabajo ha venido tradicionalmente cumpliendo con esa función de paliar la debilidad del trabajador en el marco de la relación laboral, la concurrencia de una situación que incrementa dicha debilidad, justifica la necesidad de ejercitar tal función con mayor razón, mediante el establecimiento de un marco de protección específico en aras de combatir esa vulnerabilidad añadida que genera la conducta de denunciar.

En este sentido se pronuncia igualmente la Directiva *Whistleblowing* en su considerando 36:

«Las personas necesitan protección jurídica específica cuando obtienen la información que comunican con motivo de sus actividades laborales y, por tanto, corren el riesgo de represalias laborales (...). La razón

¹¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, n.º 255, p. 100224.

¹² MARTÍN VALVERDE, Antonio. «Consideraciones sobre el principio “Pro Operario”». *Ius et Veritas*. 1992, n.º 5, pp. 83-84, p. 83.

¹³ MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo*. 28ª edición, Madrid: Ed. Tecnos, 2019, p. 56.

subyacente para prestarles protección es su posición de vulnerabilidad económica frente a la persona de la que dependen de facto a efectos laborales».

La ausencia de la citada protección determina que la existencia de esa situación de asimetría de poder imposibilite de facto que el trabajador alerte sobre las irregularidades que conozca. La posición de dominio que por definición ostenta el empresario otorga al mismo una gran capacidad de lesionar los intereses del trabajador, por cuanto valiéndose del poder de dirección y de control del que es titular, puede adoptar medidas aparentemente legítimas en el marco de la relación laboral que perjudiquen gravemente a aquel. Ello sitúa al trabajador en un estado de desamparo en el que, temiendo ser objeto de aquellas medidas de represalia, puede decidir no efectuar la denuncia, en contra de su verdadera voluntad de hacerlo.

Además, aquella conducta de no denunciar una irregularidad o una práctica ilícita de la que se ha tenido conocimiento en el seno de una relación laboral, como consecuencia del temor a sufrir represalias en el marco de la misma, así como la efectiva materialización de aquellas, entraña, al menos aparentemente, y sin perjuicio del análisis que más adelante se realizará sobre esta cuestión, una innegable afectación de los derechos fundamentales del propio trabajador.

Esta conexión existente entre la figura del *whistleblower* y los derechos fundamentales no es baladí, por cuanto ello nos sitúa, no ante «una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino ante una materia que afecta a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras» por lo que «está llamado a integrar el acervo más típicamente propio de nuestra disciplina jurídico-laboral, hasta el punto de que su estudio debería integrarse dentro del tema correspondiente a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los manuales de Derecho que se digan actuales»¹⁴.

V. CONEXIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la medida en la que el fenómeno objeto de estudio gira en torno a la transmisión y comunicación que el trabajador efectúa de determinados datos de la organización para la que presta sus servicios, de los que considera que debe alertar por su contenido ilícito o irregular, no cabe la posibilidad de obviar la estrecha relación que guarda el mismo con los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información. Más concretamente, con la proyección de los mismos en el ámbito laboral.

¹⁴ LOUSADA AROCHENA, José Fernando y RON LATAS, Ricardo Pedro. *La protección laboral frente a las represalias...op. cit.*, p. 12.

Como ya se ha tenido ocasión de exponer, las medidas de represalia que el empresario pudiera adoptar representan el principal riesgo al que se enfrenta el *whistleblower*, dada la relación de dependencia que mantiene respecto a la organización en la que se ha producido la irregularidad denunciada. Tanto en aquellas situaciones en las que el trabajador decida mantener su silencio por temor a las eventuales represalias que pudiera sufrir, así como en aquellas en las que efectivamente las padezca por haber efectuado la delación, es posible apreciar que nos encontramos ante una verdadera afectación de los citados derechos fundamentales que merece atención.

La propia Directiva *Whistleblowing* reconoce esta vinculación, al disponer en su Considerando 31 que «las personas que comunican información sobre amenazas o perjuicios para el interés público obtenida en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión», refiriéndose seguidamente al derecho a la libertad de expresión e información consolidado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵.

Además, de la literalidad del Considerando 45 de la Directiva, que hace referencia a la protección frente a represalias como un «medio de salvaguardar la libertad de expresión», cabe deducir la relevancia de la vinculación que nos ocupa, por cuanto nos conduce a observar la protección que la figura del *whistleblower* demanda como una cuestión de la que depende una efectiva tutela de los citados derechos, teniendo en cuenta el rango constitucional que ostentan aquellos.

1. *El derecho a la libertad de expresión e información en el marco de las relaciones laborales*

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, resulta indispensable atender al contenido y a la proyección en el ámbito laboral de los citados derechos fundamentales, en la medida en la que la denuncia de irregularidades de la organización constituye un claro uso de las libertades constitucionales de expresión e información. En este sentido, se eleva como imperativo dirigir la mirada hacia los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), que han consolidado una amplia doctrina en torno a tales derechos fundamentales en el ámbito laboral.

¹⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, n.º C 83, de 30 de marzo de 2010, p. 389, que dispone en su art. 11. 1, bajo la rúbrica «Libertad de expresión e información», «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

1.1. Sobre la libertad de expresión: Límites específicos a su ejercicio en el ámbito laboral

El derecho a la libertad de expresión, que con carácter general y de conformidad con el art. 20.1.a) CE comprende el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», abarca también «la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige»¹⁶, siendo válida «no solamente para las informaciones o ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contraríen, choquen o inquieten» pues «así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe sociedad democrática»¹⁷.

Respecto a la operatividad de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, señala el TC que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno que el trabajador quede privado de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano», aunque afirma que «la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario» genera «un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales»¹⁸. Ahora bien, dicha modulación derivada de la relación laboral ha de ser cuidadosamente matizada, por cuanto «no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial»¹⁹.

No obstante, tampoco es posible otorgar un carácter ilimitado al ejercicio de este derecho, y menos en el ámbito laboral, donde la libertad de expresión encuentra restricciones adicionales que derivan de la existencia de un vínculo contractual. Sobre la base de esta consideración se eleva la consolidada jurisprudencia constitucional que sostiene el sometimiento de este derecho a un doble límite en el ámbito de las relaciones laborales.

Así, la libertad de expresión no se encuentra exenta de límites, pues con carácter general, «dispone de un campo de acción que viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas», de forma que el ejercicio de la misma «no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que

¹⁶ STC n.º 6/2000 de 17 enero, Ref. Aranzadi, RTC 2000\6. F.j. 5.

¹⁷ STEDH de 23 abril 1992 (Caso Castells contra España), Ref. Aranzadi TEDH\1992\1. Apartado 42.

¹⁸ STC n.º 4/1996 de 16 enero, Ref. Aranzadi RTC 1996\4. F.j.4, citando SSTC 120/1983 [RTC 1983\120], 88/1985 [RTC 1985\88], 6/1988, 129/1989 [RTC 1989\129], 126/1990, 99/1994 [RTC 1994\99], 134/1994 [RTC 1994\134] y 6/1995 [RTC 1995\6].

¹⁹ STC n.º 120/1983, de 15 de diciembre, Ref. BOE n.º 9, de 11 de enero de 1984. F.j. 2.

exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorias para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican»²⁰.

Junto a aquel, en el marco de una relación laboral, «las manifestaciones de una parte respecto de otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación». De esta forma, surge un «condicionamiento adicional en el ejercicio del derecho que deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo»²¹.

No obstante, respecto al citado deber de buena fe como límite, resulta fundamental en lo que atañe al objeto de estudio las consideraciones del supremo intérprete de la Carta Magna en su sentencia 6/1988, de 21 de enero, en la que se manifiesta en contra de poner la buena fe al servicio del silencio frente a hechos constitutivos de alguna irregularidad:

«el deber de buena fe que pesa sobre el trabajador no se puede interpretar en términos tales que vengan a resultar amparadas por esta exigencia de honestidad y de lealtad en el cumplimiento de las obligaciones situaciones o circunstancias que, lejos de corresponderse con el ámbito normal y regular de la prestación de trabajo, supondrían desviaciones de tal normalidad, mercedoras, acaso, de la reacción que a todos los ciudadanos cumple para hacer valer el imperio de las normas, cuando se aprecie una contravención del ordenamiento, o para hacer llegar a la opinión pública la existencia de eventuales anomalías que –aun no constitutivas, en sí, de ilicitud alguna– sí pudieran llegar a poner en juego el principio de responsabilidad que pesa sobre todos los poderes públicos»²².

A la vista de la citada jurisprudencia constitucional, interesa destacar que aun cuando la vigencia de la libertad de expresión en una relación laboral se ve sometida a una doble limitación, dispone de un valor preponderante como libertad constitucionalmente consagrada, por lo que constituye un límite a las facultades empresariales, que no podrán suponer obstáculo al efectivo ejercicio de la misma. Además, cuando el trabajador hace uso de la libertad de expresión al efectuar la denuncia de irregularidades internas, el citado valor preponderante de la misma deberá ser estimado en mayor medida, por cuanto se produce su ejercicio en conexión con cuestiones de interés general. Así las cosas, debiéndose realizar en tales casos una ponderación entre la libertad de expresión del trabajador frente a los intereses empresariales lesionados por la misma, debería otorgarse el máximo nivel de eficacia a aquella, atendiendo al interés general al que contribuye su ejercicio en tales circunstancias.

²⁰ STC n.º 204/1997 de 25 noviembre, Ref. BOE n.º 312, de 30 de diciembre de 1997. F.j. 2.

²¹ STC n.º 106/1996 de 12 junio, Ref. BOE n.º 168, de 12 de julio de 1996. F.j. 5.

²² STC n.º 6/1988, de 21 de enero, Ref. BOE n.º 31, de 5 de febrero de 1988. F.j. 9.

1.2. Sobre la libertad de información

Atender al derecho de información, que el art. 20.1 d) CE consagra como el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», resulta fundamental, pues uno de los principales componentes en torno a los que gira el mismo constituye un elemento esencial en la protección que pretende dispensarse al *whistleblower*: la veracidad de la información emitida.

La Directiva *Whistleblowing* hace referencia a este extremo en su artículo 6.1 a), al disponer bajo la rúbrica «condiciones de protección de los denunciantes», la necesidad de que los denunciantes «tengan motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia»²³. Por tanto, nos situamos ante un elemento que cobra una gran relevancia, en la medida en la que pretende constituirse el mismo como uno de los extremos a valorar para determinar si la conducta del denunciante resulta merecedora de amparo o no.

Respecto a la veracidad de la información ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia constitucional en multitud de ocasiones, resultando reveladora la emblemática sentencia de 21 de enero de 1988²⁴ anteriormente citada, que señala que «esta nota de veracidad no puede entenderse como una condición o límite absoluto del derecho, en el sentido de que éste ampare únicamente las informaciones exactas», de forma que no cabe negar la debida protección por la ausencia de dicha exactitud. Por el contrario, dispone que el precepto debe entenderse referido a la «información realizada en disposición veraz» esto es, «la información acaso no exacta de hecho, pero cuya inexactitud ignora el autor, que habría obrado en la obtención de la información de acuerdo con un canon razonable de cuidado profesional».

Esta consolidada flexibilidad en torno al requisito de la veracidad ostenta un claro reflejo en la Directiva *Whistleblowing*, pues cuando incluye la misma entre las condiciones que deben concurrir para otorgar protección al denunciante, únicamente se refiere a que aquel ha de tener motivos razonables para considerar que la información es veraz, no requiriendo una verdad exacta y objetiva.

A mayor abundamiento, la citada sentencia dispone que «ningún deber contractual de buena fe obliga al trabajador a callar o a no difundir, es decir, a no ejercitar su derecho fundamental del art 20.1, d), unos hechos que son jurídicamente ilícitos y que pueden constituir una inconstitucional discriminación»²⁵.

²³ En el mismo sentido se pronuncia en su Considerando 32: «Para gozar de protección al amparo de la presente Directiva, los denunciantes deben tener motivos razonables para creer, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos».

²⁴ STC n.º 6/1988, de 21 de enero, Ref. BOE n.º 31, de 5 de febrero de 1988. F.j. 8.

²⁵ STC n.º 6/1988, de 21 de enero, Ref. BOE n.º 31, de 5 de febrero de 1988. F.j. 8.

De otro lado, es necesario realizar una diferenciación entre la libertad de expresión y la libertad de información, en aras de determinar el derecho que en esta materia se encuentra directamente concernido. Esta delimitación del derecho afectado origina la necesidad de acudir a la doctrina constitucional construida respecto al ámbito de aplicación de las libertades que nos ocupan.

El TC ha venido realizando una clara distinción entre ambos, diferenciando el derecho a la libertad de expresión, considerando que comprende «los pensamientos, ideas y opiniones» como «concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor», del derecho de información, que entiende referido a «la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables». En este sentido, señala la decisiva importancia de realizar tal distinción, pues «mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud». De ahí que, al que ejercita la libertad de expresión «no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación», que si condiciona, en cambio, la legitimidad del ejercicio del derecho de información²⁶.

Aun cuando la Carta Magna consagra por separado ambas libertades, lo cierto es que se admite que «su deslinde no es nítido» en la medida en la que «la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos» al igual que «la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo con vocación a la formación de una opinión». En este sentido, para discernir cuál es el derecho realmente afectado en el seno del fenómeno *whistleblowing* que nos ocupa, en aras de determinar en cuál de ellos puede encontrar amparo el denunciante, será necesario atender a aquel «que aparezca como preponderante o predominante para subsumirlos en el correspondiente apartado del artículo 20.1 CE»²⁷.

No obstante a lo que antecede, con carácter general y sin perjuicio de la necesidad de atender a cada caso de forma particular, cabría sostener que el derecho directamente concernido en este sentido es el de información del artículo 20.1 d) CE, por cuanto la conducta del denunciante no puede reducirse a la mera expresión de una idea o pensamiento, pues lo que realmente hace es informar sobre una realidad, siendo esa transmisión de información su verdadero interés²⁸.

²⁶ STC n.º 146/2019, de 25 noviembre, Ref. BOE n.º 5, de 6 de enero de 2020. F.j. 4.

²⁷ STC n.º 4/1996, de 16 enero, Ref. BOE n.º 43, de 19 de febrero de 1996. F.j. 3.

²⁸ MARTÍNEZ SALDAÑA, David; ABRIL MARTÍNEZ, Javier; RODRÍGUEZ CELADA, Enrique y REYES RICO, Laia Itziar. *La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos*. Ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 34.

VI. MARCO DE PROTECCIÓN EXISTENTE EN ESPAÑA

1. *El recurso a otros cauces de protección frente a la ausencia de regulación*

La protección del trabajador denunciante que nos ocupa, no encuentra un marco regulador específico en el ordenamiento jurídico español. Es cierto que cabe apreciar leves reflejos de esta materia en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales²⁹, por cuanto consagra con cierta novedad la creación de sistemas de información de denuncias internas; en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres³⁰, que establece el deber de las empresas de arbitrar procedimientos específicos para dar cauce a las denuncias que puedan formular quienes hayan sido objeto de acoso sexual y por razón de sexo; e incluso en el Código Penal³¹, que excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hubieran adoptado modelos de gestión y medidas idóneas para prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión.

Aquellas disposiciones, aun cuando se encuentran directamente relacionadas con el fenómeno *whistleblowing*, en la medida en la que hacen referencia al establecimiento de cauces dirigidos al conocimiento de irregularidades internas, no brindan un específico escudo de protección legal al trabajador frente a las eventuales represalias que aquel pudiera sufrir a causa de la delación efectuada.

De hecho, en relación a la modificación legislativa por la que se introdujo el citado precepto penal, la Fiscalía General de Estado, en su Circular 1/2016 de 22 de enero, tuvo que entrar a aclarar que, para que la obligación de informar sobre irregularidades pueda ser exigida a los empleados, «resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (*whistleblower*)», de forma que no exista riesgo a sufrir represalias³².

²⁹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, 6 de diciembre de 2018, n.º 294, p. 119788. Art. 24.

³⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, 23 de marzo de 2007, n.º 71, p. 12611. Art. 48.

³¹ Art. 31 bis, apartado 2. 1ª del Código Penal: «la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si (...) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión».

³² Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Ref. Boletín Oficial del Estado, FIS-C-2016-00001, de 22 de enero de 2016. Apartado 5.3. Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión.

Aun cuando la inminente transposición de la Directiva expuesta va a provocar un cambio de paradigma en este sentido, la actual inexistencia de una regulación que otorgue una protección específica al denunciante, impone la obligación de poner el foco en el amparo que puede encontrar en otras vías a las que pueda reconducirse esta cuestión en tanto en cuanto no se produzca la citada transposición.

1.1. La represalia empresarial como vulneración de derechos fundamentales

En este contexto de ausencia de una regulación específica, como consecuencia de la conexión con los derechos fundamentales que ha sido analizada en el epígrafe anterior, la protección laboral que se ha venido otorgando a los trabajadores que efectúan denuncias de irregularidades internas se ha venido reconduciendo a la protección de sus libertades de expresión e información.

Así, el amparo jurisdiccional, a través de la invocación de la violación de derechos fundamentales en virtud del recurso de amparo ante el TC o del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que la LRJS³³ establece, se erige como el principal cauce de protección para el *whistleblower*.

Es la ausencia de una actuación por parte del legislador lo que ha otorgado un papel protagonista a la labor jurisprudencial. Esta se ha enfrentado a grandes controversias respecto a la compatibilidad de la denuncia de irregularidades con los deberes a los que debe ceñir el trabajador su actuación. Controversias que ha debido resolver valorando en cada caso si la denuncia efectuada por parte del trabajador resulta del legítimo ejercicio de sus correspondientes derechos fundamentales y por tanto la sanción empresarial es nula por vulnerar los mismos, o si bien la denuncia se ha efectuado con extralimitación del ámbito de protección de aquellos y por tanto posibilita la imposición de sanciones por parte de la organización³⁴.

Los tribunales han observado, con carácter general, la legitimidad de la conducta del trabajador siempre que aquella se hubiera desarrollado en todo momento dentro de los márgenes que delimitan el legítimo ejercicio de su derecho fundamental (a la libertad de expresión o bien información, en función de cual se valore como el directamente concernido conforme a los criterios ya analizados), tanto en lo que se refiere a los límites genéricos, como a

³³ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado, 1 de octubre de 2011, n.º 245, p. 106584. «Capítulo XI. De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas».

³⁴ GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador: La regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 192.

los específicos derivados del vínculo contractual³⁵. No obstante, en la amplia casuística a la que la jurisprudencia ha debido atender en este sentido cabe apreciar una serie de elementos que resultan de gran interés en lo que al objeto de este estudio se refiere.

