

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

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

Vol. 71/2 julio-diciembre 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7122023>

Sumario

Estudios

Las nuevas tecnologías en las políticas migratorias y de control de fronteras españolas y europeas. Un reto para la vigencia de los derechos fundamentales

CARLOS ARCE JIMÉNEZ

Las libertades de expresión e información en el contexto digital

CARMEN CARRILLO FRANCO

La recepción del principio de precaución por el Tribunal Constitucional español. Una propuesta integradora

JUAN JOSÉ GUARDIA HERNÁNDEZ

Aplicabilidad del derecho a la legítima defensa contra el terrorismo internacional como ataque armado

ARITZ OBREGÓN FERNÁNDEZ

La protesta social como derecho fundamental desde la Corte Constitucional Colombiana

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA

GRANADOS

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como instrumento para contrarrestar el retroceso del Estado de Derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales (Algunas reflexiones doctrinales)

YULIA REMINSKA

La encrucijada competencial en el sistema eléctrico español

IRENE RUIZ OLMO

Municipios, constitución y reordenación de la planta local en España: Pasado, presente y futuro

ANA TORRECILLAS MARTINEZ

Los modelos de decomiso sin condena y la extinción de dominio en el Derecho comparado latinoamericano. Origen, tendencias y transformaciones por la Justicia Constitucional

EMILIO J. URBINA MENDOZA

Jurisprudencia

Desinformación y libertad de expresión: el bloqueo europeo de canales rusos ante la invasión de Ucrania a la luz de la Sentencia del Tribunal General (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, T-125/22, RT France c. Consejo de la UE

LORENA TRISTANTE PELLICER Y GERMÁN M. TERUEL LOZANO

Recensiones

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 71/2 julio-diciembre 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7122023>

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+, ANVUR clase A, 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. 71/2 julio-diciembre 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7122023>

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+, ANVUR clase A, Google Académico y WorldCat.

Scopus®



FECYT-473/2023
Fecha de certificación: 30 de julio de 2023 (7ª convocatoria)
Válida hasta: 28 de julio de 2024

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 71/2 julio-diciembre 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7122023>

Sumario

Estudios

- Carlos ARCE JIMÉNEZ, *Las nuevas tecnologías en las políticas migratorias y de control de fronteras españolas y europeas. Un reto para la vigencia de los derechos fundamentales* 15-49
- Carmen CARRILLO FRANCO, *Las libertades de expresión e información en el contexto digital* 51-89
- Juan José GUARDIA HERNÁNDEZ, *La recepción del principio de precaución por el Tribunal Constitucional español. Una propuesta integradora* 91-119
- Aritz OBREGÓN FERNÁNDEZ, *Aplicabilidad del derecho a la legítima defensa contra el terrorismo internacional como ataque armado* 121-146
- Juan Sebastián Alejandro PERILLA GRANADOS, *La protesta social como derecho fundamental desde la Corte Constitucional Colombiana* 147-165
- Yuliia REMINSKA, *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como instrumento para contrarrestar el retroceso del Estado de Derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales (Algunas reflexiones doctrinales)* 167-188

Irene RUIZ OLMO, <i>La encrucijada competencial en el sistema eléctrico español</i>	189-224
Ana TORRECILLAS MARTINEZ, <i>Municipios, constitución y reordenación de la planta local en España: Pasado, presente y futuro</i>	225-258
Emilio J. URBINA MENDOZA, <i>Los modelos de decomiso sin condena y la extinción de dominio en el Derecho comparado latinoamericano. Origen, tendencias y transformaciones por la Justicia Constitucional</i>	259-299

Jurisprudencia

Lorena TRISTANTE PELLICER y Germán M. TERUEL LOZANO, <i>Desinformación y libertad de expresión: el bloqueo europeo de canales rusos ante la invasión de Ucrania a la luz de la Sentencia del Tribunal General (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, T-125/22, RT France c. Consejo de la UE</i>	303-329
---	---------

Recensiones

ABADIAS SELMA, Alfredo, <i>El derecho penal frente a la discriminación laboral algorítmica</i> , por Mario Eduardo Maldonado Smith	333-336
LAISE, Luciano, <i>Cómo argumentar un caso penal</i> , por Eduardo Acosta Yparraguirre	337-342
PACE, Lorenzo Federico, <i>La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia</i> , por Beatriz Tomás Mallén	343-349
TOMÁS MALLÉN, Beatriz, <i>Intergrupos parlamentarios e integración europea</i> , por Jaime Clemente Martínez	351-355

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 71, Issue 2, July-December 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7122023>

Table of Contents

Studies

- Carlos ARCE JIMÉNEZ, *New technologies in Spanish and European migration and border control policies. A challenge for the validity of fundamental rights* 15-49
- Carmen CARRILLO FRANCO, *Freedom of speech and informative speeches in the digital scope* 51-89
- Juan José GUARDIA HERNÁNDEZ, *The reception of the Precautionary Principle by the Spanish Constitutional Court. An Integrative Proposal* 91-119
- Aritz OBREGÓN FERNÁNDEZ, *Applicability of the right to self-defence against international terrorism: the terrorist act as an armed attack* 121-146
- Juan Sebastián Alejandro PERILLA GRANADOS, *Social Protest as a Fundamental Right from the Colombian Constitutional Court* 147-165
- Yuliia REMINSKA, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights as an Instrument to counter the Rule of Law backsliding en National Legal Systems (Some Doctrinal Reflections)* 167-188
- Irene RUIZ OLMO, *The Competence Crossroads of the Spanish Electrical System* 189-224

- Ana TORRECILLAS MARTINEZ, *Municipalities, Constitution an Reorganisation of the Local Plant in Spain: Past, Present and Future* 225-258
- Emilio J. URBINA MENDOZA, *Models of confiscation without conviction and asset forfeiture in Latin American comparative law. Origin, trends, and transformations by Constitutional Justice* 259-299

Jurisprudence

- Lorena TRISTANTE PELLICER y Germán M. TERUEL LOZANO, *Disinformation and freedom of expression: invasion of Ukraine and the European blocking of Russian channels in the light of the Judgment of the General Court (Grand Chamber) of 27 July 2022, T-125/22, RT France v. Council of the EU* 303-329

Book reviews

- ABADIAS SELMA, Alfredo, *El derecho penal frente a la discriminación laboral algorítmica*, by Mario Eduardo Maldonado Smith 333-336
- LAISE, Luciano, *Cómo argumentar un caso penal*, by Eduardo Acosta Yparraguirre 337-342
- PACE, Lorenzo Federico, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, by Beatriz Tomás Mallén 343-349
- TOMÁS MALLÉN, Beatriz, *Intergrupos parlamentarios e integración europea*, by Jaime Clemente Martínez 351-355

Estudios

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y DE CONTROL DE FRONTERAS ESPAÑOLAS Y EUROPEAS. UN RETO PARA LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES¹

New technologies in Spanish and European migration and border control policies. A challenge for the validity of fundamental rights

Carlos Arce Jiménez

Profesor Doctor

Departamento de Derecho Público y Económico
Universidad de Córdoba

<https://doi.org/10.18543/ed.2926>

Recibido: 22.05.2023

Aceptado: 04.12.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Resumen

La gestión de la movilidad humana en España y la UE ha estado presidida en las últimas décadas por una orientación de seguridad que no prioriza reforzar una perspectiva de Derechos Humanos. La generalización del uso de las nuevas tecnologías en el control migratorio y fronterizo añade nuevos retos en esta materia, como una configuración político-jurídica de su aplicación respetuosa con los derechos fundamentales de las personas migrantes durante todo su periplo migratorio. En el presente artículo analizamos el estado en que se encuentra este proceso a nivel europeo y español, que desafortunadamente incide en la misma línea que en la etapa “analógica”, proponiendo alternativas para una aplicación “virtuosa” de las nuevas tecnologías a la gobernanza de la movilidad humana.

¹ Este artículo ha sido elaborado en el marco del Grupo de Investigación SEJ-372 “Democracia, pluralismo y ciudadanía” de la Universidad de Córdoba.

Palabras clave

Políticas migratorias, derechos fundamentales, nuevas tecnologías, fronteras, integración.

Abstract

Management of human mobility in Spain and EU in the last decades has been presided for a security guideline that doesn't prioritize a Human Rights perspective. Generalization of using new technologies in borders control and in migration policies brings new challenges in this field, such as achieving a legal-political configuration of its implementation respectful with fundamental rights of migrant people during hole migratory journey. This paper analyzes the current situation of this process at Spanish and European level, that unfortunately continues the same line of "analogical stage", proposing "virtuous" alternatives of new technologies applications to human mobility governance.

Keywords

Migration policies, fundamental rights, new technologies, borders, integration.

Sumario: I. PLANTEAMIENTO INICIAL. II. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS A LA GESTIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS EN TRÁNSITO Y FRONTERA. III. EL IMPACTO DE LAS HERRAMIENTAS DIGITALES EN LA INTEGRACIÓN Y EL EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA DE LAS PERSONAS DE ORIGEN MIGRANTE EN LOS PAÍSES DE DESTINO. IV. REFLEXIÓN FINAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

¿Cómo está afectando la incorporación de las nuevas tecnologías a las políticas de control de fronteras y de integración de las personas migrantes en España y la UE? ¿Es posible que esa incorporación se lleve a cabo de una forma respetuosa con los derechos fundamentales? A lo largo de este artículo trataremos de dar respuesta a estas preguntas. Para ello pondremos de relieve la incidencia negativa en los derechos de las personas migrantes que está teniendo la “tecnificación” de las fronteras y de las estrategias de integración españolas y europeas en diferentes niveles, tanto en lo relativo a la propia libertad circulación, como a la privacidad (intimidad y protección de datos de carácter personal), al acceso adecuado a la protección internacional o a los recursos sociales, entre otros. Por el contrario, también apuntaremos posibles aplicaciones de las nuevas tecnologías en este ámbito que pueden reforzar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

Para la consecución de estos objetivos revisaremos los principales documentos políticos, herramientas normativas, jurisprudencia y aportaciones doctrinales sobre esta materia en el contexto europeo y español, desde una perspectiva que va más allá de lo estrictamente político-jurídico y que pretende estar imbricada en la realidad social.

Somos conscientes de que algunas de las reflexiones que haremos en el apartado 3º sobre determinados conceptos, especialmente los vinculados a la “discriminación algorítmica”, son por supuesto igualmente aplicables a las herramientas tecnológicas analizadas en el 2º, pero entendemos que las materias tratadas en el capítulo en el que se exponen facilitan una mejor contextualización y comprensión.

Antes de entrar en el análisis específico de nuestro objeto de estudio, entendemos imprescindible realizar unas consideraciones generales para enmarcarlo. El abordaje político, mediático y normativo de la movilidad humana parte de un “pecado original”: desconocer que es un fenómeno consustancial a la humanidad, es decir, que el ser humano es en esencia un “ser migrante”. Por el contrario, se ha impuesto la perspectiva de las migraciones como un problema sobrevenido en el contexto contemporáneo necesitado de

solución (Domínguez 2019). Esta desviación inicial provoca que se genere una “realidad construida” de la movilidad humana, presidida por su criminalización y la representación de los flujos migratorios como amenazantes avalanchas descontroladas, que demanda medidas político-jurídicas excepcionales que no tienen entre sus prioridades el respeto de los Derechos Humanos de las personas migrantes (Arce 2019).

La “realidad construida” de las migraciones se asienta en unos mitos que poco tienen que ver con su “realidad real”. Domínguez, Cózar y Rodríguez han realizado un completo estudio sobre los mismos, apuntaremos una sumaria relación de los más relevantes (Domínguez 2019 y Cózar y Rodríguez 2019).

En primer lugar, se ha asentado en la opinión pública de los principales países de destino de las migraciones transnacionales contemporáneas (Europa Occidental y Norteamérica, esencialmente) que el advenimiento de la globalización ha abierto un periodo explosivo de movilidad humana sin precedentes. Sin embargo, recientes estudios sobre esta movilidad señalan que la humanidad ya ha vivido movimientos de población proporcionalmente similares en otros momentos históricos (finales del siglo XIX y primer tercio del XX, p.ej.) y que la tasa migratoria en relación con la población total se ha mantenido relativamente estable en las últimas décadas. Coincidimos con Domínguez en señalar que en esa percepción social de flujos descontrolados influye el hecho de que la ausencia de vías migratorias legales y seguras conviertan a las rutas de acceso informales en las únicas posibles para un porcentaje importante de la población mundial que desea migrar, y que, una vez llegadas a los países de destino, las personas migrantes se ven abocadas, aunque sea temporalmente, a la irregularidad administrativa (Domínguez 2019, 25 y ss.).

La búsqueda de la mejora de las condiciones de vida es el principal motor de la movilidad humana a lo largo de la Historia (Arce 2018). Sin embargo, ello no significa que el perfil mayoritario de las migraciones internacionales sea el de personas en situación de extrema pobreza, que se identifican con un riesgo para la sostenibilidad de los sistemas de protección social y los mercados laborales de los países de destino. Las cifras lo desmienten. Por ejemplo, África, región del planeta con un menor índice de desarrollo humano, tiene un peso muy relativo en la movilidad humana transnacional. Entre los 20 principales países emisores de migraciones internacionales, tan solo uno es africano, Egipto, que ocupa el último puesto en ese ranking (McAuliffe y Triandafyllidou 2022). Por otra parte, es muy diferente el deseo y/o necesidad de migrar y la posibilidad real de hacerlo. En un estudio de Gallup para la OIM de 2017 (Laczko, Tjaden y Auer 2017) se señalaba que tan solo un tercio de las personas que manifiestan su intención de migrar realiza acciones materiales dirigidas a llevarla a la práctica. El mismo informe destaca que esa diferencia se agudiza en los países con menos índice de desarrollo humano,

y que el perfil de las personas que desean migrar se aleja del estereotipo de pobreza extrema: la mayoría proviene de zonas urbanas (75%), tiene un nivel educativo medio-alto (66%) y son jóvenes en edad laboral (el 61% tiene entre 20 y 40 años).

Centrándonos en el ámbito europeo, también existen mitos sin base real que condicionan la percepción social de las migraciones y con ello la gestión político-jurídica que hacen de este fenómeno la Unión Europea y sus Estados miembro. Un informe elaborado por Globsec en 2019 (Ráczová y otros 2019) desvela esas incongruencias en algunos de los “estereotipos migratorios” más arraigados en la ciudadanía europea.

El informe destaca que, según el Eurobarómetro, en 2018 las migraciones irregulares seguían siendo la principal preocupación de la ciudadanía europea, manifestando una sensación de “invasión descontrolada” a través de las fronteras exteriores del Sur de la UE. Sin embargo, los datos indican lo contrario, ya que las llegadas por esta vía se han desplomado alrededor de un 90% desde el año 2015, cuando se produjo la denominada “crisis de los refugiados”:

Año	Llegadas	Personas muertas o desaparecidas
2015	1.032.408	3.771
2016	373.652	5.096
2017	185.169	3.139
2018	141.472	2.277
2019	123.663	1.510
2020	95.774	1.881
2021	123.318	3.231
2022	159.410	2.439

Datos de ACNUR². Incluye las llegadas a Chipre, Grecia, Italia, Malta y España.

A nuestro juicio, lo realmente llamativo es que hayan muerto o desaparecido más de 23.000 personas en la frontera Sur europea en apenas 8 años. Y significativo es que, proporcionalmente (en 2016 incluso en números absolutos), desde 2015 cada año es más peligroso tratar de acceder a Europa por estas rutas informales, fruto del incremento del control policial/militar de los límites exteriores de la UE y de la mayor implicación de los países de origen

² https://data.unhcr.org/en/situations/mediterranean#_ga=2.77333269.1489999958.1556808322-1154818739.1553270751 (17/05/2023)

y tránsito de las migraciones en el mismo (“externalización” de las fronteras europeas).

Una de las teorías que con más fuerza se ha promovido desde los espacios político-mediáticos de la extrema derecha es la del “gran reemplazo”³, según la cual habría un plan concertado entre el islamismo radical y la izquierda globalista para sustituir mediante las migraciones a la población europea blanca y cristiana por otra mestiza y musulmana. La ausencia de sustento racional de la teoría se ve ratificada por las cifras, ya que apenas el 5% de la población de la UE profesa la religión musulmana (incluyendo las personas europeas y las de origen migrante). Sin embargo, esas “teorías de la conspiración” calan en la población: en España ante la pregunta de “¿cuántas personas musulmanas viven en tu país?” la percepción (19%) casi quintuplica la realidad (4%) (Ráczová y otros 2019, 10-11).

¿Qué papel juegan las nuevas tecnologías en este contexto? A lo largo del artículo analizaremos con más detenimiento los impactos de la era digital en la movilidad humana. Baste ahora con adelantar que, por una parte, las nuevas vías de comunicación, especialmente las redes sociales, se han convertido en los pilares sobre los que se erige la “realidad construida” que está condicionando las políticas migratorias y de control de fronteras. Por otra parte, de forma creciente se están aplicando herramientas tecnológicas para la puesta en práctica de esas políticas, que no tienen como prioridad el respeto de los Derechos Humanos. Tanto en la gestión de fronteras como en el proceso de integración jurídica y sociolaboral de las personas de origen migrante se está consolidando un uso intensivo de las nuevas tecnologías. Indagaremos sobre ello en los próximos apartados.

Cerramos esta introducción destacando que la digitalización de la gestión de la movilidad humana está alcanzando a los niveles de la planificación general de las políticas migratorias y de fronteras, con el principal objetivo de anticipar escenarios posibles a través de “modelos” (sistemas predictivos basados en el trinomio clave del contexto digital: macrodatos, algoritmos e inteligencia artificial). Agencias de Naciones Unidas, instituciones de la UE (Comisión Europea o la EASO, p.ej.) y algunos Estados nacionales como Alemania ya están desarrollando programas de este perfil (Bither y Ziebarth 2021, 26).

³ [https://maldita.es/malditatexplica/20220718/gran-reemplazo-teoria-conspiracion/\(17/05/2023\)](https://maldita.es/malditatexplica/20220718/gran-reemplazo-teoria-conspiracion/(17/05/2023))
<https://www.newtral.es/gran-reemplazo-espana/20220524/> (17/05/2023)

II. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS A LA GESTIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS EN TRÁNSITO Y FRONTERA

La percepción de la existencia de una grave amenaza a la integridad de las fronteras por parte de las migraciones irregulares ha impulsado unas políticas de control fronterizo muy restrictivas. Esta tendencia se ha visto reforzada porque, debido a la pérdida de soberanía efectiva que han sufrido los Estados-nación con la globalización, las fronteras se han constituido como un espacio donde mostrar simbólicamente uno de los reductos de poder material estatal (Wihtol de Wenden 2000, 17-18). Por ello los avances tecnológicos aplicables al control de fronteras desde una perspectiva policial y de seguridad están siendo más que bienvenidos. A pesar de lo anterior, no se puede negar que la fiscalización del tránsito de personas y mercancías por las fronteras juega un papel relevante en la lucha contra la criminalidad organizada transnacional y el “terrorismo global”, así como en el mantenimiento de ese poroso concepto de la “seguridad nacional”. Sin embargo, el refuerzo tecnológico de la gestión fronteriza no ha demostrado tener una eficacia destacada en estos objetivos, y se ha acabado aplicando prioritariamente a la represión de los flujos migratorios por vías irregulares (Serra 2019).

De esta manera, algoritmos, inteligencia artificial, Big data o el “perfilado” hace años que se utilizan en la gestión diaria de las fronteras. Podemos encontrar distintos ejemplos de ello, como la automatización/digitalización de la toma de decisiones en los sistemas de visados, principal (y muy estrecha) puerta de entrada a las vías migratorias legales y seguras. Los avances tecnológicos de los medios de transporte, especialmente vía aérea, facilitan la movilidad humana y han incrementado exponencialmente las solicitudes de visados de corta duración (los conocidos como “de turista”), lo que ha hecho atractiva la incorporación de las nuevas tecnologías para dotar de rapidez y eficacia a estos procesos, pero conservando unos altos estándares de “seguridad”. Es decir, tratar el mayor número de solicitudes en el menor tiempo posible, evitando al mismo tiempo “riesgos migratorios”. Para la resolución automatizada se establecen unos parámetros (p.ej., respecto a los países de origen: algunos contarán con exención de visado, otros lo necesitarán como regla general o lo tendrán restringido, también habrá un listado de “países seguros” donde podrán ser devueltos los solicitantes que vean rechazadas sus solicitudes), se recaban datos de los solicitantes (desde legales-advos. a biométricos), se tratan (mediante bases de datos, algoritmos, técnicas de perfilado...) y se cruzan con dichos parámetros para obtener un resultado positivo o negativo. Entendemos que este tipo de sistemas no dan una respuesta adecuada a las exigencias relacionadas, entre otras cuestiones, con el acceso a la protección internacional (con una destacada incidencia en el “principio de no

devolución”) y son terreno abonado para la inseguridad jurídica y los sesgos discriminatorios.

Algunas de estas carencias se están poniendo de manifiesto en los países que han empezado a implementar dichos sistemas. Llama la atención la “Extreme Vetting Initiative” impulsada por el ICE (Immigration and Customs Enforcement) de los EE. UU., que incluye el rastreo de las redes sociales de los aplicantes a los visados del país norteamericano para valorar si pueden “contribuir positivamente a la sociedad y/o al interés nacional”, requisito abierto e indefinido (Bither y Ziebarth 2021, 7 y ss.). Por su parte, el Ministerio del Interior del Reino Unido puso en marcha el “Streaming Tool”, un sistema de decisión automatizada sobre visados que realizaba una primera criba en las solicitudes de visado para agilizar un segundo análisis más detallado, etiquetando con el color rojo las que tenían más opciones de ser rechazadas, con el amarillo a las que tenían una posición intermedia y con el verde a aquéllas con menos impedimentos para su aceptación. Organizaciones de la sociedad civil británica impugnaron judicialmente el sistema alegando que contenía un sesgo negativo respecto a las personas de origen africano, algo que fue certificado por los tribunales, que requirieron al Ministerio del Interior la retirada del “Streaming Tool” (Valdivia y Sánchez 2022).

Más allá de los visados, encontramos la intervención de las herramientas tecnológicas en diferentes aspectos de movilidad humana, desde lo instrumental (el servicio de inmigración finlandés ha habilitado un asistente digital de reconocimiento de idiomas en los procesos de asilo) a cuestiones más “de fondo” (la oficina federal alemana de migraciones y refugiados creó Infosield, un algoritmo para detectar publicaciones online que pudieran estar relacionadas con redes de tráfico y/o trata de personas) (Bither y Ziebarth 2021, 7 y ss.).

Estas primeras manifestaciones de “tecnofronteras”⁴ apuntan los retos respecto a los derechos fundamentales que nos ocuparán en el presente texto. Desde como blindar la intimidad o la protección de datos en la aplicación de la tecnología digital, hasta garantizar un acceso adecuado al derecho de asilo o a la tutela judicial efectiva en el contexto de la automatización de la toma de decisiones en los procedimientos vinculados a la movilidad humana, pasando por las “externalidades discriminatorias” del sistema. Podemos adelantar que las primeras respuestas a esos retos no son nada alentadoras desde una perspectiva de Derechos Humanos.

⁴ Denominamos “tecnofronteras” al proceso de incorporación transversal de las nuevas tecnologías al control fronterizo, incluyendo desde instrumentos para su monitorización física (sensores, cámaras...) hasta la aplicación de perfiles, algoritmos o la inteligencia artificial a los protocolos o procedimientos administrativos relacionados con dicho control.

Aunque la humanidad ha vivido en el pasado etapas de movilidad humana transnacional destacadas, es un hecho objetivo que la era tecnológico-digital ha reforzado la dimensión global de las migraciones. Por ello, correlativamente han emergido estrategias supranacionales de control de fronteras en las que tienen un marcado protagonismo las nuevas tecnologías. Ya en 2005, algunos países UE (Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Luxemburgo y Países Bajos) firmaron el Tratado de Prüm con el objetivo de luchar *contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal*. Mediante sendas decisiones del Consejo UE (2008/615/JAI y 2008/616/JAI) las previsiones del tratado se incorporaron al ordenamiento general de la Unión. Este instrumento internacional facilita que los Estados compartan de forma directa e inmediata, entre otra información, datos de carácter personal (genéticos, huellas dactilares...). Se puede observar cómo se vinculan desde etapas tempranas las migraciones con fenómenos delictivos graves, aplicándose las mismas herramientas para su gestión (Serra 2019, 314), que por su propia naturaleza son eminentemente restrictivas.

En este contexto de transnacionalización del control de fronteras y de la movilidad humana, la UE se ha convertido en el espacio de referencia, tanto desde la perspectiva supranacional como en la de su “tecnificación”. En este doble sentido debemos destacar el Programa de Estocolmo⁵, que pretende construir un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) en la Unión, estableciendo como objetivos prioritarios, entre otros, la lucha contra la delincuencia organizada, el terrorismo y la inmigración por vías irregulares. Para su consecución considera imprescindible una *modernización de los instrumentos de trabajo para gestionar el flujo de información* sobre estas materias de forma eficaz y adecuada, movilizand *o las herramientas tecnológicas necesarias*⁶. Dentro de esas herramientas sobresalen las bases de datos que recogen una ingente cantidad de información sobre “personas de interés” para el control fronterizo europeo, de las que haremos una breve referencia a continuación.

La piedra jurídica angular del sistema de fronteras UE es el Código de fronteras Schengen (Reglamento UE 2016/399, modificado por el Reglamento UE 2017/458), del que dimana el Sistema de Información Schengen (SIS), que ya cuenta con una versión actualizada (SIS II, Reglamento UE 2018/1862)⁷. Esta base de datos trata de fomentar la cooperación policial,

⁵ Consejo Europeo 2010/C 115/01 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:52010XG0504\(01\) \(17/05/2023\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:52010XG0504(01) (17/05/2023)

⁶ Un completo estudio de la digitalización de las fronteras UE en (Serra 2019), (Cruz 2020) y (Cruz 2021). Utilizaremos estas obras como referencia en las siguientes líneas.

⁷ Gestionado por la agencia UE EULISA, que también coordina el VIS. Igualmente está desarrollando técnicamente el SES, el API y el ECRIS-TCN.

administrativa y judicial entre instituciones europeas (EUROPOL y EUROJUST, p.ej.) y los Estados miembro (autoridades policiales y judiciales) en los ámbitos penal, fronterizo y migratorio. El SIS recoge, por una parte, información sobre bienes que se han perdido o están relacionados con actividades delictivas, y por otra, de personas desaparecidas, en busca y captura por cuestiones criminales o de interés por su estatus migratorio. Ya desde los cimientos del sistema de “tecnofronteras” encontramos el abordaje (político, jurídico, administrativo y ahora tecnológico) conjunto de fenómenos delincuenciales y las migraciones, fomentando la criminalización de estas últimas.

Otra de las bases de datos clave es el Sistema de Información de Visados (VIS) (Reglamento CE 767/2008), que facilita el intercambio de datos sobre visados de corta duración en el espacio Schengen. Su importancia reside en que estos visados son la principal vía de acceso legal y segura a territorio europeo para la mayoría de nacionales de terceros países. En esta base se almacenan datos biométricos (huellas dactilares y fotografías) de los solicitantes de visados, que podrán ser utilizados en los puestos fronterizos para confirmar la legalidad de esos documentos y la identidad de sus titulares, determinar el país que debe hacerse cargo de una solicitud de asilo (Reglamento de Dublín, Reglamento UE 604/2013) y en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transnacional. Consideramos que el VIS adolece de las mismas limitaciones indicadas para las experiencias similares de Reino Unido y los EE. UU. respecto a la prevención de sesgos discriminatorios y de la inseguridad jurídica.

La siguiente herramienta tecnológica en este ámbito es el Sistema de Entrada y Salida (SES) (Reglamento UE 2017/2226 y el Reglamento UE 2017/2225, que modifica el Código de fronteras Schengen). Controla la entrada y salida de nacionales de terceros países por las fronteras exteriores de la UE, identificando los lugares por los que se efectúan, así como el periodo de estancia que tienen autorizado. El SES es utilizado por las autoridades policiales, fronterizas y consulares nacionales y EUROPOL, y alberga datos identificativos de estas personas (biométricos incluidos). Aunque se presenta como un instrumento ideal para la represión del terrorismo y la delincuencia organizada, su principal aplicación está siendo el control migratorio, ahondando en la confusión entre estas materias.

Por otro lado, encontramos Eurodac (Reglamento UE 603/2013), herramienta auxiliar del sistema europeo de asilo (Reglamento de Dublín). En Eurodac se almacenan, entre otras cuestiones, datos identificativos de los solicitantes de asilo (como las huellas dactilares), el Estado por el que ingresaron y en el que formularon su solicitud de protección internacional. Con ello se pretende garantizar que dichas solicitudes se formalizan en el primer Estado UE al que llegó la persona que desea acceder al estatus de refugiado

y que no haya movimientos secundarios irregulares dentro del territorio europeo. Con la aplicación de EURODAC se está priorizando el aspecto del control de la movilidad interna de los solicitantes de asilo frente al correcto reconocimiento de sus derechos como potenciales acreedores de protección internacional.

El Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV-ETIAS) (Reglamento UE 2018/1240) representa un paso más allá en la sofisticación tecnológica de la gestión de las fronteras UE y en la vinculación de la movilidad humana a la perspectiva de la seguridad. El SEIAV se aplica a los nacionales de terceros países que gozan de exención de visado, para que su situación migratoria “privilegiada” no menoscabe la seguridad. El sistema filtra a través de unos indicadores de riesgo los datos disponibles del viajero en el resto de las bases de datos, con el fin de evitar que personas potencialmente relacionadas con actividades delictivas graves puedan acceder a territorio de la Unión al amparo de la exención de visado. Esta base de datos representa una “vuelta de tuerca” restrictiva a la movilidad humana en la UE, ya que presenta una herramienta pensada para favorecer la libre circulación de personas como una potencial brecha de seguridad en el control fronterizo y migratorio. No es necesario ser especialmente suspicaz para sospechar que en esos “indicadores de riesgo” estarán sobrerrepresentados determinados orígenes geográficos, niveles socioeconómicos o creencias religiosas.

Tal como hemos indicado, el transporte aéreo se ha convertido en un elemento crucial en la movilidad humana transnacional. Por ello se ha creado el Registro de Nombres de los Pasajeros (RNP/PNR) (Directiva UE 2016/681), donde se recogen y gestionan datos de pasajeros de vuelos procedentes de territorio no UE. De nuevo el objetivo de esta base es detectar amenazas vinculadas al terrorismo y a la delincuencia organizada y el control migratorio. La característica diferencial del RNP es el papel protagonista que tienen entidades privadas (las compañías aéreas) en su funcionamiento, ya que son las encargadas de recopilar la información de sus pasajeros y ponerla a disposición de las autoridades nacionales y de la UE a través de este sistema. En la misma línea se encuentra el Sistema de Información Anticipada sobre los Pasajeros (API) (Directiva 2004/82/CE), en el que de nuevo las empresas de transporte recopilan datos sobre los pasajeros para hacérselos llegar de forma anticipada a la llegada al destino del vuelo a las autoridades de determinados Estados que así lo exigen. En el ámbito de la UE el API se encuentra en proceso de modificación, con el objetivo de dotar de uniformidad al sistema respecto a la información obtenida, su gestión y al nivel de exigibilidad. En cuanto a este último aspecto, será obligatoria la recogida *de datos API a efectos de la gestión de las fronteras y la lucha contra la inmigración irregular en todos los vuelos que entren en el espacio Schengen*, mientras que será obligatoria *con fines policiales en el caso de todos los vuelos con origen o*

*destino en la UE, así como en vuelos seleccionados dentro de la UE*⁸. Es llamativa la extensión de la recogida sistemática de datos en todos los procesos de movilidad humana, llegando a afectar internamente a espacios de libre circulación consolidados como es la Unión. En la línea de lo que hemos puesto de relieve en otros trabajos recientes (Arce 2022), estas bases siguen la tendencia generalizada en la regulación de todo lo relacionado con las nuevas tecnologías de poner en manos de entidades privadas la responsabilidad de garantizar derechos básicos de la ciudadanía, en este caso de los usuarios del transporte aéreo, opción que se está demostrando que no es la mejor estrategia para alcanzar ese objetivo.

Junto a estas herramientas de gestión de la información en el control de fronteras a efectos migratorios y de lucha contra la criminalidad transnacional, no hay que olvidar el rol protagonista de la Agencia UE Frontex en esta materia (Reglamento UE 2016/1624). La propia agencia afirma que entre sus competencias está⁹: *Evaluar los riesgos para la seguridad en las fronteras de la UE... y las pautas y tendencias de la migración irregular y de las actividades delictivas transfronterizas... / Intercambio de información sobre actividades delictivas... recopilada en las fronteras con las autoridades nacionales..., Europol y otras agencias europeas... Incluye información sobre personas sospechosas de participar en actividades delictivas, como el tráfico ilícito de inmigrantes, trata de seres humanos y el terrorismo / Investigación:... garantizar que las nuevas tecnologías satisfagan las necesidades de las autoridades de vigilancia fronteriza / Albergar la unidad central del SEIAV-ETIAS... para tramitar las solicitudes en estrecha cooperación con las unidades nacionales de los Estados miembros...*

Más allá de esa función de coordinación del control de fronteras que puede llevar a cabo Frontex, es necesario garantizar que todo el despliegue tecnológico descrito está dotado de coherencia e “interoperabilidad, sin que ello menoscabe los derechos fundamentales potencialmente afectados. Para la consecución de estos objetivos desde la UE se ha impulsado un marco normativo cuyos pilares son el Reglamento (UE) 2019/817 (relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad de los sistemas de información de la UE en el ámbito de las fronteras y los visados) y el Reglamento (UE) 2019/818 (relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración). Si en lo concerniente a la “coherencia e interoperabilidad” de los diferentes elementos que constituyen las “tecnofronteras” estos reglamentos se pueden anotar algunos logros, desde luego no puede afirmarse lo mismo respecto

⁸ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7644 (17/05/2023)

⁹ <https://frontex.europa.eu/es/que-hacemos/principales-responsabilidades/> (17/05/2023)

a la meta de evitar el menoscabo de los derechos de las personas que transitan por ellas.

Ambos reglamentos prevén la creación del Portal Europeo de Búsqueda (PEB), una herramienta tecnológica que abrirá la puerta a la información contenida en el SIS, VIS, SES, Eurodac y el SEIAV, junto a las bases de datos que gestionan Europol, Interpol y al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales: Información sobre condenas de nacionales de terceros países (ECRIS-TCN) (Reglamento UE 2019/816). Podrán hacer uso del PEB las autoridades UE y de los Estados miembro que tengan acceso a al menos una de las bases del sistema, teniendo que respetar los requisitos legales establecidos en cada una de ellas. Es destacable que los Reglamentos (UE) 2019/817 y 2019/818 han impulsado el Servicio de correspondencia biométrica compartido (SCB compartido) que *almacenará plantillas biométricas obtenidas a partir de los datos ... almacenados en el RCDI¹⁰ y el SIS, y permitirá consultar datos biométricos a través de varios sistemas de información de la UE...* (arts. 12 Reglamentos UE 2019/817 y 2019/818).

A nuestro juicio, el volumen y características de los datos almacenados en las bases que acabamos de describir, el número de agentes con capacidad de acceso, las múltiples opciones de aplicación o la velocidad en el tratamiento de datos¹¹, a lo que se suma la criminalización (directa e indirecta) de las migraciones que conlleva su constante tratamiento conjunto con cuestiones de seguridad, hacen prácticamente imposible cumplir unos estándares mínimos de garantía de los derechos fundamentales de las personas migrantes. En este sentido, y tal como veremos a continuación, la protección de datos de carácter personal es el derecho impactado en primera instancia por esta nueva etapa tecnológica-digital del control de fronteras y la gestión de las migraciones en la UE. Sin embargo, la libertad de circulación, el derecho a la intimidad, la tutela judicial efectiva o el acceso adecuado a la protección internacional también se ven en muchas ocasiones vulnerados en este contexto a través de una gestión inadecuada de los datos personales.

Todas las normas UE que sostienen este sistema de “tecnofronteras” reenvían a la regulación europea de protección de datos, en un intento formal y teórico de garantizar su indemnidad (Arce 2022, 38 y ss.). El art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales UE (CDFUE) y el Reglamento 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos -RGPD-) establecen un marco de principios de tratamiento y de derechos de las personas titulares de los datos:

- a) Principios (arts. 5 a 11 RGPD): Licitud, lealtad y transparencia / Exactitud de los datos / Confidencialidad / Tratar “los menos datos posibles

¹⁰ Registro Común de Identidad, creado por las mismas normas.

¹¹ Algo que se incrementa exponencialmente con la puesta en marcha del PEB.

- durante el tiempo estrictamente necesario” / Consentimiento informado del interesado como base del tratamiento, salvo las excepciones legalmente establecidas / Existencia de categorías de datos que merecen una especial protección (entre ellos los *datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física*).
- b) Derechos (arts. 12 a 23 RGPD): Transparencia e información al interesado por parte del responsable del tratamiento / Derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) / Derecho de supresión (“derecho al olvido”) / Derecho de limitación del tratamiento de datos en determinados supuestos / Derecho de portabilidad de los datos.

En el sistema digital de control de fronteras expuesto muchos de estos principios se ven intensamente tensionados. Así, aspiraciones como la de tratar los datos estrictamente necesarios solo el tiempo necesario quedan vacías de contenido con herramientas como el PEB. O la generalización del uso de datos biométricos *dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física* en las “tecnofronteras”, dejan sin sentido su consideración de información especialmente protegida (art. 9.1 RGPD). Igualmente, respecto a las bases de datos analizadas, el ejercicio de los derechos ARCO o garantizar que el consentimiento informado del interesado sea la llave del tratamiento es una quimera para un porcentaje relevante de las personas afectadas, debido a su situación de vulnerabilidad (migrantes en situación irregular, solicitantes de asilo, menores que viajan solos, potenciales víctimas de trata...) (FRA 2018).

La transparencia es otra de las grandes sacrificadas en este contexto, tanto “a priori” como “a posteriori”. Desde la primera perspectiva temporal, porque es prácticamente imposible dar una información comprensible y clara a las personas interesadas de todos los posibles destinos que pueden tener los datos personales recopilados, y muchos más en el contexto de los expeditivos y poco garantistas procedimientos administrativos y protocolos policiales que se llevan a cabo en las fronteras europeas. En cuanto a la segunda, porque tampoco existen en la UE protocolos o agencias que evalúen y auditen el funcionamiento adecuado de estas bases de datos. Un ejemplo reciente de la falta de transparencia en el despliegue de las “tecnofronteras” europeas ha sido la resistencia de la Comisión europea a facilitar información a un eurodiputado alemán sobre el proyecto iBorderCtrl, que pretende desarrollar detectores de mentiras para reforzar el control de las fronteras exteriores de la Unión. Dicha negativa ha sido parcialmente rebatida por el Tribunal General de la UE (TGUE) (Sentencia de 15/12/2021, asunto T-158/19) (Valdivia y Sánchez 2022, 52).

Los esfuerzos de la UE para incorporar recursos tecnológicos al control de fronteras han trascendido a su espacio geográfico. La UE firmó en 2004

un acuerdo con Estados Unidos¹² sobre intercambio de datos de pasajeros aéreos, por el que se daba acceso al US Department of Homeland Security (DHS) a los datos de la base PNR prácticamente sin restricciones. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹³ determinó que dicho acuerdo no se podía firmar en esos términos, reduciendo drásticamente los datos accesibles por parte del DHS¹⁴. Un acuerdo similar fue suscrito con Australia en 2012¹⁵. El siguiente paso en este camino lo representó la propuesta de acuerdo con Canadá¹⁶ en la misma materia, para el que el Parlamento UE solicitó en 2015 un dictamen al TJUE. El alto tribunal europeo concluyó en 2017, en la misma línea que en su resolución respecto al instrumento formalizado con EE. UU., que el acuerdo euro-canadiense suponía una injerencia en el derecho a la intimidad y a la protección de datos de una intensidad no justificada y sin las garantías suficientes, y que por ende no podía ser formalizado en los términos inicialmente previstos¹⁷. Siguiendo la estela de la jurisprudencia del TEDH, el TJUE está sirviendo de contrapeso, aunque sea parcial, a algunos de los excesos que se cometen en la incorporación de las nuevas tecnologías al control migratorio y de fronteras en la UE.

La pandemia de la COVID-19 ha supuesto un nuevo impulso a la gestión tecnológica de las fronteras europeas en todas sus dimensiones. A modo de ejemplo podemos destacar el impacto de la proliferación de herramientas digitales en los procedimientos de acceso al asilo, una cuestión sensible cuando se analizan las fronteras desde una perspectiva de Derechos Humanos. La Asylum Information Database (AIDA), impulsada por el European Council on Refugees and Exiles (ECRE), ha elaborado un informe sobre esta materia, del que se pueden extraer algunas conclusiones interesantes (AIDA 2021). En primer lugar, el documento destaca la inexistencia de unas reglas comunes a nivel de la Unión respecto a la digitalización de los procedimientos de asilo, por lo que cada Estado miembro la ha ejecutado según sus criterios.

Por una parte, algunos Estados han digitalizado trámites burocráticos como la petición de citas de atención o el registro como solicitantes en el sistema de asilo. Estas decisiones pueden parecer razonables en un contexto donde era prioritario el evitar el contacto personal por razones sanitarias, y necesarias para agilizar sistemas colapsados ya desde etapas previas a la

¹² Decisión 2004/496 CE.

¹³ Sentencia de 30 de mayo de 2006 (asuntos C-317/04 y C-318/04).

¹⁴ El nuevo acuerdo se instrumentó a través de la Decisión 2006/729/CE, con una vigencia temporal, y de forma definitiva con la Decisión 2007/551/CE.

¹⁵ Decisión 2012/381/UE.

¹⁶ COM/2013/0528.

¹⁷ Dictamen 1/15 TJUE.

pandemia. Teóricamente, dichas herramientas tecnológicas no deberían tener una incidencia negativa en los derechos de los solicitantes de asilo. Sin embargo, durante el año 2020, cuando se pusieron en marcha estas medidas, se produjo un significativo descenso en las solicitudes de asilo en los países UE respecto a 2019 (-34%)¹⁸. En esta drástica reducción ha influido el cierre de fronteras vinculado a la pandemia, aunque a nuestro juicio el perfil de las personas solicitantes de asilo es especialmente vulnerable a las consecuencias de la brecha digital, y por ende tienen acusadas dificultades de acceso a estos sistemas digitales.

Junto a las cuestiones administrativas, otras fases del procedimiento de asilo más sustantivas también se han visto afectadas por el proceso de digitalización. Entre ellas destaca la entrevista, momento clave tanto para la admisión a trámite de las solicitudes de asilo, como del resultado final de las que son admitidas en primera instancia. En varios países (entre ellos España) se han incorporado las videoconferencias para estas entrevistas, y ello hace surgir dudas respecto a un proceso con garantías para las personas solicitantes de asilo: el respeto a la privacidad, generar un entorno de confianza, dar asistencia jurídica adecuada o una traducción de calidad son derechos del solicitante durante su entrevista respecto de los cuales hay una mayor probabilidad de vulneración en un ámbito digital en comparación con el analógico.

Para cerrar este apartado nos referiremos al “etiquetado/perfilado”, a través del cual se condensan todos los resultados obtenidos del despliegue tecnológico en las fronteras europeas¹⁹. En este sentido, la reiterada vinculación de la movilidad humana con fenómenos delictivos graves como el terrorismo internacional es un factor decisivo, ya que la principal justificación sociopolítica de la relevante inversión económica y la restricción de derechos fundamentales asociadas a las “tecnofronteras” es la lucha contra estos delitos. Se utiliza la información obtenida, almacenada y compartida en las bases de datos “fronterizas” para la elaboración de perfiles de sospechosos de cometer

¹⁸ Datos de Eurostat:

^hhttps://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Annual_asylum_statistics&oldid=584073 (21/05/2023).

¹⁹ El art. 3.4 de la Directiva (UE) 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, establece que debe entenderse por «elaboración de perfiles»: *toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.*

actos de terrorismo o de criminalidad organizada transnacional, ya sea para impedir su ingreso en territorio europeo o para su represión penal.

Incluso Naciones Unidas, a través de su Consejo de Seguridad, establece perfiles de personas presuntamente conectadas a acciones delictivas como crímenes de guerra o contra la humanidad, terrorismo internacional... con el objetivo de establecer en su contra sanciones y/o restricciones de derechos, como la libertad de circulación. Estas “listas negras”, elaboradas en gran medida en base al perfilado fronterizo, también se utilizan en la UE (Serra 219, 324 y ss.). La limitación de derechos que conlleva la inclusión en estos listados es tan intensa que puede determinar el veto al acceso a la protección internacional²⁰, aunque se exigen determinadas garantías. La jurisprudencia del TJUE obliga a que esos listados sean actualizados periódicamente y sean susceptibles de control judicial²¹. En la misma línea transita el acuerdo suscrito en 2016 entre la UE y E.E.U.U., conocido como el “Umbrella Agreement»²², *sobre la protección de los datos personales en relación con la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones penales*. El instrumento trata de hacer compatible la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia transfronteriza mediante la puesta en común de datos personales y la elaboración de perfiles en base a ellos con el respeto a la intimidad y la protección de datos de las personas afectadas, estableciendo límites y garantías.

A pesar de las limitaciones que acabamos de describir, el especial celo con el que se aplica el “etiquetado-perfilado antiterrorista” en el control fronterizo inevitablemente provoca un sesgo negativo que afecta a las personas migrantes, ya que por razones obvias son las que con mayor frecuencia e intensidad se ven sometidas a dicho control. Y ello a pesar de que, paradójicamente, la inmensa mayoría de los autores de los principales atentados vinculados al terrorismo internacional en la UE acaecidos en los últimos años o eran nacionales de un Estado miembro o al menos residentes de larga duración en territorio europeo, por lo que ese constante perfilado fronterizo no podía ser una herramienta eficaz para su prevención (Arce 2019, 150).

El etiquetado/perfilado de las personas migrantes en frontera va más allá de esa conexión de la movilidad humana con la criminalidad transnacional. También se aplica en lo relativo a la gestión de las migraciones en sentido estricto. Se generan unas “categorías migratorias” jerarquizadas a las que se

²⁰ Considerado acorde al Derecho UE por el TJUE (Sentencia de 31 de enero de 2017 asunto C-573/14 *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides vs Mostafa Lounani*).

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2008 asunto C-402/05 *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation vs Consejo de la UE y Comisión de las Comunidades Europeas*.

²² Decisión (UE) 2016/2220.

le asignan diferentes niveles de reconocimiento de derechos, siendo esencial el etiquetado de las personas migrantes desde su primer contacto con las fronteras para ser incluidas en la categoría que les corresponda, que predeterminará su periplo migratorio²³. Así, se etiqueta a un perfil de migrantes como “irregulares” (formalmente no deseados) y a otros como “regulares” (a los que se les franquea las vías legales de ejercicio de derechos), también se distingue entre migrantes “económicos” y “refugiados”, con su correlativo estatus socio-jurídico diferenciado (superior el de los segundos respecto al de los primeros).

En este perfilado migratorio fronterizo, la “frontera Sur española” se ha convertido en un espacio pionero en la aplicación de las herramientas políticas, jurídicas, administrativas, policiales y tecnológicas imprescindibles para ello (López-Sala y Moreno-Amador 2020). Inicialmente se produce un etiquetado genérico de los flujos migratorios que acceden a territorio español por dicha vía²⁴ como “irregulares y no deseados”, y ello se extiende al origen mayoritario de estos flujos: africano (magrebí y subsahariano).

Dentro de la segunda categoría, migrantes “económicos” vs solicitantes de protección internacional, a las personas migrantes africanas se les perfila por defecto como “económicos”. De forma previa hay que aclarar que la propia distinción hace tiempo que está cuestionada, imponiéndose paulatinamente el concepto de “flujos mixtos”. Con este término quiere ponerse de relieve que en la movilidad humana contemporánea utilizan los mismos corredores migratorios personas cuyo proyecto migratorio está sustentado en motivos socioeconómicos con otras que se ajustan al perfil clásico de “refugiado”. Incluso esa “mixtura” se da cada vez más en la persona migrante individualmente considerada, ya que en muchos lugares de origen la falta de expectativas económicas y laborales se entremezclan con conflictos de diferente tipología e intensidad (OIM 2009). Por otra parte, el continente africano tiene el dudoso honor de ser la región del planeta con un mayor nivel de inseguridad humana²⁵, por lo que llama la atención ese etiquetado automático como migrantes económicos a las personas de esta procedencia.

Al servicio del perfilado en la frontera Sur hemos señalado que existen mecanismos políticos, jurídicos, administrativos y tecnológicos. Entre los políticos destacan los acuerdos con los países de tránsito de las migraciones,

²³ Incluso antes de llegar a las fronteras geográficas del país de destino, gracias a la “externalización del control de fronteras” (Arce 2019, 156 y ss.).

²⁴ Como veremos en el siguiente apartado, igualmente se etiqueta a la frontera Sur como el principal corredor migratorio en España, cuando las cifras desmienten esa percepción “construida”. (Arce 2019, 164 y ss.).

²⁵ De los últimos 20 países clasificados en el “Global Peace Index”, 10 son africanos (Institute for Economics & Peace 2022).

a través de la externalización de fronteras, que realizan un filtro previo de los flujos migratorios²⁶. En cuanto a las jurídicas, es un ejemplo paradigmático el intento de dar cobertura legal bajo la denominación de “rechazos en frontera” a las “devoluciones en caliente”, con las que de forma expeditiva se aplican las consecuencias materiales del etiquetado²⁷. No son menos relevantes los administrativos, como la instalación de oficinas de asilo en los pasos fronterizos de Ceuta y Melilla, que ha sido utilizada como justificación para las devoluciones en caliente²⁸. Por último, las nuevas tecnologías también tienen una relevancia crucial en el perfilado, tanto por exceso como por defecto.

Por “exceso”, podemos resaltar el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE)²⁹, un complejo dispositivo técnico que desde hace dos décadas se ha ido desplegando en la frontera Sur española con el objetivo de controlar los flujos migratorios irregulares por vía marítima. Bases de datos como el SIS y Eurodac también juegan su papel en este contexto. Hablamos de exceso en este caso porque, a pesar de lo que el relato político-mediático “oficial” lleva décadas grabando a fuego en la opinión pública, la frontera Sur en una vía de entrada de los flujos migratorios (regulares e irregulares) en España cuantitativamente testimonial³⁰. Por lo tanto, es absolutamente desproporcionado el espectacular despliegue tecnológico en esta zona geográfica, tanto por su coste económico como por su impacto negativo en materia de derechos fundamentales.

Por “defecto”, llama la atención la falta de protocolos y de una utilización adecuada de los recursos tecnológicos disponibles para la detección y protección de colectivos vulnerables en frontera (víctimas de trata o menores no acompañados, p.ej.)³¹. Otra realidad que clama por una aplicación de las nuevas tecnologías es la de las personas migrantes desaparecidas y muertas sin identificar en frontera. Un porcentaje muy significativo de las personas que

²⁶ En el caso de la frontera Sur española, el papel de Marruecos desde esa perspectiva es esencial.

²⁷ Intento rechazado por amplios sectores de la doctrina (Sánchez 2018), y de forma casi unánime por la sociedad civil, a pesar de las polémicas resoluciones sobre las mismas del TEDH (STEDH de 23 de febrero de 2020, asunto N.D. y N.T. contra España -demandas nº8675/15 y 8697/15-) y del TC (STC 172/2020, de 19 de noviembre) que han sido esgrimidas por el Gobierno de España como legitimación de su posición.

²⁸ A pesar de que desde que fueron inauguradas en 2015 le ha sido imposible acceder a ellas a las personas de origen subsahariano, debido a la labor de filtro realizada por Marruecos (Barbero 2021).

²⁹ <https://www.guardiacivil.es/es/prensa/especiales/sive/index.html> (17/05/2023)

³⁰ Volveremos sobre este particular en el siguiente capítulo.

³¹ Situación denunciada por el Defensor del Pueblo Español de forma reiterada tanto en documentos específicos como en sus informes generales anuales (Defensor del Pueblo Español 2012).

fallecen tratando de acceder por vías irregulares a la frontera Sur europea en general, y en la española en particular, no pueden ser identificadas. Otro tanto se puede decir de las desaparecidas respecto a su localización. Fuera del ámbito migratorio, las técnicas de identificación de cadáveres o las bases de datos de ADN en la búsqueda de personas desaparecidas se han desarrollado y utilizado ampliamente en los últimos años, lo que hace más clamorosa su omisión cuando de migraciones se trata (Sánchez, Sánchez y Arce 2021).

Tal como señalaremos en las conclusiones, en este aspecto sí que consideramos que las nuevas herramientas técnicas y digitales podrían tener un “efecto virtuoso” para la garantía de los derechos de estos sectores tan vulnerables, pero desafortunadamente estas aplicaciones no parecen ser una prioridad política.

III. EL IMPACTO DE LAS HERRAMIENTAS DIGITALES EN LA INTEGRACIÓN Y EL EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA DE LAS PERSONAS DE ORIGEN MIGRANTE EN LOS PAÍSES DE DESTINO

La percepción distorsionada de la realidad migratoria global y europea impregna todo el abordaje social, político y jurídico de la movilidad humana. Ya hemos analizado la perspectiva “policial-defensiva” de las “tecnofronteras”, que determina que las vías legales y seguras de acceso a territorio UE sean prácticamente inexistentes para las personas procedentes de las regiones empobrecidas del planeta. Ello, paradójicamente, fomenta las migraciones por medios irregulares y, por ende, el incremento de personas extranjeras sin documentación en los países de destino. Lo anterior coadyuva a una gestión igualmente restrictiva de la integración/ejercicio de la ciudadanía, y genera un caldo de cultivo perfecto para las instancias político-mediáticas que incentivan la realidad construida de las migraciones y el sostenimiento de este círculo vicioso (Domínguez 2019, 42-43). Por lo tanto, en realidad el control migratorio no termina ni mucho menos cuando la persona migrante logra franquear todos los obstáculos físicos, administrativos y técnico-digitales que se han establecido en los límites geográficos de los países de destino. Se constituyen igualmente “fronteras interiores” que están íntimamente vinculadas con el etiquetado-perfilado que hemos descrito en el apartado anterior, que predeterminan el acceso a derechos básicos por parte de las personas migrantes, y con ello sus opciones para una integración adecuada. Las nuevas tecnologías se abren camino en esta etapa del proceso migratorio, en una íntima conexión e interdependencia con las desplegadas en las previas (tránsito y frontera).

Inteligencia artificial (IA), algoritmos y técnicas de perfilado se utilizan cada vez más en cuestiones clave para la integración de las personas de

origen migrante en las sociedades de acogida. Los defensores de esta estrategia sostienen la objetividad y eficacia de esas herramientas, pero son múltiples las voces que advierten de los riesgos discriminatorios de un uso masivo e irreflexivo de las nuevas tecnologías en materias vinculadas con los derechos fundamentales³².

Uno de los ámbitos especialmente sensible para la integración de las personas de origen migrante es el acceso a los derechos sociales, donde se ha producido un proceso de digitalización relevante en los últimos años. El Relator ONU sobre la extrema pobreza y los Derechos Humanos, en un informe de 2019 acerca de las implicaciones del “estado del bienestar digital”³³, llama la atención respecto, entre otras, a dos cuestiones esenciales. En primer lugar, alerta sobre el creciente papel de las empresas privadas tecnológicas en la gestión de los sistemas digitales de recursos sociales³⁴. Por otra parte, denuncia como la aplicación de los avances tecnológicos en el acceso a los derechos sociales puede tener el efecto de ahondar en la criminalización de la pobreza, ya que está poniendo el acento mucho más en la detección de fraudes y la eficiencia económica que en una mejor garantía del disfrute efectivo de los recursos del Estado del bienestar por parte de los colectivos vulnerables (entre ellos las personas de origen migrante). En este contexto, los sectores sociales afectados por situaciones de exclusión ven como se consolidan estereotipos negativos en su contra, se obstaculiza la reducción de las diferencias sociales y se les dificulta el acceso a estos sistemas al estar afectados por la brecha digital (Soriano 2021).

Con la consolidación del Estado del bienestar digital a nivel internacional se han ido documentado (en incluso judicializando) situaciones donde emergen los “daños colaterales” discriminatorios, con un destacado impacto en personas migrantes y/o refugiadas. Por ejemplo, algunos Estados están testando programas informáticos (desarrollados una vez más por instituciones privadas³⁵) que prometen buscar el mejor emplazamiento para los recursos

³² Ya lo advierte la propia Comisión Europea desde la introducción de su Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza

³³ <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-acee-01aa75ed71a1> (18/05/2023)

³⁴ <https://digitallibrary.un.org/record/3834146#record-files-collapse-header> (18/05/2023)

³⁵ Algo que se puede predicar respecto al ejercicio de todos los derechos en el mundo digital, no solo de los sociales (Arce 2022, 139), como hemos reiterado a lo largo de estas líneas.

³⁵ En Estados Unidos, Suiza y Alemania se están probando a estos efectos dos “software” denominados Annie Moore (Observatory of Public Sector Innovation) y Geomatch (Immigration Policy Lab): <https://oecd-opsi.org/innovations/annie/> (18/05/2023)

<https://immigrationlab.org/geomatch/> (18/05/2023)

habitacionales destinados a los solicitantes de asilo. Se ha puesto de relieve que la toma de decisiones automatizadas en estos ámbitos es susceptible de consolidar situaciones contraproducentes para la integración de las personas refugiadas (no es difícil intuir que acaben siendo designados como “mejores emplazamientos” zonas donde ya residen colectivos vulnerables) y/o estandarizar respuestas en realidades donde deben primar soluciones individualizadas alcanzadas tras un análisis detenido y multidisciplinar (Bither y Ziebarth 2021, 21-22).

Uno de los primeros casos donde ha recaído una sentencia judicial sobre el impacto de la utilización de esta tecnología en la gestión de los recursos sociales lo encontramos en Países Bajos. El gobierno neerlandés desarrolló un sistema informático denominado “Systeem Risico Indicatie” (SyRI) con el objeto de detectar fraudes en la concesión de prestaciones sociales. Con la aplicación del SyRI se acabó acusando erróneamente de fraude a muchas familias, que tuvieron que devolver las ayudas, estando sobrerrepresentadas entre ellas personas de origen migrante en general, y de procedencia marroquí y turca en particular. Una organización de la sociedad civil recurrió judicialmente el sistema, que fue declarado nulo por el Tribunal de Distrito de La Haya³⁶, aunque basó la nulidad en la vulneración del derecho a la intimidad de las personas afectadas y en la falta de transparencia del algoritmo utilizado por el SyRI, pero no en los resultados discriminatorios de su aplicación (Añón 2022). Estos últimos serían a nuestro juicio una prueba práctica del aumento del riesgo de criminalización de la pobreza derivado de estas “malas praxis tecnológicas”.

Aunque excede el objeto de estas líneas realizar un análisis detallado de los vínculos entre el uso de los algoritmos y la discriminación desde una perspectiva social, política y jurídica, antes de continuar entendemos que es imprescindible realizar unas acotaciones al respecto.

En primer lugar, hay que tener en cuenta las características de la “discriminación algorítmica”: invisibilidad (por la falta de transparencia en la elaboración de las herramientas, en su aplicación y en la posible depuración de responsabilidades por sus efectos), intensidad (gran potencial discriminatorio expansivo) y complejidad (la discriminación puede emanar del diseño del algoritmo, de su aplicación o de ambas) (Añón 2022, 35-36). Por otra parte, los algoritmos y técnicas de perfilado están creadas por seres humanos en un contexto sociopolítico determinado, por lo que es normal que reproduzcan y expresen las dinámicas discriminatorias estructurales ya consolidadas en él (Soriano 2021). La discriminación estructural puede introducirse de forma directa/consciente (por ejemplo, estableciendo como objetivo del algoritmo

³⁶ Sentencia de 05/02/2020, caso C-09-550982 <https://www.fricore.eu/db/cases/netherlands-district-court-hague-5-february-2020-c-09-550982> (18/05/2023).

detectar teóricos fraudes en las ayudas sociales, en vez de remover los obstáculos que los colectivos excluidos tienen para acceder a las mismas) o de forma indirecta/inconsciente (mediante los errores de diseño o “sesgos” que puedan introducirse involuntariamente).

Se suele hacer hincapié en los “sesgos” cuando se analiza el impacto de los algoritmos en los derechos de la ciudadanía. Una de las acepciones del término sesgo admitida por la RAE es: *Error sistemático en el que se puede incurrir cuando al hacer muestreos o ensayos se seleccionan o favorecen unas respuestas frente a otras.*

En el ámbito que nos ocupa, el “error sistemático” suele estar provocado por el hecho de no incluir todas las variables y/o perspectivas necesarias en el sistema de que se trate para una toma de decisiones correcta en situaciones complejas, provocando una prevalencia injustificada de unos resultados sobre otros. Es lo que ocurrió en el caso analizado del sistema SyRI en los Países Bajos. Por supuesto debe ser una de las prioridades en el desarrollo de los sistemas de toma de decisiones automatizadas la erradicación de los sesgos (las personas de origen migrante suelen ser diana preferente de los mismos), aunque consideramos pertinente la advertencia que realiza la European Digital Rights (EDRI) en un reciente informe sobre este particular (Balayn y Gürses 2021). Según la organización, los esfuerzos de mitigación de los sesgos no pueden obviar la cuestión de fondo: por el momento, y no se sabe con seguridad si se logrará ese objetivo, estos sistemas no tienen la capacidad de generar unas decisiones automatizadas que afecten a derechos fundamentales con las suficientes garantías en aquellos supuestos donde una mirada cualitativa y multidisciplinar es imprescindible. De hecho, la previsión establecida por el art. 22.1 RGPD respecto a las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado es un reconocimiento implícito de esas limitaciones. Generalizar la utilización de estas herramientas tecnológicas sin tener esta perspectiva presente puede suponer una quiebra en la percepción de la legitimidad en la toma de decisiones de los poderes públicos por parte de la ciudadanía (Soriano 2021).

Ya hemos adelantado que una de las preocupaciones vinculadas a la “irrupción algorítmica” es la falta de transparencia y la complejidad aparejada a el proceso. La opacidad se extiende desde las dificultades que las compañías privadas que desarrollan los algoritmos ponen para acceder a sus características técnicas (el famoso “código fuente”)³⁷, a los propios diseñadores, que en ocasiones tienen serios problemas para explicar de una manera

³⁷ Dadas las implicaciones crecientes que tienen los algoritmos en los procesos de decisión de los poderes públicos, algunos autores proponen que se apliquen en su elaboración y utilización los mismos requisitos que en los procedimientos de aprobación de las normas jurídicas (Boix 2020).

comprensible las variables que se tienen en cuenta en sus sistemas y cómo se alcanzan determinados resultados y/o previsiones (rompiendo con esa sabia máxima de “si no puedes explicarlo, no debes usarlo”) (Bither y Ziebarth 2021).

Nos parecen igualmente relevantes las reflexiones que se hacen en el citado informe de la organización Algorace acerca de cómo cuestiones que van más allá de lo estrictamente técnico van a condicionar la calidad del desempeño de los algoritmos (Valdivia y Sánchez 2022). Aunque podría suponerse que en el ámbito de la inteligencia artificial se desarrollan unas labores altamente profesionalizadas y especializadas, el proceso previo de etiquetado de los datos que servirán de parámetros a los algoritmos es muy intensivo en mano de obra, siendo llevado a cabo por personas con escasa formación y unas condiciones laborales muy precarias, sin contar en ocasiones ni siquiera con unas instrucciones precisas para llevar a cabo un cometido tan complejo. Por otra parte, las personas autoras del informe destacan la escasa diversidad existente en los equipos de trabajo del sector tecnológico en general y de la inteligencia artificial en particular, donde mujeres, personas racializadas o de origen migrante brillan por su ausencia. Es en estas fases de etiquetado de información y configuración de las bases de datos donde se van a introducir los sesgos que “contaminarán” los resultados que producirán los algoritmos que se alimentan de ellos; que estas responsabilidades sean asumidas por un personal poco formado y menos diverso, con una mala situación laboral y sin unas directrices claras no parece la mejor receta para evitar los sesgos discriminatorios.

Por lo expuesto, la estrategia político-jurídica respecto a la “discriminación algorítmica” debe de afrontar la adaptación del Derecho antidiscriminatorio a la era digital y la incorporación de la perspectiva antidiscriminatoria a la nueva regulación de la inteligencia artificial.

En el ámbito de la UE existen cuatro normas básicas en materia de lucha contra la discriminación³⁸: Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) y la Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. En primer lugar, hay que destacar que, aunque todas son normas del “siglo XXI”, no realizan previsiones específicas para la

³⁸ Más allá de los art. 21 y ss. CDFUE o el art. 19 TFUE, donde se establecen los principios básicos de la no discriminación en la UE.

dimensión tecnológica de la discriminación. Otras características generales del entramado normativo antidiscriminatorio europeo agudizan las dificultades para luchar contra la discriminación algorítmica más allá de esa omisión inicial. Aunque estas directivas reconocen la posibilidad de “acciones positivas”³⁹ en favor de los grupos vulnerables, tanto el desarrollo por los Estados miembro como la jurisprudencia del TJUE han sido refractarios a su aprobación. Este tipo de acciones serían especialmente adecuadas para prevenir sesgos y resultados discriminatorios en el desarrollo y utilización de los algoritmos (Soriano 2021). Por otra parte, los casos de discriminación algorítmica se están definiendo como un subtipo de discriminación indirecta⁴⁰, que es la que tiene un mayor margen de justificación/legitimación (Añón 2022, 40).

A nivel nacional, la recientemente aprobada Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LITND) sí incorpora la perspectiva digital al Derecho antidiscriminatorio español. El art. 3 LITND incluye dentro de sus ámbitos de aplicación: *servicios de la sociedad de la información, Internet, redes sociales, aplicaciones móviles, inteligencia artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación.*

El art. 22 LITND establece medidas en materia de *medios de comunicación, publicidad y redes sociales.* Apuesta la ley por la autorregulación de las empresas privadas del sector para contribuir con el cumplimiento de esta norma, promover *una imagen no estereotipada de las diferentes personas y grupos de población* y mejorar *la efectividad en la prevención y eliminación de contenidos que atenten contra el derecho a la igualdad en este ámbito.* El art. 23 LITND se centra en la *Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados,* estableciendo que *las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente,* promoviendo para ello *la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio.* También determina que las

³⁹ El art. 5 Directiva 2000/43/CE define las acciones positivas: *...como medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto.*

⁴⁰ Art. 2.1 b) Directiva 2000/43/CE: *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.*

administraciones deben priorizar el uso de algoritmos transparentes en su diseño y cuyas decisiones sean “interpretables”. Éstas y las empresas *promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales y un sello de calidad de los algoritmos*. Por último, la disposición adicional 1ª LITND modifica el art. 11.4 de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico para permitir, mediante resolución judicial, limitar el acceso a los servicios regulados por esta ley o la retirada de contenidos cuando se vulnere lo previsto en la LITND.

Reconociendo el hecho positivo que representa que la principal herramienta legal de lucha contra la discriminación en España asuma la relevancia de la variable “nuevas tecnologías”, las previsiones de la LITND adolecen de las mismas carencias que en general caracterizan el abordaje jurídico de los derechos fundamentales en la era digital: una excesiva confianza en la autorregulación de las empresas privadas del sector y el escaso poder vinculante (en los preceptos analizados hay una profusión de verbos propositivos: promover, favorecer, facilitar...).

Junto al Derecho antidiscriminatorio, el segundo foco de atención normativo respecto a la “discriminación algorítmica” es la regulación de la inteligencia artificial propiamente dicha. Se han elaborado documentos de carácter político en el contexto de la UE (como el citado Libro blanco), pero en la actualidad está en proceso de negociación en el seno del Parlamento y el Consejo el llamado a ser principal hito legislativo de la IA: un proyecto de reglamento conocido como la “Ley de inteligencia artificial” (LIA)⁴¹. El art. 5 del proyecto prohíbe directamente algunas aplicaciones de la IA, entre las que incluye la dirigidas a *evaluar o clasificar la fiabilidad de personas físicas...atendiendo a su conducta social o a características personales o de su personalidad, cuando pueda provocar... un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros en contextos sociales que no guarden relación...o que sea injustificado o desproporcionado*. Algunos de los usos de la IA que afectan a personas de origen migrante que hemos analizado podrían incardinarse dentro de las previsiones del art. 5 LIA. Además de insistir en la transparencia como elemento clave, una de las principales novedades del proyecto de reglamento es el establecimiento de un sistema de “niveles de riesgo” en el uso de la IA. El primero sería el de “riesgos inaceptables”, que se correspondería a las aludidas aplicaciones de la IA prohibidas. Un segundo nivel serían los usos de “riesgo alto” y el último los de “riesgo bajo”. La utilización de la IA estará permitida en estos dos últimos

⁴¹ [https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/\(18/05/2023\)](https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/(18/05/2023))

niveles, siendo la diferencia entre ellos que los requisitos en el diseño, uso y el régimen de responsabilidades serán más exigentes para los sistemas de IA de alto riesgo que en los de bajo. Se considerarán como de alto riesgo los usos que afecten a los derechos fundamentales. Todas las aplicaciones de la IA en las “tecnofronteras” o en las políticas integración de las personas de origen migrante que no se consideren “inaceptables” entendemos que deberían ser incluidas en el nivel de “alto riesgo”, ya que directa o indirectamente inciden en los derechos fundamentales.

Centraremos nuestra atención ahora en otra dimensión con un protagonismo indiscutible en la “realidad construida” de las migraciones, y que afecta de forma decisiva en los procesos de integración de las personas de origen migrante: el tratamiento informativo en medios digitales y en redes sociales del fenómeno migratorio. En la era digital, la información sobre las migraciones transita de la descontextualización a la información sesgada, cuando no directamente a las “noticias falsas”. En ello influyen diversos factores: la digitalización de los medios de comunicación ha transformado la manera de informar⁴², Internet se ha convertido en la principal puerta de acceso a la información⁴³ y las redes sociales son su caja de resonancia⁴⁴.

En este escenario gana relevancia el “encuadre” o “frame” informativo en general, y el que afecta a las migraciones en particular. Matarín, García y Gómez han realizado un interesante estudio respecto al marco informativo sobre las migraciones que crea la gestión de noticias por parte de Google (Matarín, García y Gómez 2020). Los autores señalan la importancia de este encuadre, ya que determina en gran medida los temas que serán de interés social y la perspectiva de la ciudadanía sobre ellos. El relato sobre las migraciones que se ha ido construyendo a través del “framing” digital a nivel global (y español) tiene unas características comunes: preponderancia de los aspectos negativos, vinculación con la irregularidad/ilegalidad, homogeneización de las personas de origen migrante, refuerzo de la “otredad” o el tratamiento más como “objeto” que como “sujeto” de las noticias. Destacaremos algunos reveladores resultados del estudio.

⁴² Prevalencia de la inmediatez sobre el rigor, precariedad laboral, aparición del “periodismo ciudadano” ... (Arce 2022, 106 y ss.).

⁴³ Y con ello el papel hegemónico de los buscadores, con los “riesgos discriminatorios” para los colectivos sociales subalternos que se ha demostrado que conlleva (Noble 2018).

⁴⁴ En 2023, más del 59% de la población mundial era usuaria de redes sociales (4.760 millones de personas), proporción que se dispara hasta el 85% en el caso de España (Informe de “We are social-Hootsuite”: <https://wearesocial.com/es/blog/2023/01/digital-2023/>) (18/05/2023) Ya en 2016 el 46% de ciudadanos UE señalaba que se informa prioritariamente por redes sociales, y entre ellos el 60% reconocía que compartía información sin contrastarla (Cózar y Rodríguez 2019, 72).

Se señala que los tres medios españoles que difundieron noticias más relevantes sobre migraciones en Google durante el periodo analizado fueron El País, La Vanguardia y ABC, algo lógico al ser periódicos de referencia en el panorama comunicativo nacional. Sin embargo, irrumpe en cuarto lugar el medio digital “Caso aislado”, que, aunque desconocido para el gran público, se ha convertido en un actor clave en este ámbito. Con fuertes conexiones con la ultraderecha política y generador de contenidos que de forma reiterada se ha demostrado que eran falsos, medios de este perfil no colaboran a un abordaje informativo objetivo y serio de las migraciones en nuestro país.

Otra de las conclusiones llamativas del informe es que el 62,5% de los titulares de las noticias revisadas tenían connotaciones negativas. Algunas cifras del estudio confirman la capacidad de una información sesgada para construir una “realidad que no se ajusta a la real” que influye de forma decisiva en la opinión pública. Cuando se hacía referencia a la nacionalidad de origen de las personas migrantes en las noticias, más del 45% de las menciones citaban países subsaharianos, a pesar de que el peso de esas nacionalidades en la comunidad extranjera en España es testimonial. Por último, el 100% de los titulares que hacían mención a las vías de entrada de los flujos migratorios en España las identificaban o con la llegadas de embarcaciones irregulares a las costas del Sur, el Levante español y Canarias o con los saltos en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla, cuando ambas vías de acceso son residuales (la inmensa mayoría de las personas migrantes llegan a España a través de los aeropuertos internacionales).

Las noticias falsas o “bulos”⁴⁵ van un paso más allá que la información falta de contexto y/o sesgada, ya que quiénes los originan son conscientes de su falsedad y tienen una finalidad de “desinformar”. Las redes sociales y las aplicaciones de mensajería instantánea se han convertido en el espacio natural donde proliferan los bulos, y las migraciones son una de sus temáticas preferidas. Para dotarse de una mayor credibilidad, hacen alusión a supuestos testigos directos o incluso a datos de fuentes oficiales manipulados o descontextualizados. Como temas recurrentes en los “bulos migratorios” encontramos el supuesto abuso de recursos sociales, hechos delictivos o decisiones político-jurídicas que fomentan el “efecto llamada” para las migraciones por vías irregulares. No es casualidad que la desinformación “pura y directa” aproveche las oportunidades que les brinda la descontextualización que anda en el “framing” informativo sobre las migraciones.

Todo lo anterior tiene un claro impacto en la opinión pública. De esta manera, si en enero de 2017 la inmigración estaba entre los 3 primeros problemas de España para el 3,8% de la ciudadanía, esta percepción se disparó al

⁴⁵ Un completo análisis de la desinformación sobre migraciones en (Magallón-Rosa 2021).

15,6% en septiembre de 2019, en el contexto de la precampaña electoral de las elecciones generales de noviembre de ese año. La manipulación informativa es palpable cuando, en ese mismo periodo electoral, el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) constató que la percepción de la ciudadanía de la migración como problema era más del doble si se preguntaba desde un punto de vista sociopolítico general (10,4%) que si se preguntaba desde una perspectiva personal (4,4%) (Magallón-Rosa 2021, 73 y ss.). El mismo CIS especificó en un estudio de 2017 las cuestiones concretas en las que se plasma la visión de las migraciones como problema para las personas españolas (CIS 2017). El 61,1% de las encuestadas pensaba que el número de inmigrantes en España es elevado o excesivo, el 56,2% consideraba que las leyes migratorias españolas son laxas, el 55,5% que la ayuda que reciben del Estado es mayor de lo que aportan, el 51,1% creía que las personas migrantes abusan de la sanidad, el 49,5% consideraba que la presencia de alumnado de origen migrante empeora la calidad de la enseñanza, el 69,6% les acusaban de devaluar los salarios y el 50,3% de quitar empleos a las personas españolas.

Esta percepción social sobre las migraciones, alimentada por la nueva forma de comunicar propia de la era tecnológico-digital, acaba estableciendo una demanda de políticas regresivas en materia de integración y proporciona réditos electorales a los partidos políticos que las defienden⁴⁶.

Concluimos este apartado haciendo referencia a la criminalización de las migraciones, “última estación” donde ya se hace prácticamente imposible una política de integración y de ejercicio de ciudadanía por parte de la población de origen migrante desde una perspectiva de derechos, imponiéndose un abordaje policial de esta realidad. Una vez más las nuevas tecnologías ganan protagonismo en este ámbito, con una especial incidencia de las herramientas de IA que se están aplicando con fines de seguridad. Haremos una breve alusión a algunos ejemplos analizados en el informe de Algorace que hemos manejado en páginas anteriores (Valdivia y Sánchez 2022, 26 y ss.).

En varios Estados de los E.E.U.U. se está utilizando el algoritmo COMPAS, que establece el riesgo de reincidencia de una persona en el marco de un proceso penal. Algunos estudios han demostrado un sesgo en este algoritmo que infravalora el riesgo de reincidencia delictiva de las personas blancas y por el contrario las sobrevalora en las racializadas⁴⁷. También en el país

⁴⁶ En el citado informe del CIS de 2017, el 52,9% de las personas españolas encuestadas reclamaban la preferencia nacional en el empleo, el 67% defendía la expulsión inmediata de las personas extranjeras en situación regular que cometan cualquier tipo de delito y el 43,3% veía justificado restringir la construcción de mezquitas.

⁴⁷ El uso de COMPAS fue judicializado en el Estado de Wisconsin (caso Loomis, asunto 881N.W.2d 749 -Wis.2016-), cuya Corte Suprema lo acabó avalando (De Asís 2020).

norteamericano se ha desarrollado el sistema PredPol, que predice los lugares donde es más probable que se produzcan hechos delictivos, con el objetivo de reforzar la acción policial sobre estas zonas. De nuevo se ha denunciado que en las predicciones de PredPol están sobrerrepresentados barrios con mayoría de personas de origen migrante, hispano o afroamericano. Por su parte, la policía metropolitana de Londres utiliza desde 2012 la herramienta “Gangs Matrix”, donde se monitorizan a presuntos miembros de bandas juveniles (identificados entre otras cuestiones por su actividad en redes sociales). Organizaciones como Amnistía Internacional alertaron de la pertinaz tendencia de este sistema a identificar a jóvenes londinenses negros como pandilleros. Por último, hay que destacar que la criminalización de las migraciones reforzada por las nuevas tecnologías también afecta a las personas de origen migrante cuando son víctimas de delitos. Una evaluación externa realizada al sistema VioGen del Ministerio del Interior español (sistema que predice el riesgo de sufrir violencia de género y trata de mejorar la protección de las potenciales víctimas) detectó una infrarrepresentación de mujeres de origen migrante entre éstas.

Este proceso de criminalización de las migraciones no es inocuo, ya que conlleva una aplicación desproporcionada del Derecho penal sobre las personas de origen migrante. En 2021, el 25% de las personas condenadas por la comisión de un delito en España eran extranjeras⁴⁸, casi doblando su peso poblacional. Este dato es esgrimido por los que defienden la mayor peligrosidad criminal de la comunidad extranjera, pero consideramos que las razones de esta mayor prevalencia residen en su correlativa sobrerrepresentación en las cifras de pobreza⁴⁹ y en el foco que las fuerzas de seguridad ponen en este colectivo, con la inestimable ayuda de las nuevas tecnologías en los últimos tiempos.

Desde la academia, instituciones de defensa de los derechos fundamentales como el Defensor del Pueblo y organizaciones de la sociedad civil se está advirtiendo de forma reiterada a las administraciones con competencias en materia de seguridad de la existencia de estos sesgos y de consecuencias discriminatorias en las herramientas tecnológicas descritas. Desafortunadamente estos reclamos están teniendo escaso éxito por el momento (Arenas y García 2016).

⁴⁸ Datos del Instituto Nacional de Estadística (INE). <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25698> (18/05/2023).

⁴⁹ El riesgo de pobreza (tasa AROPE) es casi el doble en las personas extranjeras UE que en las españolas (40,3%-23,6%), disparándose en la población extranjera no UE (65,2%) (INE, 2021).

IV. REFLEXIÓN FINAL

Comenzamos este trabajo planteando dos interrogantes: ¿Cómo está afectando la incorporación de las nuevas tecnologías a las políticas de control de fronteras y de integración de las personas migrantes en España y la UE? ¿Es posible que esa incorporación se lleve a cabo de una forma respetuosa con los derechos fundamentales? Tras los argumentos expuestos, la respuesta a la primera no puede ser otra que negativamente, mientras que a la segunda consideramos que podría recibir una contestación afirmativa, pero siempre que haya voluntad política para llevar a cabo un profundo cambio de enfoque en la aplicación de las nuevas tecnologías en el control fronterizo y en las políticas de integración en España y en la UE.

Hemos constatado que en el despliegue de las “tecnofronteras” se insiste en la vinculación de las migraciones con la delincuencia internacional y el terrorismo global, incidiendo en la criminalización de esta realidad, aplicando herramientas tecnológicas especialmente intrusivas en los derechos fundamentales de las personas que transitan por ellas. Se ha destacado que todo el entramado de bases de datos que desde la UE se ha puesto en marcha para la monitorización de las fronteras exteriores europeas es difícilmente compatible con la indemnidad de la intimidad, de la protección de datos de carácter personal o de la propia libertad de circulación de las personas migrantes. También hemos analizado que la utilización de las nuevas tecnologías en materia de asilo está dificultando un acceso adecuado a los procedimientos de protección internacional para los potenciales solicitantes de asilo y que el “etiquetado-perfilado” de las personas migrantes que se está realizando en frontera condiciona seriamente sus procesos de integración una vez se encuentran en los países de destino. En este ámbito nos vemos obligados a insistir en que nos genera muchas dudas la intervención de empresas privadas en cuestiones que afectan a los derechos fundamentales, tal como acontece en la gestión de instrumentos clave para las “tecnofronteras”.

Desde la perspectiva de la integración tampoco podemos hacer un balance positivo. La utilización de las nuevas tecnologías en esta materia está teniendo unos efectos restrictivos en los derechos de las personas de origen migrante, fomentando los estereotipos que les afectan desde la etapa analógica y reforzando su criminalización. Hemos destacado algunos ejemplos de este perfil en el acceso a los recursos sociales o en la lucha contra la criminalidad que han provocado los citados efectos negativos. Al hilo de este análisis, se ha señalado la falta de adecuación del “Derecho antidiscriminatorio” español y europeo ante estos nuevos desafíos, por una parte, y como los propios algoritmos e inteligencia artificial adolecen de ciertas fallas técnicas estructurales que facilitan la aparición de sesgos discriminatorios que afectan acusadamente a las capas sociales de origen migrante, por otra.

A nuestro juicio, lo que hemos llamado “realidad construida de las migraciones” tiene una importancia capital en todas las disfunciones que afectan a la tecnificación-digitalización de las fronteras y de la gestión migratoria. Partiendo de ella es mucho más probable que la sociedad demande, y los poderes públicos acaben impulsando, unas políticas y regulación en esta materia restrictivas y con un marcado enfoque de seguridad. Igualmente, incluso de forma involuntaria, en este contexto las nuevas tecnologías ahondarán en estereotipos y sesgos negativos. Tal como expusimos, no se entendería esa “realidad construida” sin el abordaje mediático que de las migraciones se está realizando en los últimos años, basado en gran medida en la transformación sufrida por los medios de comunicación tras su digitalización y con el advenimiento de las redes sociales como espacio hegemónico de intercambio de información. En este aspecto es urgente una transformación del tratamiento informativo del fenómeno migratorio, mediante un compromiso ético de los principales medios que garantice a sus audiencias un “framing” adecuado en las noticias sobre esta realidad, un “fact-checking” eficaz y asequible que neutralice el impacto de los bulos en el que colaboren empresas mediáticas e instancias públicas y el fomento desde el sistema educativo de una cultura informativa crítica en la ciudadanía adaptada a la sociedad digital.

A pesar de este panorama poco alentador, creemos que las nuevas tecnologías pueden tener aplicaciones “virtuosas” en la materia objeto de estudio de este texto. Como cualquier otra dimensión social, el desarrollo tecnológico no es “ideológicamente neutro”, y emprenderá una dirección u otra en función de las prioridades políticas, económicas o éticas que lo impulsen. Sin ignorar la prevención que debe suscitar las limitaciones de base que afectan a determinadas aplicaciones de perfiles, algoritmos o inteligencia artificial, que directamente desaconsejan su utilización cuando pongan en riesgo derechos fundamentales, algunas herramientas técnicas pueden tener un rol protagonista en la indemnidad de estos últimos en la gestión de las fronteras y las migraciones. Concluiremos dejando meramente apuntadas algunas propuestas en este sentido.

Una vez drenado de sus elementos intrínsecamente incompatibles con un mínimo respeto al derecho a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal, el sistema europeo de “tecnofronteras” podría ser un elemento esencial para la habilitación de las actualmente inexistentes vías de acceso legales y seguras a territorio europeo. Una digitalización del sistema de visados que permita realizar de forma eficiente y accesible las solicitudes y su resolución de forma telemática, desde las legaciones diplomáticas en los países de origen o incluso de forma centralizada desde los países de destino. Si se establecen unos cupos razonables de visados laborales y de reagrupación familiar, estos sistemas desincentivarían las vías irregulares de migración, evitando las múltiples violaciones de derechos humanos que se producen en

ellas por actores públicos y privados. Y para todas las legítimas preocupaciones en materia de seguridad en este aspecto, un uso proporcionado de esas mismas herramientas podría dar una respuesta más que suficiente. Entendemos que una digitalización similar de la primera etapa del procedimiento de asilo (solicitud y admisión a trámite), siempre que se garantice el “acceso analógico” en sede diplomática en los países de origen y tránsito cuando el digital sea inviable, tendría unos efectos similares respecto a evitar que personas en una situación especialmente vulnerable se vean abocadas a recurrir a las citadas vías de acceso irregulares.

Ya adelantemos en líneas anteriores que para la detección de personas vulnerables (menores de edad, víctimas de trata...) en frontera las herramientas tecnológicas pueden ser especialmente útiles para garantizarles la protección adecuada que el DIDH les reconoce. En la misma línea, la tecnología se está utilizando ampliamente en la identificación de personas fallecidas y en la búsqueda de aquéllas que han desaparecido en todos los contextos, excepto en el migratorio. En este caso bastaría una adaptación de los protocolos aplicables a las necesidades específicas de las personas que fallecen sin identificar o desaparecen durante su periplo migratorio y sus familias y, por supuesto, que su identificación y localización sean tenidas como una prioridad en las políticas migratorias españolas y europeas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AIDA. 2021. *Digitalisation of asylum procedures: risks and benefits*. Bruselas (Bélgica): European Council on Refugees and Exiles (ECRE).
- AÑÓN ROIG, M. J. 2022. “Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los Derechos Humanos”, *Derechos y Libertades*, nº47: 17-49.
- ARCE JIMÉNEZ, C. 2022. *¿Una nueva ciudadanía para la era digital?* Madrid: Dykinson.
- . 2019. “Frontera Sur: Una realidad política y jurídica construida que genera violaciones de Derechos Humanos”, *Revista de Fomento Social*, nº294: 145-176.
- . “Migraciones, Derechos Humanos y vulnerabilidad”, *Revista de Fomento Social*, nº289:115-140.
- ARENAS GARCÍA, L. y GARCÍA ESPAÑA, E. 2016. “Identificaciones policiales y discriminación racial en España. Evaluación de un programa para su reducción”, *Boletín Criminológico* (Instituto andaluz interuniversitario de Criminología), nº163.
- BARBERO, I. 2021. “Refugiados en contención: lógicas de (in)movilidad en materia de derecho de asilo en la Frontera Sur”, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº129: 179-202.
- BALAYN, A. y GÜRSES, S. 2021. *Beyond Debiasing: Tackling AI and its Inequalities*. Bruselas (Bélgica): European Digital Rights (EDRI).
- BITHER, J. y ZIEBARTH, A. 2021. *Automating decisionmaking in migration policy: a navigation guide*. Berlín (Alemania): Migration Strategy Group on International Cooperation and Development.

- BOIX PALOP, A. 2020. “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, vol. 1: 223-269.
- CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas). 2017. 10º Estudio de actitudes hacia la inmigración.
- CÓZAR MURILLO, B. y RODRÍGUEZ GARCÍA, L. 2019. “Desmontando el falso mito del problema migratorio”, *Fundación Alternativas*, nº97.
- CRUZ ÁNGELES, J. 2021. “El diseño de perfiles algorítmicos para la gestión y protección de fronteras europeas: ¿una nueva forma de discriminación?”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº57.
- . 2020. “Procesamiento informático de datos y protección de derechos fundamentales en las fronteras exteriores de la Unión Europea”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, nº1: 94-122
- DE ASÍS ROIG, R. 2020. “Inteligencia artificial y Derechos Humanos”, *Materiales de Filosofía del Derecho*, nº2020/04
- DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL. 2012. *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*. Madrid.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, R. 2019. “Migración y desarrollo: mitos tóxicos e incoherencia de políticas en la Unión Europea”, en Cabrera García, A.C., Rodríguez Albor, G. y Blanco Rangel, I. (coords.), *Migraciones internacionales en el siglo XXI: un análisis desde una perspectiva crítica*. México. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Universidad de San Buenaventura y Universidad Autónoma del Caribe: 17-96.
- LACZKO, F., TJADEN, J. y AUER, D. 2017. “Global Migration Data Analysis Centre: Data Briefing Series” Issue No. 9. Berlín (Alemania): OIM.
- FRA (European Union Agency for Fundamental Rights). 2018. *Under watchful eyes: biometrics, EU IT systems and fundamental rights*. Luxemburgo.
- INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. 2022. *Global Peace Index 2022: Measuring Peace in a Complex World*. Sydney (Australia).
- INE (Instituto Nacional de Estadística). 2021. Encuesta de condiciones de Vida.
- LÓPEZ-SALA, A. y MORENO-AMADOR, G. 2020. “En busca de protección a las puertas de Europa: refugiados, etiquetado y prácticas disuasorias en la frontera sur española”, *Estudios Fronterizos*, vol. 21: 1-20.
- MCAULIFFE, M. y TRIANDAFYLIDOU A. (eds.). 2022. *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*. Ginebra (Suiza): OIM.
- MAGALLÓN-ROSA, R. 2021. “La agenda que queda fuera de los medios desinformación y fact-checking sobre (in)migración”, *Migraciones*, nº52: 59-87.
- MATARÍN RODRÍGUEZ-PERAL, E., GARCÍA GARCÍA F. y GÓMEZ FRANCO, T. 2020. “La inmigración a través de los encuadres noticiosos de Google”, *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, vol. 10 (2): 20-50.
- NOBLE, S. U. 2018. *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*. New York (EEUU): University Press.
- OIM (Organización Internacional de las Migraciones). 2009. *Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM*. Ginebra (Suiza).

- RÁZOVÁ, O. y otros. 2019. *Europe's migration myths*. Bratislava (Eslovaquia): Globsec.
- SÁNCHEZ, M., SÁNCHEZ, G. y ARCE, C. 2021. *Familias de personas migrantes desaparecidas: su búsqueda de respuestas, el impacto de la pérdida y recomendaciones para mejorar las respuestas institucionales a sus necesidades*. Organización Internacional de las Migraciones (OIM). Ginebra (Suiza).
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. 2018. “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)”. *Revista Española de Derecho Europeo*, nº65: 1–39.
- SERRA CRISTÓBAL, R. 2019. “El control de datos de circulación de personas en la UE como mecanismo de salvaguarda de la seguridad nacional”, UNED. *Revista de Derecho Político*, nº102: 305-332.
- SORIANO ARNANZ, A. 2021. “El creciente uso de sistemas automatizados y sus riesgos. En concreto, la discriminación algorítmica”, *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, nº56.
- VALDIVIA GARCÍA, A. y SÁNCHEZ MONEDERO, J. 2022. *Una introducción a la IA y la discriminación algorítmica para movimientos sociales*. Madrid. Algorace.
- WIHTOL DE WENDEN, C. (2000) *¿Hay que abrir las fronteras?* Barcelona, Bellaterra.

LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL CONTEXTO DIGITAL

*Freedom of speech and informative speeches in the digital
scope*

Carmen Carrillo Franco
Becaria de investigación
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

<https://doi.org/10.18543/ed.2927>

Recibido: 17.07.2023

Aceptado: 04.12.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Resumen

En el artículo se realiza un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la que se resuelven recursos de amparo en los que ha habido una colisión entre el derecho a la libertad de expresión o información y, de otro lado, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen en el contexto digital. Asimismo, en el estudio se reflexiona sobre las categorías conexas a estas libertades, la opinión pública, la verdad y la desinformación en el mundo digital. El objetivo principal del estudio es analizar los elementos específicos que deben tenerse en cuenta a la hora de realizar una eventual restricción del derecho a la libertad de expresión ejercida en el contexto digital, particularmente en las redes sociales, y las claves de legitimación del ejercicio del derecho en ese contexto.

Palabras clave

Libertad, Redes sociales, Sociedad democrática, Veracidad, Simulación.

Abstract

The paper studies the Constitutional Court's case law in which they solved different writs of protection due to a collision between freedom of speech or informative speech and honour, privacy, and self-image rights. In addition, the paper includes some reflections on the concepts related to those freedoms, such as public opinion, truth, and lack of information. The paper's main purpose is to analyze the specific aspects of freedom of speech and informative speech when they are developed in the digital world. As a result, the paper shows which are the elements that tribunals agree in taking into account in the cases in which freedom of speech should be limited in favour of the right to honour, privacy, and self-image and, the keys to legitimizing the exercise of the right in this scope.

Keywords

Freedom, Social media, Democratic community, Truthfulness, Simulation.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO TEÓRICO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL CONTEXTO DIGITAL. 1. Concepto y naturaleza jurídica de las libertades de expresión e información de los arts. 20.1 a) y 20.1 d) de la Constitución Española. 2. Los difusos límites entre libertad de expresión en sentido estricto y libertad de información. 3. La libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. 4. La regulación europea de los actos que se llevan a cabo en las redes sociales: *Digital Service Act*. III. LAS ESPECIFICIDADES DE LOS CONFLICTOS QUE SURGEN COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL. 1. La autoría del mensaje en Internet. 2. Los destinatarios del mensaje publicado. 3. La influencia del mensaje en la configuración de la opinión pública y contenido del mensaje. 3.1. Interés público de la información y mayor protección de los mensajes de contenido político. 3.2. Lo público y lo privado en las redes sociales. 3.3. Breve referencia a los mensajes cuyo contenido incita a la violencia y al odio. 4. Difícil determinación del rol del usuario y de la protección de la libertad aplicable. 5. El riesgo del efecto de desaliento. IV. LOS RIESGOS DE FALSEAR LA VERDAD: SIMULACIÓN Y DESINFORMACIÓN. V. CONCLUSIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La búsqueda de la verdad ha acompañado al ser humano desde tiempos de los presocráticos. El hombre desea conocer y entender lo que le rodea. Ese anhelo de verdad no sólo se proyecta sobre las cuestiones más profundas de la existencia humana –las *grandes verdades* del mundo–, sino que aparece en todos los órdenes y facetas de la vida humana. Sin embargo, la posesión de la verdad absoluta –entendida como principio universal– es un concepto utópico, pues es bien aceptado hoy en día que de un mismo hecho pueden existir diferentes versiones. Así, lo expresa la máxima “sólo hay una verdad absoluta, que la verdad es relativa”, atribuida a André Maurois ya en el pasado siglo.

Precisamente, de ello toma consciencia el ordenamiento jurídico español consagrando, en la Constitución Española (en adelante, CE), el pluralismo político (art. 1.1), la libertad ideológica (art. 16) y, la libertad de expresión (art. 20.1). En relación con estas libertades, es evidente que su esqueleto conceptual tiene un antes y un después en la irrupción del nuevo contexto digital puesto que la sociedad de hoy en día es una sociedad marcada por lo inmediato, lo instantáneo y la aceleración; que, según Bauman son las notas definitorias de la llamada *sociedad líquida*¹. Entre otros motivos, esta nueva

¹ Sobre el concepto de sociedad líquida puede consultarse: BAUMAN, Zigmunt. *Modernidad líquida*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2003.

configuración de la sociedad se debe al auge del nuevo contexto tecnológico. De hecho, el ejercicio de las libertades del art. 20.1 CE se produce, principalmente, en los medios de comunicación digitales y en las redes sociales. Además, en relación con la esfera pública, estos medios constituyen los instrumentos a través de los que se difunde la información, se producen debates políticos de forma espontánea y, en definitiva, se configura la opinión pública.

Asimismo, es de sobra conocido que los límites entre la libertad de expresión del art. 20.1 a) CE y el derecho a recibir información veraz del art. 20.1 d) CE son difusos e imprecisos. Es decir, no es fácil constatar cuándo una expresión consiste en un ejercicio de la libertad de expresión en sentido estricto de cuándo se trata de un ejercicio de la libertad de información y, en consecuencia, se confunde fácilmente el ámbito de lo objetivo con el ámbito de lo subjetivo. Precisamente, los difusos límites entre una y otra libertad, se acentúan de forma destacada en el nuevo contexto digital, tal y como ya puso de manifiesto la STC n.º 8/2022², entre otras. Debido a ello, en este artículo se pretende analizar cómo la consolidada doctrina constitucional sobre las libertades de los arts. 20.1 a) y 20.1 d) CE se ha adaptado a los nuevos retos del contexto digital. Es decir, si hoy en día, el Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, TC) interpreta los derechos de libertad de expresión y de información y sus límites con el mismo alcance que en la era predigital, y si es o no trasladable su acervo jurisprudencial en este contexto o, por el contrario, requiere alguna matización derivada del mismo

En este sentido, el TC ha elaborado una consolidada doctrina en torno al 20.1 CE que, a su parecer, es perfectamente aplicable a los retos de la era digital en relación con estos derechos. No obstante, en otras ocasiones, el TC ha mantenido que la particularidad de la colisión del ejercicio del art. 20.1 CE con el derecho al honor y a la intimidad del art. 18.1 CE exige tomar en consideración una serie de elementos que, por las particularidades de los medios digitales, no se tomaban en consideración en la era predigital. A la vista de ello, surge la siguiente pregunta ¿ha cambiado el TC su posición respecto al art. 20.1 cuando el ejercicio de este derecho, no amparado por la CE, se produce a través de Internet? O, por el contrario, ¿la posición del TC sigue siendo la posición anterior a la era predigital, pero únicamente, tomando en consideración ciertos elementos específicos? Para abordar estas cuestiones, en este artículo, se analizan las sentencias en las que el TC ha aplicado esta doctrina para resolver la colisión de las libertades de los arts. 20.1 a) y 20.1

² Concretamente, la STC n.º 8/2022, de 27 de enero ha puesto de manifiesto que “la constatación de las dificultades existentes para distinguir entre libertad de información y libertad de expresión se acentúa cuando se contextualiza el ejercicio de una y de otra en el ámbito de internet y, más concretamente, en el de las redes sociales”.

d) con los derechos del art. 18.1 CE, es decir, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen en el contexto digital y se analizan los criterios por los que el TC ha estimado o no el amparo para poder entender cuál es su posición en relación con estos derechos en el contexto digital.

II. MARCO TEÓRICO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1. *Concepto y naturaleza jurídica de las libertades de expresión e información del art. 20.1 a) y del art. 20.1 d) de la CE*

De entrada, el art. 20.1 CE consagra, en sentido amplio, el derecho a la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones. Ahora bien, tal y como señalara la STC 51/1989, de 22 de febrero³, únicamente la letra a) de este precepto se refiere a la libertad de expresión en sentido estricto⁴. Ello significa, según Solozábal Echevarría, que el bien jurídico que protege el art. 20.1 a) CE es “la comunicación sin trabas del pensamiento”⁵. Es decir, se protege la libertad a comunicar libremente los pensamientos, ideas y ocurrencias. Ello incluye, necesariamente, el derecho a expresar libremente pensamientos *críticos*, aun cuando la crítica “sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”, tal y como lo recoge la STC 174/2006, de 5 de junio⁶.

No obstante, como todo derecho fundamental, su ejercicio no es absoluto, ni ilimitado. De hecho, la libertad de expresión consagrada por la CE no significa, en ningún caso, que se ampare un derecho al insulto⁷. Así, el límite al ejercicio de esta libertad se plasma en el art. 20.4 CE que especifica que

³ Vid. STC 51/1989, de 22 de febrero. En concreto, el Fundamento Jurídico 3º.

⁴ El tenor literal del art. 20.1 CE dispone lo siguiente: “Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

⁵ Vid. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. “Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión”. *Revista de estudios políticos*, N.º 32, (1992). [en línea], <enlace>, 237-248.

⁶ Vid. STC 174/2006, de 5 de junio. En concreto, Fundamento Jurídico 4º.

⁷ Vid. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. “Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión”. *Revista de estudios políticos*, N.º 32, (1992). [en línea], <enlace>, 246.

“estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia”⁸. Por ende, el derecho a la libertad de expresión no sólo es un derecho individual relacionado con la dignidad⁹ de la persona (art. 10 CE), sino que es un auténtico *derecho político* cuyo ejercicio pone al individuo en relación con el resto de la ciudadanía. Este es el aspecto clave en el que reside la trascendencia del art. 20.1 a) CE. De esta forma, lo ha expresado la STC 5/2021, de 25 de enero afirmando que el ejercicio de este derecho permite la construcción “de un espacio de libre comunicación social, de continuo abierto, y se propicia con ello la formación tanto de opinión pública como de ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son de plenitud, ni la democracia ni el pluralismo político”¹⁰.

