

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

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

Vol. 72/1, enero-junio 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7212024>

Sumario

Monográfico: La independencia del poder judicial en el constitucionalismo actual

Estado de Derecho y derecho a la independencia judicial: un binomio insoslayable

CIRO MILIONE

El Juez-Robot y su encaje en la Constitución Española.

La inteligencia artificial utilizada en el ámbito de la toma de decisiones por los tribunales

ELENA PINEROS POLO

La judicatura democrática, poder representativo

OLIVER ROALES BUJÁN

La relación del poder judicial con el poder ejecutivo en la Ley de Tribunales de 1870

CARMEN RODRÍGUEZ RUBIO

A vueltas con la independencia judicial y el órgano de gobierno de los jueces: el genuino caso del Consejo Superior de la Magistratura francés

CECILIA ROSADO-VILLAVERDE

Estudios

La seguridad en el constitucionalismo actual: condición de posibilidad de la dignidad humana

MIGUEL AGUDO ZAMORA

Suplantación de identidad digital: hacia una necesaria tutela penal

GEMMA MARTÍNEZ GALINDO

Acoso sexual en el trabajo y responsabilidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la ley orgánica 10/2022

JOSEFA MUÑOZ RUIZ

La Mancomunidad de Cataluña: un primer paso hacia la construcción de España como Estado compuesto

IGNACIO NATES ALONSO

La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales

MARÍA PÉREZ-UGENA COROMINA

Programas para hombres como respuesta a la violencia de género en Chile: límites y progresos

BÁRBARA SORDI STOCK

La vivienda como derecho fundamental. Compromisos internacionales más allá del principio rector

DARÍA TERRÁDEZ SALOM

Análisis jurídico-constitucional sobre la familia en el ámbito nacional e internacional.

Propuestas para una futura regulación sobre la institución familiar

BEATRIZ VILA RAMOS

May the new EU regulatory proposals on plant breeding compromise innovation? Between the prospects of the NGTs' proposal and the nonsense of the PRM proposal

JUAN ANTONIO VIVES-VALLÉS, LAURA RIESGO

Jurisprudencia

Libertad personal e intimidad de la mujer embarazada frente a resolución judicial de ingreso hospitalario obligatorio (STC 66/2022, de 2 de junio)

ANTONIO IBÁÑEZ MACÍAS

Resenciones

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 72/1 enero-junio 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7212024>

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
2024

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 72/1 enero-junio 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7212024>

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-2350-1993

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

Publicación impresa en papel ecológico.

Director:

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto)

Secretaría General:

Mar Antonino de la Cámara (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); Belén García Álvarez (Universidad de Deusto); 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)
Válido hasta: 28 de julio de 2024

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 72/1 enero-junio 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7212024>

Sumario

Monográfico: La independencia del poder judicial en el constitucionalismo actual

- Ciro MILIONE, *Estado de Derecho y derecho a la independencia judicial: un binomio insoslayable* 21-51
- Elena PINEROS POLO, *El Juez-Robot y su encaje en la Constitución Española. La inteligencia artificial utilizada en el ámbito de la toma de decisiones por los tribunales* 53-78
- Oliver ROALES BUJÁN, *La judicatura democrática, poder representativo* 79-100
- Carmen RODRÍGUEZ RUBIO, *La relación del poder judicial con el poder ejecutivo en la Ley de Tribunales de 1870* 101-125
- Cecilia ROSADO-VILLAVARDE, *A vueltas con la independencia judicial y el órgano de gobierno de los jueces: el genuino caso del Consejo Superior de la Magistratura francés* 127-163

Estudios

- Miguel AGUDO ZAMORA, *La seguridad en el constitucionalismo actual: condición de posibilidad de la dignidad humana* 167-198

Gemma MARTÍNEZ GALINDO, <i>Suplantación de identidad digital: hacia una necesaria tutela penal</i>	199-228
Josefa MUÑOZ RUIZ, <i>Acoso sexual en el trabajo y responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la ley orgánica 10/2022</i>	229-270
Ignacio NATES ALONSO, <i>La Mancomunidad de Cataluña: un primer paso hacia la construcción de España como Estado compuesto</i>	271-306
María PÉREZ-UGENA COROMINA, <i>La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales</i>	307-337
Bárbara SORDI STOCK, <i>Programas para hombres como respuesta a la violencia de género en Chile: límites y progresos</i>	339-367
Daríá TERRÁDEZ SALOM, <i>La vivienda como derecho fundamental. Compromisos internacionales más allá del principio rector</i>	369-402
Beatriz VILA RAMOS, <i>Análisis jurídico-constitucional sobre la familia en el ámbito nacional e internacional. Propuestas para una futura regulación sobre la institución familiar</i>	403-434
Juan Antonio VIVES-VALLÉS, Laura RIESGO, <i>May the new EU regulatory proposals on plant breeding compromise innovation? Between the prospects of the NGTs' proposal and the nonsense of the PRM proposal</i>	435-456

Jurisprudencia

Antonio IBÁÑEZ MACÍAS, <i>Libertad personal e intimidad de la mujer embarazada frente a resolución judicial de ingreso hospitalario obligatorio (STC 66/2022, de 2 de junio)</i>	459-489
--	---------

Recensiones

Jorge CASTELLANOS CLARAMUNT, <i>La cultura de la cancelación y su impacto en los derechos fundamentales. Especial análisis de su afectación a la libertad de expresión</i> , por Emilio Guichot Reina	493-498
Delia FERRI, Francesco PALERMO, Giuseppe MARTINICO, <i>Federalism and the rights of persons with disabilities: the implementation of the CRPD in federal systems and its implications</i> , por Dorothy Estrada Tanck	499-503
Carlos LÓPEZ GARRIDO, <i>Del centralismo a la generalización de las autonomías. La práctica del principio dispositivo</i> , por Pablo Guerrero Vázquez	505-509

- Pere SIMÓN CASTELLANO, *La evaluación de impacto algorítmico en los derechos fundamentales*, por María Victoria Álvarez Buján 511-514
- Francisco Gabriel VILLALBA CLEMENTE, *El modelo constitucional de organización y financiación territorial en la República Federal de Alemania: Aportaciones al modelo español*, por Miguel Ángel Sevilla Duro 515-518

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 72, Issue 1, January-June 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7212024>

Table of Contents

Special Issue: Unity and independence of the judiciary in current constitutionalism

- Ciro MILIONE, *Rule of Law and the Right to Judicial Independence: An Inseparable Combination* 21-51
- Elena PINEROS POLO, *The Robot-Judge and its compatibility with the Spanish Constitution. The use of artificial intelligence in the decision-making process by the courts* 53-78
- Oliver ROALES BUJÁN, *The democratic judiciary, a representative power* 79-100
- Carmen RODRÍGUEZ RUBIO, *The relationship of the judicial branch with executive branch in the Courts Act of 1870* 101-125
- Cecilia ROSADO-VILLAYERDE, *On judicial independence and the governing body of judges: the genuine case of the High Council for the French Judiciary* 127-163

Studies

- Miguel AGUDO ZAMORA, *The security in current constitutionalism: condition of possibility of human dignity* 167-198

Gemma MARTÍNEZ GALINDO, <i>Digital identity theft: towards a necessary criminal protection</i>	199-228
Josefa MUÑOZ RUIZ, <i>Sexual harassment at work and criminal liability of legal persons after organic law 10/2022</i>	229-270
Ignacio NATES ALONSO, <i>The Commonwealth of Cataluña: a first step towards the construction of Spain as a composite State</i>	271-306
María PÉREZ-UGENA COROMINA, <i>Artificial Intelligence: Definition, Regulation, and Risks to Fundamental Rights</i>	307-337
Bárbara SORDI STOCK, <i>Programs for men as a response to gender-based violence in Chile: limits and progress</i>	339-367
Daríá TERRÁDEZ SALOM, <i>Housing as a fundamental right. International commitments beyond the governing principle</i>	369-402
Beatriz VILA RAMOS, <i>Legal-constitutional analysis of the family in the national and international sphere. Proposals for a future regulation on the family institution</i>	403-434
Juan Antonio VIVES-VALLÉS, Laura RIESGO, <i>May the new EU regulatory proposals on plant breeding compromise innovation? Between the prospects of the NGTs' proposal and the nonsense of the PRM proposal</i>	435-456

Jurisprudence

Antonio IBÁÑEZ MACÍAS, <i>Personal freedom and privacy of the pregnant woman against a judicial decision of compulsory hospital admission (STC 66/2022, of June 2)</i>	459-489
--	---------

Book reviews

Jorge CASTELLANOS CLARAMUNT, <i>La cultura de la cancelación y su impacto en los derechos fundamentales. Especial análisis de su afectación a la libertad de expresión</i> , by Emilio Guichot Reina	493-498
Delia FERRI, Francesco PALERMO, Giuseppe MARTINICO <i>Federalism and the rights of persons with disabilities: the implementation of the CRPD in federal systems and its implications</i> , by Dorothy Estrada Tanck	499-503
Carlos LÓPEZ GARRIDO, <i>Del centralismo a la generalización de las autonomías. La práctica del principio dispositivo</i> , by Pablo Guerrero Vázquez	505-509

- Pere SIMÓN CASTELLANO, *La evaluación de impacto algorítmico en los derechos fundamentales*, by María Victoria Álvarez Buján 511-514
- Francisco Gabriel VILLALBA CLEMENTE *El modelo constitucional de organización y financiación territorial en la República Federal de Alemania: Aportaciones al modelo español*, by Miguel Ángel Sevilla Duro 515-518

Monográfico:
La independencia
del poder judicial
en el constitucionalismo
actual

PRESENTACIÓN

Bajo la coordinación de
Cecilia Rosado-Villaverde
Universidad Rey Juan Carlos, España
<https://orcid.org/0000-0003-2458-4576>

<https://doi.org/10.18543/ed.3098>

Fecha de publicación en línea: junio 2024

El principio de independencia judicial es una cuestión que se aborda con frecuencia en la doctrina constitucional y procesal. Nuestra historia constitucional demuestra que este fue un asunto ampliamente debatido durante los diversos procesos constituyentes del siglo XIX y XX, con posiciones antagónicas. A pesar de ser una constante en el estudio de los juristas, en la actualidad resulta especialmente relevante. El bloqueo en la renovación del Consejo General del Poder Judicial durante los últimos cinco años nos lleva a replantearnos qué significa realmente la independencia judicial, si su configuración constitucional y legal es suficiente y si los mecanismos existentes en nuestro estado de derecho garantizan su adecuada aplicación. La creciente preocupación por el cumplimiento de este importante principio se extiende por toda Europa. La Comisión de Venecia y el Consejo de Europa han expresado esta inquietud en sus informes y publicaciones a lo largo de los últimos años. En este contexto, el proyecto de investigación «Unidad e independencia del poder judicial en el constitucionalismo actual»¹, cuyo título no deja lugar a dudas, busca reflexionar sobre las problemáticas y las dificultades que rodean al poder judicial y a su independencia.

¹ Proyecto de investigación «Unidad e independencia del poder judicial en el constitucionalismo actual». Entidad financiadora: Asociación Científica EU Acquis. Código: 2022/00349/001.

Esta sección monográfica incluye parte de los trabajos realizados en el marco de este proyecto de investigación, lo cuales abordan algunos de los aspectos más significativos que influyen en el principio de independencia judicial. Estos estudios presentan los objetivos finales del proyecto de investigación. Además de los artículos elaborados por algunos miembros de este proyecto, se han incorporado los trabajos de excelentes juristas que inicialmente no participaban. Esto se debe al interés despertado por el tema y a que las investigaciones que han llevado a cabo estos autores se encuadran dentro del contenido y de los objetivos del proyecto. Asimismo, en esta sección monográfica se podrán encontrar artículos realizados por expertas en Derecho Procesal y por expertos en Derecho Constitucional. En consecuencia, esta sección monográfica aúna la perspectiva constitucional y la perspectiva procesal, lo que representa un valor añadido a los resultados que se proponen. Conjuga dos visiones necesarias para responder a los retos que se formulan en torno al poder judicial. En primer lugar, se encuentra el artículo del profesor Ciro Milione, quien presenta una panorámica general de cómo la independencia judicial es esencial para el Estado de Derecho. A continuación, la profesora Carmen Rodríguez Rubio examina detenidamente cómo se regulaba la siempre compleja relación entre el poder ejecutivo y el poder judicial en la Ley de Tribunales de 1870. En tercer lugar, se encuentra el trabajo que he realizado sobre el Consejo General de la Magistratura francés, órgano de gobierno de los jueces que posee una especial naturaleza jurídica. El profesor Oliver Roales se detiene en la interesante disyuntiva de si el poder judicial es un poder representativo. Finalmente, la profesora Elena Píneros Polo se ocupa de un tema de rabiosa actualidad: el juez-robot y su encaje constitucional.

No puedo concluir esta presentación sin expresar mi más sincero agradecimiento a la prestigiosa revista *Estudios de Deusto* por su generoso ofrecimiento y por permitirnos formar parte de esta importante publicación. Todos los miembros de la sección monográfica estamos agradecidos por la confianza y magnanimidad de su Director, D. Luis I. Gordillo Pérez, y de su Secretaria, D^a María del Mar Antonino de la Cámara. Esperamos que las reflexiones y los trabajos que presentamos resulten de interés para los lectores de este número de la revista *Estudios de Deusto*.

ESTADO DE DERECHO Y DERECHO
A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL:
UN BINOMIO INSOSLAYABLE

*Rule of Law and the Right to Judicial Independence:
An Inseparable Combination*

Ciro Milione

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Córdoba, España
<https://orcid.org/0000-0002-0470-7498>

<https://doi.org/10.18543/ed.3099>

Fecha de recepción: 09.02.2024

Fecha de aceptación: 04.03.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

El Estado de Derecho implica la sujeción del poder estatal al Derecho y a una Constitución con fuerza normativa y primacía, incluyendo la separación, limitación y legitimación democrática de los poderes estatales, la distribución territorial del poder, la seguridad jurídica y el reconocimiento de los derechos fundamentales. Para ello, se requieren sistemas de justicia basados en las garantías de un “proceso justo”. Entre estas destaca el derecho a la independencia judicial en aspectos como la designación del tribunal, la duración del mandato y la separación de influencias políticas externas. Este estudio aborda estas cuestiones, centrándose en el caso español y en la crisis sistémica del Consejo General del Poder Judicial.

Palabras clave

Estado; Derecho; Independencia; Judicial; CGPJ.

Abstract

The Rule of Law implies the subjection of state power to the law and a Constitution with normative force and primacy, including the separation, limitation, and democratic legitimization of state powers, the territorial distribution of power, legal certainty, and the recognition of fundamental rights. To achieve this, justice systems based on guarantees of a “fair process” are required. Among these, the right to judicial independence stands out in aspects such as the appointment of the tribunal, the duration of the mandate, and the separation from external political influences. This study addresses these issues, focusing on the Spanish case and the systemic crisis of the Consejo General del Poder Judicial.

Keywords

State; Rule; Independence; Judiciary; CGPJ.

Sumario: I. PREMISA. II. UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO. III. ESTADO DE DERECHO, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA E INDEPENDENCIA JUDICIAL. IV. EL DERECHO A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LA DOCTRINA DEL TEDH. 1. Criterios de determinación. 2. La designación de los componentes. 3. La existencia de garantías genéricas. 4. La duración del mandato. 5. La exteriorización de la independencia. V. LA GARANTÍA ORGÁNICA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN ESPAÑA: EL CGPJ. 1. Las funciones del CGPJ. 2. La composición del CGPJ. 3. La garantía orgánica de la independencia judicial desde la perspectiva europea. VI. CONCLUSIONES. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS EMPLEADAS.

“I am aware that a secret tendency to diminish the judicial power exists in the United States; and by most of the constitutions of the several states, the government can [...] remove the judges from their station. By some other constitutions the members of the tribunals are elected, and they are even subjected to frequent re-elections. I venture to predict that these innovations will sooner or later be attended with fatal consequences; and that it will be found out at some future period, that the attack which is made upon the judicial power has affected the democratic republic itself.”

(DE TOCQUEVILLE, A., *Democracy in America*, 1835-1840, Vol. I, Ch. XVI)

I. PREMISA

El objeto de este estudio vierte sobre dos nociones que se colocan a la base de todo modelo constitucional que aspire a garantizar las premisas necesarias para que la ciudadanía pueda existir –y coexistir– en condiciones compatibles con la idea de dignidad humana.

Las nociones a las que nos referimos, y a las que queremos dedicar las próximas páginas, son las de “Estado de Derecho”, por un lado, y la de “independencia judicial”, por otro.

La tesis a la base de este trabajo es evidente: estos dos conceptos constituyen un binomio insoslayable en un sistema constitucional realmente democrático.

En efecto, un sistema político que sea merecedor de esos adjetivos (“democrático”, “constitucional”) no puede prescindir de una serie de garantías dirigidas a asegurar que la actuación de los órganos jurisdiccionales sea expresión exclusiva de la aplicación de criterios jurídicos preexistentes.

Desde esta perspectiva, no es posible imaginar que el funcionamiento de esos órganos pueda efectivamente llevarse a cabo de la forma descrita, en un

contexto en el que el poder del Estado no se encuentra sometido a algún límite. Entre estos, particularmente, destacan los que la Constitución y el ordenamiento jurídico imponen para hacer posible la consecución de unos objetivos democráticos primordiales: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Por estas razones, consideramos interesante abordar el estudio de dos de las nociones políticas y jurídicas que más han interesado el debate doctrinal en los últimos dos siglos.

Desde una perspectiva metodológica, queremos aproximarnos a la definición de “Estado de Derecho”, mirando particularmente a las tesis clásicas que han acuñado y desarrollado este concepto. Después de esto, delinearemos los lazos de unión entre este y la idea de “independencia judicial”, acudiendo a la jurisprudencia de instancias jurisdiccionales de gran relevancia, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el mismo Tribunal Constitucional español (TC).

En la tercera parte de este trabajo, sin embargo, reflexionaremos sobre algunos aspectos que conciernen a la configuración constitucional de la independencia judicial en nuestro país. De este modo tendremos la oportunidad de abordar ciertas cuestiones inherentes al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y a algunos problemas sistémicos que, desde diversos años, afectan el funcionamiento de este órgano constitucional.

Queremos señalar que este mismo estudio profundiza algunos temas que hemos debatido en una ponencia invitada en la “Hybrid Conference on European Law and Cultural Diversity” celebrada en los días 22-24 de noviembre de 2023 en la Uniwersytet de Wroclawski (Wroclaw, Polonia), en colaboración con distintas instituciones, como el Institut für internationale Rechtsbeziehungen de la FernUniversität in Hagen, la Open Univesiteit de Países Bajos, nuestra UNED, la Università di Bologna, etc.

Por último, este trabajo se enmarca en el ámbito del proyecto I+D “La configuración europea del estado de derecho: Implicaciones en el ámbito nacional” (PID2022-137789NB-I00, Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Estatal 2021-2023) y del G.I. PAIDI SEJ-372, “Democracia, Pluralismo y Ciudadanía”.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO

Como es sabido, el término “Estado de Derecho” aparece en la dogmática alemana de principios del siglo XIX. Según Böckenförde (2000, 18 y 19) el primer autor que evoca esta expresión es Carl Th. Welcker en 1813 en la obra *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* y lo hace

imaginando una nueva forma de Estado inspirada en el Derecho racional. La fórmula “*Staatrecht*” vuelve a aparecer en 1824 con J. Christoph Freiherr von Aretin que publica *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie* y, más adelante, con Robert von Mohl que recurre a ella en *Staatsrecht des Konigsreichs Württemberg* (1829). A partir de ahí, la expresión “Estado de Derecho” empieza a adquirir un peso preponderante en las construcciones teóricas de la época. Para Böckenförde (*ibidem*) estos tres autores otorgan a esa noción el valor de forma de la organización política “*que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del Derecho racional*”.

Las características básicas que contribuirían a esta definición temprana del concepto de Estado de Derecho conciernen a la naturaleza de esta forma de organización del poder, a sus ámbitos y formas de actuación.

Así, el *Reechstaat* puede ser descrito como una comunidad política cuyo fin principal es la realización del bien y del interés común. En el punto de partida de esta organización se halla el individuo que debe poder vivir en libertad, autodeterminación e igualdad respecto al resto de miembros de la comunidad. La promoción de las condiciones necesarias para que el ser humano pueda conseguir “*sus objetivos en la existencia terrenal*”, constituye la razón de ser de la comunidad política, “*el porqué del Estado, el fundamento que los legitima*” (*ibidem*).

El funcionamiento del Estado de Derecho y su propia estructura organizativa deberían responder a criterios inspirados, en su esencia, en las tesis del Derecho racional teorizado por Kant (1797, parr. 43, 45 y 52). De este modo, la configuración del poder del Estado debe asumir los rasgos de una “*unión de hombres bajo leyes*” y responder a los principios de la razón, para promover la libertad legal (“*aquella a la que [cada uno] ha prestado asentimiento*”), a la igualdad ciudadana y a la autonomía civil que promueve la emancipación de cada individuo. Todo ello es posible a través de la garantía de algunos derechos básicos de la ciudadanía, entre los que encontramos “*la libertad personal, de fe y de conciencia, la libertad de prensa, la libertad de movimiento y la libertad de contratación y adquisición*” (Böckenförde, 2000, 19). Asimismo, es necesario que el Estado se articule, desde el punto de vista organizativo, conforme a un modelo fundado en el “*dominio de la ley*”, en el desarrollo de las funciones ejecutivas por parte de un “*gobierno (constitucional) responsable*”, y en “*la existencia de una representación del pueblo y en su participación en el poder legislativo*” (R. Von Mohl, 1829, 268 y ss.). Por último, entre otros aspectos que Von Mohl resalta en su definición del Estado de Derecho, encontramos explícitamente una referencia a “*la independencia de los jueces (seguridad en la administración de justicia, tribunales de jurados)*”.

Es cierto que las diversas características del Estado de Derecho, que hemos explorado en esta primera aproximación al concepto, reflejan claramente las circunstancias históricas en las que fueron concebidas. Sin embargo, en la actualidad, estas mismas peculiaridades adquieren un matiz diferente, aunque siguen siendo fundamentales. En efecto, el significado del término “Estado de Derecho” ha evolucionado en los modernos modelos políticos, orientados al logro –efectivo y real– de objetivos tan elevados como la igualdad, el pluralismo, la libertad y la justicia.

Esta reflexión nos ayuda a comprender que la noción de Estado de Derecho representa un “concepto vivo y dinámico”, en constante desarrollo y evolución. Se encuentra influenciado no solo por los cambios que se producen en nuestros contextos culturales, sociales o políticos, sino también –y, sobre todo– por las distintas formas en las que buscamos concretar, en cada momento histórico, la realización de la dignidad humana.

Por eso mismo, y para lograr una definición de Estado de Derecho que sea aplicable a un moderno sistema democrático, es necesario concentrar nuestra atención en todos esos aspectos que rodean o conciernen, particularmente, a la idea de “Constitución”. Esto se debe a que este instrumento legal de gran relevancia, legítima, orienta y limita el poder del Estado, en fuerza de una normatividad y primacía que es garantizada por un eficaz sistema de justicia constitucional.

Así, una estructura política puede aspirar al apelativo objeto de nuestro análisis, solo si los órganos encargados de desarrollar las funciones propias del poder legislativo, ejecutivo y judicial se encuentran regulados por una Constitución que sea capaz de separarlos, legitimarlos, limitarlos y orientarlos en términos racionales. Como es sabido, un modelo así dibujado no es solo el más idóneo para lograr un sustancial equilibrio entre los poderes del Estado, sino que también permite la implementación de una serie de controles mutuos. Como señala Bazán (2009, 47), esta función de control debe poder desarrollarse en un plano “interorgánico” y en una dimensión “intraorgánica”, para que cada entidad estatal pueda reconducir, autónomamente, su actuación dentro de los cauces de lo constitucionalmente admisible.

Además de ello, es fundamental que en un Estado de Derecho los poderes antes mencionados gocen de la oportuna legitimación por parte del cuerpo electoral, una legitimación que debe plasmarse y manifestarse en las formas y límites consagrados por una Constitución política.

De ello deriva que esos poderes, en los que se sustancia la acción del Estado, estén vinculados al respeto del principio de legalidad y, por ende, llamados a reconocer su sumisión a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, conformado por normas aprobadas al amparo de principios fundamentales como los de jerarquía, publicidad, competencia, etc.

Esta reflexión nos lleva a afirmar que un Estado de Derecho se caracteriza por la actuación de sus órganos de gobierno en conformidad con el principio de no arbitrariedad, garantizando una actuación previsible y coherente para toda la sociedad. Este conjunto de principios, entre otros, contribuye a definir el núcleo de un valor fundamental que debe fundamentar un Estado de Derecho moderno: la seguridad jurídica.

Como el mismo TC ha matizado, interpretando el alcance del Art. 9 de la Constitución de 1978 (CE), la seguridad jurídica consiste en la:

“suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.”

(Sentencia TC 27/1981, de 20 de julio)

No obstante, es crucial resaltar que ninguno de estos principios podría realmente tener efectividad si no se cumpliera una condición básica esencial: la naturaleza democrática del sistema.

Es innegable que un auténtico Estado de Derecho debe ser, ante todo, democrático. Por lo tanto, para que los órganos constitucionales puedan ejercer sus funciones de manera legítima, es fundamental que hayan obtenido previamente una legitimidad democrática suficiente. De hecho, no podemos olvidar que la esencia de un modelo político de este tipo radica en otorgar al pueblo el origen de la soberanía nacional (véase Art. 1.2 CE). Por consiguiente, para que un Estado de Derecho moderno pueda ser realmente definido como tal, es indispensable que el cuerpo electoral disponga de un verdadero derecho de participación política, que no puede limitarse únicamente al reconocimiento del sufragio activo. Como ya señaló Bobbio:

“incluso para una definición mínima de democracia, como la que yo acepto... “es necesaria una tercera condición” [además del sufragio universal y el principio mayoritario] “es necesario que quienes están llamados a decidir o a elegir a quienes tendrán que decidir, dispongan de alternativas reales y estén en condición de elegir entre ellas. Para que este presupuesto se cumpla, es necesario que los llamados a decidir tengan garantizados los llamados derechos de libertad, de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc. Las normas constitucionales que otorgan estos derechos no son realmente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten que el juego se desarrolle.”

(1984, 6)

Sin embargo, para el buen funcionamiento de un modelo democrático (y, por extensión, de un moderno Estado de Derecho) es necesario además que al reconocimiento de los derechos civiles y políticos se sume y se añada el afianzamiento de los así llamados “derechos sociales, económicos y culturales”. En efecto, estos principios jurídicos (el derecho a la salud, a la educación, a la asistencia social, los derechos de las personas trabajadoras, etc.) no solo contribuyen, como los otros derechos fundamentales, a impedir la concentración del poder del Estado, sino que determinan las condiciones irrenunciables para que el sistema democrático pueda ser real y efectivo. Como recuerda Ferrajoli:

“No puede haber participación en la vida pública sin garantía de mínimos vitales, ni formación de voluntades conscientes sin educación e información. A la noción puramente formal o procedimental suele añadirse la tesis de que los límites a la voluntad de las mayorías asegurados por ciertos derechos fundamentales son “condiciones”, o “precondiciones” o “prerrequisitos” de la democracia. Pero una condición, si se considera necesaria, equivale a un requisito esencial y, por tanto, debe incluirse, como condición sine qua non, en la definición del término que se quiere definir.”

(2012, 5)

Por eso nuestros textos fundamentales se acompañan de un catálogo de derechos –un *Bill of Rights*– y es por eso por lo que el reconocimiento de su carácter vinculante es una condición irrenunciable para el buen funcionamiento de nuestros Estados de Derecho. No solo porque este presupuesto contribuye a establecer los límites necesarios para garantizar la dignidad humana por parte del poder estatal, sino también porque esos límites –es decir, nuestros derechos– son herramientas indispensables para que nuestros modelos de convivencia alcancen el estatus de verdaderos sistemas democráticos, donde no tengan cabida la discriminación ni la exclusión social.

III. ESTADO DE DERECHO, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA E INDEPENDENCIA JUDICIAL

Es evidente que todos los objetivos anteriormente reseñados, para poder ser logrados, suponen la existencia de un modelo de justicia capaz de asegurar la preeminencia del Derecho de una manera eficaz y justa. Es igualmente cierto –como ya hemos señalado en otra sede (MILIONE, 2015)– que, desde un punto de vista sistemático, el respeto y el acatamiento del derecho a la tutela judicial efectiva, en todas sus vertientes, constituyen las premisas más necesarias para conseguir ese modelo de justicia ideal.

Por todo eso, en términos generales, es incontestable que toda y cada una de las facetas del derecho a un proceso justo, consagrado en el Art. 24 CE y en el Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), contribuyen al afianzamiento del Estado de Derecho y al respeto del principio de primacía de las normas jurídicas. Sin embargo, es igualmente cierto que una, en particular, de esas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva destaca sobre las demás en este ámbito concreto: la que atañe a la independencia judicial.

En efecto, como el mismo TC ha señalado:

“...la independencia es atributo consustancial a la función de juzgar, en cuanto implica que Jueces y Tribunales no están subordinados en el ejercicio de su función jurisdiccional a ningún otro poder público, sino sometidos única y exclusivamente «al imperio de la ley», esto es, sujetos al Derecho [...]

...los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial no pueden ejercer su función jurisdiccional con discrecionalidad política ni según su libre albedrío, sino que han de juzgar sometidos al imperio de la ley, con sujeción al sistema de fuentes establecido. [...]

...si en un Estado no existe un poder judicial independiente (independencia que se predica de todos y cada uno de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial) entonces lo que no hay es Estado de Derecho, pieza esencial, como es sabido, de un Estado auténticamente constitucional. [...]

...en el ejercicio de su función constitucional, el juez es libre en cuanto que sólo está sujeto al imperio de la ley. O, dicho de otro modo, que los Jueces y Tribunales son independientes porque están sometidos únicamente al Derecho. Independencia judicial y sumisión al imperio de la ley son, en suma, anverso y reverso de la misma medalla”

(Sentencia TC 37/2012, de 19 de marzo)

Así pues, para comprender completamente el verdadero alcance de esta dimensión específica del derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario referirse a la doctrina del TEDH y su interpretación del Art. 6.1 del CEDH. La influencia de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes, incluido el español, es un hecho irrefutable (Jiménez Asensio, 2002, 54 y 55) que nos obliga, desde un enfoque metodológico, a recurrir directamente a esta sólida fuente jurisprudencial para abordar de manera eficaz los desafíos interpretativos que rodean el derecho a la independencia judicial y su configuración.

IV. EL DERECHO A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LA DOCTRINA DEL TEDH

A través de las palabras del TC español que hemos indicado anteriormente, es posible apreciar la trascendencia que el principio de independencia

judicial juega en el contexto de un Estado de Derecho. Sin embargo, para definir conceptualmente este principio y aclarar su contenido y alcance, es necesario, en primer lugar, separarlo de otras nociones que, por una aparente similitud, podrían engendrar confusión.

Así, la existencia de un estrecho vínculo entre las garantías de independencia y de imparcialidad constituye un hecho que el mismo TEDH ha denunciado, poniendo de relieve la dificultad que existe en diferenciar la una de la otra (STEDH de 22 de junio de 1989, caso *Langborger c. Suecia* y STEDH de 25 de noviembre de 1993, caso *Hola c. Suecia*).

La jurisprudencia de la corte europea es particularmente rica en matices y, en principio, es posible coincidir con Chiavario cuando sostiene que en este ámbito resulta cómodo aventurarse en la elaboración de definiciones conceptuales, aunque resulte más complejo trazar líneas claras entre lo que finalmente resulte admisible y lo que no (2001, 181).

Así, para determinar los elementos diferenciadores entre estos dos conceptos hay que recurrir a criterios claros y objetivos: si la independencia constituye una nota esencial de la jurisdicción como potestad, la imparcialidad afecta a la jurisdicción como función; asimismo, si la independencia tiene una “dimensión constitucional”, la segunda se predica del momento procesal (Gimeno Sendra, V., Conde Pumpido, A. y F. Garberí Llobregat, 2000, 472).

Una vez aclarado este aspecto preliminar, podemos ahora seguir ilustrando los elementos constitutivos del derecho a la independencia judicial, según la interpretación del TEDH.

1. *Criterios de determinación*

En las ocasiones en las que el TEDH ha podido pronunciarse sobre el derecho a un tribunal independiente, la corte ha puesto el acento sobre las relaciones y los vínculos existentes entre el órgano jurisdiccional y el Poder Ejecutivo (vd. STEDH de 16 de julio de 1971, caso *Ringeisen c. Austria*).

En otras ocasiones, el Tribunal de Estrasburgo ha centrado su atención en los posibles “puntos de contacto” entre la autoridad jurisdiccional y las partes procesales, aunque, desde el punto de vista puramente dogmático, esta última circunstancia debería recaer en el terreno de la “imparcialidad” (Chiavario, 2001, 182).

Con carácter general, entre los criterios utilizados por el TEDH para determinar alguna violación del derecho a un juez independiente, es posible indicar:

- la forma de designación del tribunal;
- la existencia de garantías genéricas en pro de la independencia;
- la duración del mandato para juzgar;
- la exteriorización de la independencia.

No todas las resoluciones del TEDH relativas a este derecho incluyen integralmente todos y cada uno de estos criterios puesto que –como es fácil imaginar– algunos casos trascienden, por su singularidad o complejidad, el catálogo anteriormente descrito.

Así lo demuestra, por ejemplo, la STEDH de 25 de febrero de 1997, caso *Findlay c. Reino Unido*, en la que se cuestiona la independencia de una corte marcial por una circunstancia peculiar: para que cobre eficacia la decisión de ese tribunal militar, es necesario que la misma sea sometida a ratificación de un oficial, legitimado –incluso– para modificar la sanción. En opinión del TEDH, esta mera circunstancia –que no recae en el catálogo de criterios antes enumerados– es contraria al principio de independencia y es, por tanto, violadora del contenido del Art. 6.1 CEDH.

2. La designación de los componentes

Los mecanismos que rigen el nombramiento de los miembros de un tribunal constituyen un elemento determinante para la garantía de su independencia. No se trata solo de analizar las modalidades de articulación de esos mecanismos, sino también la identidad y naturaleza de los sujetos llamados a implementarlos. Ambos aspectos pueden repercutir negativamente en la consecución de un contexto jurisdiccional libre de condicionamientos ajenos al Derecho.

Como es sabido, el principio de independencia predica la ausencia de cualquier presión por parte de otra autoridad que no sea la judicial. La casuística del TEDH, y la misma lógica a la base de la distribución de poderes en los Estados del Consejo de Europa, indican que esa autoridad, más proclive a determinar condicionamientos en la jurisdicción ordinaria, puede ser el Poder Ejecutivo. Sin embargo, estos mismos condicionamientos no conciernen siempre y necesariamente a los mecanismos de nombramiento de los tribunales.

Así, por ejemplo, en la STEDH de 29 de abril de 1988, caso *Belilos c. Suiza*, la designación del único miembro de la “comisión de policía” –con función jurisdiccional– por parte del ayuntamiento, constituye un dato que para el TEDH “no es por sí solo suficiente para arrojar una duda sobre la independencia y la imparcialidad de la persona designada de este modo, puesto que en numerosos Estados contratantes la designación de los magistrados compete al ejecutivo”.

Igualmente, en el caso *Campbell y Fell c. Reino Unido* (STEDH de 25 de febrero de 1997) la corte europea señala que no es posible apreciar violación de la independencia judicial en un “comité de inspectores de la cárcel” cuyos miembros, llamados a determinar ciertos beneficios penitenciarios, son nombrados por el Ministerio del Interior británico: “no se deduce de lo dicho que

dependan del ejecutivo. Por esta razón, habría que decir lo mismo de los jueces designados por resolución o de acuerdo con la opinión del ministro competente en materia de administración de los tribunales.”

De este modo, el Tribunal de Estrasburgo deja de manifiesto que la mera designación o nombramiento de los integrantes de un órgano jurisdiccional por representantes del Poder Ejecutivo no constituye un argumento suficiente para considerar violado el principio de independencia, si esta misma circunstancia no se acompaña de otra más decisiva: la prerrogativa de ese poder de dictar instrucciones vinculantes y obligatorias para el órgano jurisdiccional.

En otras palabras, uno de los aspectos decisivos para que pueda apreciarse una violación de la garantía consagrada en el Art. 6.1 CEDH consiste en determinar que el vínculo de dependencia se manifiesta en un ámbito determinado: el momento del ejercicio de la jurisdicción.

Así, nuevamente en el caso *Belilos c. Suiza*, el TEDH considera que:

“un jurista de la dirección de policía tiene la cualidad de funcionario comunal, pero forma parte del tribunal a título individual y no se encuentra en un estado de subordinación en el ejercicio de sus atribuciones; aquél presta un juramento distinto del de los policías, aunque la exigencia de independencia no aparece en el texto”.

(STDH de 29 de abril 1988)

Una consideración aparte, por las numerosas demandas interpuestas ante el TEDH, merece el caso de los “Tribunales de Seguridad del Estado” turcos, a causa de su singular composición en la que intervienen dos magistrados civiles y uno militar. En términos generales, el TEDH ha considerado lesionadas las garantías de independencia e imparcialidad sobre la base de dos argumentos: la pertenencia al Ejército –y, por ende, al Poder Ejecutivo– de uno de los miembros de esos órganos jurisdiccionales y la sumisión de esos magistrados a la disciplina militar. Ambas circunstancias, en opinión del TEDH, concurren a derrumbar los argumentos defensivos ligados a la preparación y a la formación profesional de los magistrados militares y al disfrute, por parte de estos, de unas idénticas garantías constitucionales. (Vd. SsTEDH de 9 de junio de 1998, caso *Incal c. Turquía*; de 28 de octubre de 1998, caso *Ciraklar c. Turquía*; de 22 de agosto de 2001, caso *Altay c. Turquía*; de 4 de junio de 2002, caso *Yagmurdereli c. Turquía*; de 9 de julio de 2002, caso *Seher Karatas c. Turquía*).