En relación al receptor de la denuncia, no cabe negar amparo al trabajador denunciante en aquellos supuestos en los que hubiera recibido una orden previa por parte de la empresa de denunciar cuestiones derivadas de su puesto de trabajo únicamente frente a sus superiores en la misma. Dicha exigencia, que tiene por objeto que la crítica no trascienda más allá de la propia organización, despoja al trabajador de la libertad de expresión que le reconoce el art. 20.1 a) CE, haciendo que tal derecho ceda ante «un deber de lealtad entendido en términos absolutos de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial» que implica un «vaciamiento del contenido del derecho fundamental, que precisamente está caracterizado por otorgar a la persona el poder jurídico de expresar sus pensamientos, ideas y opiniones libremente»³⁶.

De hecho, aun cuando el trabajador no acuda a los específicos mecanismos de reacción que la empresa ostente, no merece legitimidad la medida adoptada, por cuanto que tal posibilidad exista no descarta «la legitimidad del ejercicio de la libertad de información que a todos corresponde» pues, «no resulta exigible ningún tipo de puesta en contacto del sujeto informante con su empleador, en tanto que no se exige preaviso ni informar con antelación, ni ningún tipo de trámite o actividad anterior a la exteriorización de la información al público»³⁷.

También se ha tenido ocasión de valorar la relevancia pública de la materia sobre la que versa la denuncia del trabajador como un elemento decisivo para calificar como legítimo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información. En este sentido, se estima que la contradicción entre el deber contractual de buena fe y el derecho constitucional de libre expresión o información a la que la denuncia da lugar, queda «notablemente difuminada cuando el contenido de la expresión se refiere a irregularidades en un servicio semi-público, y de público interés»³⁸.

El citado deber de buena fe contractual al que el trabajador debe ceñir su actuación en el marco de la relación laboral constituye el fundamento en el que las organizaciones denunciadas suelen basar sus aparentemente legítimas sanciones disciplinarias, si bien lo que realmente se esconde detrás de aquellas es la adopción de medidas de represalia contra el trabajador denunciante.

³⁵ STC n.º 181/2006, de 19 de junio, Ref. BOE n.º 172, de 20 de julio de 2006. F.j. 10.

³⁶ STC n.º 146/2019, de 25 noviembre, Ref. Aranzadi RTC\2019\146. F.j. 6.

³⁷ STC n.º 126/2003, de 30 junio, Ref. Aranzadi RTC\2003\126. Voto particular, apartado 4.

³⁸ STSJ de Cantabria n.º 272/2003, de 26 febrero, Ref. Aranzadi AS\2004\1251. F.j. 2.

No obstante, en este sentido resulta fundamental traer a colación las consideraciones de la ya citada STC 6/1988, concebida como aquella que transpone al derecho español la figura del *whistleblower*, por cuanto consagra la imposibilidad de poner la buena fe al servicio del silencio del trabajador en aquellos supuestos en los que se aprecie una contravención del ordenamiento o eventuales anomalías en el fuero interno de la organización³⁹.

En aplicación de esta doctrina constitucional, no cabe considerar la conducta del trabajador como transgresora de la buena fe por el simple hecho de denunciar, «pues entra dentro de sus prerrogativas como ciudadano el denunciar las conductas que se produzcan fuera de los cauces legalmente establecidos», de forma que por tal conducta no podrá ser considerado «un trasgresor ni un abusador de la confianza empresarial», pues no puede someterse al trabajador a la obligación de «mantener en silencio las irregularidades legales, de cualquier orden, en que la empresa se encuentre», y con mayor razón cuando aquellas «pueden acarrear a corto o largo plazo perjuicios sociales, ambientales o relacionados con la salud»⁴⁰.

Así las cosas, en la medida en la que la denuncia que el trabajador efectúa constituye el ejercicio de derechos fundamentales, siempre que aquella se produzca dentro de las específicas limitaciones a las que los mismos están sometidos en el ámbito laboral, no podrá el empresario, amparándose en la infracción de deberes laborales, sancionar a aquel por la conducta de denunciar. En este contexto, la protección del trabajador se materializará en la declaración de nulidad de la sanción impuesta y en la consecuente reparación de su lesión.

1.2. La garantía de indemnidad

En aras de comprobar si el protagonista del fenómeno objeto de estudio puede encontrar amparo en la garantía de indemnidad, es necesario tener en cuenta en primer lugar que cabe apreciar la existencia de dos nociones distintas de la expresión.

De un lado, una más genérica, referida a la prohibición de padecer cualquier perjuicio como consecuencia del lícito ejercicio de la generalidad de los derechos fundamentales, que acompaña a todos ellos. De otro, una más restringida referida a la específica institución jurídica que la doctrina del TC ha construido en torno al derecho a la tutela judicial efectiva, en aras de

³⁹ STC n.º 6/1988, de 21 de enero, Ref. BOE n.º 31 de 5 de febrero de 1988. F.j. 8.

⁴⁰ STSJ de la C. Valenciana n.º 3137/2004, de 28 octubre, Ref. Aranzadi AS\2004\3858. F.j. 2.

proteger a quien emprende acciones judiciales frente a las eventuales represalias que por ello pudiera padecer⁴¹.

En efecto, constituye doctrina ampliamente consolidada del TC que la satisfacción del derecho a «obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos» que el artículo 24.1 CE consolida, requiere no solo de la actuación de los jueces y tribunales, sino también de la garantía de indemnidad.

Establece el mismo que la garantía de indemnidad en este sentido implica la imposibilidad de que «del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo», se sigan «consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza». En relación al ámbito laboral, señala que en el mismo «la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos»⁴².

Tales consideraciones encuentran un claro reflejo legislativo en el artículo 4.2 g) TRLET, que consagra el derecho de los trabajadores al «ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo». Asimismo, el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador establece, entre los motivos que no podrán constituir causa justificada para la terminación de la relación, la presentación de una queja o la participación en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos⁴³.

Así, conforme a la institución jurídica de la garantía de indemnidad, en este sentido estricto, también puede resultar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se produzca la imposición de medidas de represalia por parte del empresario como consecuencia del ejercicio del mismo.

Ahora bien, esta únicamente se extiende a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial. De esta manera, la aplicación de esta doctrina en los casos de *whistleblowing* no constituye una protección satisfactoria, pues la estrecha vinculación existente entre la garantía de indemnidad y el ejercicio o intento de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva implica que no podrán encontrar amparo en esta garantía los trabajadores que han efectuado la denuncia por otras vías ajenas a la

⁴¹ ÁLVAREZ ALONSO, Diego. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Ed. Bomaizo, 2005, pp. 37-41.

⁴² STC n.º 14/1993, de 18 de enero, Ref. BOE n.º 37 de 12 de febrero de 1993. F.j. 2.

⁴³ Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. Instrumento de Ratificación de España, Boletín Oficial del Estado, de 29 de junio de 1985, n.º 155, p. 20352. Art. 5.

judicial⁴⁴. En tales casos, el trabajador tendrá que demandar protección por medio de la tutela de la libertad de información o expresión, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

En definitiva, dada la ausencia de una regulación específica de la cuestión, el trabajador denunciante puede encontrar una protección genérica cuando la sanción padecida obedece a la vulneración de sus derechos fundamentales, tanto en caso de vulneración de su derecho a la libertad de expresión o de información, así como de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de protección a la garantía de indemnidad, siempre que la denuncia se efectúe en vía judicial.

1.3. La responsabilidad administrativa del empresario por la adopción de medidas de represalia

La labor de reconducción de la protección del *whistleblower* a través de los cauces existentes en nuestro ordenamiento jurídico requiere realizar una breve mención a la responsabilidad administrativa en la que el empresario pudiera incurrir como consecuencia de la adopción de medidas de represalia. Dicha referencia se realiza a la luz del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁴⁵, norma sobre la que se eleva la potestad sancionadora administrativa en el ámbito laboral, si bien ha de ser breve por cuanto el potencial amparo que esta vía puede ofrecer es francamente escaso.

El precepto en el que cabría observar cierta cabida de las represalias del empresario contra el denunciante, en aras de dar cumplimiento a las exigencias de tipicidad, es el apartado 12 del art. 8. El mismo consagra como una infracción muy grave las decisiones del empresario que impliquen «un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». La insatisfactoria protección que ofrece se deduce de la propia literalidad del precepto, por cuanto la mención específica que realiza a la causa que ha de motivar la reclamación, reduce la posibilidad de subsumir la

⁴⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. «Tutela efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales». En: AA.VV. (Coord. BORRAJO DACRUZ, Efrén, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, SALA FRANCO, Tomas). *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución, Estudios en Homenaje al profesor Doctor Fernando Suarez González*. Madrid, Ed. La Ley, 2003, pp. 635-662, p. 651.

⁴⁵ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Boletín Oficial del Estado, de 8 de agosto de 2000, n.º 189, p. 28285.

conducta del empresario únicamente a aquellos supuestos en los que la denuncia del trabajador estuviera relacionada con el principio de igualdad de trato y no discriminación⁴⁶.

Ello revela, de nuevo, la insuficiencia del ordenamiento jurídico actual para dar una efectiva respuesta a la cuestión que nos ocupa, lo cual genera la necesidad de regular un nuevo marco de protección específico.

2. *Primeros pasos: iniciativas de regulación*

En la legislación española existen disposiciones sobre *whistleblowing* en determinados sectores específicos que ya prevén la tutela del denunciante. Entre ellas se encuentra la Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁴⁷, que en su art. 65, bajo la rúbrica «protección de las personas», establece que las comunicaciones que se realicen sobre hechos aparentemente constitutivos de infracciones no podrán constituir infracción laboral de ningún tipo por parte de la persona comunicante, «ni de ella podrá derivar trato injusto o discriminatorio por parte del empleador». Asimismo, dispone que no constituirán incumplimiento de «las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que pudieran afectar a la persona comunicante».

En el ámbito autonómico, destaca la innovadora Ley 2/2016, de 11 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autónoma sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes⁴⁸. Con el ánimo de proteger eficazmente a quienes faciliten información sobre conductas contrarias al interés público realizadas por el personal de las Administraciones, establece en su art. 3 que «frente a quien haya facilitado la información no podrá adoptarse ninguna medida que venga motivada por tal actuación y que perjudique su relación de servicio o condiciones de trabajo».

⁴⁶ JOVER RAMÍREZ, Carmen. *La protección de los whistleblowers en el seno de la relación jurídico laboral. Una mirada al panorama actual con perspectiva de futuro*. Murcia: Ed. Laborum, 2020, p. 163.

⁴⁷ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Boletín Oficial del Estado, de 29 de abril de 2010, n.º 103, p. 37458.

⁴⁸ Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autónoma sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes. Boletín Oficial de Castilla y León, de 21 de noviembre de 2016, n.º 224, p. 51174.

También en el ámbito privado han proliferado iniciativas de este tipo, sobre todo a raíz de la regulación sobre eximentes del art. 31 bis CP anteriormente expuesto. Entre ellas sobresale el Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, que recomienda a las mismas que encomienden al comité de auditoría el establecimiento y seguimiento de cauces internos para que los empleados puedan comunicar las irregularidades de potencial trascendencia que adviertan en el seno de la empresa o grupo, «respetando los derechos del denunciante»⁴⁹.

VII. SOBRE LA ESPERADA TRANSPOSICIÓN: HACIA UNA LEY DE PROTECCIÓN PARA LOS DENUNCIANTES

El acercamiento al escenario futuro de la cuestión abordada exige atender a la recientemente aprobada iniciativa legislativa, que pretende poner fin a la carencia de protección específica del trabajador denunciante de la que adolece actualmente el Ordenamiento Jurídico español y sobre la que se ha elevado el presente análisis. Esta iniciativa legislativa se ha materializado a través del Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción⁵⁰, en virtud de la que España cumplirá la tarea, hasta ahora pendiente, de transponer la Directiva (UE) 2019/1937.

Merece la pena subrayar como la misma afirma, en su Exposición de Motivos, la relevancia de la colaboración ciudadana para la eficacia del Derecho y de las actuaciones de advertencia sobre irregularidades que han permitido impulsar investigaciones e imponer las correspondientes condenas penales. A la luz de aquellas consideraciones, y asumiendo que el ejercicio

⁴⁹ Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, Comisión Nacional del Mercado de Valores, 2020. Recomendación 42.1. c) «Que, además de las previstas en la ley, correspondan a la comisión de auditoría (...) Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados y a otras personas relacionadas con la sociedad, tales como consejeros, accionistas, proveedores, contratistas o subcontratistas, comunicar las irregularidades de potencial trascendencia, incluyendo las financieras y contables, o de cualquier otra índole, relacionadas con la compañía que adviertan en el seno de la empresa o su grupo. Dicho mecanismo deberá garantizar la confidencialidad y, en todo caso, prever supuestos en los que las comunicaciones puedan realizarse de forma anónima, respetando los derechos del denunciante y denunciado». Consultado en www.cnmv.es.

⁵⁰ Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de marzo de 2022. Consultado en www.mjjusticia.gob.es.

de este tipo de denuncias puede traer consigo consecuencias penosas para quienes las realizan, sostiene que la finalidad principal de la ley es «proteger a los ciudadanos que informan sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico». Atendiendo al texto legal, cabe subrayar como se ha optado por hacer uso del término «informante», en lugar de «denunciante».

De la literalidad de la finalidad expuesta cabe deducir el principal rasgo a destacar de esta iniciativa, pues configura una protección que no se limita a dar respuesta al mandato comunitario, estableciendo un ámbito material de aplicación que va más allá de lo dispuesto en la propia Directiva. En efecto, tal y como dispone el tenor literal de su art. 2, no solo otorga protección a las personas que informen sobre las infracciones del Derecho de la Unión Europea que la Directiva enumera, sino que se amplía el amparo reconociendo protección también a quienes informen sobre acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en este último caso configura una protección condicionada, dado que, conforme a lo dispuesto, únicamente tendrá derecho a protección quien informe sobre cualquier vulneración del ordenamiento jurídico cuando aquella «afecte o menoscabe directamente el interés general y siempre que no cuente con una regulación específica»⁵¹. Si bien cabe reconocer la idoneidad de haber ampliado el ámbito de aplicación que establecía la Directiva que se transpone, cabe estimar como poco acertada esta exigencia, por cuanto ello puede conducir a la desprotección de los denunciantes que informen sobre prácticas irregulares si se considera que aquellas no afectan de forma directa al interés general. No obstante, ello dependerá de la rigidez de los criterios conforme a los que se valore la concurrencia de una efectiva afectación del interés general en cada caso.

Estableciendo un ámbito personal de aplicación (art. 3) que responde al principal rasgo distintivo de los *whistleblowers*, al disponer que la ley se aplicará a los informantes que, con independencia de si trabajan en el sector público o privado, «hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional», dedica su Título VII a las medidas de protección de los mismos.

Destaca entre aquellas la prohibición de represalias (art. 36), en virtud de la que se prohíbe todo acto, amenaza o tentativa de represalia, entendiéndose por aquella cualquier acto u omisión que suponga «un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional». A tales efectos, incluye asimismo la

⁵¹ A tales efectos la norma entiende que, en todo caso, se afecta el interés general cuando «la acción u omisión de que se trate implique un quebranto económico para la Hacienda Pública» (art. 2.1 b) inciso 2º).

enumeración de una serie de actos que se reputarán como represalia en todo caso (art. 36.3), entre los que menciona el despido, los daños de carácter reputacional, e incluso la valoración negativa respecto al desempeño laboral. En este sentido, cabe apreciar la consagración de un concepto de represalia eminentemente laboral, de forma que la protección que la ley dispensa al informante se proyecta mayoritariamente sobre el ámbito del trabajo.

A la citada prohibición siguen determinadas medidas de apoyo (art. 37), a través de las que se pretende otorgar asesoramiento integral, asistencia efectiva frente a las represalias y apoyo financiero y psicológico, que se erigen como pilares indispensables en la construcción de una efectiva garantía de protección para el denunciante.

Respecto a las medidas de protección frente a represalias (art. 38), consagra la imposibilidad de considerar que el informante ha incurrido en responsabilidad de ningún tipo por la adquisición y la comunicación de la información⁵². Esta garantía resulta fundamental, pues de lo contrario, cláusulas contractuales como las de confidencialidad o los deberes de buena fe podrían mermar seriamente la capacidad del trabajador para informar sobre las irregularidades. De otro lado, establece una presunción probatoria en favor del trabajador en virtud de la que, en los procesos laborales seguidos como consecuencia del perjuicio sufrido, una vez haya demostrado que informó sobre una determinada irregularidad conforme a esta ley y que ha sufrido el perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por tal información.

Aun cuando debe tomarse con cautela la iniciativa legislativa expuesta, pues ha de ser sometida a la correspondiente tramitación parlamentaria, de forma que podría sufrir modificaciones, pone de manifiesto la pretensión de avanzar de forma sustancial en la construcción de un escudo legal de protección frente a las represalias empresariales, de forma que los potenciales informantes ya no tengan que renunciar a alertar sobre irregularidades por temor a las mismas.

VIII. CONCLUSIONES

Primera: La esfera de vulnerabilidad en la que el denunciante se ve inmerso, dada la inserción en el ámbito de organización y dirección del empresario, que pone en jaque su libertad individual de efectuar la denuncia de las irregularidades que aquel pudiera cometer, la realista posibilidad de que el mismo quede expuesto al padecimiento de represalias que disuadan su

⁵² Siempre que dicha adquisición no constituya delito (art. 38.2) y que se estime como indispensable la comunicación o revelación pública de dicha información para revelar una acción u omisión (art. 38.1).

voluntad de denunciar, y la afectación de los derechos fundamentales plenamente vigentes en el ámbito laboral que ello implica, sitúa al trabajador denunciante en una posición demandante de tutela específica, lo cual marca la imperiosa necesidad de poner en marcha el engranaje normativo para así hacer frente a la problemática que en dicha realidad pueda originarse.

Segunda: Aun cuando el trabajador denunciante de irregularidades internas, en ausencia de una regulación específica, puede encontrar protección en la vía jurisdiccional cuando la delación que haya efectuado esté amparada en el ejercicio de los derechos fundamentales expuestos, lo cierto es que se trata de una tutela que se revela insuficiente. En virtud de este cauce de protección, se está exigiendo al propio trabajador la excesiva carga de valorar si la denuncia que pretende efectuar se encontraría amparada o no bajo tales derechos, lo cual configura un escenario de incertidumbre y de inseguridad jurídica que puede conducir a un estado de desamparo, así como disuadir la intención de denunciar.