Por su parte, el art. 20.1 d) CE consagra el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. En este sentido, puede afirmarse que el derecho del art. 20.1 d) CE tiene una doble vertiente¹¹. De un lado, una vertiente activa que trata el derecho a transmitir la información (*comunicar*) y, de otro lado, una vertiente pasiva que se refiere al derecho a recibir información. Pero no cualquier clase de información, el derecho a recibirla requiere y exige que dicha información sea *veraz*. En este sentido, mientras que el derecho del art. 20.1 a) protege exclusivamente una actividad: la libre comunicación del pensamiento. De contrario, el derecho del art. 20.1 d) protege varias actividades, a saber, “la preparación, elaboración, selección y difusión de la información o noticias”¹². En relación con el art. 20.1 d), es necesario subrayar que la titularidad de este derecho es de todas las personas y no sólo de los periodistas, aunque la comprensión que el TC ha desarrollado de este derecho ha sido, en su mayoría, a raíz de casos en los que quién ejerce este derecho es un profesional de la comunicación¹³.

⁸ Vid. STC 139/1996 de 16 de septiembre.

⁹ Vid. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.

¹⁰ Vid. STC 5/2021, de 25 de enero. En concreto, Fundamento Jurídico 4º.

¹¹ BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO y CÁMARA VILLAR, Gregorio (dirs.) et al. *Manual de Derecho Constitucional. Vol I, Constitución y fuentes de derecho*. Madrid: Tecnos, 2014, 515.

¹² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Libertad de expresión y derecho a la información”. En ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César. *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*. Tomo III. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011, 199.

¹³ Se ha tomado como referencia en este aspecto a VÁZQUEZ ALONSO, Victor. “Aspectos constitucionales del derecho de la comunicación”. En *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, Emilio (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 30.

Para comprender el marco teórico del art. 20.1 d) CE es necesario detenerse sobre el concepto singular y característico de este derecho: el concepto de información veraz. Como se decía al inicio de este artículo no existe la verdad absoluta. Sin embargo, si la CE protege el concepto de “información veraz”, ello no significa -como es bien conocido- que se proteja un ideal absoluto, pues esto no sería posible. La expresión “información veraz”, si bien es una expresión cercana a la verdad, no alude propiamente a la noción de verdad, sino a la de *veracidad*. La veracidad –y no la verdad– es el elemento “garante de la constitucionalidad de un derecho tan básico como es el de informar”¹⁴. La exigencia de que la información que se transmite sea veraz alude a la noción de que sea una información comprobada y contrastada. Es decir, según el TC, no se exige que el contenido de la información sea de “rigurosa y total exactitud”¹⁵. De hecho, el término veraz comprende una información que puede abarcar cierta imprecisión siempre y cuando la información “haya sido comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa”¹⁶. La veracidad constitucional se corresponde más, por tanto, con el concepto de verosimilitud que con el de verdad.

Claramente ello es debido a que, como destaca Torres del Moral “si se impusiera la verdad como condición del derecho a informar, la única garantía de seguridad jurídica sería el silencio”¹⁷. Esta distinción entre verdad y veracidad, la introdujo precisamente la STC 6/1988, de 21 de enero¹⁸ que fue una de las primeras Sentencias constitucionales que entendió que el término “información veraz” no equivale a la verdad en términos absolutos, sino que consiste en una *actuación diligente* por parte del informador. En otras palabras, el TC no exige una rigurosa corrección y exactitud de los hechos, pero sí que rechaza la difusión de simples rumores o mentiras que no hayan sido comprobados diligentemente¹⁹.

¹⁴ LÓPEZ DE LERMA, Jesús. “El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional”. *Revista de Estudios Deusto. Revista de Derecho Público*. Vol. N.º 66/2, (2018). [en línea], <enlace>. 435-460.

¹⁵ STC 52/2002, de 25 de febrero. En concreto, Fundamento Jurídico 5º.

¹⁶ STC 105/1990, de 6 de junio.

¹⁷ TORRES DEL MORAL, Antonio. *Libertades informativas*. Madrid: Colex, 2009, 164.

¹⁸ STC 6/1988, de 16 de marzo. En concreto, Fundamento Jurídico 5º.

¹⁹ En este sentido, lo expuso la STC 28/1996, de 26 de febrero que desestimó un recurso de amparo solicitado por un periodista por una supuesta vulneración del derecho a comunicar libremente en vistas de que no se cumplía con la excepción de veracidad. De esta forma, explica el TC que el “deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones” (vid. Fundamento Jurídico 3º).

Entonces, la veracidad no significa una verdad rigurosa, pero tampoco significa un derecho a difundir rumores. En este sentido, como apunta Marc Carrillo, no hay que olvidar que “el derecho a una información veraz deriva también del pluralismo y la concurrencia informativa”²⁰. Es decir, a mayor número de medios de comunicación, más posibilidades habrá de garantizar la veracidad de la información, ya que se reducirá el control concentrado de las fuentes de información. En este sentido, el art. 20.1 d) contribuye –junto con el art. 20.1 a– y las demás libertades del art. 20 CE) a configurar una auténtica opinión pública libre, cuestión que se tratará detalladamente en el apartado III.3.

Ahora bien, lo que no comprende el derecho a la información veraz, en ningún caso, es transmitir información que el periodista, o el informador, en suma, no haya contrastado previamente. En otras palabras, el comportamiento negligente o irresponsable de quien difunde la información no vendría a estar amparado por el derecho a comunicar información veraz²¹. Esta idea será retomada en el apartado III del artículo para comentar los matices que el TC introduce para determinar la exigencia del otro requisito que la información ha de cumplir para que sea considerada como un legítimo ejercicio del derecho contemplado en el artículo 20.1.d) de la CE, pese a no estar expresamente recogido en dicho precepto: que la información, además de veraz, sea *relevante*. O más precisamente, que exista –o no– un “interés público a la información”²².

En lo que ahora respecta se dirá que no sólo es necesario que la información sea contrastada para resultar protegida por el art. 20.1 d). Es más, tal y como explica Vázquez Alonso, ha de poseer “relevancia para la opinión pública”²³; para la formación de la libre opinión pública, como elemento clave de la democracia. En otras palabras, la veracidad y la relevancia son los presupuestos acumulativos para que opere la protección constitucional de la información. En esta misma línea lo ha razonado la STC 68/2008, de 23 de junio²⁴ en cuyo Fundamento Jurídico 3º, se profundiza sobre el concepto de

²⁰ Vid. CARRILLO, MARC. “Derecho a la información y veracidad informativa”, *Revisita Española de Derecho Constitucional*. N.º 23 (1988). [en línea], <enlace>, 187-206.

²¹ *Ibidem*.

²² Entre otras, destaca la STC 7/2014, de 27 de enero.

²³ VÁZQUEZ ALONSO, VICTOR. “Aspectos constitucionales del derecho de la comunicación”. En *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, EMILIO (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 31.

²⁴ La STC 68/2008, de 23 de junio, en sus Antecedentes, se refiere a un artículo periodístico que proporcionaba información sobre una red de tráfico ilegal de visados en el consulado español de Casablanca (Estados Unidos), si bien si es una información relevante no resulta amparada por el art. 20.1 d) en vistas de que no era veraz, ya que no se contrastó debidamente la información antes de su publicación. Por ende, el TC desestimó el

veracidad aclarando que esta no se refiere a una verdad rigurosa y objetiva, sino a una diligencia previa de constatación de la información. En consecuencia, lo que debe resultar probado para considerar cumplido este requisito de veracidad es “el grado de diligencia observado para su comprobación con anterioridad a la publicación de aquéllos [hechos]”²⁵.

En otro orden de cosas, hasta el auge de los medios de comunicación digitales se sostenía generalizadamente que existía un “sistema clásico de la libertad de expresión”²⁶. Este se representaba con un triángulo de forma que, en cada uno de sus vértices, se colocaría un elemento esencial para la comunicación²⁷. En el esquema clásico se encontrarían: (i) los medios de comunicación, (ii) los periodistas y demás profesionales de la comunicación y, (iii) la opinión pública. Así, el papel que jugaban los ciudadanos era, fundamentalmente, pasivo. Sin embargo, con el auge de las nuevas tecnologías y, en concreto, con la irrupción de las redes sociales, esto ha dejado de ser así, ya que, como apunta Vázquez Alonso, “el ciudadano participa activamente en la generación de contenidos de opinión”²⁸. Ello obliga a repensar el esquema tradicional de la comunicación en vistas de que, ahora los ciudadanos tienen la posibilidad de participar de forma activa en esta cuestión, principalmente, a través de las redes sociales. Y este cambio de rol obliga a que preguntarse –e intentar resolver en otro momento de este artículo– la cuestión si los límites jurídicos aplicables a la información difundida masivamente por cualquier ciudadano en las redes siguen o no siendo los mismos en este cambio de paradigma.

En un orden próximo de consideraciones, es de reseñar que la jurisprudencia constitucional ha delimitado un alcance de la libertad de expresión muy amplio. Así, ésta incluye la libertad artística, literaria y técnica, así como la libertad de cátedra y la libertad comunicativa. Ahora bien, ninguna de estas libertades es ilimitada, ni absoluta, sino que tienen ciertos límites, así como también requisitos para su ejercicio. En concreto, en el caso de la libertad comunicativa del art. 20.1 d) para su ejercicio se requiere, de forma acumulativa, la veracidad de la información y la relevancia de la misma, tal y como se ha visto. Asimismo, la irrupción del contexto tecnológico añade

recurso de amparo en vistas de que en aquella ocasión “no se observó antes de publicar la noticia la exigible diligencia para poder considerar que lo que se iba a publicar era cierto, faltando toda prueba que apuntara a otra conclusión”.

²⁵ *Ibidem*. Fundamento Jurídico 3º.

²⁶ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor. “Aspectos constitucionales del derecho de la comunicación”. En *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, Emilio (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 32.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

nuevos problemas a los ya existentes en vistas de que, en la actualidad, la información no sólo se difunde de forma más rápida e inmediata y global, sino que –se insiste– agentes que hasta el momento tenían un rol pasivo en esta cuestión, han pasado a tener un rol activo mediante el uso de las redes sociales. Junto a ello, otro elemento peculiar de la difusión de información en estos medios, que tampoco estaba presente en el esquema predigital de la comunicación, es la interacción de los usuarios y receptores con el emisor, o a partir del él. Ello permite conformar y modular la información primigenia en un contexto colectivizado e interactivo que evoluciona con el tiempo. Todo ello, necesariamente lleva a reflexionar sobre los elementos y matices que aparecen a la hora de tomar decisiones sobre los potenciales conflictos entre las libertades comunicativas del art. 20 CE y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del art. 18 CE.

2. *Los difusos límites entre la libertad de expresión en sentido estricto y la libertad de información*

Más allá de la distinción teórica que pueda existir entre el art. 20.1 a) y 20.1 d), lo cierto es que cuando se descende a la variada casuística de la realidad no es sencillo apreciar con la misma facilidad que se observa sobre el papel escrito esta distinción, ya que no siempre es fácil distinguir entre una mera comunicación de hechos y la expresión de una opinión sobre algo fáctico. Precisamente, en los supuestos²⁹ en los que se plantean estas cuestiones, los límites entre una y otra libertad se encuentran borrosos y, el ejercicio de ambos derechos –expresión e información– aparecen de forma entrelazada y, en ocasiones, indisoluble el uno respecto del otro, cuando no son una misma cosa, dos dimensiones de una misma comunicación que es opinión –o valoración– y *factum* al mismo tiempo. Como apunta Habermas, en el caso concreto del periodismo esto sucede constantemente³⁰. Pese a ello, cabe realizar las siguientes diferencias en relación a (i) el objeto, (ii) la legitimidad en el ejercicio del derecho y, (iii) el ámbito de ejercicio de cada derecho.

En relación con el objeto de cada libertad, cabe destacar, de un lado, el derecho del art. 20.1 a) se relaciona con el pensamiento, es decir, juicios y opiniones mientras que, de otro lado, el derecho del art. 20.1 d) se relaciona con los hechos, tal y como lo recoge la STC 79/2014, de 28 de mayo³¹. Precisamente, en esta Sentencia se trata una posible vulneración al derecho al

²⁹ Sin ánimo de exhaustividad, vid. STC 65/2015, de fecha 13 de abril, STC 79/2014, de 28 de mayo y, STC 41/2011, de 11 de abril.

³⁰ Vid. HABERMAS, Jürgen. Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública. Barcelona: GG, 1981, 210.

³¹ STC 79/2014, de 28 de mayo.

honor de unos políticos como consecuencia del empleo de ciertas expresiones por parte de unos periodistas de la cadena radiofónica COPE. En concreto, las expresiones sugerían una supuesta relación entre estos políticos y la organización terrorista ETA debido a que se habían producido unas reuniones entre ambos. En este caso, las expresiones se realizaron tiempo después de que los hechos sobre los que versan se desarrollasen y, a juicio del TC, constituían un juicio de valor y no una mera descripción fáctica. Así, entiende el TC que “al tratarse de un juicio crítico o valoración personal de aquellos hechos y, al realizarse tal juicio más de un año y medio después de que se hubiesen producido [...] su enjuiciamiento deberá efectuarse con sometimiento al canon propio de la libertad de expresión, y no al canon de la veracidad exigida constitucionalmente al derecho a comunicar información”³².

Por ende, el TC negó el amparo y confirmó el criterio del TS. Todo ello hizo desde el art. 20.1 a) pues, entendió que, pese a que existía una base fáctica sobre la que se contextualizaban las expresiones de los periodistas, en esencia, estas constituían un juicio de valor. Por tanto, se enjuició la conducta desde el prisma del art. 20.1 a) CE y no desde el art. 20.1 d). En cuanto a la legitimidad en el ejercicio del derecho, debe subrayarse que a la libertad de expresión no le es aplicable la exigencia de veracidad que se le exige a la libertad de información. Esto significa que la libertad de información “es susceptible de comprobación”³³, mientras que la libertad de expresión comprende juicios de valor que no tienen por qué ser veraces pues, pueden estar injustificados o carecer de lógica alguna. Así, el bien jurídico que se protege con una y otra libertad es distinto. De un lado, la libertad de información del art. 20.1 d) protege la información *noticiable*³⁴—en el sentido de que ha de ser veraz y gozar de relevancia pública— y, de otro lado, la libertad de expresión del art. 20.1 a) protege la libertad de las personas para exteriorizar sus opiniones. En consecuencia, será un legítimo ejercicio de la libertad de expresión del art. 20.1 a) aquellos juicios críticos y personales que haga una persona, pero no constituirá un legítimo ejercicio del art. 20.1 d). Ello se debe a que el art. 20.1 d) solo protege, como ya se expuso en el apartado II.1, la información veraz y con relevancia pública. Por último, en relación con el ámbito de ejercicio de cada libertad, puede entenderse que la libertad de expresión tiene un ámbito más amplio que la libertad de información, ya que, precisamente, carece de estos requisitos de veracidad y relevancia que se imponen en la libertad del art. 20.1 d).

³² *Ibidem*. Fundamento Jurídico 7º.

³³ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor. “Aspectos constitucionales del derecho de la comunicación”. En *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, EMILIO (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 36.

³⁴ En este sentido lo recoge la STC 27/2020, de 24 de febrero.

3. La libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CEDH) consagra el derecho a la libertad de expresión de la siguiente forma: “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”. En reiterada y prolija jurisprudencia³⁵, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha confirmado que este derecho abarca las expresiones como las informaciones, tanto favorables como desfavorables, pero no insultantes. En palabras del TEDH, ello es consecuencia del “espíritu del pluralismo, la tolerancia y la apertura, sin los cuales no puede existir una ‘sociedad democrática’”³⁶.

En este sentido, puede afirmarse que el art. 10 del CEDH conlleva un estándar de protección muy elevado. Ahora bien, ello no significa lógicamente que el TEDH entienda que el art. 10 del CEDH tenga una protección absoluta³⁷. La protección del art. 10 del CEDH cede en los casos en los que es necesario proteger otros derechos, como los derechos del art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar)³⁸. En el contexto digital, la jurisprudencia del TEDH ha permitido aclarar muchos de los problemas que han surgido a raíz de los conflictos entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor e intimidad pues, el TEDH ha reconocido que las expresiones emitidas a través de Internet y las redes sociales tienen un impacto mayor (el llamado “efecto amplificador”) que las que se difunden por televisión, prensa o radio³⁹. Claramente, ello se debe a la inmediatez y gran capacidad difusiva con la que se transmiten los mensajes, así como a su vocación de perpetuidad en la red.

³⁵ Son bien conocidos los *leading cases* que representan la STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*; y la STEDH de 26 de noviembre de 1991, asunto *Observer y Guardian c. Reino Unido*.

³⁶ Vid. ¶49 de la STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*. En concreto, se expresa “le pluralisme, la tolérance et l’esprit d’ouverture sans lesquels il n’est pas de ‘société démocratique’”.

³⁷ Sin ánimo de exhaustividad: la STEDH de 10 de diciembre de 2007, asunto *Stoll c. Suiza*; la STEDH de 26 de abril de 2015, asunto *Morice c. Francia* y; la STEDH de 20 de octubre de 2015, asunto *Pentikäinen c. Finlandia*.

³⁸ Para el TEDH este derecho al respeto de la vida privada comprende el honor y la reputación de una persona pues engloba su integridad física y moral, tal y como lo expresó en el ¶83 de la STEDH de 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer c. Francia*.

³⁹ Vid. STEDH de 22 de abril de 2013, asunto *Animal defenders International c. Reino Unido*. En la misma línea, la STEDH de 8 de noviembre de 2016 (caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*) y la STEDH de 20 de octubre de 2015 (caso *Pentikäinen c. Finlandia*).

Consecuentemente, el TEDH ha establecido que el control judicial sobre este tipo de conflictos, cuando surjan a través de Internet –y en particular a través de las redes sociales– tendrá unas reglas específicas. Estas reglas específicas se sumarán a las reglas habituales que rigen en la ponderación de derechos en los conflictos de este tipo pues, “las comunicaciones en línea y su contenido son mucho más susceptibles que la prensa de atentar contra el ejercicio y el disfrute de los derechos y libertades fundamentales, en particular el derecho a la intimidad”⁴⁰. En definitiva, ello significa que las particulares de Internet deben tenerse en cuenta a la hora de resolver conflictos entre los arts. 10 y 8 del CEDH. Sin embargo, ello no significa que se deje de atender a las consideraciones aplicables a las expresiones que no se difundían a través de Internet, sino que habrá un canon específico adicional a la hora de evaluar los conflictos entre estos derechos y, así lo estudiaremos en el apartado III de este artículo.

4. *La regulación europea de los actos que se llevan a cabo en las redes sociales: Digital Service Act*

Recientemente, en octubre de 2022, la UE ha aprobado una nueva regulación que manifiesta, en el marco de la regulación de los servicios digitales, la preocupación que se tiene hacia los discursos que se difunden en la red. Se trata del Reglamento (UE) 2022/2065 *Digital Service Act*⁴¹ que afecta no sólo a las redes sociales, sino también a las plataformas de intercambio de contenidos, tiendas de aplicaciones, plataformas de viajes y de alojamientos en línea, etc. Además, esta regulación viene acompañada del Reglamento (UE) 2022/1925 sobre los mercados digitales (*Digital Markets Act*). Ambas normas pretenden crear un entorno digital más seguro y, en concreto, un entorno de competitividad equitativo en el espacio del mercado común⁴², que será completado con el Reglamento sobre Inteligencia Artificial (*Artificial*

⁴⁰ Vid. STEDH de 5 de agosto de 2011, asunto *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ucrania*. En concreto, en el ¶63 se expresa: “les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l’exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée. Aussi, la reproduction de matériaux tirés de la presse écrite et celle de matériaux tirés de l’Internet peuvent être soumises à un régime différent”. En la misma línea, STEDH de 8 de noviembre de 2016 (caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*) y la STEDH de 20 de octubre de 2015 (caso *Pentikäinen c. Finlandia*).

⁴¹ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (*Digital Service Act*).

⁴² Vid. EUROPEAN COMMISSION. 2022. “*The digital Services Act package*”. Acceso el 12 de julio de 2023 <enlace>.

Intelligence Act) próximo a aprobarse. En este sentido, si bien las plataformas de redes sociales no son responsables objetivamente por las expresiones que a través de ellas se emitan, sí que se aumentan las exigencias que a las empresas responsables de las redes sociales se les imponen para reaccionar de forma preventiva y represiva frente a la desinformación.

A tal fin, la entidad a través de la que se emite el mensaje ha de tener *filtros preventivos* que impidan publicar cierto tipo de imágenes o información; así como *filtros reactivos*, esto es, cauces de denuncia de contenido para que pueda ser retirado. Esto es relevante de cara a aminorar los potenciales efectos lesivos de las expresiones o informaciones que se publican, previo a su conocimiento por los tribunales. Asimismo, se prevé la responsabilidad económica de estas plataformas, no ya por los mensajes que sus usuarios puedan publicar —pues, como se verá en el apartado III tal responsabilidad únicamente es exigible al usuario concreto—, sino por la ausencia de actuación frente a los riesgos sistémicos que se producen en estas plataformas, a saber, discursos de odio terrorista o desinformación a través de noticias falsas (*fake news*). Este último es un concepto amplio que no solo comprende la información escrita, sino las representaciones gráficas y videográficas.

III. LAS ESPECIFICIDADES DE LOS CONFLICTOS QUE SURGEN COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL

Desde hace tiempo, el TC venía mostrando su preocupación por el ejercicio de la libertad de expresión a través de las redes sociales. De hecho, el TC ha afirmado que el uso de las redes sociales conlleva “una mayor potencialidad lesiva para los derechos fundamentales”⁴³. Esta preocupación la comparte también el TEDH que hace tiempo tomó conciencia de que “la posibilidad de que los individuos se expresen a través de Internet constituye una herramienta sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión”⁴⁴. Precisamente por ello, es necesario prestar especial atención a los matices concretos que deben observarse al ponderar los conflictos entre derechos fundamentales en el contexto digital. Tales matices han sido recogidos en la muy relevante STC 8/2022, de 27 de enero, pero ya aparecían en pronunciamientos anteriores, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS), como del TC. Sin embargo, no en todas las ocasiones el TC sigue la doctrina del TEDH en relación con la aplicación de la protección de estos derechos cuando el conflicto se plantea con ocasión del uso de las redes sociales o plataformas digitales. Pese a ello, en la mayoría de sus Sentencias,

⁴³ Vid. STC 93/2021, de 10 de mayo.

⁴⁴ Vid. STEDH de 16 de junio de 2015, asunto *Delfi AS c. Estonia*.

el TC sí ha tenido ocasión de recoger los elementos que deben valorarse a la hora de examinar un potencial daño a los derechos del art. 18 CE a través del uso de las redes sociales, fundamentalmente, apoyándose en las decisiones del TEDH.

En concreto, el método argumentativo que utiliza el TC es la ponderación de derechos. Como entiende Robert Alexy, este método responde a un modelo de fundamentación de las decisiones judiciales que garantiza la racionalidad de la decisión⁴⁵. En palabras del autor, de acuerdo con el método de la ponderación, “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”⁴⁶. Es decir, el método de la ponderación supone que, en el caso concreto, habrá que establecer “una relación de preferencia condicionada” de carácter correlativo⁴⁷. Entonces, se produce una preferencia a favor de la prevalencia de un derecho sobre otro en vistas de la importancia de satisfacción de uno sobre otro tomadas las circunstancias del caso concreto y, argumentando la decisión jurídicamente. El ejercicio de ponderación se realiza en dos momentos. Según el Prof. Wasserstrom⁴⁸ estos momentos responden al proceso de descubrimiento (*process of discovery*) y al proceso de justificación (*process of justification*). En un primer momento, se analiza la realidad fáctica del caso concreto conforme a distintos elementos y, posteriormente, habida cuenta de lo anterior, se vería si la restricción de un derecho en favor del otro sería proporcionada en el caso concreto (a ese último paso lo llama: ponderación en sentido estricto⁴⁹).

En el caso de los conflictos entre las libertades del art. 20 CE y los derechos del art. 18 CE, los elementos que aprecia el TC vendrían a ser: (i) la autoría del mensaje en Internet, (ii) los destinatarios del mensaje publicado, (iii) la influencia sobre la configuración de la opinión pública y el contenido del mensaje, (iv) el rol del usuario y la aplicación de la protección de la libertad aplicable y, (v) el potencial efecto de desaliento, tal y como lo recoge la STC 8/2022, de 27 de enero⁵⁰ que acoge ciertos pronunciamientos anteriores

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, 158.

⁴⁶ *Ibidem*, 161.

⁴⁷ *Ibidem*, 168.

⁴⁸ WASSERSTROM, Richard. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford University, 1961.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, 156.

⁵⁰ Vid. STC 8/2022, de fecha 27 de enero. Esta Sentencia desestima el recurso de amparo promovido por un periodista, que había sido condenado por el TS por vulneración del derecho al honor de otro periodista. Concretamente, tras un debate radiofónico entre ambos sobre cuestiones de actualidad política en la emisora ONDA CERO, el primero

del TC y, sobre todo, la doctrina del TEDH a este respecto⁵¹. La tesis del TC es que la aplicación de su consolidada doctrina entorno al art. 20 CE es perfectamente válida para el contexto de Internet, pero matiza que es necesario tomar en consideración ciertos elementos específicos cuando el conflicto se produce con ocasión del uso de las redes sociales y, en general, las plataformas y demás medios digitales. Por consiguiente, seguidamente se analizarán estos elementos para mostrar cómo la jurisprudencia los utiliza al realizar el juicio de ponderación cuando aparecen conflictos entre el art. 20 y 18 CE con ocasión del uso de las redes sociales. De esta forma, se pretende extraer las pautas generales que rigen en la fundamentación de las decisiones de este tipo⁵².

1. *La autoría del mensaje en Internet*

Para comenzar, debe destacarse que la autoría del mensaje publicado en Internet a través de una red social u otra plataforma no puede asociarse con la entidad a través de la que se publica el mensaje. Los mensajes que se publican a través de una red social, por ejemplo, Twitter o Youtube, no pueden asociarse la autoría del mensaje con dicha entidad, sino con el concreto usuario emisor. Junto a ello surge la siguiente problemática singular: el potencial daño al honor o a la intimidad no tiene por qué aparecer como consecuencia de un mensaje publicado, sino como resultado de un comentario al mensaje publicado en una red social por efecto de la interacción a la que antes se ha

publicó en su cuenta personal de Twitter que había sido agredido por el segundo “física y verbalmente” en el mencionado programa de radio y, posteriormente, desarrolló esta cuestión en entrevistas en periódicos en las que identificó como “maltratador” al periodista en cuestión. Si bien la primera cuestión fue evaluada a la luz de la doctrina aplicable a la libertad de información, la segunda fue estudiada bajo el prisma de la libertad de expresión en vistas de que la primera constituía “una narración de hechos”. Por ende, la conducta sujeta a la exigencia de veracidad y relevancia pública y, la segunda, supone una opinión subjetiva. En la Sentencia, el TC recuerda su doctrina sobre la libertad de expresión e información en su colisión con el derecho al honor, pero presta especial atención a los elementos que deben analizarse cuando estos derechos entran en colisión en el contexto de las redes sociales.

⁵¹ Destacadamente, STEDH de fecha 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer AG c. Alemania*; la STEDH de fecha 13 de julio de 2012, asunto *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza* y; STEDH de fecha 25 de febrero de 2010, asunto *Renaud c. Francia*.

⁵² La ponderación de derechos, pese a ser un ejercicio que ha de hacerse de forma particular en cada decisión judicial, no impide la formulación de reglas. Como lo entiende Robert Alexy, “la ponderación en el caso particular y la universalidad no son irreconciliables. Están vinculadas en el aquí sostenido modelo de ponderación”. Vid. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, 167.

hecho referencia. Es decir, cuando un usuario publica originariamente un contenido, una vez publicado dicho mensaje escapa de su control y, aparecen un potencial de *autores indirectos* o secundarios que pueden compartir también el mensaje, parafrasearlo o incluso comentarlo públicamente en sus propios tabloneros.

Ello significa que el potencial dañoso aumenta con ocasión del uso de las redes sociales pues, en ocasiones, el conflicto no surge ya de un mensaje publicado en un *post*, sino por un comentario añadido a ese *post* por un tercero. Máxime cuando dicho comentario se coloca al mismo nivel que el mensaje originario si adquiere popularidad, ya que, en determinadas redes, los comentarios a una publicación no siempre aparecen por orden cronológico, sino por orden de popularidad (según visualizaciones, reenvíos, etc.). En este punto, podría parecer que el potencial responsable sería únicamente el tercero, que es el autor real del mensaje, eventualmente, lesivo del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Sin embargo, tal y como el TC y el TEDH entienden, esto no es siempre así. Concretamente, serán factores para tener en cuenta a la hora de evaluar el protagonismo del usuario o persona de influencia en cuestión, según la STC 8/2022, de 27 de enero⁵³, los siguientes, (i) si el usuario es un personaje público, (ii) si el usuario es un profesional de la comunicación o no, (iii) si el usuario actúa desde un perfil institucional o personal y, (iv) si el perfil es anónimo.

En idéntico sentido se pronunció un año antes, el voto particular la Magistrada Balaguer Callejón en la STC 93/2021, de fecha 10 de mayo⁵⁴. En este voto discrepante la Magistrada resalta que, en esta ocasión, la activista que colgó un *post* ofensivo *post* apenas tenía seguidores considerables a la hora de hacer la publicación y que, además, lo hacía desde un perfil público, que permitía fácilmente identificarla en la red. Es decir, la autora no se escondía a través de una cuenta anónima. En lo que ahora interesa, como se ha visto, es relevante contextualizar el perfil a través del cual se emite el mensaje para amparar o no el mismo bajo la cobertura protectora del art. 20 CE. Ello es así,

⁵³ Así lo ha expuesto en la STC 8/2022, de 27 de enero. Fundamento Jurídico 3º.

⁵⁴ Vid. STC 93/2021, de 10 de mayo. En esta Sentencia, el TC desestimó el recurso de amparo por una particular que alegaba la vulneración de su derecho a la libertad de expresión como consecuencia de su condena por la STS 201/2019, de fecha 3 de abril. La recurrente en amparo, que es activista del movimiento animalista, publicó en su cuenta de Facebook el alivio que sentía por la muerte de un torero en el curso de la lidia de un toro calificándolo de “asesino”. El TC, entendió que en este caso se había vulnerado el derecho al honor y a la memoria del fallecido torero como resultado de los mensajes publicados por la recurrente. Sin embargo, en el voto particular, se expresa una posición discrepante como consecuencia de la apreciación de ciertas especificidades que deben considerarse a la hora de evaluar los conflictos entre las libertades de expresión e información y el resto de los derechos fundamentales el concreto contexto de las redes sociales.

debido a que cuando se realiza una ponderación entre derechos fundamentales en conflicto y, uno de esos derechos es el consagrado por el art. 20 CE “los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales”⁵⁵. Así, no será lo mismo que el autor escriba desde una cuenta institucional o profesional a que lo haga desde una cuenta personal, ni que lo haga desde una cuenta pública o anónima.

Precisamente, tal y como señala el ATC 19/1993, de fecha 21 de enero, a la hora de ponderar los derechos fundamentales en conflicto con la libertad de expresión es importante tener en cuenta el carácter privado o público de la persona del autor que emite el mensaje y la del destinatario del mismo, en su caso –como luego se verá–; ya que “no puede equipararse la posición de los ciudadanos y la de las instituciones públicas, en el disfrute de la libertad de expresión: pues, mientras aquellos gozan de libertad para criticarlas, las instituciones encuentran su actuación vinculada a los fines que les asigna el ordenamiento jurídico, entre los que no se encuentra ciertamente el de atribuir calificativos a sus administrados”⁵⁶. Es decir, en cada caso concreto, cada una de estas posiciones y su diferente implicación en el potencial efecto lesivo para el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen han de ser evaluadas mediante el correspondiente juicio de ponderación, que ya se ha explicado.

En cuanto a la ponderación en los conflictos entre la protección del art. 20 CE y el art. 18 CE en el contexto de las redes sociales, el TC ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones. Ejemplo de ello es la STC 35/2020, de fecha 25 de febrero⁵⁷, en la que precisamente se trata, entre otros elementos, *la autoría* del mensaje en Twitter y cómo este elemento influye en el juicio de ponderación de derechos⁵⁸. En este caso, el TC profundizó sobre la cuestión de la ponderación de derechos no se había realizado debidamente la ponderación de derechos. No obstante, la Sentencia tiene un voto particular discrepante del Magistrado Montoya Melgar, que pone de manifiesto que, a su parecer, sí que se había realizado una adecuada ponderación y que se

⁵⁵ Vid. STC 35/2020, de fecha 25 de febrero.

⁵⁶ Vid. ATC 12/1993, de fecha 21 de enero. Concretamente, el Fundamento Jurídico 2º.

⁵⁷ Vid. STC 35/2020, de fecha 25 de febrero.

⁵⁸ En esta Sentencia estimó un recurso de amparo presentado por un compositor y cantante español conocido por su nombre artístico como “César Strawberry” debido a su condena por la STS 31/2017, de fecha 18 de enero por delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas como consecuencia de su publicación de reiterados tuits en su cuenta pública de Twitter.

había tenido en cuenta las especificidades que se presentaban como consecuencia del contexto de las redes sociales a través del cual se emitía el mensaje. Así, el Magistrado destacó que, para la ponderación de derechos en conflicto, el TS sí había atendido a los siguientes elementos: (i) la autoría, (ii) los destinatarios, (iii) la influencia del mensaje en la configuración de la opinión pública y (iv) el contenido del mensaje, que son los elementos que se analizan en este artículo. En concreto, sobre la autoría, se expresó que “no es ajena a la sentencia impugnada la condición de quien emite el mensaje”⁵⁹, lo cual significa que la condición de personaje público que tenía aquel emisor era relevante a la hora de ponderar la prevalencia o no de su derecho a la libertad de expresión en contra del derecho al honor de las personas que se sintieron dañadas por sus tuits. Sin embargo, a juicio del TC, no se había ponderado suficientemente por el TS la condición de personaje público del autor y, por ende, el TC relaciona esta idea con la influencia que ello puede tener con la configuración de la opinión pública, tal y como se verá en el III.3.1.

En definitiva, la importancia de prestar atención a la autoría del sujeto que emite el mensaje reside en que de esta forma será posible colocar el mensaje en un contexto determinado. De esta forma, a la hora de realizar la ponderación entre los derechos en conflicto, se podrá tener en cuenta las circunstancias que dieron lugar a la emisión del mensaje, así como el carácter institucional o no del emisor del mensaje y el carácter público o anónimo de la cuenta a través de la cual se transmite el mensaje. En definitiva, el elemento de la *autoría* permite colocar el mensaje dentro de un contexto determinado y no ponderarlo aisladamente.

2. Los destinatarios del mensaje publicado

A continuación, se estudiará cómo los destinatarios del mensaje que se publica en una red social o medio digital constituyen un elemento considerable a la hora de realizar la ponderación de derechos en los conflictos entre las libertades de expresión e información y los derechos del art. 18 CE. Para comenzar, la STC 8/2022, de 27 de enero entiende que “los destinatarios del mensaje, tanto los potenciales como los que finalmente han resultado receptores del mismo, también conforman un elemento para tener en cuenta en el juicio relativo al ejercicio de las libertades comunicativas o, al menos, en el examen relativo a la proporcionalidad de las medidas concretas restrictivas de este tipo de libertades”⁶⁰. Efectivamente, la supuesta afectación al derecho al honor se materializa desde el mismo momento en que el mensaje se publica y no cada

⁵⁹ STC 35/2020, de fecha 25 de febrero. Específicamente, el voto particular del Magistrado Montoya Melgar.

⁶⁰ Vid. STC 8/2022, de 27 de enero. Específicamente, Fundamento Jurídico 3º.

vez que un usuario tiene acceso al mensaje. Sin embargo, es importante tener en cuenta, a la hora de ponderar los derechos en conflicto, que el mensaje haya sido únicamente leído por una o dos personas a que lo haya sido por millones de ellas pues, como advierte Balaguer Callejón en el voto particular de esta Sentencia y, al que antes se hizo referencia, “la imagen pública del titular del derecho al honor, y la percepción de esa imagen por terceras personas, no ha quedado afectada con la misma intensidad en uno y otro caso”⁶¹.

Claramente, ello se debe a que el fenómeno real ante estas situaciones y conflictos es un cambio en el modo de socialización de las personas pues, no es que antes, en la era predigital no se realizasen tan frecuentemente este tipo de comentarios, sino que se hacían de forma privada en un grupo o reunión concreta, mientras que ahora sucede que las personas realizan este tipo de comentarios en las redes sociales, de forma pública. En este sentido, Boix Palop ha advertido con agudeza que “se está generalizando la persecución en vía penal a usuarios que, con pocos seguidores o amigos y realizando por ello conversaciones que en otros tiempos equivaldrían a una charla con su entorno más cercano, realizan comentarios ofensivos”⁶². Ahora bien, debe reconocerse que esta es una cuestión compleja, ya que no es posible determinar con exactitud cuántas personas han leído o no un mensaje. Precisamente por esta razón, el TEDH advierte que no se trata de quién sí y quién no lo ha leído, sino que es una cuestión del “grado de difusión”⁶³ que tenga el medio en el que se publica el mensaje. Así, por ejemplo, no será lo mismo que un mensaje se haya publicado en un periódico local a que se haya publicado en uno de tirada nacional pues, el alcance y difusión, en uno y otro caso, no será el mismo y, consecuentemente, el potencial efecto lesivo al derecho al honor, la intimidad o la propia imagen, tampoco⁶⁴.

A este respecto, en el caso de las redes sociales y, en general, del entorno digital la cuestión es más difícil, ya que es perfectamente posible consultar

⁶¹ Vid. STC 93/2021, de 15 de junio. Voto particular de la Magistrada Balaguer Callejón.

⁶² BOIX PALOP, Andrés. “Internet. Las particularidades de la regulación de la comunicación a través de la red”. *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, EMILIO (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 234.

⁶³ Vid. STEDH de 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer AG c. Alemania*. En concreto, ¶94.

⁶⁴ Destacadamente, en la STEDH de 19 de septiembre de 2006 (asunto *White c. Suecia*) se tuvo especialmente en cuenta que los periódicos a través de los cuales se había publicado las noticias que comentaban los supuestos delitos penales cometidos por el recurrente eran los dos periódicos nacionales y, además, de considerada popularidad. Ahora bien, el TEDH entendió que no se había vulnerado su derecho al honor en vistas de que el contenido de la información publicada era de interés público, tal y como se profundizará seguidamente.

periódicos digitales de otros países y ciudades, así como seguir cuentas y perfiles de distintas partes del mundo. Precisamente, lo que han permitido estos medios es *ampliar los grados de difusión* del contenido. Por una parte, es cierto que en la era digital la amplitud de difusión de los contenidos es inigualablemente elevada y prácticamente incontrolable, ya que el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación “intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones”, tal y como lo ha reconocido el TS⁶⁵. De hecho, en las redes sociales esto se ve acentuado debido a la posibilidad de compartir en el perfil público de uno, los *posts* de otro perfil. En palabras del Magistrado Montoya Melgar ello significa que el usuario que emite un mensaje “carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario este puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión”⁶⁶.

Por otra parte, en las redes sociales también es posible reducir el número de usuarios que pueden ver ciertas publicaciones. En estos casos, cuando el mensaje objeto del conflicto de derechos hubiese sido publicado mediante estos *filtros de configuración que reducen la amplitud de difusión del mensaje* (v.g. se expresa una opinión a un grupo reducido de personas cercanas al usuario) ello podría ser un elemento tenido en cuenta a la hora de realizar el juicio de ponderación y la intensidad de la restricción del derecho a la libertad de expresión. En definitiva, el elemento de los destinatarios del mensaje no puede olvidarse a la hora de decidir sobre un conflicto entre las libertades del art. 20 CE y los derechos protegidos en el art. 18 CE, ya que este elemento permite evaluar cuál ha sido la intensidad con la que se hayan podido ver afectados los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen mediante una de las libertades comunicativas del art. 20 CE.

3. *La influencia del mensaje en la configuración de la opinión pública y contenido del mensaje*

En este apartado, se tratará el elemento del mensaje como un elemento esencial a la hora de enjuiciar la colisión de la libertad de expresión con otros derechos fundamentales. Para ello, en primer lugar, se analizará cómo valora la jurisprudencia constitucional la influencia de un mensaje que se emite a través de las redes sociales en la configuración de la opinión pública y estudiaremos cómo la protección del art. 20 CE varía en función del contenido del mensaje que se emite a través de la red social⁶⁷. En segundo lugar, se verá

⁶⁵ Vid. STS 31/2017, de fecha 18 de enero.

⁶⁶ Vid. STC 35/2020, de 25 de febrero. Voto particular del Magistrado Montoya Melgar.

⁶⁷ A este respecto, es preciso señalar que en la jurisprudencia constitucional estos elementos (opinión pública y contenido del mensaje) se enjuician de forma separada, pero

qué influencia tiene eso en la delimitación de las esferas de lo público y lo privado en las redes sociales y, por último, se expone una breve referencia a los mensajes cuyo contenido incita a la violencia y al odio (*hate speech*).

3.1. Interés público de la información y mayor protección de los mensajes de contenido político

Para comenzar, debe tenerse en cuenta que en la era predigital el ejercicio de las libertades comunicativas del art. 20 CE ya contaba con una elevada capacidad para influir en la opinión pública. Es decir, la irrupción del contexto digital no ha introducido por primera vez esta idea. Únicamente, el contexto tecnológico y, en concreto, las redes sociales han facilitado que los contenidos se transmitan de forma más rápida, inmediata y mucho menos controlable. Consecuentemente, “ello supone una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales”⁶⁸. Esta es la llamada dimensión objetiva del derecho a la libertad de expresión que se refiere a que, a través del ejercicio de este derecho, “se construye un espacio libre de comunicación social, de continuo abierto, y se propicia con ello la formación tanto de opinión pública como de una ciudadanía activa”, tal y como lo expresa la STC 5/2021, de 23 de febrero⁶⁹, que llevado al nuevo contexto digital sería una suerte de recreación amplificada del “*marketplace of ideas*” acuñado por el Tribunal Supremo de los EEUU bajo la inspiración ideológica de Stuart Mill.

Gracias a esta dimensión objetiva del derecho a la libertad de expresión se propicia el desarrollo de un espíritu crítico y una opinión pública que es esencial para el desarrollo de la democracia y del pluralismo político (art. 1.1 CE). Así lo resaltaba la STC 23/2010, de 27 de abril expresando que “el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la libre circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática”⁷⁰. En consecuencia, aquella imagen no contribuía a la formación de una opinión pública libre y

en el presente Trabajo se ha decidido tratarlos conjuntamente para facilitar la labor expostiva, en vistas de su íntima conexión.

⁶⁸ Vid. STC de 27 de enero.

⁶⁹ Vid. STC 5/2021, de 25 de enero. Específicamente, el Fundamento Jurídico 4º.

⁷⁰ STC 23/2010, de 27 de abril desestimó el amparo del derecho a la libertad de expresión solicitado como consecuencia de la condena del recurrente por publicar una imagen, modificada tecnológicamente, con ánimo satírico. Sin embargo, el TC confirmó la STS165/2006, de 7 de marzo y rechazó que hubiese vulneración del derecho a la libertad de expresión ya que no se apreciaba ningún interés público en la publicación de aquella imagen, sino que se trataba únicamente de una burla a la apariencia física de la persona en cuestión. En la misma línea, vid. Fundamento Jurídico 3º de la STC 6/1981, de 16 de

debía desestimarse el amparo solicitado y la conducta no quedaba amparada por el derecho a la libertad de expresión⁷¹.

Lo anterior no significa que la libertad de expresión no ampare el derecho a realizar, más allá de la mera crítica, burlas o sátiras—incluso zafias o de mal gusto—, sino que estas únicamente constituirán un legítimo ejercicio del art. 20 CE cuando contribuyan a la formación de una opinión pública libre. Es decir, la burla y la ironía están protegidas cuando se realizan para criticar la realidad social o política. Pero, en ningún caso, están protegidas cuando están desvinculadas de estos objetivos y únicamente pretenden menospreciar o insultar a una persona afectando a su derecho al honor, tal y como lo expresó la STC 5/2021, de 25 de enero⁷². No cabe duda que el contexto digital potencia y diversifica esta satirización del mensaje, que se extiende a nuevos formatos que a veces resulta difícil de deslindar de la realidad. Claramente, las herramientas digitales favorecen los montajes de fotografías, la modulación de voz o incluso la creación de “cuentas paralelas” destinadas, precisamente, a la crítica social y política del momento. Y es bien sabido que la introducción de herramientas de inteligencia artificial potencia las posibilidades y la verosimilitud de este tipo de plataformas o contenidos de “desinformación” y entronización de falsedades (*fake*). Todo ello, tendrá o no amparo constitucional en la medida en que propicien un debate público o no extralimiten núcleo de protección de los derechos del art. 18 de la CE⁷³.

Ahora bien, ¿cómo identificar cuándo una expresión contribuye al debate público de interés general y cuándo es una intromisión ilegítima del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen? Pues bien, según el TEDH⁷⁴ las cuestiones que afectan al interés general son cuestiones políticas, sociales, deportivas, artísticas, etc. Y, por tanto, ello coloca a políticos, activistas, deportistas o

marzo; Fundamento Jurídico 3º de la STC 20/1992, de 14 de febrero y; Fundamento Jurídico 4º de la STC 9/2007, de 15 de enero.

⁷¹ Vid. STC 23/2010, de 27 de abril.

⁷² Vid. STC 5/2021, de 25 de enero. En concreto, el Fundamento Jurídico 5º. Si bien en este caso la fotografía no se había publicado a través de redes sociales, el caso es ilustrativo para los objetivos del presente artículo en la medida en que, con mayor frecuencia, las redes sociales son el escenario a través del cual se realizan críticas y sátiras sobre personajes públicos. Tomando cuenta de ello, la STS 165/2006, de 7 de marzo amplió el concepto de caricatura, entendiéndolo que las caricaturas no eran únicamente los dibujos—como se había considerado hasta el momento— sino, también, “las composiciones o montajes fotográficos”.

⁷³ Es decir, en los asuntos que conciernen a un interés general y tienen contenido político se permite que haya un mayor margen para la crítica, la burla, la exageración y la falta de moderación, tal y como se puso de manifiesto en la STEDH de 16 de julio de 2009 (caso *Willem c. Francia*).

⁷⁴ Vid. STEDH de fecha 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer AG c. Alemania*. En concreto, ¶190.

artistas como personajes públicos siempre que tengan “relevancia pública” en razón de la mayor exposición de su concreta actividad y de su propio comportamiento ante los medios, como –según se verá– tiene declarado la jurisprudencia al definir el concepto de relevancia pública y de personaje público. En razón de ello, no cualquier cuestión relacionada con estas personas será considerada de interés público. Así, la STEDH de fecha 7 de febrero de 2012 (asunto *Axel Springer AG c. Alemania*) recuerda que las cuestiones financieras de un cantante célebre no suponen una cuestión de relevancia para la configuración de la opinión pública, ni tampoco los asuntos matrimoniales de un político, sino que, ambos supuestos, suponen una intromisión ilegítima en la vida privada de la persona en cuestión. En este sentido, el TC se apoya constantemente en la jurisprudencia del TEDH cuando explica que la libertad de expresión e información “exige un alto nivel de protección [...] cuando se trata de la difusión de un mensaje político o activista y ese margen permite [...] utilizar un lenguaje virulento y crítico sobre cualquier tema de interés general, tolerándose los excesos verbales y escritos inherentes al tema objeto del debate”⁷⁵.

Asimismo, condición de personaje público o persona de influencia que tenga el autor del mensaje deberá ser tenido en cuenta a la hora de contextualizar el contenido del mensaje, por lo que este elemento se encuentra en relación con el elemento de la autoría tratado anteriormente. A modo ilustrativo, en el voto particular de la STC 93/2021, de fecha 10 de mayo se indica que es relevante atender a la condición de perfil público de la particular que emitió el mensaje. Habida cuenta de ello, en aquel caso, la Magistrada reprocha a la Sentencia constitucional no haber tenido desarrollado, en esta ocasión, un canon específico de enjuiciamiento para este tipo de conflictos en las redes sociales, que tuviese en consideración la doctrina del TEDH⁷⁶ a este respecto para evaluar el conflicto que se había sucedido con ocasión del uso de las redes sociales pues, “los temas que plantean interés general, si se encuadran en el marco de un discurso político, se benefician de un elevado nivel de protección”⁷⁷. En consecuencia, el TEDH permite que cuando el mensaje es político se pueda exagerar y provocar.

Sin embargo, ello no significa que no existan límites a este tipo de discursos, ni que tales límites no merecieran ser aplicados al caso concreto de la

⁷⁵ Vid. STEDH de 13 de julio de 2012, asunto *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza* y la STC 8/2022, de 27 de enero, así como el voto particular presente en la STC 93/2021, de 10 de mayo.

⁷⁶ Entre otras, el Tribunal de Estrasburgo en la STEDH de 16 de julio de 2009 en el asunto *Willem c. France* ha expuesto su posición a este respecto explicando que “el Tribunal concede la máxima importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político y considera que el discurso político no puede restringirse sin razones de peso”.

⁷⁷ Vid. STC 8/2022, de 27 de enero. En específico, el Fundamento Jurídico 3º.

STC 93/2021, de 15 de junio, permitiendo ponderar a favor de la protección del art. 18 CE sobre el art. 20 CE, como concluyó el fallo del TC. A mayor abundamiento, el TEDH en el año 2018 en un caso en el que se había condenado a un bloguero por publicar mensajes en Internet agresivos sobre la policía, el Tribunal mantuvo que se había producido una vulneración del derecho a la libertad de expresión de la persona en cuestión. En su argumentación, tuvo especialmente en cuenta que el bloguero no tenía apenas seguidores y, en consecuencia, “no era una personalidad influyente”⁷⁸. A mayores, los mensajes provocadores, críticos o molestos estarán protegidos por la libertad de expresión cuando contribuyan al interés general y tengan un contenido político, en especial si quién los realiza es un político. Sin embargo, cuando el contenido del mensaje no tiene un contenido de esta clase no gozará de la protección del derecho a la libertad de expresión e información si ataca los derechos protegidos por el art. 18 CE.

3.2. Lo público y lo privado en las redes sociales

Habida cuenta de lo expuesto en el apartado III.3.1, resulta evidente que el TEDH y el TC fijan la línea divisoria entre lo que importa para la configuración de la opinión pública y lo que no en la distinción lo que pertenece a la esfera pública y lo que pertenece a la esfera privada de la persona. Sin embargo, como ya puso de manifiesto Hannah Arendt, en la época contemporánea, se produce una “disolución de lo privado en lo social”⁷⁹. ¿Significa esto que, hoy en día, no existe ningún ámbito que siga meriendo la especial protección de *lo privado*? La respuesta es claramente negativa. Pese a que la elevada exposición que del ámbito privado hacen los usuarios en las redes sociales conlleve un aumento de los riesgos de intromisiones en la esfera privada⁸⁰, ello no significa, ni mucho menos, que las libertades de expresión e información se hayan vuelto absolutas hoy en día. No obstante, sí que resulta relevante delimitar cuál es la frontera entre uno y otro ámbito en el contexto digital.

A este respecto, la jurisprudencia ha identificado que este límite es, como vimos anteriormente, el interés y relevancia de la información para la conformación de la opinión pública. En consecuencia, no se encuentran amparadas constitucionalmente, ni aquellas informaciones que no cumplen el requisito de veracidad (*fake news*), ni tampoco aquellas que responden a meras curiosidades chismosas pues, ninguna de ellas cumple con la finalidad de

⁷⁸ Vid. STEDH de 28 de agosto de 2018, asunto *Savva Terentyev v. Russia*.

⁷⁹ ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Trad. RAMÓN GIL. Barcelona: Austral, 2020, 68.

⁸⁰ STC 27/2020, de 24 de febrero. Fundamento Jurídico 3º.

contribuir a la configuración de una opinión pública libre. Ahora bien, una cosa sí que tenemos que aceptar y es que la clásica distinción entre lo público y lo privado no se mantiene viva en la actualidad. En este sentido, cuestiones que antiguamente podrían ser consideradas estrictamente atinentes a la esfera privada, hoy pueden considerarse de interés público. Esto se debe a que, en la actualidad, ciertas cuestiones privadas se han convertido en cuestiones sociales y éstas, a su vez, en cuestiones políticas. Así, “la sociedad es la forma en que la mutua dependencia en beneficio de la vida y nada más adquiere público significado, donde las actividades relacionadas con la pura supervivencia se permiten aparecer en lo público”⁸¹.

Entonces, ¿cuál es el criterio que usan los Tribunales para decidir qué expresiones merecen ser protegidas por la libertad de expresión porque afectan a la configuración de la opinión pública? En este sentido, tanto el TEDH como el TC afirman que la expresión en cuestión debe tener un interés para la opinión pública. Es decir, el énfasis no se pone tanto en si se trata de un cuestión pública o privada, sino en cuál es su *relevancia e interés* para la configuración de la opinión pública. Ello sin perjuicio de que, lógicamente, de la aplicación de este criterio se desprenderá que, en la mayoría de los casos, las expresiones que revistan de ese interés para la configuración de la opinión pública y las que no lo hacen, coincidirán con la clásica distinción entre la esfera pública y la esfera privada.

Una vez ha quedado clara esta idea, debe atenderse al concreto caso de las redes sociales. En este sentido, podría parecer que el entorno digital sobrepasa las fronteras entre lo público y lo privado y, por ende, que en el mundo actual prácticamente ha desaparecido “lo privado”. Pese a ello, existen límites jurídicos a las intromisiones en los derechos del art. 18 CE y, en consecuencia, no todo espacio virtual es equivalente al “lugar público” que define la LO 1/1982, de 5 de mayo. Así lo ha explicado la STC 27/2020, de 24 de febrero “por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet”⁸². En esta Sentencia, se desestimó un recurso de amparo solicitado

⁸¹ ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Trad. RAMÓN GIL. Barcelona: Austral, 2020, 57.

⁸² Vid. STC 27/2020, de 24 de febrero. Fundamento Jurídico 3º. Sucintamente, los Antecedentes de esta Sentencia recogen el conflicto sucedido a raíz de que un periódico publicase en un reportaje en el que se narra un suceso de agresión. Para ello, se publicaron imágenes extraídas del perfil de Facebook de uno de los agredidos en el suceso sin su consentimiento previo. No obstante, la recurrente en amparo alegó que la relevancia social del reportaje y su importancia para la configuración de la opinión pública justificaban la publicación de la imagen. El TC concluyó que el titular al derecho a la propia imagen debe autorizar con su consentimiento este tipo de publicaciones pues, el hecho de

por una supuesta vulneración del derecho a la información del art. 20.1 d) CE. Lo más relevante de la Sentencia en cuestión es que el TC diferenció, de un lado, los supuestos en los que la imagen publicada es de un particular anónimo y, de otro lado, los supuestos en los que la imagen es de una persona que ejerce un cargo público y está relacionada con dicha función.

En el primer caso, el derecho a la propia imagen sólo puede a favor del derecho a la libertad de información en los siguientes supuestos: (i) cuando medie el consentimiento de la persona fotografiada, (ii) “cuando la persona aparezca fotografiada de manera accesoria e intrascendente”⁸³, es decir, no es la protagonista de la imagen y, (iii) cuando es la protagonista de la imagen, pero la información goza de una elevada importancia social. En el segundo caso, la protección de la propia imagen es menor pues, cuando la información contribuye a formar una opinión pública libre es posible ponderar a favor del derecho de información. Sin embargo, este no es el supuesto que se presentó en el caso concreto de aquella Sentencia, pues la imagen era únicamente de un particular anónimo y no de un personaje público. De esta forma, el TC explicó que el derecho a la propia imagen únicamente puede sacrificarse en aquellos casos en los que el acontecimiento tenga “el rasgo de noticiable”⁸⁴. Este elemento ya fue identificado por el Tribunal en la STC 19/2014 como “fundamental y decisivo”⁸⁵ para determinar en la ponderación entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la propia imagen cuál debe ceder.

Además, esta noticiabilidad de la información debe relacionarse indisolublemente con el presupuesto de la veracidad de la información (vid. apartado II.1 de este artículo). Es más, para evaluar la relevancia social y la contribución al interés general de la información únicamente puede hacerse desde el prisma de la veracidad. Es decir, de ninguna manera, tendrán interés general noticias que carezcan de este presupuesto, tal y como se expondrá en el apartado IV en relación con las *fake news*. En resumen, el TC consciente de que el actual entorno digital ha cambiado el modo de socialización y, en especial, ha emborronado los límites entre lo público y lo privado, manifiesta que ello no significa que “lo privado se haya tornado público”⁸⁶. De esta forma, la influencia del mensaje para la configuración de la opinión pública se convierte en un criterio que permite arrojar luz a la hora de discernir cuando nos encontramos en uno u otro ámbito.

que haya colgado una foto en su perfil de Facebook no significaba que consintiese su publicación en otro lugar, como es en aquel reportaje periodístico.

⁸³ Vid. STC 27/2020, de 24 de febrero. Fundamento Jurídico 2º.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Vid. STC 19/2014, de 10 de febrero. Fundamento Jurídico 6º.

⁸⁶ Vid. STC 27/2020, de 24 de febrero. En concreto, el Fundamento Jurídico 3º.

3.3. Breve referencia a los mensajes cuyo contenido incita a la violencia y al odio

El llamado *hate speech* o discurso del odio se relaciona con la afirmación de que “las expresiones que puedan crear un clima de odio no forman parte de la libertad de expresión”⁸⁷. A este respecto, para el TEDH el discurso del odio se configura como un abuso del derecho a la libertad de expresión y reúne las expresiones que muestren odio racial, religioso o nieguen acontecimientos históricos⁸⁸. De esta forma, en la STEDH de 18 de octubre de 1995 (asunto *Honsik c. Austria*) se entendió que el derecho a la libertad de expresión no amparaba las publicaciones que negaban la existencia de campos de concentración. Habida cuenta de ello, el Tribunal Constitucional Alemán en el caso *Wunsiedel* del año 2009⁸⁹ entendió como *límite absoluto* de la libertad de expresión la difusión de las ideas de la ideología nazi. En España, también se ha entendido como un límite a la libertad de expresión los discursos del odio⁹⁰.

Sin embargo, el TC no ha adoptado la misma interpretación que el TEDH a la hora de definir qué expresiones constituyen discursos del odio. En este sentido, para el TC el discurso del odio tiene dos manifestaciones posibles: una, que coincide con la visión del TEDH y otra, que define como aquella vertiente del discurso del odio que “persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes”⁹¹. Es decir, el TC modifica levemente la doctrina del TEDH sobre los discursos del odio para introducir bajo esta categoría la manifestación pública de ciertos modos de pensar que son intransigentes. Ahora bien, esto se desarrolla en decisiones que se han realizado más bien para dar solución a casos concretos, que para desarrollar un canon de enjuiciamiento preciso sobre este tipo de discursos. A este respecto, advierte Joaquín Urías que “prohibir el fomento de la discriminación supone

⁸⁷ Vid. ALONSO, Lucía y VÁZQUEZ, Víctor (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017, 45.

⁸⁸ Se ha tomado como referencia principal en la elaboración de este apartado las reflexiones del Prof. Joaquín Urías sobre esta cuestión. Vid. URÍAS, Joaquín. “La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión”. ALONSO, Lucía y VÁZQUEZ, Víctor (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017, 55.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 4 de noviembre de 2009. Disponible para consulta en inglés en este enlace. Acceso el 12 de julio de 2023.

⁹⁰ De un lado, el CP tipifica en diferentes artículos los delitos relacionados con el racismo, la xenofobia, la discriminación por razones étnicas y religiosas (vid. arts. 607, 510, 511 y 170 CP). De otro lado, el TC, como garante de los derechos fundamentales, ha entendido que las expresiones que incitan al odio no tienen amparo constitucional (v.g. STC 177/2015, de 22 de julio).

⁹¹ Vid. STC 177/2015, de 22 de julio.

utilizar un concepto blanco que podría llevar a la prohibición de ideologías basadas en la mera discrepancia política”⁹².

Como ejemplo de ello es paradigmática la polémica STC 177/2015, de 22 de julio que cuenta con 3 votos particulares discrepantes. En este caso, el TC entendió que no se había producido una vulneración del derecho a la libertad de expresión, ni a la libertad ideológica de los recurrentes como consecuencia de su condena por la Audiencia Nacional por un delito de injurias contra la Corona por la quema pública de unas fotografías del Rey. Concretamente, el TC entendió que dichos actos comprendían una manifestación del discurso del odio. Sin embargo, este entendimiento de la libertad de expresión conlleva que el TC se aparte de su propia configuración del derecho a la libertad de expresión ya que olvida que, como se vio anteriormente, los discursos de contenido político revisten una mayor protección por cuanto contribuyen a la configuración de una opinión pública y propician el debate político libre⁹³. No sólo eso, sino que, como expresó la Magistrada Asua Batarrita en su voto particular, no se puede equiparar un discurso antimonárquico a un discurso “dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables”⁹⁴, como es el discurso del odio. En la misma línea lo entendió el Magistrado Xiol Ríos identificando el razonamiento del TC en aquella Sentencia como una “banalización”⁹⁵ del discurso del odio. Más adelante, el TEDH revocó el fallo de esta Sentencia y declaró vulnerado el derecho a la libertad de expresión de los recurrentes en el año 2018⁹⁶.

Esta situación también se dio con la STC 112/2016, de 20 de junio. En este caso, el TC rechazó el amparo solicitado por la supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión de los recurrentes como resultado de su condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo. Los hechos

⁹² Vid. URÍAS, Joaquín. “La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión”. ALONSO, Lucía y VÁZQUEZ, Víctor (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017, 55.

⁹³ En un caso similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de 21 de marzo de 1989, asunto *Texas v. Johnson* se anuló la condena penal porque se entendió que quemar la bandera americana era un acto comprendido bajo el derecho del derecho a la libertad de expresión del recurrente.

⁹⁴ Vid. STC 177/2015, de 22 de julio. Voto particular de la Magistrada Asua Batarrita.

⁹⁵ Vid. STC 177/2015, de 22 de julio. Voto particular del Magistrado Xiol Ríos.

⁹⁶ En la STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* se entendió que los actos enjuiciados no suponían una incitación al odio, sino una protesta antimonárquica y recordó que “la libertad de expresión vale no solamente para las ‘informaciones’ o ‘ideas’ acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan: así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna ‘sociedad democrática’”.

enjuiciados se produjeron en un acto que homenajeaba a un miembro de ETA. El TC entendió que las expresiones enjuiciadas constituían un discurso del odio y, de nuevo, el TEDH falló en sentido contrario cuando se le planteó el recurso⁹⁷. Ahora bien, en el razonamiento del TEDH se incide en que no cualquier expresión de contenido político deba ser tolerada en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí significa que no cualquier expresión de contenido político es susceptible de ser acogida bajo el paraguas de los discursos del odio. El odio como límite absoluto a la libertad de expresión se plasma en “el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”⁹⁸. Así, por ejemplo, serían considerados discursos del odio prohibidos las declaraciones que niegan el holocausto, que asocian a musulmanes con actos de terrorismo o que desprecian a personas por la mera pertenencia a un colectivo racial. Sin embargo, no será considerado discurso del odio la crítica política de una institución.

Por otra parte, otras expresiones que, sin constituir discursos del odio, constituyen intromisiones o vulneraciones de los derechos fundamentales pueden ser, igualmente, restringidas. Así se vio en el caso de la STC 93/2021, de 10 de mayo en el que un mensaje de contenido político que criticaba la tauromaquia tras la muerte de un torero se consideró una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión por cuanto vulneraba el honor al difunto y sus familiares. En otras palabras, parece que el TC en determinadas ocasiones recurre a los discursos del odio para sancionar excesos de la libertad de expresión, siempre que se den los elementos jurídicos del *hate speech*. No obstante, en estos casos se obvia que la libertad de expresión es susceptible de ser restringida sin necesidad de recurrir a los discursos del odio cuando, tras el ejercicio de ponderación así se desprende la necesidad de restringir este derecho fundamental en favor de otros como el honor, la intimidad o la propia imagen, tal y como se ha visto. En este sentido, elementos como el interés público en el mensaje, la contribución a un debate político libre o la configuración de la opinión pública arrojan luz a lo que es tolerable o no en cada caso concreto. Estos elementos debidamente ponderados justificarían una eventual restricción del derecho a la libertad de expresión para garantizar otros derechos fundamentales con los que la libertad de expresión colisiona.

En suma, si la figura del “discurso del odio” se aplica a cualquier discurso subversivo, la noción acabará perdiendo su seriedad jurídica y no podrá ser

⁹⁷ En concreto, en la STEDH de 22 de junio de 2021, asunto *Erkizia Almandoz c. España*; el TEDH entendió que sí se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión del recurrente, pese a que el contexto en el que se emitió el mensaje fuese un homenaje a un antiguo miembro de la organización terrorista ETA. Ello sobre la base de que las concretas expresiones emitidas por el recurrente no incitaban a la violencia, ni mucho menos al odio.

⁹⁸ *Ibidem*.

legítimamente aplicada al resto de supuestos⁹⁹. Por consiguiente, para evitar esta situación la ponderación de derechos podría realizarse teniendo en cuenta los elementos que son aplicables a cada caso concreto y no de forma casuística para justificar decisiones que atienden más a criterios de justicia material por encima de principios fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, como la seguridad jurídica.

4. *Difícil determinación del rol del usuario y de la protección de la libertad aplicable*

A la hora de enjuiciar los conflictos en relación a una de las libertades recogidas en el art. 20 CE lo más importante es determinar ante cuál de las distintas libertades del art. 20.1 CE nos encontramos. A este respecto, ya se estudió en el apartado II.2 que los límites entre la libertad de expresión en sentido estricto (art. 20.1 a) la libertad de información (art. 20.1 d) son difusos. De esta forma, resulta que no siempre va a ser fácil distinguir cuándo es aplicable la protección de una u otra libertad. Además, podría decirse que, en el contexto de las redes sociales, los límites entre el art. 20.1 a) y el art. 20.1 d) se han difuminado aún más todavía pues, “las redes sociales hacen de los usuarios potenciales creadores de contenidos, en ocasiones con una función muy próxima a la que desarrollan los periodistas”¹⁰⁰, tal y como lo recoge la STC 8/2022 de 27 de enero.

Pese a estas dificultades, resulta esencial determinar ante cuál de las libertades del art. 20.1 CE nos encontramos pues, por ejemplo, si es aplicable la libertad de información del art. 20.1 a) en lugar de la libertad de expresión del art. 20.1 a), las expresiones enjuiciadas estarán sometidas a los presupuestos de veracidad de la información y de relevancia pública de la misma, que no son aplicables a las opiniones o juicios de valor que protege el art. 20.1 a) CE. Como solución a esta situación, el TC atiende en cada caso concreto al derecho que “aparezca como preponderante o predominante”¹⁰¹. En consecuencia, la aplicación del canon de enjuiciamiento de una u otra libertad dependerá de si “del texto se desprenda un ‘afán informativo’ o que predomine intencionalmente la expresión de un ‘juicio de valor’”¹⁰².

⁹⁹ En el mismo sentido, URÍAS, JOAQUÍN. “La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión”. ALONSO, Lucía y VÁZQUEZ, Victor (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017.

¹⁰⁰ En esta misma línea, se pronunció la STC 65/2015, de 13 de abril en la que ya se pusieron de manifiesto las dificultades para distinguir entre una y otra libertad –expresión e información– en el contexto digital.

¹⁰¹ STC 5/2021, de 25 de enero.

¹⁰² *Ibidem*. En el mismo sentido, la STC 278/2005, de 7 de noviembre y la STC 38/2017, de 24 de abril.

5. El riesgo del efecto de desaliento

En último lugar, ha de tratarse la cuestión de cómo el riesgo del efecto de desaliento o disuasión de la sanción –ya sea penal o civil– es un elemento que debe tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar los conflictos entre los derechos del art. 20 CE y el art. 18 CE, pero que no puede impedir la restricción del derecho cuando tras el juicio de ponderación esta medida resulta necesaria. Tal y como lo establece el TEDH en el ¶75 de su Sentencia de 13 de julio de 2012 (asunto *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza*), esta cuestión debe evaluarse a la hora de decidir una medida restrictiva de un derecho fundamental.

De esta forma, el TEDH entiende –y, así lo ha entendido también el TC– que “cuando [los tribunales] deciden restringir los derechos fundamentales de las personas afectadas, [se] deben elegir los medios que menos vulneren los derechos en cuestión”¹⁰³ (Traducción libre). Ello se debe a que existe un riesgo de producir un efecto de desaliento cuando se imponen sanciones por este tipo de expresiones para los discursos. En este sentido, hay que destacar que estas ideas se originan en Estados Unidos con la llamada doctrina del *chilling effect*¹⁰⁴. El TEDH ha desarrollado así una jurisprudencia en la que asume esta doctrina y entiende que este riesgo del efecto de desaliento no es un argumento suficiente para evitar la restricción de derechos. Destacadamente, se encuentra la STEDH de 3 de mayo de 2022 (caso *Bumbes c. Rumanía*) en la que se declaró la vulneración del derecho a la libertad de expresión recogido en el art. 10 del CEDH de un ciudadano que protestó pacíficamente contra un proyecto de ley en Rumanía.

En este sentido, las autoridades de Rumanía afirmaron que la multa administrativa fue lo menos onerosa posible y que, no podía decirse que la sanción fuese desproporcionada. Sin embargo, el TEDH no acogió este razonamiento pues, a su entender la imposición de una sanción puede tener un efecto disuasorio no deseado. Así explica que “debe exigirse que las restricciones al debate político se justifiquen por razones muy sólidas, ya que las restricciones generales impuestas en casos individuales afectarían, sin duda, al respeto de la libertad de expresión en el Estado en cuestión”¹⁰⁵ (Traducción libre). En España, se utiliza esta doctrina “como canon de ponderación del principio de

¹⁰³ Vid. STEDH de 13 de julio de 2012 (caso *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza*). ¶75: “La Cour rappelle à cet égard que, lorsqu’elles décident de restreindre les droits fondamentaux des intéressés, les autorités doivent choisir les moyens les moins attentatoires aux droits en cause”.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 15 de diciembre de 1952, (caso *Wieman et al. V. Updegraff et al.*) y Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 24 de mayo de 1965, (caso *Lamont v. Postmaster General*).

¹⁰⁵ Vid. STEDH de 3 de mayo de 2022 (caso *Bumbes c. Rumanía*). ¶92: “It has been the Court’s consistent approach to require very strong reasons for justifying restrictions

proporcionalidad en sentido estricto¹⁰⁶. Por ende, pese a que la restricción del derecho pueda generar un riesgo de desaliento al ejercicio de ese mismo derecho por terceros, ello no es un óbice para la restricción del mismo. Ahora bien, se exige que la medida restrictiva de derechos ha de ser idónea, proporcional y necesaria y, así lo ha reconocido el TC en reiterada jurisprudencia en la que expone su postura sobre esta doctrina¹⁰⁷.

IV. LOS RIESGOS DE FALSEAR LA VERDAD: SIMULACIÓN Y DESINFORMACIÓN

Como se ha visto a lo largo de este artículo, en la actualidad existe una gran propagación de la información que se encuentra disponible en la red. En este sentido, se ha reconocido el valor de las posibilidades comunicativas que ofrece el mundo virtual como algo inigualable. Sin embargo, al mismo tiempo, se ha advertido que existen alarmantes riesgos para la configuración de una opinión pública libre, como son la simulación de la verdad y la desinformación, fenómenos acrecentados en el contexto digital en el que además aumenta su confusión aparente con la verdad (*fake content*), como antes señalábamos. Así, las posibilidades de configurar una opinión pública libre se ven amenazadas cuando se hace uso del derecho a la libertad de información con ánimo de engañar pues, cuando se simula la verdad, el resultado es una farsa. Esto genera que los ciudadanos se encuentren desinformados y se produzca una *quiebra* de la libre configuración de la opinión pública. Como entiende la Comisión Europea la desinformación es una “información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público”¹⁰⁸.

Entonces, la desinformación se sitúa en el plano de la libertad de información del art. 20.1 d) y no de la libertad de expresión en sentido estricto del art. 20.1 a) CE. Consecuentemente, a las expresiones de juicios de valor u opiniones que configuran el objeto de la libertad de expresión en sentido estricto del art. 20.1 a) CE la libertad de expresión en sentido estricto no cabe

on political debate, for broad restrictions imposed in individual cases would undoubtedly affect respect for the freedom of expression in general in the State concerned”.

¹⁰⁶ STC 140/2016, de 21 de julio.

¹⁰⁷ A modo ilustrativo, la STC 140/2016, de 21 de julio, la STC 136/1999, de 20 de julio (FJ 20º), la STC 110/2000, de 5 de mayo (FJ 5º), la STC 88/2003, de 19 de mayo (FJ 8º) o la STC 185/2003, de 28 de octubre (FJ 5º).

¹⁰⁸ Comunicado de la Comisión Europea de 26 de abril de 2018: “La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo”. Vid. apartado 2.1. Acceso el 12 de julio de 2023 <enlace>.

reprocharle su “falsedad” o su “veracidad” puesto que se mueven en un plano de relatividad de la verdad que es moral, es decir, no puede predicarse la verdad o falsedad objetiva respecto de un juicio subjetivo. No obstante, sí que puede hacerse respecto de una información que, precisamente, se presenta como objetiva pues lo exigible a este respecto es tomar por verdadera información “contrastada diligentemente”¹⁰⁹, es decir, veraz. Ello se debe a que exigir una rigurosa y estricta verdad objetiva haría prácticamente imposible la labor informativa. En este sentido, el presupuesto de información veraz permite la construcción de la verdad que socialmente aceptamos como verdadera¹¹⁰. De esta forma, la libertad de información juega un papel esencial en el Estado democrático ya que sustenta “una comunicación pública libre dentro de la sociedad, la cual, a su vez, constituye un presupuesto del ejercicio de otros derechos de participación política y del propio principio democrático dentro del Estado”¹¹¹.

En el polo opuesto, la desinformación no se presenta como una información que no ha sido diligentemente contrastada, sino que es radicalmente falsa (*fake news*). Su única finalidad es manipular a la ciudadanía. La difusión de estos engaños se ve reforzada por el uso de *bots* y *trolls* que difunden a gran escala en la red estos bulos. De hecho, en el contexto de la política es frecuente el uso de estas estrategias. A modo ilustrativo, un estudio¹¹² sobre el impacto de las *fake news* ha mostrado que éstas contribuyeron en la campaña electoral de Trump en 2016 para la presidencia de Estados Unidos narrando diferentes historias falsas sobre su vida lo cual benefició su victoria en las urnas, así como en el resultado del referéndum que se realizó en Reino Unido sobre la permanencia del país en la UE o en las elecciones de Brasil del año 2018, que proclamaron a Bolsonaro como presidente.

Por tanto, la desinformación produce una *atrofia del espíritu colectivo democrático* que, de un lado, alberga sentimientos de desconfianza hacia las

¹⁰⁹ Vid. STC 28/1996, de 26 de febrero.

¹¹⁰ Se sigue en este punto al Catedrático Eloy García. Vid. KANT, Inmanuel y CONSTANT, BENJAMIN. ¿Hay derecho a mentir? La polémica Inmanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad. Estudio preliminar ALBIAC, Gabriel. Estudio de contextualización GARCÍA, Eloy. Madrid: Tecnos, 2021, CX-VIII.

¹¹¹ Vid. VÁZQUEZ ALONSO, Victor. “Aspectos constitucionales del derecho de la comunicación”. En *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, EMILIO (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 37. En la misma línea, lo han puesto de manifiesto las STEDH de 8 de noviembre de 2016 (caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*) y, STEDH de 16 de junio de 2015 (caso *Delfi AS c. Estonia*).

¹¹² Vid. RODRÍGUEZ-FERNÁNDEZ, Leticia. “Desinformación y comunicación organizacional: estudio sobre el impacto de las fake news”. *Revista Latina de Comunicación Social*. N.º 74, (2019). [en línea], <enlace>, 1717.

fuentes informativas, las instituciones y el gobierno y, de otro lado, es más susceptible a la manipulación. En consecuencia, hay un alto riesgo de *cosificación* de las ideas que propiciarían el debate político que genera la opinión pública¹¹³ como consecuencia de esto. En este sentido, las redes sociales son ya espacio público en la acepción habermasiana del término pues, “por espacio público entendemos un ámbito de nuestra vida social, en el que se puede construir algo así como opinión pública. La entrada está fundamentalmente abierta a todos los ciudadanos”¹¹⁴, según explica el autor.

En definitiva, gran parte de la información publicada en las redes sociales genera un espacio de flujo e intercambio de contenido puesto que las redes sociales son medios digitales de utilización masiva. Por ende, la opinión pública se configura, en parte, a través de las expresiones y críticas que realizan los ciudadanos se realiza de forma espontánea e informal a través de las redes sociales y la red. Consecuentemente, resulta esencial cultivar un *espíritu crítico* que pueda defenderse de los riesgos de la desinformación. De esta forma, la opinión pública no puede entenderse de forma separada a la noción de crítica pues, afecta directamente a las tareas de crítica y control de la *praxis* del poder del Estado. Precisamente, la actitud crítica es que el que posibilita una democracia plena y plural¹¹⁵ (vid. apartado III.3).

V. CONCLUSIONES FINALES

El propósito de este artículo era estudiar los problemas jurídicos que surgen en la configuración del derecho a la libertad de expresión en el contexto digital. En este sentido, se ha apreciado que, con la irrupción del contexto tecnológico han aparecido nuevos problemas jurídicos que se han sumado a los retos que ya existían en la era predigital para definir el significado de la libertad de expresión del art. 20.1 a) y la libertad de información del art. 20.1 d) de la CE. A lo largo de este artículo, se ha realizado un análisis de la jurisprudencia constitucional en la que se aborda esta problemática y, se ha comparado la misma con la jurisprudencia del TEDH. A continuación, se exponen las conclusiones obtenidas.

¹¹³ Siguiendo datos extraídos del eurobarómetro, al menos, el 83% de la ciudadanía identifica las *fake news* como un peligro para la democracia. Vid. EUROPEAN UNION. 2018. “Fake news and disinformation online”. Acceso el 12 de julio de 2023 <enlace>.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública. Barcelona: GG, 1981, 61.

¹¹⁵ En este sentido, vid. la STC 5/2021, de 25 de enero (Fundamento Jurídico 4º), la STC 79/2014, de 28 de mayo (Fundamento Jurídico 6º), la STEDH de 23 de abril de 1992, asunto *Castells c. España* y; la STEDH de 29 de febrero de 2000, asunto *Fuentes Bobo c. España*.

En primer lugar, el TC, como garante de los derechos fundamentales, tiene encomendada la labor última de resolver los conflictos que surgen entre la libertad de expresión y el resto de los derechos fundamentales, como el honor, la intimidad y la propia imagen. A este respecto, se ha apreciado que cuando dichos conflictos se producen con ocasión del uso de las redes sociales y, en general, de los instrumentos digitales; la jurisprudencia identifica ciertos matices que han de ser tenidos en cuenta para argumentar la toma de decisiones en los conflictos de este tipo, a saber, (i) la autoría del mensaje en Internet, (ii) los destinatarios del mensaje publicado, (iii) la influencia sobre la configuración de la opinión pública y el contenido del mensaje, (iv) el rol del usuario y la aplicación de la protección de la libertad aplicable y, (v) el potencial efecto de desaliento.

En segundo lugar, los sujetos particulares que, hasta ahora, tenían un rol pasivo en la difusión de información han pasado a tener un rol activo como consecuencia del uso de las redes sociales. Ello se debe a que, gracias a esta herramienta, la ciudadanía participa *activamente* en la configuración de la opinión pública pues, de forma informal y espontánea, se generan debates y conversaciones sobre la actualidad a través de las redes sociales. De esta forma, se ha advertido que las redes sociales son un elemento clave en la actualidad para la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, se ha visto que tanto el TC como el TEDH consideran que las expresiones que tienen relevancia para el interés público merecen una protección más elevada que las expresiones que no contribuyen al debate político libre. Sin embargo, también se ha apreciado que la jurisprudencia constitucional es, en ocasiones, casuística pues, no en todos los casos sigue rigurosamente el canon desarrollado para la libertad de expresión. Efectivamente, esto, en ocasiones, genera inseguridad jurídica y no contribuye a crear una definición seria de lo que la libertad de expresión supone en nuestro ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, en este artículo se ha visto cuál es el papel que juega el derecho a la libertad de expresión en la democracia en el contexto digital. A este respecto, se ha visto que el derecho a la libertad de expresión se encuentra indisolublemente ligado a las nociones de opinión pública y pluralismo político. Asimismo, se ha visto que en la esencia de la democracia se encuentra permitir los distintos debates políticos, crearlos y albergarlos en su seno, incluso aquellos que cuestionen la organización democrática, siempre y cuando no intenten atentar contra ella pues, ciertos discursos como, por ejemplo, los discursos del odio no tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuarto lugar, se muestra cómo las nociones de verdad, veracidad y simulación se configuran de forma distinta en función de los sujetos con los que se relacionan estos conceptos. Así, distinguimos entre (i) los

particulares, (ii) los profesionales de la información y, (iii) las instituciones públicas. En este sentido, puede decirse que los particulares “tienen derecho a mentir” cuando hacen uso de su derecho a la libertad de expresión en sentido estricto (esto es, la libertad del art. 20.1 letra a de la CE, pero no la libertad informativa del art. 20.1 letra d) de la CE pues, pueden emitir juicios de valor que no estén sujetos a la exigencia de veracidad del art. 20.1 d) de la CE. A este respecto, se ha visto, podrá distinguirse cuándo se ejerce una u otra libertad, atendiendo a cuál de ellas es la *preponderante* en el mensaje emitido (vid. apartado III.4). En consecuencia, cuando haya un afán informativo podría exigirse el presupuesto de la veracidad que se exige a la información emitida por los profesionales de la información debido a que la titularidad del derecho recogido en el art. 20.1 d) de la CE es de todas las personas y, no sólo de los periodistas por lo que, será clave en estos casos determinar ante cuál de las libertades del art. 20.1 de la CE nos encontramos. Asimismo, los particulares también tienen derecho a “no decir la verdad” cuando con ello protegen otros derechos fundamentales como el derecho a no declararse culpable (tutela judicial efectiva). En el lado contrario, las instituciones públicas están obligadas a la verdad por cuanto son instituciones nacidas de la Constitución y creadas para ciertos cometidos públicos que sirven a la ciudadanía.

Mención aparte merecen, como se ha apreciado, los profesionales de la información. Los periodistas y los medios de comunicación cuando ejercen la labor informativa están sometidos al presupuesto de veracidad pues, la Constitución no ampara el derecho a divulgar mentiras bajo la falsa apariencia de verdad (*fake news*). En este sentido, se ha visto que el requisito constitucionalmente exigible es que la información que se transmita haya sido diligentemente contrastada. En consecuencia, lo anterior comprendería que se difundiera información falsa por error siempre y cuando se pruebe que se realizaron las debidas indagaciones. No obstante, si la información falsa se divulga con el ánimo de engañar y manipular la opinión pública, ello no constituirá un legítimo ejercicio del art. 20.1 d) de la CE.

En quinto lugar y para finalizar, a lo largo de este artículo se ha estudiado como las vulneraciones de derechos que se realizan a través de Internet pueden tener un efecto *amplificador* del daño muy significativo, debido a que la información en Internet tiene una mayor difusión y, al mismo tiempo, una menor capacidad de control de la misma. Por tanto, resulta esencial repensar los elementos y matices que se tienen en cuenta para dar soluciones a las intromisiones que puedan producirse con ocasión del uso de las redes sociales e Internet, así como a su configuración por la jurisprudencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ALONSO, Lucía y VÁZQUEZ, Víctor (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017.

ARENDRT, Hannah. *La condición humana*. Trad. RAMÓN GIL. Barcelona: Austral, 2020.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Derecho de la información y derecho de la comunicación*. Madrid: Tecnos, 2016.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.) et al., *Manual de Derecho Constitucional. Volumen II*. Madrid: Tecnos, 2015.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y CÁMARA VILLAR, Gregorio (dirs.) et al. *Manual de Derecho Constitucional. Vol I, Constitución y fuentes de derecho*. Madrid: Tecnos, 2014.

CARRILLO, Marc. “Derecho a la información y veracidad informativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 23 (1988). [en línea], <enlace>.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Pablo. “Del derecho a la información y sus límites: Especial atención a la reciente controversia En torno al uso de la cámara oculta en el periodismo de investigación”. *Revista europea de derechos fundamentales*, N.º 30 (2017). [en línea], <enlace>.

GUICHOT, Emilio (coord.) et al. *Derecho de la comunicación*. Madrid: Iustel, 2022.

HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: GG, 1981.

KANT, Inmanuel y CONSTANT, Benjamin. ¿Hay derecho a mentir? La polémica Inmanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad. Estudio preliminar ALBIAC, G. Estudio de contextualización GARCÍA, E. Madrid: Tecnos, 2021.

LÓPEZ DE LERMA, Jesús. “El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional”. *Revista de Estudios Deusto. Revista de Derecho Público*. Vol. N.º 66/2, (2018). [en línea], <enlace>.

RODRÍGUEZ-FERNÁNDEZ, Leticia. “Desinformación y comunicación organizacional: estudio sobre el impacto de las fake news”. *Revista Latina de Comunicación Social*. N.º 74, (2019). [en línea], <enlace>.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. “Acercas de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión”. *Revista de estudios políticos*, N.º 32, (1992). [en línea], <enlace>.

——— “Libertad de expresión y derecho a la información”. En ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDEO, César. *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*. Tomo III. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Libertades informativas*. Madrid: Colex, 2009.

WASSETROM, Richard. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford University, 1961.

LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. UNA PROPUESTA INTEGRADORA¹

*The reception of the Precautionary Principle by the Spanish
Constitutional Court. An integrative Proposal*

Juan José Guardia Hernández
Profesor Agregado de Derecho Administrativo
Universitat Internacional de Catalunya

<https://doi.org/10.18543/ed.2928>

Recibido: 02.06.2023

Aceptado: 18.10.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Resumen

La sociedad actual se enfrenta a amenazas generadas por la acción humana y la tecnología que dificultan la toma de decisiones por parte de las autoridades. El principio de precaución es una herramienta que permite a los poderes públicos tomar decisiones en situaciones de incertidumbre científica sobre los riesgos para la salud humana y el medioambiente. Aunque adoptado en el derecho comparado y comunitario, su recepción por parte del Tribunal Constitucional español es limitada.

Para una mejor recepción del principio de precaución, se propone racionalizar su uso, establecer presupuestos claros y límites en su aplicación, y reducir la discrecionalidad de la administración. El principio de proporcionalidad juega un papel importante en este contexto, exigiendo que las medidas adoptadas sean las menos restrictivas posibles para los ciudadanos. En la sociedad actual no existe el riesgo

¹ Trabajo derivado del proyecto de investigación «Conflictos éticos en la gestión de los riesgos para la salud humana ante la incertidumbre de la ciencia» financiado por la Fundación BBVA dentro de la Convocatoria 2021 de Ayudas a Proyectos de Investigación Científica.

cero por lo que el juicio de proporcionalidad debe estar referido al umbral de riesgo que una sociedad esté dispuesta a aceptar.

Palabras clave

Principio de precaución, incertidumbre científica, sociedad del riesgo, principio de proporcionalidad.

Abstract

Today's society is faced with threats generated by human action and technology, that hinder the authorities' decision-making. The precautionary principle is a tool that allows public powers to make decisions in situations of scientific uncertainty regarding risks to human health and the environment. Although adopted in comparative and community law, its reception by the Spanish Constitutional Court is limited.

To improve the reception of the precautionary principle, we propose to rationalize its use, establish clear presumptions and limits in its application, and reduce administrative discretion. The principle of proportionality plays an important role in this context. It demands that the measures adopted be the least restrictive possible for citizens. In today's society, there is no zero risk, therefore the judgment of the proportionality must regard the risk threshold that a given society is willing to accept.

Keywords

Precautionary principle; Scientific uncertainty; Risk society; Principle of proportionality.

Sumario: I. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y SOCIEDAD DEL RIESGO. 1. Antecedentes. 2. Noción de principio de precaución. 3. Diferencias entre el principio de precaución y el principio de prevención. II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. 1. La recepción en la legislación española. 2. La recepción en la jurisprudencia del TC. 2.1. STC 8/2012 de 18 enero. 2.2. STC 69/2013, de 14 marzo. 2.3. STC 106/2014 de 24 junio. 2.4. STC 134/2014, de 22 de julio. 2.5. STC 208/2014 de 15 diciembre. 2.6. STC 79/2017, de 22 junio. 2.7. STC 8/2018, de 25 enero. 2.8. STC 70/2018, de 21 junio. 2.9. STC 148/2021 de 14 julio. III. UNA PROPUESTA DE RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. 1. Definición más precisa de los presupuestos de hecho que habilitan el uso del principio de precaución. 2. Discrecionalidad y principio de precaución. 3. Riesgo cero y principio de proporcionalidad. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

El principio de precaución puede ser, probablemente, uno de los hallazgos más notables del derecho público de las últimas décadas en el ámbito de la evitación del daño y la gestión de riesgos. El legislador español lo ha acogido en numerosas normas, y es de uso frecuente en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Ahora bien, ¿ha sido ya acogido por el TC? En el caso que así sea, ¿ha modulado su aplicación o expuesto su contenido y límites? ¿es satisfactoria esta recepción?

Para dar respuesta a estas preguntas, tras esta breve introducción, dividiré este trabajo en tres epígrafes. En primer lugar, estudiaré el origen del principio de precaución, así como su delimitación conceptual, y su diferencia con el principio de prevención. En segundo lugar, analizaré con detalle la jurisprudencia constitucional al respecto, y las perplejidades que suscita. En tercer lugar, dadas las precedentes consideraciones, me permitirá una propuesta para el futuro uso de este principio por el Guardián de la Constitución.

I. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y SOCIEDAD DEL RIESGO

1. *Antecedentes*

En el año 1986 el sociólogo alemán Ulrich Beck publicó su obra más conocida, «La sociedad del riesgo²». Entre adhesiones y críticas, tuvo la

² El concepto «sociedad de riesgo» fue acuñado por Ulrich BECK, en su obra *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986. Hemos manejado: BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva Modernidad* (Madrid: Paidós, 2004).

virtud de resaltar algunas consecuencias nuevas que el estado actual de la ciencia y la tecnología estaba deparando para la vida en sociedad. Se podría decir que la acción humana ha pretendido a lo largo de largos siglos controlar, poner a su servicio, o al menos, mitigar, los peligros y limitaciones que el medioambiente natural le imponía. El gran aliado ha sido la técnica que ha alcanzado, sin duda, encomiables éxitos.

Ahora bien, estos avances tecnológicos contienen dentro de sí amenazas. En el ámbito del derecho público se suele denominar *riesgo* a estos efectos no deseados que no tiene su origen en la naturaleza sino en la acción humana en general, y en particular en la tecnología³. En ese sentido, se le ha denominado en ocasiones «riesgos antrópicos» (Cierco, 2004:73). Es una sociedad que se pone a sí misma en peligro.

Y hasta tal punto es así, que, en las sociedades postindustriales como la occidental, parecía que las amenazas para los ciudadanos no provienen tanto de los *peligros naturales* como de los *riesgos*. A nuestro juicio, este diagnóstico de Beck sigue siendo válido, por más que la pandemia del COVID-19 pueda haber puesto en entredicho esta convicción. Los riesgos de origen humano son numerosos y graves, constituyendo las amenazas más graves contra la vida.

Como quiera que sea, en numerosas ocasiones riesgos y peligros se gestionan sin consenso en la comunidad científica. Todo ello ha provocado cierta literatura que ha hecho notar el desconcierto del *Leviatán* ante las incertidumbres científicas que lo envuelven (Esteve Pardo, 2009). La ciencia genera nuevas amenazas que se escapan al otrora poderoso Estado, y que multiplican las decisiones con importantes repercusiones éticas para el presente, como para las generaciones futuras. Y los peligros naturales se potencian con muchos avances técnicos. Sin ser exhaustivos, cabe pensar en las polémicas sobre la afección a la salud humana de la exposición a los campos electromagnéticos de los dispositivos móviles, la liberación a la naturaleza de material biológico genéticamente modificado, la producción de electricidad mediante fisión de átomos, el almacenamiento de residuos peligrosos, el masivo uso de antibióticos en los animales destinados al consumo humano, alimentos transgénicos para uso alimentario humano y animal⁴, los microplásticos en el ámbito

³ Es preciso añadir que, en otras ciencias, se usan los términos “riesgo” y “peligro” con un significado diferente. Simplificado la cuestión, por ejemplo, en el ámbito de la salud se entiende por *peligro* todo aquello que potencialmente puede producir un efecto adverso o indeseado a la salud humana (un virus, una sustancia química, un estilo de vida por ejemplo), mientras que *riesgo* alude a la *probabilidad* de que una población determinada sufra cierta enfermedad o daño.

⁴ En lo relativo a los transgénicos y las semillas tradicionales destáquese: Marzal Raga (2018).

marino (Zhang, 2020), el abuso de fármacos que contribuye a la resistencia a los antibióticos (Interagency Coordination group on antimicrobial resistance, 2019), uso desmedido de pesticidas y demás productos químicos, entre otros muchos (Oficina Nacional de prospectiva y estrategia, 2021: 167) o la cesión a la inteligencia artificial de decisiones humanas (Cerrillo, 2019). Y trascendiendo el ámbito de los riesgos, también hay decisiones ante peligros naturales que se enfrentan a situaciones de incertidumbre como ha padecido la humanidad con el COVID-19: sobre el grado de eficacia de las medidas profilácticas, de las vacunas, por ejemplo, o sobre el complicado equilibrio entre salud y economía. Las ciencias de la salud no aportan opiniones unánimes sobre cómo proceder. La sociedad civil, las autoridades sanitarias y en general, familias, personas y empresas, han tenido que implementar medidas severas ponderando muchos bienes y derechos en juego.

En estos, y en otros casos, como hemos dicho, las autoridades han de tomar decisiones sobre cuestiones en las que no hay consenso o unanimidad en la comunidad científica. La resolución de la incertidumbre puede tratarse de un proceso que puede alargarse durante años, cuando no décadas. Sin embargo, la comunidad política ha de tomar decisiones hoy y ahora, por cuanto lo relacionado con la vida humana no admite demoras. Y en este punto, es donde aparece, con notoria relevancia, el principio de precaución.

2. *Noción de principio de precaución*

Como hemos adelantado, posiblemente la aportación jurídica más importante del derecho público comparado para solventar las abundantes situaciones de incerteza o de riesgo que se plantean a los poderes públicos sea el llamado principio de precaución (Cierco, 2004: 73). Y ello porque este principio habilita a los poderes públicos a tomar decisiones en situaciones de incertidumbre científica y, además, sobre los efectos mismos de esas decisiones, ante riesgos para la salud humana y para el medioambiente⁵. Ahora bien, su aplicación no está exenta de problemas constitucionales por cuanto habilita a tomar medidas de excepción que, en última instancia, constituyen una suerte de suspensión de la normal aplicación del ordenamiento jurídico y, con ello, de una posible mengua de las garantías que éste otorga y reconoce a los ciudadanos⁶.

⁵ Así parece entenderlo la STC 8/2012 de 18 enero en relación con los límites de exposición a las emisiones radioeléctricas que debe establecer reglamentariamente, y con carácter básico para toda España, el Ministerio competente.

⁶ En cualquier caso, podemos encontrar en la doctrina también una relativización de la eficacia del principio de precaución sea porque si se le dota de un sentido fuerte deviene en una herramienta tosca, sea porque, si se le otorga un sentido más matizado, deviene superfluo: (Doménech Pascual, 2006: 305).

Su origen exacto en el ámbito jurídico es discutido, aunque parece que se debería situar en la década de los 70 del siglo XX en Alemania (Esteve Pardo, 2009: 205) y pronto acogido por el derecho comunitario (Carrillo Donaire, 2016: 247)⁷. En cualquier caso, también podemos encontrar autores que señalan que este principio se ha expandido «desde el Derecho internacional público hacia los Derechos internos de los diferentes Estados. No es, por tanto, un principio de origen nacional que luego se va asimilando en el ámbito del Derecho internacional, sino que, justamente, al contrario, la idea de precaución nace en el ámbito internacional y penetra después en los distintos ordenamientos internos» (Cierco, 2004: 85). En cualquier caso, en la actualidad su positivización más importante se encuentra en el art. 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁸.

Resta por señalar, que este principio es de uso habitual en otras disciplinas científicas. A modo de ejemplo en epidemiología y salud pública «Este principio mantiene que, en caso de amenazas serias o irreversibles para la salud de las personas o de los ecosistemas, la existencia de incertidumbre científica no debería invocarse como excusa para posponer las medidas preventivas. No se puede caer en un lento retraso e indolencia que tienda al infinito, durante años y años, y que paralice las necesarias acciones de salud pública, a la espera de mejores pruebas. Sería la situación de *análisis-parálisis*» (Martínez-González, 2020).

3. Diferencias entre el principio de precaución y el principio de prevención

Ahora bien, antes de continuar en el objeto principal de este trabajo, es necesario distinguir previamente el *principio de precaución* y el *principio de prevención*, dado que el segundo no plantea los problemas constitucionales del primero. Como se verá más adelante esta distinción tiene cierto protagonismo en la recepción, probablemente mejorable, de este principio por el TC, como señalan, de modo certero, los votos particulares de las SSTC 106/2014 de 24 junio y 134/2014, de 22 de julio.

En efecto, el principio de prevención junto al principio de precaución, han sido englobados por la doctrina bajo la categoría de «principios de evitación del daño». Sin embargo, aunque ambos principios tienen una cierta relación, no significan ni regulan lo mismo y, sobre todo, tienen un alcance distinto en cuanto a las medidas que pueden amparar⁹.

⁷ Y también Montalvo (2017:172).

⁸ Tiene como precedente el art. 174.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Destáquese Sanz Larruga (2002).

⁹ Distinción que el legislador ha acogido en alguna ocasión, por ejemplo, en el art. 5 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

Por una parte, el *principio de prevención* se refiere a la existencia de una certeza sobre la realización de un daño futuro, sobre un riesgo. Fundamentalmente se suele aludir –dado que en esa materia tuvo su génesis– a un daño ambiental, aunque nada hoy impide su extensión a otros sectores como la seguridad alimentaria, farmacológica o industrial, entre otros muchos (Marzal Raga, 2016: 21).

En cualquier caso, este principio alude a un daño predecible y, como consecuencia de ello, permite a la administración adoptar las medidas necesarias a efectos de anticiparse a su producción o, en todo caso, a disminuir o neutralizar los daños la salud, al medioambiente o a otros bienes jurídicamente protegidos (Sanz Baos, 2004). Así pues, por ejemplo, el principio de *prevención* justifica la obligación de evaluaciones de impacto ambiental y el sometimiento de algunas actividades de los particulares a una previa autorización, a través de un procedimiento administrativo estrictamente regulado, cosa que tiene relevancia en la STC 106/2014 de 24 junio, que es criticada –con visos de acierto– por el voto particular concurrente de los magistrados Asua Batarrita, Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos, como veremos más adelante.

La aplicación del principio de prevención dentro de un procedimiento administrativo vincula tanto al particular, como a la propia administración. Se enmarca en unas coordenadas de estricta sujeción a la legalidad donde la discrecionalidad administrativa es menor, y no son admisibles decisiones públicas que excepcionen la aplicación a un caso concreto de las normas pre-existentes¹⁰. Todo ello, en buena lógica, facilita, en su caso, el posterior control jurídico de la actuación de la administración, tal y como prescribe de modo taxativo el art. 103. 1 CE.

En cambio, el *principio precaución* no parte de la anticipación de un daño futuro, ni tampoco adopta acciones que permitan su anulación, habida cuenta que tiene como antecedente la incertidumbre de las consecuencias que se puedan producir por la acción humana o de un peligro natural. En este caso, se legitima a la administración a tomar decisiones extraordinarias, como una suerte de derecho de excepción, bajo el temor de una amenaza para las personas, la comunidad política o para el medioambiente¹¹. Así entendido, el control constitucional y judicial de estas medidas es en extremo difícil, dada la legitimidad incondicionada que parece otorgar este principio¹².

¹⁰ Es la conocida *inderogabilidad singular de los reglamentos*: art. 37 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹¹ Este es el contenido que la STC 69/2013, de 14 marzo atribuye de modo implícito al principio de precaución al dilucidar algunos aspectos de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y la biodiversidad.

¹² Como veremos, ese es el sentido del voto particular del Sr. Xiol Ríos en la STC 148/2021, de 14 de julio.

En otras palabras, la diferencia estriba en que mientras en la *prevención* se tiene la certeza de que, dados determinados hechos, el daño devendrá, en la *precaución* dada determinada circunstancia no es posible concluir si el daño se verificará, pero hay prudentes razones –aunque discutidas– de que éste llegue a acontecer.

Esta distinción evidencia que, desde el punto de vista constitucional, el principio de *prevención* no plantea especiales problemas constitucionales, pero, por el contrario, la *precaución* constituye un desafío a la seguridad jurídica, la confianza legítima y a los derechos de los ciudadanos, como la tutela judicial efectiva, entre otros. Por lo tanto, procederé a examinar cómo el legislador español ha abordado este principio y si el TC lo ha considerado, y en qué medida.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

1. *La recepción en la legislación española*

Nuestro ordenamiento jurídico recoge ya de *modo expreso y literal* en numerosas disposiciones de distinto rango el principio de precaución. En ese sentido, existen un mínimo de diecinueve normas con fuerza de ley vigentes para todo el territorio nacional, sin incluir a las CCAA, y dos estatutos de autonomía¹³ que lo mencionan específicamente.