Estos casos ponen de relieve cómo el Tribunal de Estrasburgo preste particular atención a los posibles condicionamientos del Poder Ejecutivo a daño de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, en realidad, son igualmente numerosos los casos en los que se cuestiona la composición del órgano jurisdiccional prescindiendo de un posible conflicto entre poderes del Estado.

Así, en el caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*, (STEDH de 28 de junio de 1981) el TEDH considera conforme al Art. 6.1 CEDH la

composición del “consejo de apelación de la orden de médicos”, si bien este mismo órgano cuenta con diez médicos elegidos por consejos provinciales –compuestos a su vez mayoritariamente por facultativos belgas elegidos por médicos– y diez consejeros del tribunal de apelación. En opinión del Tribunal de Estrasburgo esa composición garantiza “*una paridad completa entre facultativos de la profesión médica y Magistrados del orden judicial, y su presidencia corresponde a uno de esos últimos, designado por el Rey y detentador de voto de calidad en caso de empate.*”

Asimismo, es oportuno recordar el caso *H. c. Bélgica* (STEDH de 30 de noviembre de 1987) con el que la corte europea matiza que no puede considerarse cuestionada la independencia de un órgano perteneciente a un colegio profesional (en el caso concreto, el “Colegio de Abogados de Amberes”) llamado a ejercer funciones judiciales, por el mero hecho de que sus miembros hayan sido designados por sus pares.

3. *La existencia de garantías genéricas*

Las medidas dirigidas a afianzar la independencia judicial que el Tribunal de Estrasburgo considera suficientes e idóneas para ese fin son diversas y numerosas, constituyendo un reflejo de la heterogeneidad de circunstancias, hipótesis y escenarios que la corte europea está llamada a considerar en su labor diaria.

No obstante, es posible afirmar que todas esas medidas genéricas comparten, en principio, un mismo objetivo que –naturalmente– consiste en proteger al órgano judicial frente a presiones externas.

Así, por ejemplo, en el caso *Piersack c. Bélgica* citado anteriormente, el TEDH afirma que los miembros del órgano judicial gozan de “*amplias garantías en orden a su protección frente a presiones externas, y la misma finalidad subyace en las reglas estrictas para la designación de los miembros de los jurados.*”

Vemos, pues, que el TEDH alude a una serie de medidas indeterminadas –en el texto, “*amplias garantías*”– que, en su conjunto, contribuyen a preservar la independencia judicial. Esta mera alusión y su vaguedad se justifican sobre la base de las numerosas acciones que el legislador belga puede implementar para garantizar la independencia judicial, incluso en la vertiente relativa a la designación de los componentes del tribunal.

En otras ocasiones el Tribunal de Estrasburgo hace referencia a la ausencia de medidas genéricas de protección de la independencia para justificar y dar mayor valor a una condena por violación del Art. 6.1 CEDH. Así, por ejemplo, en la STEDH de 25 de febrero de 1997, caso *Findlay c. Reino Unido*, la corte europea considera que “*las lagunas fundamentales del*

sistema del Tribunal militar no se encontraban compensadas por la existencia de protecciones.”

Sin embargo, en el caso *Morris c. Reino Unido* (STEDH de 26 de febrero de 2020) en el que se cuestiona la independencia de una corte marcial, sí el Tribunal de Estrasburgo toma en consideración algunas importantes reformas legislativas relativas al funcionamiento de este tipo de tribunales. El TEDH analiza el caso valorando las argumentaciones del demandante que pone en evidencia cómo la *Court Martial Administration Office* –autoridad encargada del nombramiento de los miembros del tribunal militar– esté dirigida por una persona nombrada por el Consejo de Defensa. Además, el demandante denuncia la particular composición del tribunal marcial, integrado por un juez abogado, por un presidente y dos oficiales, todos ellos militares de carrera.

En opinión del TEDH, los aspectos que permiten no arrojar dudas sobre la independencia del presidente del tribunal marcial son diversos. En primer lugar, el mandato de ese cargo tiene una duración de cuatro años, un período suficientemente largo para ejercer con neutralidad sus tareas; en segundo lugar, la función jurisdiccional se desarrolla fuera de la cadena de mando; en tercer y último lugar, el TEDH toma en consideración el breve lapso –en el caso concreto, 8 meses– que faltaba para la jubilación del presidente.

Sin embargo, en lo que atañe a los otros dos miembros del tribunal militar, la corte europea sí aprecia elementos suficientes para cuestionar su independencia: se trata de magistrados designados *ad hoc* y por un periodo acotado de tiempo, razón por la que, una vez acabado el juicio, ambos tendrán que volver a sus obligaciones diarias. Estas últimas consideraciones, son las que determinan el fallo a favor del demandante. En efecto, el TEDH entiende que, en ausencia de formación legal de los jueces *a latere*, a la vista de su sumisión a la disciplina militar y considerada la inexistencia de mecanismos de protección frente a posibles condicionamientos externos, no se dan las suficientes garantías para considerar satisfechas las exigencias establecidas por el Art. 6.1 CEDH.

4. *La duración del mandato*

Lo que comúnmente la doctrina define como “inamovilidad” identifica otro elemento constitutivo de la independencia judicial. En efecto, la duración del mandato de los miembros de un órgano judicial puede tener repercusiones importantes sobre sus decisiones y su conformidad al Derecho.

Con carácter general, la brevedad del mandato junto con la amenaza de que se pueda arbitrariamente poner en discusión la continuidad de un juez en el ejercicio de sus funciones constituye una causa suficiente para la existencia de dudas sobre su neutralidad. Sin embargo, es oportuno precisar que, en

opinión del Tribunal de Estrasburgo, la duración determinada de un mandato no es por sí sola suficiente para alejar estas dudas si no se acompaña por otras medidas concretas dirigidas a garantizar la inamovilidad del juez.

Cuantificar en términos absolutos esa duración y ponerla estrictamente en relación con la independencia judicial no es materialmente posible.

No obstante, el Tribunal de Estrasburgo, en alguna ocasión, ha considerado que el nombramiento por un tiempo de cinco años es condición suficiente para disipar dudas sobre la independencia de un juez (vd. STEDH de 16 de julio de 1971, caso *Ringeisen c. Austria*; cfr. la STEDH de 22 de octubre de 1994, caso *Sramek c. Austria*).

En otros contextos, sin embargo, se ha considerado excesivamente breve un mandato judicial de sólo cuatro años (SsTEDH de 9 de junio de 1998, caso *Incal c. Turquía*; de 28 de octubre de 1998, caso *Ciraklar c. Turquía*).

Merece la pena reiterar que la brevedad de un mandato judicial no es por sí solo un dato suficiente para determinar la violación del Art. 6.1 CEDH. El TEDH, en efecto, debe analizar otros aspectos igualmente relevantes que caractericen el caso concreto. Así, por ejemplo, se ha considerado legítimo el nombramiento por un período de tiempo igual o inferior a los tres años en el caso *Campbell y Fell c. Reino Unido* (STEDH de 28 de junio de 1984), poniendo en evidencia que la escueta duración del mandato se debía a circunstancias objetivas: la dificultad de encontrar personas con formación jurídica, dispuestas a desempeñar la función judicial sin ninguna contraprestación económica.

Asimismo, como ya hemos indicado, el TEDH debe tomar en consideración también la existencia de garantías legales que contribuyan a asegurar la inamovilidad de los componentes de un tribunal durante todo su mandato. Como sostiene Montero Aroca (2002, 170), estos remedios representan las garantías más auténticas de la independencia judicial.

El mismo Tribunal de Estrasburgo ha matizado que esas garantías deben ser, antes que nada, efectivas y arraigadas en la práctica, quedando en un segundo plano su concreta consagración por escrito. Así, en el citado caso *Campbell y Fell c. Reino Unido*, la corte europea ha afirmado que “*la circunstancia de que no se reconozca expresamente en Derecho –la garantía de la inamovilidad– no implica por sí sola la falta de independencia desde el momento en que se reconoce de hecho y se cumplen las demás condiciones necesarias.*”

5. La exteriorización de la independencia

Para considerar plenamente satisfechas las exigencias de justicia, no es suficiente resolver un conflicto entre intereses jurídicos contrapuestos, es además necesario que esa solución, fundada en Derecho, sea exteriorizada y

percibida como tal por las partes procesales y por la colectividad, sin sombras de duda que puedan concernir a la independencia del órgano judicial.

La importancia del aspecto exterior no es secundaria y es reconocida por el mismo Tribunal de Estrasburgo que ha considerado oportuno incluirlo en el catálogo de criterios necesarios para estimar el grado de respeto del principio de independencia judicial.

Sin embargo, existe un amplio margen de incertidumbre a la hora de apreciar los elementos que determinan los contornos de este criterio, y es significativo que la gran mayoría de ellos guarde relación con la razonable desconfianza de los justiciables hacia la autonomía del órgano judicial.

Esa desconfianza, a su vez, suele recaer sobre datos ya señalados, como la composición del tribunal, sus modalidades de designación, o la duración de su mandato, de modo que es posible apreciar la existencia de una interrelación de esos elementos con la exteriorización de la independencia judicial.

Así, por ejemplo, en el ya citado caso *Belilos c. Suiza*, el Tribunal de Estrasburgo considera que:

“el miembro de la Comisión de Policía, del que se cuestiona la independencia, es un funcionario superior de la dirección de policía y susceptible de ser llamado a ejecutar de nuevo otras tareas. Los justiciables tendrán tendencia a ver en él un miembro del cuerpo de policía, integrado en una jerarquía y solidario con sus colegas. Semejante situación amenaza con quebrantar la confianza que la jurisdicción debe inspirar en una sociedad democrática.”

(STEDH de 29 de abril de 1988)

Es comprensible que quien esté sometido a un juicio frente a un tribunal de este tipo pueda nutrir dudas –razonables, por cierto– sobre la independencia del órgano judicial compuesto por un miembro del mismo cuerpo de policía, al que se supone que volverá una vez acabado su mandato en la comisión.

El estrecho vínculo entre el requisito de la apariencia de la independencia y las modalidades de designación de los jueces es objeto de análisis también en el caso *Findlay c. Reino Unido* (STEDH de 25 de febrero de 1997). El asunto en cuestión gira alrededor del “*convening officer*”, una figura que desempeña un papel fundamental dentro del funcionamiento de la corte marcial. En efecto, este cargo no sólo coordina la acusación, sino que también convoca el tribunal, nombra sus miembros, e –incluso– los oficiales que tendrán que asumir la defensa del acusado. El “*convening officer*” dispone además de la facultad de disolver la corte marcial, antes o durante el proceso, si bien en circunstancias precisas. Para el TEDH este panorama es suficiente para “*alimentar en el señor Findlay dudas objetivamente fundadas en cuanto a la independencia e imparcialidad del tribunal.*”

El criterio de la apariencia de independencia judicial es, quizás, el argumento más utilizado por los demandantes que hayan recurrido ante el TEDH para denunciar la actuación de los ya citados “Tribunales de Seguridad del Estado” en Turquía (vd. SsTEDH de 4 de junio de 2002, caso *Yagmurdereli c. Turquía*; de 9 de julio de 2002, caso *Seher Karatas c. Turquía*). En esos asuntos, el Tribunal de Estrasburgo ha enfatizado repetidamente “*la existencia de una razón legítima para dudar de la independencia del tribunal.*” En efecto, los casos sometidos a la atención de la corte europea comparten todos, una característica común: atañen a civiles acusados de una supuesta actividad propagandística contra la unidad nacional y su integridad territorial, causas todas ellas suficientes para su enjuiciamiento ante una corte integrada por tres miembros, de los cuales uno perteneciente a la magistratura militar.

Comprensiblemente, el Tribunal de Estrasburgo considera que los demandantes están “*legitimados para temer*” por la independencia del tribunal que les juzga, definiendo sus temores como “*objetivamente justificados*”.

Así, esta jurisprudencia pone en evidencia los argumentos que el TEDH suele considerar sólidos para apreciar una violación del Art. 6.1 CEDH: un temor racional que afecte a la confianza de los demandantes y que concierna a la neutralidad del órgano judicial. Para que ese temor pueda definirse “racional” o fundado, es necesaria la alegación de elementos objetivos que sirvan para cuestionar –más allá de una simple apreciación subjetiva– la independencia del tribunal nacional.

Por eso mismo, en el caso *Campbell y Fell c. Reino Unido*, aun tomándose en cuenta todas las circunstancias que puedan suscitar en las personas detenidas el temor de una falta de autonomía de los “comités de inspectores de cárcel” –la acumulación de competencias contenciosas con otras sobre fiscalización y, sobre todo, las frecuentes relaciones con los funcionarios de la cárcel y con los presos– el TEDH falla a favor de la independencia de esos comités, considerando que

“la existencia de tales sentimientos, aunque inevitable en un sistema carcelario, no basta, sin embargo, para entender que falta la independencia. No se cumpliría la exigencia del Art. 6 si los presos pudieran razonablemente creer que el Comité depende de las autoridades debido a la frecuencia de sus relaciones con ellas.”

(STEDH de 28 de junio de 1984)

V. LA GARANTÍA ORGÁNICA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN ESPAÑA: EL CGPJ

Como hemos observado, la esencia de un Estado de Derecho supone la existencia de un modelo de justicia capaz de asegurar la preeminencia del

Derecho de una manera eficaz y justa. España, constituyéndose en un “*Estado social y democrático de Derecho*” pretende afianzar la independencia del poder judicial a través de una garantía orgánica representada por el CGPJ. Como señala Alzaga Villamil, refiriéndose al Art. 122.2 CE que regula este órgano, este precepto “*pone las bases más importantes para que la independencia de los jueces no sea una mera declaración retórica, sino una verdad amparada por el bastión constitucional*” (2016, 560).

1. *Las funciones del CGPJ*

Para comprender cómo el Consejo logra la consecución de los fines por el que vio la luz, es importante abordar la cuestión relativa a las funciones que este desarrolla. El Art. 122.2 CE enumera, de forma aproximativa, el catálogo de sus competencias, haciendo alusión al ejercicio de atribuciones en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. Como es obvio, este representa solo una parte de un inventario más completo de competencias que recaen en el CGPJ y que se detalla definitivamente en la Ley Orgánica (LO) a la que hace referencia el mismo Art. 122.1 CE.

Cabe señalar que la regulación legislativa del Consejo ha variado significativamente en el transcurso de estos 40 años de democracia. Esto ha repercutido en el patrimonio de sus atribuciones, ampliándolo o reduciéndolo según el criterio del legislador orgánico. En la actualidad, el panorama de competencias que este órgano ejerce es el que detallamos a continuación.

La primera función fundamental que desempeña el CGPJ es la que atañe a los nombramientos. En este ámbito, cabe recordar que este órgano tiene la competencia, entre otras, de nombrar, mediante orden, a los jueces de carrera al finalizar su proceso de selección y formación. En lo que respecta a la designación de altos cargos judiciales, destaca el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo (Art. 560.1.1ª LOPJ) quien también es presidente del propio Consejo, tras su elección por una mayoría cualificada de tres quintas partes del Pleno (Art. 586.3 LOPJ). Asimismo, le compete el nombramiento del Vicepresidente del Tribunal Supremo, del Secretario General, y del Vicesecretario General del Consejo General del Poder Judicial. En este mismo ámbito funcional, se halla la necesidad de que el Gobierno de audiencia al CGPJ antes de proceder al nombramiento del Fiscal General del Estado (Art. 560.1.4ª LOPJ).

La particular trascendencia constitucional del Consejo se aprecia en el nombramiento de dos magistrados del TC (Art. 560.1.3ª LOPJ). Conforme al Art. 599 LOPJ, esta competencia recae en el Pleno del CGPJ que está llamado a indicar, por una mayoría de tres quintos, dos juristas de reconocida competencia (Art. 159.2 CE) para ocupar ese cargo de responsabilidad. A este respecto, es importante recordar la reciente aprobación de la LO 8/2022,

de 27 de julio, “*de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*”, que reconoce al Consejo la posibilidad de proceder al nombramiento de esos dos magistrados, incluso cuando los vocales hayan cumplido su mandato de cinco años.

Es relevante destacar que, en este contexto específico, el Consejo exhibe un cierto grado de libertad de acción, con importantes repercusiones de alcance público y general. Como señala Díez Picazo, en el caso de nombramientos que conciernen a órganos judiciales colegiados y al Tribunal Supremo, el CGPJ conserva lo que se denomina “discrecionalidad técnica” (2023, 488 y 489). Esto le permite seleccionar el/la jurista que considere más competente para el puesto vacante, en consonancia con los principios de mérito y capacidad, establecidos en el Art. 103 CE, y en el respeto de la obligación de fundamentar adecuadamente su decisión.

Otra función igualmente importante que lleva a cabo el CGPJ es la que guarda relación con la promoción profesional de jueces y magistrados (ascensos) y con todo lo relativo a las distintas situaciones administrativas que puedan concernirles (licencias, permisos, incompatibilidades, prohibiciones, etc.).

En lo que atañe a la función de inspección, el Consejo vigila sobre el buen funcionamiento de la Justicia comprobando la actuación de los Juzgados y Tribunales presentes en el territorio nacional. Esta labor se sustancia en la realización de visitas de control *in situ*, en la recepción y estudio de denuncias formuladas por la ciudadanía y, más en general, en el control del funcionamiento de todos los servicios que componen la Administración de Justicia.

En conexión con esta función de inspección se halla la que permite al Consejo el ejercicio de las acciones disciplinarias, a las que hemos hecho referencia hablando del principio de responsabilidad que rige la acción judicial (Título III, Capítulo III de la LOPJ). Según los principios éticos que el mismo CGPJ indica, “*el ejercicio de las funciones de un juez guarda relación, en términos generales, con los siguientes diez principios: independencia, imparcialidad, sometimiento a la ley, integridad y honradez, espíritu de servicio y trato adecuado a compañeros, profesionales y ciudadanos, respeto a las partes que intervienen en el proceso, sometimiento al proceso debido, resolución del pleito en un plazo razonable, según las circunstancias de cada caso, motivación de las resoluciones judiciales, obligación de guardar secreto profesional*” (Poder Judicial España, 2024). Con el fin de resolver los expedientes disciplinarios incoados por infracciones graves y muy graves, la LOPJ (Arts. 604-608) crea en el seno del CGPJ la “Comisión Disciplinaria”, compuesta por siete vocales elegidos por el Pleno del Consejo, y la figura del “Promotor de la Acción Disciplinaria”. A este último, conforme a lo establecido por los Arts. 607.3 y 608.1 LOPJ, corresponde decidir sobre el inicio, la instrucción o el archivo de los expedientes disciplinarios.

Más allá de estas funciones que la Constitución cita de forma explícita, el CGPJ ejerce también otras que completan el abanico de competencias que este órgano efectivamente desarrolla. Así, a través de la dirección de la Escuela Judicial del Consejo, este se preocupa de la formación de jueces y magistrados en todas las etapas de su carrera profesional. En este mismo ámbito, merece la pena recalcar que, con el paso del tiempo y por efecto de reivindicaciones del propio CGPJ, este ha adquirido un peso mayor en los procesos selectivos, algo que contribuye *“al diseño de una política judicial propia por parte del Consejo”* (Álvarez Conde, E. y Tur Ausina, R., 2014, 694).

Por otra parte, el CGPJ desarrolla una importante función consultiva, tal y cómo prescribe el Art. 561 LOPJ. Más concretamente, deben ser sometidos a informe del Consejo los anteproyectos de ley y las disposiciones generales que puedan versar sobre diversas materias, entre las que se encuentran: las modificaciones de la misma LOPJ; las modificaciones concernientes a las demarcaciones judiciales; el estatuto orgánico de Jueces y Magistrados; leyes penales y normas sobre régimen penitenciario; normas procesales; y, además, *“cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna”* (Art. 561.1.9ª LOPJ). En este contexto concreto se aprecia una significativa disminución del peso político del Consejo si lo comparamos con las atribuciones descritas, entre otros, por los Arts. 3 y 31 de la LO de 1/1980, en virtud de los cuales el CGPJ disfrutaba, en algunas de las materias anteriormente mencionadas, de facultades de iniciativa y propuesta legislativa.

Finalmente, no debemos olvidar que el CGPJ dispone de potestad reglamentaria, según lo establecido por los Arts. 560.1.16ª y 560.2 LOPJ, para disciplinar, entre otras materias, su organización y funcionamiento interno; los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales; la especialización de órganos judiciales; la actuación de los órganos judiciales españoles en materia de cooperación jurisdiccional interna e internacional, etc. Es oportuno que detengamos brevemente nuestra atención sobre esta prerrogativa, puesto que la potestad reglamentaria de la que dispone el Consejo es uno de los aspectos que más directamente incide en la configuración legal de este órgano y en la definición de su posición en el marco constitucional.

Lo primero que debemos considerar es que la CE no atribuye, de manera expresa, esta potestad al Consejo. Por lo tanto, esta atribución y su alcance efectivo dependen directamente de una decisión discrecional del legislador orgánico.

En lo relativo a la eficacia de los reglamentos aprobados por el Consejo, debemos recordar lo establecido por la última parte del Art. 560.1 LOPJ: *“En ningún caso, las disposiciones reglamentarias del Consejo General del Poder Judicial podrán afectar o regular directa o indirectamente los derechos y deberes de personas ajenas al mismo”*. La norma pretende evitar que

decisiones adoptadas por el Consejo puedan tener repercusión para la ciudadanía en general, lo cual representaría una distorsión del sistema representativo (Diez Picazo, 2023, 487).

En lo que atañe a su elaboración, en virtud del Art. 560.2 LOPJ, los proyectos de reglamento del Consejo deben ser sometidos a informes de las asociaciones profesionales de jueces y magistrados. Asimismo, para su tramitación es necesaria la intervención del Ministerio de Justicia, y de las Comunidades Autónomas *“siempre que una y otras tengan competencias relacionadas con el contenido del reglamento o sea necesario coordinar éstas con las del Consejo General”*.

Por último, según establece el Art. 564 LOPJ, los miembros del Consejo no tienen el deber de comparecer antes las Cámaras legislativas, excepto en aquellos supuestos necesarios, indicados expresamente por la ley. La legalidad constitucional de este precepto ha sido corroborada por el mismo TC, precisando que el CGPJ ejerce sus prerrogativas *“en garantía de la independencia de jueces y magistrados, unas funciones que no pueden quedar, sin amenaza o daño para esa independencia, sujetas a fiscalización por el poder político”* (Sentencia TC 191/2016, de 15 de noviembre).

2. La composición del CGPJ

Una de las cuestiones más relevantes que afecta al funcionamiento del CGPJ y al ejercicio efectivo de su función de garantía de la independencia del poder judicial es la relativa a los mecanismos de elección de los vocales que lo integran.

Según el Art. 122.3 CE, el Consejo está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo que lo preside y por veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años. Al cumplimiento de este periodo de tiempo, el Consejo debe ser renovado integralmente, siendo imposibles las renovaciones parciales, excepto lo que establezca la LOPJ en lo relativo a las sustituciones de los vocales en caso de cese anticipado¹.

El precepto constitucional, desafortunadamente, plantea graves problemas hermenéuticos. En efecto, la norma indica que, de los veinte vocales, *“doce [serán elegidos] entre Jueces y Magistrados de todas las categorías*

¹ Art. 571 LOPJ: *“El cese anticipado de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial dará lugar a su sustitución, procediendo el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial a ponerlo en conocimiento de la Cámara competente para que proceda a la propuesta de nombramiento de un nuevo Vocal conforme al orden establecido en el artículo 567.4 de la presente Ley Orgánica.*

El nuevo Vocal ejercerá su cargo por el tiempo que reste hasta la finalización del mandato del Consejo General del Poder Judicial.”

judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión.”

La formulación literal y, más concretamente, la expresión “*entre Jueces y Magistrados*” ha determinado que, desde mediados de los años ’80 en adelante, la forma de elección de los vocales haya sufrido numerosos cambios por voluntad del legislador orgánico. Todos estos, lejos de otorgar estabilidad al Consejo y mejorar su funcionamiento, han ido en la dirección de acomodar este órgano constitucional a las exigencias de cada Gobierno. La consecuencia de esta lógica infausta ha sido la de provocar el bloqueo del proceso de renovación del Consejo, determinando así una de las causas del mal funcionamiento de este órgano constitucional tan relevante.

La última de estas reformas se remonta al año 2013 por efecto de la LO 4/2013, de 28 de junio, “*de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*”. Así, en la actualidad, las Cámaras están llamadas a elegir doce vocales de un listado de jueces y magistrados que hayan previamente presentado su candidatura. Para postularse es necesario contar con “*el aval de veinticinco miembros de la carrera judicial en servicio activo o el aval de una Asociación judicial legalmente constituida en el momento en que se decreta la apertura del plazo de presentación de candidaturas*” (Art. 574 LOPJ).

Este cambio legislativo, además, intenta atacar el problema de los retrasos en la renovación del Consejo. Para esto la LO 4/2013 establece que la prórroga del Consejo no es posible excepto en el caso en que “*ninguna de las Cámaras cumpliera el mandato de designación*”. Cuando esto ocurra, “*bastará la sola presencia de los vocales designados por una de las Cámaras para que el nuevo Consejo pueda constituirse*”. Solo en este supuesto los vocales cuyo mandato haya caducado, seguirán ejerciendo sus funciones hasta que la Cámara correspondiente proceda a su renovación (Art. 570.1 LOPJ). Sin embargo, el propósito de resolver el problema de las dilaciones en la renovación del Consejo se ha quedado frustrado en la práctica, y numerosos objetivos perseguidos por la LO 4/2013 –tan esperanzadamente descritos en su “*exposición de motivos*”– han quedado incumplidos tras más de 10 años desde la aprobación de la reforma.

Por todo esto, el legislador orgánico vuelve a modificar el funcionamiento del Consejo en el año 2021, haciéndose consciente de la situación extraordinaria de un órgano constitucional mermado en su composición. Con la aprobación de la LO 4/2021, de 29 de marzo, “*por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones*”, se

procede a limitar el conjunto de funciones que el CGPJ puede ejercer cuando el mandato de sus miembros haya caducado². De esta forma, se intenta forzar la mano de las fuerzas políticas mayoritarias para lograr que, en el tiempo debido, se lleven a cabo las necesarias renovaciones del Consejo.

La realidad actual, sin embargo, demuestra que este enésimo intento de resolver el problema de los retrasos en la designación de los vocales del CGPJ ha fracasado y que este mismo problema sigue tan presente hoy como en el pasado³.

3. *La garantía orgánica de la independencia judicial desde la perspectiva europea*

La relevancia de las cuestiones tratadas hasta aquí y la importancia de la función que desarrollan órganos como el CGPJ en el afianzamiento de la independencia judicial y del Estado de Derecho, quedan demostradas también por la jurisprudencia del TEDH y del TJUE o por la emisión de informes por parte de órganos afines al Consejo de Europa.

Un ejemplo evidente de este interés por las cuestiones inherentes a la garantía de la independencia judicial lo tenemos en la STEDH de 3 de enero de 2013, caso “*Oleksandr Volkov c. Ucrania*”. En esta resolución el Tribunal de Estrasburgo analiza aspectos esenciales concernientes a la “*High Court of Justice*” de Ucrania⁴. Tras analizar algunas de sus características principales, su composición integrada mayoritariamente por miembros ajenos a la carrera judicial y los lazos existentes entre estos y los poderes políticos, la corte detecta suficientes indicios para considerar quebrantada la presunción de independencia que debería caracterizar este órgano en el ejercicio de su

² Merece la pena recordar que, entre estas competencias limitadas para el Consejo en funciones, se hallaba también la relativa al nombramiento de dos magistrados del TC. Ante la necesidad imperativa de que el CGPJ absolviera a este cometido, el legislador procedió a la aprobación de la LO 8/2022, de 27 de julio, “*de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*”, devolviendo al Consejo esa prerrogativa. De este modo, a finales de diciembre de 2022, el Consejo puede finalmente absolver a esa función fundamental descrita por el Art. 159.1 CE.

³ En efecto, en el momento en que redactamos estas líneas, una simple consultación de la página web del CGPJ nos devuelve la imagen real de lo que es esta institución en la actualidad: un órgano constitucional deslegitimado por el agotamiento del mandato de sus miembros y profundamente afectado en su integridad. Así lo demuestran los nombres de veinte vocales que fueron elegidos hace más que una década, de los cuales solo dieciséis se encuentran actualmente en servicio activo.

⁴ Un órgano equivalente al CGPJ español, puesto que en virtud del Art. 131 de la Constitución ucraniana de 28 de junio de 1996, sus atribuciones atañen a nombramientos y ceses de jueces y además ejerce competencias en materia disciplinaria.

función disciplinaria⁵. Por estas mismas razones, el TEDH reitera uno de los principios fundamentales contenidos en el Capítulo 5 de la “European Charter on the Statute for Judges” (Council of Europe, 1998), es decir, que “*the dereliction by a judge of one of the duties expressly defined by the statute, may only give rise to a sanction upon the decision, following the proposal, the recommendation, or with the agreement of a tribunal or authority composed at least as to one half of elected judges.*”

Igualmente, la corte recuerda una de las conclusiones de la Comisión de Venecia relativas a este mismo caso, matizando que la composición de la “*High Court of Justice*” ucraniana sigue sin ajustarse a las normas europeas, ya que solo 3 de sus 20 miembros son jueces elegidos por sus pares.

De este modo, el Tribunal de Estrasburgo pone énfasis en un requisito claro y de naturaleza formal para considerar satisfechas las exigencias más básicas ligadas a la independencia de órganos constitucionales cuyas funciones coinciden con las del CGPJ. La elección de los miembros de estos debe seguir criterios ciertos, dirigidos a evitar el “*abuso y mal uso*” de medidas disciplinarias que puedan ir en detrimento de la independencia judicial, “*uno de los valores más importantes que sustentan el funcionamiento eficaz de las democracias*”.

En la STEDH de 6 de noviembre de 2018, caso “*Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*”, la corte no solo reitera algunas de las conclusiones que acabamos de describir, sino que profundiza, aún más, en las condiciones y requisitos necesarios para la correcta configuración constitucional de órganos como el CGPJ.

El TEDH acude ampliamente a la “*Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member States on judges: independence, efficiency and responsibilities*” (Council of Europe, 2010). Así, en la sentencia se describe los “*Councils for the judiciary*” como “*independent bodies, established by law or under the constitution, that seek to safeguard the independence of the judiciary and of individual judges and thereby to promote the efficient functioning of the judicial system*” (Chapter IV). En relación con su

⁵ Como detalla la misma Corte en la nota informativa del caso, la High Court of Justice (HCJ), “*consisted of twenty members who were appointed by different bodies. Three members were directly appointed by the President of Ukraine, three by the Parliament of Ukraine and two by the All-Ukrainian Conference of Prosecutors. The Minister of Justice and the Prosecutor General were ex officio members of the HCJ. Non-judicial staff appointed directly by the executive and the legislative authorities comprised the vast majority of the HCJ’s members. As a result, the applicant’s case had been determined by sixteen members of the HCJ who had attended the hearing, only three of whom were judges. Moreover, only four members of the HCJ worked there on a full-time basis. The other members continued to work and receive a salary outside the HCJ, which inevitably involved their material, hierarchical and administrative dependence on their primary employers and endangered both their independence and impartiality.*”

composición, el documento indica nuevamente que estos órganos deben ser mayoritariamente integrados por jueces elegidos por miembros de la carrera judicial, de todos los niveles y en el respeto del principio del pluralismo. Asimismo, se reitera la necesidad de que las resoluciones adoptadas por estos Consejos sean razonablemente motivadas y que sus procedimientos se lleven a cabo respetando estándares elevados de transparencia⁶.

La importancia de estos principios es corroborada también por la jurisprudencia del TJUE, particularmente abundante sobre esta materia debido a las polémicas medidas legislativas que el gobierno polaco ha impulsado en el año 2019 para reformar su sistema judicial⁷.

Con la sentencia (STJUE) de 19 de noviembre de 2019, en los casos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18 (“*A. K. v Krajowa Rada Sądownictwa and CP y DO c. Sąd Najwyższy*”), el Tribunal de Luxemburgo examina la independencia del “*Krajowa Rada Sądownictwa*” (“Consejo Nacional del Poder Judicial”) de Polonia y su capacidad autónoma para seleccionar miembros de una sala del Tribunal Supremo encargada de funciones disciplinarias. En esta resolución, el TJUE insta al órgano jurisdiccional que planteó la cuestión prejudicial, el “*Sąd Najwyższy, Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych*” (“Tribunal Supremo, Sala de lo Laboral y de la Seguridad Social”), a evaluar la actuación del “Consejo” según criterios establecidos por el TEDH y el propio TJUE. Específicamente, la corte europea señala la importancia de considerar su composición, el proceso de selección de sus miembros, sus características esenciales y el contenido de sus actuaciones. Según el TJUE, la evaluación de estos criterios es crucial para determinar “*la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio*”. Además, el TJUE subraya que la mera falta de apariencia de independencia o imparcialidad de un órgano constitucional como el Consejo –y, por ende, como el CGPJ– puede socavar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática⁸.

⁶ Vd. también la STEDH de 8 de noviembre de 2021, caso “*Dolinska-Ficek and Ozimek c. Polonia*”, sobre la influencia de los poderes ejecutivo y legislativo en la elección de los miembros del Consejo Nacional del Poder Judicial polaco.

⁷ Cabe recordar que uno de los puntos centrales del programa político del Partido “*Prawo i Sprawiedliwość*” (“Ley y Justicia”), ganador de las elecciones de 2015 con una mayoría absoluta, consistía en la creación de mecanismos jurídicos útiles para recabar la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, numerosos aspectos relativos a este cambio legislativo han suscitado graves dudas sobre el mantenimiento de la separación de poderes y sobre las necesarias garantías de independencia del poder judicial.

⁸ Vd. también la STJUE de 2 de marzo de 2021, asunto C-824/18, “*A.B. and Others c. Krajowa Rada Sądownictwa and Others*”, en la que se condena el incumplimiento, por

Del mismo modo, merece la pena recordar la STJUE de 15 de julio de 2021, asunto C-791/19, (“*European Commission c. Republic of Poland*”). Ante la inercia del gobierno polaco, el Tribunal de Luxemburgo vuelve a pronunciarse sobre el órgano de cabecera del poder judicial en Polonia, en virtud de las prerrogativas que el Art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reconoce a la Comisión. Por lo tanto, el TJUE sigue detectando graves disfunciones en el sistema judicial de ese país en relación con el régimen disciplinario aplicable a jueces y magistrados, y vuelve a avalar las dudas sobre la independencia del “Consejo Nacional del Poder Judicial” en el nombramiento de miembros de la sala disciplinaria del Tribunal Supremo (Magaldi, 2022, 138-143).

En esta ocasión, la corte europea reitera la existencia de una obligación insoslayable, que se desprende del contenido del Art. 19.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), y que impone a los Estados miembros “*garantizar que los órganos nacionales que puedan tener que resolver, como «órganos jurisdiccionales», en el sentido del Derecho de la Unión, sobre cuestiones relativas a la aplicación o a la interpretación de ese Derecho, lo que sucede en el caso de los tribunales ordinarios polacos y del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo), cumplan las exigencias necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva, entre las que se cuentan las vinculadas a la independencia y a la imparcialidad de dichos órganos*”.

Estos ejemplos demuestran cuál es el papel que juega la jurisprudencia europea en la definición de las formas y mecanismos para que la articulación del poder judicial en los Estados europeos se haga en el respeto de los principios de independencia y sumisión al imperio de la Ley.

En la consecución de este reto, resulta igualmente importante la labor que desarrolla el Consejo de Europa, no solo a través del TEDH, sino también con la acción de otros órganos como la Comisión de Venecia o el “Consultative Council of European Judges”. Este último, en efecto, representa un foro cuya misión consiste en asesorar los gobiernos de los Estados miembros sobre cuestiones relacionadas con la independencia, la imparcialidad y las funciones de los jueces. Por otra parte, merece la pena recordar la creación de otras estructuras en las que, a través del dialogo y la puesta en común de experiencias nacionales, se pretende reforzar la independencia del poder judicial y también su responsabilidad hacia la sociedad. Estos últimos constituyen, por ejemplo, algunos de los objetivos del “*European Network of Councils for the Judiciary*”, un órgano creado en mayo de 2004, bajo el amparo de la Unión Europea.

El conjunto de propuestas, recomendaciones y dictámenes de estos diversos actores supranacionales en materia de independencia judicial constituye un

parte del “Consejo Nacional del Poder Judicial”, del deber de motivación del nombramiento de algunos magistrados del Tribunal Supremo polaco.

auténtico “soft law” que debería servir de guía para determinar el correcto funcionamiento de órganos como el CGPJ (Fernández Riveira, 2022, 391-394).

VI. CONCLUSIONES

La noción de Estado de Derecho surge en el siglo XIX en la dogmática alemana y se convierte en un tema central del debate constitucional, destacando la relación entre el principio de legalidad y la independencia judicial. Esta misma noción, por otra parte, representa un concepto dinámico que evoluciona constantemente para concretar las cambiantes instancias relacionadas con la dignidad humana en cada período histórico.

Desde una perspectiva actual, el Estado de Derecho implica la sujeción del poder estatal al Derecho y a una Constitución con fuerza normativa y primacía. Sus elementos esenciales incluyen, entre otros, la separación, limitación y legitimación democrática de los poderes estatales, la distribución territorial del poder, la existencia de controles intraorgánicos e interorgánicos, la seguridad jurídica, el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Para la consecución de estos objetivos, es necesario implementar sistemas de justicia inspirados en las garantías del “proceso justo” (Art. 24 CE y 6 CEDH). Entre estas destaca el derecho a la independencia judicial cuyos aspectos centrales conciernen a las formas y modalidades de designación del tribunal, a la duración de su mandato, a la separación efectiva de los jueces de influencias políticas externas, a la exteriorización de su independencia en cada caso específico, etc.

Numerosos Estados europeos recurren a garantías orgánicas para afianzar la independencia judicial y, por ende, el Estado de Derecho. A la luz de la jurisprudencia y del “soft law” europeo, estos órganos o “Consejos” deben presentar características determinadas: deben ser mayoritariamente integrados por jueces elegidos por miembros de la carrera judicial; los procesos electorales para la selección de sus miembros deben ser claros, transparentes y plurales; estos procesos no deben coincidir con el comienzo de las legislaturas parlamentarias; la duración del mandato de los miembros de estos Consejos deben permitirles desarrollar sus funciones de manera efectiva; y además, deben existir mecanismos que promuevan y aseguren la lealtad institucional entre estos órganos y el resto de instituciones del Estado.