Tercera: La proliferación de normas que han tenido la iniciativa de establecer mecanismos de protección del denunciante, lejos de dar respuesta a la inseguridad derivada de la ausencia de una regulación general homogénea, no viene más que a confirmar la existencia de una fragmentación que justifica de nuevo la necesidad de una regulación específica que otorgue seguridad jurídica a quienes tienen conocimiento de infracciones legales en su contexto laboral.

Cuarta: El ordenamiento jurídico español se enfrenta ahora al reto de dar una respuesta legal a esta cuestión, ya no solo por la existencia de una realidad social que reclama desde hace años y con cierto apremio su atención, sino también por exigencia comunitaria. El establecimiento de esta regulación servirá al objetivo, no solo de establecer un estatuto de protección para el trabajador denunciante, sino que también contribuirá a desmontar el carácter peyorativo de este tipo de conductas, subrayando el servicio al interés general que implica facilitar la persecución de prácticas internas que amenazan los valores superiores de la sociedad. La reciente aprobación del Ante Proyecto de Ley expuesto pone de manifiesto la inminencia de la transposición que pretende llevarse a cabo, que si bien parece ambiciosa al ir mas allá de la propia Directiva, habrá que esperar a observar su funcionamiento en la práctica para realizar una valoración. No obstante, el futuro se construye desde el presente, y esta iniciativa legislativa, aun estando pendiente de aprobación, dibuja un escenario futuro esperanzador para el *whistleblower*.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ALONSO, Diego. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Ed. Bomarzo, 2005.

- FASTERLING, Björn y LEWIS, David. «Denuncia de irregularidades, filtraciones y libertad de expresión. Promoción del interés público mediante la legislación». *Revista Internacional del trabajo*. 2014, vol. 133, n.º 1, pp. 77-101.
- GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador: La regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- JOVER RAMÍREZ, Carmen. *La protección de los whistleblowers en el seno de la relación jurídico laboral. Una mirada al panorama actual con perspectiva de futuro*. Murcia: Ed. Laborum, 2020.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando y RON LATAS, Ricardo Pedro. *La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing)*. Albacete: Ed. Bomarzo, 2020.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio. «Consideraciones sobre el principio “Pro Operario”». *Ius et Veritas*. 1992, n.º 5, pp. 83-84.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo*. 28ª edición, Madrid: Ed. Tecnos, 2019.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David; ABRIL MARTÍNEZ, Javier; RODRÍGUEZ CELADA, Enrique y REYES RICO, Laia Itziar. *La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos*. Ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. «Whistleblowing» *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 2018, n.º 14, pp. 285-298.
- RAGÜÉS I VALLÉS, Ramon. «¿Héroes o traidores?: La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2006, n.º 3, p. 364.
- . «Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa». *Revista Eletrónica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*. 2013, vol. 1, n.º 1, pp. 87-120.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. «Tutela efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales». En: AA.VV. (Coord. BORRAJO DACRUZ, Efran., RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomas). *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución, Estudios en Homenaje al profesor Doctor Fernando Suarez González*. Madrid, Ed. La Ley, 2003, pp. 635-662.

Recensiones

ABADÍAS SELMA, Alfredo, *Justicia Juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura «Touch»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 208 pp., ISBN 978-84-1130-755-0.

<https://doi.org/10.18543/ed.2798>

Publicado en línea: junio 2023

I

Han transcurrido más de ocho décadas desde que Isaac ASIMOV enunciara en 1941 las conocidas como Tres Leyes de la Robótica en su relato *Runaround*. Inicialmente consideradas como exclusivo producto de la imaginación, coincidirá el lector en que, a la luz del imparable e incesante avance de disciplinas como la informática o la robótica, aquellas han excedido las fronteras de la ficción para, cuando menos, pulsar las lindes de un no tan distante futuro.

Como muestra, un botón. El pasado mes de noviembre de 2022 fue lanzado al público ChatGPT, un avanzado sistema de inteligencia artificial basado en modelos de aprendizaje de lenguaje profundo capaz de, entre otras funcionalidades, generar contenido coherente, contextualizar conversaciones, procesar escritos o analizar sentimientos en estos. De igual forma, las más recientes propuestas de humanoides de compañías como Boston Dynamics o

Hanson Robotics continúan marcando nuevos hitos en su aproximación, con androides capaces de emular los movimientos básicos del ser humano o de ejecutar con –preocupante– semejanza sus gestos y expresiones faciales.

Excursos aparte, no cabe duda de que nos encontramos ante un nuevo paradigma. Una nueva realidad cultural, socioeconómica, en que el progreso tecnológico ha alcanzado cotas otrora inimaginables. La creación de –permítaseme el término– herramientas como la primera inteligencia artificial en los años 50 –concebida esta como sistema autónomo informático de toma de decisiones– o la aparición de internet y los protocolos de comunicación TCP/IP en la década de los 60, han desencadenado el surgimiento de una nueva era. Una era en que lo inmediato y lo accesible, lo disponible, en definitiva, se ha elevado a la categoría de ideal, actuando de indiscutible guía en la toma de decisiones o, con los evidentes riesgos que ello conlleva, en la creación de leyes.

Una era –digital, si se prefiere– que ha sido calificada por reputadas voces de *líquida*¹, por inmediata, y de la que es claro exponente la cultura «*Touch*» en la que se encuadra la obra. Esto es: aquella en que las tecnologías táctiles habilitan a sus usuarios el acceso a un sinfín de productos, servicios y herramientas informáticas bajo el simple gesto digital realizado en la interfaz de un teléfono inteligente, tableta o computadora.

Una era que preconiza la mejora (?) de la vida humana a través de los avances tecnológicos, mas cuyos cambios distan de ser inocuos, dando lugar a situaciones de especial desprotección en los así denominados colectivos vulnerables, cual es caso de los menores de edad y ancianos, *ad exemplum*. Basta a este respecto una rápida mirada a las problemáticas derivadas de la recopilación masiva de datos, a la llamada *brecha digital* o al cada vez mayor uso de inteligencias artificiales en multitud de ámbitos con premura y, por ende, sin haber alcanzado, eventualmente, la necesaria fiabilidad, originando o agravando aquellas situaciones.

Y es que, en efecto, nos encontramos ante un despliegue sin parangón de inteligencias artificiales. Electrodomésticos, automóviles, útiles de producción, toda suerte de dispositivos y servicios...; son incontables los continentes en que estas se embeben. Como también lo son los sectores y concretos campos en que comienzan a implementarse, no siendo el ámbito

legal ni la administración de justicia una excepción.

Precisamente en la convergencia de sendos tópicos –así: inteligencia artificial y administración de justicia; más concretamente: justicia juvenil– es donde se concibe la monografía *Justicia Juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura «Touch»* que tengo el placer de recensionar, y de cuyo principal contenido daré a renglón seguido cuenta.

II

Conforman el texto nueve equilibrados epígrafes a través de los que el autor expone y desbroza las principales aristas de tan destacada materia, invitando al lector a su abordamiento y profundización. Cuestión en modo alguno simple, pues la elevada tecnificación que rodea a las diferentes herramientas y programas empleados en inteligencia artificial dista de ser reclamo para legos –o, cuando menos, no avezados exégetas–. Y cuestión que conspicuamente solventa el profesor ABADÍAS SELMA a través de un inteligente uso de relaciones, síntesis y sistematizaciones, que confieren al estudio una estructura y contenidos de marcado carácter didáctico, propedéutico.

Amén de con una enriquecedora introducción –de tintes cuasi ensayísticos, en la que la búsqueda de la felicidad humana es brillantemente tomada como digresivo hilo conductor para aproximar histórica y culturalmente la materia–, a la que acompañan sendos «Prólogo» –a cargo de D. Juan Manuel FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, vocal del Consejo General del Poder Judicial y

¹ Vid. BAUMAN, Z., *Vida líquida* (Barcelona: Paidós, 2021), *passim*.

magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra – y «Proemio» –de la mano de D. Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, profesor titular de Derecho Penal y Criminología en la UNED – principia el Dr. ABADÍAS SELMA la obra, como es menester en cualquier texto científico que se precie, proporcionando un marco conceptual y normativo de trabajo del término sobre cuyas virtudes, riesgos, ámbitos de aplicación e interacciones para con la justicia juvenil se construye aquella. Me refiero, claro está, a la conceptualización de la *inteligencia artificial*: a esa suerte de disciplina científica centrada en la creación de programas informáticos a que –y así lo define la Real Academia Española– se otorga la capacidad de «[ejecutar] operaciones comparables a las que realiza la mente humana [...]» (*apud* p. 29). Esto es, a esa suerte de conjunto de instrucciones, reglas, algoritmos..., informáticos –o conjuntos de– capaces de aprender o razonar con supuesta personificación. Y, desde luego, a esa suerte de *inteligencia* aparentemente omnipresente y ubicua en la sociedad actual, como adelantaba *supra*, llamada a sentar un nuevo paradigma en las áreas de conocimiento y actuación sobre las que es posible su proyección, entre las que se evalúa la responsabilidad penal de los menores. O, si se prefiere, la justicia penal de menores o justicia juvenil.

Integran el citado marco conceptual de trabajo los dos primeros epígrafes, en los que se refieren, de un lado, la genética del concepto, sus ámbitos de aplicación y más estimadas definiciones –capítulo primero–. Y, de otro, las diferentes tipologías

que bajo aquellas encuentran cobijo, sus virtudes y problemáticas connotadas –capítulo segundo–. Y es que, ciertamente, como de forma preclara refleja el autor, no es lo mismo un programa de inteligencia artificial *débil* (pp. 43-53), similar a los asistentes virtuales que ofertan las principales tecnológicas, que una inteligencia artificial *fuerte*, respecto de la que sea posible proponer y superar el Test de TURING², *v. gr.*

Sentadas las anteriores bases y diferenciaciones, el capítulo tercero plantea las diversas posturas y políticas que frente al fenómeno de la *algoritmización* están pergeñando los diferentes agentes intervinientes –sean Estados, organismos supranacionales o corporaciones internacionales, entre otros–. Junto a una acertada aproximación axiológica, el Dr. ABADÍAS SELMA pone el foco en esta sede en la necesidad de proceder a una urgente armonización legislativa, relacionando la normativa y el *softlaw* nacional e internacional más destacado y actual. Constituye, por tanto, este epígrafe, un importante documento de trabajo para quien busque una detallada sistematización del ya referido marco normativo.

Por su parte, los capítulos cuarto y quinto tratan de arrojar luz, respectivamente, sobre dos de las más debatidas

² Ideado por TURING, la prueba se consideraba superada cuando un entrevistador aleatorio no era capaz de discernir durante una conversación parametrizada si su interlocutor era humano o máquina. *Vid.* TURING, A.M., «Computing machinery and intelligence», *Mind* 49, n.º 236 (1950): 433-460, <https://doi.org/10.1093/MIND%2FLIX.236.433>

cuestiones relacionadas con la inteligencia artificial en lo que aquí respecta: su proyección y uso en la administración de justicia, de un lado, y su potencial riesgo –especialmente en materia de violaciones a la debida protección de datos de carácter personal–, de otro. Consigue con ello, el autor, adentrar al lector en lo que será el núcleo duro de la monografía. A saber: el papel de la inteligencia artificial en la predicción y prevención de conductas reprochables en sede de justicia juvenil, y la interacción de aquella con el elenco de medidas judiciales imponibles a menores en aras a su más eficaz y eficiente aplicación. Mas vayamos por partes.

Así, el capítulo cuarto desgrana los diferentes ámbitos –principalmente relacionados con la administración de justicia– en que la inteligencia artificial puede ser, sino está siendo, empleada. Además de la significada referencia a su uso en materia de seguros y reaseguros, es particularmente interesante la distinción realizada entre Inteligencia Artificial Policial (IAP), de marcada faceta preventiva e investigadora, y su casi homóloga judicial –Inteligencia Artificial Judicial (IAJ)–, así como las fricciones que supone el uso en el ámbito penitenciario de controvertidos algoritmos para con la salvaguarda y respeto de derechos.

En el capítulo quinto, intitulado «Inteligencia artificial y delito», el Dr. ABADÍAS SELMA recoge algunas de las indeseables consecuencias que el incorrecto uso de la inteligencia artificial es susceptible de llevar aparejadas. En este orden de cosas, el autor pone el acento en la conculcación de derechos fundamentales que podría

producirse en el proceso de obtención de datos de carácter personal con que nutrirla. Datos que, como acertadamente apunta, son cedidos por los usuarios –desafortunadamente, en la mayoría de los casos– de forma irreflexiva, precipitada, automática, ocasionando, cuando menos, situaciones de desprotección, sino violación de derechos de haberse recopilado sin su expreso consentimiento, subrepticamente. Y datos que, amén de poder contravenir el «*habeas data*» (p. 104) constitucionalmente consagrado, no escapan a la problemática devenida de la existencia de sesgos, errores de muestreo o de un errático diseño del algoritmo decisional de la inteligencia artificial. O, de acontecer, *artificiosa* inteligencia.

Comienza el sexto epígrafe la acertada distinción entre los términos predicción y prevención. Relacionado este último con la evitación de comportamientos criminales o reprochables, se reserva el primero para la anticipación o conjetura de aquellas situaciones que requieran de dicha evitación. Diferenciación en modo alguno banal, pues es en estas sedes donde los sistemas de inteligencia artificial mayor proyección presentan en su interacción para con la justicia juvenil, sirviendo de herramientas con que evaluar y gestionar riesgos de ocurrencia y reincidencia de conductas indeseadas. Llama en este punto la atención la pormenorización que realiza el autor de los principales programas existentes y de mayor utilización nacional, relacionando y explicando sus respectivos ítems, genética y capacidades, en aras a su comprensión. En definitiva, erigiéndose en una

valiosa guía para el lector en lo que a sistemas de predicción, evaluación y gestión de riesgos en materia de justicia juvenil se refiere.

Constituyen los capítulos séptimo y octavo el acmé de la obra que hoy recensiono, abordando las medidas judiciales susceptibles de ser aplicadas a menores y, desde luego, su interrelación para con los programas de inteligencia artificial. Empieza el autor, en el primero de ellos, por aproximar la cuestión reflexionando bajo la óptica político-criminal sobre los diferentes modelos de justicia juvenil –ora retributivo, ora marcado por la consecución de las finalidades de reinserción, rehabilitación y restauración– para, acto seguido, aquilatar con cierto rigor jurídico en el capítulo octavo las medidas efectivamente recogidas en sede de art. 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Junto con una cuidada exégesis, abonada con valiosas colaciones doctrinales, destaca la profusa aportación que realiza el Dr. ABADÍAS SELMA al diseccionarlas; particularmente en relación con cómo la inteligencia artificial podría contribuir a su mejor desempeño, ya en términos de seguimiento, implementación o consecución de los fines antedichos. Sin duda un nítido ejemplo de análisis *de lege ferenda* a considerar en pro de un mejor y más eficaz modelo de justicia juvenil.

Queda reservado el último de los capítulos de la monografía a la exposición de las valiosas conclusiones alcanzadas, así como al catálogo de propuestas que, nuevamente en clave político-criminal, refiere el autor y

que, junto con el «Epílogo» firmado por D. Miguel ABEL SOUTO, catedrático acr. de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela, cierran aquella. Conclusiones y propuestas de entre las que resulta pertinente la siguiente cita, de marcada influencia humanista, nuclear en lo que respecta a los principios que deben regir e informar el desarrollo de la inteligencia artificial en relación con cualesquiera ámbitos, máxime si se trata de colectivos especialmente vulnerables. Así: «[e]l interés del hombre ha de primar sobre cualesquiera avances, y en el caso de la justicia de menores, el superior interés del menor ha de constituirse en una finalidad muy clara» (p. 181).

III

Como el lector habrá podido adelantar, nos encontramos ante una significativa monografía de lectura cuasi obligada para todo aquel que desee conocer el estado de la cuestión de un tópico de notable interés y –sobra puntualizarlo– rabiosa actualidad, como lo es la inteligencia artificial aplicada a la justicia juvenil. A través de sus páginas, el Dr. ABADÍAS SELMA no solo realiza un riguroso análisis en clave jurídica del sistema o modelo de justicia penal de menores en lo que a medidas judiciales aplicables se refiere, sino que aborda con impecable axiología humanística las políticas que deben presidir el innegable –e imparabile– avance de la ciencia informática y el concreto producto de la inteligencia artificial en cualesquiera ámbitos; particularmente, en el que nos ocupa.

De estructura acertada y, como indicaba en los compases iniciales de esta reseña, apreciable carácter didáctico, más propedéutico, el lenguaje que emplea permite la fácil comprensión de la finalidad y sistemática de los diferentes programas informáticos que recoge, acercando aquellos pasajes que, por su elevado tecnicismo –inherentes a la misma realidad tratada– podrían resultar más tediosos en su lectura e interpretación.

Asimismo, su contenido, reflejo del profundo conocimiento del autor en el ámbito de la justicia juvenil –no en vano, además de contar con una dilatada experiencia como docente e investigador en destacadas universidades, y con múltiples publicaciones en las más

relevantes revistas científicas, el Dr. ABADÍAS SELMA es también presidente de la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-Parental– constituye una necesaria y remarcable aportación doctrinal a la materia.

En definitiva, una interesante y recomendable obra que, combinando un sólido análisis jurídico con un valioso planteamiento crítico, *de lege ferenda*, cumple con creces el objeto con que ha sido concebida: aproximar y profundizar dogmática y valorativamente en el binomio inteligencia artificial y justicia juvenil en pro de la mayor «[c]eleridad, eficiencia, eficacia, seguridad jurídica y [...] verdadera calidad [...] [de la] justicia penal del menor» (p. 176).

Cristian Antonio Morlans Pardos

Doctorando en Derecho Penal Económico
Universidad Internacional de la Rioja (UNIR)

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, *Nueva crítica del constitucionalismo feminista. La ideología de género como caballo de Troya*, COLEX, Madrid, 2023, 305 pp., ISBN: 978-84-1359-745-4.

<https://doi.org/10.18543/ed.2799>

Publicado en línea: junio 2023

Ignacio Álvarez Rodríguez, en la actualidad Prof. de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la UCM, acreditado al cuerpo de Profesores Titulares de Universidad, es conocido por haber dedicado su investigación de los últimos años al estudio del denominado constitucionalismo feminista. En esa línea, la monografía que ahora se presenta continua su reflexión a través de un estudio amplio y riguroso sobre el impacto que la ideología de género está desplegando en nuestro ordenamiento jurídico. El tema abordado reviste especial interés para los juristas por dos motivos: en primer lugar, por su innegable actualidad; y, en segundo lugar, porque la paulatina filtración al ámbito legislativo de esta ideología, podría socavar estructuras constitucionales básicas íntimamente ligadas al ejercicio de algunos derechos y libertades fundamentales.