Al mismo tiempo, rastreando en nuestro Derecho también encontramos este principio de modo *implícito* con diferentes formulaciones y, en muchas ocasiones, con unos presupuestos fácticos difusos que permiten su activación de modo extraordinariamente amplio (Sánchez Barroso, 2021: 227). Prueba de ello son los dos ejemplos que a continuación se citan:

En primer lugar, el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Este artículo recoge tácitamente el principio de precaución al permitir cualquier medida preventiva ante la *mera sospecha razonable* de la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud y, ello, como con posterioridad validaron los tribunales en la crisis del aceite de orujo de oliva español (Rodríguez Font, 2012)¹⁴, sin necesidad de audiencia previa a los interesados, y sin prácticamente procedimiento alguno.

¹³ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril. Estatuto de Autonomía de Aragón, y en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

¹⁴ En 2001 el aceite de orujo español fue acusado de contener benzopireno, un carcinógeno. Como medida de precaución, el Ministerio de Sanidad español emitió una alerta alimentaria y las CCAA ordenaron la retirada del producto del mercado. Las pérdidas empresariales fueron muy elevadas. Finalmente, con los años, la conclusión científica es que no existía peligro alguno para la salud humana. Cfr. Rodríguez Fuentes (2008) y también Rodríguez Font (2023: 549).

En segundo lugar, el art. 99 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios que «En el caso de que exista o se *sospeche razonablemente* la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud» permite medidas extremas como cuarentena, retirada del mercado, prohibición de utilización, suspensión de actividades o publicidad, clausura provisional de establecimientos, importación, exportación, entre otras.

En cualquier caso, para finalizar este subepígrafe, y circunscribiéndonos sólo al legislador nacional, podemos añadir que ha querido acudir al principio de precaución en un universo de materias muy variopintas, como la salud pública, defensa de los consumidores y usuarios, residuos y suelos contaminados, pesca sostenible e investigación pesquera, unidad de mercado, seguridad alimentaria y nutrición, protección del medio marino, patrimonio natural y biodiversidad, investigación biomédica, uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, montes, plan hidrológico nacional, precios del gas natural y sequía. Queda por dilucidar, por lo tanto, si toda esta extensa normativa que alude, explícita o implícitamente, al principio de precaución ha tenido repercusión en la jurisprudencia del TC español.

2. La recepción en la jurisprudencia del TC

El principio de precaución aparece ya mencionado en nueve sentencias, aunque con una relevancia muy diferente en unas y otras. Vamos a estudiarlas con detalle:

Jurisprudencia constitucional sobre el principio de precaución		
Acepción gestión del riesgo	Fundamentos jurídicos	STC 8/2012, de 18 enero
		STC 69/2013, de 14 marzo
		STC 208/2014, de 15 diciembre
		STC 134/2014, de 22 de julio
		STC 79/2017, de 22 junio
		STC 8/2018, de 25 enero
		STC 70/2018 de 21 junio
	Voto particular	STC 106/2014, de 24 junio Voto particular de los Sres. Asua Batarrita, Valdés Dal-Ré y Xiol-Ríos
		STC 148/2021, de 14 julio Voto particular del Sr. Xiol Ríos Voto particular de la Sra. Balaguer Callejón
Otra acepción	ATC 122/2015, de 7 julio	
	STC 106/2022, de 13 septiembre	

2.1. STC 8/2012 de 18 enero

El TC alude por primera vez a este principio al resolver un recurso de inconstitucionalidad contra Ley 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha.

En concreto, esta norma castellano-manchega, entre otros aspectos, impone a los operadores de telefonía la obligación de incorporar las *mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes*. El parlamento autonómico, en su escrito de alegaciones ante el Alto Tribunal, entre otras consideraciones, invoca –precisamente– el principio de precaución (Antecedente 7º) en defensa de la norma impugnada, ante la falta de informes concluyentes que afirmen la inocuidad total de la exposición a la infraestructura de esta red.

El TC constata, sin embargo, el carácter básico de la regulación estatal de los niveles tolerables de emisión contenidos en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, dictado en desarrollo de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad evaluará (FJ 6º). Y, señala, precisamente, que esa norma reglamentaria prevé una evaluación sanitaria de riesgos por emisiones radioeléctricas por parte de los Ministerios competentes y las CCAA. Esta evaluación tiene la finalidad de actualizar al progreso científico el anexo II sobre *Límites de exposición a las emisiones radioeléctricas* teniendo en cuenta el principio de precaución y las evaluaciones realizadas por las organizaciones nacionales e internacionales.

Por lo tanto, la declaración de inconstitucionalidad radica para el TC en que las CCAA no pueden alterar esos estándares de protección, ni imponer a los operadores una obligación de incorporar nuevas tecnologías para lograr una minimización de las emisiones, porque resulta contrario a las bases establecidas por el Estado en materia sanitaria, y también a las competencias legítimas del Estado en materia de telecomunicaciones. Ahora bien, en las consideraciones *obiter dicta*, se entrevé que las consecuencias del principio de precaución –en este caso– tienen un cauce institucionalizado para su consideración, es decir, de un mecanismo informal de colaboración intergubernamental entre Estado y CCAA regulado en el reglamento de desarrollo de la Ley General de Sanidad, como hemos expuesto¹⁵. Y ello coadyuva a desestimar la alegación del principio de precaución por parte de las Cortes de Castilla-La Mancha. En cierto modo, el TC hace un uso minimalista del principio de precaución. No lo define ni delimita, pero afirma que el juicio del riesgo permitido o aceptable en España a la exposición de emisiones radioeléctricas es materia estatal, no autonómica, por lo tanto, la ley de Castilla-La Mancha es inconstitucional en este punto.

¹⁵ No se trata de un órgano de colaboración vertical, sino más bien un compromiso de intercambio de información: cfr. Expósito Gómez (2017).

2.2. STC 69/2013, de 14 marzo

La segunda vez que el TC alude al principio de precaución tiene que dilucidar sobre distintos aspectos de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y la biodiversidad. En lo que ahora nos interesa, se impugnó por parte de la Comunidad autónoma de Castilla y León el art. 62.3 a) que prohíbe los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales, así como aquellos que puedan causar localmente la desaparición, o turbar gravemente la tranquilidad de las poblaciones de una especie. Este precepto, y éste es uno de los puntos conflictivos, se remite a un anexo de la propia ley que realiza una enumeración pormenorizada de las técnicas que se declaran *ex lege* ilícitas (Anexo VII “procedimientos para la captura o muerte de animales y modos de transporte que quedan prohibidos¹⁶”). La novedad es que el TC, revisando expresamente su jurisprudencia anterior, entiende que las muy detalladas interdicciones contenidas en ese anexo VII revisten las características propias de la legislación básica de protección del medio ambiente, estando el Estado constitucionalmente habilitado para imponerlas, *ex art.* 149.1.23 CE (FJ 6 b). La justificación de esta ampliación del ámbito de lo básico se motiva afirmando que «tales métodos masivos o no selectivos puede provocar la desaparición de la especie susceptible de aprehensión a nivel local», cosa que es contraria al principio de conservación (art. 62.2 de la Ley) o puede afectar a las especies protegidas cuya caza está tajantemente prohibida. En este punto complementa su argumentación afirmando que estas prohibiciones para todo el territorio nacional son «también manifestación del principio de precaución en las intervenciones que puedan afectar a las especies silvestres», con reenvío al art. 2 g) de la propia Ley del patrimonio natural y la biodiversidad, que cita este principio.

Por lo tanto, en esta ocasión parece que la precaución sí forma parte del núcleo jurídico esencial que fundamentó la decisión del TC que fue—como se intuye—avaluar este artículo de la norma impugnada. En otras palabras, por más no haya evidencia empírica que estas técnicas vayan a poner en riesgo de extinción a algunas especies naturales por su uso, el TC entiende que su prohibición incondicionada es una medida amparada por el principio de precaución. *Prima facie* parece que el concepto implícito del principio de precaución que usa aquí el TC es acertado. En otras palabras, ante determinados

¹⁶ La enumeración es larga y detallada: animales ciegos o mutilados utilizados como reclamos, grabadores y magnetófonos, aparatos electrocutantes, dispositivos eléctricos y electrónicos que pueden matar o aturdir, fuentes luminosas artificiales, espejos, dispositivos para iluminar los blancos, armas semiautomáticas o automáticas cuyo cargador pueda contener más de dos cartuchos, trampas no selectivas redes, lazos (sólo para aves), cepos, trampas-cepo, venenos, cebos envenenados o tranquilizantes, explosivos, asfixia con gas o humo, ballestas, anzuelos (salvo para el ejercicio de la pesca).

procedimientos para la captura o muerte de animales sobre los cuáles hay prudentes razones –aunque discutibles y no concluyentes– que pueden ocasionar un daño irreparable, se acuerda su prohibición. No encontramos una disertación especulativa sobre el alcance de la precaución, sino simplemente su aplicación. Otra cosa es valorar la proporcionalidad de la medida, consideración llamativamente ausente en la sentencia, pero que nos merecerá una consideración al respecto en el epígrafe III de este trabajo.

2.3. STC 106/2014 de 24 junio

Con pocos meses de diferencia, el TC vuelve a considerar por tercera vez el principio de precaución, esta vez con ocasión del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. El preámbulo de la Ley razona que esta prohibición obedece al principio de precaución, cosa que reitera en sus escritos de alegaciones el Parlamento de Cantabria y el Ejecutivo autonómico como una legítima medida adicional de protección del medio ambiente y salud dadas las incertidumbres de esa técnica.

Todos los magistrados coinciden en la inconstitucionalidad competencial de la prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en Cantabria, pues contradice de manera radical e insalvable lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos que tiene carácter básico en este punto. Ahora bien, las discrepancias jurídicas en el seno del TC radican, entre otros aspectos, en el principio de precaución.

El sector mayoritario argumenta que «aun teniendo en cuenta el principio de precaución, como resulta obviamente ineludible, no existe ninguna norma comunitaria que prohíba la explotación del gas no convencional mediante la técnica del *fracking*» (FJ 2º), y añade que la legislación básica aplicable a todo el territorio nacional establece que los proyectos que impliquen la utilización de la técnica de la fractura hidráulica quedan sujetos a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental que ha de comprender las medidas adecuadas para que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar, los posibles efectos adversos de la actividad sobre el medio ambiente, así como un programa de vigilancia ambiental para garantizar el cumplimiento de las medidas preventivas, correctoras y compensatorias. Y concluye el TC que, dentro de este procedimiento administrativo, se hará efectivo el principio de precaución, cosa que recuerda a la STC 69/2013, de 14 marzo, que usó una argumentación análoga para reafirmar la primacía de la legislación básica estatal, en aquel caso la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y la biodiversidad.

Por el contrario, el voto particular concurrente de los magistrados Sres. Asua Batarrita, Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos entienden las cosas de otro modo. En efecto, afirman que «la invocación de este principio hubiera demandado, sin embargo, un mayor rigor técnico en lo que a su alcance aplicativo concierne» y procede a detallar cómo entienden la precaución, cosa que –probablemente– sea la primera vez que acaece en la jurisprudencia del TC.

En síntesis, afirman que «el principio no opera cuando existen datos terminantes sobre los eventuales riesgos para la salud y el medio ambiente» cosa que recrimina a la sentencia, es decir, opera, precisamente en aquellos escenarios de incertidumbre acerca de los potenciales riesgos. Es necesario recordar que el sector mayoritario incardina la precaución dentro de un procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental en el que se determinaron las medidas preventivas, correctoras y compensatorias. Ahora bien, como hemos expuesto en el epígrafe I, estas consideraciones son válidas para un daño predecible que permite a la administración ambiental establecer las medidas anticipatorias o de mengua de los daños esperables. Pero, precisamente, el principio de precaución es diferente. Y por ello, de modo acertado, el voto particular concluye que la precaución se activa «en un momento anterior a la evaluación de impacto ambiental». A nuestro juicio, pues, lo que acaece es que la sentencia no distingue de modo certero el *principio de precaución* del *principio de prevención*.

2.4. STC 134/2014, de 22 de julio

En esta ocasión, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. Dada la identidad con la precedente STC 106/2014, de 24 de junio, el tribunal reitera sin novedades sus consideraciones, y los magistrados Sres. Asua Batarrita, Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos, por su parte, se remiten su voto particular concurrente.

2.5. STC 208/2014 de 15 diciembre

Al final del 2014, el TC vuelve a considerar este principio, también en relación con el *fracking*, ahora en la resolución del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, del Parlamento de Navarra, por la que se prohíbe el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. De nuevo se constata la sustancial identidad con las SSTC 106/2014, de 24 de junio, y 134/2014, de 22 de julio, y se reiteran los mismos fundamentos jurídicos. Sin embargo, en esta ocasión no hay voto particular alguno, sin que conste dato alguno del porqué.

2.6. STC 79/2017, de 22 junio

Tres años después, el principio de precaución aparece fugazmente en la sentencia que debe resolver sobre la constitucionalidad de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, norma que buscaba evitar las duplicidades regulatorias. En ese sentido, formula, con carácter general, que el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional. Y añade que el sometimiento a autorización administrativa sólo será admisible si concurren los principios de necesidad y proporcionalidad. En este punto, establece que, entre otros supuestos, se justifica la exigencia de una autorización cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución. Por unanimidad se avala esta regulación básica, pero a los efectos de este trabajo el principio de precaución no constituye parte del debate jurídico, por más que la referencia legislativa mencionada es certera en cuanto al contenido de este principio.

2.7. STC 8/2018, de 25 enero

De nuevo el *fracking* es objeto de la atención del TC, ahora en la sentencia sobre la Ley del Parlamento vasco 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica¹⁷. Esta norma difiere de las precedentes de Cantabria, La Rioja y Navarra al no imponer formalmente una prohibición de carácter general e incondicionado para todo el territorio autonómico, sino una remisión a los instrumentos de ordenación ambiental. La sentencia alude a la precaución (FJ 3º) al exponer los antecedentes jurisprudenciales al respecto (SSTC 106/2014, de 24 de junio, 134/2014, de 22 de julio y 208/2014, de 15 de diciembre), pero ya no es objeto de ninguna consideración añadida. El fallo es estimatorio parcialmente, pero se formula un voto particular discrepante por el Sr. Valdés Dal-Ré al que se adhieren los Sres. Conde-Pumpido y Balaguer Callejón. En éste se remite a los votos particulares ya comentados de las SSTC 106/2014, de 24 de junio, 134/2014, de 22 de julio, 208/2014, de 15 de diciembre¹⁸, pero no se alude a la precaución.

¹⁷ En puridad, también fue objeto de controversia en la STC 73/2016, de 14 de abril de 2016, con respecto a las limitaciones a la fractura hidráulica en Catalunya que hacía de esta técnica algo absolutamente excepcional en esa Comunidad Autónoma. Esta sentencia tuvo dos votos particulares disidentes que abogaban por la constitucionalidad de la norma pues, formalmente, no establecía una prohibición absoluta al *fracking*.

¹⁸ Suscita perplejidad que este voto particular aluda a un precedente voto particular de la STC 208/2014, de 15 de diciembre, dado que esta sentencia no tiene ningún voto parti-

2.8. STC 70/2018, de 21 junio

El TC invoca el principio de precaución al analizar la nueva redacción del art. 64.3 de la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental integrada de Murcia. Esta resolución delibera sobre cuestiones de procedimiento administrativo de cierta complejidad que requieren una explicación previa, en concreto sobre los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Como es conocido, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) regula en su art. 24 el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado. Si la administración no resuelve en el plazo máximo establecido, el legislador prevé dos posibles consecuencias alternativas: El silencio *positivo* o el silencio *negativo*. En el primero el interesado podrá entender estimada su petición. En el segundo, por el contrario, deberán entender desestimada su petición. La LPAC regula en qué supuestos se aplica cada tipo de silencio. Ahora bien, como salvaguardia de los intereses generales, el art. 24.1 párrafo segundo añadió algunos límites al silencio positivo. En lo que ahora nos interesa, establece que el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente. Es necesario añadir, para hacerse una cabal comprensión de lo que dirá el TC, que la administración puede resolver de modo expreso (con algunos límites) fuera de plazo, cosa que complica los efectos del silencio.

Aplicando estas consideraciones a la Ley de protección ambiental integrada de Murcia resulta que esa norma murciana estableció el silencio administrativo *positivo* una vez expirado el plazo de que dispone la Administración autonómica para resolver acerca de la concesión de una licencia de actividad. Hay que considerar que esta autorización administrativa tiene como finalidad, entre otras, un control *preventivo* para las actividades que pueden dañar el medio ambiente.

Como se observa, el art. 24.1, párrafo segundo LPAC establece lo contrario, es decir, que el silencio tendrá efecto *negativo* o *desestimatorio* en los procedimientos cuya estimación implique el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente.

Como era de prever, ante esta contradicción normativa, el TC declara la inconstitucionalidad del inciso «transcurridos los cuales se entenderá estimada la solicitud» del citado art. 64.3 de la Ley 4/2009, de 14 de mayo, sólo en lo relativo a actividades que pueden dañar al medio ambiente.

cular, cosa que hemos comprobado tanto en el BOE como la propia web del TC (último acceso 23/19/2023).

Ahora bien, el Alto tribunal incluye en su argumentación algunas consideraciones que merecen ahora nuestra atención, habida cuenta que acude al principio de precaución para desvirtuar las alegaciones del Gobierno de la Región de Murcia. En efecto, esta administración defendió el precepto impugnado afirmando que la incompatibilidad con la LPAC era aparente. Y esta defensa de la constitucionalidad competencial del mencionado art. 64.3 se fundamentó en la cláusula prevista en el párrafo segundo de la norma impugnada, según el cual el «otorgamiento por silencio administrativo de la licencia de actividad no concede facultades a su titular en contra del planeamiento urbanístico o de la legislación sectorial aplicable». Arguye, de modo hábil, que con esta cláusula se producen los efectos propios del silencio negativo y que, por tanto, no hay contradicción con la legislación básica. En otras palabras, el ejecutivo regional afirma que para la generalidad de los casos se establece el silencio positivo, pero en el supuesto de que las solicitudes contravengan el planeamiento urbanístico o la legislación sectorial (ambiental, sanitaria, de seguridad, de patrimonio cultural), el silencio viene a ser equivalente al negativo.

No convence al TC esta argumentación. Afirma –con razón– que, en el régimen general del silencio negativo, el ciudadano sabe desde el primer momento que no puede comenzar la actividad. Y si lo hace, es en un absoluto régimen de clandestinidad.

En cambio, en el supuesto de la regla de silencio positivo –aun complementada por la regla murciana que impida adquirir facultades contrarias al ordenamiento jurídico– el afectado podría tener la confianza legítima que su solicitud ha sido estimada por silencio, pudiendo obrar en consecuencia, de buena fe, e iniciar la actividad por más que ésta siga sea materialmente contraria al medioambiente, y por más que, en este supuesto, el silencio haya sido en realidad negativo.

El Alto Tribunal considera, además, la posibilidad que administración murciana dicte, fuera de plazo, un acto expreso denegatorio que confirme el silencio negativo fundado en la referida cláusula según la cual el «otorgamiento por silencio administrativo de la licencia de actividad no concede facultades a su titular en contra del planeamiento urbanístico o de la legislación sectorial aplicable». De alguna manera, ello evitaría que un particular empezase de buena fe una actividad lesiva para el medioambiente.

Ahora bien, el TC considera que el ciudadano afectado, en este supuesto, no se encuentra en la misma posición que un ciudadano que es consciente de encontrarse ante la regla de silencio negativo o desestimatorio, «siendo ésta una diferencia de régimen jurídico especialmente relevante, en un ámbito como el medioambiental, regido por el *principio de precaución*, en el que puede resultar esencial que la actividad que pueda llegar a provocar el daño prevenido no sea ni siquiera iniciada por el interesado».

Por lo tanto, se anula la norma murciana que altera el sentido del silencio, en aras de una gestión de riesgos anticipatoria. Ante la ausencia de respuesta en materia medioambiental, el ciudadano, desde el principio y sin margen de duda, deberá entender desestimada su petición.

2.9. STC 148/2021 de 14 julio

Como es conocido, en julio de 2021 el TC declaró la inconstitucionalidad de algunas de las restricciones dictadas al amparo del estado de alarma por la crisis sanitaria del COVID-19. El Alto tribunal afirmó que no se había producido una limitación de la libertad de circulación sino una suspensión, contraviendo el art. 55 CE. Sin embargo, esta decisión provocó cinco votos particulares disidentes. En dos de ellos se invoca, entre otros argumentos, el principio de precaución para avalar la constitucionalidad de las medidas. Sin pretender entrar en el debate jurídico sobre la constitucionalidad del estado de alarma, cosa que constituirá un *excursus* en este momento inapropiado, sí vamos a analizar el rol que jugó en esos votos particulares el principio de precaución¹⁹.

2.9.1. Voto particular del Sr. Xiol Ríos: el principio de precaución exige deferencia con los poderes públicos y modifica el juicio de proporcionalidad

Este magistrado sostiene que, en situaciones en las cuales una crisis que justifique la proclamación del estado de alarma se base en hechos que la comunidad científica aún no ha abordado de manera concluyente, el principio de precaución impone la necesidad de ser deferentes con las medidas establecidas por las autoridades para su resolución. Y ello es aplicable al caso de la COVID-19, pues constituía –afirma– una enfermedad previamente desconocida y potencialmente grave, con alto riesgo de propagación, y para la cual la ciencia no podía brindar respuestas definitivas en aquel momento.

En otro orden de cosas, añade que en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas sanitarias, esto es, el juicio sobre adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, el principio de precaución modifica los parámetros de enjuiciamiento constitucional dada la incertidumbre científica. Y analiza, uno a uno, en abstracto, estos tres aspectos clásicos de la proporcionalidad, matizados por el principio de precaución, y –a continuación– los aplica al caso objeto de recurso, para concluir que las medidas gubernamentales eran constitucionales bajo este prisma. Vamos a analizarlo:

¹⁹ Se puede añadir que la STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021 sobre la segunda declaración del estado de alarma de ámbito nacional por la epidemia de COVID-19 no menciona el principio de precaución. Tampoco los votos particulares de Sr. Xiol Ríos y de la Sra. Balaguer Castellón.

En cuanto al análisis de la *adecuación y necesidad* –afirma Xiol Ríos– su evaluación solo puede ser negativa. Esto implica que para considerar que una medida se ajusta al principio de proporcionalidad, no es necesario justificar su idoneidad en términos de lograr el objetivo perseguido, sino simplemente comprobar que no puede ser considerada inapropiada para alcanzar dicho resultado.

Asimismo, específicamente, para determinar el cumplimiento del *juicio de necesidad*, además, basta argumentar que no existen alternativas evidentes que puedan lograr el mismo resultado afectando de manera menos perjudicial a los derechos de los ciudadanos.

En cuanto al *juicio de proporcionalidad estricta*, este no puede ser realizado por el TC valorando si los beneficios de las medidas adoptadas superan sus desventajas. Realizar dicha valoración implicaría –sigue afirmando– reemplazar el juicio político del Ejecutivo, siendo evidente que el control que puede ejercer el tribunal es de naturaleza jurídica. Por tanto, este juicio de ponderación debe realizarse de la siguiente manera: en primer lugar, identificando los derechos constitucionales en conflicto; en segundo lugar, asignando a cada uno de ellos un peso teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes; y, en tercer lugar, examinando el grado de afectación de la medida establecida en los derechos constitucionales en conflicto. De esta manera, «cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro». El juicio ponderativo implica que, si el principio constitucional limitado no se compensa con el beneficio que conlleva para el otro principio, la restricción del derecho fundamental no puede considerarse constitucionalmente admisible.

Siguiendo estas premisas, concluye el voto particular que el estado de alarma ha sido declarado debido a una grave crisis sanitaria que pone en grave peligro la vida y la salud de la población. Al valorar los derechos en conflicto, el derecho a la vida adquiere un mayor peso, y dada la alta afectación que los otros derechos en conflicto podrían tener en este derecho, no parece probable que las limitaciones impuestas puedan considerarse desproporcionadas.

2.9.2. Voto particular de la Sra. Balaguer Callejón: obligación positiva en relación con la protección del derecho a la salud

Este voto particular considera que las medidas sanitarias eran constitucionales, entre otras razones, dado que el «principio de precaución exige adoptar medidas preventivas cuando una actividad (en el caso de la COVID cualquier actividad que supusiera contacto entre personas) representa una amenaza o un daño para la salud humana, incluso cuando la relación causa-efecto no haya podido demostrarse científicamente de forma concluyente».

Añade, para reforzar sus consideraciones que los poderes públicos tienen una *obligación positiva* en relación con la protección del derecho a la salud, porque cualquier actuación u omisión 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».

De ahí deriva que, para el control de la pandemia, cualquier acción gubernamental que no hubiera aplicado el principio de precaución, o que hubiera obviado el riesgo de las acciones u omisiones asumidas para la vida de las personas, hubiera podido resultar lesiva del art. 15 CE. De tal modo que el TC debió –afirma– haber declarado la constitucionalidad de todas las medidas sanitarias.

En lo relativo al canon de constitucionalidad basado en el juicio de proporcionalidad, de modo análogo al voto particular del Sr. Xiol Ríos, vincula el principio de precaución a una hipotética debida deferencia con el ejecutivo nacional y con el Congreso de los Diputados que ratificó la decisión. En consecuencia, concluye que se tomaron decisiones adecuadas y pertinentes, teniendo en cuenta la información limitada y disponible en aquel momento, en consonancia con el principio de precaución. Si bien podrían haberse adoptado medidas alternativas –concluye– no corresponde al TC asumir el rol del legislador y del ejecutivo.

III. UNA PROPUESTA DE RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Por más que pueda ser obvio, de las consideraciones precedentes se debe concluir que el TC ha admitido el principio de precaución sin mayores problemas, incluso llega a considerar ineludible su aplicación a la actividad administrativa (STC 106/2014 de 24 junio, FJ 2º). Además, de las sentencias estudiadas, en línea con el TJUE, se desprende que el Alto Tribunal admite la aplicación de este principio no sólo al medioambiente, sino también a la salud humana, y hasta la unidad del mercado español (STC 8/2018, de 25 enero). En cualquier caso, junto con lo anterior, también es necesario subrayar que la jurisprudencia es vacilante. Hallamos resoluciones que diferencian –por más que sea de modo implícito– entre precaución y prevención (SSTC 8/2012 de 18 enero y 69/2013, de 14 marzo), y otras en que este punto es ambiguo, cosa que, de alguna manera, critica el voto particular de los Sres. Asua Batarrita, Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos en la STC 106/2014 de 24 junio. Cabe destacar, en fin, que la STC 106/2014 de 24 junio invoca el principio de precaución sin las debidas cautelas, de modo que no valora la proporcionalidad de las severas prohibiciones legales que avala, cosa que, a nuestro juicio, hubiera sido necesario.

En cualquier caso, analizadas las sentencias en su conjunto, se concluye que la recepción del principio de precaución por parte de la jurisprudencia del TC español es más bien limitada. Y ello porque en algunas sentencias este principio no tiene relevancia en el razonamiento jurídico del Tribunal (STC 79/2017, de 22 junio), y en otras aparece sólo en consideraciones *obiter dicta* (STC 8/2012 de 18 enero). Ahora bien, dicho esto, inmediatamente hay que añadir que es plausible pensar que este principio está llamado a jugar un rol más relevante en el Tribunal de Garantías en los próximos años bajo la presidencia del magistrado Sr. Conde-Pumpido.

En efecto, es probable que tras la STC 148/2021 de 14 julio relativa a la constitucionalidad de las medidas sanitarias del estado de alarma por la crisis sanitaria del COVID-19, este principio adquiere mayor protagonismo. Y ello no por el cuerpo de la sentencia, sino por los votos particulares del Sr. Xiol Ríos y de la Sra. Balaguer Callejón que propugnan avalar todas las limitaciones a los derechos fundamentales. En concreto ambos magistrados concluyen que el principio de precaución exigía una mayor deferencia con los poderes públicos y, simultáneamente, modifica el juicio de proporcionalidad que debe realizar el Alto Tribunal.

Más allá de si este pronóstico de mayor deferencia con los poderes públicos y, en especial, con el legislador español, se cumple o no, hay razones ajenas al TC que coadyuvan a una mayor presencia de este principio²⁰. En efecto, en nuestra opinión, el constante aumento de las referencias a éste en la legislación nacional (y autonómica) no va a menguar y, por tanto, vamos a asistir a un mayor uso por las administraciones para la gestión de riesgos. A ello hay que añadir que en las próximas décadas se cernirán sobre España importantes amenazas originadas por el cambio climático como el aumento del nivel del mar, la desertificación, el incremento de grandes incendios forestales agravados por el despoblamiento rural y la extensión de microorganismos propios de latitudes más cálidas (Guardia Hernández, 2022: 136-137). Todo ello conllevará, ciertamente, futuros conflictos, cosa que invita a considerar la *delimitación* y *limitación* de la precaución que podrían ser tenidos en cuenta para su definitiva acogida en España.

²⁰ En aquellos votos particulares, se arguye -como hemos dicho- que la pandemia exigía una reinterpretación de la proporcionalidad a favor de reconocer un mayor margen de actuación dentro de la CE al legislador y ejecutivo español. Nada impide, si aceptamos este orden de ideas, extender esta afirmación a otros supuestos fácticos distintos a una crisis sanitaria. Ahora bien, en germen, aquí se encuentra un empoderamiento del TC que lo aleja de su rol de legislador negativo y lo acerca a una cámara de validación de decisiones que no se han adoptada por las mayorías cualificadas que, a veces, exige la Carta Magna, o que no ha sido acordada por el Parlamento, sino sólo por el gobierno. Sin duda, cómo afecta esto al principio democrático merece atención detallada que excede este trabajo.

A continuación, pues, sintetizo en tres puntos algunos elementos que el TC podría integrar en su jurisprudencia para conjurar un uso abusivo de este principio por los poderes públicos²¹ en general, y por las administraciones públicas en particular. Estas consideraciones derivan del estudio de la jurisprudencia al respecto, y de las amenazas potenciales que hemos detectado.

1. *Definición más precisa de los presupuestos de hecho que habilitan el uso del principio de precaución*

El uso de este principio puede dar cobertura jurídica a medidas en extremo gravosas para los particulares afectando de modo muy intenso a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Sin extenderse de modo innecesario sólo hay que considerar las estudiadas en la STC 148/2021 de 14 julio para combatir la COVID-19 por las administraciones sanitarias.

Desde una perspectiva constitucional, este principio puede imponer «una suerte de estado de excepción –el régimen vigente queda en suspenso– justificado en valoraciones e informes de carácter científico que alertan sobre la existencia de riesgos aun cuando las actividades que presuntamente los generan cumplen con la normativa vigente» (Esteve Pardo, 2009: 209). Por esa razón, como se adelanta en el epígrafe I, este régimen de excepcionalidad y de limitación o suspensión de derechos merecería cierto desarrollo y consideración por parte del máximo intérprete de la Carta Magna. Esa jurisprudencia podría establecer con más precisión técnica las posibilidades del principio de precaución, de modo que –de alguna manera– se pudiese menguar la posibilidad de un uso desmedido por los poderes públicos. Igualmente esa mayor depuración permitiría una técnica legislativa más precisa al legislador nacional y a los autonómicos y, en su caso, facilitaría su posterior control de constitucionalidad. Y también un control de legalidad de la actividad de las administraciones tanto en la vía contencioso-administrativa como, si corresponde, mediante el sistema de amparo constitucional.

Para ello sería conveniente, quizás, incluir con precisión cuáles son los presupuestos de hecho que habilitan su uso para, *a sensu contrario*, en qué supuestos no es aplicable y, por lo tanto, siguen aplicándose los criterios tradicionales de prevención de daños. A nuestro juicio, sin carácter exhaustivo, los presupuestos habilitantes deberían incluir, al menos, dos elementos: en primer lugar, la *existencia de un riesgo potencial o indiciario para la salud o al medioambiente*. Y, en segundo lugar, la *existencia de una auténtica incertidumbre científica cualificada*, y no unas meras hipótesis marginales en la literatura científica o en la práctica clínica o de laboratorio. De tal modo

²¹ No pretende ser una lista cerrada. En lo relativo a la evaluación normativa *ex post* del principio de precaución: Montalvo (2017:175).

que, si no concurren de modo cumulativo estos requisitos, la aplicación del principio de precaución es contraria a Derecho. En ese sentido, sería oportuno que, de modo expreso, distinguiese el principio de precaución del principio de prevención.

2. *Discrecionalidad y principio de precaución*

Como es conocido, es necesario en muchas ocasiones que el ordenamiento jurídico «permita a la Administración un margen más o menos amplio de libre decisión en el que puede adoptar una pluralidad de opciones o decisiones, cualquiera de ellas válida si no rebasa ese margen» (Esteve Pardo, 2016: 103). En la aplicación del principio de precaución, la administración dispone, consiguientemente, de un margen de discrecionalidad notoriamente amplio (Montalvo, 2017: 172). Y, efectivamente, la discrecionalidad puede servir de amparo a un plural repertorio de decisiones públicas para un caso concreto, todas ellas, quizás, aptas para gestionar un riesgo. Ahora bien, se puede auspiciar una mengua de ese margen de discrecionalidad para proteger más eficazmente a los particulares frente a la amenaza de un uso excesivo por parte de las administraciones, en especial la sanitaria o medioambiental²².

A modo de ejemplo, y sin carácter exhaustivo, y para ponderar en su justa medida la necesidad de introducir limitaciones al principio de precaución, voy a mencionar dos ejemplos que avalan la introducción de técnicas de reducción de la discrecionalidad.

En primer lugar, el art. 11 de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal sobre introducción en el territorio nacional de vegetales,

²² Cabe interrogarse hasta qué punto el principio de precaución puede derivar en un protagonismo desproporcionado de las administraciones públicas, frente al legislador. Por lo tanto, ¿podría ser necesario un cierto reequilibrio? ¿resulta inquietante un ejecutivo sin cortapisas? Si así fuera, necesitamos implementar herramientas de control de la actividad administrativa amparada en la precaución para la gestión de la emergencia. Estas deberían ser de dos tipos: aquellas que verifican que los hechos justifican la aplicación de este principio, y aquellas que velan que las medidas sean proporcionadas al riesgo. Sobre la posición central que la CE confiere al Parlamento en la gestión de riesgos: Sánchez Barroso (2021: 278). Sobre la necesidad de un específico y actualizado marco jurídico para las administraciones públicas véase a Nogueira (2022: 29-30): «Resintonizar el Derecho Administrativo *para* la excepción abordando las nuevas realidades, mejorando su *vis* preventiva, aumentando los mecanismos de cooperación en un mundo multinivel, activando fórmulas de transparencia y participación, es el trabajo que tenemos por delante para el cual debería hacerse una evaluación profunda de las enseñanzas que se derivan de las últimas crisis vividas. Desactivar y, también, reducir los espacios del Derecho de excepción, entendido como alteración severa del ordenamiento».

productos vegetales y otros objetos originarios de países terceros. En este supuesto, la referida norma respecto a aquellos vegetales «cuya introducción esté prohibida, así como la evidencia o *sospecha fundada para los no prohibidos* de que se encuentran afectados por plagas que pudieran tener importancia económica o ambiental», permite a la autoridad competente adoptar medidas muy drásticas incluidas su destrucción física. El art. 14.1 de esa misma Ley para evitar plagas faculta a la administración a acordar inmediatamente, ante la *mera sospecha*, de «las medidas fitosanitarias cautelares previas *que estime necesarias* para evitar la propagación de dicha plaga». Y, en la misma línea, el art. 18 h) alude a la posibilidad de «establecer *cualquier otra medida* que se justifique técnica o científicamente como necesaria en el control de la plaga²³». Como se observa, existe un margen de discrecionalidad amplísimo para tomar toda suerte de medidas.

En sentido análogo, en segundo lugar, el art. 2 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que permite a las autoridades sanitarias adoptar *medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control* cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad. Como se puede apreciar, se contempla la opción de imponer restricciones extremadamente severas, afectando directamente a Derechos Fundamentales.

Así pues, parece conveniente fijar unos límites a las medidas fundadas en el principio de precaución en cualquiera de sus formulaciones, cosa que nos conduce a las técnicas y fórmulas para la reducción de la discrecionalidad administrativa. En este punto, es ya un lugar común en la doctrina mencionar, entre otras, el control de la observancia de las normas y los principios del procedimiento, la comprobación y verificación de los hechos determinantes, las instrucciones y circulares de la propia administración y el control del vicio de desviación de poder (Bacigalupo Saggese, 2023: 145-147).

Quizás, una de las más eficaces sea la invocación de los principios generales del derecho que, perteneciendo al ordenamiento jurídico, también se vinculan a la actividad discrecional. En el caso que nos ocupa, a mi entender, es particularmente relevante el principio de proporcionalidad y, en concreto, que de éste se deriva la obligación de acordar las decisiones menos gravosas posibles. En otras palabras, de entre todas las medidas posibles y eficaces para conjurar una amenaza potencial que el principio de precaución puede avalar, los poderes públicos deben prever, y las administraciones adoptar, aquella que sea menos limitativa para los ciudadanos, de tal modo que, si no

²³ La cursiva es mía.

respeta ese límite, la actuación administrativa es susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sea por un acto administrativo, sea por una disposición de carácter general. Y, en su caso, también la justicia constitucional por normas con fuerza de ley por quienes ostenten legitimación activa para ello (Díez-Picazo, 2013: 122).

A modo de ejemplo, la muy gravosa medida de secuestro administrativo de una actividad o la simple y llana prohibición o sacrificio obligatorio de animales ante meros casos sospechosos de enfermedades²⁴, deben ser, en este contexto, unas medidas claramente excepcionales. Son preferibles, si son aptas para la gestión del riesgo, medidas alternativas que pueden evitar (e incluso hacer antijurídicas) a las mencionadas medidas extremas. Estas alternativas discurren a través de un abanico que puede incluir restricciones de comercialización, como venta exclusiva en algunos establecimientos (como acaece con los medicamentos), exigencias de seguridad adicionales, medidas que reduzcan la exposición al riesgo, establecimiento de mayores controles, obligaciones de información añadidas en el etiquetado o incluso justificar una mayor investigación para –precisamente– salir de la incertidumbre o, al menos, mejorar la información disponible. En ese sentido, hemos ponderado con precedencia, al estudiar la STC 69/2013, de 14 marzo sobre la prohibición *ex lege* de algunos procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales, que hubiera hecho falta una consideración sobre la proporcionalidad de las medidas, cosa que no acaeció.

Ahora bien, el tradicional juicio de proporcionalidad, en lo relativo a la aplicación del principio de precaución requiere algunas consideraciones añadidas para su aplicación a la actual sociedad del riesgo, por seguir usando la locución de Beck, cosa que realizo en el siguiente epígrafe.

3. *Riesgo cero y principio de proporcionalidad*

El juicio de proporcionalidad no viene referido en abstracto a cualquier comunidad política posible, ni a cualquier momento histórico. Hay que considerar que en la actual sociedad postindustrial y tecnológica no existe el riesgo cero²⁵. En efecto, «Un principio de precaución *estricto* implicaría que la respuesta a la pregunta sobre cuándo puede estar justificada la asunción de un riesgo sea «nunca» (Losada Maestre, 2005:30). Por lo tanto, en realidad, el «riesgo cero» no es admisible, pues requeriría una inversión

²⁴ Art. 8. 1 b) de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal.

²⁵ Se pueden encontrar referencias a la imposibilidad del “riesgo cero” en la propia jurisprudencia del TJUE: Cfr. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de la Comunidades europeas, de 11 de septiembre de 2002. Asunto: T-13/99 Pfizer Animal Health.

masiva de recursos y la renuncia a innegables beneficios del avance tecnológico.

Pero sí existe la posibilidad de que la sociedad decida con qué riesgo quiere convivir. Y ello modifica, lógicamente, el juicio de proporcionalidad de las medidas que se pueden adoptar. Se podría decir, pues, que las decisiones basadas en el principio de precaución deberán ser, entre otros aspectos, proporcionales al *nivel de protección* elegido por la comunidad política, sea a nivel constitucional como legal (Rodríguez Font, 2023: 549). Siguiendo a Sunstein, para la gestión del riesgo y la proporcionalidad, deberían considerarse cuatro factores: a) el nivel de incertidumbre que provoca una respuesta regulatoria; b) la magnitud del daño anticipado que justifica la respuesta, c) las herramientas que se elegirán cuando se aplique el principio (requisitos de divulgación, requerimientos tecnológicos, prohibiciones), y d) margen de seguridad frente a la duda²⁶.

Así pues, el juicio de proporcionalidad debe estar referido al umbral de riesgo que una sociedad está dispuesta a aceptar. Y este juicio puede variar en diferentes naciones, como, de hecho, ha sido en el pasado y continúa siendo diverso en el presente. Por aludir a un ejemplo que ilustre esta afirmación, podemos mencionar la construcción y mantenimiento de centrales nucleares para la producción de energía eléctrica. Como es conocido, estas instalaciones y su actividad conlleva riesgos que no se limitan a la sociedad que aprueba su establecimiento y proliferación, sino que se extiende en el tiempo (Doménech Pascual, 2021: 42). El umbral de riesgo admisible a este respecto, en el pasado, ha sido muy dispar. Se puede aludir, siquiera someramente, que varios países, en su mayoría europeos, se plantearon el abandono o la limitación del uso de la energía nuclear a finales del siglo XX: Austria (1978)²⁷, Suecia (1980)²⁸ e Italia (1987)²⁹ votaron en referéndum el abandono

²⁶ Cfr. Sunstein (2009).

²⁷ No cuenta con ninguna central nuclear. A finales de los años 1970 decidió en un referéndum no poner en marcha una planta atómica que ya estaba terminada.

²⁸ En 1989 había instalados seis reactores. Con posterioridad entraron en servicio solo aquellos que se encontraban en fase de construcción. En 2010 la asamblea legislativa Sueca acordó reducir el número máximo de reactores a los diez operativos en aquel momento. En el 2016 se llegó a un acuerdo político para eliminar totalmente la energía nuclear en 2040. En el 2023 un nuevo acuerdo político cambia la tendencia, ahora a favor de aumentar el número de reactores, centrales y la potencia eléctrica instalada de origen nuclear.

²⁹ El abandono de la energía nuclear en Italia comenzó un año después del accidente de Chernóbil en 1986. Tras un referéndum en 1987 se decidió cerrar las cuatro centrales nucleares de producción eléctrica, cerrándose la última en 1990. Además, la moratoria de construcción de nuevas centrales nucleares, que originalmente tenía efecto de 1987 a 1993, se extendió finalmente de forma indefinida. A mayor abundamiento, en el referén-

de este modo de producción de electricidad. Y otros países, sin embargo, el umbral ha sido muy diferente, como el caso paradigmático de Francia con 56 reactores en funcionamiento. Y lo cierto es que en un futuro inmediato el riesgo admisible en esta materia probablemente mude dada la crisis de soberanía energética a la que se ve sometido el viejo continente.

IV. CONCLUSIONES

1. La sociedad actual se enfrenta cada vez más a amenazas generadas por la acción humana y la tecnología, en contraste con los peligros naturales del pasado y dificulta la toma de decisiones por parte de las autoridades.

El principio de precaución es una herramienta jurídica que permite a los poderes públicos tomar decisiones en situaciones de incertidumbre científica y riesgos para la salud humana y el medioambiente, y avala la restricción de derechos fundamentales. Este principio ha sido adoptado en el derecho comparado y en el derecho comunitario, y se encuentra positivizado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Algunas resoluciones del TC español no distinguen adecuadamente el principio de precaución del principio de prevención. En efecto, el principio de prevención se refiere a la certeza sobre la realización de un daño futuro, y permite adoptar medidas para evitar o disminuir esos daños. En cambio, el principio de precaución se basa en la incertidumbre de las consecuencias de la acción humana y permite tomar medidas extraordinarias para prevenir posibles amenazas.

2. La recepción del principio de precaución por parte del TC se reduce, al menos, a los fundamentos jurídicos (y votos particulares) de nueve sentencias. Los más destacable son dos votos particulares de la STC 148/2021 de 14 julio relativos a la constitucionalidad de las medidas derivadas del estado de alarma por la epidemia de la COVID-19.

El voto particular del magistrado Sr. Xiol Ríos sostiene que, en la citada crisis sanitaria, la ciencia carecía de respuestas claras, por lo que el principio de precaución exigía *deferencia hacia las medidas establecidas por las autoridades*. Además, argumenta que el principio de precaución modifica los parámetros de proporcionalidad en el análisis constitucional. En concreto en lo relativo al juicio de adecuación y necesidad –afirma– no es necesario justificar que una medida sea idónea para lograr su objetivo, sino demostrar que no es inidónea. Respecto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, argumenta que el tribunal no debía valorar si las ventajas de las medidas

dum de 2011 más de un 95 % de los votantes se pronunció en contra de la construcción de nuevas centrales nucleares. Esto supuso un aparente abandono definitivo.

superan a sus desventajas, sino realizar un juicio ponderativo considerando los bienes constitucionales en conflicto y el grado de afectación de cada uno.

Por su parte, el voto particular de la magistrada Sra. Balaguer Callejón vincula el principio de precaución con la deferencia hacia el poder ejecutivo y al Congreso de los Diputados. Concluye que las medidas tomadas, basadas en la información disponible en ese momento, fueron pertinentes y adecuadas al principio de precaución. Añade que corresponde al legislativo y ejecutivo, no al TC, tomar decisiones en el marco del derecho constitucional de excepción.

Las reflexiones de estos magistrados en las que se enfatiza que el principio de precaución avala un mayor respeto hacia el poder ejecutivo y el legislativo por parte del TC, viene a corroborar la tesis mantenida hace ya años por Esteve sobre la potencialidad de este principio. Una suerte de estado de excepción cuyo abuso puede ser causa de daños no pequeños.

3. El TC ha aceptado el principio de precaución, aplicándolo no sólo al medio ambiente, ámbito en el que se desarrolló inicialmente, sino también a la salud humana y hasta la unidad del mercado español. Sin embargo, la recepción de este principio por parte del tribunal es limitada en general. Algunas sentencias no le otorgan relevancia, mientras que otras lo mencionan de manera incidental. Ahora bien, es posible que en el futuro este principio juegue un papel más importante en la gestión del riesgo. Por ello, para evitar un uso abusivo del principio de precaución por parte de los poderes públicos, sugiero tres elementos que podrían incorporarse a la jurisprudencia:

En primer lugar, definir con mayor precisión los presupuestos fácticos que permiten el uso del principio de precaución. Propongo que, al menos deben concurrir la existencia de un riesgo potencial o indiciario para la salud o el medio ambiente, así como una verdadera incertidumbre científica calificada.

En segundo lugar, ante el elenco abierto de medidas que la precaución puede avalar, se debe elegir siempre la menos gravosa en aplicación del principio de proporcionalidad.

En tercer lugar, las medidas basadas en el principio de precaución deben ser proporcionales al nivel de protección asumido por la comunidad política.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZUNIGA URBINA, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Estudios constitucionales*, nº10 (2021), pp. 65-116.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. “La vinculación de la administración pública a la ley y el derecho”, VELASCO CABALLERO, Francisco, DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2023), pp. 134-152.

- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, “Derecho, técnica y riesgo el principio de precaución en el ámbito medioambiental”, *Revista de fomento social*, nº 28 (2016), pp. 247-259.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50 (2019).
- CIERCO SEIRA, César. “El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español”. *Revista Administración Pública*, nº 163 (2004), pp. 73-126.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales* (Madrid: Civitas, 2013).
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “La energía nuclear en un Estado democrático y de derecho”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 30 (2012), pp. 42-53.
- *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006).
- ESTEVE PARDO, José, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009).
- *Lecciones de derecho administrativo* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016).
- EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta, “Relaciones de colaboración intergubernamentales en el Estado autonómico, los pasos recorridos y el camino por hacer”, *Revista general de derecho constitucional*, nº 24 (2017).
- GUARDIA HERNÁNDEZ, Juan José, “Generaciones futuras y patrimonio natural. Dimensión institucional”, TOLIVAR ALAS, Leopoldo, HUERGO LORA. Alejandro José, CANO CAMPOS. Tomás, *El patrimonio natural en la era del cambio climático*, (Madrid: INAP, 2022) pp. 133-142.
- INTERAGENCY COORDINATION GROUP ON ANTIMICROBIAL RESISTANCE. *No time to wait: Securing the future from drug-resistant infections report to the Secretary-General of the United Nations*, (2019).
- LOSADA MAESTRE, Roberto, “Buscando el riesgo aceptable. sobre los métodos de análisis de riesgos empleados en la elaboración de políticas públicas”. *Gestión y análisis de políticas públicas*, nº 33-34 (2005), pp. 27-52.
- MARTÍNEZ-GONZÁLEZ, Miguel Ángel, SÁNCHEZ-VILLEGAS, Almudena, TOLEDO ATUCHA, Estefanía, FAULÍN, Francisco Javier, *Bioestadística amigable* (Barcelona: Elsevier, 2020).
- MARZAL RAGA, Reyes, “El impacto regulatorio del intercambio de semillas tradicionales sobre el modelo colaborativo”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº319 (2018), pp. 131-168.
- “La protección de la salud a través del sistema de gestión de riesgos alimentarios”, *DS: Derecho y salud*, nº 26 (2016), pp. 21-37.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico de. “La evaluación ex post de las normas. Un análisis del nuevo modelo español”, en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 36 (2017), pp. 139-177.

- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, “Derecho Administrativo para la excepción. La respuesta jurídico-pública ordinaria para la sociedad de riesgo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 61 (2022).
- OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA. *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, pp. 167-184 (2021).
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola, “Sobre el déficit regulador y jurisdiccional en la gestión pública del riesgo”, *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, nº82 (2012), pp. 161-197.
- “Actividad de ordenación y control”. VELASCO CABALLERO, Francisco, DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, (Madrid: Marcial Pons, 2023), pp. 544-567).
- RODRÍGUEZ FUENTES, Vicente, “La responsabilidad patrimonial (extracontractual) de la Administración en las alertas alimentarias. Comentario a las sentencias del TSJ de Andalucía de 15 y de 21 de mayo de 2008”, en *Rivista di Diritto Alimentare*, nº 3 (2008).
- SÁNCHEZ BARROSO, Borja. “El papel del Parlamento en la gestión ordinaria de riesgos: un análisis a la luz del principio de precaución”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 110 (2021), pp. 273-323.
- SANZ BAOS, Paloma. “Los principios de prevención y de cautela en el Derecho ambiental”, *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº19 (2004), pp. 11-36.
- SANZ LARRUGA, Francisco Javier. “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº1 (2002), pp. 117-132.
- SUNSTEIN, Cass. *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución* (Madrid: Katz, 2009).
- VELASCO CABALLERO, Francisco. “Régimen local en el estatuto catalán, tras la STC 31/2010”. *Revista General de Derecho Constitucional*, nº13 (2011).
- ZHANG, Qun, et al., “A Review of Microplastics in Table Salt, Drinking Water, and Air: Direct Human Exposure”, *Environmental Science and Technology*, 54, nº 7 (2020).

APLICABILIDAD DEL DERECHO A LA LEGÍTIMA DEFENSA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL: EL ACTO TERRORISTA COMO ATAQUE ARMADO

Applicability of the right to self-defence against international terrorism: the terrorist act as an armed attack

Aritz Obregón Fernández

Doctor en Derecho internacional por la UPV/EHU

<https://doi.org/10.18543/ed.2929>

Recibido: 21.06.2023

Aceptado: 23.10.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Resumen

La emergencia de grupos terroristas que logran hacerse con el control efectivo de territorio ha provocado que los Estados recurran al uso de la fuerza para acabar con sus cobijos y bases territoriales. Para ello, en muchos casos, se han amparado en el derecho a la legítima defensa. En este contexto, el presente trabajo pretende analizar la aplicabilidad de esta institución contra el terrorismo internacional, estudiando uno de sus prerequisites: el ataque armado. Así, se corrobora que los actos terroristas de gravedad pueden ser calificados de ataques armados, entendiendo que se trata de una reconceptualización y aplicación de esta categoría jurídica, se analiza el umbral de gravedad requerido y se estudia la aplicabilidad de la doctrina de acumulación de actos.

Palabras clave

Ataque armado, legítima defensa, uso de la fuerza, terrorismo internacional, doctrina de acumulación de actos.

Abstract

The emergence of terrorist groups that succeed in gaining effective control of territory has led states to resort to the use of force in order to eliminate their safe havens and territorial bases. To do so, in many cases, they have invoked the right to legitimate self-defence. In this context, this paper aims to analyse the applicability of this institution against international terrorism, studying one of its prerequisites: armed attack. Thus, it corroborates that serious terrorist acts can be classified as armed attacks, understanding that this is a reconceptualization and application of this legal category, analyses the threshold of seriousness required and studies the applicability of the doctrine of accumulation of events.

Keywords

Armed attack, self-defence, use of force, international terrorism, accumulation of events doctrine.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA DEL ACTO TERRORISTA. III. USOS MAYORES DE LA FUERZA. IV. USOS MENORES DE LA FUERZA. V. DOCTRINA DE ACUMULACIÓN DE ACTOS. VI. CONCLUSIONES. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas viene calificando el terrorismo internacional como una de las amenazas a la paz y la seguridad internacionales más graves¹, llegando a considerar en 2015 al *Dáesh* como “una amenaza mundial sin precedentes” para la paz y seguridad internacionales². Nadie duda de que aunque se logre derrotar a las bases territoriales de estas organizaciones y su letalidad año a año fluctúe, el terrorismo internacional constituye una amenaza permanente. De hecho, hoy por hoy cientos de miles de personas en África viven bajo el control de grupos terroristas, muchos de ellos yihadistas (IEP 2022, pp. 30-32 y pp. 37-38).

Frente a esta amenaza, en las últimas décadas un número significativo de Estados ha emprendido acciones armadas contra sus expresiones más graves con el fin de reducir el grado de amenaza que representan o acabar con sus cobijos. Si bien en algunos casos se ha utilizado la fuerza amparándose en resoluciones del Consejo de Seguridad o aludiendo al consentimiento del Estado en el que se intervenía, los Estados occidentales, en muchos casos, han optado por invocar su presunto derecho inmanente a la legítima defensa o el derecho a la legítima defensa colectiva de otros Estados.

En este sentido, los debates jurídicos en torno a esta discutida, y discutible, práctica se han centrado en su aplicabilidad a los actores no estatales no sometidos a control estatal. No obstante, en esta oportunidad, vamos a dejar de lado esa importante cuestión para analizar el otro de los prerequisites para activar la legítima defensa: el ataque armado. Concretamente, estudiamos si los actos terroristas pueden ser jurídicamente equiparables a los ataques armados y qué particularidades cabe extraer a tenor de la naturaleza de los atentados.

Para la consecución de este objetivo hacemos uso de una metodología jurídica fundamentada en el estudio sistemático y minucioso de las fuentes propias del Derecho internacional. Esto es, analizamos el Derecho

¹ Entre otras, CS Res. 1377 (2001), 12 noviembre 2001, considerando 3; CS Res. 2395 (2017), 21 diciembre 2017, considerando 3; CS Res. 2462 (2019), 28 marzo 2019, considerando 3; CS PRST/2021/1, 12 enero 2021, considerando 3 y CS Res. 2617 (2021), 30 diciembre 2021, considerando 2.

² CS Res. 2249 (2015), 20 noviembre 2015, considerando 5.

internacional relativo al uso de la fuerza. Esto implica el examen de los tratados internacionales universales y regionales que se refieren a esta cuestión, el Derecho internacional consuetudinario aplicable, así como los actos de Organizaciones internacionales, especialmente las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Asimismo, además de la praxis estatal y de las Organizaciones internacionales vinculada con la cuestión, estudiamos la jurisprudencia internacional, esencialmente los pronunciamientos de la Corte en los que se ha ocupado de casos específicos en los que se han dado usos de la fuerza. Finalmente, atendemos a las aportaciones de la doctrina iusinternacionalista más cualificada, especialmente a los informes y documentos de carácter colectivo que tienen como fin afirmar el Derecho internacional vigente en este ámbito. De manera accesoria también observamos las consideraciones de los Estudios sobre Terrorismo. A través de este enfoque metodológico abordamos la naturaleza del acto terrorista, para pasar a analizar su equiparación con el ataque armado y las implicaciones que se derivan de ello.

II. NATURALEZA DEL ACTO TERRORISTA

Lejos de lo que podría creerse, los actos terroristas no tienen *per se* un carácter terrorista. Es su comisión para el logro de un objetivo mediato -creación de terror- que coadyuve al logro de un fin último -objetivo político, ideológico o religioso- lo que determina su carácter terrorista. Así, el sinfín de actividades sancionadas por los marcos universales y regionales sobre prevención y represión del terrorismo internacional vendrían a evidenciar, además de las patentes dificultades por abordar una definición general del mismo, el carácter innovador y adaptativo del fenómeno.

En este sentido, el estudio de los informes que desgranar la actividad terrorista reciente desprende que el *modus operandi* empleado va a ser diferente en función del lugar en el que se produzcan, la ideología y la capacidad logística de la entidad que los organice³. Así, por ejemplo, un estudio de la tipología de actos terroristas cometidos entre 2002 y 2019 evidencia que en Sudamérica, Europa, Eurasia y en el Sur de Asia los grupos optaron por los atentados bomba, mientras que en América Central y el Caribe existió una

³ Por ejemplo, atendiendo a la realidad del continente europeo, la EUROPOL (2020, pp. 19-20 y 2023, p. 18) ha analizado las tendencias en función de la clase de terrorismo. Así, el terrorismo yihadista ha pasado de utilizar explosivos caseros a armas blancas, frente al terrorismo de extrema derecha, que se ha caracterizado por el uso de pequeños artefactos explosivos e incendiarios con materiales como cócteles molotov, bombas de tubo o pirotecnia. Rapoport (2021, p. 913) no lo limita al continente europeo, identificándolo como una característica de la quinta ola del terrorismo.

preeminencia del asesinato y en América del Norte de ataques a infraestructuras (IEP 2020 p. 44). En todo caso, aunque existe una preeminencia del artefacto explosivo improvisado y los asaltos armados, también son frecuentes los secuestros, asesinatos o ataques a infraestructuras y servicios (IEP 2020 p. 44 y IEP 2022, p. 38). En el continente europeo, la EUROPOL (2021, pp. 13-20, 2022, pp. 15-16 y 2023, p. 18) ha identificado atentados realizados con diferentes tipos de vehículos, drones e incluso con artefactos incendiarios transportados por globos y con armas creadas con impresoras 3D.

De la diversidad de modalidades posibles se extrae otro elemento que consideramos central para la cuestión que nos ocupa: los diferentes niveles de gravedad de los actos terroristas. Desde un punto de vista extrajurídico, la gravedad suele venir establecida por la letalidad del acto y los efectos que provoca, extremos estrechamente relacionados con el *modus operandi* utilizado.

Precisamente aquí radica el punto de unión con el derecho a la legítima defensa. Como es bien sabido, la regulación de este derecho establece que el uso de la fuerza que da pie a su activación debe alcanzar la categoría de ataque armado. Sin embargo, no existe una definición jurídica de esta noción (IDI 2007a, párr. 26, pp. 26-27, ILA 2018, p. 6 y Gardan 2004, p. 143); tanto es así que la única referencia al “ataque armado” en la Carta lo encontramos en el mismo artículo 51. Hay quien ha señalado que esto es debido a que, en el momento de su aprobación, todos los Estados daban por supuesto qué lo constituía (Ochoa-Ruiz y Aguado 2005, p. 512, Alder 2013, p. 88 y Cocchini 2017, p. 89); una creencia en la línea de lo que afirmó la Corte Internacional de Justicia (1986, párr. 195) al sostener que existía un acuerdo general sobre la naturaleza de los actos que pueden ser constitutivos del ataque armado. Sea como fuere, los Estados, la Corte y los órganos de Naciones Unidas han optado por una aproximación inductiva, diferenciando los distintos usos de la fuerza en función de su gravedad: usos mayores de la fuerza y usos menores de la fuerza.

III. USOS MAYORES DE LA FUERZA

La Corte Internacional de Justicia, en el caso sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella, realizó una aportación fundamental para aprehender la noción de ataque armado cuando diferenció usos mayores y usos menores de la fuerza (CIJ 1986, párr. 195 y CIJ 2003, párr. 51). La CIJ (1986, párr. 247) sostuvo que la razón de ser de estas categorías es la existencia de diferentes niveles de gravedad de los actos realizados, utilizándolo como un criterio fundamental para clarificar ante qué uso de la fuerza nos encontramos. Aunque la Corte no entró a definir cada una de esas categorías, clarificó que los usos mayores de la fuerza pueden ser

equiparables al ataque armado: “[...] the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) [...]” (CIJ 1986, párr. 191). De esta consideración se deriva que la agresión armada, como “forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza”⁴, también constituirá un uso mayor de la fuerza y un ataque armado (Alcaide Fernández 1995, pp. 577-580). Como es sabido, la agresión armada está definida⁵ en la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, junto con una lista *numerus apertus* en el artículo 3 de la misma que completa la definición.

Como señalábamos, la aproximación sectorial se ejemplifica con casos que la Corte ha ido tratando. Así, este órgano ha considerado que un uso mayor de la fuerza puede comprender la toma de infraestructuras, como aeropuertos, y poblaciones no fronterizas de un país (CIJ 2005, párrs. 19, 20 y 304) o el secuestro y asesinato de un centenar de civiles, así como la destrucción de pueblos, escuelas y centros religiosos (CIJ 2005, párr. 132). En relación con esto, con mucha menor trascendencia jurídica, los Manuales de Tallin⁶ han considerado que los ataques cibernéticos contra infraestructuras de un Estado también pueden ser considerados un ataque armado⁷; muchos Estados se han adherido a este extremo⁸.

⁴ AG Res. 3314 (XXIX), 14 de diciembre 1974, considerando 5.

⁵ “La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas [...]”. Art. 1 de la AG Res. 3314 (XXIX), 14 de diciembre 1974.

⁶ El Manual de Tallin y el Manual de Tallin 2.0 son dos documentos doctrinales elaborados por un grupo de expertos, bajo el patrocinio del Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa de la OTAN, con el fin de determinar el Derecho internacional aplicable a conflictos armados de carácter cibernético, abarcando el *ius ad bellum*, el *ius in bello*, las normas sobre responsabilidad internacional de los Estados, etc. En este sentido, cabe tener presente que esta interpretación no representa la posición de la OTAN, ni constituye una interpretación autorizada del Derecho internacional vigente. Por tanto, las normas propuestas, en el mejor de los casos, se configuran como una propuesta *de lege ferenda*. Véase: Schmitt 2013, pp. 4-11 y Schmitt 2017, pp. 2-5.

⁷ En este caso, los expertos de los Manuales de Tallin se referían a la acción de actores no estatales como grupos terroristas. En el plano interestatal consideraron que la operación Stuxnet de 2010 contra las centrifugadoras nucleares de Irán podía ser considerada como un ataque armado, mientras que el famoso ataque que sufrió Estonia en 2007 no alcanzó la escala y los efectos que requiere la CIJ. Esto es debido a que se ha considerado que una interrupción corta periódica de servicios cibernéticos no esenciales no constituye un ataque armado Véase: Schmitt 2013, regla 13, párr. 6, 13 y 17, pp. 55-59 y Schmitt 2017, regla 71, párr. 8, 10 y 19, pp. 341-345. Véase también: Bermejo García y López Jacoiste, 2020, pp. 45-65 y OTAN 2020, párrs. 3.6 y 3.7.

⁸ Entre otros, Alemania (Naciones Unidas 2021, p. 43), Australia (Naciones Unidas 2021, pp. 5-6), Canadá (2022, puntos 45 a 47), Italia (2021, p. 9), Nueva Zelanda (2020,

Por otro lado, el Consejo de Seguridad nunca ha calificado un acto terrorista como un uso mayor de la fuerza o directamente como un ataque armado, como sí ha hecho con algunas agresiones interestatales. Dejando de lado las medidas “legislativas”, este órgano se ha caracterizado por condenar los atentados, primero a través de resoluciones, después mediante Declaraciones del presidente y hoy en día a través de notas de prensa, así como por calificar los hechos, en un primer momento, como amenaza a la paz y la seguridad internacionales⁹. Esta falta de equiparación se justifica en que son los Estados los que *prima facie* entienden que un acto constituye un ataque armado, dejando al Consejo, al menos en teoría, la responsabilidad *post facie* de certificar si el acto tenía tal entidad y si la aplicación de la legítima defensa era lícita. Sin embargo, desde el 11-S el Consejo de Seguridad ha rehusado reunirse para analizar los usos de la fuerza realizados al amparo de la legítima defensa (Starski 2017, p. 48 y CDH 2020, párr. 70, p. 19), dejando *de facto* en manos de los Estados dicha valoración¹⁰. Los únicos casos en los que logramos identificar una calificación implícita de que un ataque terrorista constituye un ataque armado los encontramos en las Resoluciones 1368 (2001), de 12 de septiembre, 1373 (2001), de 28 de septiembre y 2249 (2015), de 20 de noviembre; las tres resoluciones fueron promovidas tras la comisión de grandes atentados terroristas en Estados occidentales. Por un lado, la Resolución 1368 (2001), a la hora de condenar los hechos acaecidos el 11 de septiembre, los califica de “ataques terroristas”; la Resolución 1373 (2001) ratificó esta calificación en los considerandos. De manera que, si se asumiera que las resoluciones reconocen el derecho inmanente de Estados Unidos a responder en legítima defensa ante el 11 de septiembre, cosa que no hacemos, la interpretación más razonable del término “ataque terrorista” sería considerarlo una forma específica de ataque armado¹¹. En todo caso, más allá de este extremo, en ese momento prácticamente toda la doctrina

puntos 7 y 8), Países Bajos (Naciones Unidas 2021, p. 64) y Singapur (Naciones Unidas 2021, párrs. 7-8, p. 84).

⁹ Así se ha señalado de forma genérica desde los atentados del 11 de septiembre y de forma específica respecto a los grupos *Al Qaeda*, *Dáesh* o *Boko Haram*. Véase: CS Res. 1368 (2001), 12 septiembre 2001, punto 1, y CS Res. 1373 (2001), 28 septiembre 2001, considerando 2. En este sentido, véase: Wood, 2014, p. 199. En contra de esta calificación, por ejemplo: Tomás Fernández, 2005, pp. 257-258.

¹⁰ En este sentido, los autores del documento colectivo Leiden Policy Recommendations han afirmado la licitud de que terceros Estados analicen las operaciones en legítima defensa, incluso solicitando más información (Schrijver y Herik, párr. 44, p. 542).

¹¹ En esta línea, véase las consideraciones de Estados Unidos (CS 2001/946, 7 octubre 2001, p. 1); Reino Unido (CS 2001/941, 7 octubre 2001, p. 1); Canadá (CS 2001/1005, 24 octubre 2001, p. 1) y Australia (CS 2001/1104, 23 noviembre 2001, p. 1); Francia (CS 2001/1103, 23 noviembre 2001, p. 1) y Alemania (CS 2001/1127, 29 noviembre 2001, p. 1).

asumió y, además, sin grandes problemas, que el ataque tuvo la entidad de un ataque armado¹². No debemos perder de vista que se trató de un ataque de ejecución simple pero tremendamente complejo en el que se utilizaron cuatro aviones civiles como armas contra los símbolos del poder económico y militar de Estados Unidos, dejando casi 3.000 personas muertas y más de 6.000 heridas (Estados Unidos 2004, p. 311, nota al pie 188 y CNN 2018). Además, desde el punto de vista del objetivo mediato del acto fue un absoluto éxito en la medida en que no solo se retrasmirió prácticamente en directo para todo el globo, sino que también atrajo la atención de decenas de millones, sino de cientos de millones, de personas por todo el mundo¹³. Por otro lado, la polémica Resolución 2249 (2015), elaborada tras los atentados de noviembre de 2015 en París, recoge en el primero de sus puntos una condena a los “ataques terroristas” realizados por el *Dáesh*, así como su voluntad y capacidad de realizar nuevos ataques, en una posible referencia implícita a un ataque armado inminente.

Sea como fuere, desde el 11-S, tanto los Estados¹⁴ como la doctrina¹⁵, han asumido que los grupos terroristas como el *Dáesh*, *Al Shabaab*, *Boko Haram*, así como alguna de sus filiales, tienen la capacidad de llevar a cabo actos terroristas con la entidad de ataques armados. Hoy por hoy se trata de una cuestión incontrovertida. En este sentido, la aceptación general de que un acto terrorista puede alcanzar el umbral del ataque armado supone una reconceptualización y ampliación material de dicha categoría de uso de la fuerza que, por tanto, afecta al derecho a la legítima defensa.

No obstante, debe tenerse presente que si bien los actos terroristas pueden tener una entidad idéntica a los ataques armados a efectos del *ius ad bellum*, y efectivamente en algunos casos desde el 11-S hayan sido tratados como

¹² Entre otros: González Vega 2001, pp. 250-251, Alcaide Fernández 2001, p. 298, Bothe 2003, p. 230, Murphy 2009, p. 125, Regueiro Dubra, 2012, pp. 273-274, Pozo Serrano 2016, pp. 163-165, Henderson 2018, pp. 309-310, Gutiérrez Espada 2017, p. 148, Cocchini 2017, p. 208 y Bermejo García 2017, p. 17.

¹³ Se estimó que más de 12 millones de personas siguieron el atentado por la CNN, mientras que en España las cadenas de televisión aglutinaron a 9 millones de espectadores. El PAÍS (2001) sostuvo en su día que el 80% de la población española conectó en algún momento del día para seguir la noticia a través de la televisión. Véase también: Caldach Cervera 2001, pp. 195-198 y Fitzpatrick 2003, pp. 243-244.

¹⁴ Así lo han sostenido explícitamente Alemania (Naciones Unidas 2021, p. 43), Francia (2021, p. 36), Italia (2021, p. 9) y Reino Unido (2016, párr. 3.27, p. 45 y 2021, p. 64).

¹⁵ Entre otros: Gutiérrez Espada 2001, pp. 50-51, Kretzmer 2013, p. 274, Arimatsu y Schmitt 2014, p. 12, Wood, 2014, pp. 196-197, Gómez Isa 2015, p. 76, Peters 2015, Díaz Galán 2016, p. 233, Pozo Serrano 2018, p. 488, Rodríguez Rodríguez 2019, p. 6 y pp. 10-11 y Svicevic 2022, p. 150.

tales, son la excepción. Como apunta Wood (2014, pp. 196-197), lo “ordinario” es que sean tratados como delitos, en ocasiones con relevancia internacional, pudiendo entrar en juego los tratados universales y regionales de prevención y represión del terrorismo internacional a los que nos hemos referido (Fitzpatrick 2003, p. 244, Ramón Chornet 2004, pp. 30-33 y O’Connell 2010, p. 14).

IV. USOS MENORES DE LA FUERZA

Frente al uso mayor de la fuerza, nos encontramos con los usos menores de la misma. Al igual que con los usos mayores de la fuerza, la CIJ ha optado por una aproximación casuística, estableciendo un listado de ejemplos, ya sea mediante el análisis de casos presentados ante la Corte o el análisis de la Resolución 2625 (XXV) que la Asamblea General realizó en 1986. Así, el Tribunal ha entendido que son usos menores de la fuerza, entre otros, los ataques puntuales como el lanzamiento de un misil contra un buque mercante, disparos repetidos hacia un helicóptero militar o el sembrado de minas con el que impacta un navío de guerra de otro Estado (CIJ 2003, párr. 64 y párr. 72), la ayuda a fuerzas rebeldes de un Estado por medio de suministro de armas o apoyo logístico (CIJ 1986, párr. 195), el entrenamiento y transporte aéreo de grupos armados, fuerzas irregulares o mercenarios a un tercer Estado para luchar o incursiones desde el lugar donde se entrenaban (CIJ 1986, párr. 191 y CIJ 2005, párr. 127) o los incidentes fronterizos que implican uso de la fuerza (CIJ 1986, párr. 191). Cabe destacar que la CIJ (1986, párr. 191) consideró que la violación del deber de abstenerse de organizar, instigar, asistir o participar en actos de terrorismo en otro Estado, así como el consentimiento del uso de su territorio para la realización de estos actos constituyen un uso menor de la fuerza¹⁶. Más adelante volveremos sobre esta cuestión, pero no podemos continuar sin contextualizar que esta apreciación fue realizada en 1986, mucho antes del 11-S y otros actos terroristas de gran impacto, así como del auge de grupos terroristas con base territorial como el *Dáesh*, *Al Shabaab* o *Boko Haram*. El fenómeno terrorista actual no ha sido aún abordado por la CIJ, luego es una incógnita la interpretación que puede llegar a realizar. Sin embargo, atendiendo a la aceptación de los Estados a considerar determinados actos terroristas como ataques armados y la amenaza que suponen algunos de estos grupos, nos resulta razonable suponer que hoy en día el análisis de la Corte podría ir orientado a elevar la calificación de determinados actos de violencia que tradicionalmente han sido calificados como usos menores de la fuerza.

¹⁶ En este sentido, véase: AG Res. 2625 (XXV), 24 octubre 1970, párr. 9 del ppio. 1 del anexo y AG Res. 2734 (XXV), 16 diciembre 1970, punto 5.

En esta línea, algunas Organizaciones internacionales africanas, como la Unión Africana o la Conferencia Internacional de la Región de los Grandes Lagos (CIRGL), tal vez por la dimensión de los actos realizados por actores no estatales a principios del siglo XXI, han ido mucho más allá de lo establecido por la CIJ, elevando a la categoría de agresión usos menores de la fuerza, como puede ser la provisión de “cualquier clase de apoyo” a actores no estatales para llevar a cabo “actos hostiles”¹⁷ o el patrocinio en la comisión de actos terroristas internacionales¹⁸. Por tanto, nos encontramos con unas normas regionales que calificarían como usos mayores de la fuerza unos hechos que el Derecho internacional general viene considerando usos menores de la fuerza. Si bien se trata de una cuestión cuyas implicaciones jurídicas merecen su propio análisis individualizado, es factible realizar unas consideraciones preliminares de carácter tentativo: estas disposiciones, sin duda relevantes, deben enmarcarse en el contexto africano, caracterizado por una falta de institucionalidad fuerte, la presencia de un gran número de actores no estatales que controlan territorios y, sobre todo, por la apuesta decidida por mecanismos de cooperación para la resolución de estos problemas. Así, por ejemplo, si se realiza una lectura comprensiva del conjunto de disposiciones de los tratados de la Unión Africana y de la CIRGL se evidencia que, aunque establecen una definición amplia de la agresión armada, apuestan de manera decidida por enfoques cooperativos¹⁹. Por tanto, podrían tratarse de unas

¹⁷ “[...]. The following shall constitute acts of aggression, regardless of a declaration of war by a State, group of States, organization of States, or non-state actor(s) or by any foreign entity: the sending by, or on behalf of, a Member State or the provision of any support to armed groups, mercenaries and other organized trans-national criminal groups which may carry out hostile acts against a Member State, of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein”. Art. 1.c.viii del Pacto de Defensa Común y de no agresión de la Unión Africana, de 1 de enero de 2005. El art. 1.3.h del Protocolo de No Agresión y Defensa Mutua en la Región de los Grandes Lagos, de 15 de diciembre de 2006, es idéntico al artículo citado del tratado de la Unión Africana.

¹⁸ “[...]. The following shall constitute acts of aggression, regardless of a declaration of war by a State, group of States, organization of States, or non-state actor(s) or by any foreign entity: the encouragement, support, harbouring or provision of any assistance for the commission of terrorist acts and other violent trans-national organized crimes against a Member State”. Art. 1.c.xi del Pacto de Defensa Común y de no agresión de la Unión Africana, de 1 de enero de 2005. El art. 1.3.k del Protocolo de No Agresión y Defensa Mutua en la Región de los Grandes Lagos, de 15 de diciembre de 2006, es idéntico al artículo citado del tratado de la Unión Africana.

¹⁹ Por ejemplo, en el caso del Protocolo de No Agresión y Defensa Mutua en la Región de los Grandes Lagos los Estados, tras dedicar los artículos 3, 4 y 5 a delimitar la renuncia a la amenaza o uso de la fuerza, en el artículo 7 se refieren a la responsabilidad regional en la gestión de la seguridad fronteriza común. En dicho artículo, además de establecer medidas destinadas a la cooperación transfronteriza, afirman lo siguiente: “The

normas particulares regionales circunscritas al contexto africano que no pretenderían modificar el Derecho internacional general, sino adaptarlo a su realidad material concreta.

Si se asumiera este extremo, los efectos de los usos menores de la fuerza respecto el Derecho internacional general son bien conocidos: hechos ilícitos que no tienen la consideración de ataques armados, por lo que no pueden implicar la activación del derecho a la legítima defensa, siendo una violación del principio sobre la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, además del principio sobre la prohibición de no injerencia en los asuntos internos, capaces de hacer incurrir a los Estados en responsabilidad internacional (CIJ 1986, párrs. 195 y 247, CIJ 2005, párrs. 161-164 y Laudo Eritrea-Etiopía 2005, párr. 12).

El hecho de que la activación de la legítima defensa no sea posible no significa que el Estado quede indefenso; como propone el Instituto de Derecho Internacional (IDI 2007b, punto 5), podría llevar a cabo las medidas policiales necesarias para repeler el ataque hasta que el Consejo de Seguridad adopte las medidas pertinentes de acuerdo con los artículos 39 y siguientes de la Carta (Kretzmer 2013, p. 246).

En suma, a la hora de determinar si un acto puede ser considerado un uso menor de la fuerza o, por el contrario, tiene la entidad de un ataque armado, debemos atender a un elemento fundamental. Aunque la CIJ no lo identificó como tal (Mashi, Hamdi y Salman 2022, p. 331), de su argumentación podemos afirmar que es la gravedad del acto (CIJ 1986, párr. 247)²⁰, esto es, la escala y efectos del mismo (CIJ 1986, párr. 195)²¹. Junto con este criterio, asumido ampliamente por los Estados²², los análisis casuísticos realizados por la Corte y el contenido de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General pueden constituir “puntos de apoyo”²³ sobre los que determinar la gravedad del acto.

duty to refrain, subject to the right of individual or collective self-defence, from the threat or use of force in violation of the existing international borders of another State to resolve any disputes, particularly territorial disputes and frontier incidents”. Véase el art. 7.6.e del del Protocolo de No Agresión y Defensa Mutua en la Región de los Grandes Lagos, de 15 de diciembre de 2006.

²⁰ Así lo han mantenido, entre otros: Murphy 2009, p. 125, Regueiro Dubra 2012, p. 241; Gómez Isa 2015, p. 76 y Mashi, Hamdi y Salman 2022, pp. 330-331.

²¹ . Gardan 2004, pp. 142-143, Gómez Isa 2015, p. 16 y Henderson 2018, p. 310.

²² Australia (Naciones Unidas 2021, pp. 5-6), Canadá (2021, puntos 45 a 57), Estonia (Naciones Unidas 2021, p. 30), Italia (2021, p. 9), Noruega (Naciones Unidas 2021, p. 69), Nueva Zelanda (2020, puntos 7 y 8), Países Bajos (Naciones Unidas 2021, p. 64) y Suiza (Naciones Unidas 2021, p. 88) se han pronunciado en este sentido.

²³ La Corte (1986, párr. 191) recurrió a la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, para distinguir los diferentes niveles de gravedad de

Además de la resolución de la Asamblea General y la jurisprudencia de la Corte, identificamos varios elementos, muy trabajados en los Estudios sobre Terrorismo, que pueden ser utilizados como elementos accesorios para clarificar dicha gravedad. En este sentido, el *modus operandi*, por su relación estrecha con los efectos del acto terrorista, se presenta como un criterio relevante, que deberá ser complementado con otros menos aprehensibles, como el miedo generado y el simbolismo del acto. Estos puntos de apoyo deben analizarse de forma conjunta, ya que la influencia de unos sobre otros los condiciona. Por ejemplo, el simbolismo de un acto o un *modus operandi* concreto influye de forma determinante en la escala y efectos del mismo, y estos aspectos a su vez son determinantes para analizar el temor generado. Además, debemos tener en cuenta que se trata de puntos de apoyo que, por sí mismos, no son suficientes para clarificar si el acto puede constituir un uso menor o mayor de la fuerza. De hecho, si analizáramos el *modus operandi* de forma individualizada, siguiendo lo señalado por la Corte, concluiríamos que la mera colocación de un artefacto explosivo, como una mina o coche bomba, no parece suficiente para afirmar la existencia de un ataque armado, exigiéndose que el acto produzca unos efectos significativos²⁴.

Así, el estudio del *modus operandi* del acto puede coadyuvar a clarificar la gravedad del acto, a fin de determinar si el acto terrorista puede ser considerado un uso menor de la fuerza o un ataque armado en toda regla. Hay actos terroristas, como los ataques con armas blancas, que difícilmente pueden alcanzar unos efectos de envergadura²⁵. En cambio, cuando se hace uso

los usos de la fuerza, esto es, los que podían alcanzar el grado de ataque armado y los que eran usos menores de la fuerza.

²⁴ Hay quien podría sostener que la toma en consideración de las armas utilizadas en los atentados terroristas y la forma de utilizarlas se contradice con lo que la Corte afirmó en la Opinión Consultiva sobre las armas nucleares (CIJ 1996, pár. 39) cuando sostuvo que el artículo 51 de la Carta no se refiere a la elección de los medios de ataque, dando a entender que las armas son irrelevantes para la calificación de un acto como ataque armado. Si bien es cierto que por sí mismo el uso de un medio u otro para realizar un ataque armado no es suficiente para alcanzar esa calificación jurídica, en línea con lo que venimos sosteniendo, consideramos que las armas empleadas pueden servir de punto de apoyo, junto con otros elementos, para realizar la valoración jurídica del acto. Esta fue una de las conclusiones propuestas por el ponente del informe del IDI (2007a, p. 147, conclusión 7) para su toma en consideración.

²⁵ Lamentablemente, durante los últimos años hemos presenciado numerosos actos de este tipo. Por ejemplo, el apuñalamiento en el puente de Londres de diciembre de 2019 que dejó dos personas muertas, el ataque con cuchillos en una iglesia de Niza en octubre de 2020, con 3 personas muertas, o el ataque con un arma blanca en un consulado francés en Arabia Saudí ese mismo día, dejando un herido. Como señala Eden Stwards en su análisis, esta clase de ataques se ha vuelto más frecuente en Europa debido a la facilidad de planificarlo, ejecutarlo y prevenirlo. Asimismo, la letalidad de estos ataques es menor

de artefactos explosivos y de armas de fuego, como pudo ser el atentado con un camión bomba en Mogadiscio en 2017 que dejó casi 600 víctimas²⁶ o el reciente atentado suicida en una mezquita de Pakistán²⁷, la calificación como uso mayor de la fuerza, atendiendo a la práctica estatal de las últimas décadas, es más evidente.

Sin embargo, debemos tener presentes las limitaciones que presenta el análisis de los *modus operandi*. Hay actos de terror, como el uso de vehículos más o menos pesados o combinación de varios *modus operandi*, con unos efectos que, aun siendo graves, presentan una letalidad relativa y un número de heridos significativo²⁸. Ejemplos de esto pueden ser el ataque con bombas incendiarias en Palestina de 2015²⁹, los ataques con cuchillos de 2016 y 2017 en Egipto³⁰, los atropellos de agosto de 2017 en Las Ramblas de Barcelona³¹, el atropello y ataque con cuchillos contra ciclistas en Tayikistán en 2018³², el

debido a la naturaleza de las armas empleadas. A nuestro juicio, existe una relación estrecha entre la capacidad organizativa de los grupos terroristas y la preferencia por esta clase de atentados menos sofisticados (BBC 2019, BBC 2020, Al Jazeera 2020 y Stewart 2020, pp. 1-9).

²⁶ El 14 de octubre de 2017 un camión bomba hizo explosión en Mogadiscio, Somalia, provocando 587 muertos, 228 heridos y 56 personas desaparecidas. Este atentado, atribuido a *Al Shabaab*, se considera el tercer atentado más mortífero de la historia, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 y el ataque coordinado en dos ciudades yazidíes en el norte de Iraq, organizado por el *Dáesh* y con un saldo de 796 personas muertas (Hiiraan online 2018).

²⁷ El 30 de enero de 2023 un hombre hizo explotar su chaleco bomba en una mezquita frecuentada por policías pakistaníes, en Peshawar (BBC 2023a).

²⁸ En este sentido, Arabia Saudí manifestó en 2004 que los actos individuales de terror no podían ser equiparables a un ataque armado que justificara la activación de la legítima defensa (Arabia Saudí, 2004, párr. 31).

²⁹ El 31 de julio de 2015 un grupo de ultraortodoxos judíos llevó a cabo un ataque con cócteles molotov contra una casa en la localidad palestina de Duma. El ataque, calificado como terrorista por parte del Ejecutivo del entonces presidente, Binyamin Netanyahu, se saldó con 3 personas muertas y una herida (Bachner 2020).

³⁰ El 8 de enero de 2016 dos personas vinculadas al *Dáesh* asaltaron un hotel del Mar Rojo, Egipto, atacando con cuchillos a dos turistas. Un año después, el 14 de julio de 2016, un egipcio que recibió instrucciones de la organización yihadista irrumpió en la playa privada de un hotel de la misma localidad, Hurghada, matando a tres personas e hiriendo a cuatro turistas. En los dos casos los objetivos eran turistas extranjeros (BBC 2016 y Hatem y Hendawi 2017).

³¹ Como es bien sabido, el 17 de agosto de 2017 tuvo lugar un atropello masivo en las Ramblas de Barcelona, así como un intento de atentado en Cambrils, por parte de personas adscritas al *Dáesh*, dejando un saldo de 16 personas muertas y 137 heridos (España 2019).

³² El 29 de julio de 2019 cinco personas llevaron a cabo un ataque contra seis turistas norteamericanos y suizos que estaban realizando una ruta en bicicleta. Tras atropellarles,

atropello de Tokio de 2019³³, el apuñalamiento de seis personas en Nueva Zelanda en 2021³⁴ o el asesinato de un sacerdote con un machete en España en 2023³⁵. Nos encontramos ante hechos muy graves, pero que presentan una mortalidad sustancialmente menor.

Por tanto, como se evidencia de los casos analizados, un análisis del *modus operandi* de un atentado terrorista puede servir como un punto de apoyo para determinar si dicho acto tiene la gravedad suficiente para ser considerado un ataque armado. Por el contrario, si el acto no tiene la entidad suficiente, será un uso menor de la fuerza y no podrá dar lugar al derecho a la legítima defensa a no ser que nos encontremos ante un supuesto de acumulación de actos.

V. DOCTRINA DE ACUMULACIÓN DE ACTOS

En los casos en los que un acto terrorista no pueda alcanzar el grado de ataque armado, la doctrina de acumulación de actos establecida por la CIJ toma un protagonismo del que se debe dar cuenta. Como es sabido, la Corte teorizó que una serie de actos que por sí solos no alcancen el carácter de ataque armado pueden ser considerados de forma conjunta con el fin de sostener que nos encontramos ante un ataque armado³⁶ y así, si se dieran el resto de los prerequisites y condiciones de ejercicio de la institución, posibilitar la

les atacaron con cuchillos y un hacha, dejando cuatro personas muertas y dos heridas. Aunque la autoría se atribuyó al *Dáesh*, la fiscalía del país acusó al Partido del Renacimiento Islámico de Tayikistán (Tajikistán, 2018).

³³ El 1 de enero de 2019 una persona vinculada a la secta *Aum Shinrikyo* llevó a cabo un atropello masivo en Tokio en el que resultaron heridas 9 personas (Mckirdy y Ogura 2018).

³⁴ El 3 de septiembre de 2021 una persona “partidaria del *Dáesh*” llevó a cabo un acto de terror con cuchillos en un supermercado de la localidad neozelandesa de Auckland, dejando seis personas heridas (BBC 2021).

³⁵ El 26 de enero de 2023 un “lobo solitario” yihadista atacó una parroquia en Argeliras dejando un saldo de un sacerdote muerto y tres personas heridas (BBC 2023b).

³⁶ En el caso sobre las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua la Corte (1986, párr. 231) reconoció implícitamente la tesis de acumulación de actos al afirmar lo siguiente: “Very little information is however available to the Court as to the circumstances of these incursions or their possible motivations, which renders it difficult to decide whether they may be treated for legal purposes as amounting, singly or collectively, to an “armed attack” by Nicaragua on either or both States”. En 2003, en el caso de las plataformas petrolíferas, la CIJ (párr. 64) reconoció explícitamente esta posibilidad y la puso en práctica, analizando una serie de ataques como el ataque a una nave, a unos helicópteros estadounidenses o la colocación de minas. En 2005, en el caso de las actividades armadas en el territorio del Congo, la Corte (2005, párr. 146) asumió definitivamente esta doctrina concluyendo lo siguiente: “The Court is of the view that, on the evidence

activación de la legítima defensa. La CIJ (2003, párr. 64) entiende que estos ataques, que pueden ser realizados a lo largo de un tiempo no definido y en diferentes lugares del territorio, se fundamentan en que exista un ánimo de atacar y en la gravedad de los ataques. A pesar de que gran parte de la doctrina ha avalado su pertinencia (ILA 2018, p. 7), sigue existiendo controversia pues hay debates no resueltos³⁷. En todo caso, si esta doctrina fuera de aplicación, conviene apuntar tres cuestiones.

En primer lugar, como consideración preliminar, no debemos perder de vista que esta doctrina rompe con la concepción de la legítima defensa como una institución que pretende frenar un ataque armado en curso. En este sentido, esta doctrina puede considerarse un respaldo a la legítima defensa anticipada en sentido estricto (ILA 2018, p. 7), esto es, la activación de la legítima defensa frente a un ataque que todavía no ha comenzado, pero cuyo inicio es inminente. No se trata de una cuestión menor, ya que la inexistencia de un acuerdo general sobre la noción de inminencia provoca que, en la práctica, los Estados acaben ejercitando este derecho de forma preventiva, desembocando en usos de la fuerza prohibidos³⁸.

before it, even if this series of deplorable attacks could be regarded as cumulative in character, they still remained non-attributable to the DRC”.

³⁷ Por ejemplo, Bothe 2003, p. 236, Kretzmer 2013, pp. 243-244, Wood 2014, p. 202, Cocchini 2017, p. 9 y ILA 2018, p. 7.

³⁸ La única aportación reseñable del Grupo de Alto Nivel, y del Secretario General, la encontramos en la equiparación que realizó con el término “próximo” al hablar de ataque “inminente o próximo”. Así, la inminencia parece aludir a que el ataque debe ser cercano en el tiempo. La doctrina posterior profundizó en su naturaleza en dos sentidos. Por un lado, los autores de los Principios Chatham apuntaron a que el concepto no solo estaba relacionado con el tiempo –en sus términos, “irreversible emergency”–, sino también con las circunstancias de la amenaza, analizada caso por caso (Chatham House 2005, ppio. 4). Vinculado con esto, se ha apuntado que la inminencia está estrechamente relacionada con la necesidad, en la medida en la que se considere que cualquier retraso en la reacción convertiría en ineficaz la acción para impedir el ataque. Así, los autores de los Manuales de Tallin plantearon que este debía ser el criterio que debía primar frente al carácter temporal (Schmitt 2013, regla 15, párr. 4, pp. 64-65 y Schmitt 2017, regla 71, regla 73, párr. 4, p. 351). Por otro lado, la doctrina ha tratado de concretar la inminencia señalando que el ataque, en palabras del IDI (2007b, punto 2) y la ILA (2018, pp. 13-14), tiene que ser “manifiestamente” inminente. Además, la ILA añadió que el ataque debe ser “específico” y verificable en indicadores objetivos. En este sentido, los Principios Chatham exigen que existan evidencias sólidas, mientras que los autores del documento Leicen policy recommendations hablan de base razonable y objetiva (Schrijver y Herik, párrs. 45-46, p. 543). Estos académicos propusieron que algunos de los factores determinantes para afirmar que estamos ante un ataque inminente podían ser la gravedad de la amenaza de ataque, la capacidad del atacante y la naturaleza del ataque, así como la situación geográfica del Estado víctima o que este hubiera sido objeto de ataques anteriormente. En este sentido, destaca la lista no exhaustiva de criterios planteada por David Bethlehem (2012, ppio 8, pp.

En segundo lugar, dando por buena la legítima defensa anticipada en sentido estricto, desde el punto de vista práctico nos encontramos con un problema de atribución de los actos a una única entidad, un extremo más sensible en el caso del terrorismo internacional. De la misma manera que nadie pone en cuestión que la víctima de un ataque armado solo puede ser un Estado, no se suele cuestionar que haya un único responsable del ataque armado. La Corte, al analizar casos concretos, no ha explicitado este axioma, pero siempre se ha dado por hecho esta cuestión, ya sea hipotetizando que el Estado era responsable de toda la serie de actos que podían dar lugar al ataque armado o una vez realizado ese análisis, descartando su responsabilidad (CIJ 2004, párr. 64 y CIJ 2005, párr. 146). En el caso del terrorismo internacional, la atribución de la autoría de los actos realizados adquiere una relevancia cualificada si se atiende a la actual tendencia que presentan. Tal y como constatan los últimos informes que estudian la evolución de la amenaza terrorista, es difícil determinar cuándo un acto es realizado por un grupo terrorista o cuándo, por el contrario, está realizado por individuos que no están efectivamente encuadrados en dicha organización, pudiendo identificar una simple adscripción ideológica (EUROPOL 2019, p. 2 y pp. 4-6, IEP 2020, p. 48, 57 y 64, España 2020, p. 51, EUROPOL 2022, pp. 29-30 y EUROPOL 2023, p. 75). Un ejemplo de ello puede ser el tiroteo masivo de las Vegas de 2017, revindicado falsamente por el *Dáesh*³⁹. Por lo tanto, a la hora de analizar estos actos terroristas, para su cómputo conforme a la doctrina de acumulación de actos, debe prestarse una atención mayúscula a que

775-776), asumida como propia por Reino Unido (2017, p. 16) y Estados Unidos (2016, p. 6 y Egan 2016, p. 239), para el caso de la legítima defensa anticipada en sentido estricto contra actores no estatales: la naturaleza e inmediatez de la amenaza, la probabilidad del ataque, si el ataque forma parte de un patrón concertado de actividad armada, la escala probable del ataque y los daños que podría provocar no realizar ninguna acción, así como la probabilidad de posibilidades futuras para tomar medidas efectivas en legítima defensa causando menos daños. En definitiva, como hemos puesto de manifiesto, existe una tensión entre quienes apuestan por una noción de inminencia más palpable, vinculada con la proximidad temporal de una amenaza evidente, y quienes tratan de ir más allá, apoyándose en elementos especulativos. Así, la aplicación de esta noción “especulativa” de la inminencia provoca que en la práctica los Estados se deslicen de la amenaza inminente a la amenaza latente, ejercitando legítimas defensas de carácter preventivo. Véase también: Gardan 2004, pp. 146-147, Arimatsu y Schmitt 2014, pp. 16-17, Cocchini 2017, p. 98 y Gutiérrez Espada 2017, pp. 155-157.

³⁹ El 1 de octubre de 2017 Stephen Craig Paddock abrió fuego contra una multitud reunida para asistir a un festival de música country, dejando 58 muertos y 851 heridos, siendo los hechos más sangrientos en Estados Unidos desde los atentados del 11-S. Aunque el acto terrorista fue revindicado por el *Dáesh*, el FBI no encontró pruebas de la vinculación de esta persona con el grupo terrorista (CBS News 2017 y EUROPOL 2019, p. 24).

estos se hayan organizado y ejecutado efectivamente por una misma entidad. En el caso de que se trataran de verdaderos actos de terrorismo de carácter individual que no alcancen la dimensión de ataque armado, en la medida en la que no son vinculables a ninguna entidad, no podrán ser tomados en consideración. Por el contrario, si en los atentados está involucrado el mismo grupo, la doctrina de acumulación de actos podría ser de aplicación, calificando los atentados terroristas como un ataque armado.

En tercer lugar, el tiempo transcurrido entre los atentados terroristas se presenta como una cuestión a tener en cuenta a la hora de invocar esta doctrina⁴⁰. Si bien es cierto que la Corte no consideró este elemento como problemático, estableciendo que pueden tener lugar a lo largo del tiempo (CIJ 2003, párr. 64), sostenemos que el establecimiento de ventanas de tiempo razonables para permitir la aplicación de esta doctrina ahondaría en el respeto del sistema de seguridad colectiva, evitando el abuso que se puede hacer de la legítima defensa. A nuestro juicio, cuando la Corte apuesta por periodos más o menos largos entre acto y acto –entendemos que podríamos estar ante meses de distancia temporal–, no está teniendo en cuenta el ejercicio de la legítima defensa. Así, esta doctrina solo debería ser aplicable durante un periodo razonable de tiempo –horas, a lo sumo, varios días– en el que el Consejo de Seguridad no haya tenido la oportunidad de ocuparse de la amenaza terrorista. Si median semanas o meses entre acto y acto, es razonable asumir que el Consejo de Seguridad ha tenido tiempo para decidir si es necesario actuar y, si fuera pertinente, aplicar las medidas correspondientes para que estos ataques no se produzcan. Si no fuera el caso, nos encontraríamos con otra clase de problemas que no deberían ser resueltos mediante interpretaciones expansivas de la legítima defensa. En términos generales, en la medida en la que el Consejo de Seguridad está permanentemente reunido y transcurre tiempo considerable entre acto y acto, no creemos que exista margen para invocar el derecho a la legítima defensa. Así, podría darse un supuesto en el que se produzcan actos terroristas que tomados en conjunto sean calificables como un ataque armado, pero en el que, dado el tiempo transcurrido entre acto y acto, carezca de sentido activar el derecho a la legítima defensa.

Además de esta postura respecto al ámbito temporal, por el momento minoritaria, no se debe perder de vista que debe existir cierto punto de unión entre los actos, exigencia que algunos autores, como Brownlie (1958, p. 731), elevan a la realización de campañas “coordinadas y generalizadas”. En

⁴⁰ En ocasiones los actos terroristas se conforman de uno o varios ataques simultáneos o coordinados durante un periodo relativamente corto de tiempo. En esos casos, a efectos prácticos se considera que todos los ataques constituyen el mismo atentado. Por ejemplo, el atentado en París de noviembre de 2015, el atentado en Bombay de 2008 o el mismo atentado del 11 de septiembre de 2001.

esta línea, Países Bajos (2021, p. 55) ha defendido que los actos deben ser algo más que incidentes aislados (Cassese 2005, p. 469).

Si los actos tienen lugar durante un periodo razonable de tiempo y el Estado atacado logra demostrar que esos actos son organizados, coordinados o impulsados por la misma entidad, es entonces cuando se debería analizar la gravedad del acto terrorista. Como hemos señalado anteriormente, se deberá concluir que el conjunto de actos por sí solos no tienen la escala ni efectos suficientes, esto es, que revisten de una gravedad menor.

Una vez constatada su naturaleza como usos menores de la fuerza, se procederá a justificar por qué la concurrencia de esos atentados terroristas presenta la entidad suficiente para ser calificados como ataque armado. Aunque el ordenamiento jurídico no lo exige, convendría que los Estados explicitaran al Consejo de Seguridad, en las cartas con las que cumplen con el deber de informar de la activación de la prerrogativa del artículo 51 de la Carta, las características y efectos de los actos terroristas que interpretados conjuntamente tienen la dimensión de ataque armado. En caso de darse, cabe señalar que, jurídicamente, el ataque armado surgiría en el momento en el que el acto terrorista de la serie sea suficiente para determinar la existencia del ataque armado, pero la violación abarcaría todo el periodo desde el primero de los actos de la serie hasta que estos finalicen⁴¹. En cualquier caso, nos mostramos recelosos ante la posibilidad de que se produzcan una serie de actos terroristas sin la entidad suficiente para ser considerados ataques armados y que todos ellos estén organizados por una misma entidad.

Por lo tanto, si se quiere aplicar la doctrina de acumulación de actos, el Estado deberá demostrar que los actos que pretende vincular son organizados, coordinados o impulsados por una misma entidad y que, en conjunto, presentan la gravedad requerida como para poder afirmar que nos encontramos ante un ataque armado. Si se cumplieran estos dos extremos, sería posible aplicar la doctrina de acumulación de actos, calificando tales actos como ataque armado y, por lo tanto, de cumplirse el resto de los prerequisites y condiciones de esta institución, abrir la puerta a la activación del derecho a la legítima defensa. Sin embargo, como hemos planteado, cabe cuestionar el recurso a esta institución cuando existe tiempo material para que el Consejo de Seguridad decida adoptar las medidas necesarias conforme a lo establecido en el artículo 51 de la Carta. En los casos en los que no sea aplicable la doctrina de acumulación de actos, seguirá siendo posible implementar medidas de carácter policial para detenerlos hasta que el Consejo de Seguridad tome las medidas adecuadas.

⁴¹ En este punto es factible hacer una analogía con los hechos compuestos abordados en el artículo 15 del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (CDI 2001, art. 15 y comentarios 8 a 10 al art. 15 y Alcaide Fernández 1995, pp. 610-611).

VI. CONCLUSIONES

Hoy en día está ampliamente aceptado que algunos atentados terroristas pueden alcanzar la entidad de ataque armado y ser calificados como tales. Este extremo es una afección evidente al principio de prohibición de amenaza o uso de la fuerza en tanto en cuanto que se produce una reinterpretación del concepto de ataque armado que puede afectar a la excepción de dicha norma, esto es, al derecho a la legítima defensa.

No obstante, no todo acto terrorista recibe este trato jurídico. No solo porque preferentemente se recurran a medidas policiales y penales para su represión, sino porque la jurisprudencia de la CIJ ha dejado claro que para que un uso de la fuerza sea calificado como uso mayor de la fuerza debe tener cierta gravedad. En la medida en que es un análisis casuístico, es posible recurrir a la jurisprudencia de la Corte y la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, junto a otros elementos a los que nos hemos referido, como el *modus operandi*, para determinar la escala y efectos del acto.