El Art. 122 CE encomienda al CGPJ la tarea de garantizar la independencia del poder judicial en España. Sin embargo, tras casi medio siglo de funcionamiento, es patente que este órgano constitucional exhibe claros signos de desgaste y fragilidad. Estos años han demostrado que el desarrollo legislativo del mandato constitucional se ha realizado desde enfoques puramente partidistas que han contribuido a exacerbar los graves problemas que hoy afectan al Consejo.

En concreto, la “*lottizzazione della politica*”, es decir, una visión de las instituciones públicas como patrimonio de los partidos políticos llamados a ocuparlas (Grassani, 1984, 481), es tal vez una de las causas principales de estos problemas⁹. Esta actitud profundamente negativa se fundamenta en una interpretación equivocada de la naturaleza y de las funciones del Consejo, de modo que su “conquista” se vuelve un objetivo estratégico prioritario para los actores políticos nacionales. La “parlamentarización” del CGPJ, su errónea asimilación a un “mini parlamento” llamado a deliberar sobre cuestiones de índole judicial, se ha vuelto una cuestión central que necesita ser abordada para devolver a este órgano no solo su sentido constitucional, sino también su dignidad. Con la progresiva degradación del discurso político no nos debe sorprender que la renovación de los vocales del Consejo se haya vuelto materialmente inviable.

Puesto que la naturaleza de estas cuestiones es política, es desde la política que deben llegar las soluciones necesarias. La misma ciudadanía es plenamente consciente de ello puesto que una amplia mayoría de la sociedad española interpreta los intentos de control externo del poder judicial como una grave disfunción del sistema público¹⁰. Desde esta perspectiva, la incógnita relativa a los retrasos en la renovación del Consejo es solo el síntoma de un problema más serio y profundo que no puede ser subsanado con la enésima reforma del mecanismo de elección de sus vocales.

Las respuestas posibles son diversas.

Para prevenir la “parlamentarización” del Consejo, sería factible disminuir el alcance de su función consultiva que la Constitución no enumera expresamente en el catálogo descrito por el Art. 122.2 CE. Esto impediría

⁹ Con la Sentencia 108/1986, de 29 de julio, el TC alertaba de los riesgos asociados a una excesiva politización de este órgano: “*La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado. Es, desde luego, una solución posible en un Estado de Derecho, aunque, [...] no es su consecuencia necesaria [...]. Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial*”.

¹⁰ Así lo revela el 59% de la población encuestada en un sondeo dirigido a analizar la imagen de la Justicia en España. Más concretamente, una muy amplia mayoría de la opinión pública de nuestro país sostiene que estas estrategias políticas contribuyen a “dañar la imagen de España en Europa” (90%), a “dañar gravemente nuestra democracia” (90%), o constituyen “una ofensa a los jueces, pues les hace parecer como manejables por los partidos” (85%), (Metroscopia, 2023).

que el CGPJ se viera involucrado en los debates parlamentarios sobre reformas judiciales, evitando así su manipulación política. Esta medida, no obstante, no impediría las valiosas contribuciones de la judicatura en el proceso de elaboración de leyes relevantes para este colectivo. Dichas funciones podrían ser asumidas por las asociaciones profesionales existentes, en el respeto de su criterio ideológico y sobre la base de su representatividad.

En cuanto al nombramiento de altos cargos judiciales y de los magistrados constitucionales, sería necesario que la LOPJ matizara, de la manera más clara posible, el alcance concreto de ciertas expresiones inevitablemente ambiguas (“*reconocida competencia*” o “*reconocido prestigio*”). Profundizando en la amplia doctrina del Tribunal Supremo existente sobre esta materia, podrían vincularse estos conceptos a criterios objetivos con el fin de hacer dificultosos los nombramientos basados en meras afinidades políticas.

Indudablemente, sería deseable que ciertos actores parlamentarios dejaran de lado argumentos basados en prejuicios ideológicos sobre la judicatura. Esta actitud socava la legitimidad del sistema judicial y, por ende, del propio Estado de Derecho. Defender estas posturas implica respaldar argumentos demagógicos que erosionan nuestra democracia y minan la confianza que la ciudadanía debe tener en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y en su total sujeción al imperio de la Ley.

Las Facultades de Derecho, en las que se forman las personas que asumirán el deber de aplicar el criterio legal en los tribunales y de ejercer ese poder “*tan terrible entre los hombres*” (Montesquieu, 1749, 229), proveen la formación necesaria en los principios fundamentales de la Constitución. Ciertamente, existen márgenes de mejora en este ámbito y el currículo universitario de los futuros jueces y magistrados podría dedicar aún más espacio a la enseñanza de valores como la democracia, la libertad, la igualdad, el pluralismo y la justicia.

Las percepciones que estigmatizan a la judicatura como partidaria de posturas conservadoras se basan en estereotipos obsoletos, arraigados en el pasado, que carecen de fundamento en la realidad actual. Si bien es cierto que el rol del juez es aplicar la Ley y no criticarla, su experiencia y competencia jurídica les permiten prever que ciertas iniciativas legislativas son incompatibles con el ordenamiento jurídico o inidóneas a alcanzar los objetivos políticos que se les atribuyen hipotéticamente. Así, es crucial confiar en la capacidad de la judicatura para aplicar las leyes de manera precisa a situaciones concretas, y en la capacidad del sistema para identificar y corregir errores. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de modificar y mejorar los procesos selectivos para acceder a la carrera judicial, integrando, junto con los saberes tradicionales del Derecho, otros conocimientos que conciernan, por ejemplo, al entorno social que rodea las normas y su aplicación (Martín Pallín, 2010, 114-115).

Una característica inherente a todo tipo de poder, especialmente al poder político, es su propensión para buscar un control absoluto, lo cual contradice abiertamente la esencia propia de cualquier Estado de Derecho. Por esta razón, los redactores de la Constitución de 1978 concibieron el CGPJ como un órgano constitucional vital para garantizar la independencia de la judicatura.

La consecución de este objetivo fundamental será posible solo en la medida en que los actores políticos demuestren el necesario “sentido del Estado”, y solo cuando la ciudadanía asumirá su deber de selección política de una manera más crítica y racional.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS EMPLEADAS

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y Rosario TUR AUSINA. 2014. *Derecho Constitucional*. IV Ed. Madrid: Tecnos.
- ALZAGA VILLAMIL, Oscar. 2016. *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. II Ed. Madrid: Marcial Pons.
- BAZÁN, Víctor. 2009. «El estado de derecho como zona de interacción de la democracia, la Constitución, la justicia constitucional y la protección de los derechos fundamentales». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 11, enero/junio: 45-94.
- BOBBIO, Norberto. 1984. *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*. Torino: Einaudi.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. 2000. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- CHIAVARIO, Mario. 2001. *Articolo 6*. Torino: Ed. UTET.
- COUNCIL OF EUROPE. 1998. *European Charter on the statute for judges*. Department of Legal Affairs, DAJ/DOC (98)23, Strasbourg, 8-10 July 1998. Acceso el 5 de abril de 2024, <https://rm.coe.int/090000168092934f>
- . 2010. *Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities*. Committee of Ministers of the Council of Europe, 1098th meeting of the Ministers’ Deputies, Strasbourg, 17 November 2010. Acceso el 5 de abril de 2024, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/06/CMRec201012E.pdf>
- DIEZ PICAZO, Luís María. 2023. *Ordenamiento constitucional español*. II Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María. 2022. «El órgano de gobierno de los jueces atrapado en el tiempo. El CGPJ hiper reformado, hiper prorrogado y, ahora en funciones, perdiendo y recuperando competencias». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 50: 351-397.
- FERRAJOLI, Luigi. 2012. «La democrazia costituzionale». *Revusov kanon*, n.º 18: 69-124.
- FREIHERR VON ARETIN, Johann Christian y Carl VON ROTTECK. 1827. *Das Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*. Altenburg.
- GIMENO SENDRA, José Vicente; Cándido CONDE PUMPIDO y José GARBERÍ LLOBREGAT. 2000. *Los procesos penales*. Barcelona: Ed. Bosch.

- GRASSANI, Goffredo. 1984. «Partiti e società. Riflessioni sul fenómeno della lottizzazione». *Aggiornamenti sociali*, n.º 7-8. Anno XXXV: 481-488.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. 2002. *Imparcialidad, judicial y derecho al juez imparcial*. Madrid: Ed. Colex.
- KANT, Immanuel. 1797. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Königsberg.
- MAGALDI, Nuria. 2022. «La construcción de un Poder Judicial europeo y las garantías de su independencia». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 125: 127-157.
- MARTIN PALLIN, José Antonio. 2010. *¿Para qué servimos los jueces?*. Madrid: Catarata.
- METROSCOPIA. 2023. *Sondeo de opinión. La imagen de la Justicia entre usuarios de sus servicios*. Acceso el 7 de abril de 2024, <https://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA/FICHEROS/9002%20Encuestas%20para%20medir%20la%20calidad/METROSCOPIA%20-%20La%20imagen%20de%20la%20justicia%20entre%20los%20usuarios%20de%20sus%20servicios.pdf>
- MILIONE, Ciro. 2015. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan. 2002. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal. Parte General. Tomo I*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. 1749. *Del espíritu de las leyes*. (Tr. por GARCÍA del MAZO, S.). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez (1906).
- PICÓ I JUNIO, Joan. 1998. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona: Ed. Bosch.
- PODER JUDICIAL ESPAÑA. 2024. «Régimen disciplinario judicial». *Consejo General del Poder Judicial*. Acceso el 2 de abril de 2024, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Informacion-Institucional/Que-es-el-CGPJ/Funciones--/Regimen-disciplinario-judicial-/Regimen-disciplinario-judicial>
- VON MOHL, Robert. 1829. *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg*. Tübingen.
- WELCKER, Karl Theodor. 1813. *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*. Giessen.

EL *JUEZ-ROBOT* Y SU ENCAJE EN LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
UTILIZADA EN EL ÁMBITO DE LA TOMA
DE DECISIONES POR LOS TRIBUNALES

*The «Robot-Judge» and its compatibility with
the Spanish Constitution. The use
of artificial intelligence in the decision-making
process by the courts*

Elena Pineros Polo¹

Contratada Doctora

Universidad Rey Juan Carlos, España

<https://orcid.org/0000-0001-5582-2149>

<https://doi.org/10.18543/ed.3100>

Fecha de recepción: 25.04.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

La Inteligencia Artificial (IA) está en nuestras vidas desde hace décadas. No obstante, en los últimos años el desarrollo tecnológico ha sido tan rápido, que ha provocado gran recelo en ciertos sectores, siendo el ámbito judicial uno de ellos. Este trabajo reflexiona sobre la conjugación entre IA y decisión judicial. El objetivo es analizar cómo encajaría en la configuración constitucional de la Justicia, la

¹ La Dra. Elena Pineros Polo ha desarrollado este trabajo al amparo de su participación como investigadora en el proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación 2022 titulado *Hacia un convenio internacional integral sobre el uso delictivo de las TIC: ciberterrorismo y discurso de odio en un marco de libertad de expresión y responsabilidad* (ref. PID2022-136943OB-I00).

utilización de los sistemas de IA, aplicados concretamente al ámbito de toma de decisiones por los tribunales españoles. Nuestra Constitución configura la potestad jurisdiccional para ser administrada por jueces y magistrados, integrantes del poder judicial. Analizamos la potencial sustitución de jueces por sistemas de IA y los riesgos que ello implicaría para la independencia e imparcialidad.

Palabras clave

Inteligencia artificial; función jurisdiccional; independencia judicial; imparcialidad; juez-robot.

Abstract

The Artificial Intelligence has been a part of our lives for decades. However, in recent years. Technological development has been so rapid that it has sparked great concern in certain sectors, judiciary being one of them. This paper reflects on the intersection between AI and judicial decision-making. The objective is to assess how the integration of AI systems aligns with the constitutional framework of the judicial function, specifically in the context of decision-making by the Spanish Courts. Our Constitution establishes that judicial authority is to be exercised by judges and magistrates, who are members of the judiciary. We examine the potential substitution of judges by AI systems, and the associated risks for their independence and impartiality.

Keywords

Artificial Intelligence; judicial function; judicial Independence; impartiality; robot-judge.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 1. Los *datos* como núcleo esencial de la IA. 2. ¿Qué es un algoritmo? 3. El anglicismo *Machine Learning*: la capacidad de los sistemas de IA para aprender y mejorar. 4. Resultado de la aproximación conceptual. III. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL. IV. INTELIGENCIA ARTIFICIAL E INDEPENDENCIA JUDICIAL. V. INTELIGENCIA ARTIFICIAL E IMPARCIALIDAD JUDICIAL. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La utilización de los sistemas de inteligencia artificial (IA) está generando gran polémica. Existe cierto recelo generalizado en relación con el uso de la IA en muchos sectores. Podemos encontrar voces alabando las ventajas de la automatización inteligente, en todo tipo de profesiones. No obstante, también hay muchos escépticos, temerosos del rapidísimo avance y la ausencia de herramientas jurídicas y sociales para hacer frente a los efectos adversos de la aplicación masiva de sistemas de IA en todo tipo de esferas.

Este trabajo se centra en analizar la aplicación de la inteligencia artificial al ámbito de la Justicia, y más concretamente al ejercicio de la función jurisdiccional, todo ello desde el examen de la configuración constitucional de la potestad de jueces y magistrados de procurar la tutela judicial. El artículo estudia cómo subsumir en el marco constitucional la aplicación de la inteligencia artificial, al ámbito de toma de decisiones sobre el fondo que realizan jueces y magistrados.

El surgimiento de la *informática* revolucionó y continúa revolucionando nuestras vidas en todos los aspectos, tanto profesional como personal. La aparición de la IA ha supuesto un avance brutal. El origen de lo que hoy conocemos con *inteligencia artificial* lo encontramos a mediados del siglo pasado, cuando en diversos foros se presentaron las primeras *máquinas inteligentes* que emulaban rudimentariamente el funcionamiento del pensamiento humano².

La capacidad de los ordenadores personales actuales es exponencialmente mayor que sus antecesores; las máquinas de las que disponemos

² Gómez Colomer, lo sitúa a mediados del s. XX, con la creación por Alan Turing de una máquina conceptual (Gómez Colomer, J. L., 2023a: 25-35). En el mismo sentido Pérez Estrada atribuye el descubrimiento de la IA a otros científicos: Allen Newell y Herbert Simon, ambos presentaron un programa denominado *Logic Theorist* que comenzaba a imitar el funcionamiento del cerebro humano. Miren Josune Pérez Estrada, *Fundamentos jurídicos para el uso de la inteligencia artificial en los órganos judiciales* (Pérez Estrada, M. J., 2022: 29-30).

ahora son capaces de almacenar y gestionar una cantidad descomunal de datos, inabarcables para la mente humana. Las posibilidades que nos ofrece esa gestión masiva de datos son abrumadoras. La cuarta revolución industrial es una realidad incontestable que ha irrumpido con firmeza y obvia vocación de permanencia. En consecuencia, tal como apunta Barona Vilar, la transformación de espacios, protagonistas y valores está siendo progresiva e imparable³.

La inteligencia artificial nos rodea, y es ya tan cotidiana⁴ que no percibimos su existencia. Los sistemas que ofrecen el producto más adecuado a nuestras preferencias revelan que la IA está absolutamente presente en nuestro comportamiento como consumidores. Asimismo, contamos con mecanismos de navegación inteligente que nos asisten a diario para encontrar la ruta más corta y rápida al lugar al que nos dirigimos. De esa incuestionable dependencia de la informática y sus máquinas, surge con fuerza la idea de *tecnología autónoma* que imita la actividad cognitiva humana y permite reproducir nuestros comportamientos. Desde mediados del siglo XX han surgido máquinas complejas y sistemas informáticos avanzados que imitan el razonamiento natural y exclusivo de las personas humanas. Gracias a los procesos lógico-matemáticos la IA procesa y analiza datos a una velocidad vertiginosa. Además, es capaz de aprender a medida que desarrolla su actividad, lo cual ofrece unas posibilidades extraordinarias de mejora, en el sentido de perfeccionamiento del propio sistema.

El temor a la sustitución de los humanos por sistemas de IA en muchas profesiones está generando gran preocupación y rechazo. La reciente aplicación de los sistemas de automatización mediante IA ha dado lugar a relevantes protestas en diversos sectores profesionales. El sector de la industria manufacturera, así como del transporte han mostrado gran preocupación por los efectos de la automatización de sus procesos productivos en los derechos laborales⁵. Las huelgas de guionistas, actores y otros profesionales del cine

³ La profesora Barona Vilar abordó la evolución de las diferentes revoluciones en *Algoritmización del Derecho y de la Justicia*, (Barona Vilar, S., 2021: 42-75). También afirma con convicción la existencia de esta cuarta revolución industrial Faggiani (Faggiani, V., 2022: 517-518).

⁴ Abunda en la idea de la cotidianeidad de la IA la profesora Faggiani (Faggiani, V., 2022: 521).

⁵ Las huelgas de los trabajadores de General Motors en 2019 en Estados Unidos reivindicaron los riesgos de la utilización de sistemas de IA en la cadena productiva para su estabilidad laboral. En estas protestas ya se percibía gran animadversión contra el aumento de la automatización en la cadena de producción, aunque no fuese el tema central de aquellas movilizaciones.

Esta noticia fue objeto de amplia cobertura por los medios de comunicación más relevantes en el país: Diarios de tirada nacional como CincoDías, El País, Expansión llevaron

que tuvieron lugar en el mes de mayo de 2023 en los Estados Unidos constituyen la primera manifestación significativa de ese temor⁶.

Recomienda Nieva Fenoll no ser ingenuos pensando que la IA no llegará a utilizarse más en el ámbito de la Justicia⁷; no solo para agilizar la búsqueda de jurisprudencia o como herramienta de consulta para la evaluación del riesgo en la adopción de decisiones relativas a las diligencias de investigación durante la instrucción penal; sino como mecanismo automático para tomar decisiones judiciales, donde el factor humano pierda el protagonismo, y sea relegado a un segundo plano para simplemente supervisar el resultado adoptado por estas máquinas.

Esparza Leibar, Fernández Galarreta⁸ y Gómez Colomer manifiestan su preocupación respecto del futuro inmediato e incierto que nos espera (Esparza Leibar, I., Fernández Galarreta, F. J., 2023: 4-5; Gómez Colomer, J. L., 2023a: 25-35; Gómez Colomer, J. L., 2023b: 129-154). Es fácil intuir cambios importantes en las fórmulas que venimos utilizando para resolver los conflictos; en especial en sede judicial donde el *juez-robot* se torna como futurible más que cercano⁹.

El mundo del Derecho no debe quedar distanciado de la evolución tecnológica. Los juristas necesitamos participar del progreso de la tecnología y beneficiarnos de ella. Se avecinan cambios trepidantes de carácter social y jurídico, propiciados por la generalización en el uso de esta tecnología.

la noticia a sus primeras páginas. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/05/companias/1580917108_658827.html [Última consulta: 5/04/2024].

<https://www.expansion.com/empresas/motor/2019/10/13/5da35a72468aeb737d8b46ce.html> [Última consulta: 5/04/2024].

https://elpais.com/economia/2019/10/25/actualidad/1572028994_028493.html [Última consulta: 5/04/2024].

⁶ Los profesionales del sector cinematográfico manifestaron su miedo a ser sustituidos por herramientas de IA que reproducen el lenguaje natural de los humanos, así como las que generan contenidos basándose en una inmensa cantidad de datos con los que se alimenta y entrena a estos sistemas. A modo de ejemplo: <https://elpais.com/cultura/2023-11-09/fin-de-la-huelga-en-hollywood-los-actores-y-los-estudios-llegan-a-un-acuerdo-que-pone-fin-a-118-dias-de-paros.html> [Última consulta: 5/04/2024].

⁷ Nieva Fenoll entiende que, pese a que la aplicación de la IA al ámbito de Justicia en la doctrina procesalista es por el momento tan solo incipiente, y no existe abundante bibliografía al respecto; sería ingenuo ignorar la inevitable implantación de la IA en materia judicial, en más áreas de lo que ya se utiliza (Nieva Fenoll, J., 2018: 114-115; Pérez Daudí, V., 2022).

⁸ Esparza Leibar y Fernández Galarreta nos invitan a ser cautelosos con el futuro que nos espera (Esparza Leibar, I., Fernández Galarreta, F. J., 2023: 4-5).

⁹ La profesora Barona Vilar estudia lo que ella misma denomina la *algoritmización de la justicia*, refiriéndose a la «automatización judicial a través de sistemas computacionales» que propician la robotización de la Justicia (Barona Vilar, S., 2021: 29).

Debemos estar preparados para la transformación del *Derecho clásico en un Derecho líquido*, que se aclimate a la nueva sociedad cambiante o modernidad líquida¹⁰. Asimismo, el tradicional carácter arcaico y esencialmente conservador del Derecho va a transformarse como consecuencia de la entrada de la IA en nuestro mundo jurídico¹¹.

En primer lugar, realizamos una aproximación conceptual a la noción de *inteligencia artificial*. Con el fin de facilitar una comprensión inicial de lo que esta herramienta representa para el desarrollo de la actividad jurisdiccional. La intención es permitir un entendimiento básico de su significado, lo cual resulta suficiente para abordar la reflexión sobre la aplicabilidad de la IA en la resolución judicial de conflictos.

Abordamos después la configuración constitucional de la potestad jurisdiccional. La facultad de «*juzar y hacer ejecutar lo juzgado*» tal como se concibe por el Ordenamiento Jurídico español, se ejercita exclusivamente por los integrantes del poder judicial, es decir, por unos concretos profesionales: los jueces y magistrados. El Título VI de nuestra Carta Magna dedica once artículos a diseñar tercer poder del estado, armando una estructura sólida concebida sobre la base una Justicia administrada por personas físicas.

Una vez aclarados los términos técnico-informáticos, así como el diseño constitucional de la función jurisdiccional, este trabajo se centra en el análisis de la complicada conjugación entre la necesaria garantía de la independencia judicial y la aplicación de los sistemas de IA al área específica de toma de decisiones judiciales. La independencia de jueces y tribunales en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, en los términos en que se delimita en la Constitución Española, tiene muy difícil encaje en la idea de juez-robot, esto es, la utilización de sistemas de IA capaces de adoptar decisiones respecto de la resolución de conflictos en sede judicial.

La imparcialidad también puede verse amenazada. En una primera aproximación al asunto, la ausencia de emociones y sentimientos de la máquina, junto con su automatismo basado en operaciones opacas de carácter técnico se podrían percibir como elementos positivos. No obstante, una reflexión más profunda no resulta tan ventajosa. En efecto, centrándonos en la persona o personas que crean esas ecuaciones lógico-matemáticas: el analista de

¹⁰ Pérez Estrada reflexiona sobre la necesidad de aceptar los nuevos retos que surgen como consecuencia de la irrupción de la IA en nuestro sistema jurídico, así como de la necesidad de adaptarnos a ellos. Identifica al nuevo Derecho de este siglo como un *Derecho líquido*, dispuesto a adaptarse al dinamismo de la sociedad tecnológica en la que vivimos, objeto de constantes modificaciones más ágiles y fáciles (Pérez Estrada, M. J., 2022: 118-119).

¹¹ Solar Cayón estudia la irrupción de la IA en el ámbito jurídico, centrándose en la Administración de Justicia (Solar Cayón, J. I., 2022: 1-4).

datos, quien trabaja junto con un equipo de profesionales *desarrolladores*; se observa el peligro de encontrar cierta impronta personal de esos profesionales en su creación; lo cual puede conducir a la aparición de determinados condicionamientos o *sesgos* durante la ejecución de tareas por parte de la máquina.

Por último, ofrecemos las conclusiones alcanzadas en esta investigación, así como una predicción del futuro inmediato.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Intentar definir la IA¹² resulta demasiado ambicioso para este trabajo. No pretendemos ofrecer un concepto integrador. No hemos hallado una única definición unánime al respecto. La ciencia computacional ha evolucionado y con ella el concepto de inteligencia artificial, al igual que nuestra percepción y comprensión del fenómeno. Utilizamos en esta investigación una descripción sencilla de inteligencia artificial, una noción suficiente para centrarnos en el análisis de la implementación de estos sistemas en sede judicial, así como de los efectos jurídicos de la utilización de esta herramienta informática en la resolución de litigios. Describimos brevemente cómo actúa la Inteligencia Artificial desde una aproximación jurídica, alejada del aspecto puramente técnico (Dolz Lago, M.-J., 2022: 970-979).

Este trabajo se aproxima con modestia a ciertos conceptos técnicos que aborda desde la precaución de quien intenta entender términos y procesos informático-matemáticos ajenos a su formación y conocimiento. Con valentía intentamos asimilar y asumir como naturales, el funcionamiento de los procesos que llevan a cabo esas herramientas de IA creadas por matemáticos e ingenieros. Algunos juristas sentimos cierta aprensión al adentrarnos en cuestiones técnicas que nos resultan difíciles de entender, puesto que carecemos de la formación específica que recibieron los matemáticos e ingenieros informáticos. Sin embargo, esta investigación humilde y respetuosa ofrece el resultado de una reflexión de carácter jurídico respecto de la utilización de esos procesos matemático-informáticos al resultado último del ejercicio de una de las tres funciones esenciales del Estado, como es la función jurisdiccional; observando el ejercicio de la potestad jurisdiccional desde la concepción constitucional de la misma.

¹² Pérez Estrada identifica los orígenes del debate sobre la *inteligencia artificial* en un seminario celebrado en Estados Unidos en 1956, donde Allen Newell y Herbert Simon expusieron su trabajo relacionado con al IA por primera vez. Presentaron un programa de ordenador «inteligente» que imitaba el funcionamiento de las operaciones del cerebro humano (Pérez Estrada, M. J., 2022: 29-31).

La característica distintiva de la inteligencia artificial radica en su capacidad para gestionar un colosal volumen de datos. El profesor Gómez Colomer define el *Big Data* como una novedosa tecnología que permite, de un lado almacenar y procesar unas cantidades colosales de datos, previamente recopilados; y de otro analizar toda esa masa gigantesca de datos almacenada de manera ordenada¹³. El *macrodato* es por tanto, una herramienta formidable. Posibilita al usuario gestionar ingentes cantidades de datos almacenados anteriormente, para extraer información precisa, llegando a inferir conclusiones (Pérez Estrada, M. J., 2022: 26-37)¹⁴.

1. Los datos como núcleo esencial de la IA

No cabe duda de que los datos constituyen el componente fundamental de esta nueva tecnología. Sin datos la herramienta no es útil. Es en los datos donde radica la esencia de la IA. Cuantos más datos maneje el sistema, más operacional será, puesto que podrá ofrecer conclusiones más acertadas.

En consecuencia, resulta esencial que la obtención, almacenamiento y utilización de los datos se realice correctamente. La importancia de ordenar y organizar las bases de datos que alimentarán la máquina de juzgar es superlativa. Preocupa mucho la forma en se obtienen los datos y la finalidad de la recogida, así como el almacenamiento de estos, con el objetivo de servir de *alimento* a la *máquina de juzgar* (Ariza Colmenarejo, M. J., 2023: 28-37); en particular los datos de carácter personal, los que contienen información íntima, y que como consecuencia de las operaciones matemáticas-informáticas que debe realizar la herramienta, pueden ser utilizados de forma incorrecta, o al menos no para la finalidad original para la que se cedieron.

Detengámonos primero en analizar brevemente el marco regulador en España relativo a la obtención, almacenamiento y utilización de datos personales, antes de adentrarnos en el uso de tales datos por la *máquina de juzgar*.

La LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD) constituye la pieza legislativa central de nuestro Ordenamiento Jurídico. Esta ley surge para adaptar la legislación española al Reglamento General de Protección de Datos de la

¹³ El profesor Gómez Colomer identifica muchos de los conceptos técnicos esenciales que se comunes en los foros de análisis y debate sobre IA. Además del Big Data, aborda otras muchas definiciones: minería de datos o *Data Mining*, aprendizaje automático o *Machine Learning*, aprendizaje profundo o *Deep Learning*, algoritmo, cadena de bloques o *Blockchain*... Todas estas definiciones nos ayudan a entender cómo se desarrollan las operaciones lógico-matemáticas que resultan en la resolución de problemas (Gómez Colomer, J. L., 2023a: 25-35).

¹⁴ Pérez Estrada se refiere a este concepto en español: el *macrodato*.

Unión Europea¹⁵. La LOPDGDD reconoce el carácter *fundamental* del derecho a la protección de datos, incardinado en el artículo 18.4 de la Carta Magna. El Constituyente en 1978 ya vislumbraba el avance de la informática y los riesgos que dicha evolución conllevaría para el derecho a la intimidad de los individuos, así como para el libre ejercicio y disfrute del resto de derechos y libertades constitucionales. Por ello, la Carta Magna española añadió junto con al reconocimiento del derecho al honor y a la intimidad una previsión de futuro, obligando al legislador a limitar por ley el uso de la informática para garantizar y proteger el honor, la intimidad y el pleno ejercicio de los derechos¹⁶.

A colación, con el fin de aclarar de un lado, la concepción del derecho fundamental a la protección de datos, y de otro, el ámbito del derecho, conviene recordar cómo el Tribunal Constitucional (TC) reconoció ambas circunstancias.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional en la Sentencia STC 94/1998, de 4 de mayo¹⁷, identificaba el carácter *fundamental* al derecho a la protección de datos¹⁸, incluido en el contenido del derecho a la intimidad, y mencionado en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución Española, dotándolo en consecuencia de una tutela especial. La obligación constitucional de limitar por ley el uso de la informática para garantizar la intimidad personal y familiar, así como el derecho al honor y el libre disfrute del resto de derechos, supone el reconocimiento de la existencia del derecho a la protección de los datos como se mencionaba más arriba.

Los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionales gozan de una protección específica. El artículo 53 de la Constitución exige el respeto de los derechos y libertades fundamentales por parte de los poderes públicos, y reconoce una tutela judicial especial de los mismos, tanto en la jurisdicción ordinaria a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad; como ante el propio Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

Pocos años después el Tribunal Constitucional aborda de nuevo el derecho fundamental a la protección de datos, esta vez para puntualizar el ámbito del derecho, en relación con el tipo de datos protegidos. La sentencia 292/2000 de 30 de noviembre¹⁹ resolvió un recurso de inconstitucionalidad relativa a de

¹⁵ Reglamento UE (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹⁶ Véase el artículo 18.4 Constitución Española.

¹⁷ STC 94/1998, de 4 de mayo, BOE n.º 137, de 9 de junio de 1998.

¹⁸

¹⁹ Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, BOE n.º 4, de 4 de enero de 2001.

determinados preceptos de la anterior Ley de Protección de Datos²⁰. Para ello el Tribunal Constitucional²¹ analiza el objeto de la protección del derecho fundamental a la protección de datos. En dicho análisis el TC fija el concepto de *dato personal* incluyendo no solo los datos íntimos, sino cualquier información sobre la persona que identifique o permita identificar al sujeto, que puedan servir para la elaboración de perfiles de toda índole, o para cualquier otra utilidad que suponga una amenaza para el individuo²².

El Tribunal Constitucional trató en esta sentencia una segunda peculiaridad del derecho a la protección de datos: la facultad que confiere al titular de los datos el poder para disponer y controlar el uso que de los mismos haga un tercero. Poder que se articula sobre dos pilares: el consentimiento y el control del titular del dato. En consecuencia, la obtención del dato solo puede realizarse en caso de contar con el previo consentimiento del afectado. Así mismo, el titular de los datos debe saber quién posee esos datos personales y con qué finalidad, pudiendo oponerse tanto a la posesión como a la utilización de sus datos por parte del tercero. Aquel que utilice los datos debe recabar el consentimiento no solo para conseguir la obtención legal del mismo, sino también para el tratamiento del dato. El derecho fundamental a la protección de datos garantiza a su titular el derecho a ser informado de quién posee sus datos, y con qué fin, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso. En consecuencia, los propietarios de los ficheros de datos, y también terceros concesionarios deben facilitar el acceso de los afectados a sus datos, y la cancelación del asiento²³.

El consentimiento se configura, por tanto, como el eje principal sobre el que se construye el marco regulador de la protección de datos. La ley, refiriéndose al Reglamento General de Protección de Datos, exige que el consentimiento sea una manifestación de voluntad realizada de forma libre, específica, informada e inequívoca²⁴. El titular de los datos que se solicitan, almacenan y utilizan debe aceptar libremente todas estas acciones. Como consecuencia de la regulación del consentimiento, el derecho a la protección de datos engloba el derecho de la persona a mantener el control sobre sus datos, así como sobre su uso y destino; todo ello con el fin de evitar el tráfico

²⁰ Se trata de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, derogada por la posterior Ley Orgánica 13/2018 de 5 de diciembre.

²¹ Analiza esta sentencia del Tribunal Constitucional Bueno De Mata describiendo los motivos que llevaron al Alto Tribunal a abordar la cuestión debatida (Bueno De Mata, F., 2020: 2-4).

²² Véase el Fundamento Jurídico 2 STC 292/2000, de 30 de noviembre, BOE n.º 4, de 4 de enero de 2001.

²³ Ibidem Fundamento Jurídico 7.

²⁴ Así lo establece el art. 6 de la LOPDGDD, LO 3/2018 de 5 de diciembre.

ilícito y/o lesivo para los derechos del afectado. El titular de los datos decide qué información proporciona, y con qué finalidad.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)²⁵ establece una diferencia relevante en relación con la obtención y tratamiento de los datos personales en sede judicial. El artículo 236 *bis* de la LOPJ clasifica el tratamiento de datos personales atendiendo a la finalidad jurisdiccional o no jurisdiccional de los mismos. La recopilación de los datos de la primera categoría se obtiene durante el desarrollo de la actividad jurisdiccional, conformando todos ellos el expediente judicial. En efecto, los tribunales manejan infinidad de datos relativos a las partes del proceso, así como otros sujetos que intervienen en la litigación. La administración de justicia, como exige la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales LO 3/2018 recopila en consentimiento del titular respecto de los datos que solicita y utiliza. No obstante, la aceptación del titular de los datos que se incluyen en autos²⁶ no será necesaria si concurre alguna de las circunstancias que menciona el artículo 236 *ter* apartado 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: si el titular afectado es parte en un proceso judicial, y facilita voluntariamente los datos al tribunal; o cuando es la propia autoridad judicial quien requiere la información.

Absolutamente todos los datos personales que constan en los ficheros judiciales fueron obtenidos por una de las dos vías que menciona el precepto anterior. Datos personales legalmente obtenidos, que pueden utilizarse para utilizar la IA al servicio de la administración de justicia.

2. ¿Qué es un algoritmo?

Además de los datos, el segundo término esencial para entender qué es la inteligencia artificial es *algoritmo*. Este vocablo matemático se refiere a un conjunto ordenado y finito de operaciones que permite alcanzar la solución a un problema²⁷.

Los sistemas de IA emplean algoritmos, utilizan esas operaciones lógico-matemáticas diseñadas por un ingeniero técnico informático o *desarrollador*, para procesar los datos que previamente fueron almacenados, y así poder ofrecer una respuesta a una cuestión que queremos resolver utilizando los sistemas de IA.

²⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE n.º 157 de 2 de julio de 1985.

²⁶ Téngase en cuenta que el vocablo «autos» en este contexto se refiere a la documentación que conforma el expediente judicial en un caso concreto.

²⁷ Así lo define la Real Academia de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/algoritmo> [Última consulta: 22/01/2024].

La función del técnico es traducir la pregunta al *lenguaje informático*, creando el número de ecuaciones matemáticas que sean necesarias. Gracias a la formidable evolución en la capacidad de las máquinas actuales, en un brevísimo lapso temporal esta tecnología podrá responder a la pregunta planteada.

El sistema se alimenta con datos, como explicamos en el epígrafe anterior; una ingente cantidad de datos almacenados ordenadamente en una base de datos, que el algoritmo analiza, seleccionando solo la información útil para dar respuesta a la pregunta formulada.

En suma, son tres los elementos que debemos identificar: los datos, el algoritmo y la cuestión que le planteamos a la herramienta.

3. *El anglicismo Machine Learning: la capacidad de los sistemas de IA para aprender y mejorar*

Esta tecnología es tan compleja y avanzada, que tiene la capacidad de ir perfeccionándose de forma autónoma con su propio funcionamiento. En efecto, los sistemas de IA aprenden de manera independiente. El anglicismo *Machine Learning* describe precisamente esa la capacidad de mejora y perfeccionamiento a través del desarrollo de su propia actividad. Entrenando, la máquina se perfecciona, convirtiéndose en un *sistema experto*.

La IA es capaz de detectar patrones para elaborar de forma automática modelos que ofrecen predicciones, o incluso toman decisiones. Todo ello a partir del análisis de una ingente cantidad de datos previamente suministrados. Además, el análisis es cada vez mejor, cuanto más actúa la máquina. Se trata de procesos en evolución constante, que tienen como objetivo ofrecer mejores resultados, lo cual consigue a través de su propia actividad.

No obstante, el algoritmo funciona como una «caja negra», con gran opacidad. Como consecuencia del enorme volumen de datos que maneja, y siendo tan rápidas las operaciones para detectar correlaciones y elaborar los modelos utilizados en el procesamiento de los datos, no es posible explicar la relevancia de los distintos factores que han utilizado para generar la predicción o decisión. Esta tecnología cognitiva cruza los datos por medio de redes neuronales artificiales tan veloces, que no podemos identificar los elementos que llevaron a la máquina al resultado finalmente ofrecido. Lo cual puede derivar en ciertas dificultades para detectar si la máquina está desarrollando sus procesos conforme a la legislación, especialmente respecto de las disposiciones legales sobre protección de derechos fundamentales, imputar responsabilidades y reclamar la reparación del daño provocado por esas infracciones²⁸.