El método empleado por el autor es el propio de la investigación jurídica: manejo amplio, riguroso y crítico de

la legislación, de las resoluciones judiciales y de la bibliografía sobre los distintos temas que se abordan. Todo ello acompañado de un estilo expositivo ágil y ameno que incluye siempre una reflexión personal y que, a pesar de la gran cantidad de datos ofrecidos, no dificulta la lectura ni convierte la obra en algo tedioso.

El estudio se articula en cuatro *secciones*, que se corresponden con las principales manifestaciones de esta ideología en los diversos campos constitucionales, y, precedida de un *Planteamiento* de carácter introductorio, se desarrolla a lo largo de nueve *capítulos*. La obra se cierra con una *Reflexión final* y el detalle de la extensa *Bibliografía* utilizada.

La sección *Ideología de género y política* (I), aborda el efecto que esta ideología ha tenido en aspectos concretos del ámbito político y, especialmente, del sistema electoral: la democracia paritaria y su relación con las cuotas electorales (capítulo 1); la constitucionalidad de la financiación

de iniciativas que persiguen afianzar el concepto de democracia paritaria a través de programas específicos o políticas concretas (capítulo 2); y el tratamiento de la denominada violencia política de género (capítulo 3).

La sección *Ideología de género vs. Ideología transgénero* (II), incluye la realización de un análisis de la reivindicación y configuración de nuevos derechos como consecuencia del auge de diferentes políticas identitarias, prestando especial atención a la identidad de género (capítulo 4), y al reconocimiento del derecho a la autodeterminación de género en la conocida como Ley Trans (capítulo 5).

La sección *Ideología de género y nuevos horizontes* (III), presenta una reflexión sobre dos espectros que hasta fechas recientes no formaban parte de la agenda constitucional-feminista: el denominado derecho al agua (capítulo 6), y la convivencia en el ámbito universitario (capítulo 7). En ambos supuestos, el autor destaca cómo la ideología de género ha atravesado reivindicaciones tradicionales para forzar la inclusión del principio de igualdad y no discriminación introduciendo, entre otros, los conceptos de «discriminaciones interseccionales» y «perspectiva de género».

En la última sección, *Ideología de género y contestación académica* (IV), se expone cómo cierto constitucionalismo feminista exige la adhesión sin fisuras a sus postulados, no acepta el debate ni la contradicción intelectual, e intenta silenciar a las voces discordantes descalificando toda crítica y tachándola sin más argumentos de mera «reacción patriarcal» (capítulos 8 y 9).

Como colofón, la *Reflexión Final* de fondo ofrece una síntesis de las principales conclusiones alcanzadas por el autor al término de su investigación.

Presentada la estructura del libro, se realiza a continuación una aproximación más detallada a los capítulos que lo integran. La sistemática seguida por el autor es común a todos ellos: introducción del tema, desarrollo y reflexión final o conclusión.

En el *capítulo 1* («Horizontes paritarios»), el autor analiza la Sentencia 61/2017, del Tribunal Electoral del Estado de Coahuila de Zaragoza (México), que puso fin a un litigio planteado sobre la manera en que se había implementado la exigencia normativa de paridad electoral estatal (cuotas electorales). El debate jurídico osciló entre la licitud del sistema y las dudas que genera su relación con el principio de igualdad desde el punto de vista formal.

Tras realizar una síntesis crítica de la resolución, el autor reflexiona sobre las siguientes cuestiones: la democracia paritaria como objetivo del siglo XXI; las cuotas electorales como medio para lograrla; la dificultad de cohesión las cuotas electorales con la libertad ideológica y el resto de libertades inherentes a los partidos políticos; y la dificultad añadida de encajarlas dentro de las nuevas propuestas *transfeministas* y *posfeministas*.

En opinión del autor, la resolución comentada plantea como problema subyacente el rechazo a la imposición de cuotas electorales por motivos ideológicos: derecho fundamental que asiste a los partidos políticos de no estar de acuerdo con esa o con

cualquier otra medida. En el desarrollo de su análisis crítico destaca también el impacto que podrían producir los postulados *queer* en la aplicación de estas medidas, ya que defienden que «mujer y hombre» son meros atributos de la subjetividad personal, lo que privaría a las cuotas electorales del efecto deseado, y podría conllevar la exigencia de implantar una cuota para personas de género no binario, e incluso la tentación de establecer cuotas para cada colectivo que se considere tradicionalmente discriminado.

En el *capítulo 2* («Horizontes paritarios financieros»), el autor aborda la constitucionalidad de introducir medidas de financiación específicas a favor de los partidos políticos, para promover un incremento de los índices de presencia femenina en las instituciones y, en especial, en las de carácter político y representativo.

La reflexión se articula en torno a tres polos diferentes que se encuentran estrechamente relacionados: un marco normativo e institucional, tanto en la Unión Europea como en el marco del Consejo de Europa, favorable a introducir este tipo de medidas que persiguen promover la paridad política entre hombres y mujeres; la experiencia en el ámbito comparado, puesto que ya hay países del entorno que han adoptado medidas concretas al respecto; y la situación española que, en la actualidad, no ha adoptado medidas en esta línea pero que ha ido modificando su marco normativo para hacer aceptable su eventual implantación.

Concluye el autor que las dudas sobre la constitucionalidad de estas medidas se plantean en su consideración

de acciones positivas, en tanto que romperían el principio de igualdad general ante la Ley (artículo 14 CE), para favorecer la causa igualitaria conforme a una perspectiva seductora pero parcial del mandato constitucional impuesto a los poderes públicos de remoción de obstáculos en el ejercicio de derechos (artículo 9.2 CE).

En el *capítulo 3* («Violencia política de género»), el autor hace hincapié en una de las realidades más duras de quienes se dedican a la actividad política: el sufrimiento de violencia por la mera condición de político y su conexión con el discurso de odio. El aspecto relevante es que, ahora, el acento se desplaza de la condición de político para trasladarse a la de político que es mujer.

La primera crítica que introduce el autor es sobre la dificultad de acuñar un concepto para identificar esta violencia: violencia política de género, violencia en política contra la mujer, o violencia contra las mujeres políticas por razón de género. La concreción del diagnóstico plantea, a su juicio, dos problemas simultáneos. En primer lugar, destaca que desde la perspectiva jurídica no es posible concretar el contenido que diferencia a esta violencia de la otra, dado que las democracias constitucionales cuentan con herramientas para reprobar y castigar todo tipo de violencia política incluso en el ámbito penal. Por este motivo, concluye el autor, que lo que se pretende no es identificar una realidad que ya existe, sino construir una realidad *ad hoc*, tratando a las mujeres como seres permanentemente necesitados de tutela y protección. En segundo lugar, recuerda que la convivencia humana en libertad

siempre conlleva un grado de molestia y de ruido que provoca fricciones, desacuerdos, manifestaciones subidas de tono, y demás contrariedades derivadas del *zoon politikon*. Con relación a esta cuestión el autor extrae dos conclusiones. La primera: que la libertad de expresión como derecho fundamental, aun con los límites que constitucionalmente se establezcan, debe prevalecer con carácter general incluso sobre el discurso de odio. Puesto que es un derecho basilar, que irradia todos los demás, y que encuentra acomodo en la mejor tradición constitucionalista frente al discurso de odio, que no deja de ser una noción lábil y brumosa de construcción jurisprudencial, que en la versión violencia política de género no parece muy operativa. La segunda: que la violencia política de género, violencia en política contra la mujer, o violencia contra las mujeres políticas por razón de género, depende mucho del lugar, de la existencia o no de un sistema constitucional, de la existencia o no de una regulación, o, entre otras, del respeto o no a las normas electorales; múltiples variables que dificultan extraer reglas generales más allá de que «los denunciados son hombres y las víctimas son mujeres».

La segunda crítica que plantea el autor pivota en torno a la duda que corroe todo el entramado teórico que sirve de base para sustentar estas medidas, el género como concepto abstruso y abigarrado, que no sólo no genera consenso sino que provoca confusión, incluso entre los que defienden su vigencia y legitimidad, por la dificultad que conlleva concretar su definición y su función dentro del propio movimiento feminista ¿es la herramienta

principal para suprimir todo tipo de discriminación basada en el género o simplemente pretende borrar el sexo y sustituir la naturaleza biológica más elemental del ser humano?

En el *capítulo 4* («La identidad de género») el autor analiza el encaje del marco teórico de la identidad de género en el ordenamiento constitucional desde dos ángulos: exponiendo los conceptos clave de esta política identitaria (la noción de dignidad humana; el concepto de vulnerabilidad; la distinción entre sexo y género; y la diferencia entre identidad sexual e identidad de género); y resumiendo los principales hitos normativos y jurisprudenciales que han dado respuesta a los desafíos planteados por esta ideología.

Tras ahondar en los conceptos de dignidad y vulnerabilidad concluye el autor que, por su propia condición, todos los seres humanos son dignos y vulnerables, y no sólo las personas transexuales; por tanto, ambos argumentos decaerían en el debate jurídico, especialmente el de la vulnerabilidad, puesto que no se explica con claridad en qué medida las personas con identidad de género diferente constituyen un colectivo vulnerable. Ante esta realidad, considera el autor que el debate se ha planteado sobre un imaginario sistema de dominación: el modelo patriarcal de «hombre-blanc-heterosexual-cis», que ha preterido a todas las personas insertas en un colectivo diferente: mujeres, otras razas e individuos LGTBIQ+. En este contexto, los colectivos presuntamente dominados habrían articulado sus demandas y reivindicaciones en torno a un arsenal conceptual teórico-político

que incluye lo que se ha denominado neo-lengua, al introducir palabras como patriarcado, heteropatriarcado, heteronormativo, minorías racializadas, discriminación interseccional etc. Aplicando este argumento, la vulnerabilidad en torno a la identidad de género quedaría, por tanto, reducida a la dificultad de declararse hombre o mujer a voluntad, al distinguirse una identidad de género conforme a la biológica (basada en el sexo: hombre o mujer), y una identidad de género elegida (bien por performatividad, o bien por considerar que la identidad «objetiva» no se acompaña con la «subjetiva» o sentida).

La identidad de género como presupuesto teórico parte de la diferencia entre sexo (característica biológica del ser humano) y género (construcción social y cultural realizada en torno a cada uno de los sexos). Como destaca el autor, la irrupción de la ideología de género en el debate social ha conllevado la aparición de múltiples identidades (pangénero, intergénero, agénero, no binario, género fluido, etc fluido, intersexualidad, no binariedad, agénero), acompañadas siempre de su correspondiente estandarte de autodeterminación.

Expuestos los conceptos, recuerda el autor que aunque ninguna Constitución ha incorporado hasta la fecha previsiones específicas sobre la autodeterminación del género sentido, esta reivindicación está encontrando acomodo en la legislación infraconstitucional. Con relación al ordenamiento español destaca la existencia de leyes de identidad de género en diferentes Comunidades Autónomas, y el conocido como Proyecto de Ley Trans

(hoy ya Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI). Apunta también, como hecho destacable, la evolución experimentada por el Tribunal Constitucional que, sin crear categorías constitucionales nuevas, va siendo cada vez más receptivo a estas nuevas realidades, al aplicar los preceptos constitucionales relativos a la no discriminación más allá del resultado concreto del juicio. En último lugar destaca el activismo que se aprecia en la posición cada vez más favorable mantenida al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el *capítulo 5* («La autodeterminación de género y el Proyecto de Ley Trans») el autor realiza un estudio crítico del Proyecto de Ley Trans (hoy ya Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI), prestando especial atención al denominado principio de autodeterminación de género que contiene.

Concluye que se trata de una iniciativa legislativa necesaria y provechosa, que pretende establecer un marco jurídico estable y medianamente digno para las personas transexuales, no obstante, considera que debería someterse a una intensa revisión en torno a tres ámbitos concretos. En primer lugar, para mejorar el conjunto del articulado, garantizando el principio de seguridad jurídica y evitando en la medida de lo posible la terminología confusa, abigarrada, o directamente inasible. En segundo lugar, para repensar las implicaciones inherentes al cambio de género registral de los

menores de edad, en concreto revisando la posibilidad de someterlos a tratamiento hormonal en edades tan tempranas. Y, en tercer lugar, para incluir a los padres y otorgarles el protagonismo que se merecen, puesto que quedan completamente excluidos de la norma al no ser nombrados ni una sola vez en todo el articulado, lo cual, en opinión del autor, trasciende el desliz o el descuido, o incluso el sesgo ideológico inconsciente, para adentrarse en negar por ocultación lo que es un hecho objetivo: la inmensa mayoría de menores de edad viven con sus padres y son estos quienes ejercen su patria potestad y tutela.

En el *capítulo 6* («El derecho al agua») el autor elabora una investigación jurídico-constitucional sobre el derecho al agua como elemento de identidad, tanto desde el punto de vista personal (identidades individuales), como desde el punto de vista territorial (identidad política ligada al lugar de asentamiento de comunidades humanas). El principal objetivo es analizar este nuevo derecho desde una perspectiva global y holística.

Tras esbozar una serie de generalidades sobre lo que constituye el derecho al agua como institución jurídica con contornos propios, y compilar las diferentes medidas que se han ido adoptando tanto en el ámbito del Derecho internacional universal como en el regional, con especial referencia a la Unión Europea, se aborda en profundidad el derecho al agua como elemento de identidad. El análisis se centra en torno a tres pilares: el contenido y alcance del derecho al agua; la concreción del concepto identidad; y la consideración del agua como

elemento de identidad en tres vértices: identidad cultural, identidad territorial y nuevas identidades.

Al completar su investigación concluye el autor que existe un reconocimiento del derecho al agua en buena parte de la normativa internacional auspiciada por la ONU (aunque no en normas de *ius cogens*), y que empieza a despuntar algo similar en el marco del Consejo de Europa aunque, hasta la fecha, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha interpretado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos ampare o requiera un derecho humano al agua.

El análisis del derecho al agua desde una perspectiva identitaria, arroja como principal resultado que numerosos textos científicos avalan la importancia del agua como elemento indispensable para configurar, tradicionalmente y en nuestros días, la identidad personal y territorial. Debe destacarse que el autor aporta una visión muy novedosa en torno a la relación agua-identidad prescindiendo de la importancia a los binomios agua-tierra y/o agua-cultura, y orientando su reflexión hacia el binomio agua-persona, con especial énfasis en el impacto que la escasez de agua despliega sobre la mujer, los pobres, los niños, las personas discapacitadas, los refugiados y desplazados, las comunidades indígenas, e incluso los transexuales que, por esta condición, puedan quedar privados del acceso a los servicios de agua y saneamiento en determinados lugares.

En el *capítulo siete* («La Ley de Convivencia Universitaria») el autor aprovecha el análisis que realiza de la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de Convivencia Universitaria, para explicar

cómo la ideología de género y sus herramientas se infiltran en cualquier novedad legislativa aprobada en España en los últimos tiempos, y suscitan en el ciudadano común perplejidad y estupefacción, puesto que, en palabras del autor, ven como el entramado legislativo recoge e impone sin pudor una visión apocalíptica sobre el infierno cotidiano que conlleva ser mujer en la España del siglo XXI. El análisis crítico de la norma se articula en tres secciones.

En primer lugar, se explica el origen de la iniciativa y su tramitación parlamentaria, haciendo hincapié en las enmiendas planteadas y en los debates suscitados en el Pleno de ambas Cámaras. A juicio del autor los orígenes de la Ley y su tramitación parlamentaria arrojan un saldo desigual. En el curso de su debate, las principales reivindicaciones planteadas por la oposición abogaron por garantizar el principio de neutralidad institucional, preservar el modelo de convivencia que traza la Constitución, y reiterar que no se puede tolerar la censura en los campus, ni las cancelaciones por motivos ideológicos, ni ningún tipo de violencia, incluyendo expresamente la política.

En segundo lugar, se abordan las novedades más reseñables introducidas por la norma. Interpreta el autor que la más representativa es, por influencia de las universidades norteamericanas, la introducción de los principios basados en la filosofía DIE: diversidad, inclusión y equidad. Junto a estos principios, la norma introduce también otros conceptos propios de la ideología de género, como perspectiva de género e interseccionalidad.

Considera el autor que ante la baja conflictividad de la comunidad universitaria española parece poco justificado que el grueso de la norma se centre en la adopción de medidas para resolver un problema que no existe, y alerta de lo que puede suceder, explicando que cuando se crea una medida para atacar un problema inexistente, sucede que la medida suele generar en sí misma un problema donde antes no lo había.

En tercer y último lugar, se incluye un análisis reflexivo sobre la norma y su necesidad a la luz del principio de libertad que preside el constitucionalismo, y que conduce al autor hacia dos conclusiones. En primer lugar, que la Ley constituye en realidad una norma de igualdad encubierta, que contiene y promueve un programa político-ideológico, e intenta trasladar a España la filosofía identitaria que más problemas ha generado en la convivencia de los campus de las universidades norteamericanas, al promover actitudes liberticidas, anticientíficas y reaccionarias. Y, en segundo lugar, que el texto adoptado no responde a su necesidad, puesto que el recorrido por su articulado no permite intuir cómo podrá mejorar de veras la convivencia diaria en las universidades españolas.

En el *capítulo ocho* («Teoría de la reacción patriarcal»), el autor se dedica a desgranar en qué se basa la sedicente reacción patriarcal que, supuestamente y en opinión de algunas corrientes feministas, estarían encabezando los hombres como respuesta a las conquistas del feminismo. Todo el capítulo gira en torno a dos ideas-fuerza: la primera, que trata de explicar la noción, características y desarrollo de lo que se

ha denominado «reacción patriarcal»; y la segunda, que reflexiona sobre su antagonista, a la que el autor ha denominado «reacción contra la idea de la reacción patriarcal».

La idea de la «reacción patriarcal» surge en el ámbito de un feminismo descontento, porque considera que en el mundo occidental la no aceptación sin fisuras de sus postulados constituye una reacción frente a las conquistas igualitarias, que se canaliza tanto en el mundo físico como en el virtual. Este descontento se traduce en una crítica general, carente de argumentos, e incapaz de explicar qué pérdidas de derechos están sufriendo, cómo ha sucedido, y quiénes son los responsables. Se dice que se produce una reacción patriarcal, pero no se sabe bien qué significa, más allá de su instrumentalización contra toda crítica o voz discordante.