En caso de que el acto terrorista no alcance el umbral del ataque armado, puede ser de aplicación la doctrina de acumulación de actos. Su utilización en el supuesto del terrorismo se presenta compleja por la propia naturaleza del terrorismo internacional, pero fundamentalmente por su encaje en el sistema de seguridad colectiva. En este sentido, aunque fuera lícito invocar la legítima defensa, cabe cuestionar su alegación si ha trascendido el tiempo suficiente para que el Consejo de Seguridad decida adoptar las medidas necesarias; el uso de la institución junto con la doctrina de acumulación de actos puede comprometer el sistema de seguridad colectiva.

En todo caso, se debe tener presente que, aunque un acto terrorista pueda ser calificado como ataque armado, también debería atenderse al prerrequisito relativo a la vinculación estatal entre el actor no estatal y el Estado en el que se realizaría la acción. Incluso de darse ambos prerrequisitos, la posibilidad de invocar el derecho a la legítima defensa no implica que necesariamente haya que responder utilizando esta institución, ni que sea aconsejable hacerlo.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Tratados internacionales y actos de Organizaciones internacionales*

Pacto de Defensa Común y de no agresión de la Unión Africana, de 1 de enero de 2005.

Protocolo de No Agresión y Defensa Mutua en la Región de los Grandes Lagos, de 15 de diciembre de 2006.

AG Res. 2625 (XXV), 24 octubre 1970.

AG Res. 2734 (XXV), 16 diciembre 1970.

AG Res. 3314 (XXIX), 14 de diciembre 1974
 CS Res. 1368 (2001), 12 septiembre 2001.
 CS Res. 1373 (2001), 28 septiembre 2001.
 CS Res. 1377 (2001), 12 noviembre 2001.
 CS Res. 2395 (2017), 21 diciembre 2017.
 CS Res. 2462 (2019), 28 marzo 2019.
 CS Res. 2617 (2021), 30 diciembre 2021.
 CS PRST/2021/1, 12 enero 2021.

2. *Jurisprudencia internacional*

CIJ. 1986. *Caso sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella (Nicaragua vs. EE. UU.)*.
 CIJ, 1996. *Opinión Consultiva de 8 de junio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*.
 CIJ. 2003. *Caso de las plataformas petrolíferas (Irán vs. EE. UU.)*
 CIJ. 2005. *Caso relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (Congo vs. Uganda)*.
 Laudo Eritrea-Etiopía. 2005. *Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía - Laudo parcial: Jus Ad Bellum - Reclamaciones de Etiopía 1-8*, 19 diciembre.

3. *Fuentes bibliográficas*

3.1. Documentos de Organizaciones internacionales y Estados

CS 2001/946, 7 octubre 2001.
 CS 2001/941, 7 octubre 2001.
 CS 2001/1005, 24 octubre 2001.
 CS 2001/1104, 23 noviembre 2001.
 CS 2001/1103, 23 noviembre 2001.
 CS 2001/1127, 29 noviembre 2001.
 CS 2019/320 – AG 73/839, 19 abril 2019.
 Arabia Saudí. 2004. *Declaración escrita de Arabia Saudí en torno a la Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. 30 enero 2004. Acceso el 21 de junio de 2023. icj-cij.org/public/files/case-related/131/1543.pdf.
 CDI. 2001. *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001)*. AG CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2).
 CDH. 2020. *Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Agnès Callamard, sobre el uso de drones armados para cometer asesinatos selectivos*. AG HRC/44/38, 17 agosto 2020.
 Canadá. 2022. *International Law applicable in cyberspace*. Acceso el 21 de junio de 2023. international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberespace_droit.aspx?lang=eng.

- EUROPOL. 2019. “Caliphate Soldiers and Lone Actors: What to Make of IS Claims for Attacks in the West 2016-2018”. *ICCT Research Paper*. Acceso el 21 de junio de 2023. europol.europa.eu/publications-documents/caliphate-soldiers-and-lone-actors-what-to-make-of-claims-for-attacks-in-west-2016-2018.
- EUROPOL. 2020. *European Union Terrorism situation and trend report 2020*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Acceso el 21 de junio de 2023. europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-te-sat-2020.
- EUROPOL. 2021. *European Union Terrorism situation and trend report 2021*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Acceso el 21 de junio de 2023. europol.europa.eu/publication-events/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2021-te-sat
- EUROPOL. 2022. *European Union Terrorism situation and trend report 2022*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Acceso el 21 de junio de 2023. europol.europa.eu/publication-events/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2022-te-sat
- EUROPOL. 2023. *European Union Terrorism situation and trend report 2023*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Acceso el 21 de junio de 2023. europol.europa.eu/publication-events/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2023-te-sat
- España. 2019. *Interior reconoce hasta el momento a 96 personas como víctimas del terrorismo por los atentados de Barcelona y Cambrils y la explosión de Alcanar*. Acceso el 21 de junio de 2023.
- España. 2020. *Informe Anual de Seguridad Nacional 2020*. España: Ministerio de la Presidencia, relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Acceso el 21 de junio de 2023. dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridadnacional2020lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2019/010819-atentados_bcn.aspx/
- Estados Unidos. 2004. *The 9/11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, Featured Commission Publications*. Washington: Imprenta del gobierno de Estados Unidos. Acceso el 21 de junio de 2023. govinfo.gov/content/pkg/GPO-911REPORT/pdf/GPO-911REPORT.pdf.
- Estados Unidos. 2016. *Report on the Legal and Policy Frameworks Guiding the United States' Use of Military Force and Related National Security Operation*. Acceso el 21 de junio de 2023. hsdl.org/?abstract&did=798033
- Francia. 2021. *Arria sur le recours à la forcé et légitime défense: éléments de langage*. CS 2021/247, 8 marzo 2021.
- Italia. 2021. *Italian Position Paper on International Law and Cyberspace*. Acceso el 21 de junio de 2023. esteri.it/mae/resource/doc/2021/11/italian_position_paper_on_international_law_and_cyberspace.pdf.
- Naciones Unidas. 2021. *Compendio oficial de las contribuciones nacionales voluntarias sobre la cuestión de cómo se aplica el derecho internacional al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones por los Estados, presentadas por los expertos gubernamentales participantes en el Grupo de Expertos Gubernamentales sobre la Promoción del Comportamiento Responsable de los Estados*

- en el Ciberespacio en el Contexto de la Seguridad Internacional, establecido en virtud de la resolución 73/266 de la Asamblea General. AG 76/136, 13 julio 2021.*
- Nueva Zelanda. 2020. *The Application of International Law to State Activity in Cyberspace*. Acceso el 21 de junio de 2023. dpmc.govt.nz/sites/default/files/2020-12/The%20Application%20of%20International%20Law%20to%20State%20Activity%20in%20Cyberspace.pdf.
- OTAN. 2020. “Allied Joint Doctrine for Cyberspace Operations”, *Allied Joint Publication-3.20*. Acceso el 21 de junio de 2023. assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/899678/doctrine_nato_cyberspace_operations_ajp_3_20_1_.pdf.
- Países Bajos. 2021. *Statement by H.E. Mark Zellenrath, Deputy Permanent Representative of the Kingdom of the Netherlands to the United Nations, UNSC Arria-formula meeting: “Upholding the collective security system of the UN Charter: the use of force in international law, non-state actors and legitimate self-defense”*. CS 2021/247, 8 marzo 2021.
- Reino Unido. 2016. “Second Report of Session 2015–16: The Government’s policy on the use of drones for targeted killing”. *House of Commons – House of Lords, Joint Committee on Human Rights*. Acceso el 21 de junio de 2023. publications.parliament.uk/pa/jt201516/jtselect/jtrights/574/574.pdf.
- Reino Unido. 2017. *Attorney General’s Speech at International Institute for Strategic Studies: The modern law of self-defense*. Acceso el 21 de junio de 2023. assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/583171/170111_Imminence_Speech_.pdf.
- Reino Unido. 2021. *UK Statement – Arria meeting on Article 51 of the UN Charter, 25 feb 2021*. CS 2021/247, 8 marzo 2021.
- Tajikistán. 2018. *Statement of the Prosecutor General’s Office of the Republic of Tajikistan*. Acceso el 21 de junio de 2023. prokuratura.tj/en/news-eng/848-zayavlenie-generalnoj-prokuratury-respubliki-tadzhikistan-18.html.

3.2. Monografías y artículos

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín. 1995. “Las actividades terroristas ante el derecho internacional contemporáneo”. Tesis Doctoral. Universidad de Sevilla. Acceso el 21 de junio de 2023. idus.us.es/handle/11441/14994.
- . 2001. “La guerra contra el terrorismo: ¿una opa hostil al derecho de la comunidad internacional?”. *Revista Española de Derecho Internacional* 53:1: 238-302.
- ALDER, Murray Colin. 2013. *The inherent right of self-defense in international law*, Springer. Acceso el 21 de junio de 2023. doi.org/10.1007/978-94-007-4851-4.
- ARIMATSU, Louise y SCHMITT, Michael N. 2014. “Attacking ‘Islamic State’ and the Khorasan Group: Surveying the International Law Landscape”. *Columbia Journal of Transnational Law* 53:1: 1-29. Acceso el 21 de junio de 2023. ssrn.com/abstract=2527697.

- BERMEJO GARCÍA, Romualdo. 2017. “Las denominadas nuevas tendencias en la lucha contra el terrorismo internacional: el caso del Estado Islámico”. *Anuario Español de Derecho Internacional* 33: 9-67. doi.org/10.15581/010.33.9-67.
- y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia. 2020. *La ciberseguridad a la luz de Jus ad bellum y del Juis in Bello*. Pamplona: Eunsa.
- BOTHE, Michael. 2003. “Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force”. *European Journal of International Law* 14:2: 227-240. org/10.1093/ejil/14.2.227.
- BROWNLIE, Ian. 1958. “International Law and the Activities of Armed Bands”. *The International and Comparative Law Quarterly* 7:4: 712-735. doi.org/10.1093/iclqaj/7.4.712.
- CALDUCH CERVERA, Rafael. 2001. “La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional”. *Revista Española de Derecho Internacional* 53:1: 173-202. Original disponible en: eprints.ucm.es/id/eprint/6495/1/REDI_Calduch.pdf.
- CASSESE, Antonio. 2005. *International Law*. Oxford:Oxford University Press.
- CHATHAM HOUSE. 2005. *Principles of International Law on the use of force by States in self-defence*. ILP WP 05/10. Acceso el 21 de junio de 2023. chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2005-10-01-use-force-states-self-defence-wilmshurst.pdf
- COCCHINI, Andrea. 2017. *¿Por qué existen las guerras? Respuestas desde el Derecho internacional vigente*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- DÍAZ GALÁN, Elena Carolina. “Bombardeos en Siria e Iraq: la aparición de nuevos componentes normativos para la licitud o ilicitud del uso de la fuerza en el orden internacional”. *Revista Española de Derecho Internacional* 68:1: 231-235. dx.doi.org/10.17103/10.17103/redi.68.1.2016.4a.
- EGAN, Brian. 2016. “International Law, Legal Diplomacy, and the Counter-ISIL Campaign: Some Observation”. *International Law Studies* 92: 235-248. Acceso el 21 de junio de 2023. digital-digital-commons.usnwc.edu/ils/vol92/iss1/7.
- FITZPATRICK, Joan. 2003. “Speaking Law to Power: The War Against Terrorism and Human Rights”. *European Journal of International Law* 14:2: 248-251. doi.org/10.1093/ejil/14.2.241
- GARDAN, Judith. 2004. *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*. Cambridge: Cambridge University Press. doi.org/10.1017/CBO9780511494178.
- GÓMEZ ISA, Felipe. 2015. “Los ataques armados con drones en el Derecho internacional”. *Revista Española de Derecho Internacional* 67:1: 61-92. dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.1.02
- GONZÁLEZ VEGA, Javier Andrés. 2001. “Los atentados del 11 de septiembre, la operación “libertad duradera” y el derecho de legítima defensa”. *Revista Española de Derecho Internacional* 53:1: 247-271.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. 2001. “Sobre la respuesta armada contra Afganistán tras los actos terroristas del 11-S”. *Anales de derecho* 19: 49-58. Acceso el 21 de junio de 2023. hdl.handle.net/10201/11322.
- 2017. ““Choque de civilizaciones” (el autoproclamado Estado Islámico). Respuesta de la comunidad internacional: ¿Una “alianza de civilizaciones” contra el Estado Islámico?”, en *Anuario de los cursos de derechos humanos de Do-*

- nostia-San Sebastián*, vol. XVI, coordinador por Juan Soroeta Liceras. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 111-124
- HENDERSON, Christian. 2018. *The Use of force and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press. doi.org/10.1017/9781139567565.
- IDI. 2007a. *Informe del subgrupo sobre legítima defensa de la 10ª Comisión del IDI sobre los problemas actuales del uso de la fuerza en Derecho internacional*. Instituto de Derecho Internacional: Santiago de Chile. Acceso el 21 de junio de 2023. idi-iil.org/app/uploads/2017/06/Roucounas.pdf.
- . 2007b. Resolución 10A del IDI sobre legítima defensa, 27 octubre. Instituto de Derecho Internacional: Santiago de Chile. Acceso el 21 de junio de 2023. idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2007_san_02_en.pdf.
- IEP. 2020. *Global Terrorism Index 2020: Measuring the impact of terrorism*. Sydney: Institute for Economics & Peace. Acceso el 21 de junio de 2023. visionofhumanity.org/wp-content/uploads/2020/11/GTI-2020-web-1.pdf.
- . 2022. *Global Terrorism Index 2022: Measuring the impact of terrorism*. Sydney: Institute for Economics & Peace. Acceso el 21 de junio de 2023. org/wp-content/uploads/2022/03/GTI-2022-web.pdf.
- ILA. 2018. *Informe final de la ILA sobre agresión y el uso de la fuerza*. Conferencia de la International Law Association de 2018 en Sydney. Acceso el 21 de junio de 2023. ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-sydney-2018-7.
- KRETZMER, David. 2013. “The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum”. *European Journal of International Law* 24:1: 235-282. doi.org/10.1093/ejil/chs087.
- MASHI, Fatima, HAMDY, Sofie y SALMAN, Mohammad. 2022. “‘Operation Olive Branch’ in Syria’s Afrin District: towards a new interpretation of the right of self-defence?”. *Journal on the Use of Force and International Law* 9:2: 324:351. doi.org/10.1080/20531702.2022.2097418.
- MURPHY, Sean D. 2009. “The International Legality of US Military Cross-Border Operations from Afghanistan into Pakistan”. *International Law Studies* 85:1: 109-139. Acceso el 21 de junio de 2023. digital-commons.usnwc.edu/ils/vol85/iss1/7/.
- SCHRIJVER, Nico y HERIK, Larissa van den. 2010. “Leiden Policy Recommendations on Counter-terrorism and International Law”. *Netherlands International Law Review* 57:3: 531-550. doi.org/10.1017/CBO9781139178907.028.
- O’CONNELL, Mary Ellen. 2010. “Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009”. *Notre Dame Legal Studies Paper* 09-43: 1-26. Acceso el 21 de junio de 2023. ssrn.com/abstract=1501144.
- OCHOA-RUIZ, Natalia y Salamanca Aguado, Esther. 2005. “Exploring the limits of international law relating to the use of force in self-defence”. *European Journal of International Law* 16:3: 449-524. doi.org/10.1093/ejil/chi128.
- PETERS, Anne. 2015. “German Parliament decides to send troops to combat ISIS – based on collective self-defense “in conjunction with” SC Res. 2249”. *EJIL:Talk!*. Acceso el 21 de junio de 2023. ejiltalk.org/german-parlament-decides-to-send-troops-to-combat-isis-%e2%88%92-based-on-collective-self-defense-in-conjunction-with-sc-res-2249.

- POZO SERRANO, Pilar. 2016. “El uso de la fuerza contra el Estado Islámico en Irak y Siria: problemas de fundamentación jurídica”. *Anuario Español de Derecho Internacional* 32: 141-188. doi.org/10.15581/010.32.141-188.
- . 2018. “La legítima defensa frente a actores no estatales a la luz de la práctica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”. *Anuario Español de Derecho Internacional* 34: 481-498. doi.org/10.15581/010.34.481-498.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo. 2004. “Después del 11 de marzo. La respuesta del Derecho internacional frente al terrorismo”. *Página abierta* 147: 30-33. Acceso el 21 de junio de 2023. pensamientocritico.org/conram0404.htm.
- RAPOPORT, David Charles. 2021. “The Capitol Attack and the 5th Terrorism Wave”. *Terrorism and Political Violence* 33:5: 912-916. doi.org/10.1080/09546553.2021.1932338.
- REGUEIRO DUBRA, Raquel. 2012. *La evolución del concepto de legítima defensa en derecho internacional contemporáneo*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Acceso el 21 de junio de 2023. eprints.ucm.es/id/eprint/16665/1/T34025.pdf.
- RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, Jorge. 2019. “El uso de la fuerza contra actores no estatales. Una crítica a la teoría “unwilling or unable” desde el Derecho Internacional vigente”. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 107: 1-31. doi.org/10.14422/icafe.i107.y2019.007.
- SCHMITT, Michael N., ed. 2013. *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge: Cambridge University Press. doi.org/10.1017/CBO9781139169288.
- . 2017. *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. Cambridge: Cambridge University Press. doi.org/10.1017/9781316822524.
- STARSKI, Paulina. 2017. “Silence within the process of normative change and evolution of the prohibition on the use of force: normative volatility and legislative responsibility”. *Journal on the Use of Force and International Law* 4:1: 14-65. doi.org/10.1080/20531702.2016.1268802.
- STEWART, Eden. 2020. “Analysis of recent bladed weapon attacks in Europe”, *Pool Re Solutions*: 1-9. Acceso el 21 de junio de 2023. poolre.co.uk/analysis-of-recent-bladed-weapon-attacks-in-europe/.
- SVICEVIC, Marko. 2022. “Collective self-defence or regional enforcement action: the legality of a SADC intervention in Cabo Delgado and the question of Mozambican consent”. *Journal on the Use of Force and International Law* 9:1: 138-170. doi.org/10.1080/20531702.2021.1987071.
- TOMÁS FERNÁNDEZ, Antonio. 2005. “Seguridad internacional y terrorismo. Modelo norteamericano versus modelo europeo de respuesta”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos Vol. 1, (Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario y de la Unión Europea)*, editado por Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, 249-271. Madrid: Edifer.
- WOOD, Michael. 2014. “Terrorism and the international law on the use of force”. En *Research Handbook on International Law and Terrorism*, editado por Ben Saul, 195-208. Cheltenham–Northampton: Edward Elgar. doi.org/10.4337/9780857938817.00020.

3.3. Prensa

- AL JAZEERA. 2020. *Saudi wounds guard at French consulate in knife attack*. Acceso el 21 de junio de 2023. [aljazeera.com/news/2020/10/29/saudi-wounds-french-consulate-guard-in-jeddah-knife-attack](https://www.aljazeera.com/news/2020/10/29/saudi-wounds-french-consulate-guard-in-jeddah-knife-attack).
- BACHNER, Michael. 2020. "Jewish terrorist gets 3 life terms for killing Palestinian family in 2015 arson". *The Times of Israel*. Acceso el 21 de junio de 2023. [timesofisrael.com/jewish-extremist-handed-3-life-sentences-over-fatal-dumarson-in-2015/](https://www.timesofisrael.com/jewish-extremist-handed-3-life-sentences-over-fatal-dumarson-in-2015/).
- BBC. 2016. *Egypt attack: Three tourists stabbed at Hurghada hotel*. Acceso el 21 de junio de 2023. [bbc.com/news/world-middle-east-35268713](https://www.bbc.com/news/world-middle-east-35268713)
- . 2019. *London Bridge: What we know about the attack*, 3 diciembre 2019. Acceso el 21 de junio de 2023. [bbc.co.uk/news/uk-50594810](https://www.bbc.co.uk/news/uk-50594810);
- . 2020. *France attack: What we know about the stabbings in Nice*. Acceso el 21 de junio de 2023. [bbc.co.uk/news/world-europe-54736277](https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-54736277).
- . 2021. *New Zealand PM Ardern says supermarket stabbing was 'terrorist attack'*, Acceso el 21 de junio de 2023. [bbc.com/news/world-asia-58405213](https://www.bbc.com/news/world-asia-58405213).
- . 2023a. *Pakistan mosque blast: Police targeted in suicide attack that kills 59*. Acceso el 21 de junio de 2023. [bbc.com/news/world-asia-64451936](https://www.bbc.com/news/world-asia-64451936).
- . 2023b. *Man held after fatal machete attack at Spanish church*. Acceso el 21 de junio de 2023. [bbc.com/news/world-europe-64408500](https://www.bbc.com/news/world-europe-64408500).
- CBS NEWS. 2017. *ISIS claims Las Vegas shooting, offers no proof*. Acceso el 21 de junio de 2023. [cbsnews.com/news/las-vegas-shooting-isis-claim-no-proof-stephen-paddock-linked-terror-group](https://www.cbsnews.com/news/las-vegas-shooting-isis-claim-no-proof-stephen-paddock-linked-terror-group).
- CNN. 2018. *September 11 Terror Attacks Fast Facts*. Acceso el 21 de junio de 2023. [cnn.com/2013/07/27/us/september-11-anniversary-fast-facts](https://www.cnn.com/2013/07/27/us/september-11-anniversary-fast-facts).
- EL PAÍS. 2001. *El ataque a Estados Unidos dispara la audiencia en las cadenas de televisión*. Acceso el 21 de junio de 2023. elpais.com/diario/2001/09/13/radiotv/1000332002_850215.html.
- HATEM, Ahmed y HENDAWI, Hamza. 2017. "Egypt knife attacker first sat, spoke with 2 German victims". *Associated Press*. Acceso el 21 de junio de 2023. [spokesman.com/stories/2017/jul/15/egypt-knife-attacker-first-sat-spoke-with-2-german](https://www.spokesman.com/stories/2017/jul/15/egypt-knife-attacker-first-sat-spoke-with-2-german)
- HIIRAN ONLINE. 2018. *Committee: 587 dead in Oct 14 terror attack*. Acceso el 21 de junio de 2023. [hiiraan.com/news4/2018/Mar/157047/committee_587_dead_in_oct_14_terror_attack.aspx](https://www.hiiraan.com/news4/2018/Mar/157047/committee_587_dead_in_oct_14_terror_attack.aspx)
- MCKIRDY, Euan y OGIURA, Junko. 2018. "Tokyo car attack: Driver hits New Year's revelers in city's Harajuku district". *CNN*. Acceso el 21 de junio de 2023. edition.cnn.com/2018/12/31/asia/tokyo-new-years-eve-car-incident-harajuku-intl/index.html.

LA PROTESTA SOCIAL COMO DERECHO
FUNDAMENTAL DESDE LA CORTE
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

*Social Protest as a Fundamental Right from the Colombian
Constitutional Court*

Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados

Profesor Invitado
Universidad Tecnológica de Bolívar

<https://doi.org/10.18543/ed.2930>

Recibido: 12.04.2023

Aceptado: 13.09.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Resumen

La Constitución Política colombiana de 1991 se adscribe a una iusteoría antiformalista, por la cual el derecho tiene una naturaleza abierta que debe ser complementada por las interpretaciones auténticas de los jueces constitucionales. Tal es el caso del derecho a la protesta social en Colombia, el cual es una construcción judicial auténtica que establece los lineamientos para que las autoridades garanticen este derecho desde el alcance dinámico de la manifestación social y se eviten abusos de poder por parte del Estado. Así, se trata de un nuevo derecho fundamental que rompe paradigmas y tiene la vocación de materializar los principios democráticos desde la realidad social.

Palabras clave

Protesta social; nuevos derechos fundamentales; interpretación auténtica; jurisdicción constitucional; precedente judicial.

Abstract

The Colombian Political Constitution of 1991 adheres to an anti-formalist iustheory, by which the law has an open nature that must be complemented by the authentic interpretations of constitutional judges. Such is the case of the right to social protest in Colombia, which is an authentic judicial construction that establishes the guidelines for the authorities to guarantee this right from the dynamic scope of the social demonstration and avoid abuses of power by the State. Thus, it is a new fundamental right that breaks paradigms and has the vocation of materializing democratic principles from the social reality.

Keywords

Social protest; new fundamental rights; authentic interpretation; constitutional jurisdiction; judicial precedent.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN Y DISEÑO METODOLÓGICO. II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL COMO FUENTE LEGÍTIMA PARA INTERPRETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA. III. CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL COLOMBIANO A LA PROTESTA SOCIAL DESDE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. 1. Sentencias fundadoras de la línea jurisprudencial sobre la protesta social. 2. Estado actual de la protesta social desde la doctrina constitucional. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN Y DISEÑO METODOLÓGICO

La Constitución Política colombiana de 1991 surgió en el marco de un contexto histórico que exigía transformaciones socio-jurídicas de gran envergadura. Estas exigencias se gestaron desde procesos de movilización social, en los cuales participaron sectores urbanos y rurales con la vinculación de diferentes actores. Estos actores incluyeron desde académicos adscritos a diferentes universidades hasta grupos al margen de la ley. Esta norma constitucional era en sí misma un objetivo general para la realidad nacional, la cual buscaba transformar la excluyente naturaleza del Estado Liberal de Derecho existente hasta ese momento. Así, la década de los ochenta se constituyó en un importante momento histórico para aunar esfuerzos y transformar una norma constitucional que hasta ese momento legitimaba múltiples exclusiones sociales.

En tal sentido, con la nueva norma de normas Colombia se adscribe formalmente a un Estado Social, Democrático y Constitucional de derecho, el cual debe garantizar el interés general sobre el particular a través de las normas escritas que son gestadas en el marco de frenos y contrapesos legitimados desde la soberanía popular. Se trató de un cambio histórico disruptivo, pues se superaba el modelo de ejercicio de derechos sujeto a la tenencia de la propiedad privada y se daba lugar a un contexto más garantista desde la pluralidad de una realidad nacional diversa. El discurso de derechos tomaba gran fuerza, en términos de prerrogativas fundamentales que no son negociables y pueden ser exigidas independientemente de las condiciones particulares de cada uno de los sujetos.

Se estableció de esta manera un catálogo abierto de derechos, el cual contempla una enunciación de acuerdos mínimos que incluyen los derechos fundamentales. Lo relevante del asunto es que cuando estos derechos son formulados, tienen una naturaleza abierta que se constituye en un marco regulador que posteriormente debería ser complementado por interpretaciones de la doctrina constitucional. Así, el constituyente planteó el alcance general del derecho y correspondería a las autoridades judiciales en sede constitucional darle alcances concretos las nuevas realidades sociales que se

gestarían a lo largo del tiempo. Los derechos fundamentales se configuran desde esta manera en una serie de instituciones jurídicas antiformalistas que exigen interpretaciones auténticas desde la jurisdicción constitucional.

Tal es el caso del derecho fundamental a la protesta social, el cual está contemplado en el artículo 37 superior y se refiere a la posibilidad que tienen los colombianos para manifestarse públicamente en paz. La redacción de este artículo es amplia desde una función regulatoria, dado que se hace un llamado a que la misma ley lo reglamente. En tal sentido, se trata de una norma de naturaleza abierta que para su plena comprensión debe ser complementada por múltiples normas a través de interpretaciones auténticas. Por lo mismo, el presente artículo de investigación pretende responder desde el contexto colombiano actual, ¿cómo se ha construido hermenéuticamente el derecho fundamental a la protesta social desde la doctrina constitucional a través de interpretaciones auténticas?

Frente a esta cuestión se formula una hipótesis según la cual la Corte Constitucional, como guardiana e intérprete de la Constitución Política colombiana de 1991, ha construido un precedente uniforme en torno al derecho fundamental a la protesta social. Este precedente, a diferencia de las posibilidades de limitación contempladas en el artículo 37 de la norma superior, ha otorgado plena protección a los ciudadanos que deseen protestar pacíficamente y ha establecido las prerrogativas de actuación de las demás ramas del poder público en cualquier intento por limitar el ejercicio de este derecho. Para validar esa hipótesis formulada, el objetivo general de la presente investigación es: determinar, desde el contexto colombiano actual, cómo se ha construido hermenéuticamente el derecho fundamental a la protesta social desde la doctrina constitucional a través de interpretaciones auténticas.

A partir de este objetivo general, se tendrán los siguientes objetivos específicos que constituyen la estructura argumentativa del artículo: 1) delimitar las características de las interpretaciones auténticas que pueden ser desarrolladas por la doctrina constitucional en el contexto colombiano actual; 2) construir la línea jurisprudencial que la Corte Constitucional ha establecido a través de sentencias hito en torno al derecho fundamental a la protesta social; y 3) concluir cuál es el alcance hermenéutico que actualmente tiene el derecho fundamental a la protesta social desde la validación de interpretaciones auténticas de la doctrina constitucional. Para el desarrollo de la investigación se adoptará un enfoque de investigación hermenéutico crítico, fundado en métodos de investigación cualitativa que utilizan como estrategia de recolección de información el estudio de materiales bibliográficos y la validación teórica de los mismos.

II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL COMO FUENTE LEGÍTIMA PARA INTERPRETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

La Constitución Política colombiana de 1991 responde a una serie de exigencias sociales que fueron gestadas bajo la vigencia del sistema jurídico inmediatamente anterior. Esto se justifica al considerar que la Constitución Nacional de 1886 contemplaba un Estado de Derecho Liberal transplantado desde el contexto europeo, el cual supeditaba el ejercicio de muchos derechos a parámetros de normalidad generalmente excluyentes (Bonilla 2009, 20). Así, durante gran parte de la vigencia de esta norma el ejercicio de los derechos estaba limitado a los hombres propietarios, lo que constituye una herencia directa del liberalismo clásico surgido durante el Siglo XVIII (Botero 2010, 182). Este tipo de tendencias políticas para la creación de las normas jurídicas representaron en muchas ocasiones una brecha entre las exigencias sociales y los planteamientos normativos, por lo cual fue una característica común del contexto colombiano el descontento social.

Este descontento social se ve representado en la configuración de grupos al margen de la ley que buscaban participación política, movimientos sociales diversos en torno a la exigencia de sus derechos y un compromiso generalizado por cambiar las normas constitucionales vigentes para la época (Buenahora 1993, 42). No se trató de un proceso pacífico, dado que el país se encontraba en una pugna entre quienes pretendían mantener las condiciones políticas de la época en las mismas condiciones y aquellos que exigían transformaciones estructurales al interior del Estado (Lemaitre 2009, 31). De ahí que se presentaron todo tipo de iniciativas que no siempre fueron exitosas, pero en el marco de una polémica decisión de la rama jurisdiccional se le dio vía libre para consultarte a los ciudadanos colombianos si estaban de acuerdo con convocar a una Asamblea Nacional Constituyente.

Fue en ese momento histórico en el cual la denominada voluntad popular le dio paso a un proceso de reforma constitucional que establecería un Estado de derecho que sería categorizado como social, democrático y constitucional. Esto implicaba que las normas escritas primarían sobre la voluntad del gobernante de turno, al tiempo que su objetivo era garantizar el interés general sobre el particular (Cepeda 1993, 23). Ese interés general debía responder a ejercicios de decisión democrática y ser garantizado por una serie de frenos y contrapesos. Este equilibrio de poderes propio del Estado constitucional, daría lugar a que la iusteoría del formalismo fuese desplazada desde la formulación constitucional por la iusteoría del antiformalismo. Así, se superaría la escuela positivista tradicional de un derecho perfecto creado por el legislador tradicional, para comprender la importancia de diversificar las fuentes en el marco de un sistema jurídico con naturaleza abierta.

Téngase en cuenta que no fue solamente el contexto colombiano sino gran parte del contexto latinoamericano, el que empezó a adscribirse al antiformalismo. Se trata de una teoría del derecho con un alcance hermenéutico, que no se centra solamente en la validez de la norma jurídica sino en la gestión del conflicto en el marco de ella para darle sentido de utilidad al sistema jurídico. Así, el antiformalismo es una conjugación de escuelas del derecho, en las cuales confluyen en parte el positivismo, el naturalismo, el realismo, el utilitarismo y el funcionalismo (López 2004, 33). Generalmente estas escuelas del derecho son aplicadas de manera independiente, pero al implementarlas en conjunto dan cuenta de un alcance relativamente novedoso para la interpretación del derecho y es consecuencia de trasplantes académicos dados desde el norte global en calidad de sitio de producción.

En este sentido, el antiformalismo se constituye en una nueva iusteoría que considera que el derecho es un marco normativo inacabado, dado que la sociedad siempre le planteará nuevas exigencias a medida que pasa el tiempo (Cely 2014, 35). Por lo tanto, el legislador no está en la capacidad de prever todo lo que acontecerá en la realidad cotidiana y corresponde a otras autoridades participar activamente para llevar las exigencias sociales al sistema jurídico. Es en ese punto en el cual la ley deja de ser vista como la fuente del derecho por excelencia, para ser complementada por otras fuentes como la jurisprudencia. Por lo mismo, los pronunciamientos de los jueces dejan de estar destinados a ser una fuente auxiliar del derecho para asumir un rol preponderante en casos concretos (López 2004, 57). Uno de estos casos lo configura la jurisdicción constitucional, dado que la misma se ubica al nivel de la norma de normas e incluso puede ser considerada como superior a la ley misma.

No se trata de un tema pacífico, dado que la tradición jurídica en la cual está inmerso el contexto colombiano tiende a pretender que la ley tenga una aspiración de perfección y pureza que no alcanzaría la jurisprudencia. Pero lo cierto es que el constituyente otorgó un rol prevalente a la jurisdicción constitucional encabezada por la Corte Constitucional colombiana (Estrada, 2007, p. 19). A esta nueva autoridad se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas, por lo cual es aquella llamada a interpretar la Constitución Política de 1991 en consonancia con las exigencias sociales (Cajas 2008, 67). La Corte Constitucional, y todos los demás jueces constitucionales en sede de tutela, tendrán la tarea de conocer situaciones en las cuales se presenten vulneraciones o riesgos de vulneración de preceptos constitucionales, para actuar de manera diligente en la promoción, garantía y protección de los mandatos superiores.

Es de esta manera que acciones como la tutela se constituyen en una herramienta efectiva para materializar la Constitución Política de 1991 desde y para realidades concretas, dándole vida a un texto que con el paso del

tiempo bien podría perder su efectividad. Lo relevante del asunto es que, a diferencia de las escuelas más tradicionales del derecho, los jueces constitucionales no están llamados a desarrollar interpretaciones miméticas en donde los casos a resolver tienen respuestas exactas. Por el contrario, cada caso que conoce la jurisdicción constitucional tendrá múltiples variantes que exigen del juez un análisis más allá de la literalidad de una norma escrita. Los jueces constitucionales están llamados a interpretar situaciones en un amplio margen de actuación, dado que las normas superiores contemplan principios que más allá de aplicarse de forma exacta requieren ejercicios hermenéuticos complejos.

Lo anterior implica que los jueces constitucionales están en la posibilidad de construir interpretaciones auténticas, las cuales deben respetar mínimos acordados en un Estado de Derecho. Teniendo en cuenta esos mínimos, cada juez constitucional deberá conjugarlos para construir respuestas para cada caso específico; el operador jurídico está llamado a proponer soluciones no necesariamente exactas o replicables en otros casos (Castillo y Luján 2006, 68). La naturaleza de los casos constitucionales exigirán que el juez proponga soluciones coherentes con las realidades sociales en las cuales se encuentran inmersos, para que la Constitución Política de 1991 se materialice desde la realidad de cada individuo. Esta posibilidad hermenéutica se conoce como interpretaciones auténticas, pues más allá de repetir disposiciones de aplicación exacta se deben considerar variables propias de cada realidad (Sayed, 2009, p. 131); el juez debe llevar el derecho constitucional a la realidad desde un criterio profesional enmarcado en lineamientos superiores mínimos.

Sin embargo, la construcción de las interpretaciones auténticas por parte de todos los jueces constitucionales puede representar un riesgo para asegurar los alcances concretos que ha de tener la norma de normas. Como hay criterios mínimos que se deben atender por parte de los jueces, esos mínimos pueden tomar tantas variantes como criterios se presenten y pueden llegar incluso a ser contradictorios (Uprimny y García 2006, 91). Es por esa razón que la Corte Constitucional, en su calidad de tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional, ha de construir criterios mínimos que complementen la norma de normas para generar el estudio de los casos que se analizan (De Zubiría 2012, 162). Siendo así, cada juez tiene la posibilidad de crear interpretaciones auténticas bajo mínimos establecidos no solamente por la Constitución Política colombiana de 1991 sino también por la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución.

La Corte Constitucional aparece por primera vez en Colombia con la Constitución Política de 1991, respondiendo a la necesidad de garantizar que la norma de normas adquiera una naturaleza viva y no sea un simple documento de papel (...) como forma de desarrollar esta responsabilidad,

la Corte Constitucional se ubica como la máxima autoridad del sistema jurídico y tiene la posibilidad de proferir doctrina constitucional. La doctrina constitucional, junto al bloque de constitucionalidad, hace parte íntegra de la Constitución (Perilla 2017, 144).

En tal sentido, los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana harán parte íntegra de la Constitución Política de 1991 y, en consecuencia, son plenamente vinculantes en calidad de doctrina constitucional (Pulido 2018, 323). De ahí se desprende la teoría de precedentes constitucionales, los cuales están conformados por aquellos pronunciamientos jurisprudenciales que profiere el máximo tribunal constitucional sobre diferentes temas y han de ser observados por los jueces inferiores. Antes de construir las interpretaciones auténticas, cada juez constitucional deberá atender los mandatos superiores y solo en caso de encontrar una imposibilidad de aplicarlos al caso que analiza podrá alejarse de ellos (Benitez y González 2016, 49). Sin embargo, para inaplicar la doctrina constitucional se deberá asegurar un proceso argumentativo suficiente que evidencie un riguroso conocimiento de los precedentes y demuestre que en efecto ha de separarse de los mismos (Bechara 2017, 27). De esta manera, las interpretaciones auténticas son posibles en todo nivel de pronunciamiento jurisprudencial y, por la naturaleza de sus competencias, la Corte Constitucional será aquella autoridad que por excelencia formule interpretaciones auténticas en torno a la norma superior.

Ahora bien, la relevancia de la doctrina constitucional se evidenciará en que sus disposiciones no solamente son vinculantes para los jueces constitucionales sino que también serán de obligatoria observancia por todos los demás operadores jurídicos que se rijan por la Constitución Política colombiana (López 2011, 187). Si los pronunciamientos de la Corte Constitucional son la Constitución misma, deberán ser acatados por todas las demás ramas del poder y personas que incluso se encuentren adelantando actividades en su esfera privada (Carrera 2011, 88); la doctrina constitucional tiene una naturaleza dúctil para toda la realidad colombiana en general. Por lo mismo, el máximo tribunal constitucional se pronuncia sobre gran diversidad de temas propios del contexto colombiano, dado que el sistema jurídico exige sus criterios mínimos de interpretación de forma permanente.

Uno de estos temas sobre los cuales se ha pronunciado en precedente reiterado es el derecho fundamental a la protesta social. La consolidación de estos criterios hermenéuticos mínimos se ha dado a través de la revisión de diferentes de acciones de tutela y algunas acciones de constitucionales, planteando un alcance hermenéutico fundamentado en tres pilares fundamentales: primero, el alcance sustancial del derecho que complementa la redacción abierta del artículo 37 de la Constitución Política colombiana de 1991; segundo, el referente al ejercicio irrestricto y sin necesidad de autorización de la protesta social; y tercero, las garantías que deben asegurar los diferentes

operadores jurídicos para el legítimo ejercicio del derecho. Este precedente no ha tenido una adopción pacífica, pero en el imaginario colectivo se tienden a apropiarse los mínimos constitucionales establecidos por la doctrina constitucional en los términos que se proceden a analizar en la siguiente sección.

III. CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL COLOMBIANO A LA PROTESTA SOCIAL DESDE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

En el marco de la construcción de interpretaciones auténticas para complementar los preceptos de la Constitución Política colombiana de 1991, la Corte Constitucional ha establecido un precedente reiterado en torno al derecho fundamental a la protesta social. Se trata de un derecho que puede ser ejercido por cualquier persona natural con capacidad de goce, independientemente de su edad. La protesta social puede ser ejercida de manera libre por niños, niñas, adolescentes, mayores de edad y adultos mayores para expresar sus ideas, apoyos, inconformidades o desacuerdos (García 2003, 99). No es necesario que se tenga un destinatario para protestar, pues se podrán hacer manifestaciones de ideas sin necesidad de controvertir a otro. Pero en caso en que se considere, puede ser ejercido para pronunciarse en contra de mandatos nacionales o locales, funcionarios públicos, entidades, personas particulares de cualquier tipo e incluso contra el mismo Estado (Garretón 2001, 36). Así, basta con que se tenga una idea que recaiga sobre un objeto lícito y se quiera expresar para poder acudir a la protesta social para socializarla públicamente.

Aunque durante un tiempo persistió la idea según la cual el Estado era el adversario exclusivo de la protesta, recientemente se han desarrollado varios estudios que controvierten este lugar común y destacan que hay otros tipos de adversarios: empresas privadas, organismos internacionales, universidades, etc. (Barrera y Hoyos 2020, 174).

Se trata de un alcance del derecho a la libertad de expresión, cuya característica de social sugiere que se trata de grupos que se reúnen para socializar sus planteamientos. Esta socialización se puede dar de manera expresa o simbólica, en lugares privados, semiprivados o públicos, siempre de manera pacífica y garantizando el interés general sobre el particular (Prada 2003, 159). Es por esta razón que el término protesta social es reemplazado por movilización social, dado que el primero puede tener un alcance negativo o peyorativo que sugeriría no cumplir con el requisito pacífico antes planteado. Sin embargo, más allá de su debate semántico, el derecho fundamental que se protege es aquel de la protesta social como una forma de movilización

pacífica para expresarse junto a otros de diversas maneras y en torno a mensajes lícitos provenientes de los intereses, las necesidades y las exigencias de múltiples actores inmersos en el contexto colombiano.

1. *Sentencias fundadoras de la línea jurisprudencial sobre la protesta social*

La construcción jurisprudencial de este derecho fundamental encuentra sus sentencias fundadoras desde aquellas que se refieren a la pugna entre las libertades individuales y las funciones de la policía colombiana (Velasco 2006, 78). Así, como una de las sentencias hito se puede identificar la C-024/1994, en la cual se estudió la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en el Decreto Legislativo 1355 de 1970 referente a las normas de la policía. En el artículo 102 del mencionado decreto se contemplaba la posibilidad para que los colombianos se movilizan en sitios públicos para expresar sus ideas libremente, independientemente de sus condiciones económicas, sociales, de género, raza, entre otras. Sin embargo, esa misma norma exigía que quienes estuviesen interesados en manifestarse debían acudir a la autoridad territorial del lugar donde se fuese a adelantar la protesta pacífica para avisar acerca de los planes que se tenían previstos (Santana 1986, 10).

En esa ocasión, la Corte Constitucional sugirió que el aviso del cual trata el mencionado decreto no puede ser una limitación unilateral para el ejercicio de los derechos por parte de las autoridades. Por el contrario, el objetivo del aviso consiste en que la autoridad pública pueda prever las estrategias para garantizar el derecho fundamental en cuestión y el ejercicio de los derechos por las demás personas que se encuentran en el lugar de realización de este suceso (Ramírez 2001, 65). Por lo mismo, la Corte Constitucional empieza a establecer los mínimos para garantizar el derecho a la protesta social como materialización de las libertades individuales. En última instancia, se sentarían las bases para considerar que el derecho fundamental a la protesta social trasciende el criterio individual del mandatario de turno y debe evitar cualquier abuso de poder por parte de las autoridades.

Se debe considerar que en la sentencia C-024/1994 la Corte Constitucional no aseguró un extenso desarrollo del derecho a la protesta social, pero sí fijó orientaciones fundamentales en torno al ejercicio de poder por parte de las autoridades. En particular, aclaró que autoridades como la policía no pueden abusar de su poder, dado que están llamadas a garantizar los derechos de los ciudadanos (Barrera y Hoyos 2020, 181); la policía debe su labor a proteger a todas las personas del territorio colombiano y no a confrontarlos en casos como la protesta social. Por lo mismo, la Corte Constitucional establece exhortaciones para la garantía de las libertades, la no detención

arbitraria e incluso recuerda la importancia de garantizar derechos como el habeas corpus. En los años inmediatamente siguientes la Corte Constitucional proferiría algunas sentencias de reiteración del precedente en torno a los límites del ejercicio del poder y la garantía de las libertades individuales por parte de todas las personas amparadas bajo la Constitución Política colombiana de 1991.

En el marco de esas sentencias de reiteración de precedente, la protesta social vuelve a tomar plena relevancia en la sentencia C-650/2003 de la Corte Constitucional. Este pronunciamiento vincula estrechamente la protesta social con la libertad de expresión, planteando que es una posibilidad para prevenir abusos de poder por parte del Estado. Siendo así, el tribunal constitucional máximo reconoce que en el momento en el que las personas protestas tienen la posibilidad de hacer frente a decisiones arbitrarias, abusivas o inconvenientes (Bautista 2012, 60). Por lo mismo, la protesta social se plantea como un freno y contrapeso al poder del Estado, siendo una interpretación disruptiva que trasciende la idea que los contrapesos solamente se dan desde la estructura estatal. Por el contrario, la protesta social en sí misma puede equilibrar el ejercicio del poder desde y para la realidad nacional.

Este pronunciamiento sugiere un amplio poder por parte de todas las personas, reivindicando la soberanía popular de la cual son titulares por más que se tenga una democracia representativa. En el marco de estos postulados, la sentencia C-442/2011 se constituiría en la siguiente sentencia hito de esta línea jurisprudencial, dado que se referirá a la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad de expresión a través de reuniones y manifestaciones pacíficas en el espacio público. Se reitera de manera concreta que el ejercicio de la libertad de expresión debe ser pacífico y se empieza a sugerir por primera vez que debe versar sobre un objeto lícito (Cruz 2015, 50). Por lo mismo, la Corte Constitucional empieza a sugerir límites a la libertad de expresión, dado que mensajes como la incitación a la guerra, la apología al conflicto u otros temas análogos no estarían contemplados desde las libertades constitucionales. Se evidencia de esta manera que hasta este momento se sugiere que la protesta social es una materialización de la libertad de expresión y no se desarrolla su análisis señalando que se trata de un derecho fundamental autónomo.

Sería en la sentencia C-742/2012 que la Corte Constitucional colombiana daría plena autonomía al derecho a la movilización social, dado que analiza la exequibilidad del tipo penal referente a la obstrucción de vías y perturbación del transporte público, colectivo u oficial. En este caso se considera ajustada a la norma de normas esta sanción penal, pero se hace un condicionamiento hermenéutico que desarrolla en extenso el derecho a manifestarse públicamente. Se señala que este tipo de manifestaciones buscan llamar la atención de la opinión pública y de las autoridades en torno a una problemática concreta (García 2017, 44). La Corte Constitucional sugiere que por

regla general estas manifestaciones públicas son desarrolladas por grupos minoritarios, planteando que es un ejercicio democrático legítimo para evidenciar sus necesidades. Si bien no se habla expresamente de la protesta social, sí se aborda desde la conceptualización de la manifestación social como derecho autónomo.

Lo novedoso de este pronunciamiento se encuentra en reconocer que para el ejercicio de este derecho fundamental autónomo, es fundamental limitar los derechos de otras personas no manifestantes. Esta limitación de derechos de terceros no implica que se anulen o se vulneren, sino que temporalmente será necesario perturbar la normalidad de la vida comunitaria para alcanzar los objetivos perseguidos con la manifestación pública. Puede ser cuestionable que la Corte Constitucional utilice el término de normalidad, pero lo hace para demostrar que la generación del impacto esperado por parte de la manifestación social se asegura llevando a que las dinámicas sociales se alteren para efectivamente llamar la atención. Si no se presentara un cambio en la dinámica cotidiana, no se trataría efectivamente de una manifestación social sino de otras vías de ejercicio de las libertades individuales (Gargarella 2015, 190). En cualquier caso, las alteración generada por la manifestación social debe ser pacífica y con un objeto lícito.

2. Estado actual de la protesta social desde la doctrina constitucional

Luego de algunas sentencias que reiteran el precedente que se ha construido hasta ese momento en torno al derecho a la libertad de expresión¹, se encuentra la sentencia hito C-281/2017 que va a hacer énfasis en el cambio de paradigma que representa la manifestación pública entre la Constitución Política colombiana de 1886 y la de 1991 (Archila 2003, 21). Se señala que en el contexto colombiano la manifestación pública es una manera de materializar la democracia participativa, de tal manera que se debe proteger no solo desde el rol de las autoridades administrativas sino también con el trabajo activo del juez constitucional. El aporte a la línea jurisprudencial que se analiza se encuentra en que se autoriza expresamente que las manifestaciones públicas sean disueltas por la fuerza pública, siempre que se desdibuje la

¹ Un ejemplo de estas sentencias de reiteración es la C-091/2017, la cual señala que la libertad de expresión desde el artículo 20 superior y que debe primar en aquellos casos en el cual haya alguna colisión normativa. Al mismo tiempo recuerda que cualquier restricción a este derecho fundamental estará categorizada como sospechosa de ser inconstitucional. También se encuentran las sentencias C-176/2017 y C-211/2017, las cuales insisten en que las manifestaciones deben ser pacíficas y deben asegurar la licitud del objeto de las mismas. Sin embargo, no representan un giro jurisprudencial sobre los temas que veían siendo planteado y por eso se catalogan como de reiteración.

naturaleza pacífica de las mismas. Sin embargo, se trata de la última instancia a la cual se debe acudir y la determinación de pacífico debe ser estrictamente interpretada.

No toda manifestación pública debe ser interpretada como factible de ser disuelta, pues solamente podrá realizarse cuando se presenta una inminente o grave alteración de la convivencia. Se debe tratar de un estricto análisis, pues se recuerda que las manifestaciones públicas en efecto alteran el curso normal de la cotidianidad de determinado lugar, al tiempo que limitan temporalmente el ejercicio de derechos de otros (Matanock y García 2018, 56). Por lo tanto, se deben intentar otros medios de solución y restablecimiento del orden antes de acudir a la fuerza de policía para disolver la manifestación que ha dejado de ser pacífica. En cualquier caso, no es posible que esta intervención policial consista en atentar contra la vida e integridad de los manifestantes, no tampoco puede conllevar un abuso de autoridad. El restablecimiento del orden público y la vuelta a la paz debe garantizar los derechos de todas las personas, incluyendo el bienestar de los manifestantes.

Se trata de un significativo avance jurisprudencial en torno al rol de la fuerza pública en relación con las manifestaciones, el cual iba a ser ampliado con la sentencia C-009/2018. En este pronunciamiento la Corte Constitucional revisa la exequibilidad de algunos apartes de la Ley 1801/2016, por medio de la cual se expide el Código de Policía. Se recuerda que la manifestación pública es un derecho fundamental autónomo que puede ser ejercido para fines legítimos, los cuales excluyen la propaganda de guerra, la apología al odio, la pornografía infantil, la instigación a delinquir, entre otros objetos ilícitos no taxativos. Por lo tanto, la manifestación pública puede ser ejercida por cualquier persona, tratándose de la materialización conjunta de cómo mínimo tres principios constitucionales: la libertad de expresión, de asociación y de participación. Por eso, es deber de las autoridades garantizar el ejercicio de este derecho, sin que tenga que mediar autorización para la organización de las referidas manifestaciones públicas; el derecho incluso se puede ejercer sin aviso a las autoridades, pues se contempla la posibilidad de manifestaciones espontáneas.

El rol de todas las autoridades debe girar en torno al ejercicio de este derecho fundamental, avalando desde la doctrina constitucional sanciones para quienes irrespeten o desconozcan el mismo. El respeto a los manifestantes se debe garantizar desde dos perspectivas mínimas y la primera consiste en que durante las manifestaciones las personas participantes se pueden expresar libremente sin que otros sujetos puedan entrar a confrontarlos de manera irrespetuosa o generar debates que interrumpan el ejercicio de sus derechos (Lalinde 2019, 140). Si se desean expresar ideas contrarias, se podrán hacer otras manifestaciones sociales en ejercicio de este novedoso derecho fundamental, pero sin entrar en confrontaciones con otros. La protesta social como

alcance dinámico de la movilización social no es un escenario de debate o conflicto de cualquier tipo. Por el contrario, la protesta social tiene como objetivo expresar libremente mensajes lícitos y que representan un interés legítimo de los participantes; para debatir o confrontar ideas existen escenarios distintos a este ejercicio constitucional.

La segunda garantía a la protesta social trasciende el lugar exacto en el que se ejercen los derechos, para establecer reglas exigibles al contexto local y nacional en relación con los manifestantes. Esta protección prohíbe que se puedan hacer señalamientos infundados y que atenten contra el buen nombre de los manifestantes. Esto incluye no solamente a grupos sociales contrarios sino también a líderes políticos y medios de comunicación. Todos las personas deben respetar a los manifestantes y evitar tachar como negativo el ejercicio de este derecho, garantizando que el mensaje que desea ser transmitido tenga vocación de ser escuchado. En consecuencia, se debe evitar desviar el mensaje que se transmite para abordar debates en torno a actos aislados como el vandalismo o tendencias políticas; la protesta social es un medio democrático legítimo y como tal debe protegerse en la interpretación que se haga del mismo. Es un deber de todos garantizar el libre ejercicio del derecho fundamental en el momento en que se genera la protesta social y la interpretación que se hace de la misma desde otros contextos que se refieran a la misma.

En este entramado de garantías, el trabajo de la policía y de las fuerzas militares será garantizar las condiciones para que se expresen quienes lo deseen hacer de manera grupal, pacífica y pública, siempre con plena identificación como representantes del Estado en realidades sociales específicas. En este sentido, se explica que la fuerza pública, a través de la policía y en ningún caso del ejército, podrá intervenir en casos excepcionales y bajo principios de proporcionalidad según se ha expuesto antes. La policía debe asumir un rol garante de los derechos constitucionales y superar posibles comportamientos de confrontación (Lalinde 2019, 111); tanto la policía como quienes protestan son personas protegidas bajo la misma norma de normas y en ningún caso enemigos que responden a intereses de bandos diferentes. Por lo mismo, el aparato estatal en conjunto debe asegurar la protección de los manifestantes a través de la fuerza de policía y actuar de manera excepcional cuando la protesta deje de ser pacífica, sin que esto signifique que están legitimados para actuar por fuera de los parámetros constitucionales exigibles para todas las personas, en especial, los representantes del aparato estatal.

En el marco de estas prerrogativas la Corte Constitucional determina los alcances del derecho constitucional a la manifestación pública, puesto que le da al mismo un alcance estático y uno dinámico. El alcance estático de este derecho fundamental está dado por reuniones que pueden ser en lugares públicos o privados, para expresar las ideas libremente pero sin que esto implique una movilización. Por su parte, la manifestación pública tendrá un

alcance dinámico cuando se ocupan los bienes públicos con movilizaciones sociales que bien pueden ser denominadas como protestas sociales. Es ahí donde la Corte Constitucional amplía el término del artículo 37 superior, para no centrarse solamente en la manifestación social sino desglosando la misma para dar lugar a la protesta social como un derecho fundamental en sí mismo. Se trata de una novedad jurisprudencial, que plantea exigencias para todos los operadores jurídicos y para la realidad colombiana en general, en virtud de la cual la expresión pacífica bajo objetos lícitos debe ser garantizada para constituirse en una valiosa materialización de los imperativos democráticos, plurales y participativos que contempla la Constitución Política de 1991 para la realidad colombiana.

En tal sentido, la protesta social se constituye actualmente en un derecho fundamental no contemplado expresamente por la Constitución Política colombiana de 1991 sino construido desde la Corte Constitucional. Esta construcción se da luego de un desarrollo inicial en torno a la libertad de expresión, el cual puede ser materializado en las manifestaciones públicas. A tal libertad de expresión se le agrega a medida que pasa el tiempo la libertad de asociación y de participación, de tal manera que la manifestación social es en sí misma el ejercicio democrático y legítimo de un contrapeso a los poderes del Estado. Este contrapeso puede ser realizado de manera estática y dinámica, lo cual es una interpretación auténtica del tribunal constitucional. Este alcance dinámico de la manifestación pública es en sí misma la protesta social, por lo cual se crea una institución jurídica novedosa que ha de ser garantizada a través del cumplimiento de órdenes rigurosas dirigidas no solo hacia el Estado y sus operadores jurídicos, sino a todas las personas que se encuentran bajo la protección de la norma superior colombiana.

IV. CONCLUSIONES

La Constitución Política colombiana de 1991 representa un cambio de paradigma en relación con el anterior sistema jurídico, dado que plantea exigencias constitucionales disruptivas que incluye el ejercicio pleno de las libertades individuales. Para que estos mandatos superiores no se limiten a ser una norma formalmente aprobada sin aplicación práctica, la norma de normas encarga a la Corte Constitucional de ser la guardiana e intérprete de la Constitución, asegurando que aporte a la comprensión de las exigencias sociales desde la construcción permanente de interpretaciones auténticas. Esto implica que al derecho se le asigna una naturaleza abierta propia de la iusteoría del antiformalismo, exigiendo que sea complementado de manera permanente por fuentes diferentes al legislador tradicional.

En el ejercicio de sus funciones, la Corte Constitucional ha construido precedentes sobre cómo se han de interpretar y materializar diferentes

derechos, obligaciones y garantías constitucionales. Una de los derechos sobre el que se ha pronunciado la Corte Constitucional a través de un precedente uniforme es el derecho fundamental a la protesta social, el cual puede ser entendido a través del análisis de una línea jurisprudencial encabezada por diferentes sentencias hito. De la interpretación de estos pronunciamientos judiciales se debe tener en cuenta que el derecho a la protesta social es un alcance dinámico del derecho fundamental a la manifestación pública contemplado en el artículo 37 de la norma superior que tiene una serie de exigencias para poder ser plenamente ejercido.

Estas exigencias se fundamentan en el derecho fundamental a la libertad de expresión, en virtud del cual toda persona tiene la posibilidad de expresar sus ideas, inconformidades y necesidades de manera pública o privada. En cualquiera de estos casos, el ejercicio de estos derechos se debe hacer de manera pacífica y asegurando la existencia de un objeto lícito. Sin embargo, eso no implica que deba ser autorizado por el Estado su ejercicio, pues en algunas ocasiones bastará con un aviso a la autoridad o también se podrán configurar manifestaciones espontáneas. Por lo tanto, todos los operadores jurídicos deben asegurar que quienes así lo deseen puedan manifestarse con todas la garantías que un Estado social de derecho contemplaría como mínimas; los derechos fundamentales han de ser ejercidos sin limitaciones que pongan en riesgo su plena materialización.

Todo lo anterior implica que no es dable que el Estado prohíba o disuelva manifestaciones públicas, salvo que se altere gravemente el orden público en el momento en que se deje de atender las características de pacífica y lícita. Es en ese punto en el cual la policía podrá intervenir, nunca el ejército, para restablecer la sana convivencia y garantizar los derechos de todas las personas, incluyendo los manifestantes. Sin embargo, esta intervención deberá atender a principios de proporcionalidad, nunca atentar contra los manifestantes y en ningún caso se podrá configurar un abuso de poder. Pero se insiste en que es un recurso absolutamente subsidiario, pues se entiende que el ejercicio del derecho a manifestarse públicamente implica necesariamente una afectación al curso cotidiano de las actividades sociales.

La manifestación social representa una estrategia para materializar los principios democráticos y generar un contrapeso social al ejercicio del poder del Estado, para lo cual se debe llamar la atención de las autoridades o de la sociedad cambiando la normalidad en la cual se encuentra determinado contexto. Las manifestaciones públicas buscan visibilizar exigencias sociales a través de formas no tradicionales que sean pacíficas y lícitas, por lo cual podrán implicar un límite temporal a los derechos de algunos que no estén manifestándose. Este límite temporal de derecho no implica su anulación ni vulneración, sino que representa una estrategia para que el conglomerado social y el Estado contemple como legítimas ciertas exigencias que

muchas veces son formuladas por grupos minoritarios que requieren ser atendidas.

De esta manera se responde a la pretensión metodológica de este artículo, al tiempo que se avala la hipótesis formulada al inicio de este. Esto implica que en efecto la Corte Constitucional, como guardiana e intérprete de la Constitución Política colombiana de 1991, ha construido un precedente uniforme en torno al derecho fundamental a la protesta social. Este precedente, a diferencia de las posibilidades de limitación contempladas en el artículo 37 de la norma superior, ha otorgado plena protección a los ciudadanos que deseen protestar pacíficamente y ha establecido las prerrogativas de actuación de las demás ramas del poder público en cualquier intento por limitar el ejercicio de este derecho. El derecho fundamental a la protesta social es uno de los alcances de la manifestación pública contemplada en el mencionado artículo 37 superior, por lo cual ha de ser garantizado plenamente pues con el mismo se aporta al logro de los principios democráticos, participativos y pluralistas a los cuales se adscribió Colombia desde 1991. Se evidencia de esta manera que los lineamientos constitucionales para el ejercicio de este novedoso derecho constitucional se encuentran planteados, por lo cual es labor del contexto colombiano en general asegurar su plena materialización.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARCHILA, Mauricio. 2003. *Idas y venidas, vueltas y revueltas: Protestas sociales en Colombia 1958-1990*. Bogotá D.C.: CINEP – ICANH.
- BARRERA, Victor y Carlos HOYOS. 2020. «¿Violenta y desordenada? Análisis de los repertorios de la protesta social en Colombia». *Revista Análisis Político* 33, n.º 98: 167-190.
- BAUTISTA, Sandra. 2012. «Alternativas analíticas en el campo de la movilización social en Colombia: la acción colectiva de alto riesgo». *Revista Estudios Políticos* 47, n.º 41: 57-69.
- BENITEZ, Vicente y Germán GONZÁLEZ. 2016. «El rol de las Cortes y la protección de la democracia: una aproximación desde regímenes transicionales». *Revista Derecho del Estado* 36: 41-67.
- BONILLA, Daniel. 2009. «Introducción: Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate». En *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*, editado por Daniel Bonilla, 11-36. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana.
- BOTERO, Andrés. 2010. «El Estado democrático liberal burgués escenario para la búsqueda de los principios inspiradores de las codificaciones civil y mercantil». *Revista Estudios de Derecho* 67, n.º 150: 179-189.
- BUENAHORA, Jaime. 1993. *El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*. Bogotá D.C.: Tercer mundo.
- CAJAS, Mario. 2008. *El control judicial a la reforma constitucional: Colombia 1910-2007*. Cali: Universidad ICESI.

- CARRERA, Liliana. 2011. «La acción de tutela en Colombia». *Revista IUS* 5, n.º 27: 72-94.
- CASTILLO, José y Manuel LUJÁN. 2006. *Razonamiento Judicial: Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Ara Editores.
- CELY, Leonardo. 2014. «El carácter especulativo de la iusteoría periférica». *Revista Prolegómenos, derechos y valores* 17, n.º 349: 33-41.
- CEPEDA, Manuel. 1993. *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá D.C.: Presidencia de la República y Consejería para el Desarrollo de la Constitución.
- CRUZ, Edwin. 2015. «El derecho a la protesta social en Colombia». *Revista Pensamiento Jurídico* 42: 47-69.
- DE ZUBIRÍA, Andrés. 2012. «La historia de la Rama Judicial en Colombia». *Criterio Jurídico Garantista* 3, n.º 6: 154-187.
- ESTRADA, Sergio. 2007. «Los límites a la corte constitucional como presupuesto para el mantenimiento del orden institucional: propuesta de control a partir de la teoría de los principios jurídicos y la metodología de la argumentación jurídica». *Revista Opinión Jurídica* 6, n.º 11: 13-29.
- GARCÍA, Mauricio. 2003. «Luchas urbano-regionales». En *25 Años de luchas sociales en Colombia*, editado por Mauricio Archila, 71-120. Bogotá D.C.: CINEP.
- . 2017. *El orden de la libertad*. Bogotá D.C.: Fondo de Cultura Económica.
- GARGARELLA, Roberto. 2015. «El derecho frente a la protesta social». *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 250: 183-199.
- GARRETÓN, Manuel. 2001. *Cambios sociales, actores y acción colectiva en América Latina*. Santiago: CEPAL.
- LALINDE, Sebastián. 2019. *Elogio a la bulla: Democracia y protesta en Colombia*. Bogotá D.C.: Dejusticia.
- LEMAITRE, Julieta. 2009. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- LÓPEZ, Diego. 2004. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
- . 2006. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
- LÓPEZ, Germán. 2011. «El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?». *Cuestiones constitucionales*, n.º 24: 169-193.
- PERILLA, Juan. 2017. *Constructivismo antiformalista: conceptualización pedagógica y materialización jurídica*. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.
- PULIDO, Fabio. 2018. «Poderes normativos de la Corte Constitucional colombiana». *Ius et Praxis* 24, n.º 3: 309-334.
- RAMÍREZ, María. 2001. *Entre el estado y la guerrilla: identidad y ciudadanía en el movimiento de los campesinos cocaleros del Putumayo*. Bogotá D.C.: Colciencias - ICANH.
- SANTANA, Pedro. 1986. «Crisis municipal: movimientos sociales y reforma política en Colombia». *Revista Foro*, n.º 1: 4-15.

- SAYED, Hani. 2009. «La globalización de la teoría del derecho: malinterpretación y resistencia». En *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*, editado por Daniel Bonilla, 119-160. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana.
- UPRIMNY, Rodrigo y Mauricio GARCÍA. 2006. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Norma.
- VELASCO, Marcela. 2006. «Cambio institucional y protesta social en Colombia». *Colombia Internacional*, n.º 63: 70-87.

THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS AS AN INSTRUMENT TO COUNTER
THE RULE OF LAW BACKSLIDING IN NATIONAL
LEGAL SYSTEMS (SOME DOCTRINAL REFLECTIONS)

*La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos
Humanos como instrumento para contrarrestar el retroceso
del Estado de Derecho en los ordenamientos jurídicos
nacionales (Algunas reflexiones doctrinales)*

Yuliia Reminska

Ph.D. in Law, Secretariat of the Constitutional Court of Ukraine
Visiting Postdoctoral Researcher (Constitutional Law) University of Malaga

<https://doi.org/10.18543/ed.2931>

Recibido: 05.07.2023

Aceptado: 18.10.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Abstract

The interaction between states and European interstate organizations has taken on a new dimension: through purely domestic doctrine the Rule of Law idea becomes standardised using European informal law-making. The current paper analyses how the European Court of Human Rights can modernise and develop the content of the Rule of Law. This paper offers two main contributions to theoretical legal thought. First, it pinpoints the necessity to conceptualise the meaning and content of the Rule of Law via the instruments of judicial interpretation. Being incorporated in every article of the European Convention, the Rule of Law is interpreted by the Strasbourg Court with the aid of a “living instrument approach”. Second, this article categorises the difference between two main structural levels of the Rule of Law: its principles and their requirements. This allowed the author to build a Rule of Law anti-backsliding “reference system” that is designed in a way that is directly based on judgments

rendered by the Court. It is argued that this may be useful for state legal systems as through its jurisprudence, the Court has developed a robust framework for assessing whether a member state violates the Rule of Law standards. The suggested framework has been used to hold member states accountable for their actions and to prevent any backsliding of the Rule of Law in Europe.

Keywords

Rule of Law, European Court of Human Rights, National Legal Systems, Judicial Review, Rule of Law Backsliding.

Resumen

La interacción entre los Estados y las organizaciones interestatales europeas ha adquirido una nueva dimensión: a través de la doctrina puramente nacional, la idea del Estado de Derecho se normaliza utilizando la elaboración de leyes informal europea. El presente artículo analiza cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede modernizar y desarrollar el contenido del Estado de Derecho. Este trabajo científico ofrece dos contribuciones principales al pensamiento jurídico teórico. En primer lugar, señala la necesidad de conceptualizar el significado y el contenido del Estado de Derecho a través de los instrumentos de interpretación judicial. Al estar incorporado en cada artículo del Convenio Europeo, el Estado de Derecho es interpretado por el Tribunal de Estrasburgo con la ayuda de un “enfoque de instrumento vivo”. En segundo lugar, este artículo clasifica la diferencia entre dos niveles estructurales principales del Estado de Derecho: sus principios y sus requisitos. Esto permitió al autor construir un “sistema de referencia” antirretroceso del Estado de Derecho, diseñado en base directa de las sentencias dictadas por el Tribunal. Se argumenta que esto puede ser útil para los sistemas jurídicos nacionales, ya que, a través de su jurisprudencia, el Tribunal ha desarrollado un marco sólido para evaluar si un Estado miembro viola las normas del Estado de Derecho. El citado marco se ha utilizado para que los Estados miembros rindan cuentas de sus actos y se evite cualquier retroceso del Estado de Derecho en Europa.

Palabras clave

Estado de Derecho, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sistemas Jurídicos Nacionales, Revisión Judicial, Retroceso del Estado de Derecho.

Summary: I. INTRODUCTION. II. THE ECtHR'S FIDELITY TO THE RoL PRINCIPLE: A CASE OF THE "LIVING INSTRUMENT" APPROACH. III. THE RoL AS A SET OF ELEMENTS AND THEIR REQUIREMENTS: PERSPECTIVE FOR THE SYSTEMATIZATION. 1. Developing an Elemental Framework for Conceptualizing the RoL as a Principle of Complex Nature. 2. Extracting the RoL Elements from the Court's Judgments: Streamlining of Certain Anti-Backsliding Standards for Europe. IV. CONCLUDING REMARKS. V. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCTION

The declaration of the Rule of Law (hereinafter referred to as the RoL) as the principle that functions at both international and national levels has spawned a vast discussion on how its normative content may be influenced by international legal practice and be implemented subsequently into the relevant national legal order. Most scientific publications to date have focused on the issues of how integration institutions like the EU elaborate and interpret the RoL idea.¹

However, less attention has been paid to the development of RoL in the framework of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the Court or the ECtHR). Factually, there are only a few works devoted directly to the aforementioned topic of research. Specifically, Lautenbach's book is geared toward the broad spectrum of the RoL's shades in the relevant Court's practice, including its role in the interpretation of universal human rights clauses.² Steiner's investigation is also focused on such issues and the like but with special reference to its mission to act as the underlying principle of any society that is considered democratic.³ Other scholars use overly

¹ For an overview on the various approaches used to reflect the nature of RoL at the level of international organizations, see, for example, Oliver Mader, "Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law," *Hague Journal on the Rule of Law* 11, (December 2018): 141; Carlos Closa, "Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law: Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations," In *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, edited by Carlos Closa and Dimitry Kochenov (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 19–21; Theodore Konstantinides, *The Rule of Law in the European Union: The Internal Dimension* (London: Bloomsbury Publishing PLC, 2017), 41–44.

² Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. (Oxford: Oxford University Press, 2013), 3–9.

³ Elisabeth Steiner, "The Rule of Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights," In *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept*

narrow approaches to examine RoL development within the Court's jurisprudence. J. L. Černič, for instance, has presented results on the role of the Court's interpretation in the development of the Central and Eastern European regions.⁴ These scholarly writings have certainly inspired qualitatively new areas of doctrinal conceptualization regarding RoL. However, in this paper, I contribute a different dimension to the current academic debates about the RoL internalization discourse.⁵ Specifically, what is the core of the ECtHR's practice in the upholding of the Rule of Law's *raison d'être*, and how its doctrines and approaches can potentially help to overcome the RoL backsliding practices within European legal space.⁶

In particular, the current research notes adopt both analytical and to some extent legally reconstructive approaches to the RoL as the principle of complex nature. The latter means that in the ECtHR's interpretative activity, the RoL's substantial content becomes standardized. Judicial interpretation serves not only as the instrument for the protection of fundamental human rights.⁷ Such activity should be construed as a specific direction in informal law-making, the output of which is in the creation of internationally accepted RoL standards.⁸ In turn, such standards are standards in the sense that they

to *Mechanisms of Implementation*, ed. Werner Schroeder (Oxford: Hart Publishing, 2016), 140–48.

⁴ Jernej Letnar Černič, "Impact of the European Court of Human Rights on the Rule of Law in Central and Eastern Europe," *Hague Journal on the Rule of Law* 10, (April 2018): 113–15.

⁵ For more information on the concept of "internationalized rule of law", please, find Andre Nollkaemper, "The Bifurcation of International Law: Two Futures for the International Rule of Law," *The Law of the Future and the Future of the Law*, 2011–05 (April 2011): 3–5, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1825976.

⁶ Within the scope of this paper, under the term "rule of law backsliding" I will understand the erosion or weakening of legal norms, institutions, and practices that ensure that the exercise of government power is based on a set of clear, predictable, and fair legal rules. It can occur in different forms, including the erosion of civil liberties, the restriction of access to justice, the politicization of the judiciary, the abuse of power by government officials, and the undermining of democratic checks and balances.

⁷ In the sense that the Court may provide competing interpretations on Convention's articles, thus creating particular normative models for the legal regulation of certain social relationships.

⁸ In contrast to the traditional international law-making, Ramses A. Wessel elaborates the concept of informal law-making. The main idea is that informal international law-making is a flexible way to produce legal norms that are regarded to form the corpus of soft law. See: Ramses A Wessel, "Informal International Law-Making as a New Form of World Legislation?," *International Organizations Law Review* 8, 1 (January 2011): 256–59, doi: <https://doi.org/10.1163/157237411X594209>. In that spirit, I am of the opinion that ECtHR's law-making activity is informal in the sense that in certain Court's judgments, RoL standards are laid down, but they do not appear in the form of strict rules.

may be employed as special landmarks and indicators in strengthening national RoL variations.⁹ It is believed, the chosen Eurocentric approach will allow legal scholars and practitioners to rethink mechanisms of convergence and legal acculturation of national legal systems in terms of approximation to certain international RoL standards, thus eliminating potential or real-life cases of RoL backsliding.

The outlined scope of the article as well as existing empirical material make it possible to argue that the overall purpose of the suggested investigation is twofold. First, conceptualizing this principle from the standardization perspective shall prove interesting for legal practitioners engaged in what Kleinfeld calls “rule of law ends”.¹⁰ Second, this paper intends to address not so much the issues related to the challenges and limitations that the Court faces in its activity, but rather the role of this institution in fostering and developing gradual and “anfractuous” crystallization of the RoL constituent parts.

It is therefore possible to form a reasonable hypothesis of the suggested research: a substantial content of the RoL is comprised of the certain international legal standards that are constantly emerging from the ECtHR’s “living instrument” approach. As a result, they can directly or indirectly influence legal systems in terms of modification of national versions of the investigated principle.

Such a complex hypothesis is to be developed in two main steps. First of all, I address the issue of the ECtHR’s approach to the RoL practical elaboration. Under that objective, I distinguish several dimensions (analyzed from the Court’s case law) within which the RoL principle is conceptualised. Then, I explore relevant ECtHR decisions to prove this principle has a meta-legal character. Focusing on this aspect, it will be shown that the RoL could be seen as a non-hierarchical system of interconnected principles with further concretisation in the form of special requirements. The latter concurrently establish a coherent system of the RoL European anti-backsliding standards.

Indeed, these standards are a “cumulative” form of materialization of special axiological determinants that establish RoL normative structure.

⁹ Olga Burluk, “Variation in EU External Policies as a Virtue: EU Rule of Law Promotion in the Neighbourhood,” *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 53(3) (October 2014): 512–13, <https://doi.org/10.1111/jcms.12216>.

¹⁰ Rachel Kleinfeld Belton, *Competing Definitions of the Rule of Law: Implications for Practitioners* (Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 2005), 7.

II. THE ECtHR'S FIDELITY TO THE ROL PRINCIPLE: A CASE OF THE "LIVING INSTRUMENT" APPROACH

As the observant reader probably noted, traditional sources of European law, albeit static in their content, can be interpreted proactively, that is with special reference to extensive development in the regulation of social relations. Such an approach to interpretation has become known as "evolutive" or "dynamic".

In the context of ECtHR's decision-making, the evolutive method is considered to serve as the gold standard in protecting the fundamental human rights enshrined in the Convention. As Dzehtsiarou notes in his article, being a "*tool that keeps the meaning of the rights both contemporary and effective*", ECtHR's evolutive interpretation makes the Convention a "living instrument" as it allows analysing and translating its provisions following the present political and socio-economic contexts. Logically, in case the Court will apply human rights standards, the meaning and connotation of which remain unchanged, international law sources will become the instruments of stagnation.¹¹

Clearly, the Convention remains a central source of human rights advocacy all over Europe, as its provisions are by definition long. However, the content of the fundamental rights that comprise the "Convention's cells" has evolved substantially, notably with new means of realization which were unknown at the time of the Convention's adoption. Therefore, the method of dynamic interpretation precludes the scope of inviolable human rights from being locked into legal practices of the past. In other words, Convention should be interpreted by taking into account the evolution of the global legal system, in addition to changes that are constantly occurring in the present day. Admittedly, the application of this interpretational approach renders the Convention a "living instrument". The concrete meaning of the latter, particularly, should be provided with this extract from the ECtHR's judgment. In the landmark case of *Tyrer v. United Kingdom*, the Court stated in full:

*"The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it, the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field. [...]"*¹²

¹¹ Kanstantsin Dzehtsiarou, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights," *German Law Journal* 12, no. 10 (October 2011): 1730, doi:10.1017/S2071832200017533.

¹² *Tyrer v the United Kingdom*, 15 March 1978, § 31, Series A no. 26.

So far, this remains a rather simple explanation of the mutual influence exerted by different levels of the global legal order, but it points clearly to the idea of intrinsic linkage between fundamental human rights and the RoL.¹³ It is not surprising, therefore, that these values are interdependent. From one side, the quintessence of the RoL lies in the protection of individual's rights from coercive and arbitrary state power.¹⁴ On the other hand, the RoL as an important social value can only exist in states where adherence to the universally recognised human rights standards is deemed a vital part of constitutional order.

This complex interdependence indicates that the RoL is of an objective nature while fundamental human rights are rather subjective. Particularly this means that the RoL's main purpose (to protect individuals from the state's unlawful conduct) remains universal as it exists independently of any state's political will. RoL's normative content inherently contains an obligation within which the state and its governmental authorities are limited in their discretionary activity, especially toward human rights issues. In contrast, fundamental human rights are of a subjective nature in the sense that the end-result of their effectiveness is directly dependent upon the state's activity in their legal consolidation, implementation, and protection. To exercise a particular right means that by itself this right is fully personalised, hence elevating the human being to its role as the centerpiece of the state's existence.

That is why it is so important to reveal the RoL normative development along with the Court's evolutive interpretation of the Convention since it is aimed at the protection of basic human rights that are violated at the national level. Being a human rights guardian, the ECtHR is designed to find the gaps in the national RoL doctrines that are intended to protect individuals according to specific domestic contexts. Within the evolutive approach, it is possible to detect and normatively define particular RoL "working definitions" while interpreting the scope of the rights incorporated in the Convention articles. Admittedly, without the evolution of its construction, the RoL could not perform its function merely as the "*useful tool for the Court assisting it in interpreting, supplementing and enhancing the protection standards set out in the Convention*".¹⁵

¹³ Norman Weiß, "Rule of Law as a Basis for Effective Human Rights Protection: The German Perspective," In *The Universalism of Human Rights. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol 16, ed. Reiner Arnold (Dordrecht: Springer, 2013), 262–63.

¹⁴ Brian Z. Tamanaha, "A Concise Guide to the Rule of Law," In *Florence Workshop on the Rule of Law*, no. 07-0082, no. 07-0082 (September 2007): 9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012051.

¹⁵ Steiner, "The Rule of Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights," 139.

Nevertheless, in its decisions, ECtHR repeatedly pointed out that the RoL principle is inherently incorporated into every article of the Convention.¹⁶ Thereby, its very idea is rightfully represented as the common heritage of the European community as it is a concept “[...] *from which the whole Convention draws its inspiration*”.¹⁷

Against this backdrop, there can be many ways of viewing and defining the ECtHR’s variation of the RoL. Investigating the Court’s jurisprudence, some authors tend to reflect this principle via the concept of a “reasonable minimum core of socio-economic rights”. For example, according to Čerňič, the normative content of the RoL is comprised of a set of elements reflecting not only civil and political but also socio-economic rights as they derive from the same external set of fundamental values.¹⁸ Such a reasonable approach allows one to argue that the scope of the development of RoL standards is not limited to certain categories of human rights. Quite the contrary: if the RoL is elaborated as a set of legal and moral standards aimed at ensuring and protecting fundamental human rights, the understanding of the interpretation of the Convention is that it serves as a means to expand the normative structure of this principle by the development of new substantive nuances of its content.¹⁹

The analysis provided below of the Court’s case law will demonstrate the importance of using the evolutive method to substantially develop the RoL, as the Court in this instance acts as a special informal law-making authority.²⁰ Particularly, the latter means that the ECtHR is considered to be a “constitutional court” in the sense that its judgments are delivered within the basis of European consensus doctrine.²¹ To this end, the Court can determine which

¹⁶ *The Former King of Greece and Others v. Greece*, no 25701/94, § 79, ECHR 2000-XII; *Mangir and Others v The Republic of Moldova and Russia* (final), no 50157/06 § 36, 3 December 2018.

¹⁷ *Engel and Others v The Netherlands*, 8 June 1976, § 69, Series A, no. 22.

¹⁸ Letnar Jernej Čerňič, “The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises,” *Hague Journal on the Rule of Law*, no. 8(2) (September 2016): 235.

¹⁹ Brian Z. Tamanaha, “The History and Elements of the Rule of Law.” *Singapore Journal of Legal Studies*, (2012): 234. <http://www.jstor.org/stable/24872211>.

²⁰ Armin von Bogdandy, and Venzke Ingo, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers,” *German Law Journal* 12, no. 5 (2011): 989–993, doi:10.1017/S2071832200017193.

²¹ Robert Harmsen, “The European Court of Human Rights as a ‘Constitutional Court’: Definitional Debates and the Dynamics of Reform,” In *Judges, Transition and the Human Rights*, eds. John Morison, Kieran McEvoy, and Gordon Anthony (Oxford: Oxford University Press, 2007), 33–34.

^Recent papers on European consensus issues show that this doctrine used by the ECtHR reflects the shared vision and framework for further actions in the development of unified and policy coherent protection of basic human rights. Within the RoL perspective,

RoL aspects need to be strengthened to reflect the above-cited European consensus among national legal systems and, accordingly, to prevent or at least minimise the risks of RoL backsliding.

III. THE RoL AS A SET OF ELEMENTS AND THEIR REQUIREMENTS: PERSPECTIVE FOR THE SYSTEMATIZATION

1. *Developing an Elemental Framework for Conceptualizing the RoL as a Principle of Complex Nature*

In the majority of cases, the Court refers in its judgments to certain aspects of the RoL. Therefore, there is a question of some lexical diversification that exists in relevant legal texts. Namely, in some of its judgments, the ECtHR uses such word combinations as the “basic element of the rule of law”. For example, in the case *Baranowski v. Poland* the Court pointed out the following:

*“Secondly, the Court considers that the practice which developed in response to the statutory lacuna, whereby a person is detained for an unlimited and unpredictable time and without his detention being based on a concrete legal provision or on any judicial decision is in itself contrary to the principle of legal certainty, a principle which is implied in the Convention and which constitutes one of the basic elements of the rule of law”.*²²

Sometimes the Court used another wording to identify the RoL’s structural unit, notably its requirements:

*“The Court further notes that – as was the situation in the present case – there are divergences in the case law of the courts as regards, in particular, the question whether the application of Sharia law is compatible with the principle of equal treatment and with international human rights standards. Such divergences exist among courts of the same judicial branch, as well as between the Court of Cassation and the civil courts (see paragraphs 51-53 above) and between the Court of Cassation and the Supreme Administrative Court (see paragraph 44 above), but also within the Court of Cassation itself (see paragraph 47 above). The divergences create legal uncertainty, which is incompatible with the requirements of the rule of law [...]”.*²³

this concept is especially useful as it provides a means to legitimise the Court’s judgments not only for States to which they have been addressed, but also as the soft law instruments for the other countries in Europe, the judicial protection systems of which to some extent are outdated and need to be improved.

²² *Baranowski v Poland*, no 28358/95, § 56, ECHR 2000-III.

²³ *Molla Sali v Greece* (just satisfaction) [GC], no 20452/14, § 153, 19 December 2018.

Alongside this, in judicial texts, one can find more variations about designating other aspects of the RoL, particularly its “principles”. In the case *Zubac v. Croatia* the following was highlighted:

*“The right of access to a court was established as an aspect of the right to a tribunal under Article 6 § 1 of the Convention in Golder v. the United Kingdom (21 February 1975, §§ 28-36, Series A. no. 18). In that case, the Court found the right of access to a court to be an inherent aspect of the safeguards enshrined in Article 6, referring to the principles of the rule of law and the avoidance of arbitrary power which underlay much of the Convention. Thus, Article 6 § 1 secures to everyone the right to have a claim relating to his civil rights and obligations brought before a court [...]”*²⁴

With this in mind, a question arises: Are there any connotative differences between the phrasal choices enumerated above? I would assert yes. Unfortunately, neither RoL legal thinkers nor practitioners have yet elaborated any methodological grounds for the outlined distinction. Regardless, I will try to provide background reasons for why it is necessary to classify and differentiate between the RoL elements, principles and requirements.

There is a general rule that the structural components of any legal phenomenon should be divided according to the internal properties they are endowed with. In doing so, although performing distinct functions, such components are interlinked via substantial relationships to ensure proper target determination of a given phenomenon.²⁵

Contextual analysis of the Court’s judgments as suggested above clearly indicates that within the evolutive interpretation, the RoL is represented as the complex legal construction, itself subdivided into several structural units. It seems to me that each time the Court refers to a RoL element, principle, or requirement, it intends to show various aspects of the RoL internalization. In any case, an understanding of the content of the RoL elements and principles should not be identical to the content of its requirements.

The RoL elements are generic terms towards its principles. Being united according to certain criteria, RoL elements can be either formal or substantial. Thus, each type of element can be considered a system of interconnected principles. The identification of the RoL elements as a more or less coherent system of certain principles provides for a detailed description of their true sense. The latter is accompanied by the formulation of specific requirements established by the Court to show the concrete problem in the RoL adherence

²⁴ *Zubac v Croatia* [GC], no 40160/12, § 76, 5 April 2018.

²⁵ Jerome Hall, “Some Basic Questions Regarding Legal Classification for Professional and Scientific Purposes,” *Journal of Legal Education* 5, no. 3 (1953): 330–31. <http://www.jstor.org/stable/42890689>.

by a particular domestic legal system. Inherently, those requirements are designed to effectively reveal the content of the RoL's certain principles. At the same time, they can be put forward to the specific national legal system so that a separate structural part of the RoL principle is improved and thus can be operated within that unique political and legal environment. Yet conversely, the RoL requirements in their functional direction are much narrower than their principles. They can acquire individual manifestations within the framework of the particular RoL principle. That is, the emergence of a list of requirements in any case directly depends on the level of backsliding the certain RoL principle. In their content, such requirements are turned towards the prospects for the development of certain ideas imposed by the RoL principle.

Hence, when the Court refers to the RoL requirements, it intends to emphasize the relationships of coordination between European and national legal orders. I believe the RoL requirements shape a request for rethinking the goals and objectives of domestic legal regulation, as well as the tasks pursued by the national legal system (or its separate parts). Objectively, they act as axiological reference points in the interaction of national legal systems with the legal system at the European level.

In essence, in the first case, we are talking about the development or improvement of a certain RoL principle as its elements that can be considered as a result of the Court's informal law-making power. Otherwise, when the ECtHR refers to a specific violation of fundamental human rights, the contextual message comes precisely with the RoL requirements. This, as it seems, is an expression of the Court's exercise of its direct function – monitoring the observance of natural human rights, or protecting and restoring them in case of violation by the state. In giving this caveat, I think that by their legal nature, the RoL principles are prescriptive; that is, they form the internal structure of the RoL as a “meta-legal” and complex principle. And the requirements are essentially descriptive, that is, they are systematically written out from the teleological tasks that are specific to a certain RoL principle. Requirements express the objective qualities of a certain RoL element. For instance, for access to justice as one of the elements of the RoL, there can be articulated such requirements as the requirement to ensure the rights to a fair trial, the requirement to provide free legal aid, etc.

Against this background, I believe that the elements form the normative environment for the RoL as a concept with precise content and not simply as an abstract declarative idea. In contrast, RoL requirements are the specified options that are qualitative indicators used to define “blind spots” in the RoL practical implementation by state authorities. They can be otherwise known as the conditions needed to be observed to respect the RoL and not to backslide it. Together, they can be represented as the RoL anti-backsliding standards.

All these methodological arguments make it possible to develop a specific “reference system” of the RoL anti-backsliding standards. I believe the establishment of the RoL list of components will facilitate the socialization of legal norms. Namely, this takes place when the national legal orders (as one of the key European law-making addressees) extract and adapt the RoL anti-backsliding standards that are produced at the level of certain legal relations. Prominently, this is accompanied by the process of diffusion of legal norms (legal diffusion).²⁶ The effect of this process can be detected not only in national judicial practice but also in domestic legal engineering.

2. *Extracting the RoL Elements from the Court’s Judgments: Streamlining of Certain Anti-Backsliding Standards for Europe*

Before depicting certain RoL “reference system”, explaining which criteria were used to make such systematization is of utmost importance. It is not a secret that being of common European heritage, the investigated concept ideologically pervades the whole text of the Convention. For this reason, some RoL principles are less obvious from the Convention’s article, and, accordingly, principles that can be directly drawn from its text.

However, I was guided mostly by the contextual search (using keywords like “rule of law element(s)” or “rule of law principle(s)”) in the Court’s case-law database. This means that in my examination I was not limited to the particular time frame, geopolitical context, or specific type of legal dispute that was addressed by the ECtHR. The absence of any constraints allowed me to identify to some degree an extensive set of anti-backsliding standards that could be incorporated into the RoL legal construction, thus characterizing it as a meta-legal principle.

Another important moment is that although the Court may refer to the “rule of law requirements”, their true essence is revealed within the teleological interpretation. Recourse to this method was of primary importance to me for one reason. It has enabled me to extract from the Court’s motivation part of its judgment a direct RoL requirement that was formulated by the Court to show concrete formal and substantial properties with which a particular domestic legal system (or some of its structural units) should be reconciled.

²⁶ To avoid ambiguity in this term’s meaning, the approach suggested by M. Solinas will be employed. Namely, diffusion of RoL international standards can be defined as the elaboration of “legal transplants”, that is, legal standards transplanted from the supranational level to the level of national legal system. In this regard see: Solinas, Matteo. “The Debate on the Diffusion of Law,” In *Legal Evolution and Hybridisation*, ed. Matteo Solinas. IUS Commune: European and Comparative Law Series. (Brussels: Intersentia, 2014), 7–22. doi:10.1017/9781780685359.004.

Against this backdrop, the suggested anti-backsliding “reference system” may include the following RoL elements and requirements that are stemmed from them:

1. Principle of legality. In most cases, each Court’s judgment, revealing the nature of legality directly explicates its content via certain requirements: requirement of supremacy of law means the law as a legal act ranked first in the hierarchy of national law sources; among the most essential aspects of this requirement is that all actions of both state authorities and citizens should be in conformity with the national laws;²⁷ requirement of non-retroactive application of the law (the requirement of prohibition of retroactive legislation) means that only the law can define a crime and prescribe a penalty; this additionally presupposes that the criminal law must not be extensively construed to the accused’s detriment, for instance by analogy;²⁸ requirement of clear predictability of the norms of positive law, which means that every state shall be constituted with the clear legislative frameworks; in its turn, there should be a clearly drafted legal provision which is considered to be an inevitable element of judicial interpretation;²⁹ requirement for a clear and unambiguous delimitation of the restrictions that may be imposed on human rights implementation, that is “necessary in a democratic society in the interests of public safety and for the prevention of disorder and crime”.³⁰

2. Principle of legal certainty can be revealed via the following traditional requirements: requirement of sufficiently clear and foreseeable national legislative framework;³¹ this requirement is closely linked with the issue of deprivation of liberty and the State’s ability to conform to the standards of lawfulness;³² requirement to ensure a certain stability in legal situations; this means that one of the most important aspects of legal certainty that the law should not be changed unexpectedly;³³ this requirement is believed to be essential as it maintains the public confidence in the domestic law, mainly due to the fact that stability in legal situations directly results from the consistency of the law and coherence of courts judgments, respectively;³⁴

²⁷ *Capsky and Jeschkeova v The Czech Republic* (just satisfaction), nos. 25784/09 and 36002/09, § 22, 9 February 2017; *Cervenka v Czech Republic* (final), no 62507/12, § 105, 13 January 2017.

²⁸ *Baka v Hungary* [GC], no 20261/12, §55, 23 June 2016.

²⁹ *Maestri v Italy* [GC], no 39748/98, §§ 6, 26, 29, ECHR 2004.

³⁰ *Enea v Italy*, no 74912/01, §§ 34, 131, ECHR 2009.

³¹ *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v Romania*, no 76943/11, § 108, 29 November 2016.

³² *Khlaifia and Others v Italy* [GC], no 16483/12, § 92, 15 December 2016.

³³ *Hutten-Czapska v Poland* [GC], no 35014/97, § 171, 19 June 2016.

³⁴ *Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Campeanu v Romania* [GC], no 47848/08, § 14, ECHR 2014.

requirement according to which the positions of the persons concerned in particular situation should not remain unregulated for any period of time;³⁵ requirement of ensuring that judicial cases raising issues under the Convention should be examined within a reasonable time, thus preventing the authorities and other persons concerned in particular situation from being kept in a state of uncertainty for a long period of time;³⁶ requirement that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question;³⁷ requirement of accessibility of law, which entails the State's obligation to create all the conditions necessary for the citizens to gain an access to any law;³⁸ for instance, in Case of *De Tommaso v. Italy*, ECtHR has outlined in General principles that 'the Court reiterates its settled case-law, according to which the expression "in accordance with law" [...] also refers to the quality of the law in question, requiring it should be accessible to the persons concerned";³⁹ requirement to follow the doctrine of legitimate expectations; depending on different shades of the cases, the Court has been considered this is endowed with quite various aspects of understanding; namely, in some cases, the persons concerned were entitled to rely on the fact that the legal act on the basis of which they had incurred financial obligations would not be retrospectively invalidated to their detriment; against this backdrop, the concept of legitimate expectation is thus based on a reasonably justified reliance on a legal act which has a sound legal basis and which bears on property rights.⁴⁰

3. Principle of avoidance of arbitrariness and abuse of power includes the requirements of the following nature: the requirement to provide guarantees against the arbitrariness of state authorities; the requirement of clear and limited granting of discretionary powers; which means the national legal system should indicate with sufficient clarity the scope of discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise;⁴¹ requirement to ensure the lawfulness and reasonableness of the decisions taken by the state authorities;⁴² requirement of the ability of the national governments to ensure

³⁵ *Kuric and Others v Slovenia* [GC], no 26828/06, § 15, ECHR 2012.

³⁶ *Radomilja and Others v Croatia* [GC], nos 37685/10 and 22768/12, § 118, 20 March 2018.

³⁷ *Brumarescu v Romania* [GC], no 28342/95, § 61, ECHR 1999.

³⁸ *Svinarenko and Slyadnev v Russia* [GC], nos 32541/08 and 43441/08, § 124, ECHR 2014.

³⁹ *De Tommaso v Italy* [GC], no 43395/09, § 106, 23 February 2017.

⁴⁰ *Kopecky v Slovakia*, no 44912/98, §§ 45–47, ECHR 2004-IX.

⁴¹ *S. and Marper v The United Kingdom* [GC], nos 30562/04 and 30566/04, §§ 95, 96, ECHR 2008.

⁴² *Khlaifia and Others v Italy* [GC], no 16483/12, §§ 86,88, 15 December 2016.

measures of legal protection against arbitrary interferences by public authorities;⁴³ requirement to establish the mechanisms of the accountability of the public authorities;⁴⁴ requirement to maintain the consistent interpretation of domestic law by the national courts.⁴⁵

4. Principle of separation of powers is comprised of: the requirement of the optimal self-regulation mechanisms which would include a system of checks and balances;⁴⁶ the requirement to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction.⁴⁷

5. Principle of proportionality provides for the following requirements: requirement according to which the severity of the penalty in criminal law must commensurate with the seriousness of the offence;⁴⁸ requirement according to which the measures taken by administrative authorities (executive) must be proportionate to the objective to be achieved.⁴⁹

6. Principle of effective justice may be considered the most complex and multilayered RoL element. Thus, it is appropriate to distinguish some clusters in the systematization of RoL requirements about this element.

Institutional requirements envisage: general requirement to ensure the right of access to a court, which must be practical and effective; particularly, it is manifested in the fact that individual must have a clear, practical opportunity to challenge an act that interferes with his/her rights;⁵⁰ requirement to create and facilitate the functioning of courts "established by law"; specifically, such a formulation presupposes that a national legal system comprises in particular the legislation on the establishment and the legislation on the competence of judicial organs;⁵¹ in this context, in particular, it entails provisions concerning the independence of the members of a tribunal, the length of their term of office, impartiality and the existence of procedural safeguards, thus presupposing not only the legal basis for the very existence of a "tribunal" but also compliance by the tribunal with the particular rules that

⁴³ *Belane Nagy v Hungary*, no 53080/13, § 78, 13 December 2016.

⁴⁴ *El-Masri v The Former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no 39630/09, § 23, ECHR 2012.

⁴⁵ *G.I.E.M. S.R.L. and Others v Italy* [GC], nos 34163/07, 19029/11 and 1828/06, § 31, 28 June 2018.

⁴⁶ *Natsvlishvili and Togonidze v Georgia*, no 9043/05, § 88, ECHR 2014.

⁴⁷ *Ramos Nunes De Carvalho E Sa v Portugal* [GC], nos 55391/13, 57728/13 and 74041/13, § 145, 6 November 2018.

⁴⁸ *Bedat v Switzerland*, no 56925/08, § 79, 29 March 2016.

⁴⁹ *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v Germany* (merits), no 42527/98, § 44, ECHR 2001-VIII.

⁵⁰ *Bellet v France*, no 23805/94, § 36, ECHR A333-B.

⁵¹ *Jorgic v Germany*, no 74613/01, § 64, ECHR 2007-III.

govern it;⁵² requirement, in accordance with which a case must be heard by an independent and impartial tribunal; this requirement is comprised of two interrelated sub-requirements – the independence of the judiciary and its impartiality; the first directly reflects the necessity to establish both formal and substantive guarantees on the court's independence from the other branches of power;⁵³ the second sub-requirement assumes that tribunal must function without a prejudice or bias;⁵⁴ requirement to provide reasonable court fees.⁵⁵

Procedural requirements are comprised of: requirement to formulate clear admissibility criteria for an appeal;⁵⁶ requirement to avoid excessive formalism that would infringe the fairness of the proceedings;⁵⁷ requirement to ensure the right of a fair trial, which primarily manifested in the requirement that litigants should have an effective judicial remedy enabling them to assert their fundamental rights;⁵⁸ requirement to ensure proper administration of justice means that there should be a diligent and proper conduct of the proceedings along with the careful implementation of the relevant procedural rules;⁵⁹ requirement to administer justice without delays, that is, the requirement of reasonable time; this requirement presupposes that domestic legal system must provide all necessary legal instruments and institutional capabilities necessary to organize its judicial system in such a way that the national courts are able to guarantee everyone's right to a final decision on disputes concerning rights and obligations within the reasonableness of the length of proceedings.⁶⁰

Special requirements are linked with the special guarantees provided for the individual to benefit from the right to a fair trial: requirement to establish a legal aid system which may offer individuals the substantial guarantees to protect them from arbitrariness;⁶¹ in order to comply with this requirement, the national legal system must provide the independence of the legal profession from the state;⁶² requirement to organize effective system of judicial decisions enforcement; primarily, this is necessary in order to prevent an unreasonably long delay in enforcement of a binding judgment; notably, in

⁵² *DMD Group, A.S. v Slovakia*, no 19334/03, § 59, ECHR 2011.

⁵³ *Henryk Urban and Ryszard Urban v Poland*, no 23614/08, § 45, ECHR 2011.

⁵⁴ *Micallef v Malta* [GC], no 17056/06, § 93, ECHR 2009.

⁵⁵ *Podbielski and PPU Polpure v Poland*, no 39199/98, § 69, ECHR 2005.

⁵⁶ *Maresti v Croatia*, no 55759/07, § 33, ECHR 2009.

⁵⁷ *Lukenda v Slovenia*, no 23032/02, § 45, ECHR 2005-X.

⁵⁸ *Cudak v Lithuania* [GC], no 15869/02, § 54, ECHR 2010.

⁵⁹ *Zubac v Croatia* [GC], no 40160/12, § 119, 5 April 2018.

⁶⁰ *Comingersoll S.A. v Portugal* [GC], no 35382/97, § 24, ECHR 2000.

⁶¹ *Del Sol v France*, no 46800/99, § 26, ECHR 2002.

⁶² *Orlov v Russia* (merits and just satisfaction), no 29652/04, § 108, ECHR 2011.