²⁸ El Libro Blanco sobre la IA – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, publicado por la Comisión Europea el 19 de febrero de 2020 ya advertía sobre

De Hoyos Sancho analizó esta cuestión a colación del reciente asunto *Eric Loomis* resuelto en 2016 por el Tribunal Supremo de Wisconsin²⁹ para referirse a los negativos efectos de la opacidad de los algoritmos, concretamente refiriéndose a los fallos del análisis predictivo. La autora, tras estudiar este caso, así como las opiniones doctrinales de académicos de España, Estados Unidos e Italia, concluye que la falta de transparencia respecto del funcionamiento del sistema, junto con la protección del secreto comercial de la empresa creadora, conducen a la vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, como el derecho de defensa o la igualdad de partes (De Hoyos Sancho, M., 2021: 3-6).

Efectivamente, la «aparente neutralidad y objetividad» de los sistemas de IA no respecta las garantías constitucionales establecidas para el ejercicio correcto de la función jurisdiccional (De Hoyos Sancho, M., 2021: 3-6).

En último lugar, es necesario identificar al *creador* de la IA. Esa persona o personas que idean el algoritmo y deducen las operaciones lógico-matemáticas antes mencionadas. En esos equipos de profesionales hay distintos especialistas con formación diversa. El analista de datos o *data scientist* sería el más relevante de todos los sujetos que intervienen en la creación de la herramienta, puesto que es el humano que *define* el algoritmo. Intervendrían también otros *desarrolladores* que complementarían el producto.

4. Resultado de la aproximación conceptual

La conclusión de la humilde aproximación conceptual que realiza este trabajo nos lleva a identificar la Inteligencia Artificial como una herramienta informática diseñada por humanos, que mediante el análisis a gran velocidad de una ingente cantidad de datos previamente suministrados, es capaz de responder a una cuestión, hacer una predicción o solucionar problema que le plantee el usuario, utilizando para ello un conjunto de operaciones lógico-matemáticas creadas por uno o más técnicos, denominados genéricamente como desarrolladores.

Este primer epígrafe fue el sencillo acercamiento al aspecto técnico del objeto de este trabajo. Como anunciábamos anteriormente, pese a que dicho

el «efecto caja negra». Efectivamente, a lo largo de todo el texto está presente esta preocupación por la opacidad en la toma de decisiones por los sistemas de IA. Dicho carácter oscuro puede derivar en errores que constituyen infracción de derechos fundamentales (como el derecho fundamental a la protección de datos). Asimismo, la falta de transparencia de la actuación de la IA conlleva abordar otro asunto: la necesidad de aclarar la responsabilidad civil respecto de la reparación de tales daños. Lo cual genera un debate muy interesante.

²⁹ State v. Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

estudio constituye un requisito previo necesario, el foco principal de este trabajo recae en el análisis de los principios jurídico-procesales del ejercicio de la potestad jurisdiccional tal como los enuncia la Constitución Española.

III. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL

Las sociedades se organizan para cumplir determinadas funciones esenciales que cubren las necesidades de los individuos que las componen. Una de esas funciones es la función jurisdiccional, que consiste en resolver controversias, en tutelar derechos e intereses legítimos³⁰. Esta tutela y realización del Derecho engloba grandes operaciones cognitivas y volitivas, esto es, *juzgar y ejecutar lo juzgado*. No obstante, estos actos intelectuales vienen precedidos de otros, con el mismo carácter intelectual y volitivo, que le sirven de acciones preparatorias. A toda esa sucesión de actos ordenados y jurídicamente reglados, creada por y para humanos, se le denomina *proceso*³¹. Unos no tienen sentido sin los otros, y todos ellos requieren el intelecto humano para ser completos y ajustarse al mandato constitucional, como analizamos a continuación.

El principio de *monopolio estatal de la jurisdicción*³² queda recogido en el artículo 117.1 en relación con el 1.2 de nuestra Carta Magna, refiriéndose

³⁰ Gómez Colomer se refiere a la función jurisdiccional en torno al concepto de legitimidad democrática (Gómez Colomer, J. L., 2023: 7).

³¹ El maestro de maestros de los procesalistas españoles, De La Oliva Santos, ha enseñado a muchas generaciones de juristas y académicos la configuración constitucional de la función jurisdiccional (De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I., Vegas Torres, J., 2019: 19).

³² Además, el principio constitucional de monopolio estatal de la jurisdicción se estudia desde dos vertientes. Una interna, que determina que no cabe más jurisdicción que la del Estado, es decir, no se cabe ningún tipo de jurisdicción privada. No obstante, el arbitraje como mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos, a través del cual un árbitro elegido por las partes tiene capacidad para resolver cierto tipo de controversias de Derecho privado, está permitido y regulado por ley. El legislador ha regulado tanto el origen contractual del mismo, a través de la manifestación de la voluntad de ambas partes de optar por esta fórmula cuasi-jurisdiccional alternativa de resolución de controversias, como los efectos de la resolución del conflicto a través de un laudo, obligatorio y ejecutivo en la Ley de Arbitraje Ley 60/2003 de 23 de diciembre, BOE n.º 309 de 26 diciembre 2003. El principio constitucional de monopolio estatal de la jurisdicción también tiene otra vertiente internacional, que significa que el Estado fija su jurisdicción respecto de otros países. La jurisdicción del Estado español se proyecta sobre las personas y conflictos surgidos en nuestro territorio en la forma establecida en la Constitución, así como en el resto de las normas jurídicas (artículo 4 LOPJ). El despliegue de los efectos de una resolución adoptada por un tribunal extranjero debe haber sido reconocido/homologado pre-

a la función jurisdiccional como elemento que integra la soberanía del Estado, que solo puede ser ejercitado por unos concretos sujetos: los jueces y magistrados, integrantes del poder judicial. Por tanto, solo ese determinado cuerpo de profesionales que desarrollan su labor al servicio del Estado puede ejercitar la función jurisdiccional. En este sentido, el monopolio estatal de la jurisdicción se encuentra estrechamente relacionado con el principio de reserva de jurisdicción o exclusividad jurisdiccional.

En efecto, el principio de *reserva de jurisdicción* consagrado por el apartado 3 del artículo 117 de la Constitución Española, reserva *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos. Solo este tipo de órganos podrá *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*. Con ello el Constituyente quiso evitar que otro tipo de órganos, que desarrollan su labor sin el amparo de las garantías constitucionales descritas en este epígrafe, pudiesen ejercer la jurisdicción. Así mismo, esta exclusividad de la jurisdicción tiene una perspectiva negativa, que impide a los Juzgados y Tribunales ejercer otra función. Efectivamente, el apartado 4 del artículo 117 se lo prohíbe expresamente.

Por último, el principio constitucional de *unidad jurisdiccional* enunciado en el apartado 5 del artículo 117 de nuestra Carta Magna, debe abordarse desde dos perspectivas.

La vertiente externa de este principio se encuentra en la concepción de la jurisdicción como una función única para todo el Estado, en el sentido competencial. La configuración territorial del Estado no incluye la concesión de la potestad jurisdiccional a ningún órgano infra-estatal, en consecuencia, las Comunidades Autónomas ni los entes locales tienen atribuidas competencias jurisdiccionales. La administración de justicia es una competencia estatal³³.

La vertiente interna del principio de unidad jurisdiccional se proyecta sobre los órganos que ejercen la potestad jurisdiccional; los cuales por imperativo constitucional quedan sometidos a un régimen jurídico único. Esto impide la existencia de tribunales al margen de la jurisdicción ordinaria. Esta exigencia no obsta para que ciertos juzgados se especialicen, ni tampoco entra en contradicción con la existencia de ciertos tribunales, reconocidos

viamente. Si se trata de una resolución emitida por una organización o institución internacional, solo por ley orgánica se podrá realizar un acto de cesión de soberanía como es el reconocimiento de la jurisdicción por un tribunal internacional, tal como la propia Constitución exige en el artículo 93.

³³ Efectivamente, el artículo 149.1 5º de la Constitución Española atribuye la competencia respecto de la Administración de Justicia al Estado. Lo cual no significa que las Comunidades Autónomas no tengan cierta participación. Este asunto fue abordado ampliamente por el Tribunal Constitucional en dos sentencias: STC 56/1990 de 29 de marzo BOE n.º 107 de 4 de mayo de 1990 y STC 62/1990 de 30 de marzo, BOE n.º 109 de 7 de mayo de 1990.

por la propia Constitución, pero que no se integran en la jurisdicción ordinaria. En este último grupo encontramos al Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, los tribunales de la jurisdicción militar.

En lo que respecta a este trabajo, resulta fundamental identificar en los anteriores principios constitucionales el concreto sujeto legitimado para el ejercicio de la función jurisdiccional. Asimismo, es esencial examinar de qué modo y con qué garantías los titulares de la potestad jurisdiccional desarrollan su labor.

El artículo 24 de la Constitución Española reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela de *jueces y tribunales*. La protección procesal es la base esencial que sustenta y otorga efectividad a los demás derechos fundamentales y libertades públicas. Efectivamente, la tutela judicial representa el corazón del ordenamiento jurídico; sin el derecho a un juicio justo y con todas las garantías, el mero reconocimiento del resto de derechos y libertades públicas sería del todo incompleto e ineficaz. Jueces y magistrados independientes y responsables es en quienes se confía la prestación de la tutela judicial; seres humanos que reúnen los requisitos legales para acceder a la Judicatura (Gómez Colomer, J. L., 2023c: 7).

La idea de juez *algorítmico*³⁴ confronta con los principios constitucionales que definen la función judicial. La Constitución Española constituye la jurisdicción como un sistema judicial de humanos, pensado para los humanos, y que debe ser administrado por humanos. El anhelo por una *justicia exacta*, como si de matemáticas se tratase, es muy atractivo. La utopía de un sistema judicial perfecto, sin errores, ni retrasos, a través de la implantación de sistemas de inteligencia artificial que sustituyan el ejercicio de la función jurisdiccional, no resulta tan perfecta y deseable. Como analizaremos a continuación la utilización de las máquinas de juzgar no está exenta de errores y obstáculos.

IV. INTELIGENCIA ARTIFICIAL E INDEPENDENCIA JUDICIAL

La independencia judicial es un elemento esencial del Estado de Derecho. Se configura sobre la concepción de la separación de poderes, donde el poder judicial se mantiene independiente respecto de los restantes poderes del Estado. Apunta Gómez Colomer³⁵ que la Constitución Española proclama

³⁴ Faggiani acuña este término al analizar si un juez *algorítmico* podría sustituir al juez persona humana, a la luz de los artículos 24 y 117 de la Constitución Española con respecto al proceso penal. Concluye la autora que la sustitución de los jueces por máquinas de juzgar constituye un riesgo que no debemos asumir (Faggiani, V., 2022: 525-527).

³⁵ Gómez Colomer identifica la independencia judicial en relación con la configuración territorial de nuestro país, y las razones que llevaron al constituyente a configurar la

este principio en el artículo 117, entre otros, como «uno de los pilares básicos de la democracia española surgida después de 1978» (Gómez Colomer, J. L., 2023a: 197-220).

Los jueces son absolutamente soberanos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Cuando ejercen su potestad están sometidos única y exclusivamente a la ley³⁶. No deben ser perturbados en el ejercicio de su cometido, por ningún otro poder, institución, o individuo. Permanecen totalmente *independientes* de cualquier tipo de intromisión externa, tanto por parte de los otros poderes del Estado y sus instituciones, como de los propios colegas de profesión. Mientras desarrollan su actividad judicial deben abstraerse de influencias, opiniones y presiones... por parte de miembros del Ejecutivo, del Parlamento, de la propia Judicatura o de la Fiscalía... y por supuesto de los juicios de valor u opiniones de los medios de comunicación.

Entre las garantías legales de la independencia judicial merece especial mención la inamovilidad judicial. La Constitución establece la imposibilidad de separar, suspender, trasladar ni jubilar a un miembro de la Judicatura, salvo por las causas previstas expresamente en la ley. Gracias a la inamovilidad los titulares de la potestad jurisdiccional pueden ejercitar su función sin miedo a que el sentido de sus decisiones pueda afectar a su carrera profesional.

La independencia de los integrantes del poder judicial es inherente al Estado de Derecho. Solo con un poder judicial verdaderamente independiente queda garantizada la esencia de la Democracia.

Partiendo de la anterior concepción constitucional de la independencia judicial, debemos plantear si podemos predicar la independencia judicial respecto de la actividad jurisdiccional que realicen las *máquinas de juzgar*.

Un juez robótico no sería susceptible de padecer presiones ejercitadas por los miembros de Ejecutivo, o del Parlamento... ni tampoco es fácil imaginar que pueda sentirse violentado en el desarrollo de su actividad por periodistas o los mismos miembros de la Judicatura. Por tanto, inicialmente, la exigida independencia judicial extrapolada a la posible actividad que realizase una *máquina de juzgar* puede parecer una incógnita relativamente fácil de resolver: la herramienta será independiente. La IA decidirá analizando los datos masivos de los que dispone sin influencia externa de ningún tipo. Sin embargo, no se puede extender la necesaria independencia a los humanos que crean el sistema de IA que realizará la actividad judicial. Efectivamente, no podemos garantizar que los técnicos-creadores sean *independientes*, a la luz de la concepción constitucional de independencia judicial. ¿Es posible que el científico de datos y todo el equipo de profesionales desarrolladores que

unidad jurisdiccional, sin dotar a las Comunidades Autónomas de poder judicial propio (Gómez Colomer, J. L., 2023a: 197-220).

³⁶ Véase el artículo 117.1 de la Constitución Española.

intervienen en la creación del sistema, elaboren el algoritmo completamente ajeno a cualquier influencia por parte cualquiera de los tres poderes del Estado?

Lo cierto es que esta tecnología la están desarrollando empresas privadas, que desempeñan su actividad con opacidad, y cuyo producto está protegido por los derechos de autor (Faggiani, V., 2022: 523). Sus empleados son trabajadores sujetos al régimen general laboral, quedan sometidos, por tanto, al ideario, necesidades y estructura orgánica que determine su empleador. Las compañías privadas se rigen por sus criterios propios de organización y dependencia; asimismo pueden contar con una ideología concreta, con finalidades y exigencias determinadas, que no anteponen el interés público al propio de carácter totalmente privado. En definitiva, estos profesionales no gozan de la independencia que se garantiza constitucionalmente a jueces y magistrados.

En opinión de Nieva Fenoll será imprescindible que la contratación de especialistas técnicos se vigile muy bien, de manera que se articulen procesos de selección de personas ideológicamente orientadas a la protección y defensa de los valores democráticos en la medida que sea posible y siempre evitando situaciones discriminatorias. Lo cual va a resultar bastante difícil (Nieva Fenoll, J., 2018: 114-115)³⁷.

Habrà que regular con precisión, para el ámbito de Justicia en especial, esos criterios de selección del *data scientist*, y su grado de capacitación. Será necesario y a la par muy complejo equilibrar los derechos como trabajadores de empresas privadas y al mismo tiempo desarrollando de manera indirecta una función constitucional del estado. La creación del estatuto jurídico propio del científico de datos se antoja complicada.

V. INTELIGENCIA ARTIFICIAL E IMPARCIALIDAD JUDICIAL

A continuación, analizamos la incidencia de la IA en relación con otro de los principios inherentes al ejercicio de la función jurisdiccional. La imparcialidad establece la obligatoriedad de resolver el conflicto de forma objetiva, *sin tomar parte*, es decir, sin ningún tipo de conexión personal o profesional con las partes o el objeto del litigio.

Es necesario detenerse a observar las emociones y los sentimientos, las cuales, lejos de provocar parcialidad, constituyen un elemento connatural del

³⁷ En efecto, coincidimos con Nieva Fenoll. Va a resultar muy complicado regular vías para exigir requisitos de carácter ideológico a aquellos profesionales que intervengan en la creación de los algoritmos aplicables a la toma de decisiones en sede judicial, teniendo en cuenta que se trataría de contratar un servicio a una empresa privada (Nieva Fenoll, J., 2018: 114-115).

ser humano. El juez tiene conciencia moral, experiencia social, sentido común, empatía. En opinión de Solar Cayón esas peculiaridades del razonamiento judicial hacen completamente estéril cualquier pretensión de automatización (Solar Cayón, J. I., 2022: 6).

La profesora Barona Vilar³⁸ identifica la incontestable emotividad como la *discrecionalidad judicial*. La perspectiva subjetiva e individual del juzgador, su afección y sensibilidad conforman piezas fundamentales en el momento en el que un juez decide la controversia. La *discrecionalidad judicial* es innegable, pero también imprescindible en la decisión judicial (Varela Gómez, B., 2023: 305-327). En efecto, en la valoración de los hechos, los sujetos y las circunstancias de cada caso es fundamental el elemento emocional. Las operaciones intelectuales que realiza el juez para aplicar la ley general al supuesto concreto no son automáticas en base a su conocimiento y experiencia, sino todo lo contrario. La elección de la solución más *justa*³⁹ constituye una manifestación del compromiso del juez con la sociedad, con el Ordenamiento Jurídico al que sirve. Efectivamente, la resolución del juez representa su compromiso de carácter particular con las partes, y también de carácter general con toda la sociedad. Su sentencia resuelve el conflicto, otorgando la tutela judicial requerida, y todo ello de forma responsable, puesto que el juez responde por sus decisiones.

Una preocupación importante respecto de la eventual sustitución de los jueces por *máquinas de juzgar* es la dificultad para identificar su posible responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios generados por error, o mal funcionamiento de la herramienta. El asunto es de importancia máxima, sin poder identificar con claridad quién es responsable por los daños provocados por la actuación del *juez-robot*, el perjudicado quedará desamparado, sin tutelar. Coincidimos con Gómez Colomer en que «la legislación actual es claramente insuficiente» para resolver los posibles problemas que surgirían al respecto (Gómez Colomer, J. L., 2023c: 8).

Se podría afirmar que la *máquina de juzgar* es absolutamente imparcial, debido al indiscutible rigor matemático y la total frialdad en la adopción de la solución. Ciertamente, esta herramienta carece de cualquier tipo de relación con las partes ni con el objeto del conflicto. El sistema de IA decide sin atisbo del componente emocional, que sí está presente en el razonamiento lógico humano del juzgador. Las operaciones cognitivas artificiales se

³⁸ Barona Vilar además de mostrar gran fascinación por todo el proceso de *algoritmi-zación* de la Justicia, coincide con la mayoría de la doctrina en aplaudir la incorporación de estas herramientas de IA al ámbito judicial, pero dejando siempre el control de la decisión de disputas al juez humano (Barona Vilar, S., 2021: 620-622).

³⁹ Hablamos de elección más *justa* en el sentido de adecuada al caso concreto, y *ajus-tada* a la ley.

ejecutan en ausencia absoluta de sentimientos y emociones. El juez algorítmico no se emociona, no se altera por lo que percibe del exterior porque no percibe nada del exterior, nada que no esté presente en las bases de datos que le sirve de alimento. No es posible incluir la percepción emocional en el *Big Data*. El sistema de IA ofrece su predicción o solución basada en el análisis de infinidad de casos anteriores en circunstancias similares, buscando patrones que aplica con automatismo.

Observando el futuro inmediato es obvio predecir el avance rapidísimo de esta tecnología, tal como viene ocurriendo desde que surgió. Probablemente estas *máquinas de juzgar* técnicamente, y a muy corto plazo, conseguirán emular también las emociones humanas; y estamos seguros de que lo harán con gran precisión. Esta herramienta pronto podrá actuar como si estuviese *sintiendo*. La posibilidad de que uno de estos *humanoides* pueda imitar gestos, muecas... no es una ficción lejana. Sin embargo, pese a que se pueda lograr emular la emoción humana, no será una emoción real, sino la repetición de un patrón de comportamiento. Tan solo se tratará de una *imitación* de nuestra conducta afectiva.

La indudable presencia de sentimientos y emociones pese a que inicialmente pueda resultar contradictorio con la imposición del deber de *juzgar* desde la absoluta *ajenidad* respecto del conflicto, no es tan incoherente. Efectivamente, como indicamos *supra*, no es concebible, ni tampoco deseable, la total abstracción por parte del juez, de sus propias emociones y sentimientos. Simplemente no es posible, por su condición humana. Se han realizado estudios psicológicos que valoran como un factor positivo la presencia de emociones y sentimientos en el mundo judicial, particularmente cuando se decide en equidad, o es necesario mitigar el efecto de la aplicación drástica de la ley, por ejemplo, cuando se requiere cierta *piedad* (Nieva Fenoll, J., 2018: 43-45).

Los jueces *interpretan* la ley para aplicarla al caso concreto; ese acto cognitivo de interpretación o adaptación de la norma general a las circunstancias específicas de esa causa particular tiene un componente emocional o cierto grado de discrecionalidad judicial inevitable. A modo de ejemplo, la decisión de un juez sobre la adopción o no de una medida cautelar se basa en la percepción del *peligro*, esto es, el riesgo de que de no adoptarse la medida cautelar derivará en situaciones que impedirán o dificultarán la efectividad de la tutela solicitada ante una eventual estimación de las pretensiones introducidas. En definitiva, la decisión sobre la adopción de las medidas cautelares se basa en una emoción, en la existencia del *miedo* (Montesinos García, A., 2022: 6). La ley requiere al juez que adopte una decisión judicial en base a una emoción. La influencia de sentimientos y emociones en el cerebro del juez ayuda a entender mejor el conflicto que debe resolver (Varela Gómez, B., 2023: 305-327).

Tal vez la frialdad de la máquina se pueda entender como una gran ventaja en el ámbito de la toma de decisiones judiciales. Dotaría de máxima objetividad a los procesos puesto que decidiría exclusivamente en base a los datos que maneja. No obstante, sabemos que los sistemas algorítmicos, pueden tener errores: los temidos *sesgos* (Conde Fuentes, J., 2023: 103-128).

El científico de datos y su equipo de desarrolladores elaboran el algoritmo siguiendo las pautas establecidas por los responsables últimos de la empresa. Conciben el algoritmo atendiendo a las necesidades y peculiaridades que le transmita el mandante. El contratante en la hipótesis planteada en este trabajo sería un órgano público; integrado en el poder judicial y a su vez, desvinculado de los poderes ejecutivo y legislativo. Órgano que no existe aún, pero nos corresponderá crear.

El producto resultante se adaptaría a las pautas indicadas por el cliente judicial, no obstante, no se puede ignorar el riesgo de encontrar cierta impronta personal del creador en su obra. A pesar de que el científico de datos y su equipo deberían trabajar junto con los jueces en la confección del algoritmo, el producto resultante no quedaría exento del riesgo de incluir los indeseados *sesgos* de dichos profesionales técnicos.

Aprécia Castillejo Manzanares cómo los valores humanos de aquellos que definen los parámetros de estos productos tecnológicos, «están incrustados en cada paso de su diseño» (Castillejo Manzanares, R., 2023: 82-83)⁴⁰. La recopilación, preparación y análisis para crear el algoritmo final es un largo y complejísimo proceso humano que va más allá de un cálculo matemático⁴¹, en el que es difícil asumir que no contenga resquicios de opiniones sesgadas de los creadores.

Como ejemplo podemos citar los controvertidos problemas que se detectaron en 2022 con el sistema de inteligencia artificial VioGen⁴². Esta herramienta se implementa en España en 2007. Se trata de un mecanismo que permite establecer la intensidad y nivel de riesgo de sufrir una nueva agresión para las mujeres víctimas de violencia de género. La máquina genera una base de datos a partir de la información que introducen en el sistema los

⁴⁰ Castillejo Manzanares analiza con detenimiento esos sesgos para cuestionarse si estos sistemas de IA son verdaderamente imparciales, y precisos (Castillejo Manzanares, R., 2023: 82-83).

⁴¹ Pérez Estrada muestra su preocupación respecto de los sesgos que pueda contener la *máquina de juzgar*. Su creador es en definitiva una persona, un técnico que trabaja en una empresa privada, con ciertos intereses tanto propios como de la empresa. No hay rastro de independencia judicial tal como la configura la Constitución (Pérez Estrada, M. J., 2022: 33).

⁴² López García-Nieto describe cómo utiliza la policía el sistema de inteligencia artificial VioGen en la lucha contra la violencia de género y la coordinación con los Registros Judiciales el ámbito administrativo (López García-Nieto, I., 2020: 2-6).

agentes de la policía cuando realizan operativos policiales en el ámbito de la violencia de género. Los miembros de las unidades policiales cumplimentan unos formularios que *alimentan* la máquina, de manera que el sistema pueda pronosticar patrones de conducta de los maltratadores. La herramienta tenía algunos sesgos muy problemáticos que dieron como resultado la vulneración de derechos de ciertos colectivos. Un ejemplo de tales errores fue la asignación de un menor riesgo de padecer una nueva agresión violencia de género a la mujer que no tenía hijos, sin que ello correspondiese con el correspondiente incremento del nivel de riesgo para aquellas víctimas que sí tenían hijos. De igual manera, se ignoraban parámetros absolutamente relevantes a la hora de realizar las estimaciones, como algunas formas de violencia no física sino psicológica, o la pertenencia a grupos de población concretos (por ejemplo las mujeres inmigrantes). Estos factores contribuían a la obtención de resultados inexactos e imprecisos, ya que la valoración estaba *sesgada*, y revelaba un nivel de riesgo que no se correspondía con el riesgo real. Coincidimos con Castillejo Manzanares al identificar la indudable presencia de sesgos en el origen de la herramienta (Castillejo Manzanares, R., 2023: 82-83).

En definitiva, los sistemas de IA, así como las bases de datos que le sirven de alimento, presentan sesgos en su origen. Evitarlos o rectificarlos necesariamente obliga a adoptar importantes cautelas. Como punto de partida básico, enunciado *supra*, identificamos la necesidad de abordar la creación de los sistemas de IA para Justicia de manera multidisciplinar. Los equipos de trabajo necesariamente junto con el personal técnico responsable de la creación del algoritmo, deberá incluir otro tipo de profesionales. En primer lugar, los juristas; su aportación es indispensable. La visión filosófica debe estar presente⁴³, puesto que genera una reflexión humanística necesaria. Solo de este modo, con una aproximación multidisciplinar se obtendrá un producto de calidad óptimo para ser utilizado en Justicia.

Para que la fiabilidad de la predicción sea sólida y eficaz, los datos de los que se alimenta el sistema de IA deben recopilarse con mucho cuidado, en un entorno tecnológico seguro con parámetros de almacenamiento claros. La mayoría de los datos que se manejan en Justicia son de carácter personal, por lo que la diligencia máxima respecto al tratamiento que reciben estos datos debe ser especialmente riguroso con el cumplimiento de la ley.

Propone la profesora Castillejo Manzanares la creación de una *agencia europea* que monitorice la calidad de los sistemas de IA así como la rigurosa aplicación de la normativa sobre protección de datos (Castillejo Manzanares, R., 2023: 84-86). Ello sin duda, reforzaría la confianza que debe depositar la sociedad en la utilización de la IA por los jueces en sus decisiones. Se trataría

⁴³ Rivas Velasco se refiere a la necesidad de incorporar la ética en los sistemas de IA para justicia (Rivas Velasco, M. J., 2023: 15-17).

de una fórmula de intervención pública que verificase la calidad y cumplimiento de los estándares, por los sistemas de IA. Lo cual reduciría el temido riesgo de filtraciones de información confidencial de las empresas creadoras de estas herramientas.

En suma, la intervención de un ente público repercutiría en un incremento de la fiabilidad de unos sistemas de IA más transparentes. Ello a su vez, generaría una mayor confianza de la sociedad en estas herramientas inteligentes.

De igual modo, el control por un ente público reduciría el riesgo de infracción de los derechos de autor respecto de las creaciones de IA elaboradas por empresas privadas del sector tecnológico.

VI. CONCLUSIONES

La Constitución Española regula la potestad jurisdiccional como una función esencial del Estado. La configuración constitucional diseña una Justicia hecha por humanos para ser administrada por humanos. La irrupción de la inteligencia artificial en todos los sectores nos lleva a cuestionarnos cómo afectaría a la prestación de la debida tutela judicial efectiva a través de las *máquinas de juzgar*.

Un juez algorítmico inicialmente se podría considerar independiente en términos de ausencia de influencias de otros poderes del Estado. Sin embargo, el desarrollo de la actividad de estos sistemas no está exento de la particular visión, o ideario, de aquellos humanos que crean el sistema de IA. El científico de datos y su equipo de desarrolladores no son independientes, salpican al sistema con sus propias consideraciones y las de su empresa privada, lo cual da lugar a sesgos que resultan en graves errores en la determinación del resultado.

Para dar solución al anterior problema, se podría regular la capacitación que debe exigirse a los científicos de datos que crearán sistemas de IA para el ámbito de la Justicia. Para ello, resulta indispensable descubrir previamente la forma de introducir ciertos *valores* en el funcionamiento de la máquina; esencialmente el respeto escrupuloso a los derechos fundamentales, entre ellos destaca el derecho fundamental a la protección de datos. Consideramos que este objetivo se podrá conseguir solo si incluimos en los procesos de elaboración y control de la IA a un elenco completo de profesionales que aporten su conocimiento y perspectiva multidisciplinar al *data scientist*, completando el aspecto puramente técnico.

Las herramientas de IA, desde una perspectiva general se podrían considerar imparciales, puesto que su actividad es absolutamente mecánica y matemática, basada en el análisis cruzado de ingentes cantidades de datos. El juez humano es imparcial, el ejercicio de la potestad jurisdiccional *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado* sin tomar parte, es decir sin que exista ningún

tipo de relación con el objeto del proceso y las partes de la disputa. No obstante, su decisión está necesariamente salpicada por sentimientos y emociones, lo cual lejos de constituir un riesgo para su necesaria imparcialidad, resulta en lo contrario, una Justicia más adecuada, más justa, y sujeta a verificación.

Por ahora, las máquinas no pueden imitar correctamente las emociones humanas. Es más, no podrán nunca sentir ni emocionarse de forma auténticamente real. No obstante, y a la luz del rapidísimo avance de esta tecnología, la *imitación* de las emociones humanas por los humanoides va a mejorar considerablemente en un futuro inminente. Tal vez, debamos plantearnos más delante la hipótesis analizada en este trabajo, y valorar de nuevo la implantación del juez-robot⁴⁴. En todo caso, dicha implantación deberá realizarse de forma progresiva; tan gradual y lenta como sea posible.

A pesar de lo expuesto, sería ingenuo ignorar los cautivadores beneficios que por ahora ha supuesto la utilización de sistemas de IA. Es una herramienta formidable, súper productiva: no se enferma, no se cansa, no tiene vacaciones. Trabaja sin descanso, a una velocidad brutal. La anhelada agilización de la Justicia se convertiría en una realidad, utilizando estos sistemas también en la resolución de litigios judiciales. La IA ofrece unas expectativas formidables de reducir considerablemente las horas de trabajo, de modo que podamos emplear todas esas horas que recuperaremos para otro tipo de acciones que requieran mayor implicación emocional⁴⁵.

La ciudadanía, y en particular todo tipo de juristas, debemos asumir que la IA está entrando en nuestro sector con ímpetu, y es esencial controlar y regular adecuadamente su funcionamiento, para optimizar nuestro tiempo y nuestros recursos. No es negativo que nos ayuden las máquinas, siempre que seamos los humanos los que manejemos con maestría la asistencia que nos proporcionan.

En definitiva, la utilización de sistemas de IA en el ámbito de las decisiones judiciales optimizaría sin duda, el funcionamiento de la Justicia, garantizando una tutela judicial más rápida, accesible. Pero su implementación en este momento, con la tecnología actual, y la configuración constitucional de

⁴⁴ En el mismo sentido se pronuncia Solar Cayón, diferenciando entre *inteligencia artificial débil* e *inteligencia artificial fuerte*. Esta segunda categoría es todavía una utopía, puesto que se refiere a la herramienta capaz de reproducir a la perfección los procesos mentales y psicológicos del humano. Aún no hemos alcanzado ese nivel de progreso técnico suficiente. No obstante, coincidimos en apreciar los beneficios que un sistema de *inteligencia artificial débil* ofrece, pese a que no puede *comprender* como una persona, sí es capaz de realizar otras tareas de forma muchísimo más rápida que un humano (Solar Cayón, J. I., 2022: 6).

⁴⁵ Gómez Colomer trata la más que necesaria agilización de la justicia que procuraría una mejor y más efectiva tutela judicial. (Gómez Colomer, J. L., 2023c: 2-3).

la función jurisdiccional, no debe permitirse, simplemente no es posible⁴⁶. Podríamos ser optimistas, y afirmar que se trata de un futurible cercano, en el que seremos capaces de garantizar una tutela judicial verdaderamente efectiva, sin fisuras. ¿Quién sabe? Los técnicos lo ven posible, los juristas no tanto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARIZA COLMENAREJO, M.^a J., «Fuentes de datos al servicio de sistemas de inteligencia artificial dirigidos a la toma de decisiones judiciales», en Castillejo Manzanares, R., Noya Ferreiro, L. (dirs.), Varela Gómez, B. J. (coord.), *Inteligencia Artificial y Proceso Penal: un reto para la justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 15-42.
- BARONA VILAR, S., *Algoritmización de la justicia. De la Inteligencia Artificial al Smart Justice*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- BUENO MATA, F., «Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 51, 2020, pp. 1-20.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «Una pregunta difícil de responder: ¿es la IA imparcial?», en Castillejo Manzanares, R., Noya Ferreiro, L. (dirs.), Varela Gómez, B. J. (coord.), *Inteligencia Artificial y Proceso Penal: un reto para la justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 81-102.
- CONDE FUENTES, J., «La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito jurisdiccional: especial referencia a la toma de decisiones judiciales», en Castillejo Manzanares, R., Noya Ferreiro, L. (dirs.), Varela Gómez, B. J. (coord.), *Inteligencia Artificial y Proceso Penal: un reto para la justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 103-128.
- DE HOYOS SANCHO, M., «El uso jurisdiccional de los sistemas de inteligencia artificial y la necesidad de su armonización en el contexto de la Unión Europea» *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 55, 2021, pp. 1-21.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-Picazo Giménez, I., Vegas Torres, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I*, Ramón Areces, Madrid, 2019.
- DOLZ LAGO, M-J., «Una aproximación jurídica a la Inteligencia Artificial», *Diario La Ley*, n.º 10096, Sección Doctrina, 2022, pp. 970-979.
- ESPARZA LEIBAR, I., FERNÁNDEZ GALARRETA, F. J., «Sin datos de carácter personal no hay inteligencia artificial» *Diario La Ley*, n.º 78, Sección Ciberderecho, 2023, pp. 265-285.
- FAGGIANI, V., «El derecho a un proceso con todas las garantías ante los cambios de paradigma de la inteligencia artificial», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 50, 2022, pp. 517-546.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *El Juez-Robot. Independencia judicial en peligro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023a.

⁴⁶ Un sector muy amplio de la doctrina procesalista se muestra reacio a contemplar la implementación futura de una fórmula evolucionada de juez-robot. Destacan los argumentos rotundos de Bueno De Mata (Bueno De Mata, F., 2020: 2-4).

- «Algunas consideraciones de tipo orgánico sobre la posibilidad de que un día nos juzgue una máquina (¿Serán necesarias normas sobre la organización judicial del Juez-Robot?)», en Castillejo Manzanares, R., Noya Ferreiro, L. (dirs.), Varela Gómez, B. J. (coord.), *Inteligencia Artificial y Proceso Penal: un reto para la justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023b, pp. 129-154.
- «Sobre una posible y futura responsabilidad civil del juez-robot: una aproximación desde el derecho procesal» *La Ley. Actualidad Civil*, n.º 4, 2023c, pp. 1-10.
- LÓPEZ GARCÍA-NIETO, I., «Protección de víctimas de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 9721 Sección Tribuna, 2020, pp. 1-7.
- NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia Artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- MONTESINOS GARCÍA, A., «Empleo de la inteligencia artificial en algunas fases del proceso judicial civil: prueba, medidas cautelares y sentencia», *La Ley Actualidad Civil*, n.º 11, 2022, pp. 1-8.
- PÉREZ ESTRADA, M. J., *Fundamentos jurídicos para el uso de la inteligencia artificial en los órganos judiciales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- PÉREZ DAUDÍ, V., *De la justicia a la ciberjusticia*, Atelier, Barcelona, 2022.
- RIVAS VELASCO, M.ª J., «Uso ético de inteligencia artificial en justicia», *La Ley*, n.º 10327, 2023, pp. 1-7.
- SOLAR CAYÓN, J. I., «¿Jueces-robot? Bases para una reflexión realista sobre la aplicación de la Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia» *La Ley*, n.º 5643, 2022, pp. 1-9.
- VARELA GÓMEZ, B., «Inteligencia Artificial y decisión del conflicto judicial: una primera aproximación», en Castillejo Manzanares, R., Noya Ferreiro, L. (dirs.), Varela Gómez, B. J. (coord.), *Inteligencia Artificial y Proceso Penal: un reto para la justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 305-327.

LA JUDICATURA DEMOCRÁTICA, PODER REPRESENTATIVO

The democratic judiciary, a representative power

Oliver Roales Buján

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Málaga, España
<https://orcid.org/0000-0002-2039-185X>

<https://doi.org/10.18543/ed.3101>

Fecha de recepción: 07.05.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

Este trabajo busca caracterizar a la judicatura como poder representativo democrático, identificando cinco aspectos de la representación y sus modalidades. Se analiza la representación no-electiva, especialmente la ejercida por agentes gubernamentales, y se concluye que el poder judicial sí es un poder representativo, aunque su estricta identificación burocrática y la subsistencia de la concepción del enjuiciamiento como silogismo, problematizan su representatividad descriptiva. Esta dimensión descriptiva es perfectamente compatible con la independencia judicial, pero no así la concreción del diseño constitucional que la persigue mediante un sistema de designación parlamentaria para algunos de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Esto es, aunque su finalidad es legítima, su operatividad es disfuncional y por eso se plantea su reforma.

Palabras clave

Poder judicial; representatividad; independencia judicial; democracia.

Abstract

This work aims to characterize the judiciary as a democratic representative power, identifying five aspects of representation and their modalities. Non-elective representation is analyzed, especially when exercised by government agents. Leading to the conclusion that the judiciary is indeed a representative power, although strict bureaucratic identification and the persistence of the conception of adjudication as syllogism problematize its descriptive representation. This descriptive dimension is perfectly compatible with judicial independence, but not so the implementation of the constitutional design that pursues it through a parliamentary appointment system for some members of the General Council of the Judiciary. In other words, while its purpose is legitimate, its effectiveness is impaired, prompting calls for its reform.