Como destaca el autor, el antecedente de esta idea debe buscarse en la evolución del propio movimiento feminista, que aboga ahora por un programa de ingeniería social que proclama la obsolescencia de un hombre concreto «blanco-heterosexual-cis», califica su masculinidad como tóxica, y persigue la construcción de lo que se ha denominado nuevas masculinidades. Es en este contexto de ataque continuado al hombre, en el que causa alarma que reflexionen o se defiendan ante tal dislate; y es esta actitud crítica la que se califica de «reacción patriarcal».

La «reacción contra la reacción patriarcal» sería, a juicio del autor, todo movimiento de reflexión y opinión que considera que la reacción patriarcal no existe, y que concurren argumentos más que suficientes para

concluir que es el hombre el que está en el punto de mira, y al que se dirigen todas las iras y críticas, de una forma tan exagerada y desatinada como injustificada.

Concluye el autor en la necesidad de alcanzar puntos de encuentro entre el inicio (la reacción patriarcal) y el final (la reacción contra la reacción patriarcal); y de reflexionar desde las categorías constitucionales clásicas sobre cómo se pueden integrar dos mundos que en la actualidad parecen más alejados que nunca.

En el capítulo 9 («Práctica de la reacción patriarcal»), el autor realiza una aproximación a las herramientas empleadas por el movimiento feminista para combatir la denominada reacción patriarcal, destacando entre otras: el recurso al discurso de odio, la censura, la cancelación y la corrección política como límites a la libertad de expresión de los críticos con sus postulados; la utilización de las redes sociales para enardecer colectivos afines (con sesgo); y la confusión dolosa entre lo público y lo privado para imponer un modelo de vida.

Señala el autor que el discurso de odio, atizado convenientemente por la defensa de las más variadas políticas identitarias, es un rejonazo profundo y dañino a la libertad de expresión; derecho fundamental que ha gozado de trascendencia objetiva desde la II Guerra Mundial y hasta finales del siglo XX, puesto que garantiza el pluralismo político, la construcción de una opinión pública libre y, en última instancia, la democracia. No obstante, recuerda el autor que a comienzos del siglo XXI muchos Estados introdujeron el llamado discurso de odio como

límite legal a la libertad de expresión, y desde entonces se ha generalizado su instrumentalización favoreciendo los propósitos de diferentes movimientos identitarios, entre ellos el feminista. El miedo a equivocarse de opinión y, sobre todo, el temor a la sanción social que acarrearía esa equivocación, se ha generalizado en nuestro tiempo y promueve la inhibición de cualquier planteamiento contrario o crítico con los postulados del feminismo hegemónico, en una especie de censura autoimpuesta, por miedo a ser acusados de machistas, patriarcales, o heterosexistas. En la misma línea la política de la cancelación, importada de la academia norteamericana, ha irrumpido con fuerza en el debate feminista. Su aplicación conlleva la negación del púlpito a todo conferenciante que defienda una tesis o exponga una opinión que pueda ofender a un colectivo identitario. En este contexto el discurso del discrepante se equipara a la violencia y, en aras de la seguridad, se le impide pronunciarlo. Idéntica es la idea que subyace a la corrección política, la posibilidad de guardar o imponer silencio ante manifestaciones u opiniones que pudieran ofender a colectivos identitarios.

Desde otra perspectiva, considera el autor que internet ha propiciado la polarización del discurso en general y del debate feminista en particular a través de las redes sociales, manipulando a los usuarios mediante algoritmos. Destaca así, que la dinámica de las plataformas no es privilegiar un debate reposado a través de información verificada, sino reforzar las preferencias y creencias del usuario atrayéndolo a burbujas con sesgo.

En último lugar destaca el autor un mantra que el feminismo repite sin desmayo: «lo personal es político», y que pretende anular, o por lo menos difuminar, los límites que separan lo público de lo privado. A su juicio, el objetivo pretendido es la invasión de espacios que hasta ahora integraban el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, con la intención de imponer qué tipo de vida es buena o cuál es la mejor.

Tras exponer las principales herramientas empleadas por el movimiento feminista para afianzar sus postulados frente a voces y argumentos críticos, el autor alcanza las siguientes conclusiones. En primer lugar defiende que no existe una reacción patriarcal frente al movimiento feminista, sino un hartazgo generalizado debido a los excesos de cierto feminismo vengativo, revanchista y marcadamente misógino. En segundo lugar, considera que en una democracia liberal, que ampara diferentes ideologías y proyectos, no tiene cabida ni la censura ni la cancelación de discursos que disgusten a colectivos identitarios o sean contraculturales, sino que, para fortalecer la democracia, debe facilitarse que sean conocidos y discutidos en igualdad de armas con aquellos que soplan a favor del espíritu de los tiempos. En tercer y último lugar, destaca que no se debe pretender la consecución de una suerte de consenso impuesto, a su juicio tarea imposible, sino respetar a las personas y debatir las ideas que defienden.

La obra, de plena actualidad por el tema que trata, y planteada desde una perspectiva novedosa, constituye un

referente esencial para estudios futuros de temática parecida, mueve al lector de su espacio de confort, ahonda en verdades incómodas, e invita

expresamente a reflexionar sobre la necesidad de volver a la Constitución por el bien de todos.

Olaya Godoy Vázquez
Profesora Ayudante Doctora
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

DELLEDONNE, Giacomo, *Costituzione e legge elettorale: Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 320 pp., ISBN 978-88-9391-690-5.

<https://doi.org/10.18543/ed.2800>

Publicado en línea: junio 2023

En la obra monográfica *Costituzione e legge elettorale*, el profesor Giacomo Delledonne afronta, la evolución de la legislación electoral en el Estado constitucional contemporáneo y se interroga respecto de la conveniencia o no de la regulación constitucional en materia electoral y cómo ésta condiciona la labor del legislador electoral. La metodología de la obra es histórica-comparada. El área de la comparación se circunscribe a los ordenamientos de los Miembros de la UE por su suficiente homogeneidad al asumir una serie de valores comunes; pero, a su vez, dentro de este espacio se encuentran normas suficientemente disonantes como para poder reflexionar sobre la cuestión planteada. Los cuatro sistemas de este sistema histórico-comparativo son: Alemania, España, Francia e Italia, fundamentalmente a nivel nacional, aunque a lo largo del análisis también se desgranar algunas situaciones interesantes de carácter regional y/o local.

El primer capítulo responde a la cuestión que lo titula: «¿La constitución

tiene algo que decir respecto de la ley electoral?», desde cuatro aristas: la sistematización de las cuestiones electorales en los procesos constituyentes del siglo XX europeo, destacando algunos *episodios* significativos (parte 2); el *objeto* constitucionalizado de un sistema electoral (parte 3); los *argumentos* empleados para fundamentar la selección de la representación proporcional y sus efectos (parte 4); *otros principios constitucionales*, determinantes de la posición de la disciplina electoral dentro del ordenamiento jurídico interno (parte 5) (las cursivas se han mantenido del texto original de Delledonne).

En la parte dos de este primer capítulo (pp. 43-136) se analiza el «nuevo Derecho constitucional» de la postguerra que buscaban la racionalización del poder y la garantía de la supremacía y unidad del Derecho. Giacomo Delledonne identifica tres grandes tendencias experienciales que caracterizan el constitucionalismo europeo del *Novecento*. Un primer

movimiento *revolucionario*, donde, a pesar de las diferencias entre las experiencias analizadas, convergen en constitucionalizar como un elemento natural, consecuencia de la ruptura revolucionaria, la representación proporcional, quedando el resto de la regulación electoral a libre disposición del legislador. Un segundo movimiento surge de las constituciones de la Resistencia, como son la Constitución de la República italiana, la Ley fundamental de Bonn y las Constituciones de la IV y V República francesa. Todos estos textos constitucionales se abstienen de constitucionalizar un determinado sistema electoral con el objetivo de no condicionar excesivamente las decisiones del legislador ordinario en este ámbito. Una tercera ola de constituciones, donde se enmarca, entre otras, la Constitución española de 1978, han constitucionalizado minuciosamente aspectos importantes de la materia electoral, bien en el propio texto constitucional o bien requiriendo su regulación en fuentes legislativas dotadas de una especial fuerza pasiva (ya citado el ejemplo del artículo 81.1 de la Constitución española).

Tras la revisión constitucional histórico-comparativa aportada, en la parte tres de este capítulo primero (pp. 90-107) se aborda la siguiente pregunta: ¿qué se constitucionaliza al aludir a la consagración de un sistema electoral en el texto constitucional? Esta parte se centra en los límites formales (procesales) respecto del Derecho electoral y la parte 5 se focalizará en los límites materiales. Como límites formales, la primera cuestión que se aborda es la relación que debe

garantizarse entre la uniformidad constitucional y el espacio de autonomía para la regulación electoral de las entidades de carácter regional, autonómico o federal. Otra cuestión material que se aborda es que la concreción que se hace del principio proporcional en los ordenamientos constitucionales se condiciona a tener en cuenta la funcionalidad de la asamblea legislativa o la estabilidad del gobierno, como elementos complementarios para la racionalización del poder político. Por último, la regulación de los procesos electorales se desplaza de los textos constitucionales a los textos legales, con algunas especialidades: como la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 de la Constitución española o la reserva de asamblea del artículo 72, apartado 4 de la Constitución italiana.

En la parte cuatro se aborda la representación proporcional apoyándose en una abundante y acertada revisión doctrinal entre los que destacan: Kelsen, Smend, Hermens y el primer y segundo Mortati. Las conclusiones de tal análisis ponen de manifiesto que lo que está en juego son decisiones relacionadas con la dirección política general y es una decisión del pueblo sobre el Gobierno. El sistema electoral se extiende también al sistema de partidos como analiza Manin en su obra *Los principios del gobierno representativo* y, por tanto, las inestabilidades del sistema proporcional tienen que tratar de equilibrarse para que no se produzca una ruptura entre la soberanía popular y la dirección política del país.

Los límites materiales objeto de análisis en la quinta parte son: el principio de la igualdad del voto; la

igualdad de oportunidades entre los partidos políticos y las dimensiones de las asambleas representativas. El principio de la igualdad de voto está recogido en todas las constituciones objeto de comparación en la obra. La dialéctica entre el principio de igualdad del voto y otros intereses constitucionales relevantes es un terreno ideal para realizar operaciones de equilibrio dentro del ámbito del control de proporcionalidad. En cierto sentido, el principio de igualdad de oportunidades entre los partidos políticos constituye un apéndice de la igualdad del voto y fundamentalmente se estudia en relación con el sistema electoral. No obstante, este principio también ha obtenido la atención de la doctrina en relación con la financiación de partidos políticos y la presentación de las listas electorales.

El último elemento material se analiza en esta parte quinta del capítulo uno es la dimensión de la asamblea representativa. Más allá de la regulación constitucional de la materia realizada por los Estados objeto de análisis, Delledonne plantea un razonamiento bidireccional respecto del número de miembros de la asamblea representativa. En primer lugar, dado el carácter en gran medida artificial de los pilares de la democracia representativa, el número de representantes tiene una importancia intrínseca y objetiva para el funcionamiento del sistema electoral y, naturalmente, de la propia capacidad del sistema. Concretamente, la fórmula del reparto de escaños tiene impacto en la vida de la institución, la legitimidad de los partidos políticos y de la propia institución a los ojos de los electores. En segundo lugar, se

analiza la reducción del número de representantes aprobada por el Parlamento italiano en la XVIII legislatura como ejemplo para seguir profundizando en este punto, ya que se redujo el número de representantes sin una reforma de la ley electoral. La ley electoral actualmente en vigor es la Ley Rosato. La reducción del número de representantes puede ser incompatible con algunos principios constitucionales relativos al sistema electoral.

En el segundo capítulo del libro, se analiza el *corpus* de jurisprudencia constitucional. Antes de comenzar con dicho propósito, se advierte que los distintos procesos de acceso a la justicia constitucional exceden el objeto de estudio; pero, la discrecionalidad del legislador en la regulación del sistema electoral, entra en el ámbito de las decisiones de carácter político, de la garantía de la propia forma de política (*forma di Stato* en el texto de Giacomo. Aunque la terminología en el constitucionalismo italiano y el español emplea términos diversos, esta traducción es la que se ajusta al significado buscado por el autor) y, por tanto, se presta a un análisis en clave comparativo. En este exhaustivo análisis se revisan los siguientes aspectos: uno, las implicaciones de la constitucionalización de un determinado sistema electoral: de Weimar al Estado constitucional del siglo XX; dos, entre la ausencia de indicaciones constitucionales y los vínculos legislativos: una reflexión de la jurisprudencia constitucional alemana e italiana; tres, las barreras electorales (*le soglie di sbarramento*); cuatro, la naturaleza y la inspiración prevalente de los sistemas electorales: la larga controversia

alemana respecto de los *Überhangmandate* (decisiones preliminares); cinco, el premio de la mayoría (*i premi di maggioranza* en el texto de Giacomo); seis, la división del territorio en circunscripciones: el difícil equilibrio entre el criterio demográfico y la dimensión territorial; siete, el problema de las listas bloqueadas; ocho, ¿un *continuum* entre elecciones nacionales, regionales y locales? Bicameralismo perfecto y homogeneidad «horizontal» en la experiencia italiana; y, nueve, la aclaración del *status* de la ley electoral (naturaleza jurídica).

Siguiendo un comparativo entre distintos pronunciamientos constitucionales, el autor destaca dos puntos respecto de los cuales conviene dirigir la atención. En primer lugar, en los ordenamientos donde ningún sistema electoral goza de cobertura constitucional se caracterizan porque dicho sistema se precisa gradualmente por los *test* realizados por sus respectivas cortes constitucionales. Esta forma de proceder disipa la duda respecto de que el Derecho constitucional tenía poco que decir de las reglas del juego democrático. No obstante, el silencio del texto constitucional respecto de la materia electoral no deber ser interpretada como indiferencia respecto de las mismas. El autor señala dos ejemplos que ponen de manifiesto la dificultad de las cortes constitucionales a la hora de resolver cuestiones electorales: el reconocimiento de la amplia discrecionalidad con la que goza el legislador, está conectado con la necesaria acentuación de un riguroso control de constitucionalidad de su actuación debido al carácter no siempre unívoco del vínculo entre las

decisiones del legislador y las restricciones constitucionales, donde las primeras terminan por definir el alcance y el significado de las segundas.

El segundo punto digno de señalarse es un argumento recurrente de la jurisprudencia alemana del último decenio que permite comprender mejor algunas de las declaraciones de inconstitucionalidad de los últimos años. Se trata del argumento de origen doctrinal del legislador el cual actúa en causa propia. El control de constitucionalidad de las leyes electorales debe ser particularmente riguroso, sobre todo, por el riesgo que supone que una mayoría parlamentaria se beneficie de tal posición de fuerza momentánea y trate de consolidarla sirviéndose de la ley electoral. En este sentido, el control de constitucionalidad se presenta como *extrema ratio* frente a un legislador que tiende naturalmente a abusar de su poder.

En conexión con este último punto, Delledonne introduce la reflexión contemporánea sobre el concepto de la contrademocracia introducido por Rosanvallon. Esta cuestión deviene relevante por las manifestaciones de desconfianza que supone y por cómo pone contra las cuerdas, no sin debilitarlo, al sistema democrático-representativo por la acción de ciudadanos disconformes con el *status quo*. En el caso de Alemania, por ejemplo, esta situación ha impulsado la reforma del sistema electoral que se ha desarrollado finalmente en abril de 2023.

El tercer capítulo de esta completa y exhaustiva obra aborda el análisis de la influencia supranacional en los procesos de homogeneización y desestabilización del cuadro nacional donde

se revisan: la tutela de la CEDH en material electoral y las elecciones directas al Parlamento europeo. Delle-donne centra su atención en los factores de convergencia derivados de la pertenencia de los sistemas considerados al Consejo de Europa y a la Unión Europea. La elaboración de un derecho a elecciones libres del artículo 3 del Protocolo n.1 del CEDH y el accidentado camino hacia la codificación de principios comunes para la elección del Parlamento Europeo en todos los Estados miembros de la UE, con un claro impulso hacia formas más o menos racionalizadas de representación proporcional, han sido sin duda importantes factores de convergencia entre los sistemas jurídicos nacionales involucrados en este proceso de integración regional. Al mismo tiempo, y esta observación se basa especialmente en el Derecho de la Unión Europea, la dimensión supranacional ha representado y representa un factor de desestabilización de las estructuras nacionales consolidadas: se podría decir que actúa como un factor perturbador, un irritante legal, en los ordenamientos nacionales. El autor considera que se trata de una materialización de la naturaleza subversiva del derecho comparado: la posibilidad de que dentro del mismo Estado miembro existan regulaciones legislativas muy diferenciadas, una de las cuales se orienta hacia la elección de una cuota de miembros del Parlamento Europeo, permite desarrollar una mayor conciencia de la naturaleza históricamente contingente de las experiencias nacionales.

Atendiendo a la primera parte de este capítulo, Delle-donne analiza la

aparición de principios supranacionales en materia electoral derivado del CEDH, fundamentalmente, en relación con las situaciones conexas con el derecho al electorado pasivo, con sentencias de la Corte relativas a las barreras electorales, las listas bloqueadas y el núcleo de los principios comunes de las distintas leyes electorales. Esta revisión concluye afirmando que el reconocimiento de un derecho subjetivo a elecciones libres en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha representado un paso importante hacia la afirmación de una protección plena de los derechos políticos. Sin embargo, en el ámbito de los sistemas electorales, la Corte EDH ha mostrado en su jurisprudencia una gran prudencia, de modo que los argumentos recurrentes en sus decisiones rara vez brindan un fuerte respaldo argumentativo a aquellos que deseen impugnar la constitucionalidad de la ley electoral nacional.

La segunda parte de este tercer capítulo, bajo la rúbrica «La emergencia de principios supranacionales (continuación): el Parlamento Europeo, una asamblea representativa supranacional elegida por sufragio directo», desarrolla un análisis desde una perspectiva crítica de cómo los sistemas electorales de los Estados objeto de análisis han regulado de manera diversa el proceso interno y el proceso de elección del Parlamento europeo. Uno de los ejemplos es España, y la STC 28/1991 donde se defiende la posible regulación diferente entre las elecciones regionales, las elecciones nacionales y las europeas. Esta parte actualiza y aporta una visión supranacional al análisis de la jurisprudencia

nacional desarrollado en el capítulo segundo.