Case of *Hornsby v. Greece* the Court has underlined that the “right to a court” will be illusory if a national legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party; execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the “trial” for the purposes of Article 6 of the Convention;⁶³ accordingly, an unreasonably long delay in enforcement of a binding judgment may therefore breach the Convention.⁶⁴

7. Principle of equality and non-discrimination generally includes following requirements: requirement of the equal treatment of individuals;⁶⁵ this may presuppose requirement, according to which all legal privileges and exceptions are based on a legitimate aim and enshrined in national legislation with respect for the principle of proportionality;⁶⁶ requirement to prohibit actions aimed at discrimination and to promote the rights of individuals to be free from discrimination;⁶⁷ this requirement also includes the requirement according to which domestic legislation shall clearly define and prohibit indirect discrimination;⁶⁸ requirement to ensure the respect for the principle of equality in law, particularly through the achieving the objective (reasonable) justification of the differentiation;⁶⁹ in its judgments, the Court has repeatedly stressed that Article 14 of the Convention does not prohibit States from treating groups differently in order to correct “factual inequalities” between them; at the same time, a difference of treatment is discriminatory if it is not pursued for a legitimate aim or if there is not reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.⁷⁰

8. Principle of transparency presupposes the existence of the following basic requirements: requirement to provide free access to information and/or official documents held by public authorities; it is expected that such a requirement will enable the public to scrutinize and form an opinion on any matters of public interest, including on the manner of functioning of public authorities in a democratic society;⁷¹ requirement to provide the instruments

⁶³ *Hornsby v Greece*, no 18357/91, § 40, ECHR 1997-II.

⁶⁴ *Burdov v Russia* (no 2), no 33509/04, §§ 65-68, ECHR 2009.

⁶⁵ *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v Turkey* [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 25, ECHR 2003-II.

⁶⁶ *Savez Crkava 'Rijec Zivota' and Others v Croatia*, no 7798/08, § 107, ECHR 2011.

⁶⁷ *D.H. and Others v The Czech Republic* [GC], no 57325/00, § 131, ECHR 2007.

⁶⁸ *Biao v Denmark* [GC], no 38590/10, § 103, 24 May 2016.

⁶⁹ *Orsus and Others v Croatia*, no 15766/03, § 149, ECHR 2010.

⁷⁰ *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v Austria*, no 40825/98, § 96, ECHR 2008.

⁷¹ *Magyar Helsinki Bizottsag v Hungary* [GC], no 18030/11, §§ 139, 161, 8 November 2016.

of monitoring the political parties' financial activities for accountability, which is essential for the ensure public confidence in the political process;⁷² requirement to provide clear procedural guarantees in the processes related to electoral issues.⁷³

The suggested model of constructing the system of anti-backsliding RoL standards shows that although such systematization certainly could not aspire to the completeness, it would nevertheless provide an exemplary overview of what approach can be employed in defining the very idea of the concept under consideration. Admittedly, it is not pragmatically necessary to try to provide a comprehensive list of certain standards, since RoL's content structure is logically developed within new models of legal conflicts that are resolved by the Court. This assertion is also substantiated by the very fact that the Court may produce new RoL standards that arise within the accumulation of both legal facts and moral values via the modeling of a certain type of socio-legal relationships. Thus, the non-exhaustive character of the RoL as the principle of multifaceted nature is closely predetermined with the spirit of the Court's living approach to the interpretation of the Convention.

But apart from that, it is important to recognise that all anti-backsliding RoL standards that are produced by the ECtHR have no axiological hierarchy. As was mentioned earlier, from the epistemological point of view, suggested elements constitute a set of formal and substantive values.⁷⁴ The point is that identifying the elements of the RoL as of formal and substantive nature enables the construction of a specific scale of structural (organizational) units, rather than marking out two full-value classes. The reason for this lies in the fact that investigated concept relies heavily on a human-centered approach. What appears to be most important in this matter is the fact that both formal and substantial components stemmed from the principle's teleological purpose, that is, from the idea of protecting natural human rights and achieving the ideals of justice.⁷⁵

⁷² *Cumhuriyet Halk Partisi v Turkey*, no 19920/13, § 69, 26 July 2016.

⁷³ *Davydov and Others v Russia*, no 75947/11, §§ 284,287, 13 November 2017.

⁷⁴ Obviously, for the Western-oriented literature, the debates on the formal and substantial RoL elements are quite common. See, for instance, classical investigations: Adriaan Bedner, "An Elementary Approach to the Rule of Law." *Hague Journal on the Rule of Law* 2, no. 1 (2010): 56–63. doi:10.1017/S1876404510100037 or Jeremy Waldron, "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?" *Law and Philosophy* 21, no. 2 (2002): 138–48.

⁷⁵ It means that by its very nature, despite a variety of approaches to the RoL definition, all such approaches have a common denominator – the protection and development of natural human rights. See: Ricardo Gosalbo-Bono, "The Significance of the Rule of Law and Its Implications for the European Union and the United States," *University of Pittsburgh Law Review*, no 72(2) (2010): 271–272.

The only difference is that such elements may be oriented on different RoL ends about the legal concept. Notably, substantive components are focused on the content matter of the law; they thus reflect the internal characteristics of the legal system. In other words, they set qualitative, non-instrumental goals of the law. In contrast, formal elements are instrumental in their nature, since they are oriented on a form of measurement that is vital for the achievement of pre-defined ideological goals. Therefore, such elements represent external characteristics of the legal system, thus providing the functionality of the substantial ones. From this perspective, the instrumentality of the formal elements reveals itself within an established procedure that helps materialise the justification of already formulated substantive RoL elements.

IV. CONCLUDING REMARKS

The ECtHR plays a critical role in the fight against RoL backsliding. One of the ways in which the Court can help to fight against the backsliding of the RoL is the protection of fundamental rights: the ECtHR is responsible for protecting fundamental rights and freedoms, such as the right to a fair trial, freedom of expression, the right to privacy, etc. By upholding these rights, the Court can prevent the erosion of civil liberties and protect individuals from national government abuses of power.

This paper has attempted to conceptualise the RoL as an indirect object of the ECtHR's informal law-making function. First, it was seen that the essence of this principle lies primarily in the fact that its content continued to evolve normatively via the Court's interpretation activity. Viewed within this perspective, the ECtHR should be considered one of the most important international actors that can add its voice to the production of qualitatively new legal anti-backsliding standards for the investigated principle.

The emergence of such standards has been directly related to the particular Court's interpretation case. Further, such components are fixed and made material through a concrete judicial decision. In relation to national legal systems, these judgments can be used as the sources of soft law, as in their content they suggest argumentation regarding a certain RoL element or a new direction in understanding the whole idea of this principle.⁷⁶ Thus, a national legislator is able to analyse, systematise such interpretations and adapt them

⁷⁶ The best explanation of this was given by Guzman and Meyer, who have rightly pointed out that judgments delivered by international courts are binding for particular states to which they are addressed. In other cases, such decisions, primarily concepts developed in them, can be used by other national legal systems as the nonbinding and influential legal instrument. See: Andrew T. Guzman, and Timothy L. Meyer, "International

to the “normative needs” of a particular society. In this case, judicial law-making shall be treated as one of the instruments for the practical elaboration of the RoL.

Within this methodological approach, the RoL should be construed as a meta-legal principle that is complex in its nature. The absence of an exhaustive RoL definition in official legal documents paves the way for the Court to use kaleidoscopic methodological concepts and doctrines to identify the principle’s “teleological fortitude”. The latter is that the RoL being framed within a human rights context can be represented as a set of interrelated standards which are the output of the Court’s decision-making. To prove this assumption, I have tried to enhance existing approaches to the RoL elemental composition, outlining two basic structural levels – the elements and their requirements. The outlined doctrinal suggestion, together with the Court’s living instrument approach provided a basis for the categorization of the European RoL standards within a specific anti-backsliding “reference system”.

Having understood these two characteristics of the ECtHR’s role in expanding the RoL normative content will facilitate the conceptualization of this meta-legal principle within precise contours. But what is the future of the suggested approach? I believe such a vision will make enforcement of the common human rights values in European society as a whole inevitable. The aspiration of this research was not to delve into the issue of the wider “legal fate” of European RoL standards, but to provide an overview of doctrinal choice in the systematization of such standards, with an aim towards thinking about how to further implement them into particular national practices.

Against this backdrop, what we need, ultimately, is to think about the standards to be extracted and adopted in states’ legal systems. Particularly, the application of suggested findings can foster the process of legal norms socialization and their further diffusion into national legislation. After all, developing appropriate and justified mechanisms for the implementation of the anti-backsliding RoL standards is not of merely academic concern but also of practical importance.

V. BIBLIOGRAPHY

- BEDNER, Adriaan. “An Elementary Approach to the Rule of Law.” *Hague Journal on the Rule of Law* 2, no. 1 (2010): 48–74. doi:10.1017/S1876404510100037.
- BELTON, Rachel Kleinfeld. *Competing Definitions of the Rule of Law: Implications for Practitioners*. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 2005.

Common Law: The Soft Law of International Tribunals,” *Chicago Journal of International Law* 9, no. 2 (January 2009):516.

- BURLYUK, Olga. "Variation in EU External Policies as a Virtue: EU Rule of Law Promotion in the Neighbourhood." *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 53(3) (October 2014): 509–23, <https://doi.org/10.1111/jcms.12216>.
- ČERNIČ, Jernej Letnar. "Impact of the European Court of Human Rights on the Rule of Law in Central and Eastern Europe." *Hague Journal on the Rule Law* 10, (April 2018): 111–37.
- . "The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises." *Hague Journal on the Rule of Law*, no. 8(2) (September 2016): 227–47.
- CLOSA, Carlos. "Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law: Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations." In *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, edited by Carlos Cloasa and Dimitry Kochenov, 15–35. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. doi:10.1017/CBO9781316258774.003.
- DZEHTSIAROU, Kanstantsin. "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights." *German Law Journal* 12, no. 10 (October 2011): 1730–45. doi:10.1017/S2071832200017533.
- GOSALBO-BONO, Ricardo. "The Significance of the Rule of Law and Its Implications for the European Union and the United States." *University of Pittsburgh Law Review*, no 72(2) (2010): 229–360.
- GUZMAN, Andrew T., and MEYER, Timothy L. "International Common Law: The Soft Law of International Tribunals." *Chicago Journal of International Law* 9, no. 2 (January 2009): 515–535.
- HALL, Jerome. "Some Basic Questions Regarding Legal Classification for Professional and Scientific Purposes." *Journal of Legal Education* 5, no. 3 (1953): 329–43. <http://www.jstor.org/stable/42890689>.
- HARMSSEN, Robert. "The European Court of Human Rights as a 'Constitutional Court': Definitional Debates and the Dynamics of Reform." In *Judges, Transition and the Human Rights*, edited by John Morison, Kieran McEvoy, and Gordon Anthony, 33–53. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- KONSTADINIDES, Theodore. *The Rule of Law in the European Union: The Internal Dimension*. Modern Studies in European Law Ser. London: Bloomsbury Publishing PLC, 2017.
- LAUTENBACH, Geranne. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- MADER, Oliver. "Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law." *Hague Journal on the Rule Law* 11, (December 2018): 133–70.
- NOLLKAEMPER, Andre. "The Bifurcation of International Law: Two Futures for the International Rule of Law." In *The Law of the Future and the Future of the Law*, 2011–05:1–8. Amsterdam: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2011. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1825976.
- SOLINAS, Matteo. "The Debate on the Diffusion of Law." In *Legal Evolution and Hybridisation*, edited by Matteo Solinas, 7–22. IUS Commune: European and Comparative Law Series. Brussels: Intersentia, 2014. doi:10.1017/9781780685359.004.

- STEINER, Elisabeth. "The Rule of Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights." In *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, edited by Werner Schroeder, 135–154. Modern Studies in European Law. Oxford: Hart Publishing, 2016.
- TAMANAH, Brian Z. "The History and Elements of the Rule of Law." *Singapore Journal of Legal Studies*, (2012): 232–47. <http://www.jstor.org/stable/24872211>.
- . "A Concise Guide to the Rule of Law." In *Florence Workshop on the Rule of Law* No. 07-0082, No. 07-0082:1–20. St. John's Legal Studies Research Paper. Oxford: Hart, 2009. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012051.
- VON BOGDANDY, Armin, and Ingo Venzke. "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers." *German Law Journal* 12, no. 5 (2011): 979–1003. doi:10.1017/S2071832200017193.
- WALDRON, Jeremy. "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?" *Law and Philosophy* 21, no. 2 (2002): 137–64.
- WEISS, Norman. "Rule of Law as a Basis for Effective Human Rights Protection: The German Perspective." In *The Universalism of Human Rights. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol 16, edited by Reiner Arnold, 257–67. Dordrecht: Springer, 2013. https://doi.org/10.1007/978-94-007-4510-0_15.
- WESSEL, Ramses A. "Informal International Law-Making as a New Form of World Legislation?" *International Organizations Law Review* 8, 1 (January 2011): 253–65, doi: <https://doi.org/10.1163/157237411X594209>.

LA ENCRUCIJADA COMPETENCIAL EN EL SISTEMA ELÉCTRICO ESPAÑOL¹

The Competence Crossroads of the Spanish Electrical System

Irene Ruiz Olmo

Profesora Ayudante Doctora
Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

<https://doi.org/10.18543/ed.2932>

Recibido: 21.06.2023

Aceptado: 19.10.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Resumen

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de electricidad ha traído consigo un arduo debate, que finalmente ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional (aunque con un amplio lapso de tiempo). De hecho, ha sido este órgano el encargado de delimitar las competencias al hilo de la resolución de aspectos muy específicos que le son de aplicación y que son objeto de análisis en este trabajo.

Palabras clave

Sector energético, planificación de la economía española, medio ambiente, ordenación del territorio.

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-124031NB-C41 “Retos jurídicos para un sistema energético 100% renovable” (MACODESCARB) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España y con fondos FEDER.

Abstract

The distribution of competences between the State and the Autonomous Communities in electricity matters has brought with it an arduous debate, which has finally been resolved by the Constitutional Court (although with a long-time lapse). In fact, it has been this body that has been in charge of delimiting the competences in the resolution of very specific aspects that are applicable to it and that are the object of analysis in this work.

Keywords

Energy sector, planning of the Spanish economy, environment, land use planning.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE ENERGÍAS. III. LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS EN MATERIA DE ENERGÍA Y SU APLICACIÓN A LA ELECTRICIDAD RENOVABLE. 1. Títulos competenciales estatales que afectan al régimen de las energías renovables: dirección de la actividad económica general y sector energético. 2. Títulos competenciales autonómicos. 2.1. La tensión que existe entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico. 2.2. La adecuación territorial de las instalaciones de energías renovables. IV. LA ARTICULACIÓN DEL SISTEMA ENERGÉTICO EN ESPAÑA. 1. Configuración del modelo institucional. 2. La autorización de instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad. 3. Producción de electricidad. 4. Régimen económico de las instalaciones. 5. La garantía del suministro eléctrico. V. REFLEXIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La generación, transporte y uso de la energía es una de las actividades humanas con mayor repercusión en el medio ambiente y en la economía. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 24/2013 “del Sector Eléctrico” (en adelante, LSE’13), el suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general pues la actividad económica y humana no puede entenderse hoy en día sin su existencia². La aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, “del Sector Eléctrico” (en adelante, LSE’97), derogada por la actual Ley de 2013, supuso el inicio del proceso de liberalización progresiva del sector eléctrico. Esta política energética de liberalización del sistema eléctrico pretendía ser compatible con la optimización de la eficiencia energética, la disminución del consumo eléctrico y la protección del medio ambiente.

Así, se procedió a la desintegración vertical de las distintas actividades, segregando las actividades en régimen de monopolio natural, transporte y distribución, determinado por la existencia del principio de red única que ha de ser gestionado al menor coste posible con una retribución fijada administrativamente, de aquéllas que se desarrollan en régimen de libre competencia, generación y comercialización, todo ello sin perjuicio de que las diferentes subactividades o fases de la actividad se produzcan de manera sucesiva,

² Ha existido una clara evolución en la calificación jurídica de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica que han pasado de su consideración de servicio público en los términos del 2.1 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, “de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional”, a un servicio esencial en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, “del Sector Eléctrico” (art. 2.2).

concatenada y simultáneamente³, lo que conlleva considerar técnica y económicamente, el sistema eléctrico español como una unidad (SSTC 148/2011, FJ 6; 4/2013, FJ 5; 32/2016, FJ 4; y 21/2017, FJ 3) motivo por el cual su definición y dirección solo puede corresponder al Estado, debe ser de carácter nacional e incluso europeo⁴. El Derecho internacional, y sobre todo el Derecho de la Unión Europea, constituye un mínimo que España tiene que respetar. A partir de él se pueden desplegar políticas energéticas más o menos ambiciosas desde el punto de vista ambiental. Ahora, la política energética ha virado en la dirección que marca la Unión Europea y también a nivel mundial, hacia la sostenibilidad ambiental del sistema energético. La Unión Europea ha priorizado el fomento de las energías renovables, y exige a los Estados miembros incentivar el uso de las energías renovables mediante distintos mecanismos jurídicos y económicos, para facilitar el cumplimiento de los objetivos de la política energética y climática y así lo hizo nuestro país primero con la LSE '97 y con la actual LSE '13 que la sustituye y deroga casi totalmente; en la misma senda, encontramos el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-30 que plantea que una presencia de las energías renovables sobre el uso final de energía del 42%, debiendo representar la generación eléctrica renovable el 74% del total, coherente con una trayectoria hacia un sector eléctrico 100% renovable en 2050 y la Ley 7/2021, de 20 de mayo, “de cambio climático y transición energética”.

En este trabajo nos proponemos analizar la distribución competencial en el sector eléctrico y, concretamente, en el subsector de las energías renovables, al hilo de recientes novedades legales y de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en conflictos surgidos entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁵.

³ FABRA UTRAY, J., *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Marcial Pons, 2004, pág. 9. Por todas, SSTC 148/2011, FJ 6; 4/2013, FJ 5; 32/2016, FJ 4; y 21/2017, FJ 3).

⁴ NAVARRO RODRÍGUEZ, P., y RUIZ ROBLEDO, A., “La reforma energética en España: análisis constitucional y administrativo”, *CEFLegal. Revista práctica De Derecho*, (2016), núm. 189, pág. 83.

⁵ Los conflictos competenciales en materia de energías renovables han sido objeto de estudio por diversos autores. Por todos, vid. ALENZA GARCÍA, J.F., “Caracterización del marco jurídico español de las energías renovables”, en GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dir.), *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Dykinson, 2015, págs. 69-135; ALONSO GARCÍA, E., “La gestión del medio ambiente por las Entidades Locales”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2011; LÓPEZ SAKO, M.J., “Competencias municipales en materia de energías renovables”, en VERA JURADO, D., (Coor.), *Competencias ambientales de las Entidades Locales de Andalucía*, CEMCI, Granada, 2009, págs. 465-492; MORA RUIZ, M., *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, Lex Nova, Valladolid, 2007; y Narbón Fernán-

II. EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE ENERGÍAS

El artículo 194 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incorpora la política energética, convirtiéndose en una competencia compartida que con “espíritu de solidaridad entre los Estados” fija como objetivos garantizar el funcionamiento del mercado de la energía; garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión; fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y fomentar la interconexión de las redes energéticas. Para la consecución de estos objetivos deja libertad a los Estados para elegir las fuentes de energía que quieran utilizar, así como para definir las medidas nacionales eficaces para cumplir los objetivos obligatorios globales que les impone la normativa europea⁶, si bien es cierto que autoriza al Consejo (previa propuesta de la Comisión), para que pueda adoptar medidas que en algunos casos limite esa autonomía nacional con fundamento en la salvaguarda del medio ambiente.

No obstante, si se quiere un mercado común de la energía en el que las renovables tengan un papel protagonista, ofreciendo seguridad jurídica tanto a los Estados como a los inversores, es indispensable una armonización normativa por parte de la UE, y ello porque en muchas ocasiones, los Estados han aprovechado los márgenes de la legislación comunitaria para rezagarse o no seguir esa senda, poniendo en riesgo los objetivos y los compromisos europeos de lucha contra el cambio climático⁷.

La Directiva 2018/2001 de 11 de diciembre de 2018, “relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables”⁸, ha continuado manteniéndose ajena a esa armonización, habiendo fijado en ella finalmente que el 32% del consumo final de la energía en la Unión Europea en 2030 proceda de fuentes renovables⁹. En este sentido, de acuerdo con el Informe

dez, J., “Problemas competenciales en el sector de las energías renovables”, en REVUELTA PÉREZ, I., (Dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, 2017, págs. 43-95.

⁶ Punto 59 de la STJUE de 1 de julio de 2014 en el caso Ålands Vindkraft AB contra Energimyndigheten (C-573/12).

⁷ La Unión Europea ha fijado objetivos de clima y energía para 2030 y 2050; concretamente se ha propuesto reducir los niveles de emisiones en 2050 en un 80-95% respecto de los existentes en 1990, tal como recoge en el documento “Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050”.

⁸ DOUE L 328/82, de 21 de diciembre de 2018.

⁹ En este sentido, debe destacarse como en la fase de negociaciones el objetivo pasó del 27% al 35%, siendo finalmente, habiéndose acordado finalmente como decimos, un objetivo del 32%. Véase Enmienda 324 de la Propuesta de Directiva, disponible en:

“Análisis y propuestas para la descarbonización energética”¹⁰ presentado por la Comisión de expertos para la transición energética en abril de 2018, establecer un objetivo por encima del 30% parece más complicado de alcanzar, siendo necesario en todo caso, una mayor introducción de las energías renovables en el sector eléctrico, y una mayor participación de las energías renovables en los consumos no eléctricos. Por su parte, el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 que se configura como la hoja de ruta climática para los próximos años y, que a su vez comprende todos los sectores de la economía, especialmente los de transporte, energía, agricultura, edificios e industria; de esta forma, esta estrategia de transformación europea está orientada a conseguir lograr que Europa sea climáticamente neutra en 2050. Por su parte, la Ley Europea del Clima, aprobada en junio de 2021¹¹ establece en su artículo 2 el objetivo de conseguir la neutralidad climática entre las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero antes del año 2050 lo que obliga tanto a las instituciones de la Unión como a los Estados miembros a adoptar medidas que sirvan para alcanzarlos¹². En julio de 2021 la Comisión Europea adoptó un nuevo paquete de medidas de energía denominado Fit for 55 que tiene por objeto revisar los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero para 2030, aumentándolos al 55% con respecto a los niveles de 1990, en línea con lo establecido en la Ley europea de Cambio Climático.

[/www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0009&language=ES&ring=A8-2017-0392](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0009&language=ES&ring=A8-2017-0392).

¹⁰ P. 17.

¹¹ Reglamento 2021/1119 del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) no 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»)¹². [DO L 243 de 9.7.2021]

¹² De esta forma, la neutralidad climática junto con la economía circular se ha erigido como los nuevos paradigmas ambientales consagrados a partir de 2015, con la aprobación del Acuerdo de París y la Comunicación de la Comisión de 2 de diciembre de 2015, titulada “Cerrar el círculo un Plan de Acción de la UE para la economía circular” [COM (2015) 614 final], respectivamente. Vid. ALENZA GARCÍA, J.F., “Una ley para una nueva era: sobre la ley española de cambio climático y transición energética”, Medio Ambiente & Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental, núm. 38-39, (2021), págs. 1-9

III. LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS EN MATERIA DE ENERGÍA Y SU APLICACIÓN A LA ELECTRICIDAD RENOVABLE

1. *Títulos competenciales estatales que afectan al régimen de las energías renovables: dirección de la actividad económica general y sector energético*

La Constitución española no contiene un título competencial específico relativo a las energías renovables por razones cronológicas¹³, por lo que su reparto competencial queda sujeto a otras disposiciones de mayor contenido, como las disposiciones relativas a la distribución de competencias en materia del régimen minero y energético, medio ambiente y ordenación del territorio¹⁴ de acuerdo a la política de energías renovables de la Unión Europea por su vinculación a la lucha contra el cambio climático y a su valor ambiental¹⁵. A estos títulos competenciales se añade el más genérico del art. 149.1.13 CE, dada la consideración del sector energético como estratégico en la economía española que cita como competencia exclusiva del Estado las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica¹⁶, lo que implica, un amplio margen para la consideración de las competencias básicas que corresponden al Estado en base a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que desplaza las competencias específicas en materia energética en aras de la planificación económica¹⁷, con un único límite: el medio ambiente¹⁸.

¹³ GALÁN VIOQUE, R., “La integración de las energías renovables en el mercado energético”, en GALÁN VIOQUE, R., y GONZÁLEZ RÍOS, I., (Coords), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Aranzadi, 2017, pág. 294.

¹⁴ Para Pérez Moreno, uno de los problemas que subyace a la hora de analizar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas es la determinación de las energías que deben considerarse como “renovables” En: PÉREZ MORENO, A., “Las energías renovables”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 55 (2004), pág. 294.

¹⁵ MORA RUIZ, M., “Las regulaciones autonómicas de las energías renovables”, en ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pág. 98.

¹⁶ A juicio de Muñoz Machado, se trata de una práctica habitual de los países con una estructura descentralizada derivada de la necesidad de establecer y garantizar en todo caso, una política económica unitaria. Véase: MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Tomo I, Yuste, 2007, pág. 457.

¹⁷ Sobre competencias sobre ordenación general de la economía y sector eléctrico, *vid.* Sentencia 60/2016, de 17 de marzo de 2016 frente al recurso de inconstitucionalidad núm.1820-2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico.

¹⁸ NARBÓN FERNÁNDEZ, J., “Problemas competenciales en el sector de las energías renovables”, en REVUELTA PÉREZ, I., (Dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, 2017, pág. 47.

Como decimos, el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se encuentra en la Constitución (art. 148 y 149) y en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas que en su conjunto constituyen el conocido “bloque de constitucionalidad”. Por un lado, se encuentran constitucionalmente recogidas las competencias exclusivas¹⁹ del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1. 13^a); en segundo lugar, la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial (art. 149.1. 22^a); y, por último, encontramos las bases del régimen minero y energético (art. 149.1. 25^a). En atención a estos títulos habilitantes, se dictaron por ejemplo la LSE´97 y LSE´13. Consecuentemente, la mayor parte de su contenido ha sido dictado bajo el amparo de legislación básica, siéndole de aplicación también las previsiones contenidas en otros títulos competenciales relativos a expropiación forzosa o servidumbres²⁰.

En virtud de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, “de Transferencia de Competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la Autonomía por la Vía del Artículo 143 de la Constitución”²¹, se atribuyen a las Comunidades Autónomas²² las competencias de desarrollo legislativo y ejecución (autorizar instalaciones dentro del propio territorio) en régimen minero y energético, por lo que las Comunidades Autónomas han promulgado normas, por ejemplo, en lo que se refiere a autorizaciones de instalaciones de producción de energía mediante renovables, así como la regulación de convocatorias de ayudas y subvenciones. Como sostiene Tornos Mas, esta

¹⁹ Como señala Bacigalupo Saggese, “El término ‘competencias exclusivas’, como es sabido, es engañoso. El Estado no tiene sobre las materias mencionadas en el artículo 149.1 una competencia que excluya completamente la intervención de las Comunidades Autónomas. El propio artículo 149 admite en muchos casos la participación competencial de éstas. Así, junto a competencias plenas del Estado, el artículo 149.1 prevé la intervención de las Comunidades Autónomas en ciertas materias, fundamentalmente con arreglo a dos fórmulas: a) supuestos en que el Estado dicta *normas básicas* o *bases* y las Comunidades Autónomas las desarrollan mediante su propia legislación; y b) supuestos en que el Estado legisla y las Comunidades Autónomas únicamente ejecutan y aplican esa legislación estatal”. BACIGALUPO SAGGESE, M., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables”, *REAF*, núm. 10, abril (2010), pág. 291.

²⁰ Como es el caso de los preceptos del título IX de la LSE´13.

²¹ BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 1992. Debe destacarse que finalmente todas las Comunidades Autónomas han alcanzado las mismas competencias en la materia, gracias a esta Ley Orgánica.

²² Estas Comunidades Autónomas en un principio eran: Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León.

asunción de competencias mediante los Estatutos de Autonomía por parte de las Comunidades que no ostentaban competencias propias en materia de energía, no implica una alteración en el reparto competencial (STC 31/2010, de 28 de junio) ni un cambio sustantivo en la doctrina del TC, es más, el Estado seguirá sirviéndose del artículo 149.1.13, pero las Comunidades Autónomas en principio aun manteniendo funciones ejecutivas en las instalaciones internas (siempre que no afecten al sistema energético estatal), están habilitadas para intervenir con más intensidad en materia de distribución, control de calidad y energías renovables²³. Además, como destaca Galán Vioque, con motivo de las reformas de los Estatutos de Autonomía de “segunda generación”, algunas Comunidades Autónomas optaron por introducir referencias a las energías renovables dentro de sus competencias autonómicas²⁴; en cualquier caso, las referencias estatutarias a las energías renovables son muy limitadas e insuficientes²⁵.

Al amparo de la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica²⁶, se aprobó el

²³ TORNOS MAS, J., “La distribución de competencias en el sector energético”, *Derecho de la regulación económica*, Tomo I, CNE, Madrid, 2009, pág. 66. En opinión de Alenza García, la legislación específica sobre energías renovables se caracteriza por su fraccionamiento dada la división funcional que existe entre la regulación estatal encargada del régimen retributivo primado y la autonómica, encargada de regular los requisitos territoriales y ambientales necesarios para su implementación; así como por su dispersión normativa, dado que se han establecido disposiciones sectoriales específicas para cada una de los distintos tipos de energías renovables. En: Alenza García, J.F., “Caracterización del marco jurídico español de las energías renovables”, en GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dir.) *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Dykinson, 2015, pág. 76.

²⁴ GALÁN VIOQUE, R., “Implantación territorial de las energías renovables”, en ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pág. 295. Un ejemplo de su inclusión lo encontramos en los artículos 49.1 y 204 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía o en el artículo 11.2.c del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Sobre la incorporación de las energías renovables en el artículo 49 EAAnd: JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Competencias sobre energía y minas (Comentario al art. 49)” en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M., (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomías para Andalucía*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 571-588.

²⁵ MORA RUIZ, M., “Las regulaciones autonómicas de las energías renovables”, *op.cit.*, pág.108.

²⁶ Igualmente coexisten otros títulos competenciales en la aprobación y ejecución de este real decreto-ley tal y como se dispone en la disposición final primera: “Hacienda y Deuda del Estado; fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica; las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento

Real Decreto-ley 36/2020 de 30 de diciembre, para la ejecución del Plan de Recuperación, una norma que pretende llevar a cabo una agilización y simplificación administrativa para las energías renovables en aquellos sectores productivos con mayor capacidad de transformación de nuestro tejido económico y social. Esta disposición nos sirve de ejemplo para apreciar la interrelación que se da entre ambas materias y atribuciones competenciales. Veamos el alcance de este título competencial.

No cabe duda de la incidencia que el régimen de energías renovables tiene sobre el funcionamiento general de la economía, incluso el Tribunal Constitucional ha hecho referencia un concepto aún más amplio que el que se encuentra recogido en la propia Constitución como es “la ordenación general de la economía”, lo que es buena prueba del protagonismo de este título competencial sobre el resto de los títulos estatales que lo convierten además en un título competencial complementario de gran parte de la legislación energética estatal e incluso habilitante para asumir competencias ejecutivas en el sector²⁷.

El Tribunal Constitucional también se ha encargado de concretar el alcance de los títulos competenciales del Estado referidos en el artículo 149.1.13^a y 25^a de la Constitución, y el alcance del significado del concepto de bases estatales del sector eléctrico, así entiende que: “...pese a que en algunas ocasiones se hay fijado como criterio general que en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales deba prevalecer la regla competencial específica sobre la más genérica, este criterio no puede tener un carácter absoluto y menos en un sectores tan importantes para el desarrollo de la actividad económica en general como el de la energía, estos títulos competenciales deben ejercerse “conjunta y armónicamente, cada cual dentro de su respectivo ámbito material de actuación, que será preciso delimitar en cada caso” (STC 18/2011 FJ 6)²⁸.

Para el caso concreto de concurrencia de competencias derivadas de los artículos 149.1.13^o y 149.1.25^a, en los que existen reservas competenciales

común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas; y legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección”.

²⁷ NARBÓN FERNÁNDEZ, J., “Problemas competenciales en el sector de las energías renovables”, op.cit. pág. 49.

²⁸ Posteriormente ha sido reiterada en las SSTC 223/2000, FJ 5; 135/2012, FJ 2 y 4/2013 FJ 2.

Véase: PEÑARRUBIA IZA, J.M., “Preferencia, coordinación y prevalencia en el ejercicio de competencias concurrentes”, *RAP*, núm.149 (1999), págs. 134-164.

expresas a favor del Estado, el Tribunal Constitucional sostiene que “dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobertura las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector²⁹”. Consecuentemente de la competencia estatal forman parte, “no sólo las genéricas competencias relativas a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, sino también las más específicas de ordenación del sector energético, referentes a las bases del régimen del mismo”. Ello no implica que, si el titular de ambas competencias es el mismo, las atribuciones competenciales puedan ser intercambiables. De esta forma se deberá explicitar en cada caso cuál es la habilitación expresa que autoriza para intervenir, si es el título general o bien el más específico, pues las potestades de actuación serán diferentes (STC 102/2013, FJ 6).

La consolidación de esta doctrina implica que “las competencias de ordenación o dirección general de la economía –entre las que se encuadran las relativas a planificación, de un lado, y de otro, las de ordenación de concretos sectores económicos, entre los que se halla el energético– han de ejercerse conjunta y armónicamente, sin que prevalezca necesariamente la competencia más específica sobre la competencia más general. Y que, dentro de la competencia estatal de dirección general de la economía, entran también las más específicas de ordenación del sector energético, sin que sean títulos intercambiables ni equivalentes” (STC 18/2011, FJ 6).

Otra de las cuestiones que más conflictos ha suscitado es la asunción por el Estado de competencias ejecutivas en materias en las que ostenta competencias básicas, que ha sido admitida cuando están estrechamente vinculadas al mantenimiento y efectividad de las normas de carácter básico. Así lo ha evidenciado el Tribunal Constitucional en relación con el sector eléctrico por ejemplo³⁰, al entender que “resulta un complemento necesario para preservar lo básico por su incidencia en su correcto funcionamiento” (art. 149.1.25 CE), así como por su trascendencia para el desarrollo de la actividad económica del país y, por tanto, para la ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE) [STC 102/2013, FJ 8].

Al hilo de ello, resulta conveniente abordar el alcance del contenido del artículo 43.5 de la LSE³¹ que establece un procedimiento específico encaminado a resolver las controversias entre los usuarios finales que sean

²⁹ Doctrina reiterada en las STC 95/1986, FJ.4; STC 188/1989, FJ 4 y STC 197/1996 FJ 4, entre otras.

³⁰ En el mismo sentido y en relación con la garantía de suministro vid. SSTC 148/2011, FJ 21 y 21/2017, FJ 3.

personas físicas y las empresas suministradoras, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: la primera, que la controversia afecte a sus específicos derechos como usuarios finales, lo que incluye todos los previstos en la LSE; y la segunda, que la controversia esté regulada por la normativa referente a la protección específica de los usuarios finales de energía eléctrica. La cuestión que subyace y que ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional con ocasión del recurso de inconstitucionalidad 1908-2014 interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la LSE³¹, es la determinar a qué instancia territorial corresponde aplicarlo una vez que ha sido establecido por el Estado. A juicio de Tribunal, “el art. 149.1.25 CE no habilita para determinar que un órgano estatal asuma la tarea ejecutiva relacionada con la resolución de todas las controversias que plantean las personas físicas que sean usuarios finales de energía eléctrica”. De esta forma, el órgano estatal puede aplicarlo por “incidir en el correcto funcionamiento del sistema eléctrico en su conjunto dado el principio de red única del sistema eléctrico, lo que trasciende del ámbito autonómico y afectaría por tanto al régimen económico del sector”, pero también las Comunidades Autónomas en la medida en la que “la atribución a un órgano estatal de esta función se hace sin perjuicio de las competencias del resto de Administraciones Públicas en aquellos supuestos que no estén vinculados a aspectos básicos que corresponde al Estado garantizar” (STC 32/2016, FJ 10).

Otro ejemplo digno de destacar es la regulación del autoconsumo eléctrico o como también lo llama la política europea de fomento de energías renovables³² generación distribuida. La posibilidad de practicar el autoconsumo colectivo o compartido, que es una de las innovaciones que presentaba la Directiva de renovables de 2018³³, y que estaba prohibido por el artículo 4.3 del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre.

³¹ El motivo del recurso es que el Gobierno de la Generalitat de Cataluña entiende que se ha producido una extralimitación del marco constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de energía eléctrica, así como de la doctrina constitucional al respecto.

³² RUIZ OLMO, I., “La aportación de las energías renovables a la salud pública, en el contexto de cambio climático y transición ecológica”. *DS: Derecho y salud*, 2019, vol. 29, no 1, pág. 112.

³³ Concretamente, Directiva señala que “los Estados miembros garantizaran que las comunidades de energías renovables tengan derecho a generar, consumir, almacenar y vender dichas energías, en particular mediante acuerdos de compra de electricidad, sin ser objeto de cargas y procedimientos desproporcionados que no reflejen los costes”. De esta forma, la conceptualización que se realiza en torno a una comunidad de energía el artículo 22 es la siguiente: “una pyme o una organización sin ánimo de lucro, cuyos miembros o partes interesadas colaboren en la generación, distribución, almacenamiento o suministro de energía procedente de fuentes renovables, y que cumplan al menos cuatro de los

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 68/2017, de 25 de mayo de 2017³⁴, tuvo la ocasión de declarar la nulidad de esta prohibición por entender que era contrario al orden constitucional de competencias. La tesis mantenida por el Tribunal no solo pone de manifiesto que el referido artículo invade el ámbito competencial asumido por la Generalitat en materia de fomento y gestión de las energías renovables y de la eficiencia energética, sino que además constituye un claro obstáculo para la consecución de los objetivos medioambientales y de eficiencia energética marcados por la Unión Europea a través de diferentes Directivas. Junto con la inconstitucionalidad de este precepto, el TC también ha concretado la nulidad de los artículos 19, 20, 21 y 22 que regulan el Registro de autoconsumo de energía eléctrica y que le otorgaban facultades de control y seguimiento de las instalaciones de autoconsumo³⁵. A juicio del Tribunal se trata de funciones ejecutivas que, en materia de energía, quedan reservadas a las Comunidades autónomas³⁶.

siguientes requisitos: a) que los partícipes o miembros sean personas físicas, autoridades locales, incluidos los municipios, o pymes que desarrollan su actividad en el sector de las energías renovables; b) que al menos el 51 % de los partícipes o miembros de la entidad tengan derecho a voto sean personas físicas; c) que al menos el 51 % de las acciones o participaciones de la entidad pertenezcan a miembros locales, esto es, representantes de los intereses socioeconómicos locales públicos y privados, o ciudadanos que tengan un interés directo en la actividad de la comunidad y su impacto; d) que al menos el 51 % de los puestos del consejo de administración o de los organismos de gestión de la entidad correspondan a miembros locales, esto es, representantes de los intereses socioeconómicos locales públicos y privados, o ciudadanos que tengan un interés directo en la actividad de la comunidad y su impacto; e) que la comunidad en cuestión no haya instalado más de 18 MW de capacidad de energías renovables para electricidad, calefacción y refrigeración y transporte de media anual en los cinco años anteriores”.

³⁴ Sentencia 68/2017, de 25 de mayo de 2017 sobre el conflicto positivo de competencias 574-2016 planteado por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del RD 900/2015. BOE núm. 156, de 1 de julio de 2017.

³⁵ El Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, realizó una modificación profunda en la regulación del autoconsumo. Teniendo en cuenta la doctrina del TC sobre este extremo, el Real Decreto 244/2019, de 5 de abril por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica contempla el procedimiento de inscripción y comunicación de datos al registro administrativo de autoconsumo de energía eléctrica en coherencia con lo dispuesto en el Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre. En este sentido, ambas normas habilitan a las Comunidades Autónomas para que puedan gestionar sus registros realizando de oficio la inscripción de estas instalaciones en sus registros autonómicos y sin perjuicio de que el registro administrativo de autoconsumo del Ministerio recoja la información remitida por ellas y por las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

³⁶ Junto con esta facultad en relación con las instalaciones de autoconsumo de energía eléctrica, el Tribunal Constitucional ha hecho una delimitación de lo que debe entenderse

Esta Sentencia fue especialmente relevante antes de la aprobación de la Directiva de renovables de 2018 ya que despejaba el terreno para que las Comunidades Autónomas establecieran un marco regulatorio para el autoconsumo compartido como ha hecho el Gobierno de Aragón con la aprobación del Decreto-ley 1/2023, de 20 de marzo, de medidas urgentes para el impulso de la transición energética y el consumo de cercanía en Aragón, lo que sin duda contribuye a impulsar la generación de energía próxima a los centros de consumo, permitiendo que se reduzcan los gastos asociados al transporte de la electricidad.

No cabe duda de que la implementación de las comunidades de energía previstas en la legislación de la Unión Europea tiene sin duda una repercusión importante en la senda hacia la transición ecológica y en el objetivo de descarbonización del sistema energético en 2050 contenido en el Pacto Verde Europeo³⁷. Y todo ello en un contexto marcado por el incremento desmesurado del precio de la electricidad, lo que las convierte en la herramienta perfecta para combatir la pobreza energética y para promover el papel proactivo de la ciudadanía, incrementando la diversidad de sujetos y de fuentes de generación del sistema eléctrico.

Dicho esto³⁸, en el seno de la Unión Europea se sigue insistiendo en la necesidad de “una acción coordinada capaz de lograr, entre otros objetivos, el fomento de los aspectos medioambientales de la sostenibilidad, y la reducción significativa de las principales presiones climáticas y medioambientales asociadas a la producción y el consumo de la Unión, en particular en ámbitos como el de la energía, acelerando la transición ecológica hacia una economía climáticamente neutra, resiliente y competitiva -lo que a su vez contribuye a

que son aspectos básicos que corresponde al Estado garantizar tales como: “los requisitos relativos a que la potencia instalada de generación sea igual o inferior a la potencia contratada por el consumidor, pues constituyen un común normativo necesario para asegurar la eficaz integración de las instalaciones de cogeneración y la sostenibilidad de un sistema que opera de forma única para todo el territorio nacional (FJ 6); un parámetro técnico de calidad del suministro en el ámbito del autoconsumo, si bien no obsta para que las CCAA puedan imponer requisitos superiores en su zona (FJ 7); los criterios para otorgar un permiso de conexión, pues constituyen un común normativo necesario para asegurar el principio de garantía del suministro de energía eléctrica a todos los solicitantes, con la necesaria continuidad y calidad (FJ 8); y los requerimientos de información relacionados con los contratos de acceso suscritos en cada modalidad de autoconsumo (FJ 13). En cambio, la prohibición de que un generador se conecte a la red interior de varios consumidores no es una regulación de carácter básico (FJ 6). Tampoco lo son preceptos que no se limitan a crear un registro único de instalaciones de autoconsumo, sino que le atribuyen también facultades de control y adecuado seguimiento de los consumidores acogidos a las modalidades de autoconsumo (FJ 10)”.

³⁷ Comunicación El Pacto Verde Europeo COM (2019) 640 final.

³⁸ Vid. *Supra*, pág. 2.

alcanzar otros objetivos prioritarios como el de proteger, restaurar y mejorar el estado del medio ambiente, y la pérdida de la biodiversidad³⁹.

El Estado es el competente para llevar a cabo la planificación de la actividad económica; y el sector eléctrico y en concreto, las energías renovables constituyen un sector esencial para el conjunto de la economía nacional y para la totalidad de los sectores económicos (STC 148/2011, FJ 6)⁴⁰. Además, deben considerarse como una oportunidad para el cambio hacia una economía descarbonizada, lo que sin duda justifica la aplicabilidad del título competencial ambiental que se ve reforzado por las políticas de la Unión Europea.

2. *Títulos competenciales autonómicos*

El papel de las Comunidades Autónomas no es ni mucho menos irrelevante. En materia energética les corresponde el desarrollo legislativo y ejecución “en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca” (STC 223/2000, FJ 2). El artículo 149.1.23 CE, referente a la protección del medio ambiente, amplía las posibilidades de regulación de las Comunidades Autónomas, al permitirles también la posibilidad de crear normas adicionales de protección (148.1.9 CE). Con esto se podría afirmar que las energías renovables se prestan a una mayor intervención por parte de las Comunidades Autónomas.

Aparte de que puedan complementar el régimen de las ayudas estatales tienen la competencia sobre la ordenación del territorio y el urbanismo que constituye uno de los principales cuellos de botella de las instalaciones de energías renovables junto a la posibilidad de acceder a las redes eléctricas. Pueden, por lo tanto, en el ámbito de estas competencias y con la

³⁹ Medidas contenidas en VIII Programa de Acción de la Unión Europea en Materia de Medio Ambiente 2022-2030 aprobado de conformidad con el artículo 192, apartado 3, del TFUE. *Vid.* Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de abril de 2022 relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030.

⁴⁰ No cabe duda tampoco de la especial incidencia que el régimen retributivo de las energías renovables tiene sobre la economía y, concretamente para la sostenibilidad económica y técnica del sistema eléctrico en su conjunto, erigiéndose como uno de los objetivos fundamentales de la Ley del sector eléctrico y habiendo dado lugar a profundas reflexiones sobre los principios centrales del Estado de Derecho. Por todos: ARANA GARCÍA, E. “La nueva Ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, en: ALENZA GARCÍA, J.F (Dir.) *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Aranzadi, 2014, págs. 133-156; y PAREJO ALFONSO, L., “Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad”, *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, 2015, págs. 29-58.

colaboración de los municipios facilitar su ubicación física. También les corresponde, en el marco de la planificación estatal, la planificación estratégica de las instalaciones de energías renovables en su territorio.

No obstante, coincidimos con Narbón Fernández cuando señala que en la práctica las Comunidades Autónomas no tiene un margen de actuación tan amplio ya que, aunque en teoría el Estado sólo ha de establecer una normativa básica de mínimos, en muchas ocasiones el Tribunal Constitucional ha admitido que ese mínimo sea interpretado como lo necesario, dejándoles un reducido margen a las Comunidades Autónomas⁴¹.

Y es que, junto con la determinación del título competencial concreto, la delimitación de lo que debe entenderse como básico de acuerdo con la regulación de las energías renovables ha planteado números problemas en este modelo de competencias compartidas. Si bien es cierto que como acabamos de señalar las Comunidades Autónomas pueden desarrollar estas bases y establecer niveles de protección más altos (STC 146/2013, de 11 de julio), no debe soslayarse en ningún momento su vinculación a la realización del mercado interior de la electricidad⁴².

Precisamente otra de las cuestiones que el Tribunal ha tenido que entrar a resolver es la concurrencia de competencias estatales (bases), específicamente en la planificación económica y autonómica de desarrollo legislativo y ejecución en un determinado sector, como por ejemplo el energético. Y todo ello con ocasión de la impugnación del Presidente del Gobierno de determinados preceptos de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, “de regulación del sector eléctrico” que no respetarían las bases estatales en la materia contenidas en la LSE, concretamente respecto a la regulación de la actividad de producción de energía en régimen especial (límite de potencia de instalaciones incluidas dentro del régimen especial). Pues en la legislación estatal se establecen unos límites de potencia exigibles para que una instalación pueda acogerse al régimen especial, límites que son claramente obviados por la normativa autonómica. En este sentido se trata de aclarar el alcance de la competencia estatal para establecer las bases en relación con una competencia autonómica exclusiva.

Antes de abordar las tesis mantenidas por el Tribunal al respecto, conviene recordar que la LSE’97 regulaba todo el sector eléctrico abarcando tanto el

⁴¹ NARBÓN FERNÁNDEZ, J., “Problemas competenciales en el sector de las energías renovables”, op.cit., pág. 52.

⁴² GONZÁLEZ RÍOS, I., *Régimen Jurídico Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pág. 48. Para un análisis de la legislación básica en materia de medio ambiental véase: FERNÁNDEZ DE GATTA, D., “El régimen de sostenibilidad medioambiental”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25 (2011), págs. 163-218.

régimen ordinario como el régimen especial de producción. Como señala Nebreda Pérez, el régimen especial, ubicado en el ámbito de la iniciativa privada en régimen de libre competencia, se basaba en un régimen subvencional, si bien privado y regulado, extraño a la libre competencia, aunque no contradictorio⁴³ que establecía una discriminación a favor de las energías en él producidas —esto es, energías renovables⁴⁴, respecto de las generadas en régimen ordinario, otorgándoles preferencia en el acceso a la red y, por tanto, al mercado; y porque su mecanismo retributivo se basaba en un tarifa como precio regulado y primado conocida como *Feed in Tariff*⁴⁵. El régimen retributivo previsto en los RD 661/2007 de 25 de mayo, “por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial” y 1578/2008 de 26 de septiembre, “de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo”, garantizaba un régimen de remuneración especial fue parcialmente modificado por el RD 1565/2010, de 19 noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial⁴⁶ y por el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, “por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico”⁴⁷, al imponen

⁴³ En este sentido, en el considerando 28 de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, se justifica esta discriminación positiva en que, por razones de protección del medio ambiente, debe darse prioridad a la generación de electricidad basada en energías renovables.

⁴⁴ Concretamente, el artículo 27 de la LSE’97 literalmente señalaba: “la actividad de producción de energía eléctrica tendrá la consideración de producción en régimen especial cuando se realice desde instalaciones cuya potencia instalada no supere los 50 MW y sea mediante cogeneración u otras formas de producción de electricidad asociadas a actividades no eléctricas siempre que supongan un alto rendimiento energético; cuando se utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocarburante, siempre y cuando su titular no realice actividades de producción en el régimen ordinario; o cuando se utilicen como energía primaria residuos no renovables. También tendrá la consideración de producción en régimen especial la producción de energía eléctrica desde instalaciones de tratamiento y reducción de los residuos de los sectores agrícola, ganadero y de servicios, con una potencia instalada igual o inferior a 25 Mw, cuando supongan un alto rendimiento energético”

⁴⁵ Sobre las consecuencias y evolución de este sistema retributivo vid. DELGADO PIQUERAS, F., “Evolución legal del fomento de la electricidad verde en España anterior a la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico”, *El Derecho de las energías renovables y el regadío*, Aranzadi, 2018, págs. 37-116.

⁴⁶ BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2010.

⁴⁷ BOE núm. núm. 312, de 24 de diciembre de 2010.

limitaciones para las instalaciones fotovoltaica en funcionamiento, antes inexistentes. Después a través del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovable y residuos⁴⁸, lo que causó la paralización absoluta de la entrada de nueva generación renovable, siendo finalmente eliminado por el RDL 9/2013 de 12 de julio de 2013, “por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico”⁴⁹.

Pues bien, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 18/2011 declara por un lado que el establecimiento de las singularidades específicas jurídicas y económicas del régimen especial contemplado en la LSE’97, ha sido definido con carácter básico de conformidad con los artículos 149.1.13 y 25 CE, en el art. 27 LSE’97 y desarrollado, con el mismo carácter, en su momento por el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Esta norma fue posteriormente derogada y sustituida por el citado Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que, con carácter básico al amparo de lo establecido en el art. 149.1. 22ª y 25ª CE (disposición adicional tercera), se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial”, con carácter básico al amparo de lo establecido en el art. 149.1. 22ª y 25ª CE (disposición adicional tercera). Y ello justificado en atención a la relevancia de estas actividades para el conjunto del sistema eléctrico (FJ 18 c).

Respecto a la constitucionalidad del artículo 3.3 de la LSE’97, en la que el legislador estatal delimita y define las competencias autonómicas en el sector eléctrico, el Tribunal Constitucional en primer término recuerda que “el legislador estatal no puede incidir en la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión

⁴⁸ BOE núm. 24, de 28 de enero de 2012.

⁴⁹ BOE núm. 167, de 13 de julio de 2013. Sirva como ejemplo las sentencias del TC que resuelven recursos de inconstitucionalidad planteados por las Comunidades Autónomas frente a las reformas de 2013 y las contenidas en el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y en la Orden IET/1045/2014 de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos; ambas normas desarrollan el nuevo régimen retributivo previsto en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. Por todas, SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero y 61/2016, de 17 de marzo.

constitucional o estatutaria pues estaría ocupando la posición propia del poder constituyente⁵⁰, sin embargo no existe obstáculo para que, en el ejercicio de sus respectivas competencias atribuidas por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, tanto el legislador estatal como los legisladores autonómicos puedan proceder «a interpretar el alcance y los límites de su propia competencia» cuando la ejercitan al aprobar las leyes que les corresponden⁵¹ (FJ 7a)⁵¹.

En este caso concreto no existe ni una expresa previsión constitucional ni estatutaria concretada en materia energética, la cual debería estar definida en la norma, legal o reglamentaria que, referida a su propio ámbito competencial, dicte el legislador, estatal o autonómico (FJ 7a). Consecuentemente, el Tribunal Constitucional determina que el legislador estatal claramente se ha extralimitado de sus competencias irrumpiendo en el ámbito reservado por el bloque de la constitucionalidad a las Comunidades Autónomas, por lo que dicho precepto que señala que “corresponde a las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivos Estatutos, el desarrollo legislativo y reglamentario y la ejecución de la normativa básica del Estado en materia eléctrica” es inconstitucional.

Como señala Bacigalupo Saggese, la trascendencia práctica de esta declaración de inconstitucionalidad, que determina la nulidad del art. 3.3 LSE no implica que las competencias que dicho artículo consideraba propias de las Comunidades Autónomas hayan dejado de serlo. Significa tan sólo que las competencias de las Comunidades Autónomas en el ámbito del sector eléctrico no deben inferirse de la legislación estatal ordinaria, sino de lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad (Constitución y Estatutos)⁵².

También consideramos interesante observar la doctrina reiterada por el Constitucional sobre la reproducción en la legislación autonómica de preceptos de la legislación estatal, respecto de la que el TC señala que: “cabe distinguir dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, de los que se derivan consecuencias distintas. El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma, supuesto éste en el que, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto (STC 341/2005, FJ 9)”. El segundo supuesto “tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la

⁵⁰ SSTC 76/1988, FJ 7; 227/1988, FJ 3; 197/1996, FJ 21; 40/1998, FJ 6; y 139/2005, FJ 3.

⁵¹ SSTC 227/1988, FJ 3; 40/1998, FJ 6 y 132/1998, FJ 12.

⁵² BACIGALUPO SAGGESE, M., “La distribución de competencias...”, *op.cit.*, pág. 291.

Comunidad Autónoma carece de competencias, en cuyo caso la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal” (STC 341/2005, FJ 9). Consecuentemente, en este caso “la norma autonómica que reproduce parcialmente la norma estatal básica, omitiendo una parte realmente sustancial de la misma como es la referida a las limitaciones de potencia exigibles para poder entender aplicable ese régimen especial, resulta inconstitucional y nula” (STC 18/2011, FJ 18 c).

2.1. La tensión que existe entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico

La competencia de medio ambiente de las Comunidades Autónomas les ha permitido intervenir en la regulación y ejecución relativa al fomento de las energías renovables y de la eficiencia energética, por su incidencia en la reducción de emisiones de gases efecto invernadero (GEI) y, en consecuencia, en la prevención y control de la contaminación⁵³. De acuerdo con esta habilitación constitucional junto con la relativa a la producción, distribución y transporte de energía, cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra comunidad, diversas Comunidades Autónomas han dictado sus propias leyes en materia de energías renovables⁵⁴ y cambio climático⁵⁵.

Precisamente, los esfuerzos y compromisos climáticos autonómicos han sido enjuiciados evidenciando la tensión que existe entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico. A esta situación se refiere el Tribunal Constitucional con ocasión del conflicto de competencias promovido por el Gobierno de la Nación contra algunos preceptos de la Ley 16/2017, de 1 de agosto, de Cambio Climático de Cataluña⁵⁶, una Ley pionera en la

⁵³ NAVARRO RODRÍGUEZ, P., y RUIZ ROBLEDO, A., “La reforma energética en España: análisis constitucional y administrativo”, *CEFLegal. Revista práctica De Derecho*, (2016), núm. 189, pág. 88.

⁵⁴ Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y de ahorro y eficiencia energética de Andalucía, Ley 10/2006, de 21 de diciembre, de energías renovables y ahorro de eficiencia energética de la Región de Murcia, Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las energías renovables e incentiación del ahorro y eficiencia energética en Castilla-La Mancha.

⁵⁵ Ley 16/2017, de 1 de agosto, de Cambio Climático de Cataluña, Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía y Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética.

⁵⁶ Concretamente, el Presidente del Gobierno impugnó los artículos 2.2.i, 4.e, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 16.3, 19, 21.4, 24.3 y 4, 40 a 50, 51.1 (inciso final), 51.3 (apartados a y b), y 52.1

materia por incorporar los acuerdos de París, pero que a juicio de nuestro Constitucional “no persigue solo la protección del medio ambiente sino que representa también, al mismo tiempo, el diseño de un modelo energético y económico alternativo para todas las actividades productivas de Cataluña y la programación o planificación de la actividad administrativa necesaria para alcanzar ese objetivo” (ST 87/2019, FJ 4) lo que a la postre vulnera las reglas de distribución de competencias en esas materias. Esta argumentación, si bien es acorde al contenido de los artículos 149.1.25 y 149.1.13 de la Constitución nos parece obsoleta ya que parece obviar las implicaciones constitucionales que el proceso de transición energética reviste. En este sentido compartimos la opinión de JARIA I MANZANO cuando señala que el Tribunal Constitucional se ha limitado a hacer una interpretación extensiva de las competencias económicas de las instituciones centrales del Estado, que relega a un segundo plano la acción climática, limitando la acción de las Comunidades Autónomas que verdaderamente pretenden avanzar significativamente hacia la necesaria transición energética⁵⁷.

2.2. La adecuación territorial de las instalaciones de energías renovables

La LSE 13 establece que debe existir una adecuada coherencia entre la planificación energética y la protección del medio ambiente. De esta forma, serían los criterios de protección medioambiental los que deben condicionar la puesta en funcionamiento de nuevas instalaciones producción mediante energías renovables. Además, se exige que la planificación de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica que se ubiquen o discurren en cualquier clase y categoría de suelo sean tenidas en cuenta en el correspondiente instrumento de ordenación del territorio y urbanístico, el cual deberá precisar las posibles instalaciones y calificar adecuadamente los terrenos, estableciendo, en ambos casos, las reservas de suelo necesarias para la ubicación de las nuevas instalaciones y la protección de las existentes (art.

y 3; las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera y séptima, la disposición transitoria tercera y las disposiciones finales quinta y sexta; por lo que durante unos meses esta Ley fue suspendida como medida cautelar. *Vid.*: RODRIGUEZ BEAS, M, “El conflicto competencial sobre cambio climático entre España y Cataluña: avances y retrocesos a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal constitucional 87/2019, de 20 de junio, sobre la Ley 16/2017, de 1 de agosto, de cambio climático”, *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 77, (2019), págs. 59-99.

⁵⁷ JARIA I MANZANO, J, “Jurisprudencia constitucional en materia de protección del medio ambiente”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, (2013), vol. 4, núm. 1, pág. 5. En este sentido, cabe subrayar que se está obviando la obligación contenida en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética que obliga a “hacer frente al cambio climático” a todos los niveles de gobierno.

5)⁵⁸. Además, se prevé que en los casos en los que estas instalaciones no hayan sido contempladas en los correspondientes instrumentos urbanísticos, y siempre que concurren razones de urgencia o excepcional interés para el suministro de energía eléctrica, sean modificados para darles cobertura legal. En este sentido, las autorizaciones contempladas en el art. 53 de la citada Ley cobran especial relevancia para el cumplimiento de los condicionantes de ordenación del territorio, pues serán otorgadas sin perjuicio de las concesiones y autorizaciones relativas a la ordenación del territorio y al medio ambiente (apartado 6). Por lo tanto, nos encontramos por un lado con el necesario cumplimiento de criterios ambientales reconocidos por evaluaciones de impacto ambiental y, por otro lado, con el de criterios urbanísticos. Consecuentemente, puede decirse que se prevé la instalación de líneas de transporte y de distribución incluso en suelo no urbanizable. En decir, los planes urbanísticos deben contemplar la posibilidad de incluir este tipo de instalaciones, reservando espacio para las mismas, sin que en principio sea necesario que se les apliquen las reglas urbanísticas; sin duda, se trata de una manifestación de la absoluta prevalencia de la planificación eléctrica frente a otras cuestiones de ordenación de la edificación⁵⁹.

Otra consecuencia derivada de esta previsión es como sostiene GALÁN VIOQUE, la posibilidad de que el Gobierno pueda imponer la ubicación de estas infraestructuras obligando a las Comunidades Autónomas a modificar en lo que sea necesario sus instrumentos de ordenación del territorio⁶⁰. Habilitación que encontraría cobertura en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al señalar sobre la ordenación del territorio y urbanismo, y las competencias sectoriales estatales (infraestructuras energéticas) que: “se trata de conciliar la competencia del Estado para la planificación y ejecución de las obras públicas que caen en el ámbito de su responsabilidad con los instrumentos de ordenación territorial y urbanística cuyo establecimiento ha sido atribuido a la competencia de las Comunidades Autónomas y Entidades locales” (STC 40/1998, FJ 29). En desarrollo de la competencia atribuida a las Comunidades Autónomas, éstas han articulado sus instrumentos de ordenación del territorio con previsiones relativas a la implantación de instalaciones energéticas renovables.

⁵⁸ RUIZ OLMO, I., *La regulación de las energías renovables: la electricidad fotovoltaica*, op.cit., pág. 175.

⁵⁹ LÓPEZ RAMÓN, realiza un excelente estudio de las principales líneas jurisprudenciales que existen al respecto en “Infraestructuras de energía y ordenación del territorio”, *El derecho de la energía: XV Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006, pág. 83 y ss.

⁶⁰ GALÁN VIOQUE, R., “Implantación territorial de las energías renovables”, en ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pág. 301.

La planificación territorial y urbanística se presenta como un instrumento necesario y capaz de contribuir a una actuación integrada para atender a las necesidades de infraestructuras de suministro energético⁶¹. A juicio de MORA RUÍZ, las Comunidades Autónomas que han aprobado normas integrales sobre fomento de las energías renovables han podido estructurar mejor esa planificación por otorgar cobertura y armonizar los condicionantes de la planificación territorial que difiere de la mera planificación indicativa⁶². Al hilo de ello, resulta necesario subrayar que tal y como se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo, y recoge ALONSO GARCÍA, la planificación energética, aun cuando persiga como uno de sus principales objetivos la descarbonización y la eficiencia energética, no constituye una planificación medioambiental per se, sino que se trata de un documento de decisión política sobre las metas que hayan de alcanzarse y los instrumentos más aptos para lograrlo, no prejuzgando ni la previsión de las infraestructuras que para ello son necesarias ni su emplazamiento⁶³. Consecuentemente, ni la planificación energética prevalece sobre los planes de ordenación territorial y urbanísticos, ni existe una primacía de los objetivos de producción de energías renovables sobre los objetivos de protección ambiental⁶⁴.

IV. LA ARTICULACIÓN DEL SISTEMA ENERGÉTICO EN ESPAÑA

El punto de partida lo constituye la competencia estatal para regular la ordenación del sector energético que incluye la planificación general del sector (STC 87/2019, FJ 4) y sus diversos subsectores mediante la aprobación de la legislación básica (STC 135/2012, FJ 2). En este contexto, la normativa básica contenida en la Ley del sector eléctrico, que es la base común de todas las fuentes de energía tiene como objetivo la garantía del suministro eléctrico y el establecimiento del régimen económico del sector eléctrico (STC 18/2011, FJ 8), para cuya consecución se encarga de regular todas las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica consistentes en su

⁶¹ Sobre la regulación de las instalaciones de energías renovables en espacios naturales protegidos: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M.; ZAMORA ROSELLÓ, R., “Energías renovables y espacios naturales protegidos”, en ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pág. 345- 385.

⁶² MORA RUÍZ, M., “Las regulaciones autonómicas de las energías renovables”, op. cit., pág. 113.

⁶³ ALONSO GARCÍA, M.^a C., “La incidencia de las potestades de los entes locales en el desarrollo y la implantación de las energías renovables”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm.61, (2023), pág. 122. Vid. Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de abril de 2008.

⁶⁴ ALENZA GARCÍA, J. F., “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”. En: ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pág. 667.

generación, transporte, distribución, comercialización e intercambios intracomunitarios e internacionales, sin dejar de lado tanto la gestión económica como la técnica del conjunto del sistema pues con ello se definen elementos nucleares del sistema eléctrico que encajan en el concepto material de bases *ex art. 149.1.13 y 25 CE*, “correspondiéndole al Estado también establecer las directrices que han de regir las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica” (STC 32/2016, FJ 9) y a los sujetos del sistema eléctrico que operan en ellas incluidos los distribuidores (STC 18/2011, FJ 10), los comercializadores (STC 32/2016, FJ 11) y las instalaciones de autoconsumo (STC 32/2016, FJ 6).

1. *Configuración del modelo institucional*

Para evitar que los Gobiernos pudieran controlar los nuevos mercados liberalizados o favorecer a las antiguas empresas monopolísticas las diferentes directivas obligaron a los Estados miembros a crear lo que denomina Autoridades Reguladoras Nacionales dotándolas con un carácter independiente. En nuestro país la amalgama de Administraciones independientes que se habían creado en la última década, como la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria junto con la importante Comisión Nacional de la Competencia y con las funciones del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales se han fusionado en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁶⁵.

Por su parte, el art. 32 LSE⁷ 13 establece el operador del mercado y al operador del sistema son los responsables de las funciones necesarias para realizar la gestión económica referida al eficaz desarrollo del mercado de producción de electricidad y la garantía de la gestión técnica del sistema eléctrico. Mientras que, al operador del sistema, que es también, el gestor de la red de transporte le corresponde, de acuerdo al art. 34 LSE⁷ 13, garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte, ejerciendo sus funciones “en coordinación con los operadores y sujetos del mercado ibérico de la energía eléctrica, bajo los principios asimismo de transparencia, objetividad e independencia”. De esta forma, el Tribunal Constitucional entiende que “no hay duda de que el régimen jurídico tanto del operador del mercado como del operador del sistema encajan en el concepto material de bases y que corresponde dictar al Estado *ex art. 149.1.13 y 25 CE*” (STC 123/2013, FJ 7).

⁶⁵ RUIZ OLMO, I., *La regulación de las energías renovables: la electricidad fotovoltaica*, op.cit., pág. 156.

2. *La autorización de instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad*

Uno de los escollos que la normativa comunitaria sobre renovables no ha logrado superar radica en los procedimientos administrativos de autorización, los cuales siguen implicando extensos periodos de espera. La Directiva de renovables de 2018 ha pedido racionalizar, simplificar e integrar todas las obligaciones existentes en materia de planificación, presentación de informes y seguimiento con el fin de garantizar la coherencia de las políticas implementadas y reducir la carga administrativa, en conformidad con los principios de «Legislar mejor» (art.15). Pero, aun así, nos parece necesario insistir en que la Unión Europea tiene que ser más rigurosa en las exigencias que impone a los Estados sobre la simplificación administrativa⁶⁶. En cumplimiento de este objetivo, tanto la normativa nacional como la autonómica y la local han incorporado medidas tendentes a su consecución, mediante por ejemplo la sustitución, en ciertos casos, de la licencia de actividad o incluso la propia licencia de obras por otras fórmulas de intervención administrativa, como la declaración responsable o la comunicación previa⁶⁷.

Son diversos los elementos que pueden ser tenidos en cuenta para determinar si una determinada instalación eléctrica desarrolla o no una función supracomunitaria que supera las competencias de la Comunidad Autónoma en la que se ubica. No cabe duda de que el “territorio se configura como un elemento definidor de las competencias de cada Comunidad Autónoma en su relación con las demás Comunidades Autónomas y con el Estado, y permite localizar la titularidad de la correspondiente competencia, en atención al ámbito en que se desarrollan las oportunas actividades materiales”. Si bien es cierto que las competencias de las Comunidades Autónomas se circunscriben a su ámbito territorial, “ello no impide que el ejercicio de las competencias de una Comunidad Autónoma pueda tener repercusiones fuera de la misma” (STC 8/2013, FJ 5).

La interpretación del criterio constitucional de delimitación competencial *cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad* concretada por nuestro Constitucional respecto a las instalaciones eléctricas ha estado siempre precedido de “un análisis de conjunto de las circunstancias alegadas por las

⁶⁶ RUIZ OLMO, I., “La aportación de las energías renovables a la salud pública, en el contexto de cambio climático y transición ecológica”, op.cit., pág.112.

⁶⁷ ALONSO GARCÍA, M.^a C., “La incidencia de las potestades de los entes locales en el desarrollo y la implantación de las energías renovables”, op.cit., pág. 132. Véanse como ejemplos el Decreto-ley 2/2018, de 26 de junio, de simplificación de normas en materia de energía y fomento de las energías renovables en Andalucía o la Ley 7/2022, de 29 de julio, de Medidas para la Agilización Administrativa de los Proyectos de Energías Renovables en Castilla-La Mancha.

partes, atendiendo en especial a la condición deficitaria o excedentaria, en punto a producción de energía eléctrica, de la Comunidad Autónoma en la que se ubica la instalación eléctrica de generación o de transporte; a si las condiciones técnicas de la línea de transporte son idóneas o no para el transporte o intercambio de energía entre zonas de todo el territorio peninsular; y a la existencia o no de conexión a la red general peninsular” (STC 12/1984, FJ 2 y 32/2016, FJ 6). Por ejemplo, en el caso de la ampliación de una central hidroeléctrica, el Tribunal consideró que la competencia era autonómica “porque la energía producida, cuyo transporte se hacía a una tensión muy inferior a la de las grandes líneas de la red nacional, se consumía íntegramente en las factorías que in situ tenía la propia empresa; porque no figuraba en el anexo de la Ley 49/1984 sobre explotación unificada del sistema nacional; y porque la central hidroeléctrica era de agua fluente, sin funciones de regulación ni siquiera a nivel de empresa” (STC 74/1992, FJ 2). En otras ocasiones y respecto a la titularidad de la competencia de autorización respecto a una infraestructura similar (un oleoducto), se utilizó el criterio del aprovechamiento y, atendiendo a los características técnicas del proyecto presentado, se descartó el aprovechamiento extracomunitario del oleoducto controvertido, pues “no participaba en la absorción o trasiego de productos petrolíferos desde la red nacional hacia Cataluña, ya que el oleoducto era de único sentido y tenía una sola estación de bombeo cabecera, no estando técnicamente prevista su conversión en un oleoducto de doble sentido” (STC 108/1996, FJ 7).

3. *Producción de electricidad*

Los requisitos y condiciones para la producción de energía forman parte de las bases del régimen energético que puede fijar el Estado ex art. 149.1.25 CE (STC 69/2018, FJ 8). Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciar al hilo de conflictos traídos en relación a determinados preceptos de la norma de desarrollo de la LSE¹³ que reserva facultades de ejecución relativas a instalaciones de producción en detrimento de las competencias autonómicas. Un ejemplo de ello lo encontramos en la STC 36/2017, de 1 de marzo que resuelve un conflicto positivo de competencias promovido por el Govern de la Generalitat de Cataluña contra los artículos del del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que atribuyen al Estado facultades inspección y autorización, esto es, ejecutivas en relación con las instalaciones de producción eléctrica. Por tanto, la cuestión que se plantea es si verdaderamente la reserva de estas competencias ejecutivas se encuentra amparados por las competencias exclusivas del Estado o si las misma deben ser ejercidas por

Generalitat de Cataluña en materia de energía con base en lo dispuesto en el artículo 133 de su Estatuto de Autonomía.

A juicio del Tribunal, la existencia de circunstancias “excepcionales” permiten la extensión de la legislación básica a la ejecución. Es decir, la obligación de remisión de información directamente a la Administración general del Estado: “puede resultarle imprescindible para poder ejercitar sus competencias de ordenación del sector energético. Siendo perfectamente posible y deseable el juego de mecanismos de colaboración y coordinación entre el Estado y la Generalitat de Cataluña en lo relativo al trasvase recíproco de información, lo cierto es que no puede, por principio, condicionarse de modo absoluto la recepción de la información por el Estado a que la misma se traslade a través de la Generalitat, ya que la función planificadora y ordenadora del Estado puede requerir en ocasiones la relación directa con las empresas del sector, pues, en caso contrario, el Estado no podría ejercer una competencia propia, como es la que ahora consideramos, de modo autónomo” (FJ3).

En cuanto a la función de inspección de las instalaciones de producción con régimen retributivo específico, detalla en primer lugar cómo “la asunción por el Estado de facultades ejecutivas en materias en las que ostenta competencias básicas ha sido previamente admitida cuando las competencias de ejecución están estrechamente vinculadas al mantenimiento y efectividad de las normas de carácter básico” (FJ 4). De acuerdo a esta tesis, y subrayando la complejidad técnica que el régimen retributivo específico tiene, sostiene que “no puede excluirse totalmente que las referidas inspecciones incidan en el correcto funcionamiento del régimen retributivo específico que corresponde garantizar al Estado, pues la experiencia que se obtenga mediante la realización directa de la actividad de inspección podrá contribuir a la mejora del régimen retributivo específico, a través de las revisiones y actualizaciones que contempla el propio Real Decreto” (FJ 4)

Respecto a la facultad, prevista en el art. 35.1 a) i) del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, de otorgar la autorización administrativa para la puesta en funcionamiento de nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y modificación de las existentes, así como para la transmisión, cierre temporal y cierre definitivo de las mismas con respecto a las instalaciones peninsulares, incluyendo sus infraestructuras de evacuación, de potencia eléctrica instalada superior a 50 MW eléctricos, el Tribunal considera que: “la aplicación de los criterios legales de la potencia instalada y de la tensión nominal de la línea no tenga el efecto de alterar el resultado querido por el poder constituyente, sino que, por el contrario, aquel ha de ser entendido en el sentido de que la autorización estatal de las instalaciones que cumplan los criterios de potencia y tensión a

los que hace referencia procederá, en tanto que los mismos son indicativos de territorialidad, en los supuestos previstos en el art. 149.1.22 CE” (FJ 5).

Por lo tanto, excepcionalmente, “el Estado puede reservarse como funciones de ejecución facultades de inspección sobre las instalaciones de producción con régimen retributivo específico, con el fin de contribuir a la mejora de dicho régimen retributivo” (STC 36/2017, FJ 4).

La jurisprudencia de nuestro tribunal Constitucional también se ha encargado de reiterar que “el sistema eléctrico ha de responder así a unas características homogéneas en todo el territorio nacional no solamente para garantizar la articulación de un mercado de producción único sino también por las características técnicas, económicas y de funcionamiento del propio sistema”. Este régimen jurídico básico está directamente vinculado a la garantía del suministro y a la indiscutida competencia estatal para retribuir los costes de las actividades del sistema, entre las que destaca la de distribución (STC 148/2011, FJ 6). Además, el establecimiento de un régimen económico único para todo el territorio nacional tiene una naturaleza básica, “al establecer un común denominador normativo para calcular la retribución de los distintos operadores que realizan las diferentes actividades destinadas al suministro eléctrico y para repercutir los costes sobre los consumidores” [SSTC 18/2011, FJ 21 a); y 148/2011, FJ 6].

Ahora bien, la competencia estatal no se agota aquí, sino que comprende además la coordinación ex art. 149.1.13 CE. Esto es, “la competencia estatal de coordinación alcanza al sistema en su conjunto, esto es, tanto al territorio peninsular como a los extrapeninsulares, sin que sea motivo para excluir la competencia estatal de coordinación a que se refiere el art. 39.4 LSE en el caso de Canarias por el hecho de que, dada la nota de insularidad, no resulte posible en el estado actual del desarrollo tecnológico y ante la necesidad de que la actividad de distribución se desarrolle al menor coste económico, que su red de distribución supere el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma, pues aunque no esté conectada con la red peninsular es innegable el valor estratégico de la red de distribución canaria para el conjunto del sistema” (STC 18/2011, FJ 10).

Y así ha quedado plasmado en la sentencia 18/2011 de 3 de marzo, en la que se enjuician tres recursos de inconstitucionalidad acumulados: los dos primeros interpuestos contra distintos preceptos de la LSE’97, y el tercero promovido contra distintos preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, del sector eléctrico canario. El motivo del enjuiciamiento de los preceptos es la vulneración de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁶⁸. En el caso de los

⁶⁸ El Parlamento de Canarias impugna los arts. 3.1 a), 4.1 y 2, 10.2 y 3, 12.1, 39.3 y 41.3, la disposición transitoria decimoquinta y la disposición final primera, apartado 1,

recursos del Parlamento y del Gobierno de Canarias se alega que los preceptos de la LSE'97 impugnados no pueden tener el carácter básico que les atribuye la disposición final primera, apartado 1, de ese texto legal. Por su parte, la impugnación del Presidente del Gobierno se fundamenta en que los preceptos cuestionados de la Ley del sector eléctrico canario no respetarían las bases estatales en la materia contenidas en la LSE'97. Se trata sin duda de una sentencia de alto contenido dogmático en su conjunto. Manifiesta el Tribunal que las competencias estatales en materia eléctrica no sufren restricción o modulación alguna por el carácter insular o extrapeninsular del territorio sobre el que se proyectan. Todo ello sin perjuicio de la potestad que el Tribunal Constitucional reconoce a las Comunidades Autónomas para prevenir, en el marco de sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia energética, la adopción y puesta en práctica de otras medidas que pudieran ser adecuadas para la garantía del suministro eléctrico en dicha Comunidad Autónoma; posibilidad que ya había sido reconocida anteriormente en el apartado 2 de la disposición adicional decimoquinta de la LSE'97 que habilitaba al Estado para establecer regímenes específicos para la regulación de las actividades eléctricas en los territorios insulares y extrapeninsulares en razón a sus competencias en materia energética y de ordenación general de la economía, y en atención a las peculiaridades geográficas de las Comunidades Autónomas insulares, teniendo en todo caso esta reglamentación singular carácter básico (STC 18/2011, FJ 4 y 9).

4. Régimen económico de las instalaciones

Dentro del régimen jurídico de las energías renovables, se encuentra muy señaladamente su sistema de remuneración, que ha estado sujeto a continuas reformas y ha sido objeto de continuos litigios tanto en sede nacional como internacional⁶⁹. Un régimen retributivo que, como no podía ser de otra forma se encuentra en manos del Estado al amparo de la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y de bases del régimen minero y energético, y que ha quedado sometido al devenir económico del sistema eléctrico, obviando criterios ambientales que puedan justificar su mantenimiento.

LSE; mientras que el Gobierno de Canarias impugna los arts. 3, 4.1, 10.2, 39.3 y 41.3, la disposición transitoria decimoquinta y la disposición final primera, apartado 1, LSE; por su parte, el Presidente del Gobierno sostiene la inconstitucionalidad de los arts. 2.3 y 11, 6, 9.7, 11, 12.2 y 3 y 13 b) y la disposición transitoria segunda de la *Ley del sector eléctrico canario*.

⁶⁹ Un profundo análisis de esta jurisprudencia puede verse en: RUIZ OLMO, I., *La regulación de las energías renovables: la electricidad fotovoltaica*, Tecnos, 2021.

Hemos reiterado que de acuerdo a la doctrina constitucional, “el concepto de bases comprende las normas con rango legal sobre la ordenación del sector eléctrico, y también, de manera excepcional y de acuerdo con el concepto material de bases, normas de carácter reglamentario y actos de naturaleza ejecutiva, especialmente, con respecto al régimen económico del sector” (STC 18/2011, FJ 8). De esta forma, el Gobierno ha venido regulando por Decreto el régimen económico de energías renovables.

A diferencia de la LSE’13 en la que como decimos la política de ayudas a los generadores renovables comienza a girar en torno a la sostenibilidad económica del sistema eléctrico, la LSE’97 transformó la configuración del sistema de producción de energía eléctrica al crear las condiciones técnicas, jurídicas y económicas para la implantación de las nuevas tecnologías renovables⁷⁰ y ya no desde un punto de vista económico sino para cumplir con los requisitos medioambientales. En su Disposición transitoria 16^a se estableció que a finales de 2010 las fuentes renovables debían cubrir como mínimo el 12% del total de la demanda energética de España. Para dar cumplimiento a este objetivo, el Plan de fomento de las energías renovables en España 2000-2010 (PER) establecía, entre otras cuestiones, la existencia de un marco de incentivos y medidas en favor del incremento de la utilización de este tipo de energía⁷¹. De esta forma, las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, fueron las encargadas de ejecutar las medidas contenidas en el PER a través de la firma de convenios de colaboración con el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) que han establecido la forma en que dichas medidas debían ser ejecutadas, básicamente, las condiciones de los beneficiarios de las ayudas públicas contempladas en dichos Planes y las intensidades máximas de la ayuda. Los convenios firmados con IDAE distinguían entre medidas prioritarias y

⁷⁰ DELGADO PIQUERAS, F., “Energías renovables y riego”. En: *Estudios sobre cambio climático y transición energética: Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella*. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2022, pág. 246.

⁷¹ En el contexto de mercado de los años noventa, el hecho de que las energías renovables requirieran grandes inversiones provocaba que fuesen más costosas que las energías tradicionales y menos competitivas. No esta forma no podía considerarse un campo de juego equilibrado para las energías renovables, al menos por las dos siguientes razones: porque las energías tradicionales no repercutían todos sus costes en el producto final ofrecido al consumidor y “porque al analizar los costes de las renovables no se estaban considerando las externalidades positivas que su difusión genera en la sociedad en términos ambientales –al sustituir/evitar producción térmica-, de seguridad energética, de reducción del precio de mercado y de desarrollo económico y social”. Vid. SÁENZ DE MIERA, “La regulación, clave para el desarrollo de las energías renovables”, *Rev. Economía industrial*, (2007), pág. 123.

medidas adicionales. Las primeras fueron desarrolladas en todas las comunidades autónomas garantizándose una aplicación uniforme del PER en todo el territorio nacional. Las segundas quedaron condicionadas a la decisión de las propias comunidades autónomas, que gozaban de autonomía para decidir el presupuesto a aplicar cada una de ellas en función de las características propias de cada territorio.

De esta forma, “la resolución de las controversias que se susciten respecto a la regulación y aplicación de las ayudas o subvenciones que puedan establecerse en las distintas áreas o segmentos de la acción pública ha de tener en cuenta la distribución de competencias existente en la materia en la que proceda encuadrar las subvenciones de que se trate, y en el caso concreto como este en el que las subvenciones tengan como finalidad principal el fomento del uso de la energía solar mediante el apoyo a la inversión dirigida a la implantación de instalaciones que utilicen energía de dicha procedencia, deben incardinarse en la materia *régimen energético* por ser ésta la más directamente afectada” (STC 136/2009, FJ 2).

5. *La garantía del suministro eléctrico*

El suministro eléctrico se concibe como un servicio de interés económico general sometido a obligaciones de servicio público para garantizar su universalidad, continuidad, calidad y asequibilidad⁷². De esta forma, el establecimiento de unas determinadas medidas de calidad del suministro de energía eléctrica constituye también una garantía tanto para los consumidores como para el correcto funcionamiento de los diferentes sectores de la economía nacional (SSTC 148/2011, FJ 6 y 8; 4/3013, FJ 5; y 32/2016, FJ 12), constituyendo un común normativo necesario para asegurar el principio de garantía del suministro de energía eléctrica a todos los demandantes del mismo, con la necesaria continuidad y calidad (STC 4/3013, FJ 5).

A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional se ha encargado de concretar el carácter básico de la atribución legal al Gobierno de ciertas medidas de ejecución, que tenían por finalidad la garantía del suministro de energía eléctrica teniendo en cuenta que se trata de un elemento estratégico “dentro del conjunto de la economía nacional, siendo a la vez clave como factor de producción esencial para la práctica totalidad de los restantes sectores económicos, al condicionar de manera en muchos casos determinante su competitividad” (STC 18/2011, FJ 6). Ahora bien, esta circunstancia no exime al Estado de su deber de “justificar, en cada supuesto en el que haga uso de sus potestades de actuación, el carácter materialmente básico de

⁷² Artículo 2 de la LSE⁷ 13.

la medida adoptada, extremo éste que podrá, en su caso, ser objeto del correspondiente control por las vías procedimentales apropiadas, ante este Tribunal o ante la jurisdicción ordinaria. Y, todo ello, teniendo en cuenta que, la facultad estatal no impide que la Comunidad Autónoma pueda prever, en el marco de sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia energética, la adopción y puesta en práctica de otras medidas que pudieran ser adecuadas para la garantía del suministro eléctrico en dicha Comunidad Autónoma” (STC 102/2013, FJ 6).

La cuestión que enjuicia este Tribunal es si los preceptos impugnados pueden ser considerados como desarrollo de las bases estatales compatibles con ellas, o ha de considerarse que no la han respetado. Como sabemos, la distribución, el régimen económico del sector eléctrico y las cuestiones relativas a la calidad exigible al suministro son actividades muy importantes para el conjunto del sistema eléctrico y que sin duda deben determinarse en condiciones comunes para todos los consumidores de energía. En base a la cuestión planteada analizaremos el primer precepto impugnado.

Concretamente el artículo 4.3 Ley de Protección de la calidad del suministro eléctrico de Castilla-La Mancha, reconoce “el derecho de los consumidores a que les sea instalado un sistema de registro de medida de incidencias de calidad del servicio, estableciendo la correlativa obligación para los distribuidores de asumir el coste de instalación, coste susceptible de ser computado en la retribución de su actividad con el consiguiente reflejo en el régimen económico del sector eléctrico”.

El Tribunal, partiendo de la constatación de que el régimen económico del sector eléctrico es único para todo el sistema, entiende que “puede dejar de ser aplicado de manera uniforme. De esta forma, las actividades eléctricas pueden, por ejemplo, ser gravadas con tributos de carácter autonómico o local, cuya cuota se puede obtener mediante reglas no uniformes para el conjunto del territorio nacional”.

De la misma forma, pueden existir en materia de calidad del suministro eléctrico, actuaciones específicas pudiendo existir dos excepciones: permitiendo la existencia, de suplementos territoriales y, en segundo lugar, admitiendo la posibilidad de que se lleven a cabo actuaciones en materia de calidad del servicio para zonas determinadas, actuaciones que, no obstante, y en determinados casos, también pueden llevarse a cabo a costa de las empresas distribuidoras. No obstante, “corresponde a la normativa básica estatal definir, en su caso, la forma y medida en que han de tenerse en cuenta los costes que, para las actividades eléctricas reguladas, como es el caso de la distribución, se deriven del ejercicio de las competencias autonómicas en materia de calidad del suministro eléctrico” (FJ 5). De esta forma, el Tribunal entiende que este precepto no resulta contrario al orden constitucional de distribución de competencias.

Otro de los motivos por los que se cuestiona el artículo 4.3 de la Ley protección de la calidad del suministro eléctrico es por su posible incompatibilidad con el RD 1955/2000, de 1 diciembre, “por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica”. Se trata de una norma reglamentaria, que según la jurisprudencia “tendrá carácter básico también siempre que constituya un complemento necesario para la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases (FJ 6)”. Como señala la propia sentencia, la justificación del enjuiciamiento de este precepto deriva de que pese a que tanto en la norma reglamentaria básica como en la norma autonómica, se reconoce el derecho al consumidor de energía eléctrica a contar con un dispositivo de medida de las incidencias de calidad en el suministro de electricidad, en la norma autonómica no se especifica quien tiene que asumir el coste de la instalación (consumidor o empresa distribuidora), y además ha de determinarse si existe un cauce para el ejercicio de ese derecho previamente reconocido al consumidor, pues como señala el Tribunal, “en la norma autonómica dicho ejercicio no está sometido a requisito alguno, mientras que la norma estatal exige, en lo relativo a la instalación y precintado del sistema, el previo acuerdo entre consumidor y distribuidor o, en ausencia de este, la resolución de la correspondiente Administración autonómica” (FJ 6).

En este caso, se entiende que la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico no contradice la norma estatal, puesto que al exigir únicamente que el sistema instalado esté “debidamente precintado y calibrado” en nada se opone a los concretos extremos contemplados en la normativa estatal relativos a la posible concurrencia del acuerdo entre consumidor y distribuidor, así como en relación con la sustitutiva decisión de la administración autonómica. Sin embargo, si existe divergencia en lo relativo a la imputación del coste de la instalación puesto que la norma estatal señala que la misma se realizará a cargo del consumidor, mientras que el precepto autonómico señala que la instalación se realizará “con cargo a la empresa distribuidora” (FJ 7). Con la previsión de la imputación de los costes en la normativa estatal a cargo del consumidor se pretende impedir la imputación de costes en la retribución de la actividad de distribución, previsión que debe ser respetada por el conjunto de los consumidores para poder respetar la distribución como actividad regulada. Consecuentemente, el Tribunal entiende que “el concreto inciso «con cargo a la empresa distribuidora» del art. 4.3 de la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico no se ajusta al orden constitucional de distribución de competencias por invadir el ámbito de lo básico que corresponde en exclusiva al Estado y resulta, por tanto, inconstitucional”. En este sentido resulta obvio que la normativa autonómica trataría de beneficiar a los consumidores, mientras que la normativa estatal al pretender que los

costes de instalación corran a cargo del consumidor, con la finalidad de que no sean imputables al conjunto del sistema, está beneficiando claramente a las empresas distribuidoras.

V. REFLEXIONES FINALES

El papel que juega la normativa europea referente a las energías renovables está enfocado en tres direcciones: asegurar el abastecimiento, mejorar la competitividad y lograr una mayor sostenibilidad ambiental⁷³.

Como hemos tenido la oportunidad de comprobar, existen reservas competenciales expresas a favor del Estado tanto en lo que a la actividad económica en general se refiere (art. 149.1. 13), como en lo relativo al sector energético (art. 149.1. 25) o sobre autorización de instalaciones eléctricas si el aprovechamiento afecta a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial, por lo que el grueso de la regulación en materia de energías renovables, como es el régimen económico, la regulación de la organización y el funcionamiento del mercado de producción de energía eléctrica, así como competencia para la regulación básica de la generación y del resto de actividades destinadas al suministro, está en manos del Estado.

A partir de ahí, nuestra doctrina constitucional ha fijado los requisitos tanto formales como materiales que tienen que cumplirse al hacer uso de cada una de estas potestades competenciales, siendo en todo caso fundamentales las precisiones relativas al concepto de bases estatales en materia de energía que operan sobre la ordenación del sector eléctrico. Y que habilitan incluso al Estado para el ejercicio de competencia ejecutivas cuando resulten un complemento necesario para garantizar el fin al que responde la competencia sobre las bases, para lo que puede resultar incluso necesario la intervención de la norma reglamentaria amparada tanto en el título general relativo a la planificación de la economía como el más específico relativo al sector energético. Es decir, el concepto de bases comprende también, de manera excepcional normas de carácter reglamentario y actos de naturaleza ejecutiva.

A pesar de reconocer el carácter genérico y específico de ambas competencias, en caso de concurrencia de títulos competenciales, el título genérico del artículo 148.1. 13, parece adquirir un mayor protagonismo en base a la reiterada Constitucional que desplaza las competencias específicas en materia energética en aras de la planificación económica y de dirección general de la economía.

⁷³ RUIZ OLMO, I., *La regulación de las energías renovables: la electricidad fotovoltaica*, op.cit., pág. 100.

Por su parte, las Comunidades Autónomas también tienen competencias en el sector energético tanto de ejecución y desarrollo de las estatales, pero también cuentan con títulos propios que afectan de manera directa a la regulación de las energías renovables, lo que les permite participar activamente en su desarrollo y regulación. Con base a su competencia de desarrollo en materia medioambiental “sí pueden imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones que no están previstos en la legislación estatal, pero sin alterar el orden del ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético y siempre que tales exigencias sean razonables y proporcionadas” (STC 106/2014, FJ 8).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J. F., “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”. En: ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- “Caracterización del marco jurídico español de las energías renovables”, en GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dir.) *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Dykinson, 2015.
- ALONSO GARCÍA, M.^a C., “La incidencia de las potestades de los entes locales en el desarrollo y la implantación de las energías renovables”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm.61, (2023), pág. 122. Vid. Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de abril de 2008.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables”, *REAF*, núm. 10, abril (2010).
- DELGADO PIQUERAS, F., “Energías renovables y riego”. En: *Estudios sobre cambio climático y transición energética: Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella*. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2022.
- “Evolución legal del fomento de la electricidad verde en España anterior a la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico”, *El Derecho de las energías renovables y el regadío*, Aranzadi, 2018.
- FABRA UTRAY, J., *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Marcial Pons, 2004.
- GALÁN VIOQUE, R., “Implantación territorial de las energías renovables”, en ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- GALÁN VIOQUE, R., “La integración de las energías renovables en el mercado energético”, en GALÁN VIOQUE, R., y GONZÁLEZ RÍOS, I., (Coords), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Aranzadi, 2017.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., *Régimen Jurídico Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pág. 48. Para un análisis de la legislación básica en materia de medio ambiental véase: FERNÁNDEZ

- DE GATTA, D., “El régimen de sostenibilidad medioambiental”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25 (2011).
- JARIA I MANZANO, J., “Jurisprudencia constitucional en materia de protección del medio ambiente”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, (2013), vol. 4, núm. 1.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Competencias sobre energía y minas (Comentario al art. 49)” en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M., (Dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomías para Andalucía*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- MARTÍN ALONSO, G., “De nuevo sobre la distribución de competencias en materia de energías renovables: aspectos generales y ámbitos problemáticos”, *Revista de estudios autonómicos y federales*, (2010), núm. 11.
- MORA RUIZ, M., “Las regulaciones autonómicas de las energías renovables”, en ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Tomo I, Yuste, 2007.
- NARBÓN FERNÁNDEZ, J., “Problemas competenciales en el sector de las energías renovables”, en REVUELTA PÉREZ, I., (Dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, 2017.
- NAVARRO RODRÍGUEZ, P., y RUIZ ROBLEDO, A., “La reforma energética en España: análisis constitucional y administrativo”, *CEFLegal. Revista práctica De Derecho*, (2016), núm. 189.
- PEÑARRUBIA IZA, J.M., “Preferencia, coordinación y prevalencia en el ejercicio de competencias concurrentes”, *RAP*, núm.149 (1999).
- PÉREZ MORENO, A., “Las energías renovables”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 55 (2004).
- RUIZ OLMO, I., *La regulación de las energías renovables: la electricidad fotovoltaica*, Editorial, Tecnos, 2021.
- “La aportación de las energías renovables a la salud pública, en el contexto de cambio climático y transición ecológica”, *DS: Derecho y salud*, (2019), vol. 29, núm. 1.

MUNICIPIOS, CONSTITUCIÓN Y REORDENACIÓN DE LA PLANTA LOCAL EN ESPAÑA: PASADO, PRESENTE Y FUTURO¹

Municipalities, Constitution an Reorganisation of the Local Plant in Spain: Past, Present and Future

Ana Torrecillas Martínez
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

<https://doi.org/10.18543/ed.2933>

Recibido: 27.09.2023

Aceptado: 04.12.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Resumen

La preocupante situación actual del gobierno local español nos impele a analizar sus posibles vías de reforma para mejorar nuestro modelo territorial desde un punto de vista integral. En este artículo, previo análisis de las problemáticas de la planta local en el constitucionalismo histórico patrio, se estudian las condiciones presentes que dan lugar a los obstáculos diarios con los que se encuentran los municipios españoles y, asimismo, se plantean las claves futuras para abordar una reforma del régimen local desde una perspectiva municipalista y de ruralidad.

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto regional I+D+i de investigación IB20117 “La necesaria reforma de las administraciones públicas y del modelo territorial español ante el reto demográfico en Extremadura” (IP: Gabriel Moreno González), cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional y la Consejería de Economía, Ciencia y Agenda Digital de la Junta de Extremadura.

Palabras clave

Fusiones municipales, cooperación intermunicipal, asociacionismo municipal, reforma de la planta local, inframunicipalismo.

Abstract

The worrying present situation of Spanish local government prompts us to analyse possible ways of reform in order to improve our territorial model from an integral point of view. This article, after analysing the problems of local government in Spain's historical constitutionalism, studies the present conditions that give rise to the daily obstacles encountered by Spanish municipalities and, likewise, sets out the future keys for tackling a reform of the local regime from a municipalist and rural perspective.

Keywords

Municipal mergers, inter-municipal cooperation, municipal associationism, local government reform, infra-municipalism.

Sumario: I. LA FRAGMENTACIÓN DE LA PLANTA LOCAL EN ESPAÑA Y LA CONCEPCIÓN NATURALISTA DEL MUNICIPIO. 1. El origen de nuestro modelo inframunicipalista. Un germen proveniente de la Revolución Francesa. 2. La teoría naturalista del municipio. 3. Inframunicipalismo en el S.XXI. II. LAS FUSIONES MUNICIPALES EN EUROPA: LA ESTRATEGIA DEL NORTE ANTE EL MINIFUNDISMO. 1. Contexto de aparición de la estrategia del norte: Estado social y municipalismo. 2. El caso de Suecia y el modelo escandinavo impulsado desde el Estado. 3. El caso alemán: la reestructuración de la planta local con el liderazgo de los Länder. III. LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE LO LOCAL EN ESPAÑA: LA ESTRATEGIA DEL SUR DE EUROPA. IV. ¿QUÉ FUTURO QUEREMOS PARA NUESTRA PLANTA LOCAL? V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA FRAGMENTACIÓN DE LA PLANTA LOCAL EN ESPAÑA Y LA CONCEPCIÓN NATURALISTA DEL MUNICIPIO

1. *El origen de nuestro modelo inframunicipalista. Un germen proveniente de la Revolución Francesa*

La fragmentación de la planta local ha sido un problema vigente en España desde la génesis de nuestra historia constitucional. La Constitución de Cádiz introdujo un modelo de fragmentación de la planta local que perviviría hasta nuestros días sin que ninguna constituyente española prestase demasiada atención a uno de los problemas que actualmente afecta nuestro mapa local y se enraíza hasta las entrañas de nuestro sistema político. No fue casualidad que la constituyente gaditana asumiese este modelo. La concepción revolucionaria francesa fraguada en el siglo XVIII constituyó el germen de la teoría naturalista del municipio, que décadas más adelante se propagaría por el resto del viejo continente.

En el Antiguo Régimen no todos los núcleos de población tenían el estatus de municipio, pues a él se le sumaban un caos de entidades territoriales constituido por villas, aldeas, lugares, pedanías, territorios de realengo, de señorío, etc., característico de las plantas locales europeas antes del siglo XIX. Hasta entonces, municipio y privilegio habían sido dos cuestiones inexorablemente unidas pues, de un lado, la estructura municipal estaba ligada a una serie de libertades, de prerrogativas que no ostentaban aquellos territorios que no pudieran enmarcarse bajo la figura de la Corporación municipal, lo que más tarde acabó conociéndose como las libertades locales. Y, del otro, que un determinado territorio solo podía constituirse como municipio, y comenzar a disfrutar de las libertades aparejadas al mismo, si mediaba la voluntad del monarca. De ahí surgió la principal pretensión revolucionaria

en lo concerniente a la planta local francesa, la de homogenizar el municipio por todo el país y acabar, por consiguiente, con los privilegios diferenciales ligados al territorio².

En la elaboración de esta nueva planta local la asamblea revolucionaria giró entre dos posturas. Ambas trataban de articular un sistema de generalización del municipio para Francia, la diferencia es que cada una de ellas tenía su propia concepción acerca del ideal municipalista. De una parte, estaba el modelo propugnado por Mirabeau consistente en la instauración de una municipalidad en cada núcleo de población existente en Francia, y que daría lugar a la constitución de 44.000 municipios aproximadamente. De otra parte, el propuesto por, entre otros, Thouret, Sièyes y Condorcet, que entendían que acabar con los privilegios ligados al territorio e instaurar un régimen democrático en lo local requería, necesariamente, la creación de fuertes y grandes entidades municipales. Mirabeau, a diferencia del bloque encabezado por Thouret, pensaba que el establecimiento de grandes municipios crearía una subyugación de las zonas rurales respecto de las zonas urbanas. Concretamente, temía que el peso político de París pudiese crear una tendencia centralizadora al respecto de los municipios situados en las áreas rurales francesas. Pensaba que, de darle un poder independiente a cada núcleo de población, éstos dejarían de ser dependientes de las antiguas villas a las que se encontraban anexas. La postura de Mirabeau triunfó y se plasmó en el Decreto revolucionario de 22 de diciembre de 1789³.

No hizo falta mucho tiempo para que se cristalizaran los errores de la teoría pergeñada por el francés. Aunque a los pequeños municipios se les diese, teóricamente, el poder político para gestionar su porción de territorio, si no se les dotaba de medios materiales suficientes, de dinero y de recursos para nutrir sus haciendas locales, la gestión política del territorio devenía en una entelequia porque gestionar políticamente un territorio cuesta dinero. Eso fue lo que les sucedió a los pequeños municipios franceses (y más tarde a los españoles), que pese a tener formalmente atribuidas potestades en el plano político, materialmente seguían dependiendo en el plano económico de los núcleos urbanos o ciudades más cercanas. Tras la adopción de la teoría de Mirabeau, su miedo acabó haciéndose realidad. Paradójicamente las zonas rurales y pobres se encontraban mayoritariamente subyugadas a las zonas

² Eduardo García de Enterría, “Turgot y los orígenes del municipalismo moderno”, *Revista de administración pública* 33 (1960): 79-110.

³ Fernando López Ramón, “Políticas ante la fragmentación del mapa municipal”, en *La organización local. Nuevos modelos*, José María Gimeno Feliu (coord.) (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2011), 79-82; Ramón Parada Vázquez “La Administración local en España” en *Manual de Derecho local*, Marta Lora-Tamayo Vallvé (dir.) (Madrid: Justel, 2015), 30 y 31.

urbanas y ricas, tanto en lo económico como, por sus implicaciones, en lo político.