Keywords

Judicial power; representative; judicial independence; democracy.

Sumario: I. QUÉ SIGNIFICA REPRESENTAR. II. LA REPRESENTACIÓN DE IDEASEN SÍ MISMAS. III. EL PODER JUDICIAL: EMANACIÓN DE LA SOBERANÍA NACIONAL. IV. LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y REPRESENTATIVIDAD NO-ELECTIVA. LA CUESTIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DESCRIPTIVA. V. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y REPRESENTATIVIDAD NO-ELECTIVA. LA CUESTIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DESCRIPTIVA. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. QUÉ SIGNIFICA REPRESENTAR

La representación política es un concepto fundamental en las democracias modernas, pero su naturaleza es más compleja de lo que a menudo se percibe. Muchos autores señalan que la representación es, en general, una condición psicológica, pero lo cierto es que respecto a la representación política existen dispositivos institucionales que permiten verificarla objetivamente. Sin embargo, si bien la formalización que comportan estos dispositivos en democracia entraña, evidentemente, un consentimiento previo, ese consentimiento debe ser permanentemente actualizado para que la representación se constate como un vínculo operativo y efectivo entre representante y representados. Por eso, aunque los diseños institucionales que vehiculan los mecanismos de representación son imprescindibles en nuestras democracias, estos por sí mismos no son suficientes si de lo que se trata es de sustentar –a través del vínculo representativo– el más decisivo fundamento de la legitimidad democrática. Esto es, en definitiva, a lo que se refieren los autores que teorizan sobre la representación cuando sostienen que la misma tiene un componente objetivo y uno subjetivo.

Así, la representación política, ni se define exclusivamente por la verificación de determinados elementos formales institucionalizados, ni tampoco es meramente lo que Ángel Rodríguez ha descrito como *sensación representativa* (es decir, el convencimiento de estar vinculado por una relación intersubjetiva de representación). Para entender este fenómeno en todas sus dimensiones nos parece de gran utilidad la síntesis que este autor establece respecto a la clásica distinción entre *representatividad* y *representación*: «entenderíamos entonces por representatividad la característica o la propiedad común a ambas partes de la relación, representante y representado, en virtud de la cual aquél pretende sustituir a éste. Sin embargo, la representación es más amplia que la representatividad, pues incluye otros elementos, como, por ejemplo, el de responsabilidad, que no sólo no pertenecen a la esfera de la representatividad, sino que, incluso, pueden presentarse sin ésta» (Rodríguez, A., 1987: 142-143). Es decir, mientras que la representatividad describe un vínculo que, como hemos mencionado, debe

permanentemente actualizarse, la representación se refiere *adicionalmente* a determinados elementos típicos que se derivan del mismo o lo complementan –cuando este se verifica– o que objetivamente son susceptibles de sustentarlo, estableciendo sus condiciones de posibilidad.

En consecuencia, no podemos equiparar automáticamente representación y representatividad, ni a esta última con un vínculo representativo derivado *siempre* de un procedimiento de votación, dado que «la representatividad puede aparecer en toda clase de contextos donde no haya votantes» (Fenichel Pitkin, H., 1967: 88). Y tanto la democracia por sorteo ateniense, el procedimiento insaculatorio de los municipios de la corona aragonesa y las actuales propuestas de participación democrática mediante instituciones de demarquía (Elster, J., 1989)¹, pasando por la consideración del representante en su relevancia simbólica, así como el fenómeno de la identificación descriptiva del que hablaremos seguidamente, constituyen buenos ejemplos de representatividad sin votación.

En este sentido, y teniendo en cuenta que el objetivo de nuestro trabajo consiste en reflexionar sobre la dimensión de representación que ostenta un poder soberano –el judicial–, cuyos miembros no suelen elegirse por votación, nos resultan muy interesantes los planteamientos doctrinales que, para fundamentar un control interelectoral sobre los representantes, señalan que es preciso superar la representación entendida de manera puntual concibiéndola como un proceso sistémico conformado a través de una institución colectiva –un sistema representativo– que trascienda el vínculo individual entre representante y representado (Fisichella, D., 1983: 3-51). Es decir, el control de los representantes sitúa el foco más allá del momento en que se origina la representatividad, y tiene en cuenta a la representación como un fenómeno multidimensional que comprende, como decíamos, elementos típicos que conforman las condiciones de posibilidad de la representatividad.

La plausibilidad democrática de la representación puede basarse en diversos fundamentos y, por supuesto, el más común es la elección a través de votación, un procedimiento donde se combina un componente igualitario con otro elitista previo (Manin, B., 1997: 223). Este aspecto es crucial, ya que mediante la representatividad no-electiva no se está contraponiendo un tipo de representación intrínsecamente elitista frente a otro igualitario. En la representatividad electiva siempre se verificará cierto componente elitista debido a la conformación meritocrática de unas listas electorales a las que no puede acceder todo el mundo, así como al hecho de que la función

¹ Para la demarquía como propuesta frente a la tendencia de la democracia electoral a degenerar en oligarquía (Burheim, J., 2006). Algunos autores incluso defienden que la elección por sorteo es intrínsecamente un sistema más democrático y representativo (Mulgán, R. G., 1984: 539-560).

político-representativa en su vertiente institucional requiere (o al menos esto sería lo deseable desde posiciones propias de la democracia deliberativa) de discursos que, aunque deben expresarse en términos comprensibles, apuntan cuestiones complejas.

Respecto al desbordamiento de un concepto que muchas veces se plantea desde límites formalistas muy estrechos, Michael Saward señala que la representación no es un hecho consumado ni una posesión; más bien, consiste en una pretensión que, en el mejor de los casos, se lleva a cabo solo parcialmente, de manera que «reconocer las fortalezas de la representación electoral no debería impedirnos admitir que las elecciones pueden, en determinadas circunstancias, restringir la naturaleza y el alcance de perspectivas y voces representativas [y que] las instituciones electorales en sí, si bien indispensables para la democracia contemporánea, por su propia estructura, dejan abierta la posibilidad de pretensiones de representación no electiva que pueden invocar criterios de legitimidad democrática que, en ciertos aspectos, mostrarán similitudes respecto a los criterios electorales, aunque en otros importantes serán distintos» (Saward, M., 2009: 1-22)². Se precisaría, por tanto, según este autor una caracterización mucho más amplia de la representación que la refiera como lo que significa realmente para cualquier sociedad democrática: un proceso continuo por el que de un lado se afirma representatividad y por el otro se reclama la concreción de los intereses que la sustentan. En esencia, la representatividad implica para la representación que un sujeto [representante] actúe, hable o se erija en nombre de un objeto [los representados], pero dado que la representación se construye sobre abstracciones, lo que se representa siempre supone una mediación, es decir, la representación de una idea o una concepción de ese objeto, nunca el objeto mismo³.

Para este autor, las afirmaciones de representatividad no-electiva se agruparían en tres tipos genéricos: [1] las que se sustentan en raíces profundas (*deeper roots*), tradiciones arraigadas de carácter histórico o religioso (referentes o autoridades religiosas, monárquicas o nobiliarias), o apelan a una justificación racional que se remite a un momento fundacional (argumentos típicos de teorías contractualistas o neo-contractualistas); [2] las que se

² La traducción es mía.

³ Saward propone interpretar la representación estableciendo dos polos de relevancia: por un lado el emisor de la afirmación de representatividad y, por el otro, la audiencia. Así, una afirmación representativa no tendría por qué estar sustentada por un procedimiento institucionalizado, ni siquiera formalizado, de manera que el objeto sobre el que afirma su representación podrá o no coincidir con el que denomina referente (y que sí se define por este tipo de procedimientos). La audiencia del mensaje tendrá un papel particularmente activo, ya que será la que finalmente evalúe la legitimidad y efectividad de esa representación (Saward, M., 2009: 1-22).

sustentan en conocimiento experto (científico, jurídico o de otro tipo); [3] las que se sustentan en su pretensión de ampliar la agenda de discusión en el debate público, ya sea [a] arrogándose la defensa de intereses huérfanos de representación; [b] aportando nuevas voces de sectores de población silenciados; [c] definiéndose como sujetos de intereses concretos (en su condición de víctimas, damnificados, o interesados); [d] como organismos extraterritoriales (tal es el caso de organizaciones o tribunales internacionales); y [e] o auto-representándose.

Ahora bien, no se trata tan solo de constatar la existencia del vínculo representativo, sino de evaluar esos vínculos operativamente, en sus contextos concretos, como fundamentos de la legitimidad democrática. Como decíamos, representar no es algo estático, y ni siquiera cuando comporta elección por votación el proceso termina con la designación de los representantes, dado que su legitimidad dependerá de un compromiso continuo por parte de estos, y de una participación especialmente activa de la audiencia, para exigir responsabilidades.

Para la teoría política resultará de gran importancia establecer si la representación –tanto si comporta una representatividad electiva como no-electiva– obedece en cada caso a lógicas democráticas, sobre todo porque del resultado de este escrutinio surgirán argumentos para la crítica de los diseños constitucionales. Así, el análisis del que podríamos denominar *encaje democrático* de los vínculos representativos se dirige a verificar si estos, en su práctica concreta, garantizan –y en qué medida– la participación y el pluralismo en un debate público que debe servir, mediante una crítica racional orientada por valores y principios constitucionales, para sustentar procesos autoritativos dotados de legitimidad.

Para reconocer los elementos que posibilitan este encaje democrático de la representación nos resulta de interés el seminal trabajo de Hanna Fenichel Pitkin sobre el concepto de representación (Fenichel Pitkin, H., 1967: 88)⁴, donde se esquematizan sus cinco modos principales:

- [a] Representación como autorización. Desde una perspectiva *formalista*, se enfoca en la relación autoritativa entre representante y representados que se origina en el momento de selección de los representantes, concibiendo la designación como una expresión positiva de la voluntad de los representados. Tal y como hemos

⁴ Nos separamos aquí de los criterios planteados por Saward para evaluar la representación puesto que los relaciona exclusivamente con la representatividad no-electiva de agentes no gubernamentales, justamente dejando al margen el objeto de nuestro trabajo. Entendemos que nos resultará de mucha más utilidad un análisis más general y sistemático que nos permita englobar la representatividad no-electiva en todos sus aspectos (Saward, M., 2009: 1-22).

mencionado, suele ser habitual entender la representación democrática como el resultado de una abstracción que se plantea a través de proceso reductivo derivado de una serie de operaciones institucionales [llamémosle algoritmo jurídico] en cuyo núcleo se encuentra el principio de la mayoría. Esto es debido a que [1] las decisiones democráticas se entienden como el resultado de una agregación racional de intereses colectivos que [2] como tales intereses, se identifican primariamente mediante su expresión individual a través de esos procedimientos reductivos de agregación mayoritaria donde se reconoce la igualdad y capacidad de agencia de todos los participantes. El vínculo representante-representado se establece así mediante la expresión (abstracta) de un acto de voluntad (agregado colectivamente) que comportaría el consentimiento de los representados a raíz del cual podrá exigirse cierta rendición de cuentas. Esta dimensión formalista de la representación puede a veces atemperarse mediante criterios de agregación proporcional, lo que implica superponer a este vínculo de consentimiento-responsabilidad un adicional carácter descriptivo (pues la representación proporcional pretende provocar cierta semejanza o correspondencia entre representantes y representados).

- [b] Representación como rendición de cuentas. Aunque suele concebirse como derivado de la autorización y muchos autores interpretan ambos aspectos inseparablemente, entendemos que se trata de una dimensión con relevancia autónoma, sobre todo para la representatividad no-electiva. Se centra en la relación de responsabilidad que se establece para el representante con los representados mediante una obligación de *accountability* [responsabilidad, rendición de cuentas y transparencia] verificada mediante el cumplimiento de normas y procedimientos específicos.
- [c] Representación *descriptiva*. Se refiere a la semejanza o correspondencia entre las características de los representantes y las de los representados. La idea es que los representantes deben ser «espejo» o reflejo de sus electores en términos de género, etnia, clase social u otras características relevantes [respecto a la representación entendida como relación sustantiva]. Ahora bien, a pesar de que el aspecto descriptivo de la representación se dirige a verificar una correspondencia formal entre rasgos o características generales [que en principio no tendrían por qué decirnos nada respecto al contenido del acto de representación], su importancia se corresponde con la aseveración de que esos rasgos abstractos suelen materializarse en comportamientos o visiones del mundo que son las mismas que los representados, de manera que [sin predeterminedar la manera en que finalmente la

representación se lleve a cabo] sí colocan a representante y representados *en un mismo plano para la interpretación de intereses*⁵.

- [d] *Representación sustantiva*. Esta dimensión de la representación la identifica como defensa [ahora sí efectiva] del interés de los representados. Se enfoca en la actividad y el comportamiento de los representantes, en el cómo y por qué actúan. Evalúa la medida en que las acciones y decisiones de los representantes reflejan y responden a las necesidades, deseos y opiniones de aquellos a quienes representan.
- [e] *Representación simbólica*. Se relaciona con el modo en que los representantes simbolizan algo importante para los representados. En este enfoque, la representación es vista como un símbolo que evoca sentimientos, lealtad o identificación en los representados, independientemente de la correspondencia descriptiva o la acción sustantiva.

Ahora bien, cada uno de estos aspectos parciales describe la naturaleza multifacética de la representación política de forma fragmentaria, y por tanto, insatisfactoria para la teoría democrática. En consecuencia, para llevar a cabo el análisis del encaje democrático de la representación en el sentido propuesto será necesario abordar cada uno de estos aspectos desde una perspectiva integral, abarcando sus interacciones. Contextualizadamente, cada modo de la representación proporciona, desde su dimensión intrínseca, argumentos complementarios que sirven para justificar el conjunto de abstracciones complejas en las que la representación política se descompone. Y esta es una cuestión esencial: que en nuestras sociedades, tanto la regla de la mayoría como el principio representativo se asuman de manera esencialista, ocultándose su carácter convencional mediante la interiorización de dichas abstracciones [lo que provoca su naturalización y trivialización], no nos puede hacer perder de vista que la representación siempre se articula de manera mediata, mediante la representación de ideas que sustituyen [«naturalmente»] al objeto nominalmente representado⁶.

⁵ Siguiendo la terminología de Mansbridge, cuando en la representación electiva se verifica principalmente su aspecto descriptivo, esta suele llevarse a cabo de manera *giroscópica*: «voters select representatives who can be expected to act in ways the voter approves without external incentives. The representatives act like gyroscopes, rotating on their own axes, maintaining a certain direction, pursuing certain built-in (although not fully immutable) goals [...] the representatives act only for «internal» reasons. Their accountability is only to their own beliefs and principles» (Mansbridge, J., 2003: 520).

⁶ «From the perspective of those who are represented, what is represented are not persons as such, but some of the interests, identities, and values that persons have or hold. Representative relationships select for specific aspects of persons, by framing wants, desires, discontents, values and judgments in ways that they become publicly visible, articulated in language and symbols, and thus politically salient» (Castiglione, D., Warren, M. E., 2019: 36).

Así, de manera esquemática y a modo de ejemplo, cabe señalar cómo la representatividad electiva se construye sobre abstracciones (empezando por la propia idea de pueblo, que es eminentemente un concepto jurídico), que originan sucesivas racionalizaciones que integran de manera superpuesta no-secuencial (es decir, operando autónomamente y no siempre una como consecuencia de la otra) el objeto idealmente representado: así, en este caso la *autorización* derivaría de una abstracción agregativa de intereses expresada mediante una regla mayoritaria; la *rendición de cuentas*, de procesos institucionales muy formalizados; la *correspondencia descriptiva*, de la equiparación formal de características típicas, así como de la posible inclusión de reglas proporcionales que modulen la referida agregación mayoritaria; el *vínculo sustantivo* se predicaría respecto a los representados a partir de una doble objetivación, por un lado, a partir de la caracterización de un grupo social mediante elementos típicos que permiten representarlo como tal, y por otra, de la afirmación de determinados intereses propios derivados directa o indirectamente de aquella primera definición; y la *correspondencia simbólica*, de la significación o incluso resignificación del grupo representado mediante símbolos que, en última instancia, se refieren de manera todavía más abstracta a esos mismos intereses, integrándose en ese significado un explícito componente emocional.

II. LA REPRESENTACIÓN DE IDEAS EN SÍ MISMAS

Sin embargo, la representación política no se limita a reproducir este esquema por el que la representación del objeto se articula a través de la representación de la idea que lo simboliza. Existe otro modelo de representación que se caracteriza por considerar a las ideas como objeto en sí representado, sin remitir su significado a otro objeto (ya se traten de personas o de grupos sociales), o al menos sin remitirlo de forma explícita.

Es necesario precisar con rotundidad que no pretendemos describir ahora un nuevo modo de representación, sino que nos referimos a un esquema de la representación dirigido a un objeto diferente (la representación de las ideas o discursos en sí mismos). Es decir, mientras que los cinco modos de la representación descritos (autorización, responsabilidad, correspondencia descriptiva, vinculación sustantiva y correspondencia simbólica) se corresponden con aspectos referidos a la manera en que la representación es llevada a cabo (*cómo se representa*), lo que ahora nos proponemos es conceptualizar un esquema de representación que se diferencia del esquema anterior en su objeto (*qué se representa*). Un esquema diferente que, como seguidamente veremos, sigue siendo compatible con aquellos cinco modos de representación.

Ahora bien, si para la tradición liberal la representación, como elemento estructural de las democracias llamadas representativas, siempre se habría

orientado a la representación de individuos y grupos sociales, cabe ahora preguntarse si este esquema de representación sin representatividad (o al menos una que no está referida a personas o grupos concretos) tiene democráticamente sentido desde una perspectiva sistémica. O expresando la cuestión de manera más precisa: *¿contribuye al desarrollo de un espacio de debate público que permita la participación pluralista y el respeto de los valores y principios constitucionales, una representación de discursos per se, en la que no se afirma la representatividad respecto a personas o grupos concretos?*

Para abordar esta interrogante, resulta pertinente recurrir a los trabajos de John S. Dryzek y Simon Niemeyer sobre lo que ellos denominan *representación discursiva* (Dryzek, J. S., Niemeyer, S., 2008: 481-493). Estos autores destacan que la representatividad electiva tiene, sobre todo en contextos de polarización, un potencial efecto distorsionador de la racionalidad del discurso público al relegar ciertos discursos relevantes como resultado del juego de las mayorías institucionales. Estos discursos invisibilizados podrían haber contribuido a fortalecer la racionalidad en la formulación de políticas públicas al servir como contrapeso a las opiniones mayoritarias. Por consiguiente, la representación de discursos al margen de mayorías que los sustenten podría conllevar beneficios sistémicos, especialmente en un contexto donde aumenta la influencia de redes informales (grupos de presión de carácter social y económico) frente al poder político emanado del *demos* democrático, trascendiendo los límites territoriales del Estado nación.

A partir de aquí, estos autores se adentran en la justificación de la relevancia de esos discursos, buscando además establecer criterios que respalden democráticamente la representación no-electiva de agentes no-gubernamentales. Y aunque estas reflexiones se alejan del objeto de nuestro estudio, centrado en la representación no-electiva de agentes gubernamentales y, específicamente, de los miembros del poder judicial, lo cierto es que comparten un análisis inicial similar. Pues se constata que, frente [1] a la deslocalización de los núcleos de decisión soberanos hacia ámbitos supranacionales que carecen de las mismas garantías y procedimientos democráticos, y [2] al enorme incremento del poder de las redes sociales virtuales, que determinan qué discursos son o no relevantes en el ámbito de la esfera pública, lo que indirectamente conlleva la conformación de la agenda pública mediante procedimientos absolutamente opacos y al margen de la ciudadanía; *será necesario reforzar los límites sistémicos implícitos que en nuestras democracias se delimitan mediante valores y principios constitucionales materializados mediante el reconocimiento de derechos, procedimientos y garantías*. Y por esta razón, el estudio que presentamos cobra una importancia fundamental.

Es evidente que la defensa de estos límites mediante la representación de los discursos que los materializan sólo puede plantearse de manera *complementaria* a la representación de discursos mayoritarios incorporados al debate

público mediante la representatividad electiva. Esto es debido a que si esta línea roja de la democracia [el límite que de franquearse la volvería irreconocible], se fija en la salvaguarda de los valores y principios constitucionales [y entre ellos principalmente, el pluralismo político], sería contradictorio defenderla anulando el pluralismo. *No es posible representar el pluralismo sin expresar pluralistamente su representatividad, porque a pesar de que la representación se articule siempre mediante ideas* [abstracciones que pueden remitir o no a personas o grupos concretos] *importa quién las representa*. Porque las ideas no tienen vida propia ya que la racionalidad no existe por sí misma, sino siempre referida a un contexto donde se la juzga o no razonable; porque la defensa de los argumentos no se plantea siempre igual, sino siempre dirigida una audiencia concreta; y porque la retórica sin prosodia es incompleta.

Ahora bien, –y aquí centramos el objeto de nuestra cuestión–, no debemos olvidar que la defensa de estos límites (al margen de que pueda llevarse a cabo por agentes no-institucionales) ya se encuentra sistemáticamente incorporada a través de mecanismos de representación no-electiva institucional. Y que aunque su carácter institucional comporta, efectivamente, un argumento de peso para la justificación de su legitimidad democrática, debemos tener presente que (al igual que hemos señalado para la representatividad de origen electivo), la representación no se agota en su establecimiento legítimo, sino que abarca un proceso dinámico y multidimensional que se desarrolla durante el despliegue de su eficacia.

En este sentido, será importante tener en cuenta que este tipo de representación precisará de una doble justificación democrática: respecto a *qué* se representa, y respecto a *cómo* su representatividad se articula institucionalmente. Cabe discutir si para la representación de origen electivo existen límites respecto al *qué* se representa (y este es el problema planteado por la democracia militante), pero de lo que no nos cabe duda es que la representación no-electiva sí tiene esos límites porque no se origina en una concreta manifestación de voluntad de los representados, sino en su consenso respecto a determinados valores y principios constitucionales (es decir, sobre un *qué* debe representarse). Pero verificar ese *qué* no es suficiente, pues aunque la defensa de los límites implícitos democráticos constituye, como decimos, el fundamento sustantivo de la legitimidad de los órganos políticos de representación no-electiva, su representatividad sólo podrá justificarse democráticamente si esta defensa se expresa mediante una combinación razonable de los cinco modos de la representación descritos, en el sentido de que su despliegue procedimental se corresponda con su fundamento de legitimidad sustantiva. O dicho en otras palabras: *no podrá predicarse la representatividad no-electiva de agentes institucionales si ésta deriva de un diseño institucional disfuncional o de una ejecución inadecuada respecto a los objetivos que la hacen democráticamente posible*.

III. EL PODER JUDICIAL, EMANACIÓN DE LA SOBERANÍA NACIONAL

Si se establece una correlación exacta entre representación democrática y elección por sufragio, esto es, cuando se confunde una cosa con la otra, suele advertirse que el poder judicial se encuentra con un déficit de legitimidad democrática, ya que si bien la justicia emana del pueblo y se administra por los integrantes del poder judicial⁷, éstos no se encuentran nombrados ni directa ni indirectamente por el pueblo, sino que son seleccionados mediante un proceso público de oposición donde se juzga el mérito y capacidad de los aspirantes. Si identificamos la representación estrictamente con la atribución formalista derivada de la elección popular, la legitimación del poder judicial precisará de otras razones para justificarse porque no representará, y esta posición es la mayoritaria en la doctrina⁸.

No obstante, y como hemos mencionado, la representación democrática no tiene necesariamente que sustentarse en la elección popular [ya se trate de una elección de primer grado o subsiguientes] pues si así fuera no podrían, por ejemplo, concebirse constitucionalmente las eminentes funciones de representación simbólica que el Título II de nuestra Constitución fija para el monarca. Como agente institucional no electo el monarca no solo tiene, en su condición de Jefe de Estado, el carácter de *símbolo de su unidad y permanencia*, sino que también se le atribuye plena representatividad popular, especialmente dentro de la función judicial. Y es que, si consideramos que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey», esto sólo puede querer decir que, para la relación establecida en el Artículo 117.1 de la Constitución, el monarca actúa representando al pueblo. De hecho, en virtud de la literalidad de ese precepto nos queda claro que ambos –monarca y poder judicial– actúan en esa representación, porque ambos se colocan en el lugar del pueblo, sustituyéndolo en la calidad con la que actúan. El primero, como su símbolo, mientras que el segundo de una manera mucho más sustantiva.

⁷ Artículo 117.1 de la Constitución Española, que concreta para el Poder Judicial lo dispuesto en su Artículo 2.1 cuando señala que «la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado».

⁸ «La teoría de la representación sigue siendo un criterio válido de legitimación de los poderes ejecutivo y legislativo, pero el poder judicial carece de un elemento similar a la representación para justificarse. [...] para el Estado legal de derecho, esa legitimidad se confería sobre la base del sometimiento absoluto del juez a la ley, como expresión de la voluntad popular. [...] Cuando, por el contrario, se asume el carácter inevitable de la intervención del juez en el proceso de producción del derecho en el momento de su aplicación, es necesario apelar a nuevas fuentes de legitimación que desechen la idea de una conexión obligada al factor representativo» (Balaguer Callejón, M.^a L., 2022: 69-81).

Pero si bien no parece existir ningún problema en aceptar que el monarca tiene un carácter representativo en la vertiente simbólica del término, sí que habría ciertas dificultades doctrinales para reconocer que el poder judicial se ejerce [con las particularidades propias de la representación no-electiva] en representación del pueblo. Y esto a pesar de ser un poder que, como decimos, emana del pueblo y se administra en nombre de quien constitucionalmente lo representa.

Entendemos, sin embargo, que esta dificultad no puede reducirse a una cuestión meramente terminológica ya que no solo apunta la terminología constitucional a la representación, sino que más sustancialmente, en la función judicial podemos verificar los modos típicos de la representación, tanto en sus aspectos formales, simbólicos, sustantivos, e incluso descriptivos (éstos últimos derivados indirectamente del diseño constitucional del artículo 122.3 por el que se establece un sistema de nombramiento para ocho de los veinte miembros del Consejo General del Poder Judicial en el que intervienen directamente el Congreso y el Senado).

Como ya hemos señalado, la dimensión descriptiva de la representación tiene que ver con la identificación de representante y representados en virtud de características abstractas que se consideran relevantes para la representación, no porque predeterminen en absoluto cómo esa representación será llevada a cabo, sino porque colocan al representante en el mismo plano para la interpretación de intereses. Así, por ejemplo, cuando el abogado defensor prefiere que su jurado se componga de personas de la misma etnia, género, o clase social que su defendido, no lo hace porque espera un veredicto injusto emitido por personas parciales que se han posicionado *a priori* a favor de la defensa por el hecho de identificarse con el defendido, sino más bien para todo lo contrario. Existen más opciones de obtener un veredicto justo cuando los miembros del jurado entienden perfectamente el contexto: porque sólo si compartes vivencias y visiones del mundo puedes entender las motivaciones alegadas por la defensa, al margen de que las consideres ciertas. Por poner dos ejemplos habituales, sólo si eres mujer entenderás el miedo a volver sola a casa por una calle poco iluminada, y sólo si eres una persona de color en Estados Unidos podrás entender la preocupación y el nerviosismo que puede sentirse –aun sin tener nada que ocultar– ante un control policial rutinario⁹.

⁹ Como abogado defensor, durante un juicio penal me ocurrió lo siguiente: al comenzar, el Fiscal preguntó a mi clienta si trabajaba y, de ser así, cuánto ganaba al mes. Esta pregunta es relevante, porque sirve para la determinación de la pena en el sistema de días-multa, ajustándola a la capacidad real del condenado. Mi defendida contestó que ganaba doscientos cuarenta euros mensuales. El fiscal le preguntó si esa cantidad era al mes y la respuesta fue volver a señalar que sí, que al mes. Entonces, en tono muy indignado, el fiscal le dijo a mi cliente: «señora, por favor, que el salario mínimo se encuentra fijado en

Ahora bien, es precisamente este carácter de representación descriptiva al que apunta este sistema de nombramientos lo que, a nuestro juicio, problematiza el reconocimiento de la representatividad del poder judicial como poder democrático. Sobre todo debido a la percibida capacidad de este diseño constitucional para interferir en la independencia judicial, un elemento imprescindible para el ejercicio de su función. Y como entendemos que uno de los aspectos más problemáticos para la conceptualización del poder judicial como poder representativo es su dimensión descriptiva (como efecto de la composición de determinados órganos jurisdiccionales a consecuencia indirecta de la designación de algunos miembros del Consejo General del Poder Judicial desde otros poderes del Estado), prestaremos especial atención a esta circunstancia, por si es incompatible o disfuncional respecto a los objetivos de la función judicial en nuestras democracias.

IV. LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

Hasta bien entrado el siglo XX, la historia de la magistratura se caracteriza en los diferentes ordenamientos europeos por el control directo del poder político. En el modelo napoleónico la jurisdicción era una rama del gobierno y el juez se distingue por su carácter burocrático y pasivo, una concepción que se ilustra mediante la célebre metáfora de Montesquieu: «los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma» (Montesquieu, 2007: 110). En este contexto, la figura del juez se veía reducida a la de un mero ejecutor de las voluntades preestablecidas por el poder legislativo, sin capacidad de influencia o decisión propia. La justicia, lejos de ser un poder independiente que sirve de contrapeso a los otros poderes, vigilando que operen dentro de los márgenes establecidos por su propio fundamento de legitimidad, se limita a operar como un instrumento del poder político y se somete a sus vaivenes.

Dominaba la idea de que el razonamiento judicial constituía un proceso mecánico de deducción a partir de premisas establecidas por la ley, sin

seiscientos cuarenta y un euros y cuarenta céntimos». El Ministerio Público se sabía hasta los céntimos. Mi clienta se puso colorada, y visiblemente nerviosa se las arregló para explicarle que ella trabajaba algo más de un par de horas al día, aunque eso le llevaba toda la mañana porque tenía que desplazarse, y que le habían explicado que eso era lo que le correspondía por convenio. Conozco al Fiscal en cuestión y me consta que es un excelente profesional. Y sin embargo, por la razón que sea, durante este interrogatorio entendió que no era verosímil que alguien pudiese trabajar para ganar sólo eso, y además, vivir con ese sueldo.

margen para la interpretación o adaptación a las circunstancias cambiantes de la sociedad: «la concepción –que ha predominado durante mucho tiempo y que todavía hoy es defendida por muchos– del razonamiento judicial como silogismo, forma parte de la teorización del papel pasivo del juez ante las elecciones políticas decididas por otros poderes [...] en ese entonces, la teoría del silogismo judicial no era, y no lo ha sido en las épocas posteriores, una descripción atendible de lo que hacen los jueces; sino que más bien representaba la expresión de una ideología de la función del juez, prescribiendo un modelo de decisión judicial fundado en la aplicación rigurosa de un razonamiento deductivo» (Taruffo, M., 2005: 11).

Así, esta presunción del automatismo en la subsunción desconociendo el aspecto creativo que cumple el juez en la estructuración del silogismo oculta la complejidad inherente a la construcción del enjuiciamiento y subestima el papel del juez como intérprete y aplicador de la ley. Pero sobre todo, al presentarlo como una fórmula predecible y automática se oculta una cuestión esencial: que con independencia de cómo se defina y se justifique ideológicamente el proceso de razonamiento judicial, siempre será imprescindible emplear, para llevarlo a cabo, subsunciones valorativas sustentadas en principios y valores propios de visiones del mundo que dan sentido y orientan al sistema jurídico en su conjunto. Y negar el imprescindible fundamento axiológico del enjuiciamiento tiene dos consecuencias: [1] permite que el juez utilice sus propios valores y principios, pero de manera subrepticia, es decir, sin reconocer que así lo hace; y [2] a consecuencia de ello, su enjuiciamiento se blinda a la crítica axiológica propia de la política. Pero atención, *esto no significa que el enjuiciamiento se separe de la política* (porque enjuiciar, como decimos, siempre implica poner valores en práctica), *sino que simplemente lo aísla de la sana crítica y el análisis racional respecto al empleo de esos valores, amparándose en la excusa de una completa sumisión a la ley que reflejaría la voluntad popular contenida en el texto legal.*

Las leyes tienen naturaleza política y todos los ordenamientos jurídicos se sustentan [de manera más o menos explícita] en un conjunto de valores y principios que se desarrollan mediante una serie de objetivos sistémicos. La novedad de las llamadas constituciones programáticas no consiste sino en haberlos explícitamente manifestado para nuestros sistemas a través de un proceso de debate democrático. Y este reconocimiento constitucional tiene una consecuencia que destaca por encima de todas: en tanto deja fijado y visible el anclaje axiológico de todo el sistema político, –incluyéndose el ordenamiento mediante el que este sistema se hace posible–, la Constitución desvela y explicita, de una vez por todas, el carácter político [que no partidista] de todo enjuiciamiento. A esto se refiere Ronald Dworkin cuando señala que «cuando aplica el derecho o cuando se comporta socialmente, el juez participa en la toma de decisiones sociales, y esto no puede hacerse al margen de cuáles son

los argumentos que benefician o perjudican su propio criterio. Cuando un juez en un régimen dictatorial sentencia a cadena perpetua por un delito de sedición, sus implicaciones en este proceso de decisión, o son queridas, o trascienden el sentido de la norma escrita necesariamente. Cuando un juez en un Estado social y democrático de derecho sentencia de forma absolutoria una conducta favorable a la libertad de expresión está contribuyendo al desarrollo de las libertades formales de este Estado» (Dworkin, R., 1990: 27).

En una democracia, el razonamiento judicial debe estar intrínsecamente ligado a las exigencias del propio sistema democrático, pues si bien la judicatura tiene la autoridad para interpretar la ley y juzgar, esta autoridad no puede ejercerse de manera arbitraria ni alejada de los principios constitucionales subyacentes. En este sentido, «el margen de apreciación que dejan la constitucionalización de ciertos valores, la concurrencia de principios enfrentados en el análisis de un mismo supuesto o la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por parte del legislador no debería separarse de la exigencia que impone el propio sistema democrático. [...] Y es que su nombramiento como juez no le habilita moralmente para descubrir por sí mismo cuál es el modo de completar el significado de los conceptos ni para ponderar la potencia normativa de cada uno de los principios jurídicos en conflicto. En la medida en que su nombramiento se ha producido al margen de la consideración de la opinión pública, su opinión personal no tendría por qué valer más que la de cualquier otro ciudadano» (Miraut Martín, L., 2022: 402).

Aquí subsiste la más profunda confusión que, con la pretensión contraria, termina socavando la independencia judicial, afectando a los cimientos de los actuales sistemas democráticos. Porque una cosa es la necesaria separación de los tres poderes políticos y la imprescindible independencia de la judicatura, y otra muy distinta es pretender conseguirla mediante la negación de lo que efectivamente se hace. Porque además, la simplificación que provoca el paradigma del enjuiciamiento como silogismo, planteada con el supuesto propósito de desideologizar el razonamiento judicial, ha tenido históricamente el efecto contrario. El blindaje a la crítica que hemos descrito no conllevó en absoluto independencia, y en los sistemas preconstitucionales supuestamente desideologizados la judicatura ni era externamente independiente (es decir, en relación con el poder ejecutivo), ni tampoco lo era internamente (respecto a jueces superiores). Tal y como señala José Luis Ramírez Ortiz, esta falta de independencia afectó a la imparcialidad, lo que pretendió suplirse mediante declaraciones formales que, de manera rígida e impostada, alejaron a la judicatura de la vida política en sentido amplio (es decir, de la política no partidista), resultando así que «paradójicamente, este supuesto desinterés facilitó la integración de los Jueces en las experiencias autoritarias de la Europa continental e Iberoamérica, lo que demuestra que la neutralidad no fue más que un fetiche ideológico» (Ramírez Ortiz, J. L., 2011: 105).

La instauración en Europa de sistemas democráticos constitucionales a partir de la segunda mitad del siglo XX supuso conceptualmente un cambio radical: ya no puede plantearse el enjuiciamiento como una subsunción silo-gística¹⁰, sino que la función jurisdiccional sólo puede entenderse desde la necesaria adopción de enfoques interpretativos que permitan plasmar en la interpretación los valores de las normas constitucionales abiertas. En una democracia pluralista y compleja, es necesario que la representación mayoritaria en las instituciones vaya acompañada de contrapesos contramayoritarios. Y este constituye el principal rasgo definitorio del poder judicial en democracia: la función judicial –intrínsecamente conservadora– ahora debe conservar un sistema de valores constitucionales que se funda en la defensa de los derechos individuales y el pluralismo político. Por este motivo es esencial preservar su estatuto de independencia respecto a los otros dos poderes, sujetos al dominio de las mayorías. Y de ahí la atribución de la defensa de la independencia judicial a órganos específicos tales como el *Conseil Supérieur de la Magistrature* francés (Constitución de 1946 y Constitución de 1958); el *Consiglio Superiore della Magistratura* italiano (Constitución de 1947); el *Conselho Superior da Magistratura* portugués (Constitución de 1976) y el Consejo General del Poder Judicial español (Constitución de 1978).

La Constitución se considera un documento vivo que involucra a ciudadanos, grupos sociales e instituciones en lo que Peter Häberle llama sociedad abierta de intérpretes constitucionales (Häberle, P., 1998). En este nuevo contexto, el juez adquiere una especial relevancia como garante de los principios y valores constitucionales. Aunque pueda existir un paso deductivo en la subsunción, todos los demás aspectos del razonamiento judicial se consideran un contexto de elección abierto, donde el juez determina la decisión más correcta, justa y oportuna entre las alternativas posibles.

V. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y REPRESENTATIVIDAD NO-ELECTIVA. LA CUESTIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DESCRIPTIVA

Si el poder judicial es efectivamente una emanación de la soberanía nacional, la medida de su legitimidad se encontrará en su capacidad para representar mediante el ejercicio de su función, al pueblo soberano. Como

¹⁰ Sin embargo, esta posición es todavía defendida por un importante sector de la judicatura, e incluso sobre la función del juez democrático se llega a afirmar que: «el Juez al igual que el Médico o el Sacerdote, han de realizar su función de la misma manera, tanto exista democracia, como si existe otro régimen político. El juez, como decía Mirabeau, no es sino la boca que pronuncia las palabras de la ley. [...] no puede hacer otra cosa sino aplicar las Leyes al supuesto enjuiciado» (López-Fando Raynaud, J. R., 1987: 159).

hemos visto, esta representación no se verificará como resultado de la elección de sus miembros a través de un proceso reductivo por el que se agregan las voluntades individuales de los que componen esa construcción jurídica que llamamos pueblo. Y con independencia de la cuestión de la representatividad, a esto se refiere la doctrina cuando señala que respecto al poder judicial se da un déficit democrático en origen que precisará de un reforzamiento de sus condiciones de legitimidad que pasa por «la rígida sujeción a la ley y el riguroso respeto de las garantías» (Ramírez Ortiz, J. L., 2013: 71).

Ahora bien, si representar implica ante el representado [1] ponerse autorizadamente en su lugar; [2] respondiendo de sus acciones; [3] actuando en su interés; [4] produciendo una identificación de aspectos relevantes entre ambos; [5] que incluso permita una sustitución simbólica; parece evidente que la función judicial en nuestras sistemas constitucionales, sí es representativa en tanto que [1] sustituye legítimamente a la justicia privada y su jurisdicción deriva de normas democráticas; [2] se somete en cuanto a su ejercicio a los principios y valores constitucionales, así como al resto del ordenamiento jurídico, tanto para la expresión de su función como para la fijación de sus límites; [3] pretende desarrollar mediante ese ejercicio la expresión efectiva de un sistema político de libertades y derechos individuales; [4] se lleva a cabo por jueces y magistrados reclutados mediante un sistema que, a pesar de su carácter intrínsecamente elitista –al estar basado en criterios de mérito y capacidad–, se plantea permeable y abierto al derecho de participación de la ciudadanía, de manera que dicho reclutamiento no resulte en una excesiva desconexión entre representantes y representados respecto a determinadas características (tales como el género o la clase social) que, como hemos señalado, pueden considerarse relevantes a los efectos de situar a representantes y representados en el mismo plano para la interpretación de intereses; [5] lo que resulta –si los anteriores elementos se verifican– en cierta identificación simbólica de la ciudadanía con el sistema judicial.

De todos estos aspectos, el que resulta más problemático es el que se refiere a la representatividad descriptiva. Este carácter controvertido se deriva, a nuestro juicio de dos factores interrelacionados: [a] la identificación de la judicatura mediante una rígida caracterización burocrática, lo que ensombrece determinados aspectos propios de una función que (aunque se encuentra perfectamente diferenciada de la que llevan a cabo los otros dos poderes del Estado) tiene una dimensión política; y [b] la subsistencia de la ideológica identificación del enjuiciamiento con el silogismo, ocultando la necesaria subsunción valorativa vinculada axiológicamente a un concreto sistema de valores.

Consecuentemente, que las circunstancias personales del representante constituyan un aspecto relevante, no parece problemático respecto a la representación en los poderes ejecutivo y legislativo, y sin embargo,

aspectos tales como el género o la clase social (por ejemplo), sí deberían ser totalmente irrelevantes en relación con los integrantes del poder judicial, la efectiva conformación de sus cargos, así como a la distribución de sus órganos y tribunales. El burócrata no se define por *quién* es, sino por ostentar mérito y capacidad.

Y sin embargo, existen elementos en los diseños de las democracias constitucionales que demuestran que para la administración de justicia sí existen otras cuestiones relevantes, además del mérito y capacidad. Por ejemplo, se valoran circunstancias personales que no se identifican directamente con estos criterios en aquellos ordenamientos en los que existe la posibilidad de elegir mediante votación popular directa a determinados agentes jurídicos cualificados por su capacidad técnica, al objeto de que intervengan de forma reglada en los procesos por los que se lleva a cabo la función jurisdiccional. Tal es el caso de los Fiscales de Distrito en la casi totalidad de los estados de los Estados Unidos de América. De igual modo, la designación de los jueces federales estadounidenses también obedece a criterios de representatividad electiva –en este caso de segundo grado–, al ser nombrados por el Presidente con el consejo y consentimiento del Senado¹¹. Quiere esto decir que, al igual que ocurre para la designación de otros cargos de perfil técnico, en muchas ocasiones para los miembros del poder judicial o para determinados cargos o composición de tribunales, además del imprescindible criterio técnico se tiene en cuenta la idoneidad¹².

En definitiva, esta es la principal razón que constitucionalmente sustenta, a nuestro juicio, el actual sistema de designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Para entender su justificación, hay que tener en cuenta que:

- [1] Los representantes se vinculan descriptivamente con los representados mediante cierta conexión o correspondencia respecto a aquellas características relevantes que los sitúan en planos cercanos a los representados respecto a la interpretación de intereses. Tales características, decíamos, se derivan de una identificación basada, fundamentalmente,

¹¹ Art. II Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹² La idoneidad es a la capacidad lo que la razonabilidad a la racionalidad, comportando ambos casos una oposición que nos recuerda la diferencia entre lo correcto y lo adecuado. Así, mientras que la racionalidad supone estrictamente un cálculo que pretende conectar fines y medios de la manera más eficaz posible, la razonabilidad cuestiona la finalidad misma incorporando cuestiones tales como la oportunidad (tiempo adecuado) y el contexto (espacio adecuado). Esta es, en cierta medida, una distinción equiparable a la del técnico y el político. Mientras que el primero conoce los métodos que nos permiten alcanzar determinado objetivo, el segundo se cuestiona si debemos siquiera proponérselo.

en circunstancias biográficas y personales. En este sentido, existe un evidente sesgo de carácter socioeconómico, cultural y vivencial en general, respecto a los que finalmente pasarán a ser miembros del poder judicial respecto a la generalidad de la población. Esto es algo lógico y, hasta cierto punto, exigido por la intrínseca naturaleza elitista del proceso de selección llevado a cabo mediante oposición o concurso-oposición. Ahora bien, la excelencia y excepcionalidad que se pretende mediante estos procesos de selección no tiene por qué encontrarse predeterminada por criterios económicos, y en este sentido, respecto a la situación de partida en el año 1978, se ha reducido sustancialmente la brecha entre representantes y representados mediante el sistema de becas en la universidad pública, aunque siga siendo manifiesta.

- [2] Mediante el sistema establecido a partir del artículo 122.3 de nuestra Constitución, se pretendería amortiguar esta distancia en la representatividad descriptiva mediante un juicio de idoneidad en sede parlamentaria respecto, al menos, a ocho miembros del Consejo.
- [3] Este sistema no es intrínsecamente incompatible con la independencia judicial, puesto que su configuración mediante mayorías cualificadas pretende la designación de candidatos que superen las lógicas partidistas. Se trataba, en definitiva, de que los miembros de designación parlamentaria cumplieren todos ellos con el criterio de idoneidad respecto a todos los grupos parlamentarios que compusieran esas mayorías cualificadas. Ahora bien, a pesar de que se pretendía la designación de candidatos idóneos según el criterio de una mayoría cualificada, este objetivo se concretó en un fracaso rotundo. Como es bien sabido, los acuerdos para la configuración de esas mayorías comportaron una negociación entre partes, de manera que una parte no tenía nada (o casi nada) que decir respecto a los candidatos de la otra. El precio del apoyo del contrario pasaba por aceptar, sin criterio alguno, a sus candidatos. De esta manera, los designados no eran los candidatos de la mayoría cualificada, sino de una parte de ella. Concretamente, de un determinado partido. Además, a esta situación lamentable, totalmente contraria a los objetivos constitucionales, hay que añadir una nueva circunstancia: dado que los grupos parlamentarios pueden demorar el nombramiento de los nuevos miembros del Consejo, han utilizado estas demoras estratégicamente en previsión de la configuración de nuevas mayorías parlamentarias más favorables para sus intereses partidistas. A raíz de esta actuación estratégica, el mandato de los actuales miembros del Consejo lleva caducado más de seis años, en una situación absolutamente disfuncional.

VI. CONCLUSIONES

Como señala el profesor Ángel Rodríguez, «el descubrimiento de que el juez también crea Derecho cuando lo aplica hace que adquiera más relevancia la composición social y la ideología de los miembros del Poder Judicial, pero no disminuye la exigencia de que sean independientes» (Rodríguez, A., 2022: 194) y actualmente, es evidente que el actual sistema de designación no sólo no cumple con esta finalidad de representatividad descriptiva, sino que es un sistema claramente contrario a la independencia judicial. Esta enraizada situación ha traído como consecuencia que nos hayamos habituado a periódicos escándalos de destacados miembros del Poder Judicial. La actuación manifiestamente partidista de un sector de la judicatura muy pequeño pero destacado, consecuencia directa de las lógicas de poder interno que se han derivado de este tipo de nombramientos, tiene un terrible efecto desmoralizador y deslegitimador para la ciudadanía, con independencia de su signo político.

Será necesario iniciar un profundo debate que permita llegar a una reforma del sistema, pero en lo que ahora nos atañe, y de cara a ese futuro debate, han quedado a nuestro juicio demostrados los siguientes extremos:

- [1] La judicatura constituye un poder político representativo. Su legitimidad depende de la verificación de cinco aspectos de la representación, del que la representatividad descriptiva destaca por su carácter problemático.
- [2] La identificación de la judicatura mediante rígidos estándares burocráticos que pretenden alejarla de la vida política en sentido amplio, y la subsistencia de la identificación del enjuiciamiento con el silogismo, deben superarse a fin de profundizar en la democratización de la judicatura, acompasándola con su función democrática.
- [3] La exigencia de mérito y capacidad para los miembros del poder judicial no es incompatible con posibles juicios de idoneidad que pretendan trasladar a la composición de sus órganos cierta representatividad descriptiva.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.
- BURHEIM, J., *Is Democracy Possible? The Alternative to Electoral Democracy*, Sydney University Press, Sydney 2006.
- CASTIGLIONE, D., WARREN, M. E. «Rethinking Representation: Eight Theoretical Issues and a Postscript», en Disch, E., *et al.* (ed.), *The Constructivist Turn in Political Representation*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2019, pp. 21-47.

- CHARLES LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*. (México DF: Porrúa, 2010), 151. Traducción de Nicolás Estévez.
- DRYZEK, J. S., NIEMEYER, S., «Discursive Representation», *American Political Science Review*, Vol. 102, n.º 4, November 2008, pp. 481-493.
- DWORKIN, R., «Retorno al derecho natural», en Betegón, J., De Páramo, J. R. (coord.), *Derecho y Moral*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 23-46. (Traducción de S. Iñiguez de Onzoño).
- ELSTER, J., *Solomonic Judgments: Studies in the Limits of Rationality*, Maison des Sciences de l'Homme and Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- FISICHELLA, D., «Introduzione: sul Concetto di Rappresentanza Politica», en Fisicella, D. (ed.), *La Rappresentanza Política*, Giuffrè, Milán, 1983, pp. 3-51.
- HÄBERLE, P., *Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 1998.
- LÓPEZ-FANDO RAYNAUD, J. R., «Los Jueces en una Sociedad Democrática (Valoración de la Ley Orgánica del Poder Judicial)» en Igartua Salaverria, J. (coord.), *Los Jueces en una Sociedad Democrática*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, pp. 157-182.
- MANIN, B., *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- MANSBRIDGE, J., «Rethinking Representation», *American Political Science Review*, Vol. 97, n.º 4, November 2003, pp. 515-528.
- MIRAUT MARTÍN, L., «Legitimidad Democrática del Poder Judicial», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, I Época, Vol. 17, 2022, pp. 389-405.
- MULGAN, R. G., «Lot as a Democratic Device of Selection», *Review of Politics*, n.º 46, 1984, pp. 539-560.
- PITKIN, H. F., *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1967.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «Estatuto del Juez y Asociaciones Judiciales», *Jueces Para la Democracia. Información y Debate*, n.º 70, Marzo 2011, pp. 104-116.
- «Independencia Judicial en España: de dónde venimos y a dónde vamos», *Jueces Para la Democracia. Información y Debate*, n.º 78, Noviembre 2013, pp. 46-74.
- RODRÍGUEZ, Á., «Un Marco para el Análisis de la Representación Política en los Sistemas Democráticos», *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, n.º 58, 1987, pp. 142-143.
- «De la Judicatura a la Política y Viceversa. El Ejercicio de las Funciones Jurisdiccionales Después de Ejercer Otras Funciones Públicas», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 50, 2022, pp. 185-217.
- SAWARD, M., «Authorisation and authenticity: representation and the unelected», *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 17, n.º 1, 2009, pp. 1-22.
- TARUFFO, M., «Jueces y Política: de la Subordinación a la Dialéctica», *Isonomía*, n.º 22, Abril 2005, pp. 9-18.

LA RELACIÓN DEL PODER JUDICIAL CON EL PODER EJECUTIVO EN LA LEY DE TRIBUNALES DE 1870

The relationship of the judicial branch with executive branch in the Courts Act of 1870

Carmen Rodríguez Rubio

Profesora Permanente Laboral de Derecho Procesal

Universidad Rey Juan Carlos, España

<https://orcid.org/0000-0001-9335-0138>

<https://doi.org/10.18543/ed.3102>

Fecha de recepción: 25.04.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

La Constitución española de 1869 ha sido considerada la Carta Magna del liberalismo español. Tras su promulgación tuvo lugar la aprobación de la Ley sobre Organización del Poder Judicial de 1870, ley que supuso el nacimiento del tercer poder del Estado en España. Por mediación de la Ley de Tribunales de 1870 se unificó el acceso a la carrera judicial y fiscal mediante oposición. Igualmente, la ley mencionada dispuso la presencia del Gobierno en diversos ámbitos del poder judicial en relación con la Junta calificadora actuante en el acceso a la judicatura, la tramitación de los expedientes de los opositores y el ingreso y ascenso de los jueces. Asimismo, su intervención fue manifiesta, dentro de la Administración de Justicia, en la inspección de los juzgados y tribunales. Finalmente, en relación con el Ministerio Fiscal, la ley dispuso una organización jerarquizada y ordenada por categorías en la que el Fiscal del Tribunal Supremo se situaba bajo la dependencia del Ministro de Gracia y Justicia.

Palabras clave

Poder judicial; poder ejecutivo; administración de justicia; ministerio fiscal.

Abstract

The Spanish constitution of 1869 has been considered the Magna Carta of Spanish liberalism. After its promulgation, the approval of the Law on the Organization of the Judicial Power of 1870 took place, a law that marked the birth of the third power of the State in Spain. Through the Courts Law of 1870, access to the judicial and fiscal careers was unified through competitive examination. Likewise, the law provided for the Government's interference in various aspects of the judiciary in relation to the Qualifying board acting in access to the judiciary, the processing of opposition files and the entry and promotion of judges. Likewise, its intervention was manifest, within the Administration of Justice, in the inspection of courts and tribunals. In relation to the Public Prosecutor's Office, the law established a hierarchical organization ordered by categories in which the Prosecutor of the Supreme Court was placed under the dependence of the Minister of Grace and Justice.

Keywords

Judicial branch; executive branch; administration of justice; prosecutor's office.

Sumario: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PODER JUDICIAL. II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1 DE JUNIO DE 1869. III. ESPECIAL REFERENCIA AL TRIBUNAL SUPREMO. IV. LA LEY PROVISIONAL SOBRE ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE 1870 Y OTRAS LEYES DE NATURALEZA PROCESAL. V. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA LEY PROVISIONAL DE 1870. VI. EL MINISTERIO FISCAL EN LA LEY PROVISIONAL DEL PODER JUDICIAL DE 1870. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PODER JUDICIAL¹

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se proclamó la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Asimismo, siguiendo lo defendido por Montesquieu en el *Esprit des lois*, se declaró el principio de separación de poderes. Continuando con estos acontecimientos históricos, en la actualidad la estructura de los países democráticos parte del reconocimiento de los tres poderes, siendo el poder judicial el tercer poder estatal. Hasta la Revolución francesa el monarca ostentaba todas las facultades, es decir, en él se concentraba el poder en todas sus manifestaciones. Al centralizarse el poder en el rey este era quien podía delegar la jurisdicción, pudiendo ser tal encomienda eliminada (Montesquieu, 1748; Cortés Domínguez, V., Moreno Catena, V., 2021: 43-28).

Tanto en la época de la monarquía absoluta como en la etapa feudal, los jueces eran funcionarios del poder regio. En consecuencia, estos se constituían como una delegación del poder del monarca al que debían obediencia. Se puede afirmar que los tres poderes que posteriormente se proclaman se centralizaban en manos del rey durante el Antiguo Régimen, y los funcionarios que administraban justicia no gozaban de independencia, es más, la jurisdicción no era única pues existían las jurisdicciones especiales que se desplegaban en diversos ámbitos, como la eclesiástica o la administrativa, entre otras (Gimeno Sendra, J. V., 2007: 97-123).

La situación anterior dio lugar a que verdaderamente no se pudiera afirmar la existencia de un poder judicial. La aparición del poder judicial tiene lugar tras la Revolución Francesa de 1789 cuando se establece la supremacía de la ley y la separación de poderes, dando lugar al tercer poder estatal. No obstante, la creación de este poder, como se verá con posterioridad, difiere de lo que en los estados contemporáneos entendemos como tal, pues a lo largo de los siglos y por diversos acontecimientos históricos el poder judicial ha ido evolucionando y por lo tanto cambiando desde la época revolucionaria.

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto titulado «Unidad e independencia del poder judicial en el constitucionalismo actual». Entidad financiadora: Asociación Científica EU Acquis. Código: 2022/00349/001.

En el modelo de Estado liberal, para constituirse el tercer poder del Estado se hacía necesario lograr la independencia judicial. Esto en un primer momento se hizo a través de la «compra de oficios» y también por medio de la inamovilidad judicial, como ya se proclamó en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, sin embargo, para ingresar y ascender en la judicatura, así como en lo relativo a la responsabilidad disciplinaria de los jueces se siguió el modelo francés que estableció, en esta materia, el parecer del Ministerio de Justicia.

Asimismo, era preciso introducir el principio de unidad jurisdiccional y suprimir, por lo tanto, las jurisdicciones especiales, en tal sentido la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 suprimió la jurisdicción administrativa. También en esta línea, se negó al poder ejecutivo inmiscuirse en lo relacionado con la creación de los órganos jurisdiccionales, junto a otras medidas que claramente tenían como fin impedir la intromisión del poder ejecutivo en la judicatura, por todas estas razones se afirma el nacimiento del poder judicial en España tras la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (Gimeno Sendra, J. V., 2007: 97-123).

Con la llegada del Estado liberal se implanta la participación popular en la justicia, introduciéndose en Europa durante los siglos XVIII y XIX. Se pueden distinguir dos modelos de participación popular, por un lado; el jurado y de otro la justicia popular por medio de la representación (Gimeno Sendra, J. V., 2007: 41-47). A través de este último, los ciudadanos que componen el poder judicial son elegidos por el pueblo. Este sistema si bien se ha recogido en algunos países, en España ha tenido muy poca repercusión.

Si se tienen en consideración los acontecimientos pretéritos y la aparición del poder judicial como poder del Estado habría que partir de la siguiente premisa: el principio de autonomía del poder judicial se fundamenta en la sustracción de facultades al poder ejecutivo (Rodríguez Padrón, C., 2002: 49-54). Esta autonomía está relacionada con la propia independencia del poder judicial ya que si nos cuestionamos por qué se ha atribuido la potestad jurisdiccional a los tribunales de justicia la respuesta la encontramos en alguno de los principios que informan su actuación, esto es, la sumisión a la ley. La independencia no solo se predica frente a la sociedad y frente a las partes, sino frente al gobierno y los órganos jurisdiccionales superiores. Esto es un distintivo de la jurisdicción porque su actuación es procesal y no auto-compositiva como la actividad propia de la Administración Pública (Gimeno Sendra, J. V., 2007: 41-47).

De igual modo, dentro de la jurisdicción los órganos judiciales superiores no tienen la facultad de dirigir a los inferiores mandatos sobre la manera en la que estos deben resolver los asuntos de su competencia, pudiéndose utilizar únicamente los medios de impugnación cuyo objeto es dejar sin efecto una resolución dictada con anterioridad (Ormazábal Sánchez, G., 2016:

13-56). Asimismo, se ha de tener presente que tales medios están configurados legalmente como actos de parte, debido a que habitualmente en los distintos ordenamientos jurídicos la reiteración del juicio se promueve a instancia de la parte que ha obtenido una resolución desfavorable.

II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1 DE JUNIO DE 1869

Con anterioridad al sexenio revolucionario se dan una serie de condiciones sociales y económicas durante el reinado de Isabel II. Al iniciarse dicho mandato, en 1833, España experimenta un régimen político liberal que, a diferencia de Francia e Inglaterra, no cuenta con una sociedad industrializada, esta situación pudo tener su origen en la falta de recursos de la Hacienda Pública. La sociedad española de la época todavía tenía similitudes con la del siglo XVIII y se distinguía de otras más evolucionadas del continente europeo. No obstante, hubo cambios políticos en la etapa del reinado de Isabel II puesto que, además de los partidos que hasta entonces se encontraban en el panorama político (conservadores y progresistas) aparecen otros partidos democráticos que se oponen al régimen monárquico como forma de estado y de gobierno, es decir, republicanos y federales. A esta circunstancia habría que añadir las crisis financieras de 1866 y de 1868 (Merino Merchán, J. F., 2008: 169-173).

Es reseñable que el acontecimiento más significativo del llamado sexenio revolucionario, por sus consecuencias sociales y legales, fue la Revolución conocida como La Gloriosa, que da comienzo en septiembre de 1868. Los principios proclamados en la Revolución fueron trasladados a la Constitución de 1869, concretamente, fueron los principios sobre la soberanía nacional, el sufragio universal, la monarquía como poder constituido y la declaración de derechos². En tal sentido, se considera que a través del mencionado texto constitucional se consiguieron progresos fundamentales como la libertad religiosa y la extensión del derecho de voto a todos los varones mayores de veinticinco años (Lynch, J., 2007: 434-583).

La Gloriosa se inició en Cádiz con el pronunciamiento de varios jefes del Ejército y de la Armada. La Revolución de septiembre de 1868 abre un período de corte liberal-democrático, impulsado por la burguesía liberal, tanto alta como pequeña burguesía, esta última compuesta por comerciantes modestos y por profesionales liberales, contando también con los artesanos y el proletariado urbano. Su presencia en estos acontecimientos dio lugar al denominado «humanismo popular» (Tomás y Valiente, F., 2010: 420-463; Merino Merchán, J. F., 2008: 172-177).

² <www.congreso.es> [Última consulta: 28/03/2024].

La sucesión de acontecimientos provocó que se constituyera un gobierno provisional que no solo convocó constituyentes, sino que publicó el Manifiesto de 25 de octubre de 1869 en el que se recogían las aspiraciones de la revolución. Se trataba de un programa en el que estaban de acuerdo los progresistas, unionistas y demócratas en relación con la soberanía nacional y el sufragio universal, determinados derechos individuales, la unidad de legislación y de fueros, así como con la institución del jurado (Merino Merchán, J. F., 2008: 174-186).

La etapa en la que se desarrolla la Constitución de 1869, así como la obra legislativa que deriva del texto constitucional, se ha denominado «período de revisiones profundas» (Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, J. M., 2004: 355-390). Esta etapa abarcaría el período comprendido entre 1869 y 1936 y comprendería el período revolucionario (incluyendo la primera República) la Restauración de las fuerzas que confluyeron en la Dictadura de Primo de Rivera, la Segunda República y por el régimen del General Franco. Todos estos sucesos tienen un elemento en común que sería encontrar un concepto que superara las contradicciones entre historicismos y modernización. La Constitución de 1869 se encontraría en la tendencia de un régimen representativo, es decir, el relativo a la soberanía nacional y a la institución de la corona. Sin embargo, su período de vigencia fue tan breve que supuso la supresión de lo que pudo ser (junto con Bayona) la experiencia constitucional y legislativa más inteligente y fecunda del denominado sistema constitucional (Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, J. M., 2004: 355-390).

Existe casi unanimidad en la doctrina al manifestar que la denominación «sistema jurídico constitucional» se refiere a la etapa que tiene lugar entre dos acontecimientos que individualizan la Historia Contemporánea española, esto es, la Guerra de la Independencia (1808-1814) y el régimen del General Franco (1936-1975). Esta fase se distinguiría por constituir un proceso constante de acción-reacción en el que habría un esfuerzo por imponer un nuevo sistema jurídico frente a otro que es cronológicamente anterior y que se ha llamado «Antiguo Régimen».

A través de la acción se trataría de implementar el llamado sistema jurídico constitucional y que se fundamentó en una sociedad política que tomó como propia la soberanía, creó el Derecho, determinó la forma de Gobierno entre monarquía y república, eliminó las distinciones estamentales y defendió la laicidad del Estado. Por su parte, la reacción se manifestaría en sentido contrario, tratándose de una soberanía proveniente de Dios y respecto de las diferentes dinastías históricas, defendiendo la monarquía como la forma de gobierno, así como los estamentos eclesiásticos y nobiliarios y negando la laicidad del Estado manteniendo la doctrina católica desde el punto de vista estatal (Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, J. M., 2004).

Los constituyentes cuando redactaron el texto constitucional se inspiraron en otros textos constitucionales foráneos, en particular, en la Constitución

belga de 1831 y en la Constitución norteamericana de 1787. El texto constitucional de 1869 es considerado como la Carta Magna del liberalismo español presente hasta la Segunda república y que se ha observado en el resto de la historia española en materias como el juicio por jurado. Indudablemente la Constitución española de 1869 está vinculada a los acontecimientos políticos de la época. El texto constitucional se caracterizó por recoger una serie de disposiciones dedicadas a los poderes públicos. En tal sentido declara, en primer lugar, que la soberanía «reside esencialmente en la Nación, de la cual emanan todos los poderes públicos» (art. 32). En relación con la forma de gobierno de la Nación, afirma que esta es la Monarquía. A su vez expresa las funciones propias del legislativo, pues indica que «la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes», mientras que su sanción y promulgación se atribuía al Rey (art. 34). El poder legislativo se formaba a través del sistema bicameral, esto es, dos cuerpos colegisladores, de un lado, el Senado y de otro el Congreso. Dichos cuerpos tenían atribuida la iniciativa legislativa junto con el Rey.

Asimismo, en el Título que lleva por nombre «De los poderes públicos» se dispuso claramente quién ostentaba el poder ejecutivo, pues declaraba que este residía en el Rey y este era ejercido a través de sus ministros. Consecuentemente el Rey era quien nombraba y separaba libremente a sus ministros. Al Rey se le atribuían una diversidad de facultades, entre las cuales se encontraba la de «cuidar de que en todo el Reino se administre pronta y cumplida justicia» (art. 73). Asimismo, dentro del título ya mencionado con la denominación de los poderes públicos, determinaba en su art. 36 lo siguiente: «Los tribunales ejercen el poder judicial», por lo que se trataba de un precepto en el que se determinaba no el ejercicio de la función jurisdiccional, sino el ejercicio del propio poder judicial como poder estatal. También en este título se aludía a la que hoy en día conocemos como administración local, enmarcándola como poder público y estableciendo en su art. 38 «La gestión de los intereses peculiares de los pueblos y de las provincias corresponde respectivamente a los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales con arreglo a las leyes».

En cuanto al poder judicial este estaba regulado en los arts. 91 a 98 del texto constitucional. En el art. 91 se expresaba patentemente en qué consistía la potestad propia de los órganos jurisdiccionales, al disponer que a los tribunales de justicia les correspondía exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, administrándose de esta manera la justicia en nombre del Rey. Asimismo, se disponía la existencia de unos mismos códigos para toda la Nación con las particularidades establecidas en la ley, igualmente se estableció la unidad de fueros para todos los españoles.

En lo referido a los códigos, es preciso señalar que, desde el punto de vista del proceso civil, antes del sexenio revolucionario había tenido lugar la

aprobación de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente fue en 1855 cuando se procedió a su promulgación, código que tuvo en cuenta la Real Cédula de ese mismo año que reguló el recurso de casación civil. Dicho medio de impugnación se caracterizó por alejarse del recurso de casación francés, ya que se suprimió el reenvío al tribunal de instancia, permitiendo que el propio Tribunal Supremo resolviera la controversia cuando la infracción cometida se refería a normas de carácter sustantivo. Con posterioridad, será en la época de la Restauración, durante el reinado de Alfonso XII cuando se apruebe el segundo código procesal civil, específicamente en 1881.

En cuanto a la justicia popular, la Constitución de 1869, dentro del título mencionado, se decantó explícitamente por el juicio por jurados, fijándolo para todos los delitos políticos, y para los comunes que determinara la ley, más aún dispuso que las condiciones necesarias para desempeñar el cargo de jurado se determinarían legalmente.

Por otro lado, el art. 94 dio paso a una serie de condiciones para ingresar en la carrera judicial que, posteriormente, sería desarrollada por la Ley Orgánica de 1870. En particular, lo que estipuló la Carta Magna fue el nombramiento de los jueces y magistrados por el Rey a propuesta del Consejo de Estado y de acuerdo con la Ley Orgánica de Tribunales. Se dispuso la oposición como instrumento para ingresar en la carrera judicial, sin embargo, se atribuyó al Rey el nombramiento de hasta la cuarta parte de los magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo, sin estar sujeto a lo dispuesto con anterioridad, ni a las reglas generales de la Ley Orgánica, pero siempre oyendo al Consejo de Estado y dentro de las categorías establecidas con posterioridad por la legislación orgánica. De esta manera, el poder ejecutivo que se concentraba en el monarca intervenía indudablemente en la designación de los miembros de los tribunales de justicia.

III. ESPECIAL REFERENCIA AL TRIBUNAL SUPREMO

Se ha de señalar que, en virtud del Real Decreto de 24 de marzo de 1834, se suprimen los Consejos de Castilla y de Indias, disponiéndose la creación del Tribunal Supremo de España e Indias. Asimismo, mediante Real Decreto de 26 de septiembre de 1835 se aprueba el Reglamento para la Administración de Justicia en relación con la jurisdicción ordinaria. En cuanto a estas disposiciones legales se ha afirmado que es un auténtico compendio de disposiciones orgánicas y procesales, incluso hoy en día se han considerado una genuina declaración de principios que todavía podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico (Rodríguez Padrón, C., 2002: 9-42).

La carrera judicial y otros muchos aspectos ligados a la jurisdicción tienen lugar en el siglo XIX, tratándose esta de una etapa de episodios de una gran trascendencia. Históricamente este siglo se encuentra entre la

Revolución Francesa y los grandes acontecimientos del siglo XX. Dentro de este contexto la Constitución gaditana de 1812 diseñó un modelo de Estado que se asentó en la división de poderes (Rodríguez Padrón, C., 2002: 9-42) y ciertamente así es, pues el nuevo modelo encontraba su fundamento en la separación de poderes, como con anterioridad había ocurrido en Francia. En los trabajos preconstitucionales se pone de manifiesto cómo los diputados se inspiraron en la doctrina de Montesquieu, afirmándose que, ante la oscuridad de la ley, el juez no podía interpretarla, sino que debía de recurrir a la Cortes para que se pronunciara sobre la oportuna interpretación (Montesquieu, 1748).

La Constitución de Cádiz tiene una especial importancia en relación con el Alto Tribunal. En tal sentido el art. 259 dispuso que «habrá en la Corte un Tribunal que se llamará Supremo Tribunal de Justicia. De esta manera quedaba configurada la cúspide de la jerarquía judicial del Estado». De igual modo el art. 261.10º, recogiendo la doctrina antes mencionada, estableció entre las funciones del Tribunal Supremo oír las dudas de los demás tribunales sobre el entendimiento de alguna disposición legal con la finalidad de consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos existentes para que promoviera la conveniente declaración en la Cortes. De este modo el TS se constituyó como un órgano dentro de la separación de poderes. La idea de los legisladores gaditanos era crear un modelo inspirado en Francia siguiendo el ejemplo de Montesquieu. A este autor se le atribuye la idea de apartar al juez de toda actividad creadora del derecho, reduciéndolo a ser un instrumento, esto es, reduciéndolo a ser *la buche qui prononce les paroles de la loi*, dando lugar a que se exigiera a los jueces acudir a las Cortes si se hacía necesaria la interpretación de la ley (Moreno Pastor, L., 1989: 38-79).

En el texto constitucional de 1812 no se recogió el recurso de casación, sino una institución parecida que se puede considerar la precursora de este medio de impugnación, la denominación elegida fue «recurso de nulidad». La semejanza entre los dos medios de impugnación se expresaba en la Exposición de Motivos de la Carta Magna al determinar que el recurso de anulación debía limitarse a considerar si se habían observado o no las leyes que arreglan el proceso sin intervenir en lo sustancial de la causa que habría de remitirse al órgano competente para que se ejecutara lo que hubiere lugar. En consecuencia, se establecía una jurisdicción negativa o rescindente con devolución del asunto al tribunal de instancia para que conociera de las faltas *in procedendo y vicios in iudicando* (Prieto Castro y Ferrándiz, L., 1985: 28-101). Si bien la Constitución de 1812 no reducía el recurso de nulidad a los asuntos civiles, en el Real Decreto de 17 de julio de 1813 se estableció que no hubiera un recurso de esta naturaleza en las causas criminales. Esta prohibición provenía de circunstancias históricas, al encontrar dificultades para su implantación y también porque no se podía lograr la finalidad del

recurso pues no estaba precisada totalmente la legislación penal y procesal (Gómez de la Serna, R., 1886).

Sin embargo, la Constitución de 1812 y el propio Tribunal Supremo (TS) se caracterizaron por su fugacidad debido al regreso de Fernando VII a España. Así, mediante Real Decreto de 4 de mayo de 1814 se suprime el Tribunal Supremo y se procede a la derogación del texto constitucional. Posteriormente se reinstauró el Alto Tribunal mediante Decreto de 24 de marzo y se atribuyó la competencia de conocer del recurso de nulidad en la forma establecida por las leyes. Este Decreto se caracterizó porque únicamente atribuía el conocimiento del recurso a este tribunal, pero no se reguló ni su contenido ni su procedimiento.

Fue el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, disposición que por otra parte manifestaba claramente una influencia francesa en el recurso, el que determinó los supuestos ante los cuales procedía su admisión, de este modo, ante la infracción de normas sustantivas o procesales, era el Alto Tribunal el que conocía sobre la validez de la sentencia, pero para este fin no entraba sobre el fondo del asunto, sino que al igual que el Decreto de 27 de noviembre de 1790 (disposición creadora del Tribunal de Casación francés) si se anulaba la sentencia había reenvío al tribunal de instancia.

Tal y como se ha señalado en otros foros, la superioridad del Tribunal Supremo se desenvuelve por medio de un cauce específico que es el recurso de casación (Delgado Barrio, J., 2000). Al respecto cabe tener en consideración que este medio de impugnación aparece por primera vez con esta terminología a través del Real Decreto de 20 de junio de 1852 solamente referido al orden jurisdiccional penal y únicamente para determinados delitos. Esta disposición es importante porque supone un distanciamiento de la casación francesa, porque declarada la procedencia del recurso, era la Sala segunda quien resolvía por infracción de ley.

Uteriormente se reguló la casación penal con carácter general por Ley de 18 de junio de 1870, es decir, en el mismo año que tuvo lugar la aprobación de la Ley de Tribunales. Por su parte, en lo civil, el recurso de casación se regulará a través de la Real Cédula de 1855, por medio de esta disposición legal el recurso casacional se singulariza, incorporándose características que van a diferenciarlo del medio de impugnación francés.

Precisamente es en 1855 cuando se procede a la aprobación de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil, este código procesal regulará el recurso de manera similar a la establecida en la Real Cédula más arriba mencionada. Con posterioridad, será la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la que atribuya el conocimiento de la casación al Alto Tribunal, distinguiéndose entre casación por infracción de ley o de doctrina legal y casación por quebrantamiento de forma.

IV. LA LEY PROVISIONAL SOBRE ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE 1870 Y OTRAS LEYES DE NATURALEZA PROCESAL

Es notorio que en el siglo XIX se produjeron dos acontecimientos de gran relevancia en lo relativo a la Justicia, por un lado, el constitucionalismo se desarrolló en este siglo y, por otro lado, tuvo lugar el origen del poder judicial, teniendo los dos sucesos una relación entre sí. La innovación que supuso la Ley de 1870 se puso de manifiesto con la exposición que se hizo ante las Cortes Constituyentes de la presentación del texto legal. En tal sentido, se ha defendido que, la ordenación que se hizo de la carrera judicial es una de las materias más notables, teniendo presente que la Constitución española de 1869 determinó el ingreso mediante oposición, exceptuándose solamente la cuarta parte de los magistrados de los órganos colegiados (Rodríguez Padrón, C., 2002: 9-42).

Hay que tener presente, en relación con la Ley provisional de 1870, que esta norma jurídica tuvo distintos antecedentes porque, como ya se ha apuntado desde diferentes ámbitos contaba con diversos precedentes que se encontraban recogidos en los trabajos de las Comisiones de Codificación. Se ha atribuido de esta manera el mérito en su elaboración a los codificadores y a los ministros de Gracia y Justicia (Ruiz Zumilla y Montero Ríos) al haber presentado en las Cortes el Proyecto de 8 de junio de 1870. Tras su presentación, la Comisión a la que se le atribuyó su estudio expuso su dictamen y tras las distintas enmiendas tuvo lugar su aprobación con fecha de 23 de junio (Rodríguez Ramos 2020). Desde el punto de vista político la Ley de Tribunales obedeció a dos criterios, de una parte al liberalismo fundamentado en la división de poderes, y de otra, al principio democrático que tuvo su origen en la Revolución y que se recogió en el texto constitucional (Rosado Villaverde, C., 2022: 117-126).

Antes de la promulgación de la Ley de los Tribunales de 1870, se aprobó el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción ordinaria, de 26 de septiembre de 1835. En este Real Decreto ya se recogía cuál era la obligación de los magistrados y jueces instituidos por el gobierno, además de las prohibiciones que con posterioridad han caracterizado a estos funcionarios públicos. En particular, el art. 1 disponía lo que a continuación se transcribe:

«La pronta y cabal administración de justicia es el particular instituto y la primera obligación de los magistrados y jueces establecidos por el Gobierno para ello; los cuales por tanto no podrán tener ningún otro empleo común ni cargo público que les impida o dificulte desempeñar bien las funciones judiciales».

El Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 ha sido considerado la primera norma importante que supuso la superación de la

organización y el funcionamiento del Antiguo Régimen instaurando los principios liberales sobre todo en el proceso penal (Rodríguez Ramos, L., 2020: 1-21). En dicho Reglamento se regulaban las facultades y atribuciones del Supremo Tribunal de España e Indias, entre ellas destacaba la remisión que hacía el alto tribunal (con su dictamen) a S. M. de las consultas recibidas por las Audiencias sobre dudas legislativas o sobre aquellas que al propio órgano supremo le surgieran para la mejor administración de justicia (art. 90). En cuanto al procedimiento para dirigir dichas cuestiones a S.M. se dispuso que debería de acordarse sobre ello en pleno, después de oído el fiscal o fiscales, insertando el dictamen de estos, y dirigiéndolo el propio tribunal. En estas consultas también se debían introducir los votos particulares.

La Ley Orgánica de 1870 declaró explícitamente que la potestad de aplicar las leyes, en los distintos juicios, correspondía a los jueces y magistrados, y esta función quedaba definida, de conformidad con el art. 2, como aquella que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Además, se estableció que los tribunales no ejercerían ninguna otra función distinta a las designadas con anterioridad (art. 3) salvo las señaladas por la propia legislación orgánica u otras leyes.

Asimismo, la ley precisaba, en orden a las funciones propias de los tribunales de justicia, que los tribunales no se podían inmiscuir ni directa ni indirectamente en aquellos asuntos de la Administración del Estado, ni tampoco «dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes» (art. 4). En esta línea el precepto que se acaba de citar afirmaba que los jueces no podían aprobar, censurar o corregir la aplicación o interpretación de la ley realizada por el inferior jerárquico. Esta facultad únicamente se reconocía en virtud de los recursos establecidos legalmente. No obstante, lo que sí se permitía, ya que estas tareas se relacionaban con la Administración de Justicia, era que los presidentes de los Tribunales y las Salas de gobierno, a través de sus presidentes dirigieran a los Juzgados y Tribunales inferiores integrados en su territorio, las precisiones que estimaran oportunas. Realizadas estas actuaciones debían comunicarlo inmediatamente al superior jerárquico y también al Ministerio de Gracia y Justicia.

Por otro lado, el art. 6 garantizaba la regulación propia relativa a la organización de los juzgados y tribunales cuando el ejecutivo hiciera uso de la potestad reglamentaria, pues no se le permitía ni derogar ni modificar la materia mencionada. Tampoco podía el poder ejecutivo realizar cambios en las condiciones previstas para el ingreso y ascenso en la carrera judicial previstas legalmente.

En relación con la selección de los jueces, la Ley Orgánica de 1870, en su Título II, con el nombre «De las condiciones necesarias para ingresar y ascender en la carrera judicial» y su Capítulo I «De los aspirantes a la judicatura» determinaba que los aspirantes a la judicatura constituirán un cuerpo

formado por un número variable fijado por el Gobierno. Dicho cuerpo estará dividido en colegios, con un mínimo igual al de las Audiencias en la Península y en las Islas Baleares y Canarias.

Dentro del Capítulo II, del Título II denominado «De las condiciones necesarias para ingresar y ascender en la carrera judicial», el art. 109 determinaba cuáles eran las condiciones comunes a todos los cargos judiciales, siendo estas las siguientes: ser español de estado seglar, tener cumplidos los veinticinco años, no estar comprendido en ningún caso de incapacidad o incompatibilidad establecido en la propia ley orgánica y encontrarse dentro de las condiciones que para cada tipo de cargos determinara la propia ley. Por su parte el artículo siguiente, (art. 110) disponía que no podían ser nombrados jueces ni magistrados:

- «1.º Los impedidos física o intelectualmente.
- 2.º Los que estuvieren procesados por cualquier delito.
- 3.º Los que estuvieren condenados a cualquier pena correccional o aflictiva, mientras que no la hayan sufrido u obtenido de ella indulto total.
- 4.º Los que hubieren sufrido y cumplido cualquiera pena que los haga desmerecer en el concepto público.
- 5.º Los que hubieren sido absueltos de la instancia en causa criminal, mientras que por el transcurso del tiempo la absolución no se hubiere convertido en libre.
- 6.º Los quebrados no rehabilitados.
- 7.º Los concursados mientras no sean declarados inculpables.
- 8.º Los deudores a fondos públicos como segundos contribuyentes.
- 9.º Los que tuvieren vicios vergonzosos.
- 10.º Los que hubieren ejecutado actos u omisiones que, aunque no penables, los hagan desmerecer en el concepto público».

Las incompatibilidades de los jueces y magistrados con el ejercicio de otros cargos o empleos se recogían en el art. 111, disponiéndose al efecto que existía incompatibilidad con el ejercicio de cualquiera otra jurisdicción y con otros empleos o cargos dotados o retribuidos por el Estado, por las provincias o por los pueblos. Asimismo, había incompatibilidad con los cargos de diputados provinciales, de alcaldes, regidores y otros de carácter provincial o municipal. También con empleos de subalternos de Tribunales o Juzgados.

La admisión en este cuerpo requería las siguientes condiciones: ser español, haber cumplido 23 años, ser licenciado en Derecho civil por una Universidad costeada por el Estado y no estar incurso en una situación de incapacidad. Se hacían también necesarios unos certificados de aptitud y para el acceso era preciso realizar un examen que constaba de ejercicios teóricos y prácticos establecidos reglamentariamente. Se constituía una junta calificadora (sita en Madrid) teniendo en la mencionada junta una clara intervención el Gobierno. Cuando se habían realizado los certificados de aptitud, los

expedientes se remitían al Gobierno con información sobre la conducta moral, circunstancias y cualidades de los aspirantes y el Gobierno los remitía a la junta calificadora.

En cuanto a la formación de la Junta, el art. 85 de la Ley Orgánica de 1870 disponía lo siguiente:

«Para el examen de los que pretendan entrar en el cuerpo de aspirantes habré en Madrid una junta calificadora, compuesta:

Del presidente del Tribunal Supremo, que lo será también de dicha junta.

Del fiscal del Tribunal Supremo.

De dos magistrados del Tribunal Supremo o de la Audiencia de Madrid, nombrados por el Gobierno.

Del Decano del Colegio de Abogados de Madrid.

De tres letrados nombrados por el Gobierno a propuesta en terna hecha por la junta de gobierno del Colegio de Madrid entre los que paguen en el concepto de abogados una de las tres primeras cuotas del subsidio industrial.

De dos catedráticos de Derecho de la universidad Central, nombrados por el Gobierno.

De un secretario con voto, que nombrará el Gobierno a propuesta de una terna de la Junta calificadora».

Si en el cuerpo de aspirantes a la judicatura había una clara presencia gubernamental, también tenía lugar dicha circunstancia en el ingreso y ascenso en los Juzgados de Instrucción y en los Tribunales de partido, en tal sentido, el art. 123 disponía lo siguiente:

«Los Juzgados de instrucción se proveerán únicamente con aspirantes a la judicatura, confiriendo de cada cinco vacantes:

1.º Dos a los que tengan los dos primeros números en el Cuerpo de aspirantes.

2.º Dos a los que el Gobierno considere más dignos entre los aspirantes comprendidos en la tercera parte superior de la escala.

3.º Uno que el Gobierno considere más digno entre todos los que correspondan al mismo cuerpo de aspirantes, con tal que lleven en él un año por lo menos».

Por su parte también el art. 128 determinaba que de cada cinco vacantes que ocurrieran en los Tribunales de partido, dos se conferían a los que el Gobierno considerara más dignos dentro de la escala legalmente constituida, asimismo una tercera vacante también se determinaba por criterio gubernamental.

Asimismo, el art. 145 atendía a las condiciones para ser presidente de Sala del Tribunal Supremo precisando la necesidad de hallarse en alguna de las siguientes circunstancias: haber sido Ministro de Gracia y Justicia; haber

sido fiscal del Tribunal Supremo; haber sido magistrado del TS tres años por lo menos y, por último, haber sido Ministro de la Corona y ejercido los cargos de magistrado o de fiscal de Audiencia o en su caso la abogacía en Madrid durante 15 años.

Igualmente, en esta línea, en la que se destaca la presencia del poder ejecutivo en la jurisdicción, la Ley Orgánica citada (art. 146) recogía los casos en los que procedía el nombramiento del presidente del Tribunal Supremo, requiriéndose haber sido presidente del Consejo de Ministros o Ministro de Gracia y Justicia, si se hubiera antes sido magistrado del TS, magistrado o fiscal de la audiencia o se hubiera ejercido la abogacía durante diez años por lo menos; de igual modo y en este caso aparece relacionado con el poder legislativo, haber sido presidente del Senado o del Congreso de los Diputados cuando se cumplieran las circunstancias antes citadas e incluso también podrá serlo quien hubiere sido presidente del Consejo de Estado o de la Sección de Estado y Gracia y Justicia dándose las circunstancias anteriores.

Sin embargo, hay que precisar que también la citada ley orgánica al recoger numerosas normas de derecho procesal penal reguló las atribuciones del jurado y el juicio ante este tribunal. El procedimiento se desarrollaría en la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (Gómez Orbaneja, E., 1951: 200-355). Dicha ley dispuso en su art. 276 lo que a continuación se expresa:

«Corresponderá a las Salas de lo Criminal de las Audiencias:

1.º Decidir las competencias en materia criminal que se susciten entre los Tribunales de partido, cuando los contendientes correspondan a su distrito.

2.º Conocer con intervención del Jurado:

De las causas por delitos a que las leyes señalaren penas superiores a la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, según la escala general.

De las causas, cualquiera que sea la penalidad que las leyes impongan, por delitos:

De lesa majestad.

De rebelión.,

De sedición.»

La LECRIM de 1872, siguiendo los pasos del *Code d'instruction criminelle* francés, reguló el juicio ante el Jurado (Gómez Orbaneja, E., 1951: 200-355) no así la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que reguló la institución en una ley complementaria, esto es, en la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888. La Ley provisional de 1872 fue la que determinó las circunstancias necesarias para ser jurado, en particular, los requisitos se establecieron en el art. 664, precisándose las siguientes condiciones: ser español; mayor de treinta años; estar en el pleno goce de los derechos políticos y civiles, saber leer y escribir; tener la cualidad de vecino en el término municipal

respectivo y hallarse incluido como cabeza de familia en casa abierta, en las listas que se formaban en cada uno de los términos municipales.

La justicia popular que recogía la LECRIM de 1872 atribuía al Jurado la facultad de declarar la culpabilidad o inculpabilidad del procesado respecto de los hechos delictivos dispuestos por la acusación y la defensa, asimismo permitía que el Jurado pudiera declarar la culpabilidad por un delito más grave que el que hubiese sido objeto de la acusación. Estas eran las facultades del Jurado, mientras que, a los magistrados, como jueces profesionales, se les atribuía la capacidad de imponer las penas por los delitos cometidos, así como determinar la responsabilidad civil.

Sin embargo, hay que precisar que, tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 como la Ley de Enjuiciamiento provisional de 1872 estaban previstas para unos tribunales que no llegaron a constituirse (Gómez Orbaneja, E., 1951: 200-355). La promulgación de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal tuvo lugar por Real Decreto de 22 de diciembre y se ordenó su entrada en vigor desde el 15 de enero, no obstante, se estableció que mientras no entrara en funcionamiento la organización relacionada con los juzgados de instrucción y los tribunales de partido, las competencias recogidas en la nueva ley estarían atribuidas a los Juzgados de primera instancia y a las Audiencias. Cabe señalar al respecto que los tribunales de partido nunca se constituyeron y que la propuesta fue crearlos cuando se mandó a la Comisión General de Codificación la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en vigor, o al menos crear las Audiencias que fueran necesarias, siendo esto lo que se hizo en la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial.

Por otra parte, es importante tener presente que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 quedó parcialmente en suspenso por Decreto de 3 de enero de 1875 y la parte que quedó vigente se refundió en la compilación de 16 de octubre de 1879, aunque debido a los errores e imperfecciones habidas fue fuertemente censurada, lo que dio lugar al Decreto de 6 de mayo de 1880 (Prieto Castro y Ferrándiz, L., 1987: 105-235).

A pesar de que la justicia popular se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico decimonónico, esta institución sufrió los altibajos propios de la etapa histórica referida y así por Decreto de 3 de enero de 1875 el Jurado fue suspendido. Tuvo lugar una etapa de desconcierto en la que no se sabía con exactitud, en el proceso penal, que normas estaban en vigor y cuáles habían sido derogadas. Ante esta situación, el Gobierno encargó a la Comisión General de Codificación la realización de una Compilación General que ordenara la materia procesal. Una vez efectuada la compilación pasaron a este nuevo texto legal las disposiciones sobre competencia procesal penal, recursos y recusaciones que se recogían en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y a su vez la Compilación General supuso la supresión del Jurado (Gómez Orbaneja, E., 1951: 200-355).

Con posterioridad, como se ha señalado anteriormente, el Jurado se reguló en la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, pero tras la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, esta institución se suprime del código procesal penal y posteriormente, mediante ley complementaria, la institución del Jurado se regula por la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 ha sido un texto procesal elogiado por sus principios inspiradores, no obstante, ha sido censurada por su técnica legislativa así por cómo está ordenada, incluso por el lenguaje utilizado (Prieto Castro y Ferrándiz, L., 1987: 105-235).

La Ley del Jurado de 1888 fue objeto de varias modificaciones a través de los Decretos de 22 de septiembre de 1931 y de 27 de julio de 1933, siendo después suspendida por Decreto de 8 de septiembre de 1936 (Gómez Orbaneja, E., 1951: 200-355). Esta ley formó parte de las fuentes legales del Derecho procesal penal, siendo una ley importante, pero de cuidadoso manejo, tras su suspensión se anunció su vuelta en la actual Ley Orgánica del Poder Judicial (Prieto Castro y Ferrándiz, L., 1987: 105-235).

En cuanto al Jurado, tal y como se reguló la participación popular en la jurisdicción, la Ley de 20 de abril de 1888 reguló tanto la competencia como el procedimiento. Su composición se establecía del siguiente modo: doce jurados y tres magistrados o jueces de derecho. Junto a estos debían asistir a las audiencias dos jurados más en calidad de suplentes para los casos de enfermedad u otra imposibilidad análoga de alguno de los jurados (art. 1). De acuerdo con la configuración que se asignaba al tribunal del jurado, este era el órgano competente para declarar la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados en relación con los hechos delictivos atribuidos por la acusación.

Con respecto a la calificación fáctica eran los magistrados quienes debían efectuarla, imponiendo en su caso las penas establecidas con arreglo a la ley, así como la responsabilidad civil que correspondiera. Los delitos competencia del Tribunal del Jurado se establecían de forma extensa. Estas competencias ya no se recogían de forma limitada como sucedió en la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, sino que abarcaban desde los delitos de traición, delitos contra los órganos del Estado, los cometidos por particulares y por funcionarios contra el ejercicio de derechos individuales garantizados por la Constitución, delitos de rebelión, de sedición, de falsificación, incluso delitos contra la vida como el parricidio, el asesinato, el homicidio, el infanticidio o el aborto, entre otros muchos que se recogían en el art. 4 de la ley comentada.

Asimismo, la competencia del Jurado no solo alcanzaba a los delitos consumados, sino también a los delitos en grado de frustración y de tentativa, incluida también la proposición y la conspiración, así como la complicidad y el encubrimiento. Acerca de los requisitos para ser jurado se requería ser mayor de treinta años, saber leer y escribir, ser cabeza de familia y vecino del término municipal

respectivo (con ciertas condiciones) y se añadían los que tuvieran algún título académico o profesional, incluso algún cargo público, aun no siendo cabeza de familia y los que fueren o hubiesen sido: concejales, diputados provinciales, diputados a Cortes o senadores y retirados del ejército o de la Armada.

De igual modo se dispusieron unas causas que supusieron un impedimento en la capacidad para ser jurado y por otra parte se establecieron una serie de incompatibilidades, entre las que cabe destacar: el ejercicio de la carrera judicial o fiscal, ser Ministro de la Corona, Subsecretario y Director de Ministerio, Gobernadores de provincia, delegados de Hacienda, y Secretarios de Gobierno de provincia. Igualmente había incompatibilidad en los auxiliares, subalternos de los tribunales y Juzgados y en los empleados y agentes del orden público o la policía. Además, se incluía una serie de excusas entre las cuales cabe destacar la de los senadores y diputados de cortes durante su apertura. A su vez la Ley del Jurado también regulaba las actuaciones preparatorias para la constitución de este órgano, el juicio y los recursos procedentes entre otros actos propios del proceso

V. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA LEY PROVISIONAL DE 1870

Por otro lado, y dejando aparte lo relacionado con la jurisdicción y la justicia popular, el Título XVIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, también reguló lo relativo a la Administración de Justicia. Concretamente, el título citado llevaba por nombre «De la inspección y vigilancia sobre la Administración de Justicia». En esta parte de la ley el art. 709 dispuso quien ejercía las funciones de inspección y vigilancia sobre el cumplimiento de los deberes de los jueces y tribunales, siendo realizadas por los presidentes de los tribunales, por las Salas de gobierno de las Audiencias y del Tribunal Supremo, por las Salas de Justicia de las Audiencias y del Tribunal Supremo y por los Tribunales de partido.

El presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias debían ejercer las labores mencionadas según lo recogido en los arts. 584, 585 y 586 de la Ley Orgánica y los presidentes de los tribunales de partido conforme al art. 594 de la ley comentada. Es importante tener presente que el art. 584 de la Ley Orgánica de 1870 asignaba a los presidentes de las Audiencias y del Tribunal Supremo una serie de atribuciones y obligaciones que se expresaban del siguiente modo: el cumplimiento de la Ley Orgánica y las leyes referidas a los cargos judiciales; hacer guardar el orden debido en los tribunales; exposición al Gobierno de lo que se considerara necesario para la más cumplida Administración de Justicia; recibir así como despachar la correspondencia oficial; cursar con su informe las solicitudes, quejas y consultas que el Tribunal y sus integrantes elevaran al Ministro de Gracia y Justicia; la

reunión y presidencia del Tribunal en pleno y de la Sala de Gobierno; recepción de excusas de asistencia de los magistrados cuando fuere necesario para completar su número; ordenación de los días para celebrar audiencia y presidencia de la Sala de Justicia;

Igualmente, se estableció la de vigilar que todos los magistrados e integrantes del órgano judicial cumplieran sus deberes; comunicar órdenes y amonestaciones; llamamiento al fiscal para hacerle las indicaciones oportunas para una mejor Administración de Justicia (también incluso pudiéndose dirigir al Gobierno); comunicar las faltas por correcciones disciplinarias a magistrados, así como los delitos que hubiesen cometido en el ejercicio de sus funciones; poner en conocimiento del Gobierno las vacantes; escuchar las quejas de los interesados en pleitos por el retraso en las causas judiciales; realizar los nombramientos que procedieran; dictado de medidas necesarias para el mantenimiento de archivos y bibliotecas de los tribunales y, por último, avisar en caso de ausencia a sus sustitutos.

A su vez, el art. 585 confería al presidente del Tribunal Supremo, además de las atribuciones antes mencionadas y otras que la propia ley determinaba, así como otras leyes, la facultad de pedir por sí directamente a los presidentes de las Audiencias (también a los Tribunales de partido y a los Juzgados municipales) los expedientes terminados o tramitados completamente en ejecución cuando interesara a la Administración de Justicia o al Estado. Tras su examen se establecía su devolución al órgano jurisdiccional de procedencia. Asimismo, se estableció la facultad de disponer visitas de inspección para examinar el estado de la administración de justicia en las audiencias, Tribunales de partido o Juzgados municipales, todo ello si existían motivos fundados para realizarlas, luego de oír a la Junta de gobierno del Tribunal Supremo.

De igual modo, se conferían las mismas atribuciones a los presidentes de las Audiencias, aunque tratándose de la primera facultad (pleitos, causas o expedientes terminados y llevados a ejecución) los referidos a los Juzgados de partido y a los municipales de su distrito, mientras que la segunda facultad, esto es, las visitas de inspección quedaban referidas a los Tribunales de partido y Juzgados municipales tras oír a la Junta de Gobierno (art. 586). Por otro lado, fue el art. 594, como antes se ha mencionado, el que dispuso las atribuciones del presidente de los Tribunales de partido.

El art. 715 determinó que tanto el presidente del Tribunal Supremo como los presidentes de las Audiencias podían ordenar las visitas de inspección, tal y como se recogía, como anteriormente se ha comentado (art. 585 y 586) y que tales visitas se harían por orden del Gobierno, de oficio, en virtud de excitación del Ministerio fiscal, de las Salas de gobierno o de las Salas de Justicia. Además, cuando el presidente del Tribunal Supremo y los presidentes de las Audiencias hicieran uso de esta atribución debían expresar en la comisión de visita los puntos a los que debía extenderse.

En esta línea y, profundizando en las visitas de inspección, la Ley Orgánica de 1870 disponía el ámbito de su realización. Así ordenaba que incluyeran el examen de «las reglas establecidas para el Gobierno de los Tribunales y para la buena Administración de Justicia, a sus Secretarías y a todas sus dependencias» (art. 725). Las visitas de inspección también englobaban, en los casos expresamente ordenados por los presidentes de las Audiencias o del Tribunal Supremo, el Registro Civil, el Registro de la Propiedad, el registro que conforme a la ley se debía llevar en los Tribunales de partido respecto a los cargos de tutores y curadores de bienes, los de Notarías y también la confrontación de la exactitud de los estados anuales de los negocios civiles y criminales que estuvieren pendientes y los que hubiesen terminado el año anterior. Los mencionados estados anuales una vez que se efectuaban se remitían a los Tribunales de partido, a la Audiencias y al Tribunal Supremo.

Después de realizada la visita de inspección, los visitantes redactaban una memoria que se trasladaba al fiscal del Tribunal que había decretado la visita. Tras el dictamen del fiscal, la junta de gobierno del Tribunal correspondiente adoptaba las medidas oportunas y, en su caso, proponía al Gobierno, lo que estimara conveniente. Finalmente, y, en relación con las visitas de inspección, también se ponía de manifiesto en la Ley Orgánica de 1870 la facultad que tenía el Gobierno cuando lo considerara necesario para nombrar comisarios regios que visitaran los tribunales y juzgados. Con este propósito se debían facilitar a los visitantes el secretario y dependientes necesarios recibiendo con este objeto la retribución fijada en los presupuestos del Estado.

VI. EL MINISTERIO FISCAL EN LA LEY PROVISIONAL DEL PODER JUDICIAL DE 1870

Las funciones del Ministerio Público quedaban claramente reflejadas en la Ley Orgánica puesto que se estableció que este órgano se ocuparía de la observancia de las leyes referidas a la organización de tribunales, a la promoción del interés público y asimismo recogía una característica esencial en la figura de este ministerio, pues se le atribuyó la representación del Gobierno en sus relaciones con el poder judicial. El Ministerio Público en la Ley Orgánica decimonónica se organizaba según su grado, de conformidad con el art. 766

«El orden jerárquico de los funcionarios del Ministerio Fiscal será:

- 1.º El fiscal del Tribunal Supremo
- 2.º Fiscales de las audiencias
- 3.º Fiscales de los Tribunales de partido
- 4.º Fiscales de los Juzgados municipales

Los tenientes y abogados fiscales serán considerados solo como auxiliares de los fiscales».

Igualmente, la Ley de Tribunales configuraba el orden de categorías del Ministerio Fiscal. De este modo, en primer lugar, situaba al Fiscal del Tribunal Supremo, seguido del Fiscal de la Audiencia de Madrid y el Teniente fiscal del Tribunal Supremo. Posteriormente estaban los fiscales de las Audiencias, los abogados fiscales del TS y el teniente fiscal de la Audiencia de Madrid. Después los fiscales de las demás Audiencias y los abogados fiscales de la Audiencia de Madrid, seguidos de los demás fiscales de las Audiencias. En las últimas categorías se situaban los fiscales de los Tribunales de partido de ascenso y los de ingreso. Finalmente, la Ley Orgánica de 1870 indicaba como sujetos sin categoría a los fiscales de los Juzgados municipales. Cada categoría enumerada con anterioridad formaba una sola clase y categoría y estas servían para los ascensos, respecto a la antigüedad esta solo era considerada en cada clase.

En relación con el cuerpo de aspirantes al Ministerio fiscal, la ley hizo extensivo lo dispuesto para los jueces en el capítulo I, del título II, aunque con las excepciones previstas legalmente. En consecuencia, se unificaba el modo de acceso en ambas carreras con las particularidades referidas a la junta calificadora en el cuerpo de aspirantes a fiscal. Estas características estaban referidas al fiscal del Tribunal Supremo que era quien la presidía, disponiéndose un régimen de sustituciones en caso de ausencia y además se fijaron otras especialidades en relación con los nombramientos.

Al establecerse la ordenación jerárquica de la fiscalía ciertamente se reconocía la dependencia de este órgano respecto del Gobierno, especialmente si se tiene presente que la fiscalía del Tribunal Supremo era nombrada directamente por aquel. También la dependencia del poder ejecutivo se ponía de manifiesto en el sistema de ascensos pues en los Tribunales de partido de cada tres vacantes, dos eran cubiertas por decisión gubernamental, de acuerdo con los criterios legalmente establecidos. De la misma manera en las Audiencias, dos de cada cuatro vacantes eran provistas por el Gobierno y tratándose de los abogados fiscales del TS y del teniente fiscal de la Audiencia de Madrid una de cada tres era proveída por el poder ejecutivo.

Son numerosas las manifestaciones de los principios y facultades que inspiraban el funcionamiento de la fiscalía y que se expresaban en diversos apartados de la ley. De este modo, el art. 838 dispuso las atribuciones de este órgano, declarando que le correspondía la vigilancia en el cumplimiento del ordenamiento jurídico en lo referido a la administración de justicia y la reclamación de su observancia; también velar por la integridad de los tribunales de justicia en cuanto a sus competencias y respecto a su defensa de posibles invasiones; de igual modo, le correspondía la representación de la administración pública, la intervención en procesos sobre el estado civil de las personas y la representación de menores y de otros sujetos que requerían de su protección.

Sin embargo, esta enumeración no concluía aquí, pues ya en la ley de 1870 las atribuciones fueron, conforme a lo dicho, muy numerosas y diversas. Así también se determinó la promoción de correcciones disciplinarias, la vigilancia en el cumplimiento de las sentencias, la realización de dictámenes, la investigación de detenciones arbitrarias, la asistencia a vistas, la comunicación de abusos e irregularidades en los tribunales de justicia, petición de auxilio a las autoridades y las demás obligaciones recogidas en las leyes.

A su vez se dispusieron ciertas atribuciones propias en materia procesal penal debido a que le correspondía el planteamiento de causas criminales por la perpetración de delitos y faltas que le fueran conocidas y no hubiera iniciación de oficio. En esta línea, cabe recordar que la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 hacía alusión a la responsabilidad penal y a la civil, esta última por medio de la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios, disponiéndose que los funcionarios del Ministerio fiscal tenían la obligación de ejercitar todas las acciones penales, hubiera o no acusador particular en las causas salvo en aquellas perseguibles a instancia de parte. Igualmente, la fiscalía para el ejercicio de las acciones penales precisaba de la querrela en todos aquellos procesos en los que estaba obligado a ejercitar la acción pública ante el juzgado de instrucción competente.

De todas las atribuciones dispuestas legalmente hay una de ellas que evidencia la relación entre las facultades de la fiscalía y los principios que, de conformidad con la ley, informaban su actuación, dicha atribución estaba referida a la de dictar instrucciones generales o especiales a sus subordinados para el cumplimiento de los deberes de este funcionariado y para conseguir la unidad de acción. Los principios eran precisamente el de unidad y el de dependencia. Para su consecución se constituyó al fiscal del TS como jefe del Ministerio fiscal de toda la monarquía bajo la inmediata dependencia del Ministerio de Gracia y Justicia.

Simultáneamente, se resolvió que los fiscales de las Audiencias fueran los jefes de sus respectivos distritos y los de los tribunales de partido los jefes de los que ejercían sus funciones en los juzgados municipales. En virtud de esta relación de subordinación, entre los distintos funcionarios que integraban la fiscalía, se dispuso que cada fiscal comunicara la comisión de los delitos y faltas de que tuviera conocimiento a su inmediato superior jerárquico, ya hubiesen sido promovidos a instancia del agraviado, de oficio por el juzgado o por su requerimiento. Dicha noticia debía tener lugar en el tiempo establecido y se debía acomodar a las instrucciones dadas por el superior jerárquico. Además, se dispuso la consulta al superior cuando fuera necesario o conveniente.

Esta relación de dependencia jerárquica entre superiores y subordinados quedaba legalmente reconocida en la Ley Orgánica; sin embargo, a la vez, se

disponía la facultad que ostentaba el fiscal de realizar las observaciones oportunas a su superior jerárquico respecto de las órdenes e instrucciones que hubiese recibido y que considerara contrarias a las leyes. No obstante, a pesar de que esta facultad estaba reconocida, el fiscal proponente no podía separarse de las órdenes e instrucciones del superior jerárquico si no existía orden en tal sentido dictada por el superior. Asimismo, se permitía que el inferior pudiera interponer los recursos procedentes si no existía instrucción en contrario.

Para llevar a cabo las actividades antes mencionadas, una vez que el inferior comunicaba sus consideraciones al superior, este dejaba sin efecto las órdenes e instrucciones que hubiese realizado. Aunque podía ocurrir que estas procediesen de otro superior, debido a la organización jerarquizada del Ministerio fiscal, en dicho supuesto se debían poner en su conocimiento dichas observaciones para su resolución. Asimismo, debido a la dependencia del Gobierno, si las órdenes o instrucciones procedían de este órgano las consideraciones se le debían comunicar para que este decidiera lo pertinente. Evidentemente, era factible que el superior jerárquico no encontrara legales o procedentes las observaciones hechas por el inferior, en cuyo caso dictaba las instrucciones convenientes, incluso si se daba esta circunstancia el superior podía nombrar a otro subordinado en sustitución del primero.

Una vez expuesta la organización y los principios inspiradores del Ministerio fiscal en la Ley de Tribunales, hay que tener en consideración que la propia Constitución de 1869 no aludió a esta figura y que, salvo el Estatuto de Bayona de 1808, el primer texto constitucional que se refirió al Ministerio Público fue el de 1931, en el que se afirmaba que se constituía en un solo cuerpo y que tendría las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia. Si se analiza la legislación previa a la Ley Orgánica de 1870 se comprueba la existencia de diversos textos legales que recogen esta figura. De este modo, se puede poner de relieve, el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 que recoge la organización de este ministerio. Sin duda partía de una estructura jerarquizada, encontrándose primero los fiscales del Tribunal Supremo, en segundo lugar, los de las Audiencias y en último lugar los promotores fiscales. Además, en el propio Reglamento se recogen las labores de inspección superior y las órdenes sobre los inferiores (Martín Ostos, J., 2020: 25-121).

Posteriormente el Real Decreto de 26 de abril de 1844 hace hincapié en la unidad de la fiscalía y en relación con su organización se dispone la presencia de un solo fiscal en el Tribunal Supremo de Justicia, otro en cada una de las Audiencias y se incrementa el número de agentes fiscales (Martín Ostos, J., 2020: 25-121).

Existe una línea continuista entre la Ley Orgánica de 1870 y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1926, esta línea se pone de manifiesto en

los principios de unidad y dependencia que informaban la actuación del ministerio público y también en las atribuciones de este cuerpo de funcionarios. Respecto a estas últimas se evidencia un aumento de sus facultades, de forma que históricamente se puede afirmar que la fiscalía ha ido progresivamente incrementando su presencia en los asuntos públicos.

Entrando en el análisis del Estatuto, la ley que reguló la actuación de la fiscalía dispuso la carrera separada de los jueces y fiscales y se estableció la misión de este funcionariado estableciendo que le correspondía velar por las leyes y demás disposiciones referentes a la organización de los tribunales; asimismo se constituía como promotor de la justicia en relación con el interés público y además le correspondía ser el representante del gobierno en sus relaciones con el poder judicial.

De igual modo se reconocieron sus atribuciones, disponiéndose al respecto lo siguiente: la vigilancia del ordenamiento jurídico referido a la Administración de Justicia y la reclamación de su observancia; sostener la integridad de la competencia de los tribunales de justicia, representación del Estado y administración (siempre que esta no esté atribuida a los Abogados del Estado u otros funcionarios), intervención en pleitos sobre el estado civil de las personas, títulos nobiliarios, suspensión de pagos de los comerciantes y a los que afecta el interés social por disposición legal o por decisión del Gobierno. De igual modo, se le atribuyó la representación de menores y de otros sujetos necesitados de protección.

En lo penal, se le asignó la promoción de las causas y de los procedimientos para la depuración de los hechos delictivos perseguibles de oficio, el procesamiento y el castigo de los responsables y la absolución de los hubieran sido acusados injustificadamente por otros. También se le atribuyó la acción pública salvo en causas que solo pudieran ser promovidas a instancia de parte y la investigación de las detenciones arbitrarias y la promoción de su castigo.

Continuando con sus atribuciones también se dispuso su intervención en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en la forma prevista legalmente. Además, la asistencia a las vistas civiles, contenciosas-administrativas y a las criminales, en este último caso siempre que se pueda ejercitar la acción pública. Asimismo, se constituyó como promotor de correcciones disciplinarias de funcionarios relacionados con la Administración Pública y a su vez se le atribuyó el cuidado en el cumplimiento de las sentencias civiles, contencioso-administrativas y criminales, así como de los acuerdos gubernativos de jueces y tribunales. Del mismo modo y, como ya se dispuso, en la Ley Orgánica de 1870 la fiscalía se estableció como órgano dictaminador, así como órgano de vigilancia sobre la Administración de Justicia y de auxilio de las autoridades para el desempeño de su ministerio. Finalmente se dispuso la dación de órdenes e instrucciones a la policía judicial y las demás atribuciones establecidas por las leyes o por el Gobierno sin vulnerar la legalidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- DELGADO BARRIO, J., *Del modo de arreglar la justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- GIMENO SENDRA, J. V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, A Coruña, 2007.
- GÓMEZ DE LA SERNA, R., *Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885*, 1886.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, Gráfica Administrativa, Madrid, 1951.
- LYNCH, J., *Historia de España*, Edición Centro Editor PDA SL., Madrid, 2007.
- MARTÍN OSTOS, J., *Hacia un nuevo fiscal en la justicia penal*, Editorial Astigi, Sevilla, 2020.
- MERINO MERCHÁN, J. F., *Regímenes históricos españoles*. Editorial Dilex, Madrid, 2008.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix*, Barrillot & Fill, Genève, 1748.
- MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MORENO PASTOR, L., *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812-1838*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1989.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016.
- PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J. M., *Lecciones de Historia del Derecho Español*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil, Proceso Declarativo y Proceso de Ejecución*, Aranzadi, Madrid, 1985.
- *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
- RODRÍGUEZ PADRÓN, C., «Referencias históricas sobre la carrera judicial», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 15, 2002, pp. 9-42.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «En 1870: la primera revolución de la justicia penal. Urgencia de la segunda tras ciento cincuenta años», *Diario La Ley, Sección doctrina*, n.º 9571, 2020, pp. 1-21.
- ROSADO VILLAVARDE, C., *Constituciones y Jurisdicciones Especiales*, Colex, A Coruña, 2022.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2010.

A VUELTAS CON LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y EL ÓRGANO DE GOBIERNO DE LOS JUECES: EL GENUINO CASO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA FRANCÉS¹

*On judicial independence and the governing body of judges:
the genuine case of the High Council for the French
Judiciary*

Cecilia Rosado-Villaverde

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional

Universidad Rey Juan Carlos, España

<https://orcid.org/0000-0003-2458-4576>

<https://doi.org/10.18543/ed.3103>

Fecha de recepción: 07.05.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

El objetivo de este trabajo consiste en demostrar si la configuración del Consejo Superior de la Magistratura francés ha logrado sobreponerse a los problemas inherentes que arrastra el poder judicial en Francia desde el inicio del Estado constitucional de Derecho. Así, se pretende determinar si esta institución sustenta la naturaleza jurídica que poseen los órganos de gobierno de los jueces. El fin es identificar si este Consejo asegura y salvaguarda la independencia judicial. En tal sentido, es necesario realizar un análisis contextualizado de esta institución y de las múltiples reformas constitucionales y legales a las que se ha visto sometida a lo largo de los sesenta y

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto titulado «Unidad e independencia del poder judicial en el constitucionalismo actual». Entidad financiadora: Asociación Científica EU Acquis. Código: 2022/00349/001.

cinco años de vida de la V República. Finalmente, las conclusiones de este artículo se centran en determinar si los cambios normativos del Consejo han supuesto una transformación relevante de su naturaleza jurídica.

Palabras clave

Independencia judicial; control ejecutivo; corporativismo; órgano de gobierno de los jueces.

Abstract

The aim of this paper is to demonstrate whether the configuration of the High Council for the French Judiciary has managed to overcome the inherent problems that the judicial power in France has suffered since the beginning of the constitutional rule of law. Thus, the aim is to determine if this institution supports the legal nature of the governing bodies of judges. The purpose is to identify if this Council ensures and safeguards judicial independence. In this sense, it is necessary to carry out a contextualized analysis of this institution and the multiple constitutional and legal reforms to which it has been subjected throughout the sixty-five years of the Fifth Republic. Finally, the conclusions of this study focus on determining whether the High Council's regulatory changes have led to a relevant transformation of its legal nature.