Se sigue profundizando en esta cuestión con las partes dos y tres de este capítulo que se centran en: «El avance del proceso de constitucionalización de la Unión y su impacto en las leyes electorales nacionales» y «Tensiones cada vez más evidentes: la controversia sobre la naturaleza del Parlamento Europeo», respectivamente. El autor señala acertadamente que, en la última década, la tensión entre las leyes electorales para el Parlamento Europeo, los principios constitucionales nacionales y el derecho primario de la Unión se ha vuelto cada vez más evidente. El centro del discurso gira en torno al caso alemán que según señala el autor tiene el mérito de resaltar con fuerza esta correlación entre los problemas específicos de la legislación electoral y las potencialidades, o más bien los límites, del proceso de constitucionalización de la Unión Europea y la creación de un sistema democrático-representativo supranacional.

Tomando una categoría desarrollada por Martinico, este apartado concluye desgranando la complejidad de la situación planteada previamente desde tres perspectivas. La complejidad se deriva, en primer lugar, del carácter compuesto y diverso de las disciplinas electorales actualmente en vigor, tanto a nivel nacional como para las elecciones del PE. El segundo factor de complejidad está representado por los parámetros constitucionales de referencia. En el control constitucional realizado por los tribunales nacionales desempeñan un papel central los principios constitucionales nacionales. Al mismo tiempo, el Derecho primario de

la UE es tenido en cuenta por las cortes constitucionales analizadas (*Bundesverfassungsgericht*, *Corte costituzionale*, *Conseil constitutionnel*. y Tribunal Constitucional). Un tercer elemento de complejidad, directamente relacionado con lo anterior, es que las disputas relacionadas con las leyes electorales para las elecciones europeas también pueden involucrar aspectos particulares de la forma de gobierno de la Unión o resolverse en el ámbito del derecho constitucional nacional. En este sentido dos elementos recurrentes de todo sistema electoral: las barreras electorales y la representación de las minorías lingüísticas y nacionalidades históricas.

En la monografía *Costituzione e legge elettorale*, se analiza desde un punto de vista crítico una temática altamente compleja dentro de la ciencia constitucional y además se hace desde una perspectiva comparada. Esta obra es recomendable para cualquier estudio que quiera profundizar en la materia del electoral desde una perspectiva comparada. Además, lo extenso y actual de las fuentes manejadas, tanto doctrinales como jurisprudenciales permite al lector profundizar en las cuestiones abordadas en este libro.

Las conclusiones abordan la reflexión propuesta por Delledonne que está caracterizada por un hilo conductor: las leyes electorales, y en particular las fórmulas electorales, se basan en técnicas de transformación de votos en escaños que muestran el carácter ampliamente artificial de la noción de mayoría política. El principio de igualdad de voto es el punto de partida de gran parte del análisis realizado y a la luz de dicho análisis concluye que

se deriva la necesidad de un marco adecuado para la relación entre la ley electoral y texto constitucional, sin inversiones anómalas de roles.

El trasfondo en el que se sitúan las cuestiones presentadas en este estudio es la transición desencadenada por la crisis de la democracia de partidos. Esta se manifiesta de diversas formas: disminución de la participación electoral, volatilidad del comportamiento electoral, volatilidad de los propios actores político-partidistas, inestabilidad política, surgimiento de fuerzas portadoras de una concepción maximalista de la democracia y la consiguiente radicalización de la dialéctica política. Precisamente debido al carácter estructuralmente imperfecto de la legislación electoral, fenómenos como estos ponen a prueba su estabilidad y capacidad para cumplir de manera satisfactoria los principios y requisitos de relevancia constitucional.

Las transformaciones analizadas en la obra parecen poner de relieve un cierto desgaste de las leyes electorales de enfoque proporcional, aunque atenuado. Los correctivos tradicionales, como las barreras electorales y, sobre todo, los premios hacia la mayoría, son objeto de controversia, incluso ante los órganos de justicia constitucional. La miriada de controversias constitucionales analizada en la presente obra ha dado buena muestra de la magnitud del escenario problemático plantea. Tras el cual, no ha faltado, por supuesto, intentos de señalar remedios a algunos de los problemas señalados.

Con el fin de fomentar la participación electoral, el uso del voto electrónico parece tener un potencial promotor. Sin embargo, más allá de las

implicaciones relacionadas con la naturaleza integradora del voto, Delle-donne coloca el punto central no tanto en la identificación de instrumentos individuales como el respeto a las necesidades de comprensión, conocimiento y control del proceso.

En cuanto a la selección de candidaturas, el autor reconoce que se ha debatido mucho sobre los posibles efectos beneficiosos de las elecciones primarias para superar el declive de los partidos políticos y revitalizar la relación entre electores y representantes. Estas elecciones primarias se aplicarían no solo para la selección de candidatos a cargos unipersonales, sino también, aunque con menos frecuencia, para la composición de las listas. El supuesto implícito en estos razonamientos es que, frente a los daños causados por el voto preferencial y la creciente insatisfacción con las listas cerradas, las elecciones primarias devolverían al cuerpo electoral el poder de elegir a sus representantes. Sin embargo, se ha demostrado que, en el plano teórico, la relación causal entre voto preferencial (donde se permite) y elecciones primarias no se sostiene.

Estas reflexiones finales persiguen plantear posibles enfoques de interpretación. En consonancia con la tesis delineada en la monografía, se propone reflexionar sobre los problemas constitucionales relacionados con la ley electoral en clave sistémica. Por ejemplo, cuando las asambleas representativas tienen una estructura bicameral, es importante tener en cuenta este dato para encontrar un punto de equilibrio satisfactorio entre estabilidad y el método de elección, por un

lado, y representación del pluralismo y la complejidad, por otro. Otra opción posible se refiere a la tensión entre representación y representatividad. Se trataría entonces de complementar la representación en sentido formal (que surge de la propia celebración de elecciones y es independiente del sistema electoral adoptado) con una representación en sentido sustancial (que se refiere a la estructura institucional capaz de lograr, en las condiciones históricamente dadas, la máxima representatividad posible del órgano electo). Esto incluiría todas las normas e instituciones que inciden, más o menos directamente, en la representación, así como las relacionadas con el estatus del parlamentario y la disciplina de los partidos políticos.

Por último, DelleDonne señala que las posibles soluciones identificadas deben adaptarse a contextos legales específicos. El análisis realizado en

este trabajo ha mostrado la naturaleza recurrente de varios problemas y argumentos dentro del espacio jurídico europeo. Al mismo tiempo, en los tres capítulos se han puesto de manifiesto los elementos idiosincrásicos que caracterizan la relación entre la disciplina electoral y la constitución en los sistemas considerados. La dimensión supranacional ha añadido una pieza adicional a este mosaico, haciéndolo aún más complejo. De hecho, las múltiples crisis que afectan a la Unión Europea y el declive de la legitimación basada en los resultados han llevado a un primer plano la reflexión sobre la necesidad de hacer que los mecanismos de legitimación basados en la participación funcionen lo mejor posible. Incluso en un proceso de constitucionalización en curso y con un resultado abierto, vuelve a plantearse la conexión entre la cuestión electoral, la materia constitucional y la concordancia entre ambas.

Naiara Arriola Echaniz

Profesora doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto

MANZANERO, Delia, *Concepción Arenal, Claves de emancipación de la mujer que se halla encarcelada*, Tecnos, Madrid, 2023, 188 pp., ISBN 978-84-309-8720-7.

<https://doi.org/10.18543/ed.2801>

Publicado en línea: junio 2023

En la convocatoria del premio Ernestina de Champourcin 2021, convocado por el «Grupo de Investigación en Historia Reciente» (GIHRE) de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Navarra, junto con la «Red WINN del Instituto Cultura y Sociedad» (ICS) fue premiada la obra que ahora aná- lisis de la profesora Delia Manzanero, profesora titular de Filosofía moral, política y social de la Universidad Rey Juan Carlos. Por lo tanto, ya llega a nuestras manos con un aval de calidad importante, que vamos constatando a medida que nos adentramos en la lectura de sus páginas.

La inmersión en el pensamiento penitenciario de Concepción Arenal que nos presenta la Dra. Manzanero se inicia desde la frase primera seleccionada de la obra de Concepción Arenal que precede al desarrollo del mismo: «Decidme cuál es el sistema penitenciario de un pueblo,

y os diré cuál es su justicia», que corresponde al lema con el que Concepción Arenal tituló memoria presentada a la Academia de Ciencias Políticas y Morales, al Concurso ordinario de 1875, bajo el tema general de *¿Convendría establecer en las islas del Golfo de Guinea o en las Marianas unas colonias penitenciarias, como las inglesas de Botany-Bay?*

Esta Memoria, según consta en el dictamen de la Comisión que juzgó el concurso, consideraba que «Leídas las primeras líneas encuéntrase uno atraído, tanto por la belleza de la forma como por la pureza del pensamiento, y no cabe dejar la lectura hasta terminar la Memoria»¹.

¹ *Vid.*, Manuel MARTÍNEZ NEIRA (ed.), Concepción Arenal, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, Edición del bicentenario, Madrid, Universidad Carlos III – Dykinson, 2020, p. 19, frase incluida en el dictamen firmado por

De forma similar a esta apreciación, puede considerarse la obra que hoy reseño, porque en ella se aúna la exposición magistral, una redacción clara y bella, con una gran profundidad de pensamiento, no solo en la búsqueda de la esencia del pensamiento de Concepción Arenal sino también en su inserción en el pensamiento krausista, en el que la autora ha transitado a lo largo no solo de su formación académica, sino también en su investigación desde hace años; asimismo, se presenta materialmente con una buena edición realizada por la editorial Tecnos. Por lo tanto, parafraseando a la profesora M^a Cruz Díaz de Terán, que la prologa, estamos ante una historia bien contada.

Por lo tanto, el lector que se acerca a esta obra tiene ya desde su inicio unas claves fundamentales para que interese su lectura, que no se queda en el análisis del pasado sino que el tema sigue manteniendo plena actualidad, porque la educación en las prisiones, especialmente de las mujeres, es uno de los aspectos más relevantes de los retos que hoy se plantean en estas, además de otros también candentes como la atención a los hijos menores, la crianza de éstos dentro de los centros penitenciarios, etc. que se plantean más en el caso de las mujeres que en el de los hombres. En este

ámbito, Concepción Arenal fue consciente de las deficiencias del sistema penitenciario y carcelario, pero también la autora ha dejado de ser una simple espectadora, investigadora del tema, para acercarse a las prisiones en el seno de un proyecto de investigación donde se realiza una inmersión real en el mundo carcelario, «Filosofía en Prisión», de la convocatoria de Proyectos de Cooperación al Desarrollo, ciudadanía Global y Derechos humanos de la Universidad Rey Juan Carlos, para la realización de talleres periódicos de iniciación a la filosofía práctica en Centros Penitenciarios de Madrid y Toledo. Por lo tanto, la autora no ha eludido el compromiso social con el tema que investiga y desarrolla.

La obra está dividida en dos partes, cada una con seis capítulos, que centra la primera parte en el encuadramiento del tema de la mujer en el Krausismo, teniendo como punto central la obra de Concepción Arenal y en la segunda parte en el proyecto arenaliano de formación y profesionalización de la mujer, principalmente dentro de las prisiones, pero también dirigida a la formación mujer desde su niñez, en general. Por lo tanto, la obra tiene un eje principal, la emancipación de la mujer, sobre el que giran dos aspectos: la formación espiritual y profesional de la mujer encarcelada, base de su emancipación y la educación de la mujer, también base de su independencia.

A lo largo de estos capítulos, desde la perspectiva de las «Huellas del feminismo y del krausismo en la

los académicos Laureano Figuerola, Manuel Alonso Martínez y Cirilo Álvarez que se presentó el 25 de Junio de 1877 y propuso premiar la de Arenal.

obra arenaliana», título que encabeza la primera parte de la obra, transita la autora, primero, por unos datos relevantes de la vida de Concepción Arenal, a la que impulsó siempre su «afán de saber», la autora que en gran medida fue autodidacta, se sentía prisionera entre las intransigentes costumbres del momento para la mujer y su propio carácter, también intransigente, siempre encadenado a su propia concepción del deber. Pero su ansia de saber superó a estas trabas, por lo que, para insertarse en el mundo universitario de hombres, llegó a vestirse de hombre, si bien es cierto que no era ajena a este ámbito, por el apoyo que siempre tuvo de su marido, periodista y escritor oscurecido e iluminado, al mismo tiempo, por la gran personalidad de Doña Concha, al que acompañó a tertulias y foros masculinos en el que ella siempre brilló. Desde este primer capítulo y a lo largo de la obra, el pensamiento de Concepción Arenal, especialmente en el correccionalismo y la educación de la mujer, Delia Manzanero tiene como hilo conductor la influencia krausista en la autora, no solo en la consideración de igualdad de ambos sexos predicada por Krause, que rechaza la consideración de la mujer como *segundo sexo* o *sexo débil*, sino en los diferentes aspectos que va desarrollando a lo largo de todos los capítulos que, en definitiva, mantienen a la educación como base no solo de la emancipación de la mujer, sino del desarrollo de la sociedad (pp. 29-41).

Pero, siguiendo el contenido último de la obra desarrollada por la profesora Manzanero, el pensamiento penitenciario de Concepción Arenal es el principal tema de desarrollo, y, siendo una autoridad en dicho campo en Europa, fue ignorada en España. No en vano nuestro refrán de que «nadie es profeta en su tierra», si bien tuvo no pocos reconocimientos en vida, pero no los suficientes y siempre con gran desgaste personal. Es uno de los motivos por los que Concepción Arenal tiene altibajos en su carácter, por los que grita en su obra sobre que no es oída, en un desgarramiento continuo que procede tanto de las adversidades continuas a las que la vida la somete, como por la realidad de que muchas veces «predicó en el desierto», lo cual, teniendo un carácter tan fuerte y siendo consciente de sus méritos personales, tanto por su inteligencia como por su desarrollo intelectual en su gran obra, fue siempre un motivo de tensión con los demás y consigo misma.

A lo largo de los capítulos de esta primera parte, Delia Manzanero va desgranando de forma breve éxitos y fracasos, vivencias y reflexiones de la autora objeto de estudio, que sitúan al lector no familiarizado con la obra arenaliana en su contexto, y al lector conocedor del personaje en el recuerdo de los hitos más relevantes de su vida y su obra: la beneficencia como eje de esta; la educación como vía; la inquietud como talante; la insatisfacción como empuje y freno, a partes iguales, por

su deseo de libertad y su sentido del deber que la reducen en muchas ocasiones la una «reducida jaula que se resistió a ocupar» como molde de una sociedad tradicional, a la que se somete, por ejemplo, en su forma de vestir, no cuando adopta a partir de una época atuendo masculino, sino con la sobriedad que la caracteriza y que la encorseta como una mujer adusta y poco receptiva en un pueblo de Santander cuando enviuda y se retira a casa de sus padres políticos, encarcelada en sus pensamientos y en el apartamiento del bullicio intelectual al que aspiró siempre.

La mujer que luchó por la inserción laboral de la mujer, como modo de emancipación real, se vio en varios momentos de su vida avocada al retiro, a la sequía de creatividad, por las costumbres del momento y las críticas, contra las que siempre luchaba y finalmente vencía, volando hacia un nuevo destino, también limitado por sus pocos recursos y la necesidad de ser acogida por alguien y sus propias aspiraciones de mujer formada y con una situación social que no correspondía a la económica (pp. 41-46).

Las características de Concepción Arenal que se van desgranando a lo largo de las páginas que tenemos ante nuestra vista la hacen «una pensadora difícil de clasificar», bebedora de diferentes corrientes filosóficas, silenciada en su momento, reconocida fuera y después, reelaborada desde diferentes ideologías, pero firme durante su vida en sus convicciones de reforma social a través de

la educación, en los diferentes ámbitos, propio del krausismo, como única mujer que destacó «con voz propia» en este mundo, también de hombres, como destaca Delia Manzanero, en el que se insertó Concepción Arenal, primero con una voz casi imperceptible (pp. 47-60), se desarrolló a través de la «Asociación para la enseñanza de la mujer de Castro» y se popularizó a través del *Feminismo* de Adolfo Posada (pp. 60-63) y, finalmente, su inmersión en la «Cuestión social» y la necesidad de reformas de la mano de Gumersindo de Azcárate (pp. 69-77), por su mismo sentimiento de dolor como «timbre fundamental de su existencia» (pp. 63-69), que siempre la marcaron, por lo que comprendió al oprimido e intentó tenderle la mano de muy diferentes formas.

Dedica Delia Manzanero el tercer capítulo de esta primera parte a los conceptos de pena y justicia en la obra de Concepción Arenal, aunando su «obra penitenciaria y educativa», en su «necesidad de repensar el concepto de justicia a la luz de su experiencia en prisión en calidad de Visitadora de Prisiones, analizando la situación de la mujer en los centros penitenciarios», ampliando su análisis también fuera de las prisiones, porque realiza un nexo entre el centro penitenciario y la sociedad civil, dentro de las competencias de las visitadoras de prisiones, con una visión transgresora que la llevó a aprender «el valor radical de la libertad, para reaprender su significado en los testimonios de los que han

sido privados de ella de manera perdurable y casi integral» (p. 83), relacionando la autora la experiencia de Concepción Arenal con la suya propia en el taller del proyecto «Filosofía en Prisión» (pp. 84 y ss.), terminando dicho capítulo con el valor de la formación de las mujeres en la cárcel, lo que les proporcionó recursos para el desarrollo de una actividad profesional dentro y fuera de ésta (pp. 98-103).

Si en la primera parte de la obra la autora trata, en general, algunos aspectos relacionados con la formación, el pensamiento y la trayectoria de Concepción Arenal, a lo largo de los tres capítulos que conforman la segunda parte se centra en «El proyecto de formación y profesionalización de la mujer», relacionando el pensamiento arenaliano sobre el tema, con el proyecto que la autora desarrolla en dicho ámbito, «Filosofía en prisión», por lo que aúna teoría y práctica, pasado y presente de forma magistral, dentro del pensamiento krausista que impregna a ambas, teniendo como base la educación, prácticamente única vía de promoción del marginado, pero abogando ambas por una educación integral e igualitaria, que, siguiendo a Concepción Arenal y su concepto de *armonía interior*, logrará la emancipación del penado y clave de la armonía social.