El modelo de Mirabeau, devenido después en claro inframunicipalismo, trascendió de las fronteras francesas y permeó en numerosos países europeos, sobre todo en el periodo napoleónico. El código napoleónico copió la mayor parte de los postulados revolucionarios en lo que respecta al modelo territorial, incluidas las propuestas sobre la ultra fragmentación de la planta local, y fue difundido por todo el continente⁴. Por eso, a excepción de España (y algunos otros, como Italia⁵) nuestros países vecinos decidieron hace décadas no permanecer inmóviles y reformar su planta local ante la desafortunada decisión de tomar como referencia aquel modelo francés.

La constituyente gaditana copió íntegramente la propuesta de Mirabeau y la constitucionalizó definitivamente mediante el artículo 310 de la Constitución de 1812, en el cual se previó lo siguiente: “Se pondrá un ayuntamiento en los pueblos que no le tengan y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente”. El texto constitucional encontraba conveniente que todos los municipios dispusiesen de un ayuntamiento y, en todo caso, prohibía que, en aquellos núcleos de población mayores a 1.000 almas, contando con que esa cifra se reuniese en el propio municipio ¡o en el cómputo global de la comarca!, no hubiese un ayuntamiento y, por tanto, un municipio al frente del gobierno local. El proceso de reconstrucción de la planta local española, durante la vigencia de la Constitución de Cádiz, trajo consigo un mapa municipal dividido en 11.500 municipios.

2. La teoría naturalista del municipio

La concepción descrita en líneas anteriores venía impregnada de una perniciosa visión que también ha acompañado a las plantas locales europeas durante largos años de historia: la concepción naturalista del municipio. La literatura española, como la francesa, siempre ha bebido de fuentes

⁴ Luciano Vandelli, *El poder Local. Su origen en la Francia Revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, trad. Pablo Menéndez García y José Suay Rincón (Madrid: Ministerio para las administraciones públicas, 1992), especialmente de la página 58 a la 68.

⁵ Italia trató de realizar reformas, pero fueron de muy bajo calado. No se parecía, ni se enmarcaba en la órbita de la llamada estrategia del norte, porque solo se llevó a cabo un atemperado refuerzo de las fusiones que, si bien supuso una reducción del número de municipios, no consiguió demasiados avances en la reordenación del territorio. Ver, en este sentido, Marzia de Donno y Claudia Tubertini, “Frammentazione comunale e contrasto allo spopolamento: la prospettiva italiana”, *Rivista di studi giuridici e politici* 2 (2020): 297-321.

iusnaturalistas que conciben la institución municipal como primera manifestación de la asociación humana. Esta postura, la naturalista, condujo a asignar al municipio individualmente concebido una protección remarcada, pues su misma existencia se interpretó con una mirada casi romántica que veía a estos entes como entidades naturales y no como unidades territoriales de creación jurídica. “Esta diferenciación incide sobremanera en la configuración de la planta local, pues mientras que el iusnaturalismo reclama respeto a la Entidad local por el mero hecho de ser célula social, el positivismo permite modificar y alterar la condición del Municipio en tanto que es una creación legal”⁶. De este modo, el municipio se convirtió en una entidad de existencia obligada y se dotó a su estructura, fuera la que fuese, de una alta protección, que no permitiría la introducción de sucesivas reformas de reordenación de la planta local.

Los tratadistas clásicos, proclives a la teoría naturalista del municipio proponían, al estilo de Mirabeau, la ordenación de la planta local en pequeños e inalterables municipios “con autonomía” que, en el fondo, no eran más que aspiraciones fuertemente individualistas de una creciente burguesía que propugnaba su emancipación de la autoridad del Estado. La burguesía se centró en la escala local porque éste era el único nivel de gobierno al que podía aspirar para consolidar su poder en el territorio. De acuerdo con este paradigma “el municipio es una realidad natural, no una creación artificial de la ley; que antecede al Estado, por lo que constituye un atentado contra la libertad y la razón cualquier intento de suprimirlo”⁷. Buena parte de la teoría naturalista del municipio se sostiene sobre la base de la vecindad. En el periodo decimonónico el ciudadano del municipio era suficientemente capaz de afrontar los problemas de la gobernanza local, pues nadie conocía mejor que ellos la realidad y las condiciones en que se desarrollaba el municipio y, además, eran los vecinos del mismo los que sufragaban la totalidad de los costes de la Administración local. La operatividad de este discurso podía adquirir cierta coherencia teniendo en cuenta que las entidades locales del siglo XIX se encargaban de gestionar asuntos que se enmarcaban bajo las lógicas del municipio medieval, donde los propios vecinos solventaban los problemas colectivos y administraban las necesidades comunes que la monarquía desatendía. Para implantar este modelo, necesariamente debían servirse de pequeñas municipalidades, pequeños espacios donde poder autogestionarse. De ahí el fundamento clave que guía a la burguesía local decimonónica. A mayor autonomía del municipio y

⁶ Francisco Javier Durán García, *La fusión de municipios como estrategia* (Madrid: Dykinson S.L, Colección Derecho Administrativo, 2016): 18 y 19.

⁷ Miguel Sánchez Morón, *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional* (Madrid: Servicios de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y Editorial Civitas, 1990): 38 y 39.

mayor distanciamiento de éste y el Estado, mayores serían las libertades individuales de las personas o, al menos, mayor sería el poder para que las élites controlasen el modo en el que se disfrutaban tales libertades.

Desde mediados del siglo XIX la realidad política española en lo local había estado fuertemente marcada por tendencias oligárquico-caciquiles que se habían perpetuado en el tiempo con el favor de las burguesías locales. Éstas apoyaron la consolidación de una centralización *sui generis* que, lejos de limitar su poder en el territorio, les aseguraba el mantenimiento de sus privilegios frente a todo intento de subversión del orden existente. El papel de las Diputaciones Provinciales sirvió como correa de transmisión del poder central en el territorio. Ya en aquella constituyente se consideró a tales entidades como tutoras de los municipios, tanto en el plano político como en el plano financiero. La influencia de los caciques locales no solo afectaba al orden local, sino que llegó a prolongarse a cuestiones nacionales. El engranaje del caciquismo propiciaba que los ayuntamientos precisaran la ayuda del Gobierno para su propia subsistencia y el Gobierno necesitara a los ayuntamientos como último eslabón de toda una cadena de dominación para reforzar su posición política desde Madrid⁸.

Para que la propuesta de gobierno vecinal se sustentase mínimamente en la concepción naturalista y los exclusivismos locales no solo era necesario seguir manteniendo un sistema minifundista, sino que, además, la reordenación de la planta local y la toma de opciones como la consecución de fusiones municipales eran extremos completamente inconcebibles. Bajo esta perspectiva el ente municipal es prácticamente elevado a la categoría de sujeto de derecho, y la modificación de su término municipal constituye una vulneración del derecho natural del municipio a no desaparecer. Fernando Albi esgrimió una fuerte crítica a esta concepción clásica del municipio, y lo puso de manifiesto cuando se refirió a esas razones sentimentales utilizadas como estrategia identitaria en lo local. “A las mismas hay que atribuirles una gran importancia. Un número considerable de Municipios minúsculos, sin base económica alguna, sin medios para atender las más elementales necesidades, se ven reducidos a vegetar al margen de la civilización simplemente por el apego sentimental de sus vecinos a la independencia concejil de que siempre disfrutaron, y por su invencible repugnancia a verse sometidos a una jurisdicción extraña, sacrificando gustosos toda posibilidad de progreso a la subsistencia de ese estado de cosas tradicional”⁹.

Aunque la concepción naturalista del municipio tuvo relevancia en el siglo XIX, dado el marcado carácter individualista de la época y el creciente

⁸ *Ibidem*, pp.142-145.

⁹ Fernando Albi, *La crisis del municipalismo* (Madrid: Instituto de estudios de la Administración local, 1966): 74 y 75

protagonismo de la emergente burguesía local, en el siglo XXI deviene una teoría infundada, inoperante y dudosamente alineada con el texto constitucional de 1978¹⁰. En primer lugar, porque elevar la figura del municipio a sujeto de derechos, por mucho que se trate románticamente de poner al vecino en el centro de la gobernanza, acaba por relegar a la ciudadanía a un segundo plano dado que el municipio de nuestro tiempo ya no se ocupa de asuntos domésticos, sino del aseguramiento de servicios públicos, de la cobertura de prestaciones sociales y de la administración de la *res pública*. Primar la pervivencia de pequeñas municipalidades sin autonomía política, administrativa y financiera, y sin medios económicos, humanos y materiales (pues eso es el municipio en un sistema inframunicipalista) repercute ampliamente en la desatención las necesidades ciudadanas. Y, en segundo lugar, porque el municipio es una de las entidades territoriales que conforma nuestro Estado social y democrático de Derecho (1.1. CE) por lo tanto, “la Constitución considera a los entes locales como una parte de la organización total del Estado, organización realizada en su conjunto por la misma en cuanto expresión de la soberanía nacional, de la que emanan todos los poderes del Estado”¹¹. La pervivencia del municipio como institución se fundamenta constitucionalmente en esa premisa, en el principio de autonomía y en su constitucionalización como entidad territorial conformadora de la estructura del Estado. Su protección se debe a su configuración como entidad conformadora de la estructura territorial básica, y no a su existencia individualizada, lo que habilita al legislador a crearlos, modificarlos o suprimirlos (STC 214/1989)¹².

3. *Inframunicipalismo en el S.XXI*

Las consecuencias inframunicipalistas de la concepción naturalista han estado muy presentes durante nuestro constitucionalismo histórico, incluida la redacción del texto constitucional de 1978. La labor de nuestros constituyentes en la creación del Estado Autónomico estuvo protagonizada, en su vertiente territorial, por la creación de las Comunidades Autónomas en

¹⁰ Luciano Parejo Alfonso, *Constitución, municipio y garantía institucional* (Lima: Grijley, 2000): 104-107; Javier García Roca, “Un bloque constitucional local conforme al principio de subsidiariedad (un desarrollo constitucional pendiente)”, *Revista de estudios de la administración local y autonómica* REALA 294-295 (2004): 18-22.

¹¹ Baldomero Ruiz Cuadrado, “La autonomía local y su defensa”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia* 16 (1998): 212

¹² Para profundizar en este sentido véase Federico A. Castillo Blanco, “La reforma de los gobiernos locales en España: ¿una oportunidad perdida para lograr una planta local competitiva y sostenible?”, *WPSReview International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)* vol.1 4 (2016): 110-139.

detrimento de la regulación de la realidad local. La Constitución de 1978 no prescribió una nueva estructura para la planta local española, sino que sobreentendió la pervivencia del *statu quo* inmediatamente anterior a su vigencia. Lo que sí constitucionalizó, y por consiguiente blindó fue la perpetuación de una relación antagónica: la convivencia del principio de autonomía local (artículos 140-142 CE) con el modelo minifundista local al que las anteriores constituciones españolas tampoco habían dado solución y que la actual Constitución no intenta ni siquiera abordar.

Las consecuencias que se desprenden del mantenimiento de una planta local ultra fragmentada son varias e inciden en numerosas materias de primer orden. Comenzando por lo más básico, la incapacidad económica y financiera de la mayoría de los municipios para hacer frente a la gestión de los asuntos esenciales de su comunidad, a lo que se suma el factor de la despoblación existente en España¹³. Para la efectiva prestación de servicios públicos, de unos servicios públicos de calidad, alcanzar una masa suficiente (masa crítica) de población para el municipio deviene esencial. La cantidad de población con la que cuentan las ciudades, sobre todo las medianas y las grandes, es la que permite cubrir servicios a más bajo coste. La aplicación de economías de aglomeración y la reducción de costes en la prestación de servicios no es posible en el medio rural (que ocupa un 84% de la superficie total del país)¹⁴ porque la media de población de la cual disponen la mayoría de los municipios españoles ronda los 1.000 habitantes. Mantener esta perspectiva también añade un privilegio a las zonas más pobladas del territorio y sitúa en una constante subordinación respecto de las ciudades a las zonas rurales. En el interior de la España vacía no es extraño encontrarse municipios alejados de las grandes urbes donde es necesario recorrer casi un centenar de kilómetros para llegar al hospital más cercano.

Las demandas ciudadanas acaban provocando que los ayuntamientos asuman la prestación de un mayor número de servicios y que gestionen competencias impropias, cubiertas con gastos impropios. Sería óptimo que, desde el prisma de la subsidiariedad, se tuviese en cuenta este hecho y se asignasen más competencias, mejor adaptadas y con más financiación incondicionada y

¹³ Fernando López Ramón, “Políticas ante la fragmentación del mapa municipal”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica REALA* 313-314 (2010): 67-104.

¹⁴ El mapa de las zonas rurales en España, a efectos de examinar su distribución en el territorio nacional, así como sus porcentajes de población se recogen en el Informe sobre Población Rural del Gobierno de España. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.mapa.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/la-poblaci%C3%B3n-de-las-%C3%A1reas-rurales-en-espa%C3%B1a-supera-los-75-millones-de-personas-/tcm:30-583990> [Fecha de última consulta: 20/07/2023]

coparticipada con el resto de los actores previstos para ello (art. 142 CE), en vistas a su desempeño en aquellos municipios donde fuese necesario y su circunstancia lo permitiese y aconsejase. El problema es que la regulación jurídica local nunca se ha caracterizado por su operatividad y su adaptación a las diversas realidades locales¹⁵. La asunción de las demandas ciudadanas provoca frecuentemente la necesidad de recurrir a gastos impropios para cubrir tales demandas, y a ello se suma la deficiencia endémica de las haciendas locales. Los fondos de los cuales disponen los municipios están, ya de por sí, empobrecidos, pues deben nutrirse principalmente de recursos propios. La despoblación de amplias zonas del país no permite obtener los ingresos suficientes a la mayoría de los pequeños municipios rurales españoles. Los tributos que pagan los pocos vecinos censados en el municipio no reúnen la cantidad necesaria para abastecer los servicios más básicos en la localidad¹⁶. Ante esta situación están llamados a auxiliar a sus municipios el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 142), pero las defectuosas transferencias del primero y la ausencia de articulación de mecanismos encaminados a cumplir con tal objetivo por parte de las segundas¹⁷, provocan una vuelta al punto de partida. Esta situación de insuficiencia endémica de las haciendas locales y la falta de compromiso de los demás niveles de gobierno provocan que buena parte de los ingresos que reciben los municipios provengan de las Diputaciones Provinciales, que en nuestro ordenamiento jurídico se encargan de asistir a sus ayuntamientos. Quien se adentre en la España rural verá con abundancia carteles que avisan de que una obra, un proyecto o un programa de empleo ha sido cubierto con fondos de la Diputación correspondiente. El problema de la recepción de estos fondos es que también vendrán condicionados a la ejecución de esa obra, al desempeño de ese proyecto o a la ejecución de

¹⁵ Un ejemplo perfecto fue la reforma introducida por la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local* en el art. 25.1 LRRL. Previa introducción de la reforma, el artículo 25.1 LRRL decía que “El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo”. Con la reforma se suprimieron las referencias a “toda clase” de actividades y “cuantos” servicios públicos fuesen necesarios, en relación con aquello que podía hacer el municipio en el desempeño de tales competencias. A partir de entonces, el municipio, podía “promover actividades y prestar los servicios públicos” que expresamente le fueran atribuidos por ley. Realmente, la modificación del precepto trajo consigo la eliminación de toda posibilidad de interpretar las competencias locales desde el prisma de la subsidiariedad.

¹⁶ Fátima Pablos Mateos, *Autonomía y suficiencia financiera de la hacienda municipal* (Pamplona: Aranzadi, 2016): 340-345.

¹⁷ Jesús Ramos Prieto, “El necesario desarrollo normativo de la participación en los tributos de las comunidades autónomas”, en *Reformas para la cohesión territorial de España*, Gabriel Moreno González (dir.) (Madrid: Marcial Pons, 2022): 183-204.

ese programa de empleo. Rara vez los fondos que reciben los municipios desde el nivel provincial vienen completamente incondicionados. A veces las categorías de condicionamiento de un fondo son más amplias, pero siempre se supeditan a la consecución de un fin. Y esto afecta a la autonomía política del municipio y a la democracia local, a aquello que se decide (o que deja de decidirse) en sede de la Corporación municipal.

A la insuficiencia estructural a nivel económico y financiero (reconocida el propio preámbulo de la Ley Reguladora de las Bases del régimen local, en adelante LRRL), se suma una carencia de medios humanos con una preparación técnica, así como una deficiencia de infraestructuras en sede municipal. Habitualmente, estas carencias de base tratan de paliarse con la asignación de competencias delegadas o con fondos condicionados anexos a tales competencias. Pese a ello, los ayuntamientos se encuentran con serias dificultades y esas inversiones públicas no acaban solucionando, más que coyunturalmente, una parte ínfima del verdadero problema que padecen nuestros municipios. Pensemos en el supuesto de una mancomunidad de municipios en la que se integran varias corporaciones municipales, desde la cual se gestionan buena parte de las competencias de estos entes dada su imposibilidad para satisfacer su prestación de manera individual. La mancomunidad, que se nutre fundamentalmente de las aportaciones de sus municipios mancomunados, tiene a su servicio una serie de técnicos cuyos sueldos no se pagan con las aportaciones de los municipios mancomunados, sino a través de los fondos concedidos por subvenciones anuales a las cuales da acceso otro nivel de gobierno, bien Diputación, bien Comunidad Autónoma, bien el propio Estado o incluso la Unión Europea. Las actuales modificaciones implementadas por la reforma laboral en España (*Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*), que persiguen la estabilización en el empleo de numerosas personas trabajadoras, no son asumibles en el nivel local debido a lo anterior. Un puesto de trabajo cuyo sueldo depende de una subvención convocada anualmente no puede modificarse a la tipología de fijo discontinuo, sencillamente porque no se sabe si el próximo año se concederá tal ayuda o no, y con ello, tampoco se sabe si tal mancomunidad a la que nos venimos refiriendo continuará teniendo los fondos necesarios para cubrir el puesto de trabajo de esa persona. Esas soluciones coyunturales hacia el nivel local provocan situaciones como la descrita. La norma no se elabora pensando en los municipios, y como consecuencia, a los municipios les es materialmente imposible adaptarse a los progresos normativos. A las competencias delegadas y a sus fondos finalistas les persigue, además, un tratamiento bastante restrictivo con la autonomía política del municipio, pese a que ésta, tanto en el plano administrativo, como en el político y en el financiero está expresamente prevista en

nuestra norma suprema (arts. 137, 140 y 142)¹⁸. Sus representantes, al igual que los del nivel autonómico y el estatal, han sido directamente elegidos por la ciudadanía e investidos de legitimidad democrática, y el texto constitucional deposita en ellos, en teoría, la potestad de gestionar de manera autónoma los intereses de su territorio.

Los costes fijos del municipio en materia de personal técnico permanente son otro de los escollos a los que deben hacer frente los ayuntamientos en la gestión diaria de sus localidades. No es extraño que en los municipios rurales se comparta personal habilitado de carácter nacional como secretaría o intervención precisamente por ello, por la imposibilidad de costearse de manera permanente e individual la disposición de ese personal a su servicio. Que es, por cierto, esencial en el día a día de la institución municipal. Esta situación ralentiza, e incluso paraliza muchos de los asuntos que, a nivel administrativo y burocrático, son necesarios en la gestión cotidiana de las localidades. De hecho, este fue uno de los factores que más impulsó la comarcalización de la Comunidad Autónoma de Aragón¹⁹.

La escasez de presencia policial en los pequeños municipios y las dificultades de prestación de servicios policiales son otro de los obstáculos a los que deben enfrentarse las zonas rurales. La respuesta policial (aun tratándose de una urgencia) con la que han de responder los efectivos presentes en un determinado territorio, se ve condicionada por el tiempo y las distancias que existen entre la ubicación donde se encuentra la patrulla más próxima y el lugar al que deben desplazarse, e incluso por el bajo número de efectivos en relación con los municipios a los que deben extenderse sus servicios²⁰. Ante tales obstáculos, varias CCAA plantearon la posibilidad de crear cuerpos policiales supramunicipales a partir de Leyes de Coordinación de Policía Local con el fin de mancomunar los servicios de policía y contar, así, con un servicio policial más eficiente y sostenible del cual disponen actualmente²¹.

¹⁸ El principio de diferenciación local fue incorporado, desde esta perspectiva, en el Estatuto de Autonomía de Cataluña. En su artículo 88 puede leerse: “Las leyes que afectan al régimen jurídico, orgánico, funcional, competencial y financiero de los municipios deben tener en cuenta necesariamente las diferentes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que tienen”.

¹⁹ Esta información está disponible en: <https://www.elperiodicodearagon.com/aragon/2014/11/23/municipios-pequenos-ven-obligados-compartir-47236541.html> [Fecha de última consulta: 20/07/2023]

²⁰ Jordi Ortiz García y Miguel Ángel Rufo Rey, “Seguridad y prevención del delito en las comunidades rurales de Extremadura: un estudio de caso desde la criminología”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* 7 (2023): 153-185.

²¹ En la región de Murcia se promulgó la Ley 5/1988, de 11 de julio, de Coordinación de Policías Locales; en Islas Baleares la Ley 10/1988, de 26 de octubre, de Coordinación de Policías Locales; en Asturias la Ley 6/1988, de 5 de diciembre, de Coordinación de

El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional esta opción en la STC 25/1993, de 21 de enero, y reiteró su criterio con posterioridad (SSTC 49/1993; 50/1993; 51/1993; 52/1993; 81/1993; 82/1993; 85/1993; 86/1993). De acuerdo con la argumentación del TC, el artículo 51 de la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* no permite la creación de cuerpos de policía supramunicipales, pues tal potestad corresponde al municipio y no a una entidad local distinta a este.

Nuestro ordenamiento jurídico deposita las mismas exigencias para una heterogeneidad de realidades locales. Sucede, por ejemplo, en materia de contratación pública o en la petición de proyectos o subvenciones para recibir fondos en sede municipal. No se realizan distinciones entre municipios de pequeña dimensión y municipios de gran población, pese a ser algo determinante en la capacidad de su ayuntamiento tanto desde el plano económico como desde el plano de organizativo.

En España disponemos de municipios con 10, 5, 4 y hasta 3 vecinos. Las cifras no son excepcionales. Entran dentro de la media porque de 8131 municipios, más de 6000 municipios cuentan con menos de 1000 habitantes. De estos municipios, algunos están separados por menos de 4km y disponen de importantes sinergias laborales, económicas e incluso políticas. El principal obstáculo a la anexión de sus administraciones lo suponen las cuestiones identitarias. Se ha visto con meridiana claridad en el reciente y famoso intento de fusión de Don Benito y Villanueva de la Serena, en Extremadura²². Durante el proceso de ejecución de la fusión surgió un partido político de corte localista llamado “Siempre Don Benito”. El eje central de su programa electoral era un “no” rotundo a la fusión de ambas localidades. El partido trató de llevar a los tribunales a los alcaldes que lideraron el proyecto de fusión municipal porque, a su parecer, el proceso no fue democrático, pese a que los entonces alcaldes de Don Benito y Villanueva de la Serena decidiesen realizar una consulta popular, después de constatarse los beneficios del proyecto en el estudio científico encargado a tal efecto²³. El umbral para que ganase el sí a la fusión se estableció

Policías Locales; en Extremadura la Ley 1/1990, de 26 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura; en la Comunidad de Madrid la Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías Locales; en Andalucía la Ley 1/1989, de 8 de mayo, de Coordinación de las Policías Locales de Andalucía; en la Comunidad Valenciana la Ley 2/1990, de 4 de abril, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad Valenciana; en Cataluña la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales; y en Galicia la Ley 3/1992, de 23 de marzo, de coordinación de las Policías Locales.

²² Ana Torrecillas Martínez, “La fusión de Don Benito y Villanueva de la Serena: una referencia para el municipalismo y la garantía constitucional de la autonomía local”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 38 (2022): 617-646.

²³ Francisco Javier Miranda González, Pedro Rivero Nieto y Julián Ramajo Hernández, “Análisis de competitividad de ciudades y polos de desarrollo en la provincia de

en una mayoría reforzada del 66% en ambos municipios. Y se consiguió. Para la plataforma Siempre Don Benito, que más tarde se registró como partido político, esto no es democrático. Pese a que el TSJ de Extremadura (STSJ 251/2023) ya había reconocido la sobrada legitimidad de la consulta popular realizada en Don Benito y en Villanueva de la Serena con ocasión de un recurso presentado por Siempre Don Benito, las falacias y el programa electoral del partido no cesaron en la difusión del mismo mensaje.²⁴

Todos estos factores justifican la necesidad de repensar la herencia de nuestro modelo inframunicipalista. El municipio (pequeño, mediano o grande) es el corazón de nuestro sistema político y constitucional. En él se desarrolla la comunidad política más básica, más primaria, la más cercana al pueblo español, único y verdadero soberano (art. 1.2 CE); democrático por antonomasia, y también por reconocimiento constitucional (art. 140 CE y 23 CE). Es momento de no permanecer inmóviles y buscar posibilidades de mejora ante una necesidad tan acuciante.

II. LAS FUSIONES MUNICIPALES EN EUROPA: LA ESTRATEGIA DEL NORTE ANTE EL MINIFUNDISMO

1. *Contexto de aparición de la estrategia del norte: Estado social y municipalismo*

La situación de pobreza en que se encontraban sumidos los Estados europeos tras el final de la Segunda Guerra Mundial obligó a todo el continente a reestructurar internamente sus políticas para dar una solución a la crisis estructural característica de este episodio histórico. En el plano jurídico y sociopolítico, el gran hito para Europa lo marcó la creación del Estado social, que nacía con la pretensión de revertir los excesos del Estado liberal²⁵. Su objetivo inmediato era remediar las desventajosas condiciones de vida de los estratos más desamparados de la población. Se trataba de “evitar tanto la caída en un socialismo de inspiración soviética como la vuelta a las condiciones del periodo anterior”²⁶.

Badajoz. Áreas funcionales urbanas en la provincia de Badajoz: economía y perspectivas”. Disponible en: <https://villanuevadelaserena.es/wp-content/uploads/2022/01/RESUMEN-EJECUTIVO-polos-desarrollo.pdf> [Fecha de consulta: 17/08/2023]

²⁴ El análisis de los datos sobre las últimas elecciones municipales en Don Benito puede consultarse en: <https://www.elsaltodiario.com/extremadura/don-benito-no-pagatraidores> [Fecha de última consulta: 20/07/2023]

²⁵ Carlos de Cabo Martín, *La crisis del Estado social* (Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, 1986)

²⁶ Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Madrid: Alianza Universidad, 1982): p.20.

En lo que concierne al objeto de análisis, esto es, las nuevas medidas emprendidas por el Estado social y cómo ello vino a transformar la mentalidad municipalista de la época en el norte de Europa, el principal fenómeno que determinó este cambio de paradigma fue dar el paso de un Estado liberal de Derecho a un Estado social de Derecho, dadas las insuficiencias presentadas por el anterior modelo y su incapacidad para afrontar los nuevos y complejos problemas que se presentaban en el marco de la moderna sociedad industrial. Para ello, el principal aspecto que se trató de combatir desde la implementación del Estado del bienestar en Europa fue el abstencionismo estatal. Las nuevas políticas de reestructuración estatal, en ese intento por compatibilizar el sistema productivo capitalista y el bienestar social, crearon los derechos sociales y se orientaron a la realización de objetivos de justicia social²⁷.

La reestructuración económica y política de Europa, a través de la nueva prestación de servicios públicos para la generalización del Estado del bienestar no solo se llevó a cabo de manera centralizada, a través de los propios Estados, sino también con la colaboración de sus entidades territoriales. En esta línea, el municipio y la administración local jugaron un importante papel como extensoras del Estado social y prestadoras de servicios públicos. Además, y como es evidente, la hacienda pública se vio sumamente afectada por la llegada de estas nuevas medidas, pues se pasó de un Estado abstencionista a un Estado intervencionista que primaba el bienestar social independientemente de la clase a la que se perteneciese, cuestión que derivó en la realización de esfuerzos económicos y en el empeño de ingresos del caudal público para equilibrar las desigualdades sociales y emprender una acción redistributiva propia del Estado social.

En todo este contexto de afectación de la hacienda pública y de la necesidad de que todos los niveles de gobierno del Estado coadyuvasen a la prestación de tales servicios públicos a la ciudadanía, los Estados europeos vislumbraron que su planta local, que arrastraba desde tiempos pasados una situación de fuerte inframunicipalismo, no solo era incapaz de colaborar en la extensión del Estado social, sino que, su mismo mantenimiento era un lastre más en la acción redistributiva.

Bajo esta lógica, numerosos países europeos comenzaron a reformar sus plantas locales empleando fórmulas de reordenación de la planta local, concretamente de fusiones municipales, primero a través de incentivos para que estas se llevasen a cabo voluntariamente y tras fracasados intentos, se decidieron a practicar fusiones forzosas. Los países que emprendieron tales reformas partían de un mismo problema y aspiraban a una misma solución. De

²⁷ Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (Madrid: Taurus, 2010): pp.103-133.

una parte, la fragmentación de su planta municipal, el reducido tamaño de sus municipios generalmente de escasa población y su incapacidad financiera, no permitía que las Corporaciones Locales de posguerra pudieran adaptarse a las nuevas circunstancias que demandaban respuestas integrales e inmediatas por parte del Estado. De otra parte, todos estos Estados europeos tenían como propósito la prestación de unos servicios públicos de calidad y concebían al municipio como una parte esencial de la estructura territorial básica del Estado que, además, era la más cercana a la ciudadanía y debía garantizar que sus localidades actuaran desde un prisma de justicia social, para el correcto desempeño de sus funciones en el territorio. Asimismo, buscaban un robustecimiento de la autonomía política de sus municipios frente a otros niveles de gobierno, con el fin de reforzar la democracia local. La afectación de la autonomía política, de la capacidad de tomar decisiones políticas en la escala local, erosiona el principio democrático porque está directamente relacionado con aquello que podemos, o más bien que no podemos decidir desde el ámbito municipal.

En las reformas de fusión municipal se buscaba tanto una efectiva prestación de los servicios ya asignados al municipio, como una mejora del paquete competencial depositado en esta sede. En este sentido, todos estos Estados del norte se dieron cuenta de una cuestión básica: si no emprendían primero políticas de reordenación de la planta local, ni podrían aspirar a conseguir una mejora en el sistema de justicia social desde el nivel municipal, ni tampoco realizar una segunda descentralización a partir de la cesión de mayor número de competencias a favor del municipio, pues su falta de capacidad política, administrativa y financiera lo impedía. En este sentido, siguiendo el estudio realizado por F. J. Durán García²⁸, expondremos dos modelos de fusión ejecutados en Europa por un doble motivo. El primero, por ser pioneros (a excepción del particular caso portugués²⁹) en todo el continente y el segundo porque, conjuntamente, pueden coadyuvar al replanteamiento de nuevas reformas para España.

2. El caso de Suecia y el modelo escandinavo impulsado desde el Estado

Antes de emprender el proceso de reforma de la planta local, Suecia contaba con más de 2.498 municipios, generalmente de escasa población y dimensión geográfica. Alineada con las demandas del resto de Europa y los problemas económicos que se agravaban dada también la situación de sus

²⁸ Francisco Javier Durán García, *op.cit.*

²⁹ Gabriel Moreno González, *Cómo se gobiernan los portugueses. Historia constitucional y sistema político de Portugal* (Granada: Comares, 2022).

entidades locales, el país emprendió un proceso de reordenación de su planta local desarrollado en tres etapas distintas³⁰.

La primera de ellas consistió en el planteamiento de fusiones voluntarias de bloques de municipios a partir de una Ley de reorganización de municipios en 1956, que proponía la creación de nuevos municipios sobre la base de las áreas funcionales³¹ previamente existentes en Suecia. De acuerdo con esta propuesta, la planta local se dividiría en varios municipios, uno de ellos estaría a la cabeza, y marcaría una población mínima necesaria para la constitución de la fusión, que se fijó en 8.000 habitantes. En la comisión parlamentaria de preparación de la estrategia de reforma se tuvo en cuenta no solo el tamaño propicio a nivel geográfico y demográfico, sino también la homogeneidad o continuidad de los territorios colindantes y los vínculos funcionales entre los municipios que pasasen a fusionarse. Esta primera etapa fracasó, curiosamente, por el sistemático rechazo de los pequeños municipios. Sin embargo, decididos a emprender una reestructuración de la planta local, el Gobierno y el Parlamento sueco no cesaron en sus intentos por acabar con la situación de inframunicipalismo y continuaron con una segunda etapa de reformas.

La segunda etapa comenzó en 1969, trece años más tarde, en la que el Parlamento aprobó una ley de fusiones, esta vez forzosa ante el intento fallido de reordenación voluntaria. Esta nueva ley aprovechó las divisiones trazadas por la ley de 1956. La planta local sueca, que disponía de más de 2.500 municipios, pasó a organizarse en 286 entidades municipales con una población superior a los 30.000 habitantes y una superficie geográfica de alrededor de 1500 km².

³⁰ Enrique Martínez de la Casa Rodríguez, “Vetos y resistencias en el fracaso de la reforma de la planta local en España”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma REALA* 5(2016): 120-137.

³¹ Un área funcional es una extensión geográfica que engloba una ciudad y su área circundante. Estos espacios forman conjuntamente una unidad funcional que está interconectada económica, social y ambientalmente. En otras palabras, es un área geográfica que está unida por flujos y actividades que trascienden los límites políticos y administrativos de la ciudad principal. La planificación de las áreas funciones es muy relevante a la hora de trazar reformas de reordenación porque permiten crear sinergias en toda la región. Pueden servir para aglutinar servicios, conectar ciudades y zonas rurales, para aprovechar oportunidades laborales e instalaciones, e incluso para promover el desarrollo sostenible y la redistribución de la riqueza de un modo equitativo. La estimación actual sobre áreas urbanas funcionales en España puede consultarse en el portal web del Instituto Nacional de Estadística (INE) a través del siguiente enlace: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalleFichaSeccionUA¶m3=1259944561392&_charset=UTF-8&cid=1259947044694 [Fecha de última consulta: 20/07/2023]

La tercera etapa, previa consolidación de la planta local sueca tras las reformas introducidas en 1969, se centró en realizar un proceso de descentralización funcional y política a favor del municipio. Funcional porque, una vez los municipios suecos habían alcanzado un tamaño y una población considerable, el Estado cedió un cuantioso número de competencias, sobre todo en materia social, a sus entes locales. Política porque la autonomía alcanzada con el emprendimiento de la reforma y el refuerzo de las funciones depositadas en sede municipal permitían una verdadera toma de decisiones políticas por parte de los representantes municipales, y una efectiva gestión autónoma por parte del nivel municipal.

Culminadas estas tres etapas, la estructura político-administrativa de la planta municipal sueca se ha consolidado hasta el punto de que sus entes municipales están preparados para prestar unos servicios de calidad y, además, presentan estabilidad financiera y reportan unos beneficios para la hacienda estatal mucho mayores a los de cualquier sistema inframunicipalista. La materialización del principio de subsidiariedad pasó de ser una entelequia a ser una realidad, pues la eficacia que reportaba la prestación de servicios municipales se multiplicó con la reestructuración de la planta local. Los municipios suecos, además, vieron muy mejorada su autonomía local, tanto en su vertiente política como su vertiente financiera y, en consecuencia, también en su capacidad administrativa, dando un sentido a la descentralización del poder político en sede municipal, aumentando su capacidad de adquisición de responsabilidades y otorgando una suficiencia financiera a sus entes locales que les ha permitido no depender económicamente de otras administraciones³².

3. *El caso alemán: la reestructuración de la planta local con el liderazgo de los Länder*

En 1950 la planta local alemana contaba con más de 24.000 municipios. En la misma línea que la tendencia europea, Alemania contaba con un sistema inframunicipalista que no podía hacer frente al cumplimiento de la Constitución federal de 1949 por imposibilidad material. El minifundismo local, junto con las bajas cifras de población de sus municipios condujeron al planteamiento de numerosas reformas por parte de los Länder. A diferencia de Suecia, donde la reordenación se llevó a cabo de manera centralizada, en

³² Council of European Municipalities and Regions, *Decentralisation at a crossroads. Territorial reforms in Europe in times of crisis*, 2013. Texto disponible en el siguiente enlace: https://ccre.org/img/uploads/piecesjointe/filename/CCRE_broch_EN_complexe_low.pdf [Fecha de última consulta: 20/07/2023]. Principalmente p.56, dedicada a Suecia.

Alemania las reformas operadas en virtud de la reordenación de la planta local se llevaron a cabo con el liderazgo de los Länder.

Podemos destacar dos etapas de desarrollo en el proceso de fusiones alemanas. La primera etapa de fusiones en Alemania tuvo lugar en el seno de la República Federal, cuando los territorios alemanes todavía no estaban reunificados. Previa promulgación de una Ley de autorización de la Federación para el emprendimiento de las reformas, cada Land comenzó internamente a reestructurar su planta local; primero, recurriendo a las fusiones voluntarias y, al igual que en Suecia, después, a través de fusiones coactivas. La primera etapa de reformas se prolongó durante varios años, dando lugar, en el paso de 1950 a 1978 a una gran reducción de municipios, que pasaron de los 24.371 a los 8.514, con un tamaño medio de población de 8.000 habitantes por municipio. Los cambios en la planta local alemana conllevaron, simultáneamente, la introducción de reformas en el modelo competencial a favor de las corporaciones municipales. Se asumía que una vez su red de instituciones municipales estuviese suficientemente fortalecida, los municipios estarían más preparados para asumir nuevas responsabilidades y desempeñar nuevas funciones que se traspasarían mediante el instrumento de ley específica en materias como: planificación territorial, medio ambiente, transporte, servicios, etc.

La segunda etapa se corresponde con la reunificación de Alemania en la década de 1990. La Alemania Federal ya contaba con fuertes municipalidades fruto del proceso de fusiones emprendido en años anteriores a través de las reformas de reordenación emprendidas por los Länder. La Alemania del Este, por el contrario, contaba con una planta local ultra fragmentada, a lo que se sumaba la ausencia de instancias intermedias entre el gobierno y las entidades locales, debido a la supresión de los Länder durante la época de gobierno comunista. Para poder llevar a cabo todo el modelo de reestructuración de la planta local, la Alemania reunificada tuvo que dar varios pasos, tomando el ejemplo del proceso de fusiones emprendido en la primera etapa. Sin embargo, las vicisitudes a las que debía hacer frente Alemania y sus entes territoriales tras la caída del muro de Berlín eran un tanto particulares. En un primer momento, se reconstruyeron los cinco Länder históricos que habían sido eliminados en 1952 y se decidió, a fin de que estos se consolidasen en la nueva estructura territorial, mantener la misma planta municipal, compuesta por 15.000 municipios tras la anexión. En esta etapa de transición crearon estructuras transitorias de cooperación intermunicipal, mientras se caminaba hacia la planificación y ejecución de fusiones municipales.

Afianzadas las nuevas instancias de gobierno, la planta local mantenida en la parte Este de Alemania cargaba con los mismos problemas que años atrás se habían solucionado en el seno de la Alemania Federal. Esto provocó que se emprendiera una segunda etapa de fusiones con el fin de dotar a las demás entidades territoriales de un tamaño y demografía suficientes para

hacer frente a las exigencias de una gestión autónoma de sus territorios. En pocos años se consiguió la reducción de casi un 40% del número de municipios. La consecución de las fusiones en esta segunda etapa vino, al igual que en la primera, precedida de una reforma del modelo competencial que consolidó el principio de descentralización del poder político en beneficio de las entidades locales alemanas, mejoró la democracia local y, además, se reforzó el principio de autonomía local.

La consecución de estas reformas provocó que la planta local alemana se convirtiese en un verdadero nivel autónomo dentro de su estructura territorial. Que esta reforma fuera liderada desde el nivel intermedio, entre la Federación y el municipio, presenta un especial interés para España³³, cuestión que se abordará en el último epígrafe. El catálogo de competencias que se depositó en el municipio fue tan amplio que, junto con un refuerzo de su autonomía y una mejora de su sistema financiero, permitieron al gobierno municipal tomar decisiones políticas sobre cuestiones de primer orden, entre las cuales se encontraba el aprovisionamiento de servicios o la ejecución de importantes funciones en materias como educación, tiempo libre, servicios sociales o medio ambiente. La interiorización de tales reformas en el ordenamiento jurídico alemán mejoró la calidad del régimen local³⁴ y, además, permitió que la realidad se ajustase mucho más a lo prescrito en su texto constitucional.

III. LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE LO LOCAL EN ESPAÑA: LA ESTRATEGIA DEL SUR DE EUROPA

Desde principios del siglo XIX, tras la entrada en vigor de la Constitución de Cádiz, España ha asistido a diversos y malogrados intentos de reordenación del territorio a través de fórmulas de reorganización de la planta local. En la época del Trienio Liberal nuestro país contaba con 11.500 municipios, la mayor cifra tasada en la historia del constitucionalismo español. A raíz de este desmesurado número de entidades municipales, muchos proyectos posteriores que incidían en el plano local, como el Proyecto de Ley Municipal del gobierno de Maura o el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo en la época de la Dictadura Militar de Primo de Rivera, trataron de ofrecer alguna clave para mejorar la situación de fragmentación de la planta local española, pero fueron propuestas muy atemperadas e insuficientes para acabar, por sí

³³ Andreas Hildenbrand Scheid, “Política de ordenación del territorio en Alemania. Las experiencias de los Länder y su interés para las Comunidades Autónomas”, *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales* III (104) (1995): 297-313.

³⁴ Council of European Municipalities and Regions, *op.cit.*, especialmente p. 34 dedicada a Alemania.

mismas, con el problema del minifundismo local. Casi todas se centraron en exigir unos mínimos de población necesaria para la constitución de nuevos municipios, pero no extendían tales exigencias hacia los municipios ya existentes. No se consiguieron demasiados resultados porque las políticas emprendidas en el contexto español no estaban destinadas a revertir la situación de la planta local, sino a evitar una fragmentación todavía mayor.

Únicamente podemos destacar dos periodos históricos que, junto con absorción de municipios colindantes por algunas ciudades como Valencia, Barcelona o Bilbao, produjeron una reducción del número de municipios españoles. Estas dos etapas se sitúan, de una parte, en la Década Moderada bajo el reinado de Isabel II y, de la otra, en la época del tardofranquismo. En la primera etapa reseñada, el declive de la planta local causado por el arraigado minifundismo local puso de manifiesto la necesidad de establecer serias medidas de reordenación de la planta local para dar solución a numerosísimos problemas suscitados en el nivel municipal, principalmente en el plano financiero. Con la *Ley de Organización y Atribuciones de los Ayuntamientos de 8 de enero de 1845*, se estableció una exigencia que redujo 1916 ayuntamientos en un periodo de 15 años, entre 1845 y 1857. En la mentada disposición se previó que, para dar continuidad a un municipio y a su ayuntamiento, su censo debía reunir como mínimo 150 habitantes. Es destacable porque la medida no incidía en los municipios de nueva creación, sino en la necesidad de reagrupar los ya existentes de no reunir un número de población suficiente³⁵. En la segunda etapa a la que nos referimos, y que ubicamos en la última década de la dictadura franquista, tuvo un gran peso la insuficiencia endémica de las haciendas locales. A partir de 1940-50 se produjo un trasvase histórico de población del medio rural a las ciudades en búsqueda de sustento. Esto propició un abandono masivo de las áreas rurales del país, que quedaron, si cabe, más abandonadas de lo que ya estaban en periodos anteriores. La situación de empobrecimiento extremo de los municipios obligó al régimen a tomar medidas encaminadas a fomentar la incorporación de municipios colindantes y a engrosar las haciendas locales en 1966³⁶.

Al margen de ambos periodos históricos, la planta local española ha experimentado pocas variaciones. En lugar de seguir la estrategia de los Estados

³⁵ Fernando Bermejo Batanero, "Las normas para la disminución de ayuntamientos en España desde las Cortes de Cádiz a la Segunda República", *Revista de Derecho de la Cultura* 4 (2021): 1-23.

³⁶ Fernando Bermejo Batanero, "El fomento de las fusiones de ayuntamientos en el régimen de franco, desde la ley de bases de régimen local de 1945 hasta la ley 48/1966, de 23 de julio, sobre modificación parcial del régimen local. Evolución en la provincia de Guadalajara", *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales* 15 (2020): 3-36.

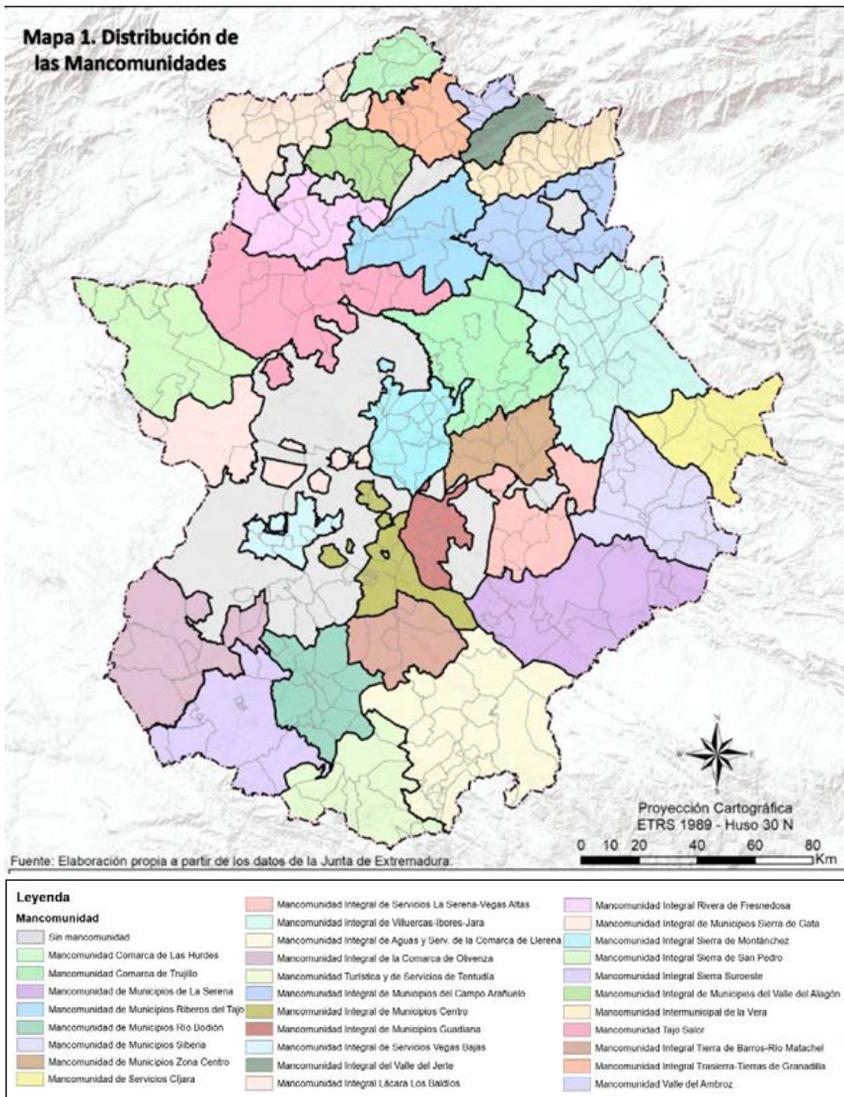
del norte, en España se optó por la llamada “Estrategia del Sur”, basada en el refuerzo de las estructuras de cooperación intermunicipal. La estrategia del sur de Europa³⁷, a diferencia de la emprendida por los Estados del norte, ha consistido, principalmente, en la consecución de fórmulas de asociacionismo municipal de carácter voluntario. Aunque existen otras fórmulas no asociativas, como las comarcas, que han alcanzado una fuerte presencia en territorios como Aragón, las mancomunidades han sido la fórmula de cooperación intermunicipal por excelencia. De ahí que más del 70% de los municipios españoles formen parte de alguna mancomunidad de municipios³⁸ y que, además, en territorios donde se ha apostado especialmente por estas estructuras de cooperación intermunicipal, más de un 90% de los municipios estén mancomunados. Esto último sucede, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Extremadura en la cual el 90% de los municipios pertenecen a una mancomunidad, y concretamente, un alto porcentaje de los mismos forman parte de una particular fórmula que recibe el nombre de mancomunidad integral³⁹.

El marco jurídico constitucional en el que podemos ubicar a las mancomunidades de municipios lo encontramos en el Título VIII CE. Las mancomunidades no son entidades directamente prescritas por el texto constitucional, pero su creación como órganos asociativos deriva directamente de la autonomía política de los municipios (art. 140 CE) que libremente deciden asociarse en una estructura común para la prestación de unos servicios. El artículo 141.3 CE contiene la posibilidad de crear agrupaciones de municipios distintos a la provincia. Agrupaciones, dentro de las cuales, se enmarcan las entidades supramunicipales de cooperación intermunicipal como las mancomunidades o las comarcas. Asimismo, desde la entrada en vigor de la Carta Europea de la Autonomía Local (en adelante CEAL) en nuestro ordenamiento jurídico en 1989, las entidades locales tienen derecho a asociarse y a cooperar con otras entidades locales, en el marco de sus competencias, para la realización de tareas de interés común (art. 10 CEAL). Tales preceptos se completan con las disposiciones referidas al asociacionismo y, concretamente, a las mancomunidades de municipios previstas en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRRL), así como con los distintos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y sus posteriores leyes de desarrollo del régimen local.

³⁷ Se denomina estrategia sur porque es la que, generalmente, han seguido los países de la cuenca mediterránea como España, Italia o Grecia.

³⁸ Pilar Riera Figueras, Carlos Haas, Cristian Emer Capdevila y Verónica Vilaplana, “Las mancomunidades en España”, *Boletín de la A.G.E* 39 (2005): 151-176.

³⁹ La peculiar tipología de mancomunidad integral se encuentra regulada en la *Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura*.



Mapa de Mancomunidades en Extremadura⁴⁰

⁴⁰ El mapa lo extraemos de la página web del Proyecto de Investigación (IB18128) “Igualdad de género en el entorno rural y municipal de Extremadura: diagnóstico y propuestas”, liderado por la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Extre-

Los sistemas de cooperación intermunicipal tienen sus ventajas y sus inconvenientes. En lo que respecta a las ventajas, su propia naturaleza asociativa permite que, por acuerdo de dos o más municipios, si media voluntad, se constituya una mancomunidad con personalidad jurídica propia, pero siempre vinculada a los fines para los cuales se crea (art. 44.2 LRRL). Normalmente esos fines suelen encaminarse a la prestación de servicios o a la realización de las obras a las que los municipios mancomunados no pueden hacer frente de forma individual. Ante tal incapacidad, el asociacionismo permite realizar una prestación conjunta gracias a estructura mancomunada. En realidad, la creación de una mancomunidad constituye un acto derivado de la autonomía local de los municipios mancomunados⁴¹, solo que, curiosamente, deriva en la creación de una estructura supramunicipal porque en la mayoría de los casos no se tiene capacidad para hacer una política autónoma y para solventar una determinada actuación municipal en una materia concreta. Dicho con otras palabras, aunque el acuerdo para mancomunarse derive de su propia autonomía política, con él, el municipio cede parte de su gestión política a una entidad estrictamente distinta al propio municipio. Y lo hace, en realidad, por incapacidad, porque le es imposible prestarla por sí mismo. Los servicios han de seguir llegando a la ciudadanía, las competencias han de seguir ejerciéndose, y ante esa situación al municipio no le quedan demasiadas alternativas.

Las estructuras de cooperación intermunicipal como las mancomunidades han coadyuvado desde su aparición a la prestación de servicios y a la extensión del Estado social. En muchas partes del país los servicios básicos cuya prestación recae en el nivel municipal se han conseguido cubrir gracias a ellas. Ahora bien, que el modelo asociativo haya coadyuvado a paliar la crisis del inframunicipalismo en España no quiere decir que deba perdurar como paradigma de nuestro modelo de régimen local. No, al menos, sin la introducción de mejoras sustanciales que permitan evolucionar a nuestra planta local a medio-largo plazo.

El asociacionismo y las estructuras de cooperación intermunicipal no inciden en el plano de la reordenación de la planta local. Ofrecen un tratamiento

madura Silvia Soriano Moreno. En la sección “mapas de Extremadura” se encuentran una considerable cantidad de mapas interactivos. La página web del proyecto coincide con el siguiente enlace: <https://www.igualdadrural.es/mapas-de-extremadura/> [Fecha de última consulta: 20/07/2023]

⁴¹ Juan Antonio Doncel Luego y José Ángel Camisón Yagüe “¿Son las mancomunidades órganos de participación política?: algunas reflexiones sobre la naturaleza político constitucional de las mancomunidades con especial referencia a la comunidad autónoma de Extremadura”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 31 (2014): 105-123.

paliativo, pero no curan la herida. La apuesta por este tipo de entidades supra-municipales ha permitido la convivencia del Estado social con una planta local ultra fragmentada porque allí donde no llegara el municipio, llegaría una mancomunidad, una comarca u otra entidad supramunicipal similar a éstas. Pero esto presenta una contrapartida, pues también incide en las posibilidades de operar políticamente en el nivel municipal. Desde el momento en el cual el municipio no es capaz de prestar una competencia, de incidir políticamente sobre una determinada materia, y cede su gestión a una entidad asociativa, su autonomía política (arts. 137 y 140 CE) queda afectada.

Los municipios disponen a nivel jurídico de una serie de exigencias en todas las vertientes de la gestión municipal, a nivel político, administrativo y financiero. Si aceptamos que las estructuras supramunicipales estén gestionando buena parte del poder político que le corresponde al municipio, aceptemos, también, que tales exigencias han de trasladarse proporcionalmente a estas estructuras. Y ya no solo las exigencias, sino también las facilidades. Si apostamos por la consolidación de los entes asociativos como las mancomunidades, y hacemos recaer en ellas la gestión de porciones de poder político, también hemos de dotarles de las herramientas correctas, como personal permanente a su servicio, para la consecución de sus fines. Asimismo, hemos de incidir tanto en la aclaración del marco jurídico, como en su profundización democrática. Y hemos de incorporar una perspectiva de ruralidad que también las haga beneficiarias de ciertas prerrogativas en sede normativa.

El modelo seguido por los países de la cuenca mediterránea europea ha adquirido una considerable consolidación en el funcionamiento diario de sus plantas locales. Sus aportaciones son innegables, al margen de la necesaria introducción de modificaciones de mejora que contribuyan al progreso de los territorios más afectados por la crisis inframunicipalista. Si queremos continuar con este modelo en los países del sur de Europa, pues la estrategia norte nos reporta grandes resistencias, hagámoslo, pero tratemos de explorar todas las posibilidades y avanzar, de este modo, hacia estructuras más democráticas, más adaptadas y más operativas.

IV. ¿QUÉ FUTURO QUEREMOS PARA NUESTRA PLANTA LOCAL?

Sabemos que existen distintas y muy diversas posibilidades de reforma de la planta local española. Dentro de ellas, tenemos algunas prioridades que solventar, como son la consecución de una mayor eficiencia y eficacia de nuestras administraciones locales, la implementación de mejoras democráticas en las estructuras supramunicipales, la incidencia en retos pendientes como la despoblación y el inframunicipalismo o la mejora de la situación hacendística de los municipios españoles. Explorar esas posibilidades implica diseñar estrategias que nos permitan optar por un perfeccionamiento

de la fórmula del sur, por una adaptación de nuestro modelo a la fórmula del norte, o incluso por una yuxtaposición de ambas con el fin de impulsar sustanciales avances en nuestro régimen local.

De los modelos expuestos en líneas anteriores existen algunas notas que presentan interés de cara a replantear el futuro de las entidades locales españolas. Las notas a las que haremos referencia a continuación se extraen tanto de la estrategia del norte como de la estrategia del sur. Ambas fórmulas ofrecen un abanico de posibilidades dentro de las cuales expondremos los extremos más beneficiosos que, en todo caso, creemos que deberían tenerse en cuenta en una futura reforma del régimen local.

En primer lugar, sería altamente conveniente tener en cuenta los planteamientos académicos para la consecución de tales reformas. No solo por el rigor técnico que puede ofrecer una estrategia elaborada a nivel científico, sino también por la evidencia e impacto de los estudios previos, que servirían como premisa para demostrar la viabilidad y los beneficios de los proyectos de reforma. Tanto en el modelo escandinavo como en el alemán, la toma en consideración de los expertos en la materia a través de las Universidades y los Institutos de investigación estuvo muy presente antes y durante la ejecución de los proyectos de fusión. Mediante estudios e informes encargados por los diferentes actores a cargo de la iniciativa de las fusiones a tales organismos, se consiguió demostrar con plena evidencia que llevar a cabo estas medidas era viable y aconsejable tanto desde el punto de vista institucional, como desde el plano financiero. Al mismo tiempo, el formato y la metodología les llevó a abordar el proceso de reforma con altas dosis de pedagogía y concienciación tanto hacia el nivel institucional como hacia la ciudadanía afectada. Este factor permitió superar el principal obstáculo de integración de la ciudadanía en una misma comunidad política y, paralelamente, vencer de manera conjunta las problemáticas identitarias. Por eso entendemos que, en el caso de emprenderse reformas similares en España, un equipo multidisciplinar de expertos en la materia, que incidiese tanto en el plano económico y financiero, como en el reforzamiento político de estas alternativas y su posterior difusión de cara a la ciudadanía, reportaría resultados sustancialmente mejores. Sería conveniente, además, que los estudios se realizasen en colaboración con los demás actores sociales con presencia en el municipio, de tal forma que, las asociaciones vecinales o los sectores laborales con más peso en la zona pudiesen ofrecer su punto de vista y ayudar a plantear un proyecto desde una perspectiva práctica y adaptada a la realidad concreta de la localidad para la cual se plantea. En los casos en los que las fusiones municipales no continúen adelante una vez planteadas, pese a contar con los argumentos científicos a favor y la participación de los actores sociales del municipio, aquellos que se opongan no podrán ampararse más que en argumentos de corte localista.

En segundo lugar, otra de las características que encontramos idóneas de la estrategia del norte y, concretamente, del modelo alemán son los actores a cargo de las reformas. En el caso alemán, a diferencia del escandinavo, fueron los Länder quienes tomaron la iniciativa para reformar su planta local. En el modelo español puede mejorarse todavía más, dejando el liderazgo de tal iniciativa bien a las Comunidades Autónomas, o bien a los propios municipios. Esto aseguraría que los proyectos de reordenación se siguieran de acuerdo con un proceso *bottom up*, de abajo hacia arriba, como en el caso extremeño de Don Benito y Villanueva de la Serena, en el cual, fueron sus alcaldes quienes estuvieron al frente de la elaboración y ejecución del proyecto. Un refuerzo de la participación ciudadana y de la ayuda de las estructuras de cooperación intermunicipal en la consecución de los proyectos de reordenación de la planta local, mezclando la fórmula del sur y la del norte, dotarían a estos proyectos de una sustancia democrática incuestionable. En el caso de que fueran las Comunidades Autónomas las que impulsaran estos proyectos de reforma, no solo tendrían la opción de las fusiones municipales, sino también otras alternativas más encaminadas a la cooperación intermunicipal como el caso de las comarcas. Además, el emprendimiento de tales reformas con el liderazgo de las Comunidades Autónomas supondría una doble razón, al margen de la expresamente fijada en el texto constitucional por vía del art. 142 CE, para que éstas mejorasen sustancialmente el sistema de transferencias financieras hacia sus entidades locales. Por supuesto que, esto último puede realizarse de forma independiente a un eventual liderazgo de futuros proyectos de reforma, pero al emprender esta alternativa las Comunidades Autónomas tendrían un nuevo argumento para potenciar hacendísticamente a sus entidades locales y mejorar el principio de solidaridad en sus respectivos territorios.

En tercer lugar, también podemos reseñar algunos aspectos positivos del modelo generalmente seguido por los países del sur de Europa. Lo beneficioso de la estrategia sur, realmente, no es su planteamiento, sino más bien su consolidación en el funcionamiento actual de la realidad local española. El nivel de gobierno municipal está muy acostumbrado a trabajar conjuntamente con estas estructuras, aunque mantener que lo hacen por voluntad propia es quedarse en la superficie del conflicto. Pues, pese a que formalmente la decisión sobre si integrarse o no en una mancomunidad es libre por parte del ayuntamiento, materialmente los municipios recurren a estas estructuras asociativas porque no les queda otra alternativa. Ningún municipio con posibilidades de prosperidad y de gestión plena de sus intereses necesitaría de una mancomunidad o entidad similar para allegar servicios básicos y prestar sus competencias. El problema es que hay muy pocos municipios autosuficientes en términos políticos y financieros en España. Por eso, casi todos, han de recurrir a estructuras de cooperación intermunicipal, porque solo los más

grandes, aquellos que disponen de cifras más altas de población y que sobresalen de la media del país, pueden permitirse el lujo de gobernar autónomamente su territorio. Identificamos un avance en la consolidación de estas estructuras en España porque a nivel identitario no presentan las mismas resistencias que el resto de las propuestas de reordenación de la planta local. Todavía no hemos presenciado un movimiento vecinal que se resista a la entrada de su ayuntamiento en una mancomunidad, y será muy difícil que alcancemos a presenciar un hito semejante.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que una mayor consolidación de estas estructuras y una apuesta por las mismas en futuras reformas del régimen local habría de incidir en varios planos. El primero es el plano democrático. Los entes asociativos como las mancomunidades de municipios disponen de un sistema de elección de sus miembros de gobierno donde la ciudadanía no participa directamente en su elección. Si estas entidades gestionan parte del poder político que la Constitución asigna al municipio, no debemos admitir que su legitimidad democrática siga siendo cuestionable. Ante tal circunstancia, podría articularse un sistema alternativo de elección de sus órganos de gobierno con participación popular directa⁴². Si esto sucediese, habría posibilidades de crear ciertas sinergias políticas entre la ciudadanía de los municipios mancomunados e incluso podría avanzarse en momentos posteriores hacia una fusión de los municipios que formen parte de la mancomunidad. Esta alternativa de potenciación de las fusiones municipales ya existe en Italia bajo la figura de *unioni dei comuni* y funciona, al menos, más que en España.

La fórmula de *unioni dei comuni* fue prevista por primera vez en el ordenamiento jurídico italiano en el año 1990 (*Legge 8 giugno 1990, n. 142 di Ordinamento delle autonomie locali*). La intención del legislador estatal era la de fomentar las fusiones municipales valiéndose para ello de la cooperación intermunicipal como paso intermedio antes de ejecutar la fusión de municipios. La función de la fórmula de *unioni dei comuni* era facilitar el acercamiento previo de varios municipios bajo una fórmula de cooperación intermunicipal que solo funcionaría durante un cierto periodo de tiempo. En un principio el periodo temporal previsto para estas estructuras supramunicipales era cinco años, y tras la expiración de tal periodo de tiempo el objetivo era que tales municipios se fusionasen, aunque no necesariamente habían de fusionarse a la culminación temporal de la entidad intermedia, pues el proyecto de fusión podía verse eventualmente frustrado. En todo caso, acabado el periodo de 5 años el ente de cooperación intermunicipal desaparecía en

⁴² Gabriel Moreno González, “Hacia una renovada planta local en España: autonomía local y calidad democrática desde el municipalismo”. En *Participación ciudadana y calidad democrática*, Jorge Castellanos Claramunt (coord.), 159-198 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022)

beneficio de una posible fusión de los municipios que habían cooperado conjuntamente durante el tiempo previo. Si no se ejecutaba la fusión, los municipios volverían a su estado original. En 1990 se dispuso que esta modalidad de cooperación estuviese orientada sólo hacia los pequeños municipios, pero esta previsión establecía limitaciones para aquellos municipios que, pese a querer formar parte de la entidad supramunicipal, no reuniesen los requisitos de población previstos para los pequeños municipios (de menos de 5.000 habitantes). La reforma de 1999 (*Legge 3 agosto 1999, n. 265, Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla legge 8 giugno 1990, n. 142*) introdujo dos modificaciones en vistas a una mayor prosperidad de esta fórmula y, consiguientemente, de las ulteriores fusiones municipales practicadas a tal efecto. La primera modificación fue dejar en manos de los municipios potencialmente fusionados el establecimiento del periodo de tiempo para el cual preveían que funcionase la unión como ente de cooperación intermunicipal. Así, mientras que en un primer momento la duración era taxativamente de 5 años, tras la reforma podía establecerse un periodo temporal distinto, en función del acuerdo entre los distintos municipios, lo cual, se reflejaría en el estatuto de la unión. La segunda modificación fue abrir la posibilidad de adherirse a la unión a todo tipo de municipios independientemente de su población y no solo para los pequeños. De este modo, las combinaciones para la ejecución de fusiones municipales adquirirían una mayor coherencia y adaptación a la práctica, pues mientras que antes había una barrera de población para constituir la unión de municipios, tras la entrada en vigor de la ley de 1999 cualquier municipio, independientemente de sus habitantes, podía entrar a formar parte de una unión y más tarde fusionarse con el resto de los municipios formantes de la misma⁴³. En el caso español podría plantearse con algunas variaciones. Si pasado un periodo de tiempo determinado se consiguiese crear cierta adscripción simbólica de la ciudadanía a una misma comunidad política, el proceso de fusión podría impulsarse desde el nivel municipal, con acuerdo de las corporaciones mancomunadas y con participación de la ciudadanía. De fracasar la fusión, la estructura supramunicipal podría seguir manteniéndose, previo intento de avanzar hacia objetivos más ambiciosos.

En el plano financiero la cuestión se complica, pues el sistema asociativo, al no suponer la alteración de la planta local sino la asociación de varios entes

⁴³ Marzia de Donno y Claudia Tubertini, *op.cit.*; Luciano Vandelli, *Città metropolitana, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n.56 commentata comma per comma* (Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2014); Luciano Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Ottava edizione (Bologna: Il Mulino Manuali, 2021); Wladimiro Gasparri, *L'associazionismo municipale. Esperienze nazionali e europee a confronto* (Torino: G.Giappichelli, 2017).

municipales sin capacidad financiera, no ofrece demasiadas soluciones. Dicho en otros términos, “la suma de varios municipios pobres no podrá dar jamás, como resultado, un municipio rico”⁴⁴. La deficiencia endémica de las haciendas locales se mantendrá, pero probablemente no se agrave si conseguimos mejorar la vertebración del territorio a partir de estructuras de cooperación intermunicipal. Los entes supramunicipales como las mancomunidades permiten un ahorro considerable de costes en la prestación de los servicios mancomunados, dado que facilitan la prestación de tales servicios a una mayor escala. Por ejemplo, si nos centramos en el servicio de recogida de basuras como un servicio mancomunado por varios municipios, cada municipio no necesitará disponer de un camión de recogida de residuos ni, por tanto, de su mantenimiento y abastecimiento, sino que tan solo se necesitará uno para todos los municipios mancomunados.

En la línea de lo ya esgrimido, impulsar estas estructuras y reforzar el papel de las Comunidades Autónomas en tales reformas, podría suponer un argumento extra para que asuman su responsabilidad constitucional respecto de sus entes locales (art. 142 CE). Lo cual, redundaría en una mejora de la situación financiera de tales entidades. Si son las propias Comunidades Autónomas las encargadas de elaborar estrategias de refuerzo de su planta local, ellas mismas se verán impelidas a adoptar compromisos en el plano financiero. Creemos que optar por esta tendencia favorecería el refuerzo de una participación incondicionada en los tributos de las Comunidades Autónomas en beneficio de sus entidades locales como un “recurso ordinario, estable y de cuantía relevante”, siguiendo al profesor Jesús Ramos Prieto⁴⁵. A esto le podría acompañar una perspectiva de ruralidad en las políticas públicas que tuviesen en cuenta las diversas realidades municipales, entre las cuales, estaría la existencia de los entes supramunicipales⁴⁶. De este modo, las estructuras de cooperación intermunicipal podrían ser receptoras de ciertos fondos, siempre bajo la supervisión de los municipios mancomunados y con una ulterior rendición de cuentas sobre los mismos, que les permitan operar de un modo funcional y adaptarse a las exigencias normativas en todos los planos.

La estrategia del norte y la estrategia del sur tienen algo en común. Ambas se formulan en Estados constitucionales, que tras el siglo XX en Europa, comenzaron a ser también Estados sociales de Derecho. De aquí pueden extraerse dos notas fundamentales que, en todo caso, han de tenerse

⁴⁴ Fernando Albi, *op.cit.* p.289.

⁴⁵ Jesús Ramos Prieto, *op.cit.* p. 183.

⁴⁶ Esta es la línea seguida por el mecanismo *Rural Proofing*, iniciativa europea que ha sido recientemente incorporada en España con el nombre de Mecanismo Rural de Garantía a través de la *Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado*.

especialmente en cuenta de cara a futuras reformas de la planta local española. La primera nota es que, en el modelo seguido por los países del sur, la incapacidad material de los municipios no les permite cumplir con las exigencias que el texto constitucional deposita en el nivel municipal. En nuestro país asumimos con bastante tranquilidad que, pese a que el Título VIII de la Constitución garantice el autogobierno y autoadministración, así como la suficiencia de medios de nuestros municipios, tal mandato no se cumpla en más de un 80% del territorio nacional. Acatar el texto constitucional y priorizar el cumplimiento del principio de autonomía local en todo el territorio es una responsabilidad que compete a todos los poderes públicos, y es, además una exigencia derivada de nuestro Estado democrático y de nuestro modelo territorial. La segunda nota es la más importante. La ciudadanía debe ser la principal beneficiaria de estas políticas, sobre ella debe pivotar cualquier nueva política pública y reforma legislativa que pretenda mejorar la planta local española. Es la realidad que pusieron en el centro los países del norte cuando introdujeron sus proyectos de reordenación de la planta local. Lo más preocupante de lo descrito en líneas anteriores es su repercusión en el plano social. Hoy, aceptamos sin demasiada sorpresa que optar por fijar nuestra residencia habitual en un pequeño municipio implica inherentemente renunciar a muchos servicios públicos básicos e incluso al acceso a derechos, que sí podríamos disfrutar viviendo en una ciudad. En España nos resistimos porque la identidad local parece pesar más que la disposición de unos servicios de calidad. Que los árboles no nos impidan ver el bosque. Si queremos tomar en consideración el elemento identitario, hagámoslo, no es necesario menospreciarlo. Pero tampoco ha de suponer un dique de contención hacia el progreso y la mejora de la realidad de la mayoría de pequeños municipios y de sus habitantes. Las áreas rurales en España son las más afectadas por este tipo de argumentos localistas, y curiosamente también son las más faltas de servicios y de acceso a derechos. Admitamos que esto no puede seguir dándose en un Estado social. El municipio, que antaño sirvió como institución extensora del Estado constitucional y social en el territorio, debe recuperar su vigencia y ser capaz de reportar más y mejores beneficios en su ciudadanía.

La combinación de ambas fórmulas no es incompatible. No necesariamente ha de optarse de forma radical por una u otra. Podemos realizar una combinación de los elementos beneficiosos de ambas teorías y adaptarlas al modelo español para ofrecer soluciones integrales que aborden esas prioridades a las que hacíamos referencia al inicio del epígrafe. No hemos de tenerle miedo al planteamiento de fusiones municipales. Cuando éstas se planteen en contextos donde su ejecución sea aconsejable por diversos factores objetivos como la contigüidad geográfica, la pertenencia de los municipios potencialmente fusionados a la misma área funcional o el número de habitantes, entre otros, la consecución de proyectos de fusión perseguirá una mejora del

municipio a todos los niveles, incluido el plano democrático, así como un beneficio directo para la población del mismo. El objetivo en la proposición de las fusiones no es acabar con un determinado municipio. Se quiere, muy por el contrario, crear municipios fuertes, democráticos y autónomos, capaces de ejecutar las competencias que el ordenamiento jurídico les asigna, de asumir futuras y mayores dosis de poder político y de hacerles capaces para asegurar un catálogo de derechos y servicios públicos de calidad a la ciudadanía sin tener que depender de otros niveles de gobierno. Tanto en los entes fusionados como, con más motivo en aquellos municipios donde no sea aconsejable la ejecución de proyectos de fusión municipal porque no existan criterios objetivos como los ya descritos que así lo determinen, pueden conjuntamente impulsarse las estructuras de cooperación intermunicipal más adaptadas a cada territorio. Eso sí, tras la reforma de su gobierno, de su estructura, de su posición institucional y de sus funciones.

Lo que será irremediable es el inmovilismo. Si no tomamos decisiones dentro de un corto periodo de tiempo nuestra planta local alcanzará niveles de despoblación, de abandono, de insuficiencia financiera, etc., que serán imposibles de revertir. Sus consecuencias serán altamente perniciosas para todo el país, para la España rural y también para la urbana. Corren tiempos difíciles para nuestros municipios, especialmente para los más pequeños. Comencemos a aceptar que su supervivencia a medio largo plazo, y el bienestar de sus vecinos y vecinas, no son una mera cuestión local, sino una prioridad para nuestro proyecto de país. En la génesis del constitucionalismo decimonónico, el municipio sirvió como vanguardia constitucional en el territorio, y tras las conquistas del Estado social, se concibió, también, como entidad prestadora y extensora del bienestar de la ciudadanía en las localidades españolas. Recuperemos ambas pretensiones y propugnemos una visión rigurosa y enfocada en el actual funcionamiento y realidad locales.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBI, Fernando. *La crisis del municipalismo*. Madrid: Instituto de estudios de la Administración local, 1966.

BERMEJO BATANERO, Fernando. “El fomento de las fusiones de ayuntamientos en el régimen de franco, desde la ley de bases de régimen local de 1945 hasta la ley 48/1966, de 23 de julio, sobre modificación parcial del régimen local. Evolución en la provincia de Guadalajara”. *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales* 15 (2020): 3-36.

———. “Las normas para la disminución de ayuntamientos en España desde las Cortes de Cádiz a la Segunda República”. *Revista de Derecho de la Cultura* 4 (2021): 1-23.

CASTILLO BLANCO, Federico A. “La reforma de los gobiernos locales en España: ¿una oportunidad perdida para lograr una planta local competitiva y sostenible?”. *WP-*

- SReview International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)* vol.1 4 (2016): 110-139.
- COUNCIL OF EUROPEAN MUNICIPALITIES AND REGIONS, *Decentralisation at a crossroads. Territorial reforms in Europe in times of crisis*, 2013. Texto disponible en el siguiente enlace: https://ccre.org/img/uploads/piecesjointe/filename/CCRE_broch_EN_complete_low.pdf [Fecha de última consulta: 20/07/2023].
- DE CABO MARTÍN, Carlos. *La crisis del Estado social*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, 1986.
- DE DONNO, Marzia y TUBERTINI, Claudia. “Frammentazione comunale e contrasto allo spopolamento: la prospettiva italiana”, *Rivista di studi giuridici e politici* 2 (2020): 297-321.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 2010.
- DONCEL LUEGO, Juan Antonio y CAMISÓN YAGÜE, José Ángel. “¿Son las mancomunidades órganos de participación política?: algunas reflexiones sobre la naturaleza político constitucional de las mancomunidades con especial referencia a la comunidad autónoma de Extremadura”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 31 (2014): 105-123.
- DURÁN GARCÍA, Francisco Javier. *La fusión de municipios como estrategia*. Madrid: Dykinson S.L, Colección Derecho Administrativo, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Turgot y los orígenes del municipalismo moderno”. *Revista de administración pública* 33 (1960): 79-110.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1982.
- GARCÍA ROCA, Javier. “Un bloque constitucional local conforme al principio de subsidiariedad (un desarrollo constitucional pendiente)”. *Revista de estudios de la administración local y autonómica REALA* 294-295 (2004): 13-66.
- GASPARRI, Wladimiro. *L’associazionismo municipale. Esperienze nazionali e europee a confronto*. Torino: G.Giappichelli, 2017.
- HILDENBRAND SCHEID, Andreas. “Política de ordenación del territorio en Alemania. Las experiencias de los Länder y su interés para las Comunidades Autónomas”. *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales* III (104) (1995): 297-313.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Políticas ante la fragmentación del mapa municipal”. En José María Gimeno Feliu (coord.) *La organización local. Nuevos modelos*, 67-104. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2011.
- . “Políticas ante la fragmentación del mapa municipal”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica REALA* 313-314 (2010): 67-104.
- MARTÍNEZ DE LA CASA RODRÍGUEZ, Enrique. “Vetos y resistencias en el fracaso de la reforma de la planta local en España”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica REALA* 5(2016): 120-137.
- MORENO GONZÁLEZ, Gabriel. “Hacia una renovada planta local en España: autonomía local y calidad democrática desde el municipalismo”. En *Participación ciudadana y calidad democrática*, Jorge Castellanos Claramunt (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- MORENO GONZÁLEZ, Gabriel. *Cómo se gobiernan los portugueses. Historia constitucional y sistema político de Portugal*. Granada: Comares, 2022.

- ORTIZ GARCÍA, Jordi y RUFO REY, Miguel Ángel. “Seguridad y prevención del delito en las comunidades rurales de Extremadura: un estudio de caso desde la criminología”. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* 7 (2023): 153-185.
- PABLOS MATEOS, Fátima. *Autonomía y suficiencia financiera de la hacienda municipal* Pamplona: Aranzadi, 2016.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón. “La Administración local en España”. En Marta Lora-Tamayo Vallvé (dir.) *Manual de Derecho local*, 25-94. Madrid: Iustel, 2015.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Constitución, municipio y garantía institucional*. Lima: Grijley, 2000.
- RAMOS PRIETO, Jesús. “El necesario desarrollo normativo de la participación en los tributos de las comunidades autónomas”. En *Reformas para la cohesión territorial de España*, Gabriel Moreno González (dir.) 183-204. Madrid: Marcial Pons, 2022.
- RIERA FIGUERAS, Pilar, et. al. “Las mancomunidades en España”. *Boletín de la A.G.E* 39 (2005): 151-176.
- RUIZ CUADRADO, Baldomero. “La autonomía local y su defensa”. *Anales de Derecho. Universidad de Murcia* 16 (1998): 207-235.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*. Madrid: Servicios de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y Editorial Civitas, 1990.
- TORRECILLAS MARTÍNEZ, Ana. “La fusión de Don Benito y Villanueva de la Serena: una referencia para el municipalismo y la garantía constitucional de la autonomía local”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 38 (2022): 617-646.
- VANDELLI, Luciano. *Il sistema delle autonomie locali*. Ottava edizione. Bologna: Il Mulino Manuali, 2021.
- . *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n.56 commentata comma per comma*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2014.
- . *El poder Local. Su origen en la Francia Revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, trad. Pablo Menéndez García y José Suay Rincón. Madrid: Ministerio para las administraciones públicas, 1992.

LOS MODELOS DEL DECOMISO SIN CONDENA Y LA
EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO
COMPARADO LATINOAMERICANO. ORIGEN,
TENDENCIAS Y TRANSFORMACIONES POR LA
JUSTICIA CONSTITUCIONAL

*Models of confiscation without conviction and asset
forfeiture in Latin American comparative law. Origin, trends,
and transformations by Constitutional Justice*

Emilio J. Urbina Mendoza¹

Profesor Doctor

Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)

<https://doi.org/10.18543/ed.2934>

Recibido: 22.05.2023

Aceptado: 04.12.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Resumen

La extinción de dominio, como variante latinoamericana de la institución global -sobre todo en Europa- conocida como decomiso sin condena, es un mecanismo que paulatinamente se incorpora en los sistemas jurídicos globales. Más allá de su concreción normativa supranacional tanto en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC 2003) y la Ley Modelo de Extinción de Dominio de ONUDC (2011), su introducción en los Estados latinoamericanos proviene de las políticas contra la delincuencia económica de los organismos multilaterales tales como el GAFI y la Unión Europea. Sin embargo, la concreción definitiva ha sido por las Cortes o Salas Constitucionales de Latinoamérica, en la cual, se han creado verdaderos

¹ ORCID ID n° <https://orcid.org/0000-0001-5430-1157>.

modelos de extinción de dominio (versiones dominantes, negacionistas y desafiantes).

Palabras claves

Extinción de Dominio; Decomiso sin condena; Ley Modelo; Cortes Constitucionales; Tendencias.

Abstract

Asset forfeiture, as a Latin American variant of the global institution -especially in Europe- known as confiscation without conviction, is a mechanism that is gradually incorporated into global legal systems. Beyond its supranational normative concretion both in the United Nations Convention against Corruption (UNCAC 2003) and the UNODC Asset Forfeiture Model Law (2011), its introduction in Latin American States comes from policies against economic crime of multilateral organizations such as the FATF and the European Union. However, the definitive concretion has been by the Constitutional Courts or Chambers of Latin America, in which true domain extinction models have been created (dominant, denialist and challenging versions).

Keywords

Asset forfeiture; Confiscation without conviction; Model Law; Constitutional Courts; Trends.

Sumario: I. NOTA INTRODUCTORIA: ¿EJECUCIÓN EN EUROPA DE SENTENCIAS LATINOAMERICANAS SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO? II. EL COMISO AUTÓNOMO O DECOMISO SIN CONDENA Y LA VARIANTE LATINOAMERICANA: LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. 1. El comiso autónomo, decomiso civil o decomiso sin condena. 1.1. Orígenes en el Derecho angloamericano: Las NBC y UWO's. 1.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como modelador del "decomiso sin condena" en Europa. 1.3. La Convención de Mérida contra la Corrupción (UNCAC 2003). 2. La Directiva 2014/42/UE de 2014 y las propuestas de reforma por la Unión Europea de 2022. III. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. 1. El prototipo latinoamericano de la extinción de dominio: Colombia y su Corte Constitucional. 2. El programa de asistencia de las Naciones Unidas y la Ley Modelo de Extinción de Dominio. 3. Las variantes jurisprudenciales en América Latina y su propuesta alternativa y/o de oposición a la versión colombiana en contenidos sobre extinción de dominio. IV. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE DECOMISO SIN CONDENA Y EXTINCIÓN DE DOMINIO EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA. LA CONFIGURACIÓN DE MODELOS ESPECIALIZADOS. 1. La ramificación y transformación no cónsona con el instituto. 2. Medidas para la cooperación internacional. Caso ODCE y GAFI. V. RECAPITULACIÓN: UN INSTITUTO CREADO PARA UN PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE Y UN MINISTERIO PÚBLICO NO INQUISITORIAL. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. NOTA INTRODUCTORIA: ¿EJECUCIÓN EN EUROPA DE SENTENCIAS LATINOAMERICANAS SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO?

El cuatro de abril de 2023, el *Bundestrafgericht* (Tribunal Penal Federal Suizo) fijó los parámetros para ejecutar sentencias latinoamericanas de extinción de dominio (Caso *A. LTD vs. Fiscalía III del Cantón de Zürich*) así como el camino para la práctica de medidas preventivas o de aseguramiento de bienes en la jurisdicción helvética. Tras varios lustros en la lucha por el reconocimiento de las decisiones de extinción de dominio como reconocida variante latinoamericana del decomiso sin condena o civil, aunado a la más reciente ola de expansión del instituto en todo el continente americano; urge revisar los aspectos más relevantes de un concepto cuya primera divisa es la polémica, sobre todo, la relativa a su posible inconstitucionalidad por sus nada estereotípicas características como son la retrospectividad de la acción (atemporalidad), la imprescriptibilidad y el régimen probatorio basado en balances de probabilidades y carga dinámica de la prueba.

Venezuela estuvo dentro de los países que negaron durante décadas la aceptación de la extinción de dominio. Las razones esgrimidas fueron

múltiples. Desde aquellas que detectan tensiones existentes entre los dispositivos de la Constitución Bolivariana de 1999 (Arts. 116 y 271) y este mecanismo ablatorio del dominio a favor del Estado, así como, por elemental desconocimiento en la tradición jurídica nacional relativa a los valores constitucionales de la propiedad. Cual imprevisible situación, el pasado 28 de abril de 2023 fue publicada en Gaceta Oficial (equivalente al Boletín Oficial de Estado en España) la Ley Orgánica de Extinción de Dominio venezolana². Hacemos énfasis en el predicado “venezolana” por las peculiaridades para su materialización, totalmente en contravía a los escenarios y dinámicas de un instituto global ampliamente reconocido en la legislación de América Latina³, y de larga data fuera de nuestro continente bajo el mote “decomiso

² Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, número 6.745 de fecha 28 de abril de 2023.

³ En América Latina se ha asumido el término extinción de dominio tal y como indica la exposición de motivos de la Ley Modelo creada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en 2011. Por regla general, la dinámica propia de aprobación de un instrumento normativo sobre extinción de dominio viene precedida por recomendaciones de organizaciones multilaterales como el GAFI, ONUDC, ODCE. De igual manera, el gobierno de los Estados Unidos de América posee uno de los programas de aplicación y guía más eficientes para aquellas naciones que buscan implementar la extinción de dominio, como ocurrió en toda América Central, incluyendo a Panamá, que, a pesar de haberse rechazado el proyecto de ley en abril de 2023, sigue siendo asistida por el citado programa. La iniciativa de introducir la ley en cuestión fue totalmente atribuida al Ejecutivo Nacional de Venezuela, como política criminal del Estado venezolano. Es quizá, junto a Colombia, donde unilateralmente un Estado decide asumir la extinción de dominio sin el compás de recomendaciones internacionales. Siguiendo la latitud geográfica tenemos, para la fecha de cierre del presente edición, en orden geográfico desde América del Norte, Centroamérica, el Caribe y Suramérica: México (*Ley Federal de Extinción de Dominio*, reformada en 2019); Guatemala (*Decreto n° 55-2010 Ley de Extinción de Dominio*); Honduras (*Decreto n° 27-2010 Ley sobre Privación definitiva del dominio de bienes de origen ilícito*); El Salvador (*Decreto n° 534 de 2013 de la Ley Especial de Extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita, reformada en 2016*); Nicaragua (sin ley de extinción de dominio); Costa Rica (Proyecto de Ley de Extinción de Dominio - Exp. 19.571); Panamá (Proyecto de Ley de Extinción de Dominio 2023. Rechazado en abril de 2023 por el Congreso de Panamá); República Dominicana (*Ley sobre juicio de extinción de dominio para el decomiso civil de bienes ilícitos – 2022*, puesta en vigencia plena en julio de 2023); Colombia (*Código de Extinción de Dominio de 2014, reformado en 2017*); Venezuela (*Ley Orgánica de Extinción de Dominio, 2023*); Brasil (Sin ley de extinción de dominio - existen otras figuras relacionadas al decomiso ampliado. El 13 de junio de 2023 se aprobó, en la Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) el Informe donde se introduce una nueva enmienda constitucional, presentada en 2015, conocida como PEC10/2015 de fecha 25 de marzo de 2015); Ecuador (*La Ley Orgánica de Extinción de Dominio, 2021*); Perú (*Decreto Legislativo n° 1373 sobre extinción de dominio reformado en 2019*); Bolivia (Proyecto de Ley de Extinción de Dominio de Bienes en favor del Estado, 2012); Paraguay (Proyecto de Ley de Extin-

sin condena”, que como indica el profesor BLANCO CORDERO (2003, 297), es el término favorito de la doctrina y jurisprudencia.

Desde hace más de un lustro la doctrina sigue el pulso sobre esta “controversial” y “eficiente” institución que se caracteriza tanto por su arista sustantiva como por ser también una acción *in rem* (esfera adjetiva), en la cual, partiendo de una ficción, se confisca civilmente al objeto por haber sido producto o instrumento de una actividad delictiva, específicamente, de naturaleza económica. Así, sin necesidad de una condena penal, se puede “decomisar” bienes si éstos son de origen ilícito o se han empleado para cometer acciones tipificadas como delitos, apelando a la institución del enriquecimiento sin causa (o ilícito), ésta, incuestionablemente materia civil.

Su incorporación en la legislación de un Estado nunca pasa desapercibida. Sus reservas, reparos o crítica provienen de la poca disponibilidad de la doctrina en presentar al instituto como creación propia, cuando hemos verificado, que su adaptación a los sistemas jurídicos continentales, desde el Derecho angloamericano, proviene de la jurisprudencia supranacional (sea el TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS o la CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS). Además, la elaboración de los instrumentos modelos son casi siempre producto de los departamentos especializados de organizaciones plurinacionales como es las Naciones Unidas, el GAFI, la ODCE, el Banco Mundial, el Banco Interamericana de Desarrollo o el Fondo Monetario Internacional.

ción de dominio - unificado, 2014); Chile (Proyecto de ley que dispone la extinción de dominio sobre los productos e instrumentos del delito - Exp. 34-2019 – Ley 21.575 que modifica parcialmente la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas – 23 de mayo de 2023); Uruguay (contempla es el decomiso en la Ley n° 19574 Ley integral contra el lavado de activos, 2018); y Argentina (*Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2019 del Régimen Procesal de la Acción de Extinción de Dominio, 2019*).

La doctrina penal⁴, seguida más recientemente por la administrativa⁵, y con más ahínco en los últimos tiempos, por la Constitucional⁶, muestran

⁴ Al respecto, véase sobre los pormenores entre el Derecho penal y el Decomiso sin condena: Blanco Cordero, Isidoro, “El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea”, en *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, coord. por Cuesta Arzamendi, José Luis de la., Mata Barranco, Norberto Javier de la., y Blanco Cordero, Isidoro (Madrid: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2017), 429-510. María Isabel González Cano, *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español* (Valencia: Tirant lo blanch, 2016). Nicolás Rodríguez García, *El decomiso de activos ilícitos* (Madrid: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2017). Francisco Javier Garrido Carrillo, *El decomiso: innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal* (Madrid: Dykinson, 2019). Blanco Cordero, Isidoro, “Decomiso de instrumentos propiedad de terceros no responsables del delito”, en *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, Coord. por Vicente Martínez, Rosario de., Gómez Iniesta, Diego José, Martín López, M. Teresa, Muñoz de Morales Romero, Marta, y Nieto Martín, Adán (Madrid: Ediciones del BOE, 2021), Vol. 2, 791-802. Conde Fuentes, Jesús, “La intervención de terceros afectados por el decomiso”, en *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, dir. y coord. por Castillejo Manzanares, Raquel y Alonso Salgado, Cristina (Granada: Atelier, 2019), 719-738. Mariel Catz, Shirly, “La ley del arrepentido y la extinción de dominio: una lectura humanista contra el utilitarismo”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Vol. 16, n° 49 (2019): 415-430.

⁵ Al respecto, véase Rodríguez García, Nicolás, “Delitos económicos y sistema penal: nueva estrategia en materia de recuperación de activos y decomiso”, *Presupuesto y gasto público*, N° 82 (2016): 85-118.. Salom Parets, Aina, “El comiso del beneficio económico en el derecho urbanístico sancionador”, *Revista española de derecho administrativo*, N° 203 (2020): 95-118. Juan Manuel Fernández Aparicio, *Delitos urbanísticos*, (Madrid: Sepin, 2020). José Antonio Martínez Rodríguez, *Demolición, reposición y comiso en los delitos urbanísticos*, (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2020). Gómez López, María Isabel y Muñoz Sánchez, Esther, “Ejecución de las penas en delitos relacionados con la corrupción urbanística. El comiso y otras medidas sancionatorias”, *Anuario jurídico Villanueva*, N° 10 (2017): 93-117. Sandoval, Juan Carlos, “La privación de las ganancias de la financiación corrupta de los partidos políticos: Elementos para un debate político-criminal”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 17, n° 33 (2022): 199-228.

⁶ Véase los pormenorizados análisis de los profesores Brewer-Carías, Allan R, “Confiscación, comiso y extinción de dominio: Comentarios a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de 28 de abril de 2023, particularmente sobre su fundamento constitucional y sobre algunas de sus incongruencias inconstitucionales”. Nueva York, 2 de mayo de 2023, acceso el 2 de mayo de 2023, <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/05/A.-B.-Brewer-Carias-Comentarios-a-la-Ley-de-Extincion-de-domino-y-sus-incongruencias-inconstitucionales-2023.pdf> Duque Corredor, Román J, “Poder punitivo del Estado de Extinción de Dominio y las garantías del régimen constitucional de la propiedad y del debido proceso”. Caracas, 23 de mayo de 2023, acceso el 25 de mayo de 2023, <https://justiciayecologiaintegral.blogspot.com/2023/05/poder-punitivo-del-estado-de-extincion>.

cáustica preocupación por el poco margen para la defensa que subyace sobre las garantías del derecho de propiedad, manifestadas en forma reiterada en los informes de especialistas de Naciones Unidas al momento de configurar las convenciones y tratados internacionales⁷.

Por ello, nos remitimos a la advertencia formulada hace más de 25 años por el profesor John VERVAELE (1998, 67-70). Este calificaría al decomiso sin condena como un “intruso” en el Derecho Penal. Intruso que muchas veces puede migrar del espacio calificado como “salvífico” a la más terrible de las hecatombes jurídicas, cargando con epítetos como “creación anónima” del Derecho angloamericano⁸, o bien, “medidas extremas subterráneas” proveniente del Derecho colombiano⁹. En fin, la polarización siempre ha

html También, véase Planchadell Gargallo, Andrea y Vidales Rodríguez, Catalina, “Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional”, *Estudios penales y criminológicos*, N° 38 (2018): 37-92. Farto Piay, Tomás, “Reflexiones críticas sobre las garantías en el proceso de decomiso autónomo”, *Direitos fundamentais na Perspectiva Italo-Brasileira*, dir. por Da Silva Veiga, Fábio, Viglione, Filippo y Durante, Vincenzo (Vigo, Universidad de Vigo: 2021), Vol II, 319-333. Parra Lara, Francisco José, “Extinción de Dominio en México: Revisión de su estructura constitucional y convencional”, *Revista Brasileira de Direito Penal*, Vol. 6, n° 6, (2020): 667-700.

⁷ La polémica sobre la inconstitucionalidad de la extinción de dominio en materia propietaria siempre ha estado latente, en especial, en los debates del grupo de expertos al momento de construir un Convenio o Tratado Internacional. Ocurrió en 1982, tal como quedó plasmado en el *Informe del grupo de expertos para estudiar el funcionamiento, la adecuación y la mejora de la Convención Única sobre Estupefacientes* (Documento E/CN.7/1983/2/Add), párrafos 50 al 52. Esta situación se repetirá el 23 de octubre de 1987, cuando se aprueba el *Informe de la reunión abierta del Grupo de Expertos Intergubernamentales sobre la preparación de un proyecto de Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Psicotrópicos* (Documento E/CN 7/1988/2 (Part. II). Se puede leer claramente en su párrafo 101.

⁸ Sobre las polémicas de los *Non Conviction Based* (NBC), *civil forfeiture* y las *Unexplained Wealth Orders* (United Kingdom), véase Pimentel, David, “Forfeiture revisited: Bringing principle to practice in Federal Courts”, *Nevada Law Journal*, Vol. 13, n° 1 (2012): 3-63. Little, Robert B, “United States v. Ursery and the abrupt end to the extension of double jeopardy protections to civil forfeitures”, *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 2, n° 1 (1996): 144-150. McCaw, Catherine E, “Asset forfeiture as a form of punishment: A case for integrating Asset Forfeiture into Criminal Law”, *American Journal of Criminal Law*, Vol. 38, n° 2 (2011): 181-220. Reed, Terrance G, “The importance of being civil: Constitutional limitations on civil forfeiture”, *New York Law School Law Review*, Vol. 39, n° 1 y 2 (1994): 255-283. Cassella, Stephan D, “Civil Asset recovery. The American Experience”, en *Non-conviction-based Confiscation in Europe. Possibilities and limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal conviction*, ed. por Rui, Jon Peter y Sieber, Ulrich (Berlín: Max-Planck-Institut für Ausländisches und internationales Strafrecht. Duncker & Humboldt, 2015): 13-30.

⁹ Para más detalles, véase Santander Abril, Gilmar, “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso am-

acompañado al decomiso sin condena o a la extinción de dominio en los países de Derecho continental una vez hace su aparición dentro del sistema normativo. Lo paradójico, debemos advertir, es que una vez instalado no se puede erradicar salvo modificaciones al instituto por vía de la legislación o jurisprudencia.

Sí debemos partir, más allá de las voces que de forma apresurada califican a la extinción de dominio como una “aberración contra la Constitución”, su amplio arraigo en nuestro continente, haciendo, inclusive, que la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Extinción de Dominio creada por ONUDC en 2011, pronto deba transformarse en *Protocolo de seguimiento* debido a su ya amplia raigambre en la región. Quedan muy pocos países sin el instituto, curiosamente, todos en alguna razón identificables con serias censuras en cuanto a la institucionalidad interna o la dudosa calidad de su estado de Derecho¹⁰.

Sea cual sea la vía por la que se reconozca a este comiso civil (decomiso sin condena o extinción de dominio), las dos grandes ramas modulares son de larga data, publicitadas con fuerza desde la reconfiguración de los Estados tras la caída del muro de Berlín y la aparición con fuerza de la llamada sociedad del riesgo global. Para 2021, cuando se cumplieron los primeros 10 años de la Ley Modelo (en adelante LMEDO), ya casi toda América Latina había tenido una experiencia de mayor o menor impacto con la extinción de

pliado”, en *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, autores varios (Washington D.C.: Ediciones de la Organización de Estados Americanos, 2017). Martínez Sánchez, Wilson A, “La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia”, en *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano* (Bogotá: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015). Baudilio Murcia Ramos, *El enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio* (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez: 2012). La literatura colombiana sobre la materia es extensa y recoge más de 30 años desde la entrada en vigencia del instituto como mecanismo de persecución patrimonial contra la delincuencia organizada.

¹⁰ Salvo el caso de Costa Rica, los países sin este instituto son: Cuba, Nicaragua, Haití y Bolivia. Hasta 2023, Venezuela se incluía en este espacio, hasta que, apareció el furtivo proyecto que tras un meteórico proceso legislativo, logró en menos de un mes, convertirse en una ley orgánica que formalmente contempló la extinción de dominio. A pesar de ser calificado como el país con el peor índice del estado de Derecho, paradójicamente, se incorporó -cual cisne negro- en la tendencia de los Estados con extinción de dominio, enfilados en la línea global de regular los comisos autónomos como forma para combatir la delincuencia económica. Al revisarse las iniciativas legislativas en nuestro continente de esta tipología de leyes, se observa su introducción como cumplimiento a los programas globales de organizaciones multilaterales (Vgr. GAFI, ODCE, ONUDC) para mejorar la calidad del Derecho interno de los Estados en la lucha contra la delincuencia económica. Sobre este particular, véase Emilio J. Urbina Mendoza, “La extinción de dominio y la heterodoxia en la tradición jurídica venezolana”, *Diario El Nacional*, Caracas, edición del miércoles 3 de mayo de 2023, en línea <http://www.elnacional.com>

dominio, que, excluyendo a la prototípica Colombia, su configuración central recae siempre en los máximos intérpretes de la Constitución de todos nuestros países (Urbina 2023) o de la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales de Derechos Humanos¹¹.

Esta realidad (crispación, limitaciones constitucionales y ausencia de tradición), en 2020, quien suscribe, junto al profesor Rafael S. JIMÉNEZ TAPIA, publicamos un trabajo extenso con los orígenes y pormenores doctrinales y jurisprudenciales comparados del decomiso sin condena y la extinción de dominio a nivel global¹². Una materia totalmente ignota e inexplorada en Venezuela, a pesar de que, desde 2005, ya formaba parte del Derecho interno venezolano al publicarse en Gaceta Oficial (n°38.192 de 23.05.2005) la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En este trabajo abordaremos, a título de introducción al instituto, la relación de la extinción de dominio con el decomiso civil o autónomo, revisando, a grandes rasgos, sus orígenes anglosajones y su introducción a los países del *civil law* por la jurisprudencia del TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS (TEDH) desde 1986, muchísimo antes de su consagración universal en la CONVENCIÓN DE MÉRIDA CONTRA LA CORRUPCIÓN (UNCAC 2003) o la LEY MODELO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO de ONUDC (2011), éstas últimas, fuentes normativas supranacionales por excelencia del instituto bajo estudio.

¹¹ En el caso latinoamericano, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con sede en Costa Rica, no se ha pronunciado al respecto y en forma directa sobre la extinción de dominio a pesar de ser denunciado el Estado colombiano por contemplar esta institución. En la actualidad, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos ha sustanciado otros casos relativos a denuncias, por violentar la Declaración Americana, a las prácticas del Estado colombiano con la extinción de dominio. Véase *Informe n° 55/12* de fecha 20/03/2012, petición número 179-05 (Caso: *Jesús Amado Sarria Agredo e hijos vs. Colombia*). *Informe n° 48/17* de fecha 25/05/2017, petición número 338-07 (Caso: *Luis Fernando Leyva Micolta vs. Colombia*), *Informe n° 101/17* de fecha 05/09/2017, petición número 12.414 (Caso: *Alcides Torres Arias, Ángel David Quintero y otros vs. Colombia*). Al respecto, también, véase Sepúlveda, R. y Sánchez, D., “Polémicas demandas contra Colombia en la CIDH por extinción de dominio”, *Diario El Tiempo*, Bogotá, edición de fecha 15 de marzo de 2020, consultada el 20 de marzo de 2020, en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/colombia-demandada-ante-la-cidh-para-devolver-bienes-expropiados-472842>

¹² Rafael S. Jiménez Tapia y Emilio J. Urbina Mendoza, *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 3, 2020). También, a los efectos del ser consultado en el resto de América Latina y no para Venezuela, publicamos la edición “iberoamericana”. Rafael S. Jiménez Tapia y Emilio J. Urbina Mendoza, *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción* (Buenos Aires: Ediciones Olejnik, Biblioteca de Derecho Penal y Procesal Penal, 2021).