Así, dentro de este concepto de armonía interior, la autora va combinando las líneas fundamentales del pensamiento de Concepción Arenal sobre la educación, el trabajo

y la emancipación del preso, con especial referencia a la mujer, con la experiencia de la autora en el desarrollo de su proyecto, lo cual imprime un valor adicional a los estudios que generalmente realizamos los investigadores, especialmente cuando tratamos un tema histórico, como el que tenemos ante nuestros ojos, centrados exclusivamente en la labor de archivo o en el análisis de las obras impresas. En este caso, el análisis resulta enormemente enriquecedor, porque parte de la realidad que nos podemos encontrar en las prisiones, a la vez que la autora sabe impregnar el relato de una enorme sensibilidad ante los problemas con los que se encuentra, desde el horizonte de que «Lo bueno es que Concepción Arenal tenía un corazón enorme y tenía ambición» (p. 110), lo que analiza desde la perspectiva de ir, en la segunda parte de dicha premisa, a contracorriente, al tratarse de una mujer, que se le suponía lo primero, pero se le reprochaba lo segundo, siendo esta misma ambición la que consideraba clave para que la mujer se educara y saliera de su estado de postergación y sumisión (pp. 110-116.), abogando por la formación de la mujer, mediante una educación en igualdad y en diferentes profesiones, forma de garantizar su incorporación a la vida profesional de la mujer, en general, no solo de las privilegiadas, como era el modelo de Emilia Pardo Bazán, a partir de cuya premisa analiza las claves del pensamiento arenaliano sobre la educación de la

mujer y su inserción en la vida laboral. Ahora bien, esta necesidad de instrucción de la mujer no solo debe recaer en ella, como si fuera «la única culpable de su situación», sino también en el hombre, tal como propugnaban Giner y Altamira, lo que reflejó en su frase «El día que el hombre se ilustre lo bastante para aprender a ser razonablemente egoísta, la educación intelectual de la mujer no tendrá impugnadores» (C. Arenal, *La mujer del porvenir*, 1869, p. 71, *apud.*, p. 120).

Pero la responsabilidad no es solo de los particulares, sino también de los poderes públicos (pp. 121-126), centrándose después en la educación de las mujeres en las cárceles, en un epígrafe con el sugestivo título de «La libertad dentro de prisión: un sistema penitenciario que busca rehacer en el criminal a la persona» y que inserta en el contexto de nuevo del pensamiento krausista del correccionismo (pp. 126-127), para continuar detallando la labor realizada a nivel personal en las cárceles, dentro del proyecto citado de Filosofía en prisión (pp. 131-160).

La obra finaliza con una proyección de futuro, desde Concepción Arenal al infinito: «La niña es la madre de la mujer del porvenir», que ocupa el último capítulo (pp. 161-169), donde aboga por continuar la lucha por los derechos de la mujer y en el epílogo «¿Qué cabe esperar? Todas las cosas parecen imposibles mientras lo sigan pareciendo. Nuevo marco de estudio»

(pp. 171-179), por lo que la autora, como en las páginas precedentes, no se queda en el análisis del pensamiento de Concepción Arenal, sino que mira al frente, propone nuevos retos y acciones innovadoras en el estudio del tema de la filosofía en el ámbito de la educación y específicamente de la población reclusa, en especial de las mujeres, aportando un poco de luz en un ámbito cerrado, no solo por barreras, sino por convicciones y prejuicios, como también los encontró en su momento Concepción Arenal.

Por lo tanto, el lector tiene en sus manos una obra bien escrita, que en gran medida se desarrolla con la técnica más del ensayo que de los estudios de investigación más al uso, lo que le aporta mucha agilidad y facilidad de lectura, aligerándolo de aparato crítico, aunque lo tiene; se trata de una obra arriesgada, no solo por las diferentes (y divergentes) percepciones que los distintos investigadores (y principalmente y de forma relevante de investigadoras) que se han acercado a la obra de Concepción Arenal tienen sobre su obra y sobre su pensamiento, sino porque inserta dicho pensamiento no solo con el krausismo, incardinado en el pensamiento arenaliano, sino también en el suyo y en su experiencia en prisiones (que constituye un gran ejemplo de transferencia de la Universidad a la sociedad), lo que identifica a ambas autoras separadas por dos siglos, con vivencias tan diferentes y con pensamiento

tan coincidente en muchos de los aspectos que trata, indicio de que aún nos queda mucho camino por recorrer en el tema penitenciario, en definitiva, en la introducción de

la ética en la conducta de todos, lo que repercutiría en la ética social, regeneradora.

¿Sigue siendo un ideal imposible de alcanzar?

Remedios Morán Martín

Catedrática de Historia del Derecho

Departamento de Servicios Sociales y Fundamentos Histórico-Jurídicos
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

MARTINICO, Giuseppe, *Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, 215 pp., ISBN 978-110-886-615-6.

<https://doi.org/10.18543/ed.2802>

Publicado en línea: junio 2023

El estudio del fenómeno populista ha sido abordado de forma interdisciplinar desde la ciencia política, la sociología y la filosofía. El carácter heterogéneo de los partidos, movimientos y líderes que han sido descritos con el adjetivo de populistas provoca que la naturaleza y la dimensión del término resulte confusa y vaga. El lector que busque en esta obra una descripción sistemática e integral del fenómeno no verá colmado sus deseos, pues, no es intención del autor proporcionar una respuesta a un interrogante que ya muchos han intentado responder sin éxito. El propósito que persigue Giuseppe Martinico con su obra es de otra índole, lo que el profesor italiano pretende es arrojar luz en torno a la relación que se establece entre constitucionalismo y populismo.

La publicación del libro se revela, sin duda, como pionera y novedosa en el ámbito del derecho público comparado, y sirve para responder al déficit existente en la materia. A diferencia

de otras disciplinas, hasta una época muy reciente existía una notoria ausencia de estudios que analizaran la relación entre el populismo y las instituciones del estado democrático de derecho. Aunque del título de la obra pudiera desprenderse que se trata de un estudio monográfico acerca del caso italiano, esta deducción sería un completo equívoco. Italia le sirve al autor para ilustrar el marco teórico general sobre constitucionalismo y populismo que él nos propone, pero ello se contextualiza y completa con un amplio y diverso número de experiencias internacionales.

Debe resaltarse el hecho de que la obra no posee un valor meramente descriptivo o neutro. Giuseppe Martinico realiza una defensa acérrima del modelo de constitucionalismo sustantivo que se consolidó en Europa después de la segunda guerra mundial. Un modelo reconocedor y garante de los derechos de la persona y su dignidad. Se muestra, por tanto, crítico con

aquellos que, como Colón Ríos, proponen una concepción débil del constitucionalismo. Pero su defensa del modelo constitucional europeo no resulta, sin embargo, acrítica. Por el contrario, destaca como el ascenso del populismo se debe, en parte, al propio funcionamiento del estado constitucional, y de ahí que pretenda aprovechar el ataque que realizan los populistas, para fortalecer el proyecto constitucional.

La estructura de la obra logra transmitir de forma clara la tesis del autor. Tras los dos capítulos iniciales dedicados a desarrollar el marco teórico general (capítulo 1) y ofrecer detalles acerca del contexto italiano (capítulo 2), los capítulos sucesivos (del tercero al sexto) se dedican a justificar el argumento e ilustrar como opera el populismo, en especial, en el caso italiano. Dedicándose un capítulo final a la defensa del Estado constitucional.

La tesis. La relación entre el populismo y constitucionalismo: mimetismo y parasitismo

La posición del autor no se encuentra entre la de aquellos que abogan por una total oposición entre populismo y constitucionalismo. En lugar de negar la relación que se establece entre ambos conceptos, prefiere poner el énfasis en la instrumentalización que el populismo hace de los términos usados por el constitucionalismo, tales como «pueblo, mayoría o democracia» (p. 11). En este sentido, el populismo es identificado por el autor por tres rasgos: «el abuso del principio de la mayoría, el desarrollo de una política

identitaria y la preferencia por la inmediatez, en perjuicio de las instituciones representativas» (p. 15).

La descripción del populismo como un fenómeno que invoca el principio de soberanía popular, con sustancial al estado constitucional, para consolidar una dinámica política excluyente-schmittana de amigo/enemigo, y para atacar el pluralismo de las instituciones democráticas, conduce al autor a definir la relación entre populismo y constitucionalismo como mimética y parasitaria. Con estos dos términos, prestados de la biología, Martinico se refiere a la forma en que el populismo recurre al lenguaje constitucional –mimetismo–, para terminar con las jerarquías axiológicas y con el carácter contra mayoritario del constitucionalismo –parasitismo– (p. 19).

Como bien se indica en la obra, los argumentos ofrecidos por el populismo no son novedosos. La tensión entre el principio de soberanía popular y el ejercicio limitado de esa soberanía es intrínseca al constitucionalismo, de manera que el rechazo a los límites ha contado tradicionalmente con aguerridos defensores en el seno de la tradición revolucionaria jacobina francesa. Es por ello que, probablemente, Martinico nos anima a afrontar el desafío populista no con pesimismo, sino como una oportunidad para abordar las grandes cuestiones irresueltas de la tradición constitucional.

En la medida en que el autor asume la defensa de un modelo constitucional sustantivo no debe sorprender al lector que desde un inicio se desdeña el término de «constitucionalismo populista» – usado por autores tales

como Corso, Blokker y Alterio –como un oxímoron normativo imposible de realizarse, por ser una contradicción en sus términos. El autor acepta el desafío que plantea el populismo, pero le niega a éste su capacidad para ofrecer una teoría del estado constitucional consistente (p. 26-28).

La inconsistencia de las críticas realizadas por el populismo al estado constitucional, y su carácter parasitario es desarrollado a lo largo de toda la obra. La colisión entre el populismo y el carácter representativo de la democracia constitucional y el estado de derecho se revela de forma magistral a partir de la relación que el ejecutivo de *la Lega* y el *Movimento Cinque Stelle* mantienen con elementos tales como: la cláusula de apertura del ordenamiento nacional al derecho internacional y supranacional (capítulo 3), la particular defensa del referéndum que apoyan (capítulo 4), el desprecio por los procedimientos parlamentarios (capítulo 5), y la propuesta para introducir el mandato imperativo de los diputados (capítulo 6).

El caso italiano. Deudor de su historia y del contexto europeo

Antes de que el autor desentrañe la forma en que el populismo se relaciona con los distintos elementos del estado constitucional, contextualiza el caso italiano en el espacio – regional europeo – y en el tiempo. En los estudios acerca del populismo resulta habitual que se citen los ejemplos de países de América Latina y Europa Central y del Este, omitiéndose con frecuencia otros supuestos como el

italiano. Es por ello que, a nivel comparado, la obra constituye una valiosa aportación, y permite conocer cómo el populismo ha incidido en el funcionamiento de uno de los estados fundadores de las comunidades europeas.

La República italiana, como bien recuerda Martinico, posee en la resistencia antifascista su mito fundacional. El pluralismo y la defensa del estado de derecho se encuentran en el origen de un pacto constituyente apoyado por fuerzas políticas de distinta naturaleza. Aun así, desde la creación de la asamblea constituyente, el populismo y el antiparlamentarismo han mantenido una presencia notable en el sistema político nacional, siendo ejemplo de ello tanto el partido del *Fronte dell'Uomo Qualunque*, como la *Forza Italia* de Silvio Berlusconi. Un antipartidismo y antiparlamentarismo que se observa en las dos expresiones del populismo contemporáneo, es decir, *la Lega* y el *Movimento Cinque Stelle*.

Ambos partidos son identificados como populistas, pero no de la misma naturaleza. Si *la Lega* es un ejemplo paradigmático de lo que significa la política de la identidad, la articulación de una definición excluyente del pueblo y la democracia, la distopía tecnopopulista del *Movimento de Cinque Stelle* constituye un ejemplo prototípico de lo que comporta la política de la inmediatez, o la preferencia de la democracia directa por sobre de los elementos representativos del Estado. Por otra parte, en la voluntad de evitar que el populismo devenga un término estéril, utilizado de forma indiscriminada para describir cualquier actitud,

el estudio opta por no atribuir a Renzi la categoría de líder populista.

La política de identidad y el principio de apertura

Mientras que la relación que se establece entre el populismo y la política de la inmediatez, léase el desprecio por el parlamentarismo y las instituciones de intermediación, se realiza de forma exhaustiva a lo largo de tres capítulos, el principio de identidad es observado, en el capítulo tercero, desde la perspectiva de la cláusula de apertura del ordenamiento nacional al derecho internacional. Un capítulo que, en cualquier caso, se revela de gran interés no sólo para el lector interesado en el populismo, sino para todo aquel interesado en el funcionamiento y el futuro de la Unión Europea

Lo cierto es que la defensa de la soberanía nacional y el consecuente euroescepticismo es un rasgo compartido por *la Lega* y el *Movimento Cinque Stelle*, nos dice el autor. Si el primero identifica al migrante como la amenaza para la nación, el segundo denuncia a las élites internacionales y al neoliberalismo como causantes de la miseria de los italianos. Aunque ambos partidos son asociados a la política de la identidad, Martinico centra su atención en la actuación de Salvini, *la Lega* y Melloni, a quienes asimila con la concepción de soberanismo excluyente que defienden la Hungría de Orbán y la Rusia de Putin.

El soberanismo que los populistas reivindican asevera que el orden internacional es incompatible con el nacional, y retrata a los derechos humanos

como una amenaza para la integridad territorial y la identidad nacional del estado. La sentencia del Tribunal constitucional húngaro de 30 de noviembre del 2016 ilustra de forma meridiana la concepción excluyente e identitaria de la soberanía que los populistas poseen.

Las críticas se fundamentan, sin embargo, en un argumento falaz que el autor desenmascara, por cuanto no es cierto que la Unión Europea pretenda terminar con la soberanía de los estados, ni que estos hayan renunciado al ejercicio de la soberanía. Todo lo contrario, la Unión Europea facilita la realización de los valores del constitucionalismo en el nivel nacional, de la misma forma que los estados continúan ejerciendo su soberanía, y prueba de ello lo constituye la teoría de los *contralimiti* desarrollada por el Tribunal constitucional italiano.

Giuseppe Martinico, gran conocedor del contexto europeo, pone énfasis en cómo ciertas políticas de la Unión, tales como la austeridad, han favorecido los argumentos de los populistas. Así, la regulación incompleta y asimétrica de la gobernanza económica de la Unión ha motivado que tribunales, como el Tribunal Constitucional alemán fiscalicen la actuación de los órganos de la Unión, como el Banco Central Europeo. Pero lo que en el caso alemán se ha erigido como una infracción del deber de prudencia que los Tribunales deben respetar, en el supuesto de los populistas se ha manifestado como un intento por subvertir el proceso de integración. A la postre, los populistas abogan por ignorar la cláusula de apertura (artículo 10.2 CE, o artículo 10 y 11 de la

Constitución italiana) y retornar a un punto previo en que los ordenamientos jurídicos nacionales, con la constitución en la cima, se comprendían de forma aislada y omnipotente.

El referéndum y la política de la inmediatez

La obsesión de los líderes populistas por establecer una relación directa y personal con el pueblo les conduce a privilegiar instrumentos como el referéndum en lugar de los mecanismos de deliberación habitual de la democracia representativa. Históricamente, el uso del referéndum como cauce para conocer la voluntad popular y adoptar decisiones se ha defendido con reservas, y, en todo caso, se ha entendido como un mecanismo que completa, pero no sustituye, a los elementos representativos de la democracia. En este sentido, la obra nos ofrece un análisis comparado de su regulación, en países tales como Suiza, Canadá, Estados Unidos o Reino Unido. Un análisis que prueba como al referéndum se le impone límites –de materia, alcance o claridad–.

Los populistas ven, sin embargo, en el referéndum un instrumento, no para conocer la voluntad del pueblo, sino para confirmar una decisión previamente adoptada. De esta forma, la consulta al pueblo es instrumentalizada para poder ignorar y sustituir los procedimientos parlamentarios. Sirva como ejemplo, no sólo Italia, sino Hungría o las propuestas formuladas por Marine Le Pen en Francia. En lo concerniente al caso italiano, Martinico destaca como el gobierno de la

Legge y el *Movimento Cinque Stelle* se sirvieron del referéndum para aprobar en 2020 una reforma que debilitó al parlamento mediante la aprobación de la reducción del número de parlamentarios y la introducción de una modalidad de referéndum legislativo.

Los desafíos y riesgos que entraña el carácter camaleónico del referéndum han motivado que, incluso, entre aquellos que defienden el instrumento, se haya abogado por la cautela y la claridad en lo que concierne a su uso. En este sentido, el autor, siendo consciente de los potenciales peligros que el referéndum conlleva, no se resiste a desecharlo como un mero instrumento populista. Al contrario, a partir del estudio comparado rescata el concepto para el constitucionalismo, y enfatiza como el hecho de poseer una regulación clara, en con el contexto institucional adecuado, puede tornar al referéndum en un instrumento idóneo para canalizar el derecho de participación.

El asalto a la institución parlamentaria y la introducción del mandato imperativo: Las otras expresiones de la política de la inmediatez

El capítulo quinto y sexto están estrechamente entrelazados con el capítulo que les precede. La instrumentalización del referéndum, el desprecio a los procedimientos parlamentarios y la propuesta para reintroducir el mandato imperativo son, en realidad, expresiones que todas ellas obedecen a una misma concepción de la democracia, una que resulta ser contraria a la

aceptación del pluralismo, impaciente con los límites y procedimientos –como bien nos dice el autor– e intolerante con el compromiso.

El populismo crítica la política profesional y la describe como elitista, instrumentaliza los procedimientos parlamentarios para evitar la deliberación e imponer en el menor tiempo posible su voluntad, y ataca la autonomía de los representantes políticos, a quienes concibe como una mera coorea de transmisión, pero no como actores con capacidad para deliberar, transaccionar y alcanzar acuerdos.

Giuseppe Martinico, en este sentido, señala el abuso de los procedimientos parlamentarios y la propuesta de reintroducir el mandato imperativo como dos expresiones de la política de inmediatez que los populistas propugnan. El rechazo al carácter representativo de la democracia se ilustra, en especial, a partir de las propuestas del *Movimento Cinque Stelle*, el cual se distingue por reivindicar una concepción de la voluntad popular y la democracia directa –de naturaleza roussionana–, que encuentra su génesis en la revolución francesa. La presencia continua de autores que, a lo largo del desarrollo de la historia constitucional han tratado de presentar las instituciones representativas como contrarias a la democracia, motiva al autor a estudiar el derecho comparado y la experiencia histórica para desmentir los argumentos que los populistas instrumentalizan.

En lo que concierne al desprecio por los procedimientos parlamentarios, ello debe situarse en un contexto general en que el protagonismo de los parlamentos ha cedido espacio ante el

auge de los ejecutivos. El autor no comparte, sin embargo, las tesis de aquellos que identifican el proceso de integración europea como causante de estas dinámicas; a su juicio, la erosión de la centralidad de la institución parlamentaria se encuentra en el énfasis que se otorga al principio de eficiencia. Aunque, en todo caso, la erosión que sufren los parlamentos durante el mandato populista no se debe a motivos estructurales, sino a su concepción anti-pluralista de la democracia.