Finalmente haremos un repaso sobre las tendencias contemporáneas de la extinción de dominio en América Latina y en Europa, verificando la necesidad de profundizar en el análisis sobre el instituto con percepciones disímiles (MARTÍNEZ SÁNCHEZ 2021, 245-271), así como en la intención de los organismos multilaterales y supranacionales patrocinantes. Lo anunciado por la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula VON DER LEYEN, la segunda semana de junio de 2023¹³, sobre una nueva directiva para enfrentar la corrupción en Europa, incluye nuevas reformas para el reforzamiento del decomiso sin condena, pero, afincándose en el origen criminal de la conducta ilícita¹⁴.

II. EL COMISO AUTÓNOMO O DECOMISO SIN CONDENA Y LA VARIANTE LATINOAMERICANA: LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

Poco puede entenderse la extinción de dominio sino se estudia el concepto más omnicompreensivo y de mayor tradición global: *el decomiso sin condena, comiso autónomo, decomiso civil*, o “*decomiso*” a secas, como lo define UNCAC 2003 (Art. 2, literal g).

Para el Derecho comparado (BLANCO CORDERO 2023, 297), la *extinción de dominio* es una creación originaria del Derecho latinoamericano, en reconocimiento a los esfuerzos teórico-dogmáticos de Colombia (BLANCO CORDERO 2023, 297). En este punto vale la pena detenernos en una comparación conceptual a los fines de establecer las líneas comunes entre las dos formas por excelencia de persecución patrimonial contra la delincuencia económica 2.0. Para este punto, partimos por lo expresado en la exposición de motivos de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio que inicia explicando:

“(…) Es “*regional*” por cuanto fue diseñada siguiendo la tradición civil de los países hispanohablantes de Latinoamérica que pudieran acoger la iniciativa. Por la misma razón, se adoptó el nombre de “*extinción de domi-*

¹³ “La Comisión Europea propone una nueva Directiva para luchar contra la corrupción en toda la Unión”. En: *Confilegal*, Madrid, edición del 16 de junio de 2023, consultada en: <https://confilegal.com/20230616-la-comision-europea-propone-una-nueva-directiva-para-luchar-contr-la-corrupcion-en-toda-la-union/> En las declaraciones, la máxima Comisaria Europea mostraba preocupación por la cifra que la corrupción moviliza en toda Europa: 120.000 millones de euros, que equivale al uno (1%) del PIB de toda las economías de los 27 países que conforman la Unión Europea.

¹⁴ En efecto, desde el año 2022, tanto el Parlamento como el Consejo de Europa han venido trabajando en una nueva batería de normas contra el crimen organizado y la delincuencia económica, además de la corrupción. Véase “Los Estados de la UE aprueban proyecto de ley sobre recuperación de activos del crimen organizado”, en: *The Investing*, Madrid, edición del 09 de junio de 2023, consultada en: <https://es.investing.com/news/world-news/los-estados-de-la-ue-aprueban-proyecto-de-ley-sobre-recuperacion-de-activos-del-crimen-organizado-2409059>

nio” por tratarse de la denominación más común en la región y no, por ejemplo, por “decomiso sin condena” término utilizado en otros ámbitos internacionales. (...)” (subrayado nuestro)

A simple vista el documento oficial de la ONUDC indica que la *extinción de dominio* y el *decomiso sin condena* son términos sinónimos; pero, por razones de tradición histórica el primero tiene más aceptación en Latinoamérica, mientras que el decomiso sin condena, se aplica en ámbitos “internacionales” como en efecto se puede leer de UNCAC y los demás instrumentos globales, incluyendo la jurisprudencia del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS y de la propia CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (*United States vs. Ursery*, 518 U.S. 267 de 24 de junio de 1996).

Sin embargo, a pesar de la aparente y elemental sinonimia que nos indica la LMEDO, sí podemos afirmar la existencia de diferencias en ámbitos que van más allá de lo conceptual. Específicamente, si cotejamos no solo la LMEDO y las leyes que han aprobado la extinción de dominio en América Latina con la UNCAC 2003. Visto así, podemos encontrar algunas discrepancias entre la extinción de dominio con el decomiso sin condena en lo relativo a sus fuentes, naturaleza, alcance y fundamento.

En relación a su **fuer**te, el *decomiso sin condena* aparece de forma evidente en los tratados y convenciones internacionales. En ningún documento trasnacional de la lucha contra la corrupción, se hace referencia alguna a la *extinción de dominio*, salvo, para el abordaje latinoamericano posterior a la LMEDO de 2011. Ni siquiera en la CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN de 1996 se hace alusión alguna a la extinción, siendo ésta última, contemplada desde 1936 en la legislación agraria colombiana y elevada al plano constitucional desde 1991¹⁵, y, en el caso mexicano, desde la reforma expresamente para adaptar la extinción de dominio a su Constitución en 2019¹⁶.

¹⁵ Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

¹⁶ Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete la autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni de aquellos bienes

Esto nos lleva a cotejar que la *extinción de dominio* ha sido una figura reconocida directamente por la Constitución de Colombia (Art. 34) y México (Art. 22), lo que la configura con rango y naturaleza constitucional¹⁷, es decir, es una creación directa del constituyente que puede aplicarse de forma directa e inclusive, sujeta a que en su petición, ante la ausencia de ley expresa que la regule, pueda el juez otorgarla en razón de su mera concreción sin alegar teorías sobre *normas programáticas*. Al contrario, el decomiso sin condena no se encuentra consagrada en ninguna Constitución Latinoamericana, pero, es el término más recurrente de los tratados (Decomiso) suscritos por los Estados contra la corrupción y la delincuencia económica. Por tanto, a este último, es prácticamente imposible que se le atribuya una naturaleza sui generis constitucional, cuando es conocida que la disputa sobre la misma gira pendularmente entre una pena, una accesoriadad o en enriquecimiento injusto.

cuyo dominio se declare extinto en sentencia. La acción de extinción de dominio se ejercerá por el Ministerio Público a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal. Las autoridades competentes de los distintos órdenes de gobierno le prestarán auxilio en el cumplimiento de esta función. La ley establecerá los mecanismos para que las autoridades administren los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio, incluidos sus productos, rendimientos, frutos y accesorios, para que la autoridad lleve a cabo su disposición, uso, usufructo, enajenación y monetización, atendiendo al interés público, y defina con criterios de oportunidad el destino y, en su caso, la destrucción de los mismos. Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos. A toda persona que se considere afectada, se le deberá garantizar el acceso a los medios de defensa adecuados para demostrar la procedencia legítima del bien sujeto al procedimiento (subrayado nuestro).

¹⁷ Explica Gilmar Santander Abril, “La nueva estructura del proceso de extinción de dominio”, en *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano*. (Bogotá: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015), 53, lo siguiente: “(...) Uno de los aspectos más complejos de la acción de extinción de dominio es el relacionado con su naturaleza jurídica, pues las discusiones al respecto no han sido pacíficas, como bien se puede observar en las sentencias de constitucionalidad C-374, C-409, C-539 de 1997, C-1708 de 2000 y T 212 de 2001, discusión que solo quedó zanjada con posterioridad a la expedición de la Ley 793, concretamente a través de la sentencia C-740 de 2003, que con ponencia del magistrado Jorge Córdoba Triviño puso fin a la discusión, indicando que la naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio era “constitucional”, lo cual dejaba esa acción a la par de las demás acciones constitucionales, como la tutela, de cumplimiento, populares y de grupo, con la salvedad de reconocer a la extinción de dominio como la única acción que está reservada para que el Estado asegure el cumplimiento de sus propios fines (...)”.

Sobre su **naturaleza**, la extinción de dominio no oculta su inclinación hacia la teoría del *enriquecimiento sin causa*, así como su carácter directamente constitucional tan igual al amparo sobre derechos fundamentales o el control concentrado de la constitucionalidad. Mientras que, el decomiso sin condena o civil, se debate entre los apologistas de tesis del enriquecimiento injusto y los que determinan que es una *accesoriedad*, como de suyo ocurre en la legislación europea (JIMÉNEZ y URBINA 2020, 148-157). Al respecto vale la pena resaltar lo que indica la LMEDO sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio al establecer:

Artículo 2. Concepto. La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna. (subrayado nuestro)

En el Ley mexicana¹⁸, colombiana¹⁹, peruana²⁰, salvadoreña²¹ y guatemalteca²² se ratifica que la *extinción de dominio* es una acción de carácter real (*in rem*) que interpone el Estado en razón de su disminución patrimonial e

¹⁸ Artículo 3 de la *Ley Nacional de Extinción de Dominio* de 2019.

¹⁹ Artículo 16.4 de la Ley número 1.849 de 2017 contentiva de la reforma del *Código de Extinción de Dominio*.

²⁰ Artículo III, 3.11 del Decreto Legislativo 1.373 de 2019 sobre extinción de dominio “(...) 3.11. *Incremento patrimonial no justificado: aumento del patrimonio o del gasto económico de una persona natural o jurídica notoriamente superior al que normalmente haya podido percibir en virtud de su actividad laboral o económica lícita o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita, existiendo elementos que permitan considerar razonablemente que dicho incremento patrimonial proviene de actividades ilícitas (...)*”.

²¹ Véase Decreto legislativo 534/2013 y el 734/2017, éste último, contentivo de la reforma de la *Ley Especial de Extinción de Dominio de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita*. Artículo 6. Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes: (...) Omisión (...) c) Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, que provengan de actividades ilícitas.

²² Véase Decreto legislativo 55-2010 de *Ley de Extinción de Dominio*. “(...) Artículo 4. Causales de procedencia de la extinción de dominio. Son causales de acción de extinción de dominio, las siguientes: (...) Omisión (...) b) *Cuando exista incremento patrimonial de toda persona, individual o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, en virtud de las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o deriven de actividades ilícitas o delictivas en cualquier campo, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos. (...)*”.

incremento sin causa de un particular, todo enmarcado dentro de conductas “ilícitas”. Así, no queda dudas que los legisladores latinoamericanos han concebido una forma peculiar, diferente a la tradicional acción por enriquecimiento sin causa, para conductas que si bien no requiere de una condenatoria penal, sí están vinculados de alguna forma a la actividad delictual, sobre todo, las tipificadas dentro de la categoría de criminalidad económica 2.0.

En lo atinente al **alcance**, la *extinción de dominio* es mucho más omnicomprensiva que el *decomiso sin condena*. En éste último se ha vinculado su aplicación a aquellos bienes enmarcados como réditos exclusivos de los delitos contra la corrupción, como apunta el artículo 54.1, c) de UNCAC, mientras que, la *extinción de dominio* abarca todos los comportamientos punibles que sean origen de “ilicitud”, como en efecto, indica pormenorizadamente la Ley salvadoreña 534/2013 reformada por la 743/2017 (Art. 5), que precisa mejor un catálogo de “conductas consideras ilícitas”, dado que, en la LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO, no especifican cuáles ámbitos deben considerarse como “actividad ilícita”.

En el caso venezolano, la actividad “ilícita” a los efectos de extinción de dominio es de tipo restrictiva, quizá, la más objetiva de toda América Latina. Quedó redactada en los siguientes términos:

Definiciones

Artículo 5. Para los efectos de esta Ley, se entenderá como:

1. Actividad ilícita: Toda actividad tipificada en la legislación contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, aun cuando no se haya dictado sentencia en el proceso penal correspondiente. (subrayado nuestro)

Finalmente, en lo que respecta al **fundamento**, si bien ambas instituciones poseen una finalidad común como es prescindir de una condena penal para proceder a la recuperación de los activos producto de actividades ilícitas, en la *extinción de dominio* se afinca ese por qué de su existencia en la falta de consolidación o legitimidad del titular del derecho real propiedad, es decir, que la *ilicitud* para obtener dicho bien ha sido motivo suficiente para evitar consolidar el dominio o propiedad. Al respecto, la CORTE CONSTITUCIONAL Colombiana en su sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*) ha establecido:

“(…) Tratándose de una acción constitucional orientada a excluir el dominio ilegítimamente adquirido de la protección que suministra el ordenamiento jurídico, no pueden configurarse límites temporales, pues el solo transcurso del tiempo no tiene por qué legitimar un título viciado en su origen y no generador de derecho alguno. Mucho más si aún bajo el régimen constitucional anterior no fue lícita la adquisición del dominio de los bienes.

El supuesto según el cual sólo se pueden adquirir y mantener derechos procediendo de acuerdo con el ordenamiento jurídico y no contra él, impone que el dominio ilícitamente adquirido no pueda convalidarse en ningún tiempo, pues, de lo contrario, de fijarse plazos para el ejercicio de la extinción de dominio, para desvirtuar ese supuesto bastaría con mantener ocultos los bienes ilícitamente adquiridos por el tiempo necesario para la improcedencia de la acción, con lo que se legitimaría un título viciado en su momento originario. De allí que el Estado se halle habilitado para perseguir el dominio ilícitamente adquirido sin consideración a la época de la ocurrencia de la causal que lo originó, pues ello equivaldría a establecer un saneamiento no previsto por el constituyente (...)” (subrayado nuestro).

A diferencia de la *extinción de dominio*, el decomiso sin condena no cuestiona en sí la constitucionalidad del origen de la propiedad adquirida de forma ilícita, sino que, al concretarse los supuestos legales; sería procedente el *comiso* de bienes sin requerir una sentencia condenatoria penal previa. Su fundamento tiene como esencia, según lo ha dispuesto el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, en una “(...) *institución similar a la restitución del Derecho civil en casos de enriquecimiento injustificado y persigue evitar que el delito resulte beneficioso* (...)”²³.

1. *El comiso autónomo, decomiso civil o decomiso sin condena*

Luego de analizar aspectos terminológicos entre la extinción de dominio y el decomiso civil, visto que pareciera a simple vista que son dos conceptos totalmente diferentes; pudimos comprobar que son la misma institución con algunos contrastes precisados en relación con su fuente, naturaleza, alcance y fundamento. Sin embargo, debemos advertir que la doctrina más universal no hace alusión a la extinción de dominio sino al decomiso sin condena, también bautizado como “civil” o “comiso autónomo”. Éste último es de mayor antigüedad (siglo XVIII) que el concepto de extinción de dominio (1936); pero, en el proceso de innovación en la lucha contra la delincuencia económica, poco a poco, sobre todo a finales de los años 80 del siglo XX, los dos conceptos fueron acercándose hasta constituir una sola institución donde lo característico es que no requiere de una sentencia penal condenatoria para proceder a la confiscación de los bienes de origen o disposición ilícita.

Lo históricamente calificado por “comiso” es su esencia como “pena accesoria” a una condena penal (JIMÉNEZ y URBINA 2020, 87-167), ha sufrido modificaciones, o, mejor dicho, adiciones que lo han apartado de esa naturaleza histórica propia del Derecho penal. A este comiso clásico, se le conoce

²³ Sentencias *Cecil Stephen Walsh v. Reino Unido* (21 de noviembre de 2006) y *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein* (10 de julio de 2007).

a nivel internacional como “comiso directo o tradicional”, inserto en casi todos los códigos penales de corte garantista, de clara herencia del *commissium* del Derecho romano²⁴.

Por eso es por lo que comenzamos a explicar el decomiso sin condena a los fines de comprender el concepto más universal para así revisar los detalles de su versión latinoamericana conocida como extinción de dominio. Lo relevante en todo momento es que no solo el decomiso es un concepto, sino que, también su aplicación varía hasta el punto de concebirse los denominados “modelos de decomisos sin condena” (BLANCO CORDERO 2023, 298)²⁵. Estos modelos difieren muchas veces de lo unificado en la Directiva 2014/42/UE de la Unión Europea, hasta el punto de que, cada cierto tiempo, debe revisarse cada uno de ellos como se puede verificar en los sendos informes y resoluciones de naturaleza comunitaria preparados entre 2014 y 2023²⁶.

Hechas estas advertencias sobre la falta de uniformidad de los decomisos sin condena, tanto en Europa como los diferentes NCB norteamericanos, podemos definir al mismo como: *acción de naturaleza civil, de carácter patrimonial por la cual el Estado, en ejercicio de funciones constitucionales de prevención de actividades criminales asociadas con la corrupción, priva a los particulares de la propiedad de sus bienes sin requerimiento de una condenatoria penal previa, una vez cubierto los extremos previstos en la*

²⁴ En específico, véase la *Lex Calpurnia de pecunia repetundis* (149 a.c.). Sobre los detalles, véase Bialostosky, Sara. “La lucha del Derecho romano contra la corrupción de los funcionarios públicos. Crimen repetundarum”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Vol. 58, n° 250 (2008): 137-154.

²⁵ Parlamento Europeo, antes de la Directiva 2014/42/UE de 3 de abril de 2014, había preparado tanto una Resolución (11.06.2013) como Recomendación (2012/2117 INI, n° 22) donde invitó a los Estados miembros de la Unión para que considerasen la aplicación de “modelos de decomiso civil” en aquellos casos donde, tras un balance de probabilidades y sujeto a la autorización de un tribunal, pudiera demostrarse que los bienes son producto del delito o son utilizados para actividades criminales. Es por ello que la literatura europea habla más de “modelos de decomisos civiles” que “el decomiso civil” a secas. En 2019, The Commission Staff Working Document, preparó un informe intitolado *Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, Bruselas, SWD (2019) 1050 final, de fecha 12 de abril de 2019. En este documento oficial de la Unión Europea, se analizó los diferentes decomisos sin condena aplicados y reglamentados en el espacio territorial de los miembros de la Unión.

²⁶ Véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. *Resolución 2218, 2018: fighting organised crime by facilitating the confiscation of illegal assets*, n° 6. Economic Crime and Cooperation Division. Consejo de Europa. *The use of non-conviction based seizure and confiscation*, Bruselas, Octubre de 2020. Comisión Europea: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y Consejo de Europa sobre recuperación y comisos de activos*, Bruselas, COM/2020/217/final, n° 19, 2020.

legislación especial diseñada bajo parámetros internacionales sobre la materia (JIMÉNEZ y URBINA 2020, 146).

Primero, *es una acción judicial*. Para preservar las mínimas garantías constitucionales, que en los estados sociales de Derecho se concentra en la actividad jurisdiccional, debemos encasillarla dentro de la esfera de un proceso judicial (principio constitucional de la reserva judicial). Como explicamos en nuestra obra publicada con el profesor Rafael JIMÉNEZ TAPIA (JIMÉNEZ y URBINA 2020, 147), por más que aceptemos la presencia de un Derecho penal a dos velocidades formulada en la tesis del profesor SILVA SÁNCHEZ, donde en los tipos de delitos relacionados a penas no privativas de libertad se relajen los principios y garantías, así como reglas de imputación; no implica que se descarte el proceso judicial como el mejor escenario sin que genere sospechas.

Por otra parte, sabemos, -sobre todo en América Latina-, de la pernicioso tradición de poderes ejecutivos omnipotentes que se inmiscuyen, sin limitaciones algunas, a la hora de privar a los ciudadanos de sus derechos. Así, calificarla como acción judicial otorgaría un mínimo de garantías y estabilidad (SILVA SÁNCHEZ 2011, 83).

Segundo, es de *naturaleza civil patrimonial*. Esta calificación facilita la autonomía del *decomiso sin condena* del cordón umbilical penal, como expresa SANTANDER ABRIL (2018, 488). Lo patrimonial implicaría enfocarlo desde el derecho de las obligaciones, más precisamente con instituciones eficientes con resultados paralelos como es el caso del *enriquecimiento injusto* que en otras legislaciones (incluida la venezolana) se le conoce como “sin causa”, figura de vasta tradición en los países tributarios del Código Civil francés de 1804. En esta forma generadora de responsabilidad civil, se demanda porque en el negocio jurídico una de las partes ha visto incrementar su patrimonio sin que medie una causa que es el fundamento del contrato.

Tercero, el *Estado la ejerce en ejercicio de sus funciones constitucionales de prevención de actividades criminales asociadas a la corrupción*. A pesar de su emancipación del proceso penal, el *comiso* autónomo es una consecuencia de la política criminal del Estado, siguiendo los lineamientos de las organizaciones supranacionales especializadas, que busca evitar a toda costa que el enriquecimiento ilícito se instale como forma para obtener ganancias. Como bien lo precisa Guillermo JORGE, el principio “nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas” (2008, 67), ilumina -desde el origen del *comiso*- las directivas criminales de los Estados en materia anticorrupción. El *decomiso son condena* cumple también un papel *preventivo*, en razón que al encarecer los costes delictuales por gravitar sobre cualquier persona -natural o jurídica- la amenaza de la privación de la propiedad, coloca sobre el tapete de los criminales la opción de ejecutar el acuerdo o no. Ningún bien puede ser empleado para el perjuicio de la sociedad, y por tanto, el Estado está obligado a impedirlo a cualquier costo.

Cuarto, *privación de la propiedad de bienes a personas*. Esta privación difiere de otras instituciones similares como la confiscación, la incautación, la expropiación, el aseguramiento de bienes y la recuperación de activos. Lo importante estriba en la capacidad de extender dicha exacción hacia las personas jurídicas, que en materia criminal, ha conllevado múltiples polémicas no resueltas todavía en el Derecho penal. Máxime, al no tener claro el horizonte en la teoría penal general, poco más sería complicado la vinculación de las mismas en los delitos contra la corrupción (RODRÍGUEZ GARCÍA 2011, 417-482).

Quinto, *basado en elementos objetivos previstos en la legislación bajo parámetros internacionales*. Quizá sea uno de los puntos más decisivos del *decomiso civil*, ya que, su aplicación al no requerir una condena penal previa, así como tampoco mediar una causa de utilidad pública para privar del derecho de propiedad sobre unos bienes; exigiría del legislador la mayor escrupulosidad al momento de plasmar en la norma cuáles serían los elementos para que el juez pueda determinar el *decomiso*. En efecto, consideramos que el mayor éxito de esta institución se centra en una clarificación legislativa sobre cuáles elementos probatorios, indicios y presunciones (balance de probabilidades y carga dinámica de la prueba) debería ponderar el juez al momento de entablarse esta acción de privación de la propiedad contra los particulares.

Por otra parte, estos elementos tampoco pueden responder a los caprichos del legislador, cuando estamos en presencia de un flagelo de magnitudes incalculables por la apropiación de recursos que originalmente su finalidad es para el desarrollo de las sociedades (JORGE 2008, XIV-XVI). Nos explicamos. Si bien es cierto los tratados internacionales no ordenan a los Estados que los suscriben la adopción “automática” de sus contenidos, sino que sirven como referencias; no puede alegarse razones de soberanía para incorporar arbitrariamente lo que debería calificarse como *decomiso sin condena*. Para ello, existe a nivel del Derecho comparado suficientes sistemas, que coadyuvarán en la construcción de los diferentes modelos de decomisos que no pierda su norte en materia de lucha contra la delincuencia económica: *encarecer los costes de la misma*.

1.1. Orígenes en el Derecho angloamericano. Las NBC y las UWO'S

El modelo prototípico de decomiso civil o sin condena, antes de su proyección y carta de naturalización en los sistemas del *civil law*, posee sus raíces incuestionables en el contexto del Derecho angloamericano. Bajo el mote *civil forfeiture* las acciones judiciales o administrativas, dependiendo, como apunta Guillermo JORGE, del monto involucrado, el tipo de propiedad y si alguien puede responder a la demanda de decomiso (2008, 91). No solo es un medio sino también una sanción independiente con el fin de obtener a como

dé lugar la propiedad, aunque, posee un rasgo característico en los Estados Unidos y es su carácter preventivo (JORGE 2008, 92-93).

En los Estados Unidos este tipo de procesos *in rem* se les conoce con las siglas universales NCB (*Non-Conviction Based*). En esta acción de decomiso, la fiscalía norteamericana orienta su estrategia alternativa y complementaria a la persecución penal. La acción va dirigida contra el activo en sí y no contra el titular aparente. Al estar direccionada contra el bien, puede ejecutarse, o bien en un contexto de proceso penal, de forma independiente de un juicio o investigación criminal.

Los NCB poseen un nivel probatorio menor al garantista propio del Derecho penal. Como señalan los autores GREENBERG y otros (2009, 14-15), la misión originaria de las *actio in rem* fue común en el derecho del almirantazgo, donde, podía demandarse directamente al “barco” y no al capitán, ni a la tripulación, ni mucho menos al armador si con dichos navíos se cometían “actos de piratería” o servían para el tráfico de esclavos. Si el gobierno incautaba un barco pirata o negrero, así como su carga, pero no consiguió capturar al dueño del barco, se interponía una acción de decomiso de activos sin condena (NCB) contra el buque e invitaba al pirata o esclavista a comparecer ante el tribunal para impugnar la acción. Este es quizá el antecedente más remoto de las NCB anglosajonas. En pocas palabras, quien trasgrede el ordenamiento jurídico en la ficción anglosajona de las NCB no son las personas sino los bienes en sí mismo. Esto permitirá liquidar el dominio de quien nominalmente lo detente. En la actualidad, tal como apunta LITTLE (1996, 149), las NCB se han convertido en un “*poderoso mecanismo para lograr el cumplimiento de las leyes, quizá el que más ha alterado el paisaje legal de los Estados Unidos*”.

En el Reino Unido, las acciones *in rem* se les bautiza como las *Unexplained Wealth Orders (UWOs)* (*recurso de privación de bienes no justificados*) (BLANCO CORDERO 2017, 30), que consisten en órdenes sobre el patrimonio que no puede ni explicarse ni justificarse su origen. Permite a las autoridades administrativas que un juez dicte una orden para privar de sus bienes a una persona donde el patrimonio luce no sólo injustificado, sino, injustificable, debido a la no existencia de proporcionalidad entre los ingresos y éste (BLANCO CORDERO 2017, 31). Rompe así con el concepto tradicional de la carga de la prueba, ya que, es el titular de los bienes quien debe demostrar que proceden de fuente lícita. En cuanto al procedimiento, Guillermo JORGE indica que en el Reino Unido el decomiso sin condena está regulado como una “*deuda del individuo con la Corte o con la agencia gubernamental para la recuperación de activos*” (JORGE 2008, 95). En ningún caso -y es lo sobresaliente de la figura- no puede vincularse esta deuda con noción penal de culpabilidad del deudor. Su procedencia se sustenta en un sistema de presunciones que siempre apuntará hacia los indicios y no la plena prueba.

1.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como moldeador del “decomiso sin condena” en Europa

Mucho antes de la Convención de Mérida (2003) y la Directiva 2014/42/UE como documentos normativos supranacionales referenciales, la configuración del decomiso sin condena, tal como explicamos en el punto anterior, procedía de forma del Derecho angloamericano. Su introducción dentro de las familias del Derecho continental o *civil law*, ocurre tras varios fallos del TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS (TEDH) entre 1986 y 1995. Esta nueva manifestación de “decomiso”, llamaría la atención del profesor VERVAELE, quien nunca ocultó su preocupación por la creciente influencia del modelo norteamericano del *civil forfeiture*, al adquirir cada vez más una posición relevante no solo como medio, sino también, como sanción independiente (VERVAELE 1998, 67). En efecto, cronológicamente las decisiones de mayor peso que introducen el decomiso sin condena y lo modelan para adaptarlo al sistema constitucional del resto de países de la Unión, sin afiliación al *common law*, son:

- *Agosi Vs. Reino Unido* (24 de octubre de 1986)
(primera doctrina jurisprudencial vinculante sobre las acciones *in rem*).
- *Welch Vs. Reino Unido* (09 de febrero de 1995)
(refuerza la idea de confiscación sin orden o acusación penal previa, basta con demostrarse que el objeto es de origen o ha sido empleado para fines “ilícitos”. Además, introduce el concepto de “balance de probabilidades” y la “presunción de ilicitud”, éste último, desvirtuable por el titular aparente si logra probar que no existe relación entre el origen “ilícito imputado” y el patrimonio).
- *Air Canada Vs. Reino Unido* (05 de mayo de 1995)
(sentencia que establece los parámetros del decomiso sin condena, indicando que éste último puede ser consecuencia de una evaluación razonable de los intereses públicos en juego al analizarse la función de la propiedad) (VERVAELE indica que esta fue una sentencia “decepcionante” porque creó un “peligroso precedente que genera la tentación en los Estados de sustraer las sanciones de carácter patrimonial a las severas condiciones de protección jurídica del Derecho Penal y de la Carta Europea de los Derechos Humanos-CEDH”) (VERVAELE 1998, 71).
- *Cecil Stephen Walsh Vs. Reino Unido* (21 de noviembre de 2006)
(sentencia que establece identifica a los decomisos *in rem* como una institución similar a la restitución del Derecho civil en casos de enriquecimiento injustificado y persigue evitar que el delito resulte beneficioso).
- *Dassa Foundation and Other Vs. Liechtenstein* (10 de julio de 2007)
(sentencia que ratifica el criterio del fallo *Cecil Stephen Walsh*)

– *Gogitidze and Others Vs. Georgia* (12 de mayo de 2015) (sentencia que establece, de forma más acabada, los parámetros netamente “civiles” de los decomisos *in rem*. En estos procesos no existe ni imputación penal ni mucho menos son aplicables las garantías penales del artículo 6.2 de la Carta Europea de los Derechos Humanos-CEDH. Ratifica el papel fundamental del balance de probabilidades en estos juicios).

Como apuntó VERVAELE, en 1996, en plena era previa a la sociedad del riesgo global inaugurada con los ataques a las torres gemelas en septiembre de 2001; los patrimonios ya no están limitados por los ordenamientos jurídicos nacionales, así como tampoco, por la relajación de la política criminal de un Estado. La cooperación internacional en cuanto a la investigación, embargo y confiscación patrimonial exige que los Estados adapten mecanismos globales, no penales y de naturaleza patrimonial para la lucha contra la delincuencia económica (VERVAELE 1998, 80).

1.3. La Convención de Mérida contra la Corrupción (UNCAC 2003)

Tras lo expuesto por la jurisprudencia del TEDH como moldeadora del decomiso sin condena desde 1986, la concreción de una norma referencial global ocurrió cuando se aprueba la denominada coloquialmente *Convención de Mérida* (por haber sido suscrita en Mérida de Yucatán, México), aunque oficialmente es la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (siglas universales en inglés: UNCAC 2003). Este documento internacional normativo, vinculante para los Estados co-suscribientes, si bien no podemos calificarlo como el “culmen” de las iniciativas normativas globales, busca orientar a los legisladores nacionales para introducir nuevas tendencias de la temática sobre los decomisos sin condena, sea para prevenir o reprimir como bien afirma el profesor Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (2018, 2173).

Nunca podría concebirse las regulaciones de los tratados para ser copiados íntegramente por nuestros legisladores, ya que, el proceso de adopción y conversión en Derecho interno del contenido de estos implica muchas veces “sensibles polémicas”, buena parte de las mismas legítimas, como las que siempre trae consigo el decomiso sin condena o la extinción de dominio. Por mencionar algunas, tenemos: *desconocimiento de la presunción de inocencia o la seguridad jurídica en torno al derecho de propiedad*.

Por otra parte, la técnica de elaboración de estos convenios busca una cooperación activa entre los Estados para no sólo adoptar figuras como la abordada en el presente estudio (extinción de dominio), sino también, para su análisis, actualización y monitoreo periódico en los niveles de implementación (RODRÍGUEZ GARCÍA 2018, 2174). No vamos a explicar en esta

oportunidad los pormenores sobre cómo se introduce el decomiso sin condena en UNCAC 2003. Lo exponemos en nuestro libro (JIMÉNEZ y URBINA 2020, 146) analizando los antecedentes, sobre todo, lo debatido años atrás para la construcción de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (1996).

UNCAC 2003 contempló dos artículos, de forma expresa y sin atenuantes, el decomiso sin condena. Lo hace bajo una “fórmula de invitación”, donde resalta la expresión “(...) *decomiso de esos bienes sin que medie condena* (...)”. Veamos los dispositivos:

Artículo 53 *Medidas para la recuperación directa de bienes*

Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención; (...)

Artículo 54. *Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso*

1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno:

(...)

C) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados (...)” (subrayado nuestro).

Es evidente que el artículo 55 hace alusión directa a la extinción de dominio, mientras que, el 54.1, literal c) al decomiso sin condena penal. Es la primera vez que un instrumento normativo de calibre internacional contempla -y fundamenta- ambos mecanismos civiles para perseguir la delincuencia económica. Lo que hasta 2003 había sido producto de la jurisprudencia del TEDH (para Europa), o en América Latina, la legislación colombiana y su jurisprudencia constitucional; con UNCAC pasa a otro nivel normativo visto que, como apunta RODRÍGUEZ GARCÍA (2018, 2179) “(...) *los delincuentes [económicos] procuran con frecuencia ocultar el producto, los instrumentos y pruebas del delito en más de una jurisdicción, aprovechando la máxima movilidad que otorga los medios de transporte y las ventajas informática de nuestros días* (...)”.

2. La Directiva 2014/42/UE de 2014 y las propuestas de reforma por la Unión Europea de 2022

Por las razones de peso como fuente, el estudio del decomiso sin condena pudiera resultar incompleto sino hacemos referencia a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del Delito²⁷. El documento normativo comunitario aborda de forma monográfica la temática del comiso (directo, ampliado, sin condena, etc.) en toda la Unión Europea. Es un horizonte de regulación, desdibujado para un sector de la doctrina (BLANCO CORDERO 2023, 298), pero, que ha servido de referencia para las reformas en la legislación europea que todavía no habían incluido el decomiso sin condena, pero, que por vía de la doctrina jurisprudencial vinculante del TEDH, era aplicado en el respectivo país.

No vamos a explicar los pormenores de la Directiva en cuestión. También remitimos a nuestro libro donde nos detenemos a revisar cada dispositivo vinculado con el decomiso sin condena (JIMÉNEZ y URBINA 2020, 71-77). Sin embargo, el valor de este tipo de normativas supranacionales es su adaptación a modelos de decomisos más que cualquier otra iniciativa particular de los Estados, que como advierte el profesor BLANCO CORDERO (2023, 301), neutralizaría la “tentación de algunos legisladores de incorporar mecanismos penales más peligrosos para los derechos humanos”.

El artículo 4.2 de la Directiva bajo estudio contempla un modelo específico de decomiso sin condena, por cierto, diferente al previsto en el TEDH y en los sistemas angloamericanos. La diferencia estriba tanto por el concepto de lo que debe entenderse por “infracción penal”²⁸, así como en los supuestos de procedencia. Sobre éstos últimos pasamos a transcribir el artículo:

Artículo 4 *Decomiso*

(...)

2. En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedi-

²⁷ Diario Oficial de la Unión Europea, n° L. 127, de fecha 29 de abril de 2014.

²⁸ El artículo 3 de la Directiva menciona los tipos penales a los que se refiere el decomiso, circunscritos a 12 fuentes normativas comunitarias, que van desde el Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción, hasta la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo relativa a los ataques contra los sistemas de información. En fin, es demasiado “elástico” el concepto de “infracción penal” que autoriza la Directiva a los jueces.

mientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio (...)” (Subrayado nuestro)

El texto contempla el modelo de decomiso “restringido”, en el sentido que establece condiciones para que sea declarado por otra vía diferente a la penal. Cuando el numeral 2 nos indica que “(...) *en caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1 (...)*”, está indicándonos cuando no pueda ser decretado el llamado Comiso Directo (pena accesoria), previa resolución penal firme condenatoria. Es decir, cuando por razones enfermedad o fuga del sospechoso o acusado, no pueda ser condenado penalmente, sus bienes sí pudieran ser objeto de un decomiso sin sentencia penal condenatoria previa.

También, la Directiva aumenta los requisitos para evitar desviarse en otros instrumentos que pudieran rayar en la más solapada confiscación a secas. Nos indica que, exista una ventaja económica de manera directa o indirecta de la persona con relación a los bienes decomisados, así como, que, si se hubiesen dado el correspondiente procedimiento penal, *la sentencia no habría dudas que haya sido condenatoria*. A estos supuestos se incorporó la muerte del acusado, pues, es un principio universal que los bienes adquiridos de forma ilícita no generan derechos de propiedad, y al no hacerlo, mal podría transmitirse esa propiedad hacia sucesores o legatarios. La muerte no puede blanquear un delito económico, y por ello, es que se recurre al decomiso sin condena, donde, no aplica el principio que, una vez fallecida la persona, se extingue cualquier acción penal.

Esta Directiva de 2014 ha sido reforzada en 2018²⁹, donde, repetimos, el nexo “nuclear” del decomiso es demostrar con altísima precisión el origen o empleo del bien con una actividad delictiva sin que se busque la culpabilidad del titular aparente de dicho bien. Este documento va a reforzarse con la propuesta de la nueva Directiva del Parlamento Europeo y Consejo de Europa sobre recuperación de activos³⁰, ya aprobada como iniciativa, pero, que será discutida en las próximas semanas por la plenaria. El texto de la propuesta contempla dos artículos (15: Decomiso no basado en sentencia condenatoria y 16: Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas). El texto como puede leerse, sobre todo la propuesta del artículo 16, acerca más al decomiso sin condena europeo a las

²⁹ Artículo 2, numeral 3, literal d), del *Reglamento 2018/1805*, del Parlamento Europeo y Consejo de Europa sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.

³⁰ Véase proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y Consejo de Europa sobre recuperación y decomiso de activos de fecha 25 de mayo de 2022 COM (2022) 245 final 2022/0167 COD.

líneas maestras de la extinción de dominio latinoamericana. La figura del decomiso de “patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas”, nos reproduce el concepto de “ilicitud de origen” de los bienes y patrimonios, esencia de la extinción de dominio en nuestro continente americano.

III. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

Es prácticamente un ejercicio baladí sólo referirnos a la extinción de dominio sin haber estudiado la figura globalmente conocida como decomiso sin condena o decomiso civil, como en efecto, lo hicimos en las líneas precedentes. Sin embargo, mucho antes que la UNCAC 2003 y de la propia jurisprudencia del TEDH, América Latina había ensayado una versión propia del decomiso sin condena penal previa. Específicamente hacemos alusión al concepto de *extinción de dominio*, vocablo construido desde el Derecho colombiano a partir de su legislación agraria de 1936, y que se trasladaría a los ámbitos de persecución patrimonial, a finales de los años 80 del siglo XX. La importancia de Colombia en lo relativo a la extinción de dominio es de tal magnitud, que en el Derecho comparado latinoamericano es necesario hacer referencia a tres términos sobre algún atributo, característica, consecuencias y terminología relativa a la misma: la *tesis dominante* (versión colombiana), la *tesis contraria* y las *tesis desafiantes*. Debo indicar que la introducción de este instituto en Colombia ha sido exitosa sobre todo para aplacar las graves consecuencias patrimoniales de actividades como el tráfico ilícito de drogas. El modelo colombiano será asumido, inclusive, por la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio (LMEDO) aprobada por la ONUDC en su programa de asistencia legal para América Latina y el Caribe.

1. *El prototipo latinoamericano de la extinción de dominio: Colombia y su Corte Constitucional*

Como indicamos, hablar de extinción de dominio como versión original latinoamericana es hacer referencia en esencia del Derecho colombiano al que se le debe este nominativo, y por el cual, no hablemos en nuestro continente de leyes de decomiso sin condena o civil. Las principales características de la extinción de dominio (*actio in rem*, cuestionamiento del origen propietario, ilicitud del bien y no culpabilidad del titular, la desproporción patrimonial, la imprescriptibilidad procesal, la buena fe calificada, la retroactividad y restrospectividad; así como, el estándar probatorio basado en el balance de probabilidades y carga dinámica de la prueba) fueron en su momento originadas desde la legislación y jurisprudencia colombiana (JIMÉNEZ y URBINA 2021b, 144-145).

El origen de la extinción de dominio viene dado en la legislación colombiana agraria de 1936 como apunta SANTANDER ABRIL (2018, 114). En este contexto se extinguía el “dominio” sobre el fundo si el propietario contravenía sus funciones constitucionales, empleando el inmueble para actividades no cónsonas con el régimen de suelo productivo. Este mecanismo será adaptado como mecanismo punitivo cuando el Gobierno Colombiano del presidente César GAVIRIA TRUJILLO, dicta el Decreto 2790 de 1990, en el cual se creaba el denominado ESTATUTO PARA LA DEFENSA DE LA JUSTICIA para el orden público. Este Decreto tipificó por primera vez la extinción de dominio en el ámbito que se le conoce en nuestros días, sobre aquellos bienes incautados u ocupados en lo que se denominó la “jurisdicción de orden público” (SANTANDER ABRIL 2018, 71). Sin embargo, esta tipología primigenia de extinción de dominio solo operaba:

“(…) En realidad, se establecía una extinción de dominio para los casos de abandono de bienes o contumacia de los titulares de los derechos sobre bienes afectados, pues esta primera forma de extinción de dominio no se sustentaba en un presupuesto sustancial o causal, pues partía de una presunción tácita de que los bienes sobre los cuales recaía, habían sido incautados u ocupados por ser producto, medio o instrumento de algún delito de competencia de la jurisdicción de orden público, y atribuía la consecuencia jurídica de la extinción de dominio por el transcurso del tiempo y por la inactividad del interesado (…)” (SANTANDER ABRIL 2018, 71)

Nótese que más que una figura autónoma, su incorporación en estos primeros estadios del ordenamiento de extinción de dominio, lo ubicaba como una “consecuencia ante inactividad de la parte afectada”, es decir, operaba más cercano al concepto de prescripción extintiva a favor del Estado que como lo conocemos hoy en día como comprobación de la “licitud” de origen del bien. Tras varias décadas de evolución, es innegable que la extinción de dominio sirvió para mejorar la gobernabilidad en Colombia (MARTÍNEZ SÁNCHEZ 2016, 72).

En lo relativo a la Justicia Constitucional Colombiana, en específico, su Corte Constitucional, ha moldeado a lo largo de 30 años la extinción de dominio en la nación neogranadina. Por eso partimos por diferenciar a Colombia del resto de naciones, que más allá de haber sido quien introduce en su legislación (agraria) la extinción de dominio (1936), fue la primera que lo elevó a rango constitucional en 1991, otorgándole esta naturaleza de suprallegalidad.

En primer lugar, sería la Corte Constitucional de Colombia quien establecerá unos parámetros provisionales, sobre todo de carácter procesal, entre 1991 y 1996, antes de la aprobación de la primera ley sobre extinción de dominio (Ley 333 de 1996). Influirá la Corte en la aplicación y recta interpretación de este instrumento legal, así como, con la polémica Ley 793 de 2002

y sus modificaciones puntuales, hasta allanar el camino del actual Código de Extinción de Dominio de 2014, modificado en 2017.

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional establecerá las pautas y zanjará los puntos polémicos relativos a las tensiones con el derecho de propiedad y su diferenciación en cuanto al origen y atributos; valores y componentes. De igual forma, determinó la justicia constitucional, los fundamentos sobre la separación de la dimensión sustantiva de la adjetiva de la extinción de dominio. Son múltiples las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia que ha introducido variantes y rasgos característicos de la extinción de dominio. Sin embargo, la más emblemática decisión es la sentencia C-740 de fecha 28 de agosto de 2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*), sobre la cual, se ha erigido los precedentes del resto de sentencias del máximo intérprete judicial de la Constitución en la nación neogranadina.

En relación con el concepto de *actio in rem*, médula de la esfera procesal de la ED, tenemos:

“(...) es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreviniente a la adquisición, solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos. Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien se sabe que el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad (...)»

Esta sentencia también decidirá aspectos sobre las razones por las cuales se separa la noción de “ilicitud” de “punibilidad”, hasta el punto de fundamentar que:

“(...) el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social (...)” (subrayado nuestro).

Y prosigue la Corte en dicho fallo C-740, sobre el tratamiento de la retroactividad de la acción:

“(...) Tratándose de una acción constitucional orientada a excluir el dominio ilegítimamente adquirido de la protección que suministra el ordenamiento jurídico, no pueden configurarse límites temporales, pues el solo

transcurso del tiempo no tiene por qué legitimar un título viciado en su origen y no generador de derecho alguno. Mucho más si aún bajo el régimen constitucional anterior no fue lícita la adquisición del dominio de los bienes.

El supuesto según el cual sólo se pueden adquirir y mantener derechos procediendo de acuerdo con el ordenamiento jurídico y no contra él, impone que el dominio ilícitamente adquirido no pueda convalidarse en ningún tiempo, pues, de lo contrario, de fijarse plazos para el ejercicio de la extinción de dominio, para desvirtuar ese supuesto bastaría con mantener ocultos los bienes ilícitamente adquiridos por el tiempo necesario para la impropiedad de la acción, con lo que se legitimaría un título viciado en su momento originario. De allí que el Estado se halle habilitado para perseguir el dominio ilícitamente adquirido sin consideración a la época de la ocurrencia de la causal que lo originó, pues ello equivaldría a establecer un saneamiento no previsto por el constituyente (...)" (subrayado nuestro)

Son cientos de fallos, que por el contexto de este trabajo no vamos a ventilar sobre la jurisprudencia colombiana, sino, será en otro libro que estamos preparando sobre las grandes decisiones de la jurisprudencia latinoamericana sobre extinción de dominio.

2. *El programa de asistencia de las Naciones Unidas y la Ley Modelo de extinción de dominio*

En el mes de abril de 2011, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito publica la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio (LMEDO). Como producto de conocimiento, este texto se desarrolló en el marco del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe. Como indica su propia exposición de motivos, la LMEDO se construyó como una nueva herramienta práctica que facilita la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo, es decir, se enfocó hacia el verdadero espíritu de las acciones patrimoniales del decomiso sin condena: combatir la delincuencia económica 2.0.

La LMEDO recogió prácticamente la experiencia colombiana, desprendiéndola de aquellos elementos propios del sistema jurídico neogranadino para hacerlo más compatible con los Estados que abrazaran el proyecto. Como bien ha indicado la exposición de motivos, a lo largo de una década se ha ido actualizando "periódicamente", más que nada por la jurisprudencia constitucional en los países donde ha sido recibido.

Su estructura contiene nueve (09) capítulos, cada uno de ellos trasladados de la experiencia colombiana dominante como en doctrina se le conoce. El articulado recoge aspectos fundamentales de la extinción de dominio como es la definición de "actividad ilícita" que la identifica como "*toda actividad tipificada como delictiva*" y "*cualquier actividad que el legislador considere*

susceptible de aplicación de esta ley” (Art. 1, literal a. de la LMEDO). El número abierto responde también a la inspiración del único aparte del artículo 34 de la Constitución colombiana de 1991 que califica que todo aquello que implique “grave deterioro de la moral social”, legitima las acciones de extinción de dominio.

La LMEDO recoge los aspectos más polémicos de la extinción de dominio, como son la retroactividad, retrospectividad e imprescriptibilidad de la acción. Estos elementos, además de ser difíciles de asimilar en buena parte de los sistemas del *civil law*, son el mérito que facilita la efectividad y razón de existir de la extinción de dominio. De nada sirve contemplar un mecanismo constitucional de corrección patrimonial si éste no puede hacer su trabajo en cualquier tiempo, inclusive, antes de su entrada en vigor. Debemos recordar que la interposición de la denominada *excepción de retroactividad*, sólo opera para leyes punitivas que contemplan penas o sanciones.

Al respecto debo recordar que la extinción de dominio ni es una pena ni mucho menos una sanción, así, voces autorizadas la hayan calificada como confiscación sancionatoria (VERVAELE 1998, 67). La acción de extinción de dominio va dirigida hacia los bienes no hacia las personas, ni siquiera, contra los titulares aparentes.

Uno de los aspectos que fueron resaltados en las jornadas conmemorativas a la primera década de la LMEDO, fue una propuesta de conversión de “Ley Modelo” hacia “Protocolo de seguimiento de extinción de dominio”. Para el año 2011 cuando se aprobó el instrumento latinoamericano, apenas Colombia, Guatemala, Honduras y México poseían legislación de extinción de dominio. En septiembre de 2021, no tenían extinción de dominio Nicaragua, Costa Rica, Cuba, Haití, Panamá y Venezuela. Los casos de Brasil y Paraguay se excluyen por cuanto han decidido acogerse al régimen de los Acuerdos de Lenidad³¹. Para 2023, sólo Nicaragua, Costa Rica, Cuba, Haití y Panamá no contemplan legislación de extinción de dominio. Ante la cada vez más reducida lista de países sin el instituto, proseguir con una ley modelo sería más bien contraproducente, pues, implicaría mantener estancado el modelo de extinción de dominio en la fotografía de 2011 cuando se aprobó la LMEDO.

Aunque estamos contestes que la regulación probatoria corresponde más que a una ley modelo supranacional a la reserva legal de cada Estado, la jurisprudencia comparada latinoamericana a lo largo de 14 años, ha comprobado la necesaria incorporación en la extinción de dominio pues son una suerte de mecanismos de “*equilibrio procesal, que impide, por un lado, implementar*

³¹ Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio, *Los Acuerdos de lenidad en la lucha contra la corrupción*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana – Colección de Estudios Jurídicos n° 145, 2021).

un juicio sin las garantías al debido proceso, y por el otro, una efectividad probatoria necesaria ante la ausencia de una sentencia penal condenatoria” (AGUADO 2014, 41).

En este orden de ideas, relativa a ONUDC, en mayo de 2021 la Asamblea General de las Naciones Unidas exhortó a todos los países que integran su seno, para la aceptación e incorporación de las diferentes figuras de persecución patrimonial contra el enriquecimiento ilícito, tal como se puede leer en la Resolución de 28 de mayo de 2021³²:

“(…) 40. We will adequately address requests based on non-criminal proceedings, including civil, administrative non-conviction-based proceedings, as well as those related to information concerning unexplained assets held by public officials, where appropriate and consistent with domestic legal systems and applicable international obligations, with a view to, inter alia, strengthening global efforts to prevent corruption, sanctioning acts of corruption and corruption-related offences and recovering and returning proceeds of these offences in accordance with the Convention

47. We commit to using the available tools for asset recovery and asset return, in accordance with domestic law, such as conviction-based and non-conviction-based confiscation, as well as direct recovery mechanisms as outlined in chapter V of the Convention, and to sharing knowledge on and continuing to discuss and develop innovative modalities to clarify and improve mutual legal assistance processes in order to more efficiently advance asset recovery proceedings and render them more successful. We recognize that the best and most adequate use of each legal remedy must be determined by the competent authorities on a case-by-case basis and is dependent on domestic law requirements. (...)” (subrayado nuestro)

3. *Las variantes jurisprudenciales en América Latina y su propuesta alternativa y/o de oposición a la versión colombiana en contenidos sobre extinción de dominio*

La presencia de “modelos” sobre extinción de dominio ha permeado en América Latina. Si bien la versión dominante colombiana sigue influyendo en la construcción del instituto en nuestros países, ya se puede palpar voces “desafiantes” a la horma neogranadina. Inclusive, en 2021 aparecieron las primeras versiones negacionistas de algunos atributos característicos de la extinción de dominio, como es el caso de Ecuador y México, quienes no han

³² Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución A/S-32/L.1, Draft resolution submitted by the President of the General Assembly. Our common commitment to effectively addressing challenges and implementing measures to prevent and combat corruption and strengthen international cooperation*. Nueva York, 21 de mayo de 2021, párrafos 40 y 47.

eliminado la figura, pero, la han debilitado. También ocurrió en Venezuela con la sentencia número 315 de fecha 28 de abril de 2023 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Venezuela, al día siguiente de la sanción de la LOED, se apartó del núcleo duro y la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, otorgándole unos elementos que en nada se asocian con ninguno de los modelos estudiados, ni siquiera, con el modelo más restrictivo presente en la Directiva 2014/42/UE que analizamos cuando abordamos el decomiso sin condena en Europa. Sobre las otras posturas negacionistas, de especial significado, sobre algunos elementos sobre la extinción de dominio, tenemos el caso de Ecuador y México.

La CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, mediante un dictamen de fecha 17 de marzo de 2021 (N° 1-21-OP/21), con ponencia de la magistrada DANIELA SALAZAR MARÍN, declaró inconstitucional el carácter imprescriptible de la acción de extinción de dominio. En ese momento, la hoy vigente LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DEL ECUADOR era un proyecto que se sometía a controles previos de constitucionalidad. Al respecto, se pronunció sobre la imprescriptibilidad de la acción declarándola “inconstitucional”. Sin entrar a discutir sobre los métodos de interpretación constitucional empleados por la Corte Ecuatoriana, hemos encontrados algunas falencias propias de los razonamientos de la Corte y que valdría la pena exponer para el debate hacia el futuro de la institución bajo análisis, a los fines de precisar las razones por la cual se ha apartado de la tesis dominante colombiana. En resumidas cuentas, la sentencia arguye empleando *la falacia del accidente inverso*, cuando afirma que los tratados y convenciones internacionales no contemplan la imprescriptibilidad para el tratamiento de las acciones de penas y delitos (sic). Pues bien, la extinción de dominio ni es una pena ni mucho menos un delito, como tantas veces hemos explicado a lo largo del presente estudio, por lo que lógicamente la Corte estaría realizando una generalización apresurada sin percatarse sobre la categoría diferenciada y consolidada a lo largo de 3 décadas de la *extinción de dominio*.

Sobre el caso mexicano, la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, en sentencia de fecha 09 de diciembre de 2021³³, se pronunció anulando algunos dispositivos de la Ley Federal mexicana sobre extinción de dominio, pero, sin argumentar como lo hizo Ecuador. A diferencia de su par ecuatoriano, la Suprema Corte Mexicana no entró a dilucidar con falacias (presentes en el fallo ecuatoriano como estudiamos en las líneas precedentes, sobre todo, la *falacia del accidente inverso* y la *ad homines circunstancial*) sino que centró su atención en la denominada

³³ Expediente 100/2019 introducido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Estados Unidos Mexicanos.

“voluntad del constituyente” y la extensión sobre cuáles bienes pudieran calificarse como “lícitos” de los “ilícitos”. Advirtió la Suprema Corte Mexicana que la única vía para que el legislador ordinario pudiera establecer que una disposición normativa infraconstitucional sea imprescriptible y retrospectiva, es si el propio constituyente, de forma expresa, así lo permite o lo prescribe. En pocas palabras, México asume la posición histórica de su par, la SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA en relación con el *textualismo* al momento de revisar las acciones de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos infraconstitucionales.

Los tres casos de la jurisprudencia constitucional de Ecuador, México y Venezuela, responden a la misma línea negacionista de elementos inherentes de la extinción de dominio, los cuales, en la actualidad, colocan a estas jurisdicciones en contravía de la versión dominante, que como estudiamos, se corresponde a Colombia. No queremos formular un juicio valorativo sobre si están estos tres países en la dirección correcta como para otorgarle al instituto una nueva connotación que está ausente en los diferentes modelos de decomisos sin condena y extinción de dominio analizados a lo largo del presente artículo.

IV. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE DECOMISO SIN CONDENA Y EXTINCIÓN DE DOMINIO EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA. LA CONFIGURACIÓN DE MODELOS ESPECIALIZADOS

Ya pudimos comprobar que no existe una “única” concepción sobre la extinción de dominio, así como tampoco del decomiso sin condena. Existen variados modelos que han venido perfilándose desde 1996 cuando se reajustan las versiones originales en sus dos grandes ramas. Esto implicó un antes y un después desde ese año, pues, hasta nuestros días, los modelos siguen modificándose, replanteándose, e inclusive, mutándose. Con el Decomiso sin condena y el *Non-Conviction Based*, tanto el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS³⁴ como lo estudiamos en las páginas que preceden, y sus reservas a nivel de doctrina de las más diversas ramas donde incide el decomiso sin condena, observamos una tendencia inagotable hacia aspectos más allá de los originalmente propuestos por el propio TEDH, como es, la delincuencia económica 2.0.

La CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS³⁵ también hizo lo propio en 1996, estableciendo nuevas coordenadas para reforzar la aplicación del

³⁴ *Welch v. Reino Unido* (09.02.1995) y *Air Canada v. Reino Unido* (05.05.1995). En esta última existen varios votos salvados que indican las diferentes posturas que a nivel de doctrina, sobre todo la reserva, siempre ha existido con relación al decomiso sin condena.

³⁵ *United States vs. Ursery*, 518 U.S. 267, de fecha 24 de junio de 1996.

modelo histórico angloamericano. En el caso de la extinción de dominio, Colombia aprobó la primera ley especial sobre esta materia en ese mismo año, modificando el sabor original penal que había adquirido durante la aplicación no sólo del régimen de excepción, sino de las disposiciones especiales concentradas en el Código de Procedimiento Penal de 1991.

Tras este año crucial para las dos ramas de decomisos civiles, cada país ha asumido una variante, aportando muchas veces elementos que no fueron contemplados en las ideas originales. Sin embargo, debemos reconocer el esfuerzo de las Naciones Unidas como órgano que ha buscado armonizar al instituto, pues, e innegable que tanto la UNCAC 2003 como la LMEDO 2011, son textos normativos que sirven como referentes, o inclusive, límites ante la tentación de los Estados por transformar a la extinción de dominio o el decomiso sin condena en una suerte de “fórmula mágica” o “panacea” con la cual se resuelve lo que jurídicamente pudiera considerarse un maxi nudo gordiano. Como bien ha advertido el profesor SANTANDER ABRIL (2017, 431), no podemos dejar que siga creciendo ese sabor de “*instituto multipropósito del cual se abusa*”.

A pesar de estos atropellos, América Latina ha abrazado con rutilantes éxitos a la extinción de dominio. Esta readaptación de lo que alguna vez fue producto exclusivo de la Corte Constitucional de Colombia, más específicamente de la ejemplar sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003, ha generado un sistema propio de extinción de dominio. Ejemplos claros los encontramos en Honduras, El Salvador y Guatemala, con la existencia de sentencias ejemplificantes de sus Cortes Constitucionales realizando aportes originales, como, por ejemplo, la denominada “presunción de ilicitud”³⁶.

El caso del Perú y la extinción de dominio introducida en 2019 ha saltado más allá de lo predecible. Sentencias emblemáticas de esta jurisdicción pueden en este momento calificarse como la más activa de América Latina en cuanto al instituto. La jurisdicción peruana en este momento es una de las más activas. Posee un subsistema orgánico de tribunales a lo largo de su geografía, donde inclusive, puede consultarse las sentencias vía *web-site* especializado³⁷. Esta especialización, sumada a la formación permanente de jueces y fiscales, han colocado en la nación inca una lupa por sus innumerables éxitos tras varias décadas de fracaso de la jurisdicción penal para esclarecer casos de corrupción sistemáticamente

³⁶ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, sentencia de fecha 14 de noviembre de 2013 (caso *Christopher Reyes Gómez y Ana María Hernández Cambar Vs. Decreto Legislativo n° 27-2010 contentivo de la Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito*).

³⁷ Poder Judicial del Perú. *Subsistema nacional de extinción de dominio*: <https://extinciondedominio.org/web/>

organizada³⁸, o el más relevante, sobre la financista de la organización terrorista “Sendero Luminoso”³⁹.

Argentina también ha sido un ejemplo sobre tesis desafiantes de la extinción de dominio, a pesar de aprobarse el instituto bajo una fuente heterodoxa como fue un Decreto de Necesidad y Urgencia⁴⁰ (Decreto de estado de excepción) que estableció un “Régimen procesal” para la extinción de dominio. La nación austral, a pesar de sólo aprobar normas de corte adjetivo para el instituto, ha sido el único país que ha reformado reglas del Código Civil (en Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, en específico, artículo 1907) relativo a los bienes, ratificando la naturaleza “especial, no penal” del instituto.

En cuanto a su jurisprudencia, existen decisiones emblemáticas que retan a la versión colombiana, sobre todo, en lo que respecta al concepto de “retrospectividad” que más allá de la concepción suficientemente explicada en las páginas que preceden sobre la no consolidación del derecho de propiedad cuando se ha obtenido el bien por fuentes “ilícitas”, la justicia de extinción de dominio argentina introduce la *tesis de la reprochabilidad de la conducta del titular aparente*⁴¹.

La incorporación más reciente en un instrumento legislativo sobre la extinción de dominio ha operado en Chile. En el nuevo dispositivo de la Ley 21.575, se modificó el artículo 4 de la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de drogas reforzando a la extinción de dominio en esta materia.

Otra jurisdicción que se encuentra en formación, dada la peculiaridad de la *vacatio legis* aprobada⁴², ha sido República Dominicana. Desde el año pasado se ha venido trabajando en la formación intensiva y completa de los fiscales y

³⁸ Véase Solórzano, Oscar. “Un caso histórico de recuperación de activos pone a prueba la legislación peruana de extinción de dominio”, en: *Basel Institute on Governance*, Basilea, 1 de agosto de 2019, véase: <https://baselgovernance.org/blog/un-caso-historico-de-recuperacion-de-activos-pone-prueba-la-legislacion-peruana-de-extincion>

³⁹ En efecto, gracias a la extinción de dominio, se logró uno de los más rutilantes éxitos de la justicia contra el terrorismo en América Latina. Hacemos referencia al caso *Evans (La Monja)*. Véase Solórzano, Óscar. *Estudio de caso: La Monja. Decomisando los activos de la organización terrorista Sendero Luminoso*, (Basilea: Basel Institute of Governance, 2021): 3-4.

⁴⁰ Decreto de Necesidad y Urgencia número 62/2019, que aprueba el *Régimen procesal de la Acción de Extinción de Dominio*, publicado en el Boletín Nacional de la Nación Argentina de fecha 22 de enero de 2019.

⁴¹ Véase Sentencia de fecha 05 de febrero de 2021, del Tribunal de Gestión Asociado en lo Tributario de la Provincia de Mendoza.

⁴² El artículo 107 de la *Ley número 340-22 que regula el Proceso de Extinción de Bienes Ilícitos*, publicada en la Gaceta Oficial de la República Dominicana, número 11076 de fecha 29 de julio de 2022, estableció doce meses de *vacatio legis* mientras se habilita el presupuesto correspondiente, adecúan tribunales, se especializan el personal y a la ciudadanía.

jueces de extinción de dominio. Un dato muy especial en esta ley viene a representar el papel de la ciudadanía, donde, se debe necesariamente difundir un proceso de defensa a la adquisición “lícita” de toda propiedad o patrimonio.

Todo apunta hacia una diversificación de modelos de decomisos sin condena o de extinción de dominio “expansivas”, lo que como ha ocurrido, ha traído innumerables problemas sobre el “rebasamiento del instituto” partiendo del hecho sobre el cual originariamente fue construido: la delincuencia económica 2.0.

1. *La ramificación y transformación no cónsona con el instituto*

Como pudimos exponer de forma sintáctica, los modelos de decomiso y de extinción de dominio han rebasado sus naturales límites hasta aspectos no plausibles del mismo. Si se estuviera calificando al instituto bajo análisis desde la óptica del Derecho penal sería lo que en doctrina califican como “norma penal en blanco”. Pero, recalamos que la extinción de dominio o el decomiso sin condena no son ni una sanción ni una pena. Por ello, no puede aplicarse el concepto, aunque exista la tentativa de hacerlo.

Por ejemplo, se está empleando para sancionar la elusión fiscal. La empresa a la que se compruebe su participación en elusión fiscal se decomisa sus propias acciones a favor del Estado para luego pasarla a subasta. Este caso y otros han sido motivos de preocupación por la creciente y cada vez más adictiva utilización del decomiso sin condena en ámbitos no naturales a su esencia de creación.

El otro caso de transformación y desviación del objeto analizado en este estudio está vinculado a la persecución patrimonial por motivos de “disidencia política” o protesta. El caso más palpable ocurrió en Colombia en 2021, con motivo a los bloqueos generalizados (Paro Nacional) como reacción de ciertos sectores a las reformas fiscales de 2020 y 2021⁴³. Se llegó a equiparar a la protesta como “actividad ilícita”, debido al concepto jurídico indeterminado presente en el artículo 31 de la Constitución de Colombia de 1991, como es el “(...) *grave deterioro de la moral social* (...)”. En una sociedad que se hace más plural, el estándar sobre lo que es una moral social promedio tiende a ser extremadamente elástico, más amplio si dicha sociedad es más tolerante con relación a los valores asumidos o generados por grupos que históricamente han sido minoritarios, como es el caso de minorías étnicas, el LGTBQ+ y otros con margen comunicacional amplio.

⁴³ “Paro Nacional: ¿Extinción de dominio contra carros que bloqueen vías?”. En: *Diario El Espectador*, Bogotá, edición del 07 de mayo de 2021, consulta: <https://www.elespectador.com/judicial/paro-nacional-extincion-de-dominio-en-contra-de-carros-que-bloqueen-vias-article/>

Estas protestas de 2021 involucraron la extinción de dominio de los vehículos que participaron en la misma, alegándose que contribuían al “pánico económico”⁴⁴. Otro caso también polémico sobre la aplicación de la extinción de dominio está relacionado a las personas implicadas en fraudes electorales⁴⁵. Y la lista sigue ampliándose, para lo cual, es necesario seguir profundizando en el estudio de la extinción de dominio a los fines de generar las correspondientes contramedidas para reducir estos efectos colaterales.

2. Medidas para la cooperación internacional. ODCE y GAFI.

A nivel internacional ya hicimos referencia a ONUDC y su programa de asistencia con la LMEDO. Igual a la Asamblea General de la ONU con UNCAC 2003. Sin embargo, vale la pena traer a colación lo propuesto desde 1990 por el grupo GAFI⁴⁶. Uno de los más acuciantes problemas detectados por los organismos multilaterales de cooperación y desarrollo -como también es la ODCE- tales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y otros organismos de financiamiento a los Estados, proviene del término “puertas giratorias”.

Esto implica que buena parte de los créditos-puente, ayudas, subsidios y otras formas de inyección de dinero a los Estados, gira nuevamente hacia el sistema financiero, pero esta vez, como producto de la corrupción. Por ello una de las condiciones impuestas a los Estados para recibir esta ayuda, además de contribuir con la transparencia del sistema financiero internacional, se encuentra en la aprobación de los beneficiarios de legislación relativa a decomiso sin condena o extinción de dominio. La Recomendación número 4 del GAFI es categórica:

“(…) RECOMENDACIÓN 4. DECOMISO Y MEDIDAS PROVISIONALES.

Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo

⁴⁴ “Fiscalía aplicará extinción de dominio a camiones que bloqueen vías”, En: *Radio Caracol*, edición del 06 de mayo de 2021, consulta: https://caracol.com.co/radio/2021/05/07/judicial/1620351690_794651.html

⁴⁵ Al respecto, sobre las prácticas de compra de votos y fraude electoral en Colombia, véase Oquendo, Catalina. “Compra de votos. Una práctica sofisticada y enraizada en Colombia”, en *Diario El País*, Madrid, Edición de 12 de marzo de 2022, consulta: <https://elpais.com/internacional/2022-03-12/compra-de-votos-una-practica-sofisticada-y-enraizada-en-colombia.html>

⁴⁶ Grupo de Acción Financiera Internacional contra el Blanqueo de Capitales. Se funda en la 15th reunión de Jefes de Estado y Gobierno del G-7, en París (14-16 de junio de 1989).

medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente.

Estas medidas deben incluir la autoridad para: (a) identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas.

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

Nota Interpretativa de las recomendaciones 4 y 38 (decomiso y medidas provisionales)

Los países deben establecer mecanismos que permitan a sus autoridades competentes manejar con eficacia y, cuando sea necesario, disponer de, los bienes que se hayan congelado o embargado, o que hayan sido decomisados. Estos mecanismos deben ser aplicables tanto en el contexto de procesos internos, como siguiendo peticiones emanadas de otros países (...). (subrayado nuestro).

Esta recomendación se monitorea a nivel global para verificar que su cumplimiento sea efectivo según los parámetros internacionalmente aceptados y no mediante una suerte de adopción para hacer fraude a la extinción de dominio. Por ello, no basta que un Estado apruebe una ley bien acabada sobre decomiso sin condena o de extinción de dominio para que luego se establezcan “malas prácticas” o sea empleado para la violencia política o retaliaciones por diferentes órdenes, sobresaliendo, las ideológicas (JIMÉNEZ y URBINA 2021, 42-52).

V. RECAPITULACIÓN: UN INSTITUTO CREADO PARA UN PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE Y UN MINISTERIO PÚBLICO NO INQUISITORIAL

Hemos revisado las consideraciones generales, en síntesis, sobre las dos vías de persecución patrimonial ensayadas en los últimos dos siglos,

motivado a ilícitos de diversa naturaleza. Como apuntamos, tanto el decomiso sin condena como la extinción de dominio son conceptos sinónimos con unas diferencias mínimas con relación a su fuente, naturaleza, alcance y ámbito geográfico. Sin embargo, la consecuencia jurídica es similar: la pérdida de la propiedad del titular aparente de los bienes por origen o disposición ilícita.

Revisamos que ambos conceptos no se circunscriben a una única mecánica de aplicación, sino que, a lo largo de los últimos 35 años, se han venido configurando modelos específicos, cada uno más objetivo que otro en relación con lo que debe entenderse como “ilícito”. Estos modelos han sido introducidos y moldeados, desde el Derecho angloamericano, por los máximos tribunales constitucionales de los Estados, así como, del propio TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Su normalización (estandarización) viene dado con UNCAC 2003 (para el decomiso sin condena) y la LMEDO 2011 (para la extinción de dominio), que, increíblemente, las formas de su aplicación también han sufrido ramificaciones no estimadas en su proyección original. La complejidad de ambos conceptos, como pudimos analizar, así como la cada vez más tentativa de emplearlos en áreas para los que no fueron diseñados, nos lleva a la conclusión que sólo un poder judicial independiente y bien formado, así como un Ministerio Público sin mentalidad inquisitorial; son las garantías para que un arma tan letal contra los patrimonios ilícitos sea aplicada bajo la óptica de buenas prácticas y no menoscabe derechos fundamentales.

La CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS ha rechazado las demandas por la extinción de dominio, lo cual no obsta, que pueda condenarse por su errónea aplicación o extralimitación de los Estados por su desnaturalización o propósitos de “venganza” en los diferentes procesos judiciales que lleve a cabo dicho Estado relativos a la extinción de dominio, y fuera de América Latina, de decomisos sin condena. Es más, existe un caso intrínseco con Venezuela⁴⁷, donde la Corte Interamericana ha recalcado:

“(…) El marco conceptual y normativo de las obligaciones internacionales en la lucha contra la corrupción, por su parte, marca ciertas pautas de conducta para los Estados en la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En esos instrumentos se ha precisado obligaciones que no se limitan al camino de procesos penales para combatir conductas relacionadas con el fenómeno de la corrupción (...)” (subrayado nuestro)

⁴⁷ Caso: *Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela*, sentencia de fecha 01 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233), el párrafo 11 del voto concurrente del Magistrado Diego García-Sayán.

“No se limitan al camino de procesos penales”. Esta oración debe internalizarse de cara a la gravedad de la delincuencia económica, pues, la estrategia únicamente penal luce siempre insuficiente. Ahora bien, para concluir, cito el voto salvado de los Magistrados MARTENS y RUSSO del TEDH, del tantas veces citado (Vervaele 1998, 80) caso *Air Canada vs. Reino Unido* (1995):

“(…) La confiscación de un bien a título de sanción, no es tolerable. La confiscación a título de sanción sin que el propietario pueda invocar su inocencia invierte el justo equilibrio entre la protección del Derecho respecto de los bienes, y las exigencias del interés general. Como consecuencia de la reciente ola de legislaciones con tendencia a privar a los criminales del producto de sus crímenes, es tanto más necesario mantener firmemente este principio: la experiencia nos ha enseñado que, en su lucha contra la criminalidad internacional, los Estados no se mantienen siempre dentro de los límites fijados por la Convención (...)” (subrayado nuestro)

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, T., “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, 2014.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolución A/S-32/L.1, Draft resolution submitted by the President of the General Assembly. Our common commitment to effectively addressing challenges and implementing measures to prevent and combat corruption and strengthen international cooperation*. Nueva York, 21 de mayo de 2021
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA. *Resolución 2218, 2018: fighting organised crime by facilitating the confiscation of illegal assets*, n° 6.
- BIALOSTOSKY, S. “La lucha del Derecho romano contra la corrupción de los funcionarios públicos. Crimen repetundarum”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Vol. 58, n° 250, 2008.
- BLANCO CORDERO, I. “Hacia un modelo de Decomiso sin condena en la Unión Europea”, en *Of Sword and Shields: Due process and crime control in times of globalization. Liber Amicorum prof. Dr. J.A.E. Vervaele*, ed. por Luchtman, M. Eleven International Publishing, 2023.
- “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 19-16, 2017.
- BREWER-CARIAS, A. R., “Confiscación, comiso y extinción de dominio: Comentarios a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de 28 de abril de 2023, particularmente sobre su fundamento constitucional y sobre algunas de sus incongruencias inconstitucionales”. Nueva York, 2 de mayo de 2023, acceso el 2 de mayo de 2023, <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/05/A.-B.-Brewer->

- Carias-Comentarios-a-la-Ley-de-Extincion-de-domino-y-sus-incongruencias-in-constitucionales-2023.pdf
- COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, Bruselas, SWD (2019) 1050 final, 2019.
- COMISIÓN EUROPEA: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y Consejo de Europa sobre recuperación y comisos de activos*, Bruselas, COM/2020/217/final, n° 19, 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, Caso: *Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela*, sentencia de fecha 01 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233.
- ECONOMIC CRIME AND COOPERATION DIVISION. CONSEJO DE EUROPA. *The use of non-conviction based seizure and confiscation*, Bruselas, Octubre de 2020.
- GREENBERG, T.; SAMUEL, L.; GRANT, W. y Gray, L., *Recuperación de activos robados. Guía de buenas practicas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 2009.
- JIMÉNEZ TAPIA, R. S. y URBINA MENDOZA, E.J., *Los Acuerdos de lenidad en la lucha contra la corrupción*, Editorial Jurídica Venezolana – Colección de Estudios Jurídicos n° 145, 2021a.
- *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, Ediciones Olejnik, Biblioteca de Derecho Penal y Procesal Penal, 2021b.
- *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 3, 2020.
- JORGE, G., *La recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, 2008.
- LITTLE, R. B., “United States v. Ursery and the abrupt end to the extension one double jeopardy protections to civil forfeitures”, *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 2, n° 1, 1996.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, W. “Extinción de dominio, derecho de propiedad y competitividad económica”, en *Debates contemporáneos sobre la propiedad*, ed. por Manuel Alberto Restrepo Medina, Ediciones de la Universidad del Rosario, 2021.
- *La extinción de dominio en el posconflicto colombiano. Lecciones aprendidas de Justicia y Paz*, Ministerio de Justicia y del Derecho-Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2016.
- “La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia”, en *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. y VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional”, *Estudios penales y criminológicos*, N° 38, 2018.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “Decomisa que algo queda como estrategia dominante e influyente en los sistemas penales para poner freno a la sociedad incivil”, en *Derecho y proceso. Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, 2018.
- “Corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Ediciones de la Universidad del Rosario, 2011.

- SANTANDER ABRIL, G. “Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causales extintivas”, tesis de maestría en Derecho penal, Universidad Santo Tomás de Aquino y Universidad de Salamanca, 2018.
- “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Ediciones de la Organización de Estados Americanos, 2017.
- “La nueva estructura del proceso de extinción de dominio”, en *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015.
- SEPÚLVEDA, R. Y SÁNCHEZ, D, “Polémicas demandas contra Colombia en la CIDH por extinción de dominio”, *Diario El Tiempo*, Bogotá, edición de fecha 15 de marzo de 2020, consultada el 20 de marzo de 2020, en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/colombia-demandada-ante-la-cidh-para-devolver-bienes-expropiados-472842>
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Euro Editores, 2011.
- SOLÓRZANO, O., *Estudio de caso: La Monja. Decomisando los activos de la organización terrorista Sendero Luminoso*, Basel Institute of Governance, 2021.
- SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *United States vs. Ursery*, 518 U.S. 267, 24 de junio de 1996.
- URBINA MENDOZA, E.J. “La justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina. Una alta lección para su configuración en Venezuela, a propósito, de la sentencia 315 de 28.04.2023 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, Caracas, 2023. puede consultarse en: https://www.academia.edu/101351221/La_Justicia_constitucional_y_la_extincion_de_dominio_Comentarios_y_observaciones_sentencia_315_SCTSJ
- VERVAELE, J.A.E, “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?”, *Revista Penal*, n° 2, 1998.

Jurisprudencia

DESINFORMACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: EL
BLOQUEO EUROPEO DE CANALES RUSOS ANTE LA
INVASIÓN DE UCRANIA A LA LUZ DE LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (GRAN SALA)
DE 27 DE JULIO DE 2022, T-125/22,
RT FRANCE C. CONSEJO DE LA UE

*Disinformation and freedom of expression: invasion of
Ukraine and the European blocking of Russian channels in
the light of the Judgment of the General Court (Grand
Chamber) of 27 July 2022, T-125/22,
RT France v. Council of the EU*

Lorena Tristante Pellicer

Máster en Derecho Europeo (LLM) del Colegio de Europa. Brujas

Germán M. Teruel Lozano

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Murcia

<https://doi.org/10.18543/ed.2936>

Recibido: 26.06.2023

Aceptado: 17.11.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Resumen

Ante la invasión de Rusia a Ucrania el pasado 24 de febrero de 2022, la Unión Europea ha adoptado sanciones a gran escala y sin precedentes contra Rusia. Entre las sanciones impuestas, la Unión Europea se ha blindado contra la desinformación rusa, bloqueando los canales de difusión rusos Russia Today y Sputnik, lo que supone una grave injerencia en el derecho a la libertad de expresión. El objeto de este

artículo es analizar de forma crítica la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, T-125/22, *RT France c. Consejo de la UE*, que ha confirmado la legitimidad de la medida adoptada por el Consejo, validando el bloqueo de los canales rusos, desde la perspectiva de la protección de la libertad de expresión en Europa.

Palabras clave

Libertad de expresión; desinformación; sanciones; invasión de Ucrania.

Abstract

In the aftermath of Russia's invasion of Ukraine on the 24th of February 2022, the European Union has adopted large-scale and unprecedented sanctions against Russia. Among the sanctions imposed, the European Union has shielded itself against Russian disinformation by blocking the Russian broadcasting channels Russia Today and Sputnik. The decision represents an interference in the right to freedom of expression. This article critically analyzes the Judgment of the General Court of the European Union (Grand Chamber) of 27 July 2022, T-125/22, *RT France v. Council*, which has confirmed the legitimacy of the measure adopted by the Council, validating the blocking of the Russian channels, according with the freedom of expression in Europe.

Keywords

Freedom of expression; disinformation; sanctions; invasion of Ukraine.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PREVISIÓN LEGAL DE LA MEDIDA: ¿MERA CONSTATACIÓN DE UNA BASE JURÍDICA O EXIGENCIA DE UNA COBERTURA LEGAL “PREVISIBLE” PARA LA RESTRICCIÓN? III. SOBRE EL CONTENIDO PROTEGIDO POR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA INJERENCIA EN SU NÚCLEO ESENCIAL DEL BLOQUEO DE LOS CANALES RUSOS. IV. EL FIN LEGÍTIMO: ¿PROTEGER LA OPINIÓN PÚBLICA EUROPEA O PRESIONAR A RUSIA? V. LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS O SU DUDOSA NECESIDAD EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. 1. Sobre la relevancia y pertinencia de los motivos invocados. 2. Sobre la adecuación y necesidad de las medidas. 3. Sobre su proporcionalidad en sentido estricto y la ponderación última de los intereses en juego. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Más de un año después, la invasión de Rusia a Ucrania continúa¹. Una guerra entre Europa y Rusia, por mucho que no se haya declarado formalmente como tal, la cual se está librando en distintos frentes, uno de los cuales es el informativo, la batalla de la opinión pública. Algo que no es nuevo: la propaganda de guerra y la desinformación han sido armas en todo conflicto bélico, tanto para enardecer a los propios como para minar la moral del contrario.

Y, precisamente frente a la desinformación rusa, la Unión Europea decidió blindarse bloqueando dos de sus principales canales de difusión; Russia Today y Sputnik. Lo anunció la Presidenta de la Comisión Europea ante el Parlamento Europeo² y, con el tercer paquete de medidas restrictivas de la UE contra Rusia, se concretó jurídicamente a través de un reglamento y de una decisión del Consejo de 1 de marzo de 2022³, en virtud de los cuales:

¹ No se obvia que ya en 2014, Rusia se anexionó ilegalmente la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol, si bien, fue el 24 de febrero de 2022 cuando el Presidente de la Federación rusa anunció una operación militar a gran escala en Ucrania, comenzando ataques en todo el país. Hechos que han sido condenados por la Comunidad Internacional. Puede verse el relato que queda descrito en los Antecedentes del litigio en la Sentencia del Tribunal General (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, T-125/22, RT France c. Consejo de la UE.

² Las declaraciones de la Presidenta von der Leyen sobre las medidas para responder a la invasión rusa de Ucrania pueden consultarse en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_1441

³ Decisión (PESC) 2022/351 del Consejo, de 1 de marzo de 2022, por la que se modifica la Decisión 2014/512/PESC relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DO 2022, L 65, p. 5), y del Reglamento (UE) 2022/350 del Consejo, de 1 de marzo de 2022, por el que se modifica el Re-

“Queda prohibido a los operadores difundir, permitir, facilitar o contribuir de otro modo a la emisión de cualquier contenido [Russia Today y Sputnik], incluso mediante transmisión o distribución por cualesquiera medios tales como cable, satélite, IP-TV, proveedores de servicios de internet, plataformas o aplicaciones de intercambio de vídeos en Internet, ya sean nuevas o previamente instaladas”. Y se añade la suspensión de cualquier licencia o autorización de radiodifusión o cualquier acuerdo de transmisión o distribución.

La literalidad del precepto da buena prueba de la amplitud de la medida, ayuna, además, de cualquier género de garantías: se bloquean estos medios de forma radical y absoluta. Sin otros matices más allá del entender que la medida es temporal. Un bloqueo que se extiende a todas las vías de difusión: radio, televisión, plataformas de internet.

Tanto es así que la Comisión Europea remitió una comunicación⁴ (informal) a operadores digitales advirtiéndoles a los buscadores de Internet de que debían bloquear cualquier enlace a estos medios y a los contenidos que los mismos pudieran difundir en el ámbito de la UE, bajo la premisa de que el acceso en Internet al contenido de los medios bloqueados comprometería la eficacia del bloqueo en televisión y radio. Y las redes sociales debían hacer lo propio con las cuentas y los *posts* (incluidos los de individuos que reprodujeran contenidos de RT y Sputnik), aunque ello comportara introducir medidas de monitoraje y filtrado en principio vedadas como regla general por el Derecho europeo.

Algunas redes sociales incluso han ido más allá y, de acuerdo con sus políticas contra la desinformación, han censurado propaganda rusa sin importar quién las difundía, aunque fueran noticias de medios de comunicación rigurosos. Entre estos pupilos aventajados destaca Youtube que, por ejemplo, ha censurado las declaraciones del Ministro de Asuntos Exteriores de Rusia donde negaba la invasión de Ucrania, por considerar que violaban su política sobre discurso del odio, que incluye la negación de hechos violentos documentados.

Ante estas decisiones tan drásticas surge espontáneamente la duda: ¿hasta qué punto estas medidas son compatibles con la libertad de expresión? ¿Es la guerra una excusa que justifique límites tan radicales al ejercicio de una libertad fundamental? ¿Podemos considerar que los discursos que justifican acciones bélicas pueden suponer una suerte de propaganda de la guerra

glamento (UE) n.º 833/2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DO 2022, L 65, p. 1).

⁴ Puede consultarse la comunicación en https://lumendatabase.org/file_uploads/files/5061360/005/061/360/original/6-9267000032260.pdf?1646430529&access_token=w6YC_Vjutt85UvZMLExMag

prohibida? ¿Hasta qué punto puede exigírsele a un medio de comunicación neutralidad en el tratamiento de un hecho de interés general?

Pues bien, a lo largo de este trabajo trataremos de dar respuesta a estas preguntas, partiendo de una lectura crítica de la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, T-125/22, RT France c. Consejo de la UE, que ha confirmado la legitimidad de la decisión adoptada por el Consejo. A tales efectos, seguiremos el esquema argumental de la propia sentencia que ha cotejado la compatibilidad de las restricciones con la libertad de expresión reconocida en el art. 11 de la CDFUE (dejando fuera de análisis otros aspectos de interés que también se abordan en la misma)⁵. En concreto, para enjuiciar la limitación a la libertad de expresión, el Tribunal General ha estudiado cuatro requisitos: primero, que estuviera “establecida por ley”, entendiéndose por tal que la medida dispusiera de una base legal en el marco del Derecho de la Unión; segundo, que respetara el contenido esencial de la libertad de expresión; tercero, que respondiera de forma efectiva a un objetivo de interés general reconocido por la Unión; y, cuarto, que se tratara de una medida proporcionada (§ 145). En definitiva, como reconoce el propio Tribunal General en la sentencia, para valorar la injerencia en la libertad de expresión ha optado por recurrir a un test que se corresponde “esencialmente” con el triple test de Estrasburgo (§ 146).

Más allá, antes de entrar en el análisis de esta sentencia, conviene realizar dos advertencias previas adicionales a lo ya dicho. Por un lado, debe reconocerse que nos encontramos ante un caso “difícil” y, como es sabido, “*hard cases make bad law*”. Y su dificultad reside precisamente en el contexto bélico que justifica la adopción de la decisión. De ahí que las primeras preguntas que nos hacíamos se centraran en esta cuestión. Porque, por mucho que las situaciones de crisis tiendan a justificar límites más extensos a nuestras libertades fundamentales, en un Estado de Derecho no podemos asumir sin más el principio *salus populi suprema lex est*.

Y, por otro lado, en relación con ello, debe advertirse cómo la tendencia regulativa actual en el seno de la Unión Europea se orienta a reconocer amplias facultades a órganos ejecutivos en el control de la libertad de expresión ante situaciones críticas. Así se observa, en particular, en la redacción definitiva de la Digital Services Act, que reconoce unos poderes exorbitantes a la Comisión Europea para afrontar “crisis”, entendiéndose por tales cuando “se produzcan circunstancias extraordinarias que den lugar a una amenaza

⁵ En particular, el Tribunal General de la UE analiza también en esta sentencia la compatibilidad de las medidas con el derecho de defensa, tanto en relación con el derecho a ser oído en todo procedimiento, como con la suficiencia de la motivación; y con la libertad de prensa.

grave para la seguridad pública o la salud pública en la Unión o en partes significativas de esta” (art. 36.2 DSA)⁶.

De ahí que sea especialmente pertinente indagar sobre los límites a una libertad que se reconoce como “uno de los fundamentos esenciales de [una sociedad democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”⁷, aun en situaciones extremas o críticas.

II. LA PREVISIÓN LEGAL DE LA MEDIDA: ¿MERA CONSTATACIÓN DE UNA BASE JURÍDICA O EXIGENCIA DE UNA COBERTURA LEGAL “PREVISIBLE” PARA LA RESTRICCIÓN?

El primer problema que plantea la restricción adoptada por el Consejo, a través de dos actos no legislativos del mismo, como ya se dijo, se relaciona con su base legal. Algo que suscita dos cuestiones que conviene distinguir: la primera sería si el Consejo era competente para adoptar tales actos de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea (es decir, si las decisiones gozaban de base jurídica suficiente), o si, por el contrario, corresponde a las autoridades reguladoras nacionales la adopción de sanciones a medios de comunicación audiovisual. La segunda cuestión sería si la cobertura legal que ha justificado la adopción de las medidas satisface las exigencias de calidad, en particular en relación con su previsibilidad, que se exigen para restringir una libertad fundamental.

⁶ Esta modificación del Digital Services Act fue influenciada precisamente por la situación con Rusia y ha recibido fuertes críticas por parte de varias organizaciones debido las restricciones que supone para la libertad de expresión. A este respecto, véase la declaración pública en respuesta a la modificación del Digital Services Act firmada por la red EDRI en <https://edri.org/wp-content/uploads/2022/04/EDRI-statement-on-CRM.pdf>

⁷el mismo modo, la propuesta de Ley Europea de Libertad de Medios de Comunicación pretende revisar la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, sustituyendo el Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA) por el Comité Europeo de Servicios de Medios de Comunicación, al que ha dotado de “un ámbito de actuación más amplio y de funciones adicionales”. Dicho Comité coordinará las medidas nacionales cuando las actividades de los prestadores de servicios de comunicación establecidos fuera de la Unión que se dirigen a audiencias de la Unión “entrañen un riesgo serio y grave de perjudicar a la seguridad pública y a la defensa” (art. 12.k), puesto que se entiende que la cooperación a nivel europeo es necesaria para “contrarrestar las amenazas contra la seguridad pública y la defensa que planteen los servicios de medios de comunicación situados fuera de la Unión”, sin perjuicio de las competencias que el art. 215 TFUE confiere a la UE.

⁷ STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto Handyside c. Reino Unido, apl. n.º 5493/72 [traducción propia].

Así las cosas, por lo que hace a la primera de las cuestiones, las decisiones adoptadas identifican su base jurídica en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común, en concreto en el art. 29 TUE que habilita al Consejo para adoptar “decisiones que definirán el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático”, y en el art. 215 TFUE, en virtud del cual el Consejo podrá adoptar medidas que supongan “la interrupción o la reducción, total o parcial, de las relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países” (apart. 1), así como “medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales” (apart. 2).

El Tribunal General ha entendido como suficiente esta base jurídica, al considerar que, en la medida que las restricciones pretendían enfrentarse a “una amenaza importante y directa para el orden público y la seguridad de la Unión” (§53), podían incluirse dentro de las competencias que los Tratados reconocen a la Unión en materia de política exterior y de seguridad común. Un ámbito en el que el Consejo “cuenta con una gran libertad para definir el objeto de las medidas restrictivas que adopte la Unión” (§52), extendiendo la idea de “enfoque de la Unión” no sólo a “actos de carácter programático o simples declaraciones de intenciones, sino también decisiones que establezcan medidas que pueden modificar directamente la situación jurídica de los particulares” (§51)⁸.

Una conclusión que no se ve empañada, al entender del Tribunal, por el hecho de que tales competencias pudieran solaparse con otras atribuidas a autoridades nacionales, ya que esta concurrencia competencial se ve salvada porque estas competencias persiguen diferentes objetivos, no se asientan en los mismos postulados y valores, ni permiten alcanzar los mismos resultados (§ 58). Razón por la cual el Tribunal considera que, en este caso, la competencia de la Unión (en relación con la política exterior y de seguridad común) y la competencia nacional para la supervisión de los medios audiovisuales “no se excluyen entre sí, sino que se complementan” (§ 61).

El problema es que, como ha advertido Joan Barata⁹, las decisiones adoptadas suponen una “prohibición ad hoc” con la que se ha eludido el marco normativo europeo que regula el sector audiovisual o los servicios digitales,

⁸ La discrecionalidad del Consejo en cuanto a la determinación tanto de la amplitud como del tipo de las sanciones impuestas ya había sido defendida por el TJUE, que ha apoyado una interpretación amplia del artículo 29 TUE. En este sentido, véanse las sentencias ya citadas por el TJUE en el asunto analizado STJUE (Gran Sala) de 28 de marzo de 2017, caso Rosneft, C-72/15 (§§ 88) y la STJUE de 5 de marzo de 2015 (Sala Quinta), caso Ezz y otros/Consejo, C-72/15 (§§ 41-46), así como otras sentencias no citadas como la STJUE (Gran Sala) de 1 de marzo de 2016 National Iranian Oil Company c. Consejo, C-440/14 P (§§ 58-59).

⁹ Joan Barata, «La UE y la prohibición ‘ad hoc’ de los canales estatales rusos», *Agenda Pública*, 10 de marzo de 2022, <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17800/ue-prohibicion-ad-hoc-canales-estatales-rusos>

el cual habría permitido a los Estados miembros implicados - Francia en este caso - intervenir frente a estos canales, pero a partir de un enjuiciamiento de infracciones concretas, con ciertas garantías. En concreto, al amparo de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual¹⁰, la autoridad reguladora de la comunicación audiovisual de Francia podría haber adoptado restricciones bajo un procedimiento regulado que ya ha sido empleado por países como Letonia y Lituania, entre otros¹¹. La clave, por tanto, no es negar que, en determinadas circunstancias, pueda reconocerse una concurrencia competencial, sino la constatación de que se ha producido una fuga hacia un procedimiento mucho menos garantista, estando en juego la restricción de una libertad fundamental. La urgencia por adoptar las medidas precipitó la búsqueda de una base legal que no era obvia¹², invirtiendo el silogismo de que sea la base legal la que preceda la medida. Lo cual nos lleva a la segunda cuestión: ¿satisface la base jurídica indicada las exigencias de previsibilidad?

En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, cualquier restricción a la libertad de expresión debe estar “prevista por ley”¹³, entendiéndose esta exigencia en sentido substantivo y no formal. De forma que a la hora de valorar la previsión legal no sólo se ha de tener en cuenta que la restricción esté recogida en una norma (*statutory law*), sino también la interpretación que jurisprudencialmente se haya hecho de la misma. Ello porque, en lo que aquí más interesa, esta exigencia se traduce en que la decisión adoptada tiene que tener base legal, pero, además, ha de estar formulada con suficiente precisión y ha de ser previsible para cualquier persona que razonablemente ha de poder advertir las consecuencias que podrían deducirse de su conducta, evitándose así injerencias arbitrarias. Si bien, es cierto que el propio TEDH ha admitido que las normas restrictivas pueden tener un cierto grado de “vaguedad” y que el nivel de taxatividad requerido va a depender de factores como el contenido de la ley en cuestión o el ámbito material y personal sobre el que se proyecta. De este modo, queda limitado el rol

¹⁰ Directiva 2010/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual).

¹¹ Sobre las restricciones de emisión adoptadas por algunos Estados miembros, véase Franciso Javier Cabrera Blázquez, «The implementation of EU sanctions against RT and Sputnik», *European Audiovisual Observatory, Strasbourg*, 2022, <https://rm.coe.int/note-rt-sputnik/1680a5dd5d>

¹² Véase Laura Kayali y Clothilde Goujard, «Europe seeks a legal route to switch off Russian TV», *Politico*, 28 de febrero de 2022, <https://www.politico.eu/article/russias-rt-sputnik-ban-raises-political-legal-questions/>

¹³ Por todas, cfr. STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, §§ 157 y ss.

supervisor del Tribunal Europeo a que la interpretación dada por los órganos nacionales no sea arbitraria o manifiestamente irrazonable.

Pues bien, a juicio del Tribunal General, las disposiciones antes señaladas serían “lo suficientemente previsibles” para servir de base jurídica a la adopción de medidas restrictivas que supusieran una injerencia en la libertad de expresión (§149). A este respecto, considera que, teniendo en cuenta la importancia que tienen hoy día los medios audiovisuales y el apoyo que se estaba dando a la agresión rusa, era previsible que pudieran “ser objeto de medidas restrictivas consistentes en la prohibición de difundir propaganda en favor de esa agresión” (§ 151). Al final, la argumentación del Tribunal pivota sobre la idea de que la restricción podía ser “esperable” por los afectados, sin entrar a valorarse con un mínimo de detalle la taxatividad y determinación de la base legal. Se da por bueno que “no transgrede en sí la exigencia de previsibilidad una ley que confiere una facultad de apreciación pero que especifica el alcance y la forma de ejercicio de esta facultad con la suficiente claridad, teniendo en cuenta el objetivo legítimo perseguido, para proporcionar a la persona una protección adecuada frente a la arbitrariedad” (§ 150).

Una aproximación que, a nuestro entender, resulta excesivamente reduccionista de la idea de previsibilidad legal. Buena prueba de ello es que el bloqueo de canales rusos se extiende, como se ha mencionado con anterioridad, a motores de búsqueda y redes sociales, de manera que un acto no legislativo está *de facto* derogando la Directiva sobre Comercio Electrónico sin que en la regulación se justifique tal derogación o se haga alusión expresa a estas plataformas online¹⁴. Al final, interpretaciones como la mantenida en esta sentencia por el Tribunal General permiten habilitaciones prácticamente en blanco para restringir una libertad fundamental, sin una mínima determinación del supuesto de hecho y de las consecuencias jurídicas. Como se ha visto, nos encontramos con dos disposiciones que, de forma genérica, habilitan a adoptar “enfoques” sobre asuntos de carácter “geográfico o temático”, y “medidas restrictivas”, sin mayor precisión, salvo su finalidad, en tanto que deben enmarcarse en la política exterior y de seguridad común. Un cajón de sastre donde todo puede caber.

Así que, aunque se comparta que el Consejo no ha hecho una interpretación arbitraria de las facultades que le reconocen los Tratados para adoptar medidas en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, en nuestra opinión, las normas que reconocen esa base legal no ofrecen una mínima seguridad jurídica en términos de la taxatividad exigible a cualquier norma

¹⁴ A este respecto, véase Valentina Goluniva, «The obscure content filtering obligations of the Council Regulation imposing sanctions on Russia: a step too far?», *EU Law Live*, 2022, <https://eulawlive.com/op-ed-the-obscure-content-filtering-obligations-of-the-council-regulation-imposing-sanctions-on-russia-a-step-too-far-by-valentina-golunova/>

restrictiva de derechos fundamentales. A mayores cuando nos encontramos en un ámbito donde se está ejerciendo una suerte de potestad sancionadora, por lo que se deben proyectar también las exigencias propias del principio de legalidad, amparado por la Carta en su art. 49.

III. SOBRE EL CONTENIDO PROTEGIDO POR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA INJERENCIA EN SU NÚCLEO ESENCIAL DEL BLOQUEO DE LOS CANALES RUSOS

Según se adelantó, el segundo de los elementos que enjuicia el Tribunal General para valorar la limitación a la libertad de expresión es si se ha respetado su contenido esencial. Como sabemos, el problema de recurrir a esta categoría es, precisamente, ser capaces de delimitar aquello que conforma el contenido esencial del derecho¹⁵. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha identificado el mismo, en relación con la libertad de expresión, señalando que no podrá prohibirse ni sancionarse “la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”¹⁶.

El Tribunal General, por su parte, en la sentencia objeto de comentario no se ha aventurado a delinear los perfiles del contenido esencial de la libertad de expresión y se ha limitado a descartar que el mismo se hubiera visto afectado por la restricción en cuestión, en la medida que, por un lado, se trataba de una restricción “temporal y reversible”, sujeta a “revisión continua” y a dos “requisitos acumulativos” que, de verificarse, llevarían a que se alzara la misma (§§ 153-155)¹⁷, y, por otro, tiene en cuenta que no se había privado de todas las facultades anudadas a la libertad de expresión e información, en tanto en cuanto la medida adoptada no impedía al medio afectado “ejercer en la Unión otras actividades distintas de la difusión, como investigaciones y entrevistas” (§ 156), ni difundir sus contenidos fuera de la Unión (§ 157).

¹⁵ Sobre estas cuestiones véase en doctrina, Pablo Riquelme Vázquez, *El contenido esencial de los derechos y libertades: una reinterpretación doctrinal* (Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2022).

¹⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ. 6. De forma general sobre el contenido esencial, cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, FJ. 8.

¹⁷ En este sentido, se declara en la sentencia que “el mantenimiento de las medidas restrictivas en cuestión después del 31 de julio de 2022 está supeditado a la concurrencia de dos requisitos acumulativos. En efecto, esas medidas podrían mantenerse, por una parte, hasta que cese la agresión contra Ucrania y, por otra, hasta que la Federación de Rusia y sus medios de comunicación asociados dejen de llevar a cabo acciones de propaganda contra la Unión y sus Estados miembros” (STJUE (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, T-125/22, RT France c. Consejo de la UE, § 155).

El problema es que, a nuestro entender, en relación con el primero de los argumentos aducidos por el Tribunal (que la medida es temporal), la realidad es que la misma no está sujeta a un término cierto, por lo que la restricción podrá prolongarse en el tiempo *ad kalendas graecas*. Tanto es así que la práctica demuestra que las sanciones impuestas por la Unión se prolongan indefinidamente¹⁸. Y, aunque se acepte que la medida va a ser continuamente revisada, la amplia discrecionalidad de la que goza el Consejo en la evaluación, unido a la compleja mensurabilidad de los requisitos acumulativos a valorar, dificultan el cese de la restricción en la práctica. Además, este carácter indefinido se hace especialmente problemático cuando lo que está en juego es la libertad de expresión, en la medida que las noticias tienen un valor muy limitado en el tiempo por ser un *perishable commodity* o bien perecedero¹⁹.

Pero, sobre todo, el segundo de los argumentos resulta muy débil, toda vez que las facultades que pueden seguir ejerciendo (investigar o hacer entrevistas) son accesorias a lo que constituye el núcleo esencial de estas libertades: la difusión de ideas o informaciones al público (lógicamente, en el ámbito de la Unión, que es el que aquí interesa). Haber privado de todas las facultades inherentes a estas libertades fundamentales hubiera sido, directamente, una suspensión individual de las mismas. Una injerencia aún más grave que la afectación al contenido esencial.

Más allá, con independencia de que se considere afectado o no el contenido esencial, una categoría que, como hemos dicho, resulta vaporosa, sí que tiene sentido profundizar en los contornos de estas libertades para delimitar adecuadamente si nos encontramos con una actividad *prima facie* protegida por las libertades comunicativas. Sobre todo, porque este caso suscita dos cuestiones de particular interés, en relación con los deberes que pesan sobre todo medio de comunicación, y con la protección que merecen mensajes que puedan ser propaganda de la guerra.

Así, en primer lugar, podemos plantearnos hasta qué punto puede entenderse amparado por las libertades de expresión y de información un medio de comunicación que sistemáticamente incumpliera los “deberes y responsabilidades” que también entraña el ejercicio de las mismas²⁰. Porque, como ha declarado el Tribunal Europeo, “el derecho de los periodistas a comunicar

¹⁸ A este respecto, el caso de las sanciones impuestas por la UE a Bielorrusia muestra cómo, en la práctica, las medidas restrictivas no son realmente temporales y reversibles, como se detalla en Yuliya Miadzvetskaya, y Celia Challet, «Are EU restrictive measures really targeted, ¿temporary and preventive? The case of Belarus », *Eur. World* 6(1) (2022), doi: 10.14324/111.444.ewlj.2022.03

¹⁹ Entre otras, STEDH de 14 de septiembre de 2010, asunto Sanoma Uitgevers B.V. c. Países Bajos (§ 70).

²⁰ A este respecto, cfr. Parliamentary Assembly of the Council of Europe (“PACE”) adopted Resolution 1003 (1993) on the ethics of journalism de 1 de julio de 1993.

información sobre cuestiones de interés general está protegido siempre que actúen de buena fe, basándose en hechos exactos, y proporcionen información «fiable y precisa» respetando la ética periodística o, dicho de otro modo, los principios de un periodismo responsable²¹. *A fortiori*, añadía el Tribunal de Estrasburgo, “en nuestros días, habida cuenta del poder que tienen los medios de comunicación en la sociedad moderna, pues no solo informan, sino que pueden al tiempo sugerir, por el modo en el que presentan la información, la forma en la que los destinatarios deben valorarla. En un mundo en el que la persona se enfrenta a un inmenso flujo de información que circula en soportes tradicionales o electrónicos y en el que cada vez hay más participantes, el control de la observancia de la deontología periodística gana importancia²². Unas conclusiones que, en el célebre caso NIT S.R.L c. República de Moldavia que venimos citando, llevaron al TEDH a estimar la legitimidad de la decisión de retirar la licencia a este canal porque reiteradamente venía difundiendo informaciones sesgadas. Una decisión que fue adoptada por la autoridad supervisora de los medios audiovisuales de este país, a diferencia del caso de RT France, como ha sido discutido en el apartado anterior. Ahora bien, de esta jurisprudencia debe destacarse que el Tribunal de Estrasburgo alcanza su decisión después de un cauteloso análisis de todos los elementos, en el que tuvo especialmente en cuenta que la restricción había sido impuesta en un procedimiento con todas las garantías, por una autoridad independiente, y con una justificación y una base legal clara²³. Así las cosas, en el asunto objeto de análisis, resulta difícil argüir que se deba privar de plano a RT France de la consideración como medio de comunicación, por mucho que se haya demostrado su condición de canal “gubernamental”, por lo que, *a priori*, podemos entender que su actividad está cubierta *prima facie* por las libertades comunicativas²⁴. Cuestión distinta es que, al analizar la legitimidad de la injerencia, sea tenido en cuenta si este medio

²¹ STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 180.

²² STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 181.

²³ En particular, cfr. STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 196.

²⁴ A este respecto, cfr. véase Natali Helberg y Wolfgang Schulz, «Understandable, but still wrong: How freedom of communication suffers in the zeal for sanctions», *Media@LSE blog, London School of Economics*, 2022, <https://blogs.lse.ac.uk/media@lse/2022/06/10/understandable-but-still-wrong-how-freedom-of-communication-suffers-in-the-zeal-for-sanctions/> Los autores se plantean la posibilidad de que Sputnik y RT France puedan ser considerados como un brazo del gobierno ruso y no como un verdadero medio de comunicación y, en consecuencia, que no puedan invocar las libertades reconocidas por la CDFUE y por el CEDH.

ejercía su actividad de forma “fiable” de acuerdo con los principios de deontología profesional. A este respecto, como veremos, el Tribunal General en su sentencia ha realizado un exhaustivo análisis en línea con la jurisprudencia de Estrasburgo²⁵, si bien en su razonamiento ha obviado importantes diferencias fácticas y jurídicas con el caso NIT S.R.L c. República de Moldavia²⁶, las cuales, debidamente apreciadas, a nuestro parecer deberían haber conducido a un fallo diferente en el asunto ahora resuelto.

Y, en segundo lugar, la otra cuestión de interés que plantea el caso del bloqueo de los canales rusos en relación con el contenido protegido por las libertades de expresión y de información es en qué medida puede considerarse la propaganda de la guerra un límite a estas libertades. Porque, como recordaba el Tribunal General en la sentencia al caso, el art. 20.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley”, algo que, de acuerdo con la interpretación ofrecida por la propia Asamblea General de Naciones Unidas, debe extenderse a “no solo la incitación a una guerra futura, sino también las declaraciones expresadas de forma continuada, reiterada y concertada en favor de una guerra en curso contraria al Derecho internacional, en particular si emanan un medio de comunicación que se encuentra bajo el control, directo o indirecto, del Estado agresor” (§ 210). Ahora bien, a nuestro juicio, esta prohibición no puede convertirse en una restricción en atención al mero contenido de los mensajes, por lo que, igual que ocurre con la prohibición de la “apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” prevista en el apartado 2º del art. 20, en los supuestos de propaganda de la guerra también habrá que analizar, de acuerdo con las circunstancias del caso, la peligrosidad del mensaje. No en vano en la expresión “propaganda” está implícita la idea de que exista una “incitación”. En consecuencia, consideramos que cualquier limitación de la libertad de expresión basada en que el discurso supone una propaganda de la guerra deberá ser analizada de acuerdo a los criterios definidos en el Plan de Acción de Rabat (2013)²⁷ y, en consecuencia, será en sede del juicio de proporcionalidad donde deba valorarse su adecuación.

Pero, antes, veamos la justificación de la injerencia.

²⁵ Algunos autores han aplaudido la especial minuciosidad con la que la Corte General ha analizado la legalidad de la medida. A este respecto, véase Celia Challet, «The judgment of the General Court in RT France v Council: takeaways from the first ruling on EU sanctions linked to the war in Ukraine», *EU Law Live Weekend Edition*, 2022.

²⁶ Sobre las diferencias entre ambos casos, véase Ronan Ó Fathaigh y Dirk Voorhoof, «Freedom of Expression and the EU’s Ban on Russia Today: A Dangerous Rubicon Crossed», *Communications Law*, n° 27 (2022): 186-193, <https://ssrn.com/abstract=4322452>

²⁷ Cfr. <https://www.ohchr.org/es/freedom-of-expression>

IV. EL FIN LEGÍTIMO: ¿PROTEGER LA OPINIÓN PÚBLICA EUROPEA O PRESIONAR A RUSIA?

En cuanto a la justificación de las medidas adoptadas, los considerandos 6 a 8 de las decisiones adoptadas señalan que Rusia ha emprendido “campañas sistemáticas” de manipulación de medios de comunicación y de distorsión de hechos para desestabilizar a los países de la Unión; y acciones de propaganda contra la sociedad civil de la Unión, distorsionando y manipulando gravemente hechos. Todo lo cual lo ha realizado a través de una serie de medios de comunicación bajo el control permanente, directo o indirecto, de la propia Rusia. Lo cual se considera una amenaza para “el orden público y la seguridad de la Unión”. Ahora bien, a mayores, como reconoce el Tribunal General haciendo suyas las alegaciones del Consejo, las medidas adoptadas también deben entenderse en el marco de la “estrategia global de la Unión” que tiene “la finalidad última de ejercer la máxima presión sobre las autoridades rusas para que pongan fin a sus acciones y políticas que desestabilizan Ucrania y a la agresión militar contra este país” (§ 163). Por lo que, en última instancia, estas restricciones estarían justificadas en el objetivo de “mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional”. Buscan así coadyuvar a que la guerra termine, lo que debe entenderse como un “objetivo de interés general primordial para la comunidad internacional” (§166).

Ambos objetivos son sin lugar a dudas loables, pero conviene distinguirlos. Porque, a nuestro entender, sólo el primero justificaría en puridad el establecimiento de límites a las libertades de expresión y de información. No cabe duda de que cualquier democracia debe poder defenderse frente a ataques que puedan comprometer su seguridad y, a tales efectos, pueden establecer restricciones a libertades fundamentales, como recoge el propio Convenio Europeo cuando en su art. 10 sitúa la seguridad nacional como uno de los fines que justifican la limitación de la libertad de expresión. Así las cosas, puede compartirse la conclusión del Tribunal General de que “la propaganda y las campañas de desinformación pueden poner en cuestión los fundamentos de las sociedades democráticas y forman parte del arsenal de la guerra moderna” (§ 56). Además, según lo ya dicho, los países democráticos tienen el deber de salvaguardar el pluralismo en el espacio comunicativo. A este respecto, el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido que aquellas injerencias dirigidas a preservar la imparcialidad de las transmisiones en materias de interés público, como sería la imposición de dar una cobertura equilibrada e imparcial, pueden encontrar un fin legítimo en la protección de los derechos de los demás y, de forma más general, en los derechos de la audiencia²⁸. De

²⁸ STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 174.

forma que, en abstracto, no habría problema con reconocer el primer motivo como un fin legítimo a la hora de justificar una potencial restricción de la libertad de expresión. Cuestión distinta es la valoración de la proporcionalidad de la misma o, por decirlo siguiendo al Tribunal de Estrasburgo, su necesidad en una sociedad democrática.

Sin embargo, en nuestra opinión, más problemas plantea que el fin legítimo de la limitación de estas libertades sea “presionar”²⁹. Porque, cuando se admite que la “seguridad” es uno de los fines que justifican límites a la libertad de expresión, se entiende que el objetivo último es garantizar un espacio comunicativo plural y robusto, algo distinto a pretender debilitar al enemigo, por muy loable que sea el objetivo. No discutimos que haya que responder con la mayor contundencia frente a quien ha quebrado la paz y ha consumado una grave violación de las obligaciones que impone el Derecho internacional; pero esa respuesta debería buscar otras vías alternativas a una limitación de la libertad de expresión y de información que afecta no sólo al canal sobre el que pesa la restricción, sino también al público en general, que puede estar interesado en conocer lo que se transmite, también desde el otro lado de las líneas enemigas. No es lo mismo bloquear activos financieros de oligarcas rusos, por poner un ejemplo, que cerrar un canal de televisión. De hecho, el Tribunal de Estrasburgo en el caso NIT S.R.L. c. República de Moldavia rechazó que la “seguridad nacional”, la “seguridad pública” o la “defensa del orden” pudieran ser fines legítimos que justificaran, a la luz de los hechos, haber retirado la licencia a un canal que difundía información sesgada³⁰.

V. LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS O SU DUDOSA NECESIDAD EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Por último, el Tribunal General en el enjuiciamiento de la licitud de las limitaciones adoptadas realiza un análisis de su proporcionalidad (§§ 167 y ss.), para lo cual verifica que las medidas impuestas “no excedan los límites de lo que sea adecuado y necesario para satisfacer los objetivos legítimamente perseguidos o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (§ 167). Un análisis que, como venimos advirtiendo, coincide en lo esencial con el tercer requisito del test de Estrasburgo: la “necesidad en una sociedad democrática”.

²⁹ El hecho de que la limitación a las libertades de información y expresión haya sido establecida en un paquete de sanciones y no en otro instrumento es, a nuestro parecer, un indicio bastante revelador de la finalidad disuasoria de la medida.

³⁰ STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L. c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 176.

Una opción que no debe pasar desapercibida, sobre todo porque las instituciones europeas que intervinieron en el proceso propusieron recurrir a la “guillotina”³¹ de la doctrina del abuso de derecho, reconocida en el inexplorado art. 54 de la Carta, para interpretar el artículo 11 de la Carta en conexión con el artículo 20 del Convenio Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe la propaganda de guerra³². Una vía que, de haber sido admitida por el Tribunal, habría servido para eludir el más matizado test de proporcionalidad, legitimando excluir del espacio público europeo a unos medios de comunicación por considerar que difundían un tipo de propaganda prohibida³³, como ya hiciera el Tribunal de Estrasburgo en el asunto ROJ TV/ AS c. Dinamarca³⁴.

Así las cosas, la sentencia aquí comentada estudia previamente la pertinencia y suficiencia de las pruebas aportadas por el Consejo, para luego valorar la adecuación y necesidad de las limitaciones, finalizando con un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, donde realiza una ponderación de los intereses en juego. Vayamos desgranando el razonamiento del Tribunal.

³¹ El efecto “guillotinant” sobre la libertad de expresión de la cláusula del abuso de derecho del CEDH ha sido estudiado en Hannes Cannie y Dirk Voorhoof, «The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection», *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29/1 (2011): 54-83. doi:10.1177/016934411102900105; y Germán Manuel Teruel Lozano, «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *ReDCE*, 27 (2017).

³² Para profundizar sobre la vista oral, véase Walter Bruno, «The EU judges look into restrictive measures against Russian media - Four critical questions from the hearing in Russia Today France v Council (T-125/22)», *EU Law Live*, 2022. <https://eulawlive.com/analysis-eu-judges-look-into-restrictive-measures-against-russian-media-four-critical-questions-from-the-hearing-in-russia-today-france-v-council-t-125-22-by-walter-bruno/>

³³ Cfr. Hans Peter Lehofer, «Supervisar, bloquear, delistar: Sobre el alcance de las sanciones de la UE contra RT y Sputnik *VerfBlog*», *Verfassungsblog*, 21 de marzo de 2022, <https://verfassungsblog.de/uberwachen-blocken-delisten/> y Björnstjern Baade, «The EU’s “Ban” of RT and Sputnik: A Lawful Measure Against Propaganda for War», *Verfassungsblog*, 8 de marzo de 2022. <https://verfassungsblog.de/the-eus-ban-of-rt-and-sputnik/>.

³⁴ STEDH (Sección Segunda) de 17 de abril de 2018, caso ROJ TV A/S c. Dinamarca, apl. n.º 24683/14. En este caso, el TEDH consideró que la retirada de la licencia de retransmisión y las penas impuestas a la compañía y cadena de televisión danesa ROJ TV A/S por retransmitir programas que promovían la organización terrorista “Partido de los Trabajadores de Kurdistán” (PKK), no eran contrarias al derecho a la libertad de expresión, amparándose en que el demandante no podía invocar el art. 10 de la Convención para fines que eran contrarios a los valores de la Convención, puesto que el art. 17 de dicho texto – y homólogo del art. 54 de la Carta – prohíbe el abuso de derecho (§ 48).

1. *Sobre la relevancia y pertinencia de los motivos invocados*

El Tribunal General ha considerado como suficientes y pertinentes los motivos aducidos por el Consejo para limitar la libertad de expresión, que se articulan en dos órdenes de razones: en primer lugar, que el grupo RT es un medio de comunicación “bajo el control permanente, directo o indirecto, de los dirigentes de la Federación Rusa” (§ 171), de forma que la misma representa a este país y puede ser usada como “arma informativa”; y, en segundo lugar, en relación con esta última cuestión, se da por probado que este medio “había llevado a cabo acciones de propaganda continuas y concertadas dirigidas a la sociedad civil de la Unión y de sus países vecinos con el propósito, en particular, de justificar y apoyar la agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania” (§ 175). Esta última apreciación se sostiene sobre una revisión de algunas noticias y programas emitidos y sobre artículos publicados en su sitio web que se consideran sesgados desde el punto de vista informativo³⁵ y que consolidan la versión oficial del Gobierno ruso sobre la invasión a Ucrania (§§ 177 y ss.). Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en ninguna de estas piezas se usa un lenguaje ofensivo o incitador a la violencia, aunque presenten la agresión rusa como una “operación especial” o una “acción preventiva”, de tipo defensivo, y otros eufemismos. Eso sí, lo que es indudable es que, como se ha dicho, el canal era un vehículo para emitir “programas que recogían una interpretación de los acontecimientos referidos a la agresión militar contra Ucrania favorable a dicha agresión y al relato que de esa agresión habían realizado los responsables políticos de la Federación de Rusia” (§ 186). Y, precisamente por ello, en la medida que el canal había servido para apoyar “activamente la política desestabilizadora y agresiva de la Federación de Rusia contra Ucrania que desembocó en última instancia en una ofensiva militar de envergadura” y que se habían difundido informaciones que justificaban esta agresión militar, podía entenderse que constituía una “amenaza importante y directa para el orden público y la seguridad de la Unión” (§188).

³⁵ A este respecto, muy concluyente es el § 187 de la STJUE (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, T-125/22, RT France c. Consejo de la UE, donde se advierte que el canal debe entenderse que no respetaba con los “deberes y responsabilidades” propios de los periodistas en la medida que “en las emisiones de la demandante, se dio gran espacio a los comentaristas externos, invitados por la redacción de la cadena, que conocía su orientación, los cuales tendían a justificar la agresión militar contra Ucrania y cuyas afirmaciones, salvo con contadas excepciones, no suscitaban ningún tipo de reacción por parte de los presentadores en el plató. Aunque, a veces, su opinión era replicada por otros intervinientes, ello no basta para reequilibrar declaraciones que expresaban un relato ampliamente favorable a la agresión militar contra Ucrania”. Y en el §189 insiste en que la respuesta de la demandante no ha logrado atestiguar que se haya dado “tratamiento globalmente equilibrado por parte de la demandante de la información relativa a la guerra en curso”.

El problema de esta argumentación es que no aporta ningún dato sobre por qué constituye una “amenaza” que la opinión pública europea pueda tener acceso a la versión oficial rusa a través, todo sea dicho, de unos canales que tienen una relevancia que podría decirse prácticamente residual en la audiencia europea, o al menos, en la mayoría de Estados miembros, en los que no hay enlaces culturales o históricos con Rusia³⁶. En este sentido, debe tenerse en cuenta que los datos de audiencia no deben valorarse únicamente desde una perspectiva empírica puramente objetiva basada en número de espectadores, sino que el análisis de la amenaza que supone un medio debe realizarse considerando elementos subjetivos que muestren el nivel de *engagement* del espectador y su capacidad crítica.

De esta guisa, para justificar una amenaza en relación con la “intoxicación” de la opinión pública se debería haber realizado un análisis del pluralismo “externo” realmente existente y de la potencial influencia que tenga el medio en cuestión. Y, en nuestro caso, como se ha dicho, en los países europeos disfrutamos de una amplia variedad de canales que garantizan la “diversidad real en los contenidos de los programas”, como exige Estrasburgo³⁷. Lo cual, por otro lado, hace que no resulte necesario imponer medidas que exijan una neutralidad editorial en el tratamiento de asuntos de interés general, al menos para los medios de comunicación privados. En este punto, la responsabilidad de los Estados se ciñe a “encontrar un equilibrio adecuado entre los intereses contrapuestos en materia de libertad de expresión, a saber, entre los de la comunidad de salvaguardar el pluralismo político en los medios de comunicación, por un lado, y los de respetar el principio de libertad editorial, por otro”³⁸. Tanto es así que, de acuerdo con el estudio comparado realizado por el departamento de investigación del TEDH, en el ámbito del Consejo de Europa habría veinte países que sí que imponen a operadores privados el deber de respetar el pluralismo político en sus emisiones, mientras que otros quince países no lo consideran necesario, aunque sí que les impongan otras obligaciones en relación con la veracidad de las informaciones o con la

³⁶ A este respecto, véase Helberg, N. y Schulz, W., “Understandable, but still wrong: How freedom of communication suffers in the zeal for sanctions”, *Media@LSE blog, London School of Economics*, 2022, Disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/media-lse/2022/06/10/understandable-but-still-wrong-how-freedom-of-communication-suffers-in-the-zeal-for-sanctions/> Los autores también destacan la existencia de pocos datos sobre el alcance de RT y Sputnik en Europa, haciendo referencia a una primera estimación realizada por Reuters Institute que puede consultarse en https://twitter.com/rasmus_kleis/status/1498989174677979142

³⁷ STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 185 y 190.

³⁸ STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 188.

necesidad de distinguir hechos de opiniones³⁹. A mayores, la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, sobre servicios de comunicación audiovisual, aunque atribuye a las autoridades y organismos reguladores la tarea de velar por “el pluralismo de los medios de comunicación” (art. 30.2), no establece ninguna obligación específica de neutralidad o imparcialidad informativa⁴⁰.

Por todo ello, los motivos aducidos por el Consejo y asumidos por el Tribunal como mucho pueden persuadir de que estamos ante un canal “gubernamental” ruso que se dedica a difundir propaganda justificando un acto radicalmente ilegal como la invasión a Ucrania, pero no se aportan razones concluyentes sobre por qué ello constituye una amenaza para la seguridad europea o, ni siquiera, en qué medida tales transmisiones pueden menoscabar los derechos de los ciudadanos y de la propia audiencia.

2. Sobre la adecuación y necesidad de las medidas

En el juicio sobre la adecuación de las medidas, el Tribunal General reconoce que el Consejo disfrutaba de un amplio margen de apreciación, sin que pueda reprochársele que adoptara la medida de prohibición temporal de difusión al canal ruso en aras de proteger el orden público y la seguridad de la Unión y para “preservar la integridad del debate democrático en la sociedad europea, la paz y la seguridad internacional” (§ 193). Y es cierto que, en abstracto, en la medida que se ha reconocido que la desinformación puede ser un arma bélica, bloquear ciertos canales de difusión puede ser idóneo tanto para prevenir los riesgos de intoxicación de la opinión pública, como para detener una potencial vía de ataque a través de estas formas no convencionales. Además, tal y como señala el propio Tribunal y ya advertimos anteriormente, esta prohibición también buscaría presionar a Rusia, en el marco de la batería de medidas restrictivas adoptadas por la Unión para bloquear intereses rusos (§ 194). Aunque, a este respecto, pueda dudarse de la eficacia de esta medida, ya que el daño de esta prohibición a los intereses rusos es muy difuso. De ahí que sea legítimo plantearse si, quizá, nos encontramos ante unas restricciones más bien “simbólicas”, como ha sostenido RT France en su demanda.

En cuanto al carácter necesario de las limitaciones, el Tribunal lo enfoca partiendo de una valoración de si existían otras medidas menos onerosas (§

³⁹ STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 111.

⁴⁰ Esta Directiva sí que contempla, por ejemplo, que se garantice que los contenidos difundidos en medios audiovisuales no inciten al odio o a la violencia, ni incluyan provocación al terrorismo (art. 6), o que se adopten medidas para velar por los menores (art. 6 bis), etc.

196). Así, siguiendo con la argumentación del Tribunal General, la necesidad de la prohibición estaría justificada porque no habría sido posible alcanzar los objetivos perseguidos de forma tan eficaz por otras vías menos lesivas, como, por ejemplo, haber prohibido la difusión de ciertos contenidos o haber impuesto la obligación de incluir rótulos o advertencias. Además, a este respecto, el Tribunal tiene especialmente en cuenta el “contexto extraordinario y de extrema urgencia” en el que se adoptan las medidas (§198), y, en particular, la necesidad de bloquear la cobertura que pudiera hacerse de la invasión durante los primeros días de la misma (§ 199).

Como veremos a continuación, por muy justificado que esté que la Unión Europea responda a la invasión de Ucrania, puede cuestionarse que bloquear los canales de propaganda rusa en la Unión sea una “necesidad social imperiosa”, sobre todo porque, como hemos dicho, estos canales no tienen un peso relevante en la conformación de la opinión pública europea y, a nuestro entender, si el objetivo de las medidas adoptadas es preservar a esa opinión pública entonces habría bastado con restricciones menos onerosas, como las indicadas por el propio Tribunal o como haber prohibido a este canal dar cobertura de la invasión de Ucrania, pero permitiendo que pudiera difundir otros contenidos. Aún más, voces autorizadas como la del Presidente de la Federación Europea de Periodistas, Ricardo Gutiérrez, han defendido que la censura de canales rusos podría tener efectos contraproducentes, siendo más adecuadas para el fin perseguido otras medidas como exponer los errores fácticos del medio, demostrando su falta de independencia y su conexión con el gobierno ruso⁴¹. De hecho, este bloqueo de canales plantea como problema que limita los esfuerzos colaborativos de los usuarios de plataformas online que, al compartir pruebas de las atrocidades cometidas por Rusia, sí están combatiendo la desinformación y la propaganda de manera eficiente⁴².

3. *Sobre su proporcionalidad en sentido estricto y la ponderación última de los intereses en juego*

Finalmente, en la última parte de su enjuiciamiento, el Tribunal General concluye que “la ponderación de los intereses en juego demuestra que los inconvenientes que supone la prohibición temporal de emitir contenidos no

⁴¹ «Fighting disinformation with censorship is a mistake, European Federation of Journalists», <https://europeanjournalists.org/blog/2022/03/01/fighting-disinformation-with-censorship-is-a-mistake/>

⁴² Jacob Mchangama, «In a war of ideas, banning Russian propaganda does more harm than good», *Time*, 2022. <https://time.com/6205645/russian-propaganda-censorship-history/>

son desmesurados con respecto a los objetivos perseguidos, que por su parte constituyen objetivos de interés general” (§ 201). Considera que las consecuencias negativas de esta prohibición son asumibles si se tiene en cuenta los objetivos de las medidas adoptadas, en especial que las mismas buscan “salvaguardar la paz y la seguridad internacional” (§ 202), y que esta prohibición “resultaba primordial para la Unión” en aras de proteger sus valores, sus intereses fundamentales, su seguridad y su integridad (§ 205).

Y, para justificar esta conclusión, el Tribunal General considera que al canal demandante no se le puede otorgar la “protección reforzada” que la Carta reconoce a la libertad de prensa en primer lugar, porque no había actuado con respeto a los deberes y responsabilidades exigibles a los medios de comunicación en el tratamiento de la información, y, en segundo, porque, tal y como adelantamos, de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debe entenderse prohibida “toda propaganda a favor de la guerra”, aunque esta no se exprese como una incitación a una guerra futura, sino a través de declaraciones que de forma continuada y concertada se muestran a favor de una guerra en curso, sobre todo si el medio está bajo el control del Estado agresor. Asimismo, descarta de plano que resulte ilegítima la afectación a los derechos del público a recibir información, en tanto en cuanto que se ha considerado como justificada y proporcionada la injerencia en el derecho a emitir esa información.

Sobre la valoración realizada por el Tribunal en relación con los intereses en juego, podemos estar de acuerdo con los elementos que trae a colación para justificar la proporcionalidad de la prohibición: tanto el hecho de que el canal no estaba actuando de “buena fe” ofreciendo una información “fiable y precisa” sobre un tema de interés general; como que la línea editorial del canal suponía una justificación de la invasión de Ucrania que, en el contexto en el que nos encontramos, podía reputarse como una violación del principio que postula la prohibición de la propaganda de la guerra (aunque, como se señaló, a la hora de precisar la licitud de los concretos contenidos debería analizarse su efectiva peligrosidad instigadora, algo que no se hace en la sentencia). En cualquier caso, la principal objeción que puede realizarse a la argumentación del Tribunal es que evita considerar otros elementos que, a nuestro entender, deberían ser puestos en el otro plato de la balanza para ponderar adecuadamente la proporcionalidad de la medida. En particular, señalaríamos los siguientes: en primer lugar, debe tenerse en cuenta la radicalidad de la medida. Nos encontramos con una prohibición absoluta de difundir cualquier contenido a través de cualquier medio. Lo cual supone una diferencia, por ejemplo, con el caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, donde uno de los elementos que consideró el Tribunal de Estrasburgo para justificar la legitimidad de la retirada de la licencia fue, precisamente, que el canal podía

seguir operando a través de otros medios como Internet⁴³. En el caso de RT France, como vimos, como mucho se le permite desarrollar funciones totalmente accesorias como la de hacer entrevistas o investigar, pero no la función principal de difundir contenidos comunicativos. Nos encontramos, por tanto, ante una radical *prior restraint* que impide de forma generalizada la actuación de un medio de comunicación. Además, según dijimos, puede ponerse en duda que no hubiera otras medidas menos gravosas que también hubieran podido ser eficaces.

En segundo lugar, como también vimos, la imposición de límites a la libertad editorial de los medios, con exigencias de imparcialidad en el tratamiento de una cuestión de interés público, no está justificada en un espacio como el europeo, donde hay un amplio pluralismo externo y donde un canal como RT France tiene una relevancia muy relativa. De ahí que, si el objetivo, tal y como exige Estrasburgo, es garantizar la existencia una diversidad real en los contenidos de los programas, que refleje lo más posible la diversidad de opiniones que podemos encontrar en la sociedad⁴⁴, al final, con el bloqueo de los canales rusos, se ha conseguido exactamente lo contrario: que en el espacio público europeo sólo se pueda conocer una suerte de “versión europea” de los hechos, impidiendo el acceso a los medios pro-rusos, por mucho que haya una parte de la sociedad europea -aún minoritaria- que pudiera identificarse o tener un cierto interés por conocerlos.

En tercer lugar, aunque el Tribunal pone el acento en el carácter “temporal” de la prohibición, lo cierto es que, según estudiamos, la misma tiene una duración indefinida que puede prolongarse mientras dure la guerra. Aunque puede argüirse que si el canal prueba que ha dejado de difundir información sesgada en principio se le debería alzar la medida. Si bien, todo sea dicho, no hay un procedimiento para contemplar su revisión.

Y, en cuarto lugar, en relación con lo anterior, debe destacarse que la medida fue adoptada sin un procedimiento mínimamente garantista, algo en lo que ha insistido el Tribunal de Estrasburgo para valorar la legitimidad de injerencias de esta severidad⁴⁵. En este caso, la prohibición en cuestión fue adoptada sin existir un deber normativo específico de neutralidad editorial; con una base jurídica precaria, como ya se analizó, que, como mucho, ofrecía una base competencial pero no cumplía con las exigencias mínimas del principio de seguridad jurídica en tanto que no definía ni infracciones ni conse-

⁴³ STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 223.

⁴⁴ STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 185.

⁴⁵ STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 196.

cuencias jurídicas. Para colmo, la decisión es adoptada por un órgano político y no por una autoridad independiente; y la restricción se acuerda *inaudita* parte y con una sucinta motivación, por mucho que el Tribunal General haya terminado considerando que, dadas las circunstancias, no se violó el derecho a la defensa del canal afectado.

En definitiva, en nuestra opinión, la prohibición impuesta es difícilmente conciliable con las garantías exigibles para adoptar una medida de esta severidad, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. En especial, si consideramos que el TEDH ha reputado ilegítimas restricciones a la libertad teniendo en cuenta: “i) el alcance excepcionalmente amplio de la injerencia; ii) su duración excesiva; iii) la falta de motivación de la medida por parte del tribunal nacional; y iv) la imposibilidad de los demandantes de impugnarla antes de su ejecución”⁴⁶. Y es que, sin lugar a dudas, estamos ante una medida con un importante coste para una sociedad democrática: cercenar el pluralismo, aunque sea con el fin de evitar que se consuma un manjar de mala calidad (parafraseando la imagen que ya usara Milton en su célebre Areopagítica) o de presionar a una potencia enemiga.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos sometido a un examen crítico la Sentencia del Tribunal General de la UE (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, T-125/22, *RT France c. Consejo de la UE*, que ha confirmado la legitimidad de la decisión del Consejo de bloquear los canales rusos ante la invasión en Ucrania.

El primer problema que plantea la sanción analizada es su base legal, dado que el bloqueo a los canales rusos se materializó a través de dos actos no legislativos del Consejo. El Tribunal General considera que, a pesar de que la competencia del Consejo pudiera solaparse con las competencias atribuidas a las autoridades reguladoras nacionales, el Consejo era competente para adoptar la medida. Sin embargo, a nuestro parecer, se ha producido una fuga hacia un procedimiento menos garantista en comparación con el procedimiento que se habría seguido frente a las autoridades nacionales. A ello se suma que, según la jurisprudencia del TEDH, las restricciones a la libertad de expresión deben estar previstas por la ley. Mientras que, para el Tribunal General, las disposiciones por las que se adoptó la medida restrictiva eran lo suficientemente previsibles y que la sanción era esperable, los autores de este artículo consideramos que las normas que reconocen la base legal de la

⁴⁶ STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n. 28470/12, § 195, donde sintetiza la STEDH de 8 de octubre de 2013, caso *Cumhuriyet Vakfi and Others c. Turkey*, apl. n. 28255/07, §§ 62-74.

sanción no satisfacen los niveles de seguridad jurídica en los términos que se le deben exigir a toda norma restrictiva de derechos fundamentales.

El segundo problema detectado en el razonamiento del Tribunal General versa sobre el contenido protegido por la libertad de expresión y la injerencia en su núcleo esencial del bloqueo de los canales rusos. Amparándose en que la medida era temporal y reversible, sujeta a revisión continua, y que permitía el ejercicio por parte de los medios sancionados de ciertas actividades accesorias, el Tribunal General ha rechazado que el bloqueo de canales rusos haya afectado al contenido esencial de la libertad de expresión, sin ni siquiera analizar en detalle qué elementos deben componer el núcleo duro de este derecho. Sin embargo, el hecho de que la medida no esté sujeta a término cierto y que las actividades de investigación permitidas sean meramente accesorias a la actividad principal, deberían desvirtuar, a nuestro parecer, el argumento de que no se ha producido una injerencia en el núcleo duro del derecho a la libertad de expresión.

Tampoco compartimos de manera plena la justificación que da el Tribunal General a las medidas adoptadas. Mientras que compartimos que tanto el objetivo de proteger la opinión pública europea como el de presionar a Rusia para que ponga fin a la invasión de Ucrania son objetivos loables, consideramos que solo el primero de estos motivos podría ser justificación suficiente para las medidas adoptadas. Para tal fin, debería haberse recurrido a medidas menos gravosas que no excedieran los límites de lo necesario para permitir el objetivo perseguido, especialmente a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como hemos podido desarrollar, a nuestro entender esta medida es de tan extrema severidad que resulta difícilmente justificable en una sociedad democrática que reconoce la libertad de expresión como uno de sus pilares basilares. Una sociedad madura como la europea, en la que, además, hay un amplio pluralismo con una gran diversidad de medios de comunicación con muy distintas líneas editoriales, la amenaza que puede suponer la desinformación generada por un medio ruso resulta, a nuestro entender, poco creíble. Como tampoco se termina de entender que su prohibición sea una medida de presión eficaz para parar esta guerra. Y, sin embargo, con esta decisión se está sentando un peligroso precedente al reconocer al Consejo una facultad tan amplia, tan ayuna de garantías, para restringir una libertad fundamental: nos hemos encontrado con una decisión política, incluida en un acto jurídico, adoptada sin una base jurídica clara y sin unas mínimas garantías, que supone una gravísima injerencia en una libertad fundamental y que compromete el pluralismo de la opinión pública europea.

Puede pensarse que, en tiempos de “guerra”, la lógica democrática debe flexibilizarse. Pero, como hemos podido comprobar recientemente, incluso en momentos excepcionales hay procedimientos constitucionales que

respetar, con las correspondientes garantías. De hecho, en el trabajo hemos advertido la preocupante tendencia que se observa en la más reciente normativa europea concediendo a ciertos órganos poderes draconianos para enfrentarse a situaciones críticas en ámbitos donde está en juego la libertad de expresión. Más allá, una línea adicional de reflexión obliga también a plantearnos el poder de las redes sociales y de las plataformas a la hora de decidir “soberanamente” sobre sus políticas de contenidos y de usuarios. Un poder que preocupa especialmente cuando es ejercido de forma “vicarial”⁴⁷, es decir, cuando estas plataformas actúan instadas por autoridades públicas, eludiendo las garantías a las que deben estar sujetas.

El siglo XXI se anunciaba como la Era de la comunicación abierta y plural y, sin embargo, observamos como aparecen nuevas formas de censura pública y privadas. En este asunto, veremos a ver en qué queda el recurso ante el Tribunal de Justicia (C-620/22 P) y si éste aprovecha la oportunidad de replantear la argumentación jurídica adoptando una postura más garantista del derecho a la libertad de expresión. Conviene mantenerse en guardia en defensa de esta preciada libertad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. *Doctrina*

- Björnstjern BAADE. «The EU’s “Ban” of RT and Sputnik: A Lawful Measure Against Propaganda for War». *Verfassungsblog*, 8 de marzo de 2022. <https://verfassungsblog.de/the-eus-ban-of-rt-and-sputnik/>
- Celia CHALLET. «The judgment of the General Court in RT France v Council: takeaways from the first ruling on EU sanctions linked to the war in Ukraine». *EU Law Live Weekend Edition*, 2022.
- Franco Javier CABRERA BLÁZQUEZ. «The implementation of EU sanctions against RT and Sputnik». *European Audiovisual Observatory, Strasbourg*, 2022. <https://rm.coe.int/note-rt-sputnik/1680a5dd5d>
- Germán Manuel TERUEL LOZANO. «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo». *ReDCE*, 27 (2017).
- Hannes CANNIE y Dirk VOORHOOF. «The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection». *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29/1 (2011): 54-83. doi:10.1177/016934411102900105
- Hans Peter LEHOFER. «Supervisar, bloquear, delistar: Sobre el alcance de las sanciones de la UE contra RT y Sputnik *VerfBlog*». *Verfassungsblog*, 21 de marzo de 2022. <https://verfassungsblog.de/uberwachen-blocken-delisten/>

⁴⁷ Víctor J. Vázquez Alonso, «La censura ‘privada’ de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión», *Teoría y Derecho*, n.º. 32 (2022): 108-129.

- Jacob MCHANGAMA. «In a war of ideas, banning Russian propaganda does more harm than good». *Time*, 2022. <https://time.com/6205645/russian-propaganda-censors-hip-history/>
- Joan BARATA. «La UE y la prohibición ‘ad hoc’ de los canales estatales rusos». *Agenda Pública*, 10 de marzo de 2022. <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17800/ue-prohibicion-ad-hoc-canales-estatales-rusos>
- Laura KAYALI y Clothilde GOUJARD. «Europe seeks a legal route to switch off Russian TV». *Politico*, 28 de febrero de 2022. <https://www.politico.eu/article/russias-rt-sputnik-ban-raises-political-legal-questions/>
- Natali HELBERG y Wolfgang SCHULZ. «Understandable, but still wrong: How freedom of communication suffers in the zeal for sanctions». *Media@LSE blog, London School of Economics*, 2022. <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2022/06/10/understandable-but-still-wrong-how-freedom-of-communication-suffers-in-the-zeal-for-sanctions/>
- Pablo Riquelme VÁZQUEZ. *El contenido esencial de los derechos y libertades: una reinterpretación doctrinal*. Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- Ronan Ó FATHAIGH y Dirk VOORHOOF. «Freedom of Expression and the EU’s Ban on Russia Today: A Dangerous Rubicon Crossed». *Communications Law*, n° 27 (2022): 186-193. <https://ssrn.com/abstract=4322452>
- Valentina GOLUNIVA. «The obscure content filtering obligations of the Council Regulation imposing sanctions on Russia: a step too far?». *EU Law Live*, 2022. <https://eulawlive.com/op-ed-the-obscure-content-filtering-obligations-of-the-council-regulation-imposing-sanctions-on-russia-a-step-too-far-by-valentina-golunova/>
- Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO. «La censura ‘privada’ de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión». *Teoría y Derecho*, n° 32 (2022): 108-129.
- Walter BRUNO. «The EU judges look into restrictive measures against Russian media - Four critical questions from the hearing in Russia Today France v Council (T-125/22)». *EU Law Live*, 2022. <https://eulawlive.com/analysis-eu-judges-look-into-restrictive-measures-against-russian-media-four-critical-questions-from-the-hearing-in-russia-today-france-v-council-t-125-22-by-walter-bruno/>
- Yuliya MIADZVETSKAYA, y Celia Challet. «Are EU restrictive measures really targeted, ¿temporary and preventive? The case of Belarus ». *Eur. World* 6(1) (2022). doi: 10.14324/111.444.ewlj.2022.03
- «Fighting disinformation with censorship is a mistake, European Federation of Journalists». <https://europeanjournalists.org/blog/2022/03/01/fighting-disinformation-with-censorship-is-a-mistake/>

2. Jurisprudencia

- STC de 7 de noviembre de 2007, n° 235/2007 FJ. 6.
- STC de 8 de abril de 1981, n° 11/1981, FJ. 8.
- STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside c. Reino Unido, apl. n° 5493/72.
- STEDH (Gran Sala) de 5 de abril de 2022, caso NIT S.R.L c. República de Moldavia, apl. n° 28470/12.

- STEDH de 14 de septiembre de 2010, asunto Sanoma Uitgevers B.V. c. Países Bajos, apl. n.º38224/03.
- STEDH (Sección Segunda) de 17 de abril de 2018, caso ROJ TV A/S c. Dinamarca, apl. n.º. 24683/14.
- STJUE (Gran Sala) de 28 de marzo de 2017, caso Rosneft, C-72/15.
- STJUE (Sala Quinta) de 5 de marzo de 2015, caso Ezz y otros/Consejo, C-220/14 P.
- STJUE (Gran Sala) de 1 de marzo de 2016 National Iranian Oil Company c. Consejo, C-440/14 P.

3. *Legislación y otras fuentes*

- Decisión (PESC) 2022/351 del Consejo, de 1 de marzo de 2022, por la que se modifica la Decisión 2014/512/PESC relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (*OJ L 65, 2.3.2022, p. 5–7*).
- Declaración de la presidenta von der Leyen sobre nuevas medidas para responder a la invasión rusa de Ucrania. 27 de febrero de 2022. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_1441
- Directiva 2010/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual) (*OJ L 95, 15.4.2010, p. 1–24*).
- Reglamento (UE) 2022/350 del Consejo, de 1 de marzo de 2022, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 833/2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (*OJ L 65, 2.3.2022, p. 1–4*)

Recensiones

ABADIAS SELMA, Alfredo, *El derecho penal frente a la discriminación laboral algorítmica*, Aranzadi, Pamplona, 2023, 140 pp., ISBN 978-84-1124-618-7.

<https://doi.org/10.18543/ed.2937>

Publicado en línea: diciembre 2023

En un pasaje ya clásico de Lewis Carroll, Alicia pregunta al Gato de Chesire por qué camino ha de andar a lo que este le responde con un nuevo cuestionamiento de ¿A dónde quieres ir? Para Alicia la respuesta no es importante por lo que el gato responde que en consecuencia tampoco es trascendente el camino que elija. En *El derecho penal frente a la discriminación laboral algorítmica* del Dr. Alfredo Abadías se expresa «Nos encontramos en una sociedad cambiante, que fluctúa, que navega sin un claro norte por la creciente incertidumbre y la falta de seguridad».

De esta manera, en la obra en cuestión es inevitable la remisión a cuestionamientos de este tipo y a otros tantos de naturaleza orweliana o kafkiana, ante los profundos elementos de análisis que sus páginas condensan y que se refiere a tópicos como la libertad, la intimidad, el control y el poder, tópicos que diestramente son

analizados desde el ámbito del derecho penal (ex artículo 314 CP) y, particularmente, en relación con la discriminación laboral derivada de los algoritmos tecnológicos.

A lo largo de sus páginas el lector conocerá de primera mano el contexto actual de la situación en el que la persona trabajadora –de nueva cuenta– es colocada en una crítica situación de cara a las nuevas tecnologías en donde su fuerza de trabajo queda sujeta a las condiciones más amplias de la libre oferta y demanda (*Lex mercatoria*) acompañada de precarias condiciones de retribución y en las que incluso no pocas veces se discute la propia condición de agente trabajador de la persona.

La condición es incluso más crítica a los pasajes ya ocurridos en las anteriores revoluciones industriales y tecnológicas (lo que hoy se denomina cuarta revolución industrial) en tanto que, como expresa el libro reseñado,

los eventos contemporáneos acompañan a los trabajadores de una constante erosión en la fuerza de los sindicatos, la solidaridad social, la conciencia de clase trabajadora, la flexibilidad laboral y el deterioro cada vez más frecuente de las condiciones de trabajo, la crisis del Estado social y de sus instituciones.

Por si fuera poco, a lo ya dicho puede sumarse el embate de las nuevas tecnologías que, como apunta el autor reseñado, en teoría deberían servir a la humanidad pero que, como la cada vez más contante experiencia en el terreno fáctico demuestra, se coloca como uno más de los obstáculos a los que se enfrentan los trabajadores y la sociedad en general, muestra de ello son los casos de grandes compañías como Amazon, Uber, Google o IBM y, en el contexto español el conocido caso Bosco con incidencia en el consumo energético, así como diversos casos de discriminación en razón de la discapacidad. En todos estos precedentes, se detalla cómo el empleo de complejos algoritmos favorece la toma de decisiones no siempre neutrales y con incidencia en el ámbito laboral y, más aún, en la propia dignidad de las personas. Esta «no neutralidad» a su vez, se proyecta en decisiones discriminatorias que excluyen, que diferencian y que propugnan por un determinado modelo o estándar frente al cual, quienes son diferentes, tienen escasas (por no decir nulas) oportunidades de verse favorecidos, todas estas son cuestiones objeto de análisis en la obra del Dr. Abadías Selma.

Los casos presentados bajo análisis, a su vez, permiten a su vez derivar reflexiones en torno al ámbito de la responsabilidad penal, así como en relación al limitado arsenal que hoy disponemos para hacer frente a estas situaciones (artículo 314 CP). Como se sabe, el derecho casi siempre va algunos pasos atrás de la realidad y en el caso de la IA, así como de las nuevas tecnologías emergentes podríamos decir que el derecho se encuentra varios pasos detrás, tanto es así que, de cara a situaciones como la exclusión y discriminación los tribunales se han enfrentado a complejos dilemas y a laberintos normativos en los que no siempre se encuentra una respuesta satisfactoria.

En efecto, sí las máquinas son alimentadas a través de la información proporcionada por sus programadores, luego entonces una probable vía de responsabilidad puede darse de la mano del control de la información que les es suministrada a estas y, por tanto, atribuir la responsabilidad a quienes las programan. Sin embargo, si partimos del hecho de que una vez «alimentada» la máquina es capaz de «aprender» y tomar sus propias decisiones en tal ámbito ¿podría derivarse una hipotética responsabilidad para la máquina? Y más aún, si se acepta esta situación, ¿cabría entonces repensar la idea de los sujetos de imputación normativa en el derecho? ¿el principio de culpabilidad y de responsabilidad personal? ¿flexibilizar el nexo de causalidad normativa? ¿idear nuevas hipótesis de responsabilidad para sujetos no humanos? (algo ya hecho en el ámbito

de la responsabilidad penal de las personas jurídicas).

Frente a estas complejas interrogantes, el autor nos expone las serias deficiencias del artículo 314 del Código Penal español y su incapacidad para hacer frente a los nuevos retos de la revolución tecnológica, dando parámetros *de lege ferenda* para eventuales reformas legislativas que puedan aprehender el fenómeno digital y darle una adecuada respuesta por vía de los instrumentos normativos.

Las cuestiones que aquí se presentan, y que derivan de una lectura de la obra reseñada, no son en absoluto baladíes pues, como constatará el lector, en muchos de los juicios que hoy día se llevan a cabo, uno de los principales argumentos esgrimidos por las defensas es que la programación se realiza con base en la información disponible y que, naturalmente, no pueden alterarse esos datos, de tal manera que no cabría atribuir responsabilidad a quien programa una máquina con base en los datos existentes en la realidad. La tecnología «aprende» de esos datos y del propio condicionamiento social contribuyendo a reproducir viejos atavismos humanos.

En efecto, en muchos casos, se requiere de un criterio no automatizado capaz de valorar específicas condiciones en las personas y que permitan superar barreras sociales y culturales de exclusión, cuestión que la IA al momento no logra incorporar (aunque ciertos intentos han sido realizados), el autor se pronuncia en esta dirección, esto es, en la necesidad de una intervención normativa y social que

permita reencauzar el desarrollo tecnológico bajo los cánones constitucionales y de derechos humanos, en particular del principio de igualdad y no discriminación (artículo 14 CE), aspecto al que concede gran relevancia y nos lleva a un estudio pormenorizado de sus antecedentes, estructura, presupuestos y, naturalmente, retos de cara a la revolución digital que hoy experimentamos: «en el ámbito de lo laboral la prueba de una posible discriminación comporta todo un cúmulo de dificultades a veces insalvables, y es aquí cuando el juez tendrá que aquilatar, templar y velar incluso por la inversión de la carga probatoria con la finalidad de impedir una perpetuación de una situación totalmente contraria al ordenamiento constitucional».

Finalmente, el lector encontrará propuestas normativas concretas dirigidas al logro del objetivo constitucional antes trazado, dentro de estas medidas se contempla la responsabilidad de la persona jurídica, mecanismos de autoregulación (tipo *compliance*), reglas para la autoría y participación, herramientas para la garantía de la intimidad y la privacidad, medidas en materia de transparencia y acceso a la información (incluyendo en ciertos supuestos el acceso al código fuente de algoritmos y demás programas informáticos), instrumentos de trazabilidad, tutela de la neutralidad en la red, así como la previsión de diversos elementos tecnológicos y digitales en el ámbito laboral, incluyendo recursos y garantías *ad hoc* basadas en las nuevas tecnologías. Como señala el autor, «La digitalización de la sociedad es

una realidad imparables, y para evitar que se produzcan abusos en las relaciones laborales se impone la necesidad de una verdadera vertebración»,

esta vertebración exige esfuerzos conjuntos de Estado, trabajadores, sindicatos, empresas y de la sociedad en general.

Mario Eduardo Maldonado Smith

Profesor de Derecho Penal

Universidad Internacional de la Rioja

Investigador parlamentario

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de México

LAISE, Luciano, *Cómo argumentar un caso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2023, 182 pp., ISBN 978-987-805-457-5.

<https://doi.org/10.18543/ed.2938>

Publicado en línea: diciembre 2023

Emprender un libro titulado “Cómo argumentar un caso penal” es cuando menos arriesgado. Tal denominación refiere una actividad realizada por tantos profesionales del Derecho que implica convencerlos de virar hacia otros objetivos y persuadirlos de abrazarlos. Es una empresa ambiciosa.

Laise introduce al lector advirtiéndole que la primera parada será en el tópico (¿problema?) del lenguaje, el territorio donde sucede la argumentación que, como dice el autor, cada vez es más difícil sustentar en posiciones notables, cuando el escenario social (incluido el académico) es cada vez más policéntrico y no en el mejor sentido, el democrático, sino más bien en el parecido al desorden. Laise expone la actual desacralización de las verdades jurídicas totales, donde enunciados resistentes antaño, como la inaceptabilidad de la aplicación retroactiva de la ley penal, ahora entran en crisis sin que nadie se despeine.

Los ejemplos esgrimidos son claros. En el artículo 140 del Código Penal argentino, dedicado a perseguir la

esclavitud o la servidumbre, se encuentran extensas zonas nebulosas donde la interpretación puede pasear a sus anchas y también conducirse al error, por ello, una argumentación bien estructurada disminuiría esta posibilidad. Lo mismo sucede con el concepto de daño en el mismo cuerpo legal.

El entorno que Laise ha escogido para desarrollar su trabajo es “el problema de la interpretación y la argumentación jurídica en el contexto de un derecho penal que se materializa mediante un proceso adversarial” desde la perspectiva del defensor y eventualmente del fiscal o el juez. Desde este enfoque, el sistema procesal penal se concentra en los litigantes y, desde la orientación que el autor ha querido imprimir a su investigación, en específico, se enfoca en el acusado.

1. El primer capítulo o el trazado del terreno

Las lagunas del Derecho conforman uno de esos conceptos que provocan la sensación de conocerlos por completo y justamente, una visión

como la que se expone es lo suficientemente divergente para sorprendernos. Laise evita la obviedad, alejándose de la concepción que entiende a las lagunas como espacios no colonizados por la norma y propone que también se presentan en el texto, cuando un espacio extenso para la interpretación nos dirige irremediamente a la incertidumbre.¹ Estoy de acuerdo y por ello creo que Laise tiene el mérito de habernos conducido fuera de conceptos manidos, ofreciendo un enfoque que otros percibíamos, pero sin la perspicacia de proponerlo y esquematizarlo.

El autor utiliza indistintamente los términos laguna y vacío, por ello advertimos al lector, que algunas corrientes diferencian estos vocablos, señalando que las lagunas deben ser completadas y los vacíos se tratarían de silencios intencionales de la norma². Para los efectos de la tesis de Laise, dicha diferencia no es imperativa.

¹ Laise ejemplifica la indeterminación con el vocablo “aterrorizar”, pero, fuera del área penal es similar el panorama. Véase el caso del artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, donde se intenta definir el término “tortura”, pero se termina incurriendo en otra incertidumbre. En la versión en español se alude a “dolores o sufrimientos graves”, conceptos tan amplios que exigen igualmente una interpretación que los circunscriba. No es diferente el caso en la versión en inglés (severe pain or suffering) o en francés (une douleur ou des souffrances aiguës).

² Marcial Rubio, *Sistema Jurídico* (Lima: Fondo editorial de la PUCP, 2009), 261.

Respecto al término “lagunas del Derecho”, existen autores que prefieren “lagunas del derecho positivo”³ o “lagunas de la ley”⁴, pues consideran que es la norma escrita y no el Derecho la que posee tales espacios áridos. Laise no se detiene en esta distinción, ergo, entenderemos lagunas del Derecho en su acepción de ley.

La discusión sobre las lagunas extrasistemáticas e intrasistemáticas nos remite a una cuestión jurídica medular: si es legítimo recurrir a otros sistemas normativos. Recordemos que incluso Kelsen y otros iuspositivistas formalistas aceptan la existencia de sistemas normativos fuera del Derecho, lo que rechazan es la posibilidad de invocarlos desde tierras jurídicas. Laise acepta integrarlos. Por otro lado, la deliberada indeterminación normativa a la que hace referencia cuando explora las posibilidades de las lagunas estáticas y dinámicas nos conduce a la posición que el legislador cede en favor de los intérpretes futuros, quienes darán contenido a los conceptos no definidos. Es en esta sana práctica jurídica donde el Derecho exhibe mejor su magia, por ello acierta el autor al transformar nuestra perspectiva sobre las lagunas, dejar de asociarlas con una carencia y más bien asumirlas como una oportunidad de creación jurídica. Esta circunstancia puede implicar un problema de lenguaje en cuanto al contenido, pero

³ Karl Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico* (Madrid: Guadarrama, 1967), 174.

⁴ Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho* (México: Porrúa, 2002), 366.

también a la forma. No es nueva la importancia de la semántica en el Derecho y Laise lo sabe.

2. El segundo capítulo o el momento de la estrategia

Laise ingresa a terreno sagrado en el Derecho penal, el principio de legalidad, y desciende hasta su principal aversión: la analogía. El autor pretende deslindarla de la interpretación extensiva, esta no desea violentar el texto normativo, sino explorar la mayor extensión de terreno en que puede aplicarse, colocando hitos sobre los casos en que podría encajar. Es un ejercicio de elasticidad de la ley dentro de los límites de la “inteligencia exacta de la ley”.

El autor expone la relación tirante entre dos fuerzas del Derecho penal: el principio de legalidad y la aplicación dinámica de los tipos penales. Entiendo esta oposición como preferir la literalidad para mantener la seguridad y predictibilidad del derecho sancionador, e igualmente percibir la necesidad de extensión para evitar la obsolescencia normativa y principalmente su desconexión con la realidad. El tema se presenta a primera vista como la dicotomía seguridad/desconexión. Pero, ¿tiene necesariamente que ser así?

Según Laise, la interpretación dinámica o evolutiva es preferible a la interpretación viviente, siendo que la primera sólo se moverá en los salones del sistema jurídico para encontrar un mejor entendimiento y especialmente recurrirá al salón principal: la Constitución, de donde tomará una inspiración que igual le es mandatoria. Este espíritu constitucional servirá para cubrir los silencios y conducir la

extensión en espacio del tipo penal y en tiempo cuando se necesite actualizar el sentido de la norma.

La interpretación viviente buscaría reemplazar el texto normativo por valores contemporáneos. Vistas así las cosas, es curioso que una hermenéutica con nombre alusivo a la vida signifique la muerte de la norma. Si este peligro se cierne sobre su uso en el campo constitucional, no será diferente en el penal.

La propuesta de Laise para una interpretación dinámica o evolutiva se configura alrededor de cuatro directivas ordenadas, secuenciales y entrelazadas. La primera se refiere a la necesidad de reconocer la teleología de la interpretación (que consiste en comprender el sentido y alcance de las garantías constitucionales que conforman el Derecho penal); continúa con la identificación de las tendencias jurisprudenciales y doctrinarias (entendidas como una visión a futuro sobre aquello que se espera del Derecho penal según la coyuntura vigente); la tercera se concentra en los actores institucionales que harán efectivos los principios y valores de la Constitución (entendiéndose que esta pretensión se forja a la par de la interpretación de los derechos fundamentales por parte de los órganos jurisdiccionales destinados para ello) y la última directiva se orienta a circunscribir la interpretación finalista en el sistema de derecho penal (se busca comprender los sentidos finales de una norma penal, pero con los límites que prescriben la razonabilidad y el rechazo de lo arbitrario, persiguiendo mantener la armonía del sistema jurídico y un mínimo óptimo de convivencia social).

3. El tercer capítulo o la cuestión del activismo judicial

La frase “teoría del caso” denomina una serie de actos que mejor se explican por el término “estrategia”, según Laise. Estoy de acuerdo, aunque por otras razones. Recojo la posición de Bunge: “[E]n las ciencias sociales hay tendencia a dignificar con el nombre de teoría a cualquier montón de opiniones, por desconectadas que estén y por infundadas que sean”⁵. Laise sostiene que la exigencia de una teoría del caso, implicaría tácitamente, para la parte defensora, echarse al hombro la obligación de organizar una batería de planteamientos que desarmen al oponente. Ello desnaturalizaría los principios, dado que obligaría a extender la carga de la prueba a ambas partes. Desde mi perspectiva, el sólo hecho de usar la denominación “teoría del caso” implica para la parte acusada aceptar que hay un caso. La incoherencia se cuenta sola.

Según Laise, “la insistencia en que todas las partes cuenten necesariamente con una teoría del caso podría fomentar el activismo judicial”. Para el autor existen dos acepciones al respecto, una se entendería como “versión” (narración) de los hechos y otra sería una “visión” (perspectiva) de ellos. No son excluyentes entre ambas, al contrario, pueden cruzarse, provocando visiones perspectivistas o narrativistas según convenga al caso.

Sin embargo, el tema es más largo. El autor descende al tópico del activismo judicial, señalando que se trata

de la “intervención de un tribunal orientada a invalidar una norma de carácter general debidamente promulgada, pero sobre la base de las propias consideraciones morales del juez o tribunal”. Según la investigación, el problema no radicaría propiamente en la invocación a las convicciones morales, sino cuando éstas dirigen la interpretación de modo que normas competenciales precisas se toman como principios indeterminados. Es decir, la ayuda de sistemas morales es bienvenida cuando las normas son vagas, pero cuando son precisas, esta ayuda es redundante y si las reemplaza, es peligrosa. Algunas de estas normas, dirigidas a limitar este tipo de interpretación desviada, son justamente las encargadas de separar los poderes. Para un Estado de Derecho esta es su garantía de existencia y para los subsistemas creados en su seno es su principio de legitimidad, incluido el sistema penal y, por supuesto, también el proceso penal.

Por ende, una acotación interesante de la investigación es la proposición de argumentos para “limitar o acotar las excepciones que algunos jueces pretenden emplear para excusar sus prácticas activistas”. Razonable y honestamente, lo primero que hace el autor es preguntarse cuál sería el lugar del principio *iura novit curia*. Laise considera que mientras no se advierta “que el juez tenga algún compromiso preferencial con los intereses de alguna de las partes”, no se vulnera el principio de imparcialidad y, obviamente, tampoco el de separación de poderes y entonces, el juez podrá suplir la inactividad o impericia de alguna de las partes. Es distinto si las

⁵ Mario Bunge, *Epistemología* (México: Siglo XXI editores, 2002), 166.

partes actúan diligentemente y el juez decide tomar posición sin que su criterio esté mejor razonado que el de ellas, aquí sí se inmiscuiría en una función que, en los procesos de tipo adversarial, fue encomendada a otros, como al Ministerio Público.

Así, llegamos a la construcción del concepto de “estrategia”. Si bien es cierto, el autor ya lo había susurrado en varios apartados, utilizando incluso los símiles con el ámbito de la administración y el de la guerra, aquí se detiene para explicar el proceso de armado.

La primera estación estaría dedicada al valor de la práctica por la que es escogido un letrado, siendo que el producto de su defensa será elegido por las bondades únicas que puede garantizar, es decir, sus habilidades para el conocimiento de la otra parte y para conocer las necesidades de sus clientes, sin dejar de lado las necesidades del juez.

El segundo test evoca un servicio “a la medida” del cliente, esto serviría primero, para evitar ser predictivo y segundo, para entrenar técnicas de uso procesal que, una vez dominadas, sean también autocriticadas, de manera que el litigante sea continuo revisor de su trabajo, con el empeño de quien ausculta sus actos a través de las virtudes para perfeccionarlos mediante la autoevaluación. El autor recurre a esa virtud moral que Aristóteles explicaba como sabiduría práctica, citada como *phronesis* en la investigación y conocida también como *prudencia*.

La tercera parada podría denominarse optimización o inclinación por la mejor forma posible, hecho que excluirá medidas que pueden ser beneficiosas pero que se han juzgado

como de menor conveniencia. Es importante seguir el camino elegido, pues de no hacerlo, se distraerían recursos vitales para el proceso.

El cuarto examen puede desprenderse del primero, determinando que la estrategia no deberá cambiarse salvo que no quede otra alternativa. Un cambio innecesario debilitaría las posibilidades del cliente. El autor describe las ventajas de esta decisión, que pueden concebirse como coherencia o impresiones que deja la coherencia a quienes tienen contacto con ella. Según Laise es favorable para el preconcepto que el Juez pueda crearse sobre la visión que se le presenta, es también beneficiosa para la relación que el litigante pueda formarse con los auxiliares de justicia y robustece la excepcionalidad del servicio al cliente.

El último test se bifurca. El autor lo denomina “valoración de la eficacia de la estrategia” y consiste no sólo en vencer al fiscal, sino en crear convicción en el Juez, que es finalmente lo que importa. Esto tiene como objetivo evaluar la estrategia con respecto a la percepción que se tiene de la convicción que se va o no creando en el juzgador. En la etapa preliminar, esta toma de temperatura puede sentirse en preguntas formuladas por el Juez, mientras que durante el juicio oral se examinará si la prueba resulta “auténtica, fiable y exacta”.

Para finalizar, Laise ofrece un cuarto capítulo dedicado a una aplicación casuística de la discusión teórica desarrollada en el libro, pero dejaré esta parte a la curiosidad académica del lector, a fin que sea él mismo quien analice las proposiciones aterrizadas en el mundo los hechos.

4. Las conclusiones o la evaluación del objetivo. La primera conclusión es que Laise ofrece un método. Lo cual sería evidente teniendo en cuenta el título del libro, pero quiero ir al trasfondo, dado que el concepto “conjunto de reglas establecidas secuencialmente para regular una actividad” es similar al enunciado “vía donde es posible transitar para alcanzar un lugar”. Dicho así, un método es en realidad un camino.

Parece que Laise ofrece los pasos, pero más que eso, ofrece el camino. Además lo explora esperando que otros continúen después de él, así lo entiendo al leer los recurrentes casos prácticos en su trabajo. Comprendo que muchos operadores del Derecho (no sólo abogados litigantes) se verán identificados en aquellos e insisto en que se trata de un camino porque al

recurrir al griego, el término μέθοδος (*methodos*) hace referencia a la acepción citada líneas arriba. La RAE es mucho más lacónica: “Modo de decir o hacer con orden”.

Me atreveré a agregar que el libro no se restringe al campo penal o procesal penal, podría aplicarse a todo el Derecho y espero que Laise se anime a una secuela dedicada a hurgar en el proceso en general o en otras ramas jurídicas. Identifico el trabajo de Laise con una investigación orientada a la razón práctica. No es solamente un manual, ni un conjunto de casos, sino una guía para entender la ontología del proceso, pero del recto proceso y su buen actuar arropado por la virtud, pero sin virar al cliché de callar sobre el objetivo que nunca deja de ser otro para un abogado: ganar.

Eduardo Acosta Yparraguirre
Docente a Tiempo Completo
Facultad de Derecho
Universidad San Ignacio Loyola

PACE, Lorenzo Federico, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, Cacucci Editore, Bari, 2021, 175 pp., ISBN 979-12-5965-020-7.

<https://doi.org/10.18543/ed.2939>

Publicado en línea: diciembre 2023

I. Lorenzo Federico Pace, profesor de Derecho de la Unión Europea en la *Università degli Studi del Molise* (Italia) publica una nueva monografía sobre la propia esencia de la Unión Europea (UE) que llega en un momento crítico necesitado de reflexión. En efecto, si en esta ocasión investiga sobre la naturaleza jurídica en el contexto de la crisis pandémica, con anterioridad lo hizo sobre el régimen jurídico del euro y la importancia que tuvo el nacimiento de la Unión Económica y Monetaria para que Europa volviera a salir unida después de la crisis económica y financiera mundial iniciada en 2008¹.

Se trata de una obra madura que, como indica el propio autor en la Introducción, refleja el resultado de sus

investigaciones durante los últimos veinticinco años con objeto de sistematizar su pretensión de comprender que es la UE desde el punto de vista jurídico según sus propias categorías y principios; cuáles son los motivos jurídicos de su nacimiento; cuáles son las características de su naturaleza jurídica y de su ordenamiento, y cuáles son sus perspectivas de desarrollo en el futuro. En dicha pretensión, el doctor Pace no deja de reconsiderar, a la luz de los *Federalist papers*, que si bien el proceso de integración europea presenta una profunda y diferente dinámica con respecto al de los Estados Unidos de América, presenta pese a todo algunas semejanzas en sus objetivos, hasta el punto de poder afirmarse que el objetivo de la UE en el contexto del proceso de integración europea –y con el papel central desempeñado por los Estados miembros– radica también en garantizar la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad de los ciudadanos europeos.

Con tales planteamientos, la tesis central del libro postula que la UE

¹ Véase Lorenzo Federico PACE, *Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2018, 184 pp., ISBN 978-88-6611-695-0.

constituye el medio (individualizado por los propios Estados que la integran) para solucionar la crisis del Estado nacional en el continente europeo. De tal suerte, se efectúa un profundo análisis sobre el modo en que la “multitud” de reconstrucciones teóricas relativas a la UE contrastan con la “univocidad” con la que se ha definido jurídicamente el Estado como organización político-institucional. Como fruto de dicho análisis (fundamentado lógicamente en el texto de los Tratados y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), el autor mantiene que la UE formalmente constituye una organización internacional, sin que no obstante emane de ella derecho internacional, sino “autónomo derecho de la Unión”. Por otra parte, desde la perspectiva sustancial, los Tratados crean una estable organización político-institucional continental instituida por Estados nacionales (formalmente) soberanos. Todo lo cual se pone en conexión con el “motivo” jurídico del nacimiento de la Unión, a saber, la crisis del Estado nacional en Europa en el siglo XX. En estas coordenadas, se hace hincapié en que la finalidad de la Unión es doble: por una parte, la estabilidad política de sus concretos Estados miembros y, consecuentemente, del entero territorio continental; y, por otra parte, la mejora de la “calidad de vida” de los ciudadanos europeos en los Estados miembros. Tal resultado es posible asimismo como consecuencia del hecho de que los pueblos de los Estados miembros comparten valores comunes que la Unión está llamada a garantizar.

II. Con estos mimbres, tras la Introducción (pp. 1-2), la obra se abre con unas acotaciones preliminares sobre “la Unión Europea y su naturaleza jurídica: ¿La Unión como víctima de su propio éxito?” (pp. 3-7), en donde se persigue perfilar el objetivo general del volumen, sustentado en la propuesta de una estructura coherente de análisis de la Unión (de su naturaleza jurídica y de su ordenamiento) con la voluntad de hacer “reemerger” las categorías, los conceptos y los principios del Derecho de la UE a tenor de sus bases teóricas y también individualizando los motivos histórico-jurídicos de su definición. Ahora bien, dicho objetivo general no revela una mera actividad academicista, sino que desempeña otra función importante, como es la de ponderar la interpretación de algunos términos utilizados por el Tribunal de Justicia (entre otros, “carta constitucional” o “marco constitucional”, en el seno de la estructura normativa de una organización internacional como la Unión), sin olvidar la propia percepción ciudadana. Eso último conduce al autor a alertar sobre el riesgo de que querer configurar a la Unión como un ente *sui generis* (ni organización internacional, ni Estado), según ha propuesto parte de la doctrina, genere condiciones de deslegitimación de tan esencial ente para la estabilidad política del continente; en otras palabras, “quien busca atribuir a la Unión una naturaleza jurídica y características que no le son propias pone la bases para su deslegitimación” (p. 5).

Esta primera disquisición no es baladí, por cuanto es lo que se habría verificado de alguna manera durante

la pandemia del Covid-19 con respecto a las críticas a la Unión por aquello que no habría llevado a cabo. Sin embargo, Lorenzo Pace considera que una visión más realista de la Unión habría propiciado la percepción contraria (dejando a salvo la necesaria crítica por eventuales errores), es decir, la necesidad de subrayar “lo mucho” que la Unión ha hecho (también) durante el período de la pandemia (por descontado, el papel crucial del Banco Central Europeo, o la idea y puesta en marcha del programa *Next Generation EU*, etc.). Para sostener dicha consideración, el doctor Pace pone su atenta mirada en la manera, más exitosa que desastrosa –podríamos decir–, en que la Unión ha hecho frente en las últimas dos décadas a crisis institucionales y económicas de dimensión y gravedad sin precedentes (trae a colación, entre otras, la generada por el frustrado Tratado constitucional en 2005, la institucional y económica de la eurozona en 2009 con episodios de conflictos entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional alemán, la crisis del Brexit en 2016-2019 o la más reciente crisis institucional y económico-social provocada por la pandemia del Coronavirus). A tal efecto, el volumen lo concibe el autor como una oportunidad de analizar las características de la naturaleza jurídica de la Unión y de su ordenamiento en el contexto de la dinámica del proceso de integración europea a través de las “lentes” de la crisis de los últimos veinte años.

Pues bien, pese a que el planteamiento metodológico de Lorenzo Pace sea eminentemente técnico-jurídico, al poner el énfasis en las

categorías desarrolladas por la cultura jurídica europea, con buen criterio no excluye los perfiles relativos a otros campos susceptibles de enriquecer el prevalente examen jurídico, acudiendo a la historia, a la economía o a la ciencia política. Con semejante enfoque, se estructura el bloque central del libro en cinco grandes capítulos. El primero de ellos, precisamente (bajo el título “Las reconstrucciones teóricas de la naturaleza jurídica de la Unión Europea y de su ordenamiento”), acomete un discernimiento, a la vez que una clara imbricación, entre la reconstrucción “técnico-jurídica” y la “jurídico-política”, deteniéndose en aportaciones “jurídico-políticas” provenientes de Estados Unidos (principalmente de la Universidad de Michigan –Ann Arbor, con autores renombrados como Eric Stein y Joseph Weiler) y su influencia en Europa. En cambio, para el profesor Pace, semejante influencia de la escuela “Ann Arbor” no puede estimarse como totalmente pertinente o adaptada a las realidades de las recientes crisis de la Unión; entre otras razones, porque las distintas teorías basadas en el “paradigma constitucional” nacidas al albur del Tratado de Maastricht a inicios de los años noventa del siglo pasado (entre ellas la del denominado “constitucionalismo multinivel” o la del conocido como “pluralismo constitucionalista”) se alejaban sustancialmente “del preciso texto del Tratado y de los principios expresados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” (p. 17). A la vez, son objeto de crítica algunas de las teorías de la corriente “técnico-jurídica” a la luz de las categorías del Derecho público

internacional y del Derecho público interno (pp. 23 y siguientes). En realidad, entiende que las corrientes re-constructivas “jurídico-políticas” y las “técnico-jurídicas” normalmente tienen como carencia insalvable un análisis histórico-jurídico (particularmente en relación con los “hechos” y los “motivos jurídicos” del nacimiento de la Unión), probablemente como consecuencia de su pretensión de insertar a la Unión (de modo casi mecánico) en los tipos de entes jurídicos ya tipificados.

En coherencia con dicha crítica, el capítulo segundo lleva por título “Una propuesta de reconstrucción de la Unión Europea en el sentido de sus propias categorías jurídicas: la Unión como ‘nueva forma’ de organización político-institucional instituida entre Estados (formalmente soberanos)”. El título del capítulo ya es lo bastante elocuente y, como premisa, se apuesta por acometer “¡primero los hechos, después las fórmulas!” (p. 27). En tal línea, se abordan los “hechos” y los “motivos jurídicos” del nacimiento del proceso de integración europea como medio para la solución de la crisis del Estado nacional y como fruto de la “contradicción entre Estado y mercado” ya desde finales del siglo XIX. Sobre este punto, es evidente que el proceso de integración europea nace en una fase del desarrollo histórico jurídico del viejo continente, tras la segunda guerra mundial, en donde “los hechos” imponen la creación de un “interés común europeo” (individualizado inicialmente en el ámbito económico) que permite a los Estados miembros organizarse según el principio de igualdad soberana

que caracteriza a las organizaciones internacionales clásicas, sin por ello descartar el tránsito hacia una “fórmula” jurídica más avanzada de organización para eludir la tensión del “contraste de soberanías”.

Es en ese avance en el que se adentra el capítulo tercero (titulado “La Unión Europea y su naturaleza jurídica: la ‘constitución externa’ del ‘Tratado-constitución’”), con objeto de precisar, de hecho y de derecho, qué tipo de Tratado es el que instituye la vigente Unión Europea y, además, qué tipo de ente es el instituido mediante dicho acuerdo. Con ello en mente, se critica la (formalmente) simple catalogación de la naturaleza jurídica de la Unión como mera organización internacional, pero también la inexistencia, desde el punto de vista técnico-jurídico, de una categoría de entes *sui generis*; pues, en cualquier caso, no deja de ser una organización internacional, sin ser estrictamente una confederación (de hecho, recuerda el autor, en ningún momento se ha mencionado en los Tratados dicha denominación, a diferencia de las tres confederaciones más conocidas que han existido históricamente, o sea, la Confederación americana de 1777 a 1789, la Confederación alemana de 1815 a 1855 y la Confederación helvética de 1815 a 1848). Esta conclusión, según la cual la Unión seguiría siendo una organización internacional pese a sus peculiaridades, es sustentada por Lorenzo Pace con apoyo en el artículo 11 de la Constitución italiana, que considera base legítima (corroborada asimismo por la Corte Constitucional) para que Italia siga participando en la Unión (p. 43). Así las cosas,

se baraja en dicho capítulo el binomio “Tratado-constitución” junto a las nociones de “constitución interna” y “externa” de la Unión constatando que los Tratados instituyen (a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios o clásicos) un ordenamiento jurídico nuevo, que la Unión Europea se configura como un ordenamiento dotado de competencias atribuidas por los Tratados, que la Unión se ha dotado a través de su ordenamiento de instituciones propias y que, en fin, la Unión se erige en un ordenamiento “intersubjetivo”, en la medida en que (como ha observado asimismo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia) reconoce como sujetos tanto a los Estados como a los mismos ciudadanos (p. 66).

Seguidamente, el capítulo cuarto (“La Unión Europea y su ordenamiento jurídico: la ‘constitución interna’ del ‘Tratado-constitución’”) perfila la naturaleza jurídica de la Unión partiendo de la caracterización que realiza de su ordenamiento jurídico el propio Tribunal de Justicia al delimitar los conceptos de “carta constitucional” y de “marco constitucional”. Desde luego, al no establecerse la Unión sobre una base constitucional formal, sí se pone el acento en una propuesta reconstructiva de su “constitución interna” fundada en unas características propias “esenciales” e “inmodificables”, que se apoyan a su vez en otra característica preliminar nada despreciable, concretamente la concepción de la Unión Europea como “Comunidad de Derecho”. En este orden de cosas, la propuesta de reconstrucción del profesor Pace individualiza cinco elementos

característicos del ordenamiento de la Unión disciplinados por los Tratados, a saber: 1. La razón de ser de la Unión. 2. Los valores comunes de los Estados miembros sobre los que se funda la Unión Europea. 3. Los elementos que caracterizan el núcleo “supranacional” de la Unión (en esencia, el principio de autonomía, el principio de efecto directo y de primacía del derecho de la Unión, y el Tribunal de Justicia y la tutela jurisdiccional). 4. Las normas fundamentales para la realización del proceso de integración. 5. Las normas de atribución y ejercicio de las competencias reconocidas a la Unión en virtud del Tratado. Obviamente, todos estos elementos son objeto de discusión en la obra, pudiendo resaltarse en particular el último mencionado, con respecto al cual Lorenzo Pace critica contundentemente la ilegitimidad del ejercicio del control *ultra vires* por parte de los Estados miembros, con episodios recientes lamentables como la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 5 de mayo de 2020 referente al programa PSPP (Programa de Compras del Sector Público) del Banco Central Europeo, un pronunciamiento desafiante para el TJUE y, por consiguiente, para el propio proceso europeo de integración; puesto que, si ese control *ultra vires* puede ser “normalmente legítimo en las ‘ordinarias’ organizaciones internacionales, es ilegítimo en el contexto de la Unión por contrario a los artículos 19.1 TUE y 267 TFUE” (p. 127).

Completa el bloque central del libro el capítulo quinto, rubricado “Los aspectos jurídicos de la legitimación

de la Unión Europea”. De entrada, esgrime el autor que dicha legitimación le viene dada por los Estados miembros. Diversamente, llama la atención sobre los motivos por los que se tiende a atribuir (erróneamente) a la Unión una forma de legitimación, desde el punto de vista jurídico, similar e incluso coincidente con la del ente estatal. Ilustrando su postura, nos ofrece la demostración “empírica” sobre cómo la Unión es legitimada jurídicamente por los Estados miembros a través de la participación en la Unión y de la relativa dinámica “centrífuga” de Gran Bretaña, así como de la dinámica “centrípeta” de los Estados miembros continentales. Se configura de tal suerte la Unión como “comunidad de destino”, lo cual proyecta sus efectos sobre la dinámica del proceso de integración europea. Efectivamente, el caso del Brexit y, más en general, la “parábola” de participación de Gran Bretaña en la Unión habría demostrado que la legitimación de la Unión se produce, no tanto a través de los ciudadanos europeos, sino de los concretos Estados: en el caso del Brexit, el escrutinio democrático de la ciudadanía habría sido después transmitido a la Unión a través del Estado británico (es decir, según las reglas constitucionales internas y no directamente por parte de sus ciudadanos) con la comunicación de la retirada ex artículo 50 TUE (p. 136). En contraposición a la dinámica del Brexit (de trasfondo insolidario), un ejemplo de dinámica centrípeta encuentra en la superación de la pandemia del Covid-19, en donde los Estados miembros han decidido instaurar un programa (el *Next Generation*

EU) sobre la base del principio de solidaridad previsto en el artículo 122 TFUE (p. 138).

Pone cierre a la obra un sustancial capítulo de conclusiones cuyo título recoge la siguiente sugerente frase en inglés: “*An international organization, if each and every Member State can keep it, in the interest of its own people and of the European Union!*”. Con ella, el profesor Pace parafrasea a Benjamin Franklin en 1787 cuando estaba saliendo de la Convención Constitucional de Philadelphia que culminó la redacción de la Constitución federal americana, para subrayar el papel que el “pueblo” debía desarrollar con el fin de garantizar la estabilidad del nuevo sistema de “self-government” que se instauraba para los Estados Unidos de América (pp.144-145). Este simil, con sus matices, da pie al autor para concluir que setenta años después del inicio del proceso de integración europea los Estados continúan siendo los sujetos que legitiman dicho proceso de integración. En tal sentido, la propia Unión Europea constituirá, paradójicamente, la prueba más concreta de la fuerza y de la actualidad del Estado nacional (pero también de su crisis en el continente europeo) como ente social de organización político-institucional de un pueblo. Así, esgrime el doctor Pace, la soberanía como característica esencial de los Estados se ha reconocido por el mismo Tribunal de Justicia, acreditándose asimismo, por ejemplo, en el modo en que se ha desarrollado y resuelto la crisis de la eurozona, o en la forma en que se ha planteado la solución a la crisis de la pandemia del Covid-19. Y, en última instancia, desde

un punto de vista jurídico, se argumenta que el desarrollo del proceso de integración europea continuará (como desde 1952 hasta nuestros días) con el objetivo de crear “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa” (como reza el artículo 1.2 TUE), una Unión carente de una “soberanía europea”, pero dotada de su propia autonomía estratégica.

III. Llegados a este punto, que la lectura de la obra del profesor Pace no solamente es necesaria para entender el proceso de integración europea con espíritu crítico; es, además, insoslayable para forjar el sentimiento de pertenencia a Europa por parte de la ciudadanía. En efecto, su fino análisis en torno a la naturaleza jurídica de la Unión no resulta de interés únicamente para el mundo universitario, sino que interpela al conjunto de la ciudadanía a propósito de su implicación en el proyecto integrador. Con realismo en sus planteamientos, Lorenzo Pace no cae en pesimismo al afrontar los retos del proceso de integración europea mediante sus planteamientos en torno a la naturaleza jurídica de la Unión. Con tal filosofía, las diversas crisis que han afectado a la Unión Europea en las dos últimas décadas no se perciben como signos de debilidad,

sino como oportunidades para seguir avanzando a pequeños pasos, pero de manera firme, en la estela de la Declaración Schuman de 1950.

Como ilustración, la reciente crisis pandémica no ha socavado las bases del proyecto integrador, sino que ha mostrado que las consecuencias habrían sido peores de no existir la Unión. Así, dentro de la Unión hemos sido capaces de afrontar dicha crisis abanderando una trilogía que es, o debe ser, algo más que un mero eslogan: reconstrucción, recuperación/transformación y resiliencia. El caso es que la Unión ha sabido hacer frente a la crisis pandémica con soluciones innovadoras, poniendo de manifiesto que la dinámica integradora es irreversible. A veces se achaca al proyecto integrador que haya incidido primordialmente en la economía y, de hecho, en el libro se da cuenta de esa contradicción entre Estado y mercado desde los inicios de la construcción europea. Lo cual no ha sido obstáculo para progresar teniendo presentes algunos valores comunes y, sobre todo, como bien arguye Lorenzo Pace, modernizar progresivamente la Unión a través de la “revolución” de sus finalidades, es decir, transitando desde la creación del mercado interno hacia la tutela de la persona y de su dignidad.

Beatriz Tomás Mallén

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón

TOMÁS MALLÉN, Beatriz, *Intergrupos parlamentarios e integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 211 págs., ISBN 978-84-1169-517-6.

<https://doi.org/10.18543/ed.2940>

Publicado en línea: diciembre 2023

I. La nueva monografía de la profesora Tomás Mallén que reseñamos acomete un profundo análisis sobre la creación, el funcionamiento y la proyección de la figura de los intergrupos parlamentarios como experiencia innovadora de diálogo parlamentario, sin olvidar el impacto positivo que dicha figura puede tener en el proceso de integración europea. En este sentido, se analiza sucesivamente el papel del Parlamento Europeo como elemento dinamizador de parlamentarismo multinivel y catalizador de la construcción europea, el origen y posterior consolidación de los intergrupos en su seno y su apuesta federalista, y la necesaria revitalización de los intergrupos (a escala europea y nacional) ante el declive del proyecto integrador a la luz de las diversas crisis globales que han afectado al continente europeo (económica y financiera, sanitaria de Covid-19, o humanitaria de personas refugiadas, acentuada por la agresión rusa a Ucrania y, más recientemente, el último episodio de guerra palestino-israelí).

Con tales planteamientos, como recuerda la autora en la presentación del libro, no se persigue ensayar una clasificación de los intergrupos parlamentarios, puesto que existen, si bien aislados, algunos estudios que los catalogan y describen en función de criterios tales como el ámbito de interés y objetivo del intergrupo, su trayectoria histórica, su estructura, sus métodos de trabajo y la eficacia de sus acciones respectivas a través de una serie de índices. La doctora Tomás Mallén pretende, más bien, poner el énfasis en el alcance de su actividad parlamentaria o «pseudoparlamentaria» en clave de integración europea y en función de dos elementos: de un lado, el carácter transnacional de algunas de las cuestiones específicas que constituyen el objeto de interés aglutinante de los intergrupos; y, de otro lado, la patente transversalidad, para la construcción europea, de algunos objetivos en torno a los cuales se han formado determinados intergrupos.

Con su investigación, Beatriz Tomás intenta profundizar en el objetivo principal de acercarse al proceso de constitucionalización de Europa utilizando parámetros concretos que sirvan para verificar el pulso de la integración europea¹. Bajo tal ángulo, la obra no se limita a incidir en los perfiles más o menos difusos de las tendencias en las últimas décadas sobre europeización del Derecho Constitucional y correlativa constitucionalización del Derecho europeo, sino que pone el foco más ambiciosamente en el modo de dotar de contenido y sentido a dichos perfiles a través de los intergrupos parlamentarios y su impacto en la consolidación del sistema institucional, del sistema de fuentes y del sistema de valores y derechos, tanto de la Unión Europea como de sus países miembros.

II. En estas coordenadas, la obra se estructura en seis capítulos. En concreto, un primer capítulo introductorio se ocupa del Parlamento Europeo como vector del parlamentarismo multinivel y como catalizador de la integración europea. A tal efecto, el estudio se centra con carácter preliminar en la idea originaria y persistente de una asamblea común para construir Europa, en la originalidad de la Eurocámara como única asamblea internacional

elegida por la ciudadanía (a diferencia de otras asambleas parlamentarias de las organizaciones internacionales clásicas), y en la Eurocámara como forjadora de parlamentarismo multinivel democrático. Naturalmente, el concienzudo examen de todos estos factores da pie para que la autora aporte elementos de mejora orientados a: superar el clásico déficit democrático del sistema institucional comunitario (especialmente, en lo atinente al propio Parlamento Europeo), consolidar la original creación de los intergrupos en el seno de la Eurocámara como indicio de democraticidad interna, y contribuir a la democratización de otras asambleas parlamentarias internacionales y a otros procesos de integración regional.

A este capítulo introductorio siguen tres capítulos que constituyen un bloque central sobre los intergrupos a escala europea. En particular, el capítulo segundo se acerca al origen de los intergrupos en el Parlamento Europeo y a su inicial apuesta o vocación federalista. En esta ocasión, el centro de interés se pone en dos aspectos interesantes: de un lado, la inspiración de los intergrupos en el carácter abierto del movimiento europeo y la evolución del modelo socioeconómico europeo y, de otro lado, el funcionamiento de los intergrupos flexibilizando la disciplina partidista en aras de la consecución de objetivos comunes. Desde este último prisma, la autora hace hincapié en que «la idoneidad de los intergrupos para relajar el *mandato de partido* en aras de la consecución de objetivos comunes (en nuestro caso, el objetivo por excelencia de la construcción de Europa a

¹ La autora ya efectuó una interesante aproximación inicial a la temática en TOMÁS MALLÉN, Beatriz: «Una aproximación multinivel a los intergrupos parlamentarios», en VV.AA.: *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 3, Madrid, Universitas, 2012, págs. 2855-2874.

través de su paulatina federalización y constitucionalización) se pone de manifiesto cuando se compara con otras tentativas de flexibilización de la disciplina partidista en la Eurocámara grupal. Pues recordemos que el Parlamento Europeo no es ajeno a la dinámica del parlamentarismo grupal, por más que desconozca la institución del grupo mixto o análogo y establezca la figura de los parlamentarios no adscritos» (pág. 73).

Sigue un capítulo tercero que versa sobre la consolidación de los intergrupos en el Parlamento Europeo y de la idea federalista, poniéndose el foco de interés en el florecimiento del intergrupo federalista promovido por Altiero Spinelli, en el paralelismo con los proyectos (no vinculantes o fallidos) de constitucionalización europea (del propio Spinelli, de Fernand Herman -precedido por los textos de Emilio Colombo y de Marcelino Oreja Aguirre- o del más ambicioso pero fallido Tratado constitucional de 2004) y en la institucionalización de los intergrupos como marco regulatorio de la desconfianza de los grupos políticos. A este respecto, como balance de dicho marco sostiene la autora que «de esa tensión dialéctica entre el grupo político y el intergrupo se desprende en buena medida la utilidad y el papel jugado por los segundos, menos condicionados por una disciplina partidista atenta a la estrategia electoral y, al contrario, más flexibles y abiertos a la consecución de necesidades ciudadanas. En cambio, la tarea a desarrollar por los intergrupos no es sencilla (¡ni siquiera su propia subsistencia!), puesto que los grupos políticos siguen siendo en la actualidad los

actores dominantes del Parlamento Europeo, hasta el punto de pretender limitar e incluso hacer desaparecer a los intergrupos de la escena parlamentaria» (pág. 98).

Se completa el bloque central dedicado a los intergrupos en el Parlamento Europeo con un capítulo cuarto en el que se aborda su posible declive, así como el del propio proyecto integrador, un planteamiento que se asienta en determinados datos como el ocaso del intergrupo federalista, la pérdida de fuerza del proyecto integrador, y la correlación con un mayor formalismo institucional en el seno del Parlamento Europeo (alimentado por la desconfianza hacia los intergrupos y hacia el proyecto integrador). En dicho capítulo se lamenta que el intergrupo federalista no haya tenido continuidad en la Eurocámara desde la Legislatura 2009-2014, paradójicamente tras la vigencia del Tratado de Lisboa; de tal suerte, «la paradoja deriva del hecho de que, pese a haberse incorporado al Derecho primario algunas de los aspectos incluidos en el frustrado Tratado constitucional de 2004 (como la Carta de los Derechos Fundamentales, la iniciativa ciudadana europea o la figura del Presidente del Consejo Europeo), quedaron excluidos o devaluados otros aspectos constitucionales (como un auténtico Ministerio Europeo de Asuntos Exteriores, la denominación de los actos jurídicos para homologarla a la de los Estados miembros –Ley europea en lugar de Reglamento, Ley marco europea en lugar de Directiva, etc.– o la necesidad de una reducción aún más profunda del déficit democrático –especialmente del que afecta al PE cuando se

acude a actos atípicos para excluir incluso su consulta, como sucedió con los “Memorandos” de la Troika para combatir la crisis económica mundial estallada en 2008 o con el Acuerdo entre la UE y Turquía de 18 de marzo de 2016 para cerrar en falso la crisis de refugiados—) que bien merecen una reflexión y un seguimiento como los que llevaba a cabo el intergrupo federalista» (pág. 99).

Seguidamente, se incorpora a la obra un amplio capítulo quinto que se detiene en la práctica de los intergrupos en las Cortes Generales españolas (teniendo en cuenta la ausencia de formalización pese a la praxis intergrupala, o las complejas dinámicas intergrupales desde la perspectiva multinivel), y en los Parlamentos autonómicos. En tal orden de consideraciones, tal capítulo se cierra con unas reflexiones sobre el cariz más o menos europeísta de los intergrupos estatales y regionales, partiendo de la transnacionalidad y la transversalidad de los intergrupos europeos y su impacto a escala nacional. La autora opta por no hacer una incursión en otras realidades comparadas que, si bien podrían aportar elementos de interés, permitirían extraer conclusiones más bien discretas, dada la enorme asimetría y diversidad existente en las realidades parlamentarias extranjeras (incluidas las de los países miembros de la Unión Europea)².

² De hecho, como recuerda la autora, no se han realizado investigaciones comparadas sobre los intergrupos parlamentarios a nivel nacional. Sobre la diversidad de situaciones (que incluye la inexistencia de intergrupos en buen número de países),

Se cierra la monografía con un capítulo sexto de consideraciones finales sobre la posible revitalización de los intergrupos como vectores de parlamentarismo multinivel y catalizadores del proceso de integración europea. Se pone el punto de mira en propuestas como la recuperación del intergrupo federalista en el Parlamento Europeo, el deseable impulso de la integración europea desde los intergrupos en los Parlamentos nacionales, la necesaria sintonía de los intergrupos con el parlamentarismo multinivel y la profundización en un sentimiento constitucional europeo.

III. Llegados a este punto, apreciamos que el objetivo primordial de la obra consistente en abordar los intergrupos parlamentarios y la integración europea desde una perspectiva de parlamentarismo y de constitucionalismo multinivel se cumple con creces. Efectivamente, los desafíos de la integración europea se abordan por la profesora Tomás Mallén desde una doble dimensión susceptible de interesar tanto a la academia como a la

Beatriz Tomás remite a una tabla relativa a los intergrupos en los países miembros de la Unión Europea extraída de un estudio de la Dirección general de estudios del Parlamento Europeo, concretamente *Communication aux membres: réglementation du lobbyisme et des intergroupes dans les parlements nationaux des Etats membres* (Bruxelles, 17 octobre 1996, PE 212.408/rév.), citado por DUTOIT, Laurent: *Les intergroupes du Parlement européen*, Euryopa (Études, vol. 12), Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2001, pág. 37.

ciudadanía. Así, por un lado, en términos de parlamentarismo multinivel, el diálogo entre intergrupos del PE y homólogos de los Parlamentos nacionales permitiría profundizar en la vocación federal de la UE. Y, por otra parte, en clave más amplia de constitucionalismo multinivel, el diálogo entre los intergrupos de la Eurocámara con los representantes de la sociedad civil propiciaría un contrapeso frente al déficit democrático. Esto último, en suma, da pie a la autora para reflexionar sobre el papel de los intergrupos como un buen termómetro político para saber si el sentimiento constitucional europeo está presente en el seno del PE y, por tanto, la Eurocámara es también capaz de proyectarlo hacia la ciudadanía.

La consolidación de esa conciencia ciudadana europea resulta, en fin, tanto más necesaria cuanto que el euroescepticismo ha conocido un aumento en la última década (coincidiendo prácticamente con la última gran reforma del Derecho primario de la UE operado por el Tratado de Lisboa) a causa de las recientes y actuales crisis, desde la económica y financiera mundial que estalló en 2008, la invasión rusa de Crimea en 2014, la migratoria y de refugiados en 2015, la del Brexit en 2015, la del Coronavirus en 2020 o la agresión rusa a Ucrania en 2022.

Retos, todos ellos, que han pretendido afrontarse en la obra sobre la base de la experiencia de los intergrupos parlamentarios en el proceso de integración europea. Ahora bien, Beatriz Tomás pone de relieve el deseable impulso de la integración europea desde los Parlamentos nacionales, en la medida en que los intergrupos a escala nacional «pueden ser agentes de conciliación pragmática de posturas europeístas y superación de actitudes euroescépticas, dando así impulso a la integración europea en su conjunto o a través de concretas acciones comunes» (pág. 206).

En definitiva, nos encontramos ante una obra de indispensable consulta para seguir reforzando la conciencia europea y la consolidación de los valores que inspiran el proyecto común. Con tal espíritu, más allá del carácter ciertamente técnico de la configuración y funcionamiento de la figura de los intergrupos, el análisis de su cometido hace que el libro presente interés no solamente para personas expertas (juristas, politólogas, sociólogas, etc.), sino que suscite asimismo inquietudes al conjunto de la ciudadanía. Y, desde este punto de vista, la monografía constituye una herramienta que, más allá de la novedosa investigación universitaria, apunta cabalmente a la transferencia de conocimiento a la sociedad.

Jaime Clemente Martínez

Profesor Visitante de Derecho Constitucional
Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO*.
REVISTA DE DERECHO PÚBLICO COLABORAN /
THIS ISSUE INCLUDES CONTRIBUTIONS FROM:

Carlos ARCE JIMÉNEZ es Profesor Doctor en el Departamento de Derecho Público y Económico en la Universidad de Córdoba (España).

Carmen CARRILLO FRANCO es Becaria de investigación en el Departamento de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid (España).

Juan José GUARDIA HERNÁNDEZ es Profesor Agregado de Derecho Administrativo en la Universitat Internacional de Catalunya (España).

Aritz OBREGÓN FERNÁNDEZ es Doctor en Derecho Internacional por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) (España).

Juan Sebastián Alejandro PERILLA GRANADOS es Profesor Invitado en la Universidad Tecnológica de Bolívar (Colombia).

Yuliia REMINSKA es Ph.D. in Law, Secretaria de la *Constitutional Court of Ukraine*, Visiting Postdoctoral Researcher (Constitutional Law) en la Universidad de Málaga (Ucrania).

Irene RUIZ OLMO es Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla (España).

Ana TORRECILLAS MARTINEZ es Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura (España).

Emilio J. URBINA MENDOZA es Profesor Doctor en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

Germán M. TERUEL LOZANO es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Murcia (España).

Lorena TRISTANTE PELLICER es Alumna del Máster en Derecho Europeo (LLM) del Colegio de Europa. Brujas (Bélgica).

Mario Eduardo MALDONADO SMITH es Profesor de Derecho Penal en la Universidad Internacional de la Rioja e investigador parlamentario en la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de México (México).

Eduardo ACOSTA YPARRAGUIRRE es Docente a Tiempo Completo en la Facultad de Derecho en la Universidad San Ignacio Loyola (Perú).

Beatriz TOMÁS MALLÉN es Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universitat Jaume I de Castellón (España).

Jaime CLEMENTE MARTINEZ es Profesor Visitante de Derecho Constitucional en la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona (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 Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.
(Borrego Nieto, Gómez Asencio y Prieto de los Mozos 1986)

Cuatro o más autores

En la entrada de la lista de referencias se incluye a todos ellos. El orden y la puntuación son los mismos que en el caso de los libros con dos o tres autores. En el texto se da solo el apellido del autor que aparece en primer lugar, seguido de *et al.*
(Ojeda et al. 2009, 128-129)

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

Notario Ruiz, Antonio, ed. 2005. *Contrapuntos estéticos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
(Notario Ruiz 2005, 24)

Editor, traductor o compilador además de autor

Fernández Ramírez, Salvador. 1985. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros.
(Fernández Ramírez 1985, 112-23)

Capítulo u otra parte de un libro

Gómez Mendoza, Josefina. 2009. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España.
(Gómez Mendoza 2009)

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

Rieger, James. 1982. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press.
(Rieger 1982, XX-XXI)

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.
Austen, Jane. 2008. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics. Edición en PDF.
(Austen 2008)

Libro consultado en línea

Gutiérrez Ordoñez, Salvador. 1981. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.
Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. 1987. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.
(Gutiérrez Ordoñez 1981)
(Kurland y Lerner, cap. 10, doc. 19)

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

En el texto, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la entrada de la lista de referencias, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

Hernández Guerrero, María José. 2011. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1: 101-118.

(Hernández Guerrero 2011, 115)

Artículo en una revista en línea

Indique el DOI (*Digital Object Identifier*, «Identificador Digital de Objetos»), si la revista utiliza alguno. En caso contrario, señale el URL y la fecha de acceso.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. Acceso el 2 de febrero de 2015. http://www.revistalatinacs.org/11/art/941_Alicante/20_Feliu.html.

(Feliu Albadalejo 2011, 470)

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010, ...»), y, normalmente, se omiten en la lista de referencias. El siguiente ejemplo muestra una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. 2010. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

(Stolberg y Pear 2010)

4. Reseña del libro

Kamp, David. 2006. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

(Kamp 2006)

5. Tesis o tesina

Hernández Rubio, Francisco José. 2010. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

(Hernández Rubio 2010)

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

Rodríguez Vázquez, Silvia. 2012. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre.

(Rodríguez Vázquez 2012)

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...»).

Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación.

Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir la fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

McDonald's Corporation. 2008. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>. (McDonald's 2008)

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012, ...») y, generalmente, se omiten en la lista de referencias. Si es necesaria una entrada en la lista de referencias, cite la entrada del blog, pero mencione los comentarios solo en el texto. (Si se requiere una fecha de acceso, añádala antes del URL).

Ramírez, José Luis. 2012. «Hacer los deberes». *Blog de Lengua española*. Acceso el 17 de marzo. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>. (Ramírez 2012)

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») y raramente se incluyen en la lista de referencias.

(Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011)

Nótese que la cita de una comunicación personal o entrevista puede también complementarse con una nota a pie de página o final de capítulo.

(«Según señala Benjamin Spock en una entrevista realizada por Milton J. E. Senn el 20 de noviembre de 1974,⁸ ...»).

⁸ Spock, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

(Spock, entrevista por Senn, 20 de noviembre de 1974)²

² Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

10. Obra registrada en bases de datos

Para documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de dicha base y, entre paréntesis, el número de identificación recomendado en la misma.

Choi, Mihwa. 2008. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

La mayoría de los escritos legales y públicos citan la documentación en el propio cuerpo, más que en notas, y prácticamente no incluyen bibliografía. Todo escrito legal que necesite algo más que mencionar una fuente en el texto tendrá que recurrir a notas a pie de página o final de capítulo. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 14 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*.

5. **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 2, July-December 2023
DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7122023>

Table of contents

Studies

New technologies in Spanish and European migration and border control policies. A challenge for the validity of fundamental rights

CARLOS ARCE JIMÉNEZ

Freedom of speech and informative speeches in the digital scope

CARMEN CARRILLO FRANCO

The reception of the Precautionary Principle by the Spanish Constitutional Court. An Integrative Proposal

JUAN JOSÉ GUARDIA HERNÁNDEZ

Applicability of the right to self-defence against international terrorism: the terrorist act as an armed attack

ARITZ OBREGÓN FERNÁNDEZ

Social Protest as a Fundamental Right from the Colombian Constitutional Court

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA
GRANADOS

The Jurisprudence of the European Court of Human Rights as an Instrument to counter the Rule of Law backsliding en National Legal Systems (Some Doctrinal Reflections)

YULIA REMINSKA

The Competence Crossroads of the Spanish Electrical System

IRENE RUIZ OLMO

Municipalities, Constitution an Reorganisation of the Local Plant in Spain: Past, Present and Future

ANA TORRECILLAS MARTINEZ

Models of confiscation without conviction and asset forfeiture in Latin American comparative law. Origin, trends, and transformations by Constitutional Justice

EMILIO J. URBINA MENDOZA

Jurisprudence

Disinformation and freedom of expression: invasion of Ukraine and the European blocking of Russian channels in the light of the Judgment of the General Court (Grand Chamber) of 27 July 2022, T-125/22, RT France v. Council of the EU

LORENA TRISTANTE PELLICER Y GERMÁN M. TERUEL LOZANO

Book reviews