La reducción del número de parlamentarios, la instrumentalización del decreto-ley, la preferencia por la iniciativa parlamentaria, en lugar del proyecto de ley, y por los mecanismos de comunicación directa que han caracterizado al gobierno de Conte, son algunos ejemplos que nos ofrece el autor para reflejar la impaciencia de los populistas con los procedimientos. En definitiva, de todo ello resulta claro que los populistas no están interesados en el debate sosegado, o en la búsqueda del consenso, sino en la imposición de lo que es interpretado como la voluntad de la mayoría.

Por otra parte, en lo relativo a la defensa del mandato imperativo realizada por el *Movimento Cinque Stelle*, Martinico lo describe como contrario a la tradición constitucional. Destaca que, a nivel comparado, su existencia únicamente se ha dado en el seno de los ordenamientos de países del bloque comunista que no pueden catalogarse, precisamente, como regímenes democráticos. Es cierto que el autor reconoce el transfuguismo político como un problema de primer orden para el funcionamiento del sistema político italiano, pero desconfía de las

soluciones ofrecidas por unas formaciones populistas que se caracterizan por su discurso antipartidista, y por una organización de sus estructuras internadas regidas por el personalismo y la falta de transparencia.

Una invitación a fortalecer el estado constitucional

El autor termina la obra con un capítulo final de naturaleza propositiva y optimista. En lugar de sumirse en el pesimismo, Giuseppe Martinico propone fortalecer el estado constitucional para así combatir el discurso populista. Al fin, no ignora la legitimidad de muchas de las críticas formuladas por el populismo, asociadas a la crisis de confianza que existe entre ciudadanía y representantes políticos. Lo que desea

el autor es filtrar las demandas de los populistas para tornarlas en compatibles con el constitucionalismo.

Sus últimas páginas, aunque reconocen la necesidad de acometer reformas, son un alegato en favor de los partidos políticos, el proceso de integración europeo, la deliberación parlamentaria y el reconocimiento de las bondades que el derecho de acceso a Internet puede poseer en la vertebración del derecho de participación política.

La obra escrita por Giuseppe Martinico, sirviéndose del caso italiano, proporciona un marco teórico con el que comprender las relaciones que se establecen entre populismo y constitucionalismo. Resulta, sin duda, un libro de obligada lectura para cualquiera interesado en el derecho publicado comparado y en la Unión Europea.

David Mier Galera

Investigador predoctoral de Derecho constitucional
Universidad Pompeu Fabra

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO*.
REVISTA DE DERECHO PÚBLICO COLABORAN /
THIS ISSUE INCLUDES CONTRIBUTIONS FROM:

Alfredo ABADÍAS SELMA es Profesor Contratado Doctor en Derecho penal en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) (España).

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES es Profesor Titular de Derecho constitucional adscrito al Departamento de Derecho Político de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (España).

Amalia BALAGUER PÉREZ es Profesora Ayudante Doctora de Derecho constitucional en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (España).

Roberto CRUZ-PALMERA es Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal en la Universidad de Valladolid (España).

María DALLI ALMIÑANA es Profesora del Departamento de Derecho constitucional, Ciencia Política y de la Administración en la Universidad de Valencia (España).

Ángel FERNÁNDEZ SILVA es Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España).

Elena GARCÍA-CUEVAS ROQUE es Profesora Contratada Doctora en el Departamento de Servicios sociales y fundamentos histórico-jurídicos en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (España).

Pablo GÓMEZ PERPINYÁ es Investigador en la Universidad Complutense de Madrid (España).

María del Ángel IGLESIAS VÁZQUEZ es Profesora de Derecho Internacional Público, Unión Europea y Derechos Humanos en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) (España).

Stephani Violeta PALIZA OBANDO es Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL) (Perú).

Diego Alberto ZAPATA GONZALES es Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL) (Perú).

Alba UZAL SÁNCHEZ graduada en el Doble grado en Derecho y Relaciones Laborales por la Universidad de Deusto (España).

Cristian Antonio MORLANS PARDOS es Doctorando en Derecho Penal Económico en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR) (España).

Olaya GODOY VÁZQUEZ es Profesora Ayudante Doctora de Derecho constitucional en la Universidad Complutense (España).

Naiara ARRIOLA ECHANIZ es Profesora Doctora de Derecho constitucional en la Universidad de Deusto (España).

Remedios MORÁN MARTÍN es Catedrática de Historia del Derecho en el Departamento de Servicios Sociales y Fundamentos Histórico-Jurídicos en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (España).

David MIER GALERA es Investigador predoctoral de Derecho constitucional en la Universidad Pompeu Fabra (España).

Cada autor es responsable de sus asertos y opiniones. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* solamente de que el valor científico de sus trabajos les merece ser publicados.

ESTUDIOS DE DEUSTO. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos en castellano o en inglés que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho público. La Revista no cobra importe alguno a los autores por el envío de los artículos, ni por su evaluación, ni por su posterior publicación. Además de artículos resultado de investigaciones originales, la revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* publica reseñas de publicaciones u obras científicas. Al respecto no acepta reseñas no solicitadas. No obstante, agradece sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.
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 Din A 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 Ascencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.
(Borrego Nieto, Gómez Ascencio 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. **Idiomas:** Los autores son responsables de usar un inglés o un castellano adecuado, y pueden recurrir a servicios profesionales de idiomas, preferentemente antes del envío del manuscrito.
6. **Envío:** Los manuscritos deben ser enviados únicamente al siguiente correo: revistaestudios@deusto.es. Los autores recibirán un acuse de recibo por parte de la Dirección de la Revista en un plazo máximo de 7 días, comunicándoles la aceptación del trabajo a efectos de su posterior evaluación por pares o el rechazo por no respetar los criterios que se han indicado en cuanto al formato, idiomas o enfoque de la Revista. En caso de que el rechazo sea motivado por cuestiones

de formato, los defectos podrán ser subsanados y por tanto se podrá llegar a aceptar el manuscrito y someterlo a la correspondiente evaluación por pares. En cambio, si el rechazo se debe a que el trabajo no está ni en inglés ni en castellano, los idiomas aceptados por la Revista para su publicación, o si se debe a que el trabajo no aborda aspectos de Derecho público, el manuscrito será rechazado sin que sea evaluado. Actualmente no hay ningún tipo de tasa o cargo para los autores por enviar manuscritos, aceptarlos, evaluarlos o publicarlos.

7. **Proceso de evaluación:** Estudios Deusto. Revista de Derecho Público utiliza el sistema de evaluación «doble ciego», por lo que debe desconocerse tanto la identidad del evaluador como del autor durante el proceso de evaluación del trabajo. En este sentido, se hará todo lo necesario para evitar que se pueda desvelar la identidad de los evaluadores y de los autores de los trabajos. Es nuestra intención que los autores conozcan la no aceptación del manuscrito no revisado en un plazo de 7 días desde la recepción del manuscrito, y en caso de que se acepten para su evaluación, el proceso puede prolongarse de 2 a 3 meses.

Aviso de derechos de autor/a

Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista Estudios Deusto. Revista de Derecho Público, aceptan las condiciones que se detallan a continuación sobre derechos de autor y se comprometen a cumplirlas.

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. Derechos de los autores, responsabilidad y Código ético:
 - a) Los autores garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicados 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. Revista de Derecho Público (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 Deusto. Revista de Derecho Público y de una manera que no sugiera un respaldo al autor o a su trabajo por parte de la Revista.
 - 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.
 - e) Los autores son los únicos responsables de las consecuencias que puedan derivarse de las reclamaciones de terceros sobre el manuscrito enviado y su publicación en la Revista Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público.
3. Usuarios: Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una publicación de acceso abierto. Su contenido es gratuito. Se permite el acceso completo e inmediato, la lectura, la búsqueda, la descarga, la distribución y la reutilización en cualquier medio o formato solo con fines no comerciales y de conformidad con la legislación de derechos de autor aplicable, sin el permiso previo de la Revista o del autor(es). En cualquier caso, se debe hacer un reconocimiento adecuado de

la fuente de publicación original y cualquier cambio en el trabajo original debe indicarse claramente y de una manera que no sugiera el respaldo del autor o de la Revista en absoluto. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Código ético

Estos compromisos están basados principalmente en las políticas de actuación de Elsevier, así como en las pautas o buenas prácticas recomendadas por COPE (*Committee on Publication Ethics*).

1. Ámbito de actuación y objetivos de la Revista

1.1. Ámbito de la Revista

La revista *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* es una revista científica con una larga trayectoria en el ámbito del Derecho que publica dos números anualmente y que es de acceso abierto. Publica trabajos escritos en castellano o en inglés que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho público, así como reseñas de publicaciones científicas en el ámbito del Derecho público.

1.2. Financiación

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista científica especializada editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y que únicamente cuenta con el apoyo económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto.

2. Organización de la Revista

2.1. Órganos

La revista *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* cuenta con un equipo editorial conformado por una Dirección, un Consejo de Redacción y un Consejo Asesor.

La Dirección de la Revista está conformada por el Director y la Secretaria General. Y es designada por parte de la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) entre su profesorado. Y del mismo modo dicha autoridad podrá decidir su cese y su sustitución por otras personas.

El Consejo de Redacción está conformado por profesores y expertos especializados en el ámbito del Derecho. A solicitud de la Dirección de la Revista pueden ayudar y asesorar acerca de la publicación de los manuscritos recibidos. Igualmente, son consultados ante un cambio en el enfoque y alcance de la Revista.

El Consejo Asesor está conformado por profesores y expertos especializados en el ámbito del Derecho. A solicitud de la Dirección de la Revista pueden ayudar y asesorar acerca de la publicación de los manuscritos recibidos, así como pueden evaluar manuscritos recibidos por parte de la Revista y proponer evaluadores para dichos manuscritos por la temática que abordan.

El Consejo de Redacción, al igual que el Consejo Asesor, es designado a propuesta de la Dirección de la Revista por parte de la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) entre profesores y/o profesionales de reconocido prestigio. Y del mismo modo dicha autoridad podrá decidir su cese a propuesta de la Dirección de la Revista.

2.2. Obligaciones generales de la Dirección de la Revista

La Dirección 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.
 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 y personales a los compromisos intelectuales y éticos que asume la Revista.
 8. Revisar continuamente y asegurarse del cumplimiento de los compromisos intelectuales y éticos asumidos por la Revista junto con el Consejo de Redacción.
- 2.3. Confidencialidad y tratamiento de los conflictos de interés de los órganos de la Revista
- La Dirección, el Consejo de Redacción y el Consejo Asesor de la Revista no deberán proporcionar información sobre los artículos enviados para su eventual publicación a ninguna persona que no sea el autor correspondiente y los potenciales o actuales evaluadores del artículo. Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de los integrantes de la Dirección de la Revista, del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor o de cualquiera otra de las personas que puedan tener acceso al mismo, 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 igualmente en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal.
- Los integrantes de la Dirección, del Consejo de Redacción o del Consejo Asesor 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.
3. Propiedad intelectual y tratamiento de los datos
- Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicados en cualquier forma anteriormente; y que no está preparando su publicación en otra parte.
- 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.
- No obstante, 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 Deusto. Revista de Derecho Público*.
- Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* es una revista de acceso abierto y su contenido puede ser libremente usado, leído, descargado, distribuido en cualquier medio solo para fines no comerciales sin autorización previa del editor o de los autores. En todo caso, deberá citarse la fuente y el autor de la publicación original e indicar claramente cualquier cambio que se haya realizado sin que parezca de ningún modo que cuenta con el respaldo del editor o de los autores. La Revista se publica esencialmente en línea a través del sistema 'Open Journal Systems (OJS)' que integra el protocolo OAI (Open Archive Initiative) para una mayor difusión y transmisión de sus contenidos en internet, así como para una mayor accesibilidad y reutilización de sus contenidos por la comunidad científica y la sociedad en general.
4. Relación con los autores
- 4.1. 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.

4.2. 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.

4.3. Proceso de evaluación y Decisiones respecto a la publicación

El proceso de evaluación está sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Los autores no conocerán la identidad de los evaluadores, 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.

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 órganos de la Revista (Dirección y/o Consejo de Redacción y/o Consejo Asesor), 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, 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.

4.4. Obligaciones de los autores

4.4.1. 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.

La Dirección de la Revista comprobará la originalidad de los manuscritos presentados mediante el uso de la aplicación TURNITIN antes de ser evaluados anónimamente por evaluadores expertos externos e independientes para su posible publicación en la Revista.

4.4.2. 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.

Los autores deberán asegurarse en su caso de que todos los coautores estén debidamente incluidos, y que no haya ninguna persona mencionada como autora indebidamente.

Igualmente, todos los autores deberán haber visto y aprobado la versión final del trabajo y su envío para su publicación.

4.4.3. 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 claramente en el manuscrito.

En caso de que no se hayan revelado algunos de ellos antes de la publicación, la Dirección de la Revista deberá publicar las correcciones correspondientes.

4.4.4. 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.

4.4.5. 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.

4.4.6. Manipulación de las fuentes

La manipulación o alteración de las citas del manuscrito no se considera ético o aceptable. Se estima que se produce esa situación cuando se añaden citas que no se corresponden o no encajan adecuadamente con el contenido del manuscrito y/o que se incluyen con la finalidad de aumentar de manera artificial las citas de un autor o una revista.

4.4.7. Errores en los artículos publicados

Si un autor descubre un error o inexactitud relevante en su propio trabajo ya publicado, deberá notificárselo inmediatamente a la Dirección de la Revista y colaborar con ella en la corrección o retractación del error cometido. Si la Dirección de la Revista tiene conocimiento de un error relevante en un trabajo publicado a través de una tercera persona, se le notificará inmediatamente este hecho al autor del trabajo afectado para que pueda alegar lo que estime conveniente, en particular para que pueda enviar la correspondiente retractación y corrección o acreditar la veracidad y corrección de su trabajo. La Dirección analizará la situación y adoptará una decisión definitiva al respecto, que se comunicará al autor.

5. Relación con los evaluadores

5.1. Obligaciones de los evaluadores

El proceso de evaluación está sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Los evaluadores no conocerán la identidad de los autores, ni de los demás evaluadores del mismo ma-

nuscrito, 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 con previa autorización expresa de la Dirección de la Revista.

Los evaluadores deberán actuar objetivamente, y emitir juicios y evaluaciones claras y precisas, suficientemente argumentadas e imparciales.

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 para que proceda en consecuencia.

5.2. 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 deberán ser usadas 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.

Los evaluadores manifestaran a la Dirección de la Revista, antes de llevar a cabo la evaluación, cualquier conflicto de interés en el que se puedan encontrar, ya sean personales, académicos, o comerciales.

5.3. Derechos de los evaluadores

Los evaluadores asisten a la Dirección de la Revista en las decisiones sobre la publicación de los artículos y de este modo contribuyen a la mejora de la Revista. Igualmente, tienen derecho a pedir la ayuda que necesiten a la Dirección de la Revista.

Los evaluadores tienen derecho a pedir a la Dirección de la Revista la acreditación de su colaboración con la Revista evaluando manuscritos.

6. Tratamiento de las reclamaciones y sanciones

Si hay sospechas fundadas sobre el incumplimiento de las normas éticas del presente Código, la Dirección de la Revista procederá a investigar inmediatamente el asunto. Con este propósito podrá consultar con el Consejo de Redacción, así como solicitar asesoramiento al Consejo.

Si el Director de la Revista finalmente estima que un autor o autores han infringido las normas éticas sobre publicación de la Revista, éste se reserva el derecho a imponer sanciones como pueden ser la no aceptación de ulteriores manuscritos que pueda presentar el autor o autores, el rechazo de la publicación de manuscritos del autor o autores en proceso de evaluación, así como la retirada o la corrección del trabajo publicado por el autor o autores en la Revista.

La Dirección de la Revista con el eventual asesoramiento del Consejo de Redacción y del Consejo Asesor decidirá sobre si es necesaria una retirada del trabajo de la Revista o si es suficiente con una corrección del mismo.

Además, si las sospechas fundadas sobre el incumplimiento de las normas éticas del presente Código recaen sobre algún miembro del Consejo de Redacción o del Consejo Asesor, la Dirección de la Revista procederá a investigar inmediatamente el asunto pudiendo contar con el asesoramiento del Consejo de Redacción y/o del Consejo Asesor, sin la participación del miembro o de los miembros afectados de tales órganos. Si el Director de la Revista finalmente estima que un

miembro o miembros del Consejo de Redacción o del Consejo Asesor ha infringido estas normas éticas, propondrá a la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) la adopción de alguna medida sancionadora, entre las que podrá estar su cese inmediato. La decisión final será adoptada por dicha máxima autoridad.

Igualmente, si la persona afectada por estas sospechas de incumplimiento de las normas éticas del presente Código es la propia Dirección de la Revista, la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) será quien ordene la investigación y decida finalmente si debe adoptarse o no alguna medida sancionadora, entre las que podrá estar su cese inmediato.

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 71, Issue 1, January-June 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7112023>

Table of contents

Studies

The new regulation of fraudulent use of non-cash means of payment under the december 22nd, 2022, reform: an analysis of article 249.1 b) and 2 b) of the Spanish Criminal Code

ALFREDO ABADÍAS SELMA

The universalization of the right to Higher Education. The case of the blending learning education: Teacher-Tutor in UNED

JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES

The Regulation of Social Housing and the adaptation of the Legislation to the European context

AMALIA BALAGUER PÉREZ

The Crime of Terrorist Self-Training, Art. 575.2 of the Spanish Penal Code. an Analysis in the Key of Imputation

ROBERTO CRUZ PALMERA

Care homes, hospitals and elderly people during COVID-19: a study of the impact on fundamental rights

MARÍA DALLI ALMIÑANA

Popular Legislative Initiative in Spain: a legal and practical study

ÁNGEL FERNÁNDEZ SILVA

Election of Constitutional Judges by the branches of Government and preservation of the necessary independence

ELENA GARCÍA-CUEVAS ROQUE

The Senate: renovated scenario for political contest. Appearances, debates and reform

PABLO GÓMEZ PERPINYA

From Genocide to cultural Genocide, Ethnocide, Ethic Cleansing (and desnazification)

MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ

Sexual Violence as an International Crime in the Russian-Ukrainian Conflict, 2014-2022

DIEGO ALBERTO ZAPATA GONZALES Y STEPHANI

VIOLETA PALIZA OBANDO

Juan Churruga Award

The Protection of the Whistleblower against Business Retaliation: a Lacuna in the Spanish Legal System

ALBA UZAL SÁNCHEZ

Book reviews