Keywords

Judicial independence; executive control; corporatism; governing bodies of judges.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CAMBIO DE MODELO DE GOBIERNO JUDICIAL EN FRANCIA: EL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA. III. EL TERCER Y CUARTO «NACIMIENTO» DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA: LA V REPÚBLICA. 1. El papel preponderante del poder ejecutivo en el Consejo. 2. Un Consejo doble: la reforma constitucional de 1993. 3. La profunda transformación del Consejo Superior de la Magistratura: su apertura ciudadana. IV. A MODO DE EPÍLOGO: ¿HACIA UNA NUEVA NATURALEZA JURÍDICA DEL CSM? V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La independencia judicial y el órgano de gobierno de los jueces son temas recurrentes tanto en la doctrina como en el contexto político. En los últimos años, este asunto ha sido un problema complejo que está en el centro de la actualidad en España, con posiciones muy enfrentadas y sin visos de llegar a una solución temprana. Ante esta coyuntura, es imprescindible detenerse en la concepción de los órganos de gobierno judicial. En este sentido, observar cómo se han ideado otros Consejos de nuestro entorno puede ayudarnos a ampliar nuestra perspectiva más allá de nuestras experiencias, normas jurídicas y conflictos internos. Por lo tanto, en este trabajo, nos centraremos en el Consejo Superior de la Magistratura francés (CSM), una autoridad de gobierno de los jueces que se distingue por su diseño especial y singularidad en Europa. Aunque pueda parecer que no merece la pena estudiarlo debido a sus diferencias con el Consejo General del Poder Judicial español (CGPJ), es importante considerar que algunos de los problemas que enfrenta el CSM podrían ser compartidos con el CGPJ, como la politización de sus miembros. Así, al analizar el CSM, podemos obtener ideas valiosas para nuestro propio modelo judicial.

Este artículo de investigación no intenta realizar una comparación entre el CGPJ y el CSM. En cambio, se centra exclusivamente en el órgano de gobierno judicial francés. Seguramente se pueden extraer comparaciones y conclusiones de su lectura, si bien estas páginas han optado por efectuar un examen pormenorizado del CSM. La información actualizada sobre este órgano en castellano a menudo contiene imprecisiones debido a las numerosas reformas constitucionales y legales que ha experimentado, siendo la última de ellas en noviembre de 2023. Estas modificaciones han tenido un impacto significativo, alterando la composición, las funciones y la rutina del CSM. En 2008, tras una reforma constitucional, la doctrina francesa publicó numerosos trabajos que trataban sobre la revolución que esta modificación había producido en el poder judicial. Incluso si el interés en el país galo ha disminuido desde entonces, los cambios legales y la preocupación general

por la deriva de la independencia judicial en Europa hacen que sea relevante una nueva reflexión sobre este singular órgano.

Por tanto, en las próximas páginas se realizará un análisis contextualizado en el que revisaremos los puntos más destacados de las reformas normativas del CSM y exploraremos las razones detrás de estas reformas. El objetivo es evaluar qué impulsó estos cambios y cómo las revisiones constitucionales y legales han ido transformando al CSM. Nos centraremos en comprender si el Consejo Superior de la Magistratura garantiza y asegura la independencia judicial, tal como deberían hacerlo los órganos de gobierno de los jueces. A tal efecto, se mencionarán tanto los logros como los problemas que aún afectan a esta institución. La V República ha sufrido numerosas mutaciones desde su fundación en 1958, cuando el Presidente de la República tenía omnipresencia en el modelo constitucional. Sin embargo, en la actualidad, nos encontramos un sistema semipresidencial más racionalizado. Los cambios en el CSM forman parte de esas mutaciones y han contribuido a la pérdida de preeminencia del Presidente de la República en la judicatura, algo crucial para preservar la independencia judicial. Para abordar esta tesis, comenzaremos examinando la concepción del poder judicial en los inicios del Estado constitucional francés, especialmente durante la primera constitucionalización del CSM en 1946. Luego, nos adentraremos en el papel preponderante del poder ejecutivo en el CSM bajo la Constitución de 1958, durante la V República. Posteriormente, exploraremos cómo las revisiones constitucionales de 1993 y 2008, junto con las reformas legales, han influido en una evolución distinta de la prevista para esta institución de gobierno de los jueces. En última instancia, a modo de epílogo, nos cuestionaremos si estos cambios han incidido en la naturaleza jurídica del CSM y, en caso afirmativo, cómo lo han hecho y cuáles han sido sus consecuencias. En resumen, este trabajo se sumergirá profundamente en el Consejo Superior de la Magistratura francés.

II. EL CAMBIO DE MODELO DE GOBIERNO JUDICIAL EN FRANCIA: EL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA

La separación de poderes como principio vertebrador del estado de derecho se aprecia desde la Revolución francesa, que buscaba formar una organización política antagónica a la monarquía absoluta. La evolución de esta teoría ha supuesto que el poder judicial se configure como el moderador de los poderes políticos. Por eso, la finalidad del tercer poder del estado no se centra sólo en dirimir los conflictos que se planteen en la comunidad sino también, y de forma esencial, en conseguir que las instituciones políticas cumplan con el derecho positivo. Para alcanzar este objetivo, la magistratura aplica e interpreta las normas del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al principio de legalidad.

La labor de interpretación es esencial para hacer cumplir el Derecho y para conformar la concepción del estado de derecho, así lo entendieron los liberales estadounidenses en 1787. En cambio, la formulación de este poder por parte de los liberales franceses no partió del mismo lugar que en Estados Unidos, la carga histórica jugó un papel determinante en el pensamiento de los revolucionarios del país galo. Hoy, cuando los estudiantes del Grado en Derecho inician su periplo académico y acuden a las clases de Derecho Constitucional aprenden rápidamente que la separación de poderes se recoge magistralmente por Montesquieu en su obra *De l'esprit des lois* que divide el poder en tres, siendo el judicial el responsable de aplicar e interpretar las normas jurídicas (Montesquieu, 1748). Seguramente, en muchas de esas aulas universitarias también se explica que esta definición contemporánea y la visión actual de los jueces y de sus funciones dista mucho de la opinión que los ilustrados y revolucionarios franceses del siglo XVIII tenían de la magistratura (Carré de Malberg, R., 2001: 741-793; Eisenmann, C., 1952: 133-140; García Roca, J., 2000: 41-75; Gordillo Pérez, L. I., 2023: 27-52).

Antes de la Revolución francesa, el monarca absoluto encarnaba a la justicia y los puestos judiciales se podían heredar y vender. La corrupción de los jueces y magistrados y el nulo control disciplinario sobre aquellos que utilizaban su cargo para beneficio propio o para interpretar el Derecho conforme a sus intereses, o a otros intereses distintos al de los justiciables, recorrían el país. Muestra de ello es que en 1614, en los «cuadernos de quejas» (*Cahier de doléances*) que se elevaban a los Estados Generales, se reclamó la intervención del rey para sancionar los abusos de la magistratura. Por tanto, la Revolución francesa quiso revertir esta condición aplicando algunos correctivos. En primer lugar, y así lo expuso Montesquieu, se relegó a los jueces a la mera aplicación de las leyes. Este no era el poder competente para interpretar las leyes, función que se reservó a la Asamblea Nacional. En segundo lugar, ante la desconfianza de los titulares del poder judicial, los revolucionarios idearon una nueva estructura judicial que afectó al nombramiento de los jueces. La Ley de 16 de agosto de 1790, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente y sancionada el 24 de agosto, simplificó la organización de la magistratura que empezó a depender de los jueces de paz y fundó la dualidad de los órdenes jurisdiccionales. Esta ley determinó que los jueces fueran elegidos por votación de la ciudadanía, sistema que quedó incorporado en el artículo 2 del capítulo V del Título III de la Constitución de 3 de septiembre de 1791. En tercer lugar, esa misma desconfianza promovió desde la Primera República que el poder ejecutivo realizara numerosas depuraciones entre los magistrados, las cuales se repitieron en regímenes políticos posteriores (VV. AA., 2000: 130-161; Sánchez Castañeda, A., 2001: 286; Lafon, J., 2001: 338-396).

Estos ajustes estaban basados en el recelo hacia los jueces que se propagó a lo largo de los siguientes siglos. El artículo tercero del Capítulo V de la

primera Constitución francesa plasmaba fehacientemente esa cautela hacia el poder judicial al manifestar que «Los tribunales no pueden intervenir en el ejercicio del Poder Legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni realizar funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones» (Rials, S., 2010: 13)². Se podría decir que este era el único precepto que recogía una parte del contenido del principio de independencia judicial ya que dejaba claro que este poder estaba separado del legislativo y del ejecutivo, pero desde una visión en la cual era el judicial el que no debía inmiscuirse en las funciones de los otros dos poderes. De esta manera, al no establecerse el contenido completo de este principio, podemos asegurar que en la Constitución revolucionaria de 1791 no se consagraba la independencia judicial. La sospecha sobre la magistratura era más que evidente y esto implicó una concepción distorsionada de la independencia judicial: era una advertencia hacia el juez para no intervenir en el ejecutivo o en el legislativo, pero no suponía una garantía ni una protección de la injerencia de los otros poderes hacia su persona ni hacia el desarrollo de sus funciones. Esta arquitectura constitucional, jurídica y doctrinal ha estado presente en la judicatura francesa hasta la V República y se ha expresado a través de la intromisión del poder ejecutivo en el poder judicial –aspecto que se ha vivido asimismo en otros países europeos–³ (Chauvaud, F., 2002: 1-14; Royer, J-P., Derasse, N., Allinne, J-P., Durand, B., Jean, J-P., 2016: 487-532).

La desconfianza no era infundada, tenía sus raíces en la actuación judicial previa la Revolución francesa. Por un lado, se acreditó su afección a la monarquía absoluta y, por otro, se observó que el sistema judicial funcionaba como un cuerpo clientelar cerrado donde prevalecía el corporativismo. Esta situación persistió tras la Revolución, lo que demuestra que los mecanismos de control ejercidos por los otros dos poderes y la merma del principio de independencia judicial no consiguieron resolver este problema. El Estado constitucional francés sigue enfrentando la desconfianza hacia la magistratura, señalada tanto por

² Traducción propia.

³ Esta coyuntura se vivió en España donde el poder judicial no gozó de auténtica independencia judicial hasta la Constitución de 1978. A diferencia que en Francia, las Constituciones españolas sí recogieron el principio de independencia, en especial la Constitución de Cádiz, la Constitución de 1869 o la de 1931. Ahora bien, era un mero reconocimiento formal ya que tanto las leyes de desarrollo como la práctica diaria demostraron que el poder ejecutivo mantenía un fuerte control sobre el judicial. De hecho, se puede observar en los debates constituyentes de todas las Constituciones españolas la reticencia a hablar de independencia de los jueces, siendo la autonomía lo máximo que se defendía y concluyendo que el tercer poder del estado debía ser una sección más de la Administración. No olvidamos que algunos políticos españoles sí defendieron la independencia judicial, pero no fue la tendencia general durante el siglo XIX y del siglo XX, hasta 1978 (Rosado Villaverde, C., 2022: 63-67; 163-167; Aparicio, M. A., 1995: 20-27).

la doctrina como por los representantes políticos. Sirvan como ejemplo las palabras del relator general de la Asamblea Constituyente de 1946, Paul Coste-Floret, que declaró que con la Constitución de la IV República se estaba buscando terminar con los magistrados que dependían únicamente de su «jefe superior» en la Corte⁴. Estas palabras revelan otro rasgo de la justicia en Francia: su fuerte jerarquización. Ésta ha contribuido a mantener vivo el corporativismo y ha sido un obstáculo para la independencia, ya que esta última también se predica frente a los órganos jurisdiccionales superiores. Dicha jerarquización proviene de la época de Napoleón que aplicó los criterios militares a la magistratura. El descreimiento basado en este rasgo ha propiciado la injerencia ejecutiva en el tercer poder del estado, convirtiendo el contexto judicial en un ciclo sin avance que dificulta la independencia de este poder. Por eso, no es de extrañar que el mismo relator general de la Asamblea Constituyente de 1946 dijera públicamente que «para nosotros, la mejor manera de asegurar la verdadera independencia de la justicia es a través de los elegidos como representantes del pueblo» (Gimeno Sendra, J. V., 2024: 41-47; Martinel, A., Natali, F., 2014: 33-35; Soula, M., 2013: 171-187; Errera, R., 2009: 12-18; Bancaud, A., 2002: 63-82; Guichard, F., 1990: 88).

Aunque el control del ejecutivo y el corporativismo judicial han sido la tónica hasta la V República, la proclamación de la IV República, tras la II Guerra Mundial, entrañó un cambio sustancial en el modelo judicial que merece una especial atención. Este cambio no fue todo lo transformador que se esperaba, pero construyó los cimientos del futuro del poder judicial francés. La Constitución de 4 de octubre de 1946 venía precedida de un intenso debate sobre la democratización de la justicia y la necesidad de llevar a cabo una profunda reforma del tercer poder del estado⁵. Con la Norma Fundamental de 1946 se esperaba una auténtica reorganización judicial que corrigiera los problemas intrínsecos de la judicatura y que alejara a la justicia de su reciente actividad poco gloriosa marcada por su adhesión al régimen de Vichy⁶. En esta línea se constitucionalizó el CSM que daba

⁴ No querían un poder judicial al servicio del poder ejecutivo, pero tampoco un poder judicial encerrado en sí mismo y convertido en una corporación que no velaba por la ciudadanía (Bancaud, A., 2002: 63-82).

⁵ El cual estaba dominado por el poder ejecutivo y la jerarquía judicial, elementos que se habían instituido por el Consulado y por Napoleón Bonaparte, que habían sido remodificados en la III República y que se habían agravado durante el régimen de Vichy (Bancaud, A., 2002: 63-82).

⁶ Afirma François Guichard que «no existió ni un solo magistrado que rechazara en 1941 el alineamiento con el régimen colaborador de Vichy. Todos los demás juraron fidelidad a la persona del jefe del Estado, el mariscal Petain. Al dar su visto bueno a las perversas leyes sobre el estatuto de los judíos, o los tribunales de excepción encargados de

nombre al Título IX, encargado del poder judicial. Esta institución se fundó por primera vez en la Ley de 30 de agosto de 1883, sobre la reforma de la organización judicial. Este Consejo implantado legalmente en la III República tenía una formación y unas funciones muy distintas a la de los órganos que se inscribían y se inscriben dentro del modelo institucional de gobierno de los jueces⁷. Por esta razón, la doctrina francesa sostiene que hasta la constitucionalización del CSM, durante la IV República, no nos encontramos ante un auténtico órgano de gobierno de los jueces (Bancaud, A., 2006: 373-374; Masson G., 1977: 228-235; Bloch, E., 1983: 179-205; Imbert-Quaretta, M., 2017: 31⁸).

A pesar de la gran innovación que representaba la creación del CSM, la ansiada reforma judicial no fue más allá. En la Constitución se consignó quién se encargaba de los nombramientos de los jueces –el Presidente de la República–, se mencionaba que era el CSM el que ejercería la potestad disciplinaria y se proclamaba la inamovilidad de los jueces. Se instauraron los principios de independencia o unidad jurisdiccional de manera escueta y ambigua y se mencionó el posterior desarrollo constitucional a través de una ley orgánica que nunca llegó a aprobarse. Básicamente, se hicieron ajustes al sistema judicial que no fueron suficientes y que dejaban al tercer poder del

juzgar a la resistencia, la magistratura francesa, colocada bajo la autoridad del ministro de Justicia, también magistrado, rindió más bien servicios antes que dictar sentencias» (Guichard, F., 1990: 88).

⁷ El artículo 13 de la Ley de 30 de agosto de 1883 fijó que «La Corte de Casación constituye el Consejo superior de la magistratura. Sólo se instituye como Consejo cuando están reunidas todas sus Salas». Asimismo, el art. 14 manifestaba que «El Consejo superior de la magistratura ejercerá con respecto a los primeros presidentes, a los presidentes de Sala, a los consejeros de la Corte de Casación y de los Tribunales de Apelación, a los presidentes, los vicepresidentes, jueces suplentes de los tribunales de primera instancia y de paz todas las facultades disciplinarias [...] conforme a las disposiciones del artículo 82 del sénatus-consulte de 20 de abril de 1819 y de los artículos 4 y 5 del Decreto del primero de marzo de 11852» (traducción propia). Consultado en <www.legifrance.gouv.fr> [Última consulta: 13/03/2024].

Por lo que respecta al modelo institucional, este forma parte de lo que la doctrina ha llamado los tres modelos de gobierno judicial, en el que se identifica el modelo externo donde un órgano externo al poder judicial ejerce las competencias sobre el estatuto judicial, el modelo interno, donde son las instancias judiciales las que atienden las decisiones sobre el estatuto judicial y, finalmente, el modelo institucional, en el cual es un órgano de gobierno «situado fuera de la dependencia del poder ejecutivo» el que desarrolla «los instrumentos necesarios para resolver, de acuerdo con la Constitución y la Ley, cuanto afecta al estatuto de los jueces» (Murillo de la Cueva, P. B., 1995: 178-185; Ron Latas, R. P., Lousada Arochena, J. F., 2017: 301; Casal Oubiña, D., 2023: 34).

⁸ Alain Bancaud habla del miedo al corporativismo y al clientelismo «considerados como las tendencias inherentes a la magistratura, al menos, tan amenazadoras como el intervencionismo político» (Bancaud, A., 2006: 374-375).

estado sin la transición deseada durante el periodo de «La Liberación»⁹. Así, quedaron abiertas al debate y a la interpretación jurídica toda una serie de cuestiones primordiales que no consiguieron resolverse durante la IV República. Como bien explica Alain Bancaud, «la República restablecida creyó más en la primacía de los diputados electos y en la afirmación de los derechos sociales que en la reforma de la justicia que no se consideró una prioridad», al igual que la consecución de la independencia de los jueces y magistrados de los que todavía hoy se sigue desconfiando. La Constitución de 1946 marcó una ruptura sin «instalar» un verdadero poder judicial (Bancaud, A., 2006: 373; Masson G., 1977: 246).

El CSM de la IV República estaba compuesto por catorce miembros: seis personalidades elegidas por la Asamblea Nacional, cuatro magistrados representando cada una de las categorías de la magistratura, dos miembros elegidos por el Presidente de la República sin que pudieran pertenecer ni al parlamento ni a la justicia, el vicepresidente que era el Ministro de Justicia (*Garde des Sceaux*) y la presidencia encarnada en el Presidente de la República. Esta composición destaca por dos aspectos que se mantendrán al inicio de la V República. Por un lado, la fuerte presencia del poder ejecutivo en el órgano de gobierno de los jueces y, por otro, la entrada en la composición de miembros que pueden no formar parte del ámbito del Derecho. Estos dos elementos abordaban las problemáticas relacionadas con poder judicial en Francia: la injerencia política debido a la monopolización de la composición por parte del ejecutivo y el corporativismo que se intentaba mitigar al incluir personalidades más cercanas a la ciudadanía. Igualmente, las funciones asignadas al CSM buscaban mejorar la independencia judicial y dismantelar el sistema burocrático-jerarquizado de representación y de participación del «cuerpo judicial» en su propia gestión. Así, la función disciplinaria fue concedida al CSM y arrebatada de la competencia de la Corte de Casación, mientras que la administración de los tribunales pasó de estar en manos del ejecutivo a ser parte del ámbito del CSM (Ricard, T., 1989: 22-41; VV.AA., 2000: 332-403).

Este Consejo enfrentó muchas dificultades que podemos concentrar en tres grandes bloques. El primero de ellos hace referencia a las tensiones entre el CSM y el gobierno, en especial, con el Ministerio de Justicia. Aun cuando el Ministro era el vicepresidente de esta institución, se entendía que el CSM

⁹ «La Liberación» se refiere al período histórico que se produce entre el 19 y el 25 de agosto de 1944, que indica la entrada de los aliados en París y el fin de la ocupación nazi. A nivel político supuso el reconocimiento del Gobierno Provisional de la República como el órgano que representaba la legitimidad histórica y política del país y de la República francesa. Dicho gobierno estuvo encabezado por el general Charles de Gaulle y fue artífice de los deseos de cambio en el poder judicial (Durali, S., Dietsh, G., 2022: 139-149; Bodineau, P., Verpeaux, M., 2013: 104-106).

era un órgano externo de la cartera ministerial porque estaba presidido por el Presidente de la República y porque se apoderó de numerosas facultades que antes estaban integradas en el Ministerio y, concretamente, en la organización administrativa de éste¹⁰. En segundo lugar, el CSM tenía una vinculación compleja con la Asamblea Nacional. Por un lado, el poder legislativo se sentía indiferente ante esta institución pero, a la vez, se mostraba desconfiado con ella. Los parlamentarios ponían en duda que el Consejo no estuviera bajo su control y eso supusiera una reducción de sus medios de intervención en la justicia. No veían con buenos ojos que el CSM se sustrajera del «juego clásico» de la responsabilidad parlamentaria y que quisiera exigir que los miembros del Consejo elegidos por la Asamblea tuvieran autonomía de los grupos parlamentarios intervinientes en dicha elección. Finalmente, el órgano de gobierno de los jueces provocó un importante malestar entre sus pares. El Consejo no pudo imponerse conforme a sus competencias a causa de su descrédito frente a los jueces y magistrados. Esto se debió, entre otras cosas, a que la magistratura fue un actor olvidado en la conformación de esta institución¹¹ (Masson G., 1977: 271-310; Lochak, D., 2015: 83-113).

Los rasgos identificativos del sistema judicial francés revelan que, a lo largo de su historia constitucional, ha existido un gran recelo hacia los titulares del poder judicial. Esta tendencia ha marcado la evolución del tercer poder del Estado, que ha estado subordinado al poder ejecutivo y ha sido objeto de críticas por su corporativismo. Sin duda, el poder del estado no puede ser infinito y la magistratura ejerce un rol esencial para acotar legítimamente dicho poder. Estos dos problemas, que tratan de eludir los límites aplicados por la judicatura basados en el imperio de la ley, inciden directamente en el carácter constitucional y democrático del estado. Este contexto no es único de la historia constitucional francesa, otros países como España fueron herederos del control ejecutivo y del clientelismo. La llegada de la IV República implicó un cambio notable gracias a la constitución del Consejo Superior de la Magistratura. Con todo, esta innovación no logró transformar completamente el poder judicial, dado que no se realizó una reforma integral y la composición y las funciones del Consejo no abordaron los temas fundamentales de la justicia. La politización de esta institución, a través de su sistema de nombramiento y su

¹⁰ El Consejo Superior de la Magistratura tuvo un fiel defensor sobre su autonomía y su trabajo: el Presidente de la República Vincent Auriol (entre enero de 1947 y enero de 1954), si bien eso no impidió que siguiera siendo un órgano fuertemente dependiente de la Presidencia de la República y con claros indicios de sometimiento.

¹¹ Además, el «cuerpo judicial» no funcionaba como tal, esto es, no reaccionaba a los problemas y tensiones con el CSM de manera monolítica. Asimismo, el Consejo, ante este panorama, fue muy reticente a la hora de examinar a los jueces, a sus pares, cuando le tocaba aplicar su capacidad disciplinaria (Bancaud, A., Jean, J-P., 2000: 194-205).

relación con el Parlamento, así como la sospecha de corporativismo debido a la reticencia del CSM a juzgar o sancionar a los magistrados, o las competencias compartidas del CSM con el ejecutivo, continuaron siendo parte del sistema judicial. Por esta razón, la doctrina francesa considera que el Consejo de la IV República fue un «medio fracaso». La V República conservará esta institución, aunque con una configuración y unas competencias distintas que irán variando a lo largo de las numerosas reformas constitucionales y legales que han hecho que el Consejo fundado en 1958 progrese hacia un órgano cuya naturaleza jurídica ha sufrido mutaciones significativas (Rosado Villaverde, C., 2022: 44-50; Bancaud, A., 2006: 390-391).

III. EL TERCER Y CUARTO «NACIMIENTO» DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA: LA V REPÚBLICA

El fin de la IV República está estrechamente relacionado con la Guerra de Independencia de Argelia y la incapacidad de los políticos franceses para gestionarla. Sin embargo, también estuvo condicionado por el desequilibrio institucional que se vivía desde el siglo XIX. Este desajuste propició una notable inestabilidad gubernamental en la III República, que supuso la sucesión de 104 gobiernos a lo largo de setenta años –desde 1871 hasta 1940–. La IV República, consciente de sus antecedentes, buscó racionalizar su parlamentarismo. En 1958 el fracaso de esta tentativa de racionalización era evidente y la Asamblea Nacional invistió a Charles de Gaulle como Primer Ministro, el primero de junio. Su gobierno presentó dos proyectos de ley sustanciales que se adoptaron por la Asamblea Nacional el 3 de junio. La segunda de estas leyes era de naturaleza constitucional y estableció la derogación transitoria de las disposiciones del artículo 90 de la Constitución de 1946, donde se recogía la reforma constitucional. A continuación, fijaba que la revisión y creación de una nueva Constitución sería llevada a cabo por el gobierno y no por una Asamblea constituyente (Velly, S., 2009: 149-187; Bodineau, P., Verpeaux, M., 2013: 92-123; Morabito, M., 2020: 385-438; Rudelle, O., 1986: 279-295).

La Constitución de la V República, de 4 de octubre de 1958, construyó un sistema político que la doctrina francesa denomina como «parlamentario con importantes características presidenciales» –que en España calificamos de «semipresidencial»– y que ha experimentado numerosas mutaciones en sus sesenta y cinco largos años de vida. No es de extrañar que esta Norma Fundamental se haya reformado veinticinco veces¹². En esta estructura política cabe preguntarse cómo se concibió al poder judicial, cómo se definió al

¹² Información obtenida de la página web del Consejo Constitucional francés <www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution> [Última consulta: 25/04/2024].

Consejo Superior de la Magistratura y si, al igual que otras instituciones, ha sido protagonista de alguna de las numerosas revisiones constitucionales. La respuesta a las primeras cuestiones es compleja y es lo que se va a tratar de descifrar a lo largo de las siguientes páginas. Eso se debe, en parte, a las numerosas reformas constitucionales y legales –así como a aquellas proposiciones que no tuvieron éxito– del poder judicial y, en especial, del CSM. Estas modificaciones no han conseguido acabar con los detractores de este modelo de gobierno de los jueces (Favoreu, L. et al., 2022: 609-760; Millard, E., 2013: 211-231; Le Divellex, A., 2011: 1-31).

Tanto es así que el propio CSM habla de que durante esta República se ha producido su tercer y cuarto nacimiento. Es decir, el Consejo afirma que el primer nacimiento de esta institución se produjo en 1883, el segundo en la Constitución de 1946, el tercero con la aprobación de la Constitución de 1958 (CF) y el cuarto se remonta a la reforma constitucional de 2008 y a la Ley Orgánica n.º 2010-830, de 22 de julio de 2010. Tan decisiva fue esta modificación que transformó al CSM de tal manera que podemos hablar de un nuevo Consejo, distinto al diseñado por Charles de Gaulle al inicio de la V República. No es la única reforma trascendental, la revisión constitucional de 1993 introdujo elementos pioneros que hicieron que este órgano tuviera una composición distinta y una destacable variación en sus funciones. El CSM ha sufrido numerosos cambios normativos y debemos considerar si estas mutaciones han afectado la naturaleza jurídica de esta institución desde sus cimientos. Para lograrlo, debemos ir más allá del análisis superficial de estas modificaciones constitucionales y legales, y adentrarnos en la esencia misma de lo que representa este órgano en el sistema constitucional, institucional y político francés. Debemos explorar su complejidad, sus fortalezas y sus debilidades. Este es el objetivo que se persigue en los siguientes apartados, siempre teniendo en cuenta las palabras del antiguo miembro del CSM, Jean Gicquel, quien lo definió como «una creación continua de la República»¹³ (Errera, R., 2009: 1-19; Delaloy, G., 2000: 632-641).

1. *El papel preponderante del poder ejecutivo en el Consejo*

La Constitución de la última República mantuvo al CSM pero con una estructuración y concepción distinta a la instaurada en la Carta Magna de 1946 –de ahí que este sea su tercer nacimiento–. Durante la IV República se

¹³ La página web del CSM, en su apartado «Histoire & patrimoine» recoge las palabras de Jean Gicquel, así como la explicación de los cuatro nacimientos del Consejo <www.conseil-superieur-magistrature.fr/le-csm/histoire-et-patrimoine> [Última consulta: 15/04/2024].

intentó fundar un Consejo que distanciara a la magistratura de la politización, pero no se logró debido, entre otras razones, a las limitaciones de su composición. En el inicio de la V República se optó por una posición más ambigua en este sentido. Así, el artículo 64 CF proclama que el Presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial y, en esta función, será asistido por el CSM. Cabe preguntarse si debe haber un garante de la independencia judicial y, si es así, si debe ser el jefe del poder ejecutivo. Tal como se encuentra plasmado en la Constitución de 1958, el CSM plantea un desafío al principio de división de poderes y demuestra la importancia de que el garante de esta independencia sea un órgano, a su vez, independiente que no sea auxiliar del ejecutivo. En esta línea, resulta interesante cuestionarse sobre el papel del CSM y el significado de la palabra «asiste». Durante los primeros años, esa asistencia iba dirigida hacia una labor de servicio, convirtiendo al CSM en el «ayudante» del Presidente de la República. El art. 65 determinaba que el Presidente de la República sería el presidente del CSM, elegiría a sus miembros y no estaría sujeto a sus decisiones u opiniones. De esta manera, se abandonó el principio de elección de magistrados para el CSM en favor de una reactivación del sistema burocrático-jerárquico de representación y asociación, basado en la alianza de la Corte de Casación que recuperó parte de su ascendente perdido y otorgó mayor predominio al poder ejecutivo (Errera, R., 2009: 2-3; Bancaud, A., 2006: 391).

Siguiendo la reflexión realizada *ut supra*, es necesario desgranar cuál era y cómo se efectuaba la composición del CSM. Esta quedaba estipulada de la siguiente manera: el Presidente de la República lo presidía, el Ministro de Justicia era el vicepresidente. Los otros nueve miembros eran designados por el Presidente de la República, ya fuera directamente nombrando dos profesionales cualificados (sin especificar que tuvieran que ser juristas), o bajo la propuesta de la Corte de Casación (seis magistrados), o mediante la propuesta de la Asamblea General del Consejo de Estado (un consejero de Estado). De ahí que hablemos de la recuperación del sistema burocrático-jerarquizado de representación y asociación, con una fuerte presencia del ejecutivo, de la Corte de Casación y del Consejo de Estado. Podríamos pensar que el papel de la Corte y del Consejo en la designación de los miembros del CSM podría haber disminuido los problemas que este órgano enfrentó con la magistratura en la IV República. No obstante, las dificultades del Consejo con los jueces y magistrados no se originaron en su relación con la Corte de Casación o el Consejo de Estado, sino en el desplazamiento de todo el «cuerpo judicial», que quedó relegado de la conformación, composición y participación en el órgano de gobierno de los jueces. Al mismo tiempo, la relevancia de la Corte de Casación en las funciones relativas al estatuto de los jueces no era novedosa en 1958, sino que se remontaba a lo que existía antes de 1946 y que,

precisamente, se intentó modificar durante la IV República¹⁴ (Masson G., 1977: 271-310; Lochak, D., 2015: 83-113; Errera, R., 2009: 12-13).

Las funciones atribuidas al CSM por el art. 65 CF fueron también exiguas. Se despojó al CSM de algunas de sus competencias esenciales, que volvieron al Ministerio de Justicia. El precepto constitucional precisaba que el CSM haría las proposiciones de nombramiento de los magistrados de la Corte de Casación y la proposición del Primer Presidente de la Corte de Apelaciones, quienes serían nombrados posteriormente por el Presidente de la República. Por otra parte, el CSM daba su opinión no vinculante sobre las candidaturas del resto de magistrados, era consultado sobre los indultos y, finalmente, poseía la competencia disciplinaria. Podemos observar cómo su potestad en el nombramiento de jueces y magistrados estaba muy reducida, teniendo una naturaleza más consultiva que de designación. La única función con más peso que el CSM ha tenido desde el inicio de esta República fue la disciplinaria, que ha ido evolucionando a lo largo de las reformas constitucionales y legales posteriores. La facultad disciplinaria del Consejo muestra uno de sus rasgos originales: la capacidad de actuar como una auténtica jurisdicción. El CSM se instituía como Consejo disciplinario y estaba presidido por el Primer Presidente de la Corte de Casación, quien no necesariamente formaba parte del CSM. Con las modificaciones que vendrán más adelante, la naturaleza de orden jurisdiccional del Consejo en esta función será mucho más evidente y completa (Ferrand, F., 2021: 69-89; Martinel, A., Natali, F., 2014: 33-35; Soula, M., 2013: 171-187; Lapouble, J-C., 2021: 125-137).

La primera formación del CSM responde al momento histórico de elaboración de la CF. La preponderancia de la figura de Charles de Gaulle en todo el sistema constitucional no sólo afectó al Consejo Superior de la Magistratura, sino que repercutió en todo el poder judicial, debido a que la Constitución de 1958 lo rebajó a simple autoridad –así se denomina en el Título VIII CF–. De Gaulle se materializa en la mayoría de las decisiones que se tomaron en el proceso constituyente. El Consejo se vio atraído por esta situación y por sus problemas endémicos que seguían sin resolverse. La redacción de los artículos constitucionales 64 y 65 afirmaba la preeminencia del ejecutivo en el CSM. La influencia de la alta jerarquía judicial en la composición y en las funciones de este Consejo dejaban entrever que el corporativismo del que se acusaba a la magistratura seguía presente en el órgano de gobierno de los jueces. La construcción del CSM como «órgano auxiliar» del Presidente de la República afectó igualmente al Consejo Constitucional (CC). La diferencia entre ambos Consejos radicó en que el CC revirtió su naturaleza a principios

¹⁴ Algo parecido sucedió durante la II República española, donde se otorgó amplios poderes al presidente del Tribunal Supremo en relación al estatuto jurídico de los jueces (Rosado Villaverde, C., 2022: 163-167).

de los años setenta. La célebre Decisión n.º 71-44 DC, de 16 de julio de 1971, afirmó que el CC no era solo un órgano encargado de resolver conflictos entre el Gobierno y el Parlamento, sino que era y es un auténtico Tribunal Constitucional (Imbert-Quaretta, M., 2017: 31; Casal Oubiña, D., 2023: 33-35).

El CSM comenzó a dar señales de querer un cambio a finales del siglo XX. En un primer momento, la petición de dicho cambio no surgió del CSM sino que procedió de la magistratura, que en 1990 organizó tres importantes huelgas que paralizaron la institución judicial. No era la primera vez que la magistratura alzaba la voz para manifestar que se necesitaba una evolución en el tercer poder del estado. Prueba de ello es que en la campaña electoral de 1981, François Mitterrand prometió reformar el estatuto de los jueces recogido en la Ordenanza n.º 58-1270, de 22 de diciembre de 1958. Esta norma jurídica establecía, asimismo, la primera Ley Orgánica del CSM. Estas promesas no se vieron cumplidas tras la llegada a la presidencia de la República de Mitterrand. Las jornadas de huelga de 21 de junio, de 23 de octubre y de 30 de noviembre de 1990 tenían un objetivo común: poner fin a la triple crisis judicial que afectaba a las relaciones entre la judicatura y el poder ejecutivo, a la identidad de la magistratura y a la falta de medios presupuestarios y materiales. Estas jornadas fueron un éxito y ello tuvo dos consecuencias inmediatas. La primera fue que el recién nombrado Ministro de Justicia, Henri Nallet, anunció nuevas medidas tras la huelga del 23 de octubre. Aun así, los jueces consideraron insuficiente este anuncio y volvieron a paralizar la justicia a finales de noviembre de ese mismo año. Tras esta última jornada, algunas de las exigencias de la magistratura se vieron reflejadas en la Ley n.º 92-189, de 25 de febrero de 1992, que modificó la Ordenanza de 1958. Estas transformaciones incrementaron el presupuesto y reformaron parcialmente el estatuto de la magistratura. La segunda consecuencia fue que se puso en el centro del debate político la situación judicial y aumentó el interés de la ciudadanía por este poder (Guichard, F., 1990: 88-92; Devillé, A., 1993: 55-68).

En suma, el tercer nacimiento del CSM no logró resolver los dos elementos problemáticos del poder judicial en Francia. Es más, ni siquiera efectuó la tan necesaria reforma de la justicia que ya se había requerido durante el Gobierno provisional (1944-1946) y que no se llevó a término en la IV República. La concepción del CSM como una institución «asistente» del Presidente de la República frenó cualquier cambio deseado en este ámbito, manteniendo un fuerte control del ejecutivo sobre el judicial. Algunos autores, como Ricardo Pedro Ron Latas y José Fernando Lousada Arochena, sostienen que la redacción del artículo 64CF, donde se nombra al Presidente como garante de la independencia judicial, es más teórica que real. Según su perspectiva, se le concede al Presidente en calidad de «árbitro moderador del normal funcionamiento de los poderes del Estado» (Ron Latas, R. P.,

Lousada Arochena, J. F., 2017: 302). Ahora bien, esta afirmación no puede aplicarse en este primer periodo constitucional de la V República porque, como bien ha dicho François Guichard, el espíritu constituyente de 1958 dotó de auténtico contenido a este precepto. Siguiendo las palabras de Charles de Gaulle, «debe quedar entendido que la autoridad indivisible del Estado ha sido confiada en su totalidad al presidente de la República por el pueblo que le ha elegido. No existe ninguna otra autoridad ni ministerial, ni civil, ni militar, ni judicial que no se otorgue o se mantenga por él» (Guichard, F., 1990: 88). Habrá que esperar hasta la década de los años noventa del siglo XX para que se produzca un cambio sustancial en materia judicial y el CSM comience su andadura hacia una transformación integral que hará que revise su composición, estructura, funciones y la naturaleza de su actuación.

2. *Un Consejo doble: la reforma constitucional de 1993*

Las protestas judiciales que impulsaron las huelgas y la modificación legal del estatuto de la magistratura fueron las mismas que incentivaron la Ley de reforma constitucional de 27 de julio 1993. La estructura sindical de la magistratura salió fortalecida de esta lucha en los primeros años de la década de los noventa del siglo pasado. Como resultado, se activó la revisión de la Constitución que tenía dos objetivos, por un lado, la reforma del Alto Tribunal (*Haut Court*) y, por otro lado, atender las exigencias de la magistratura y mejorar la justicia¹⁵. En esta ocasión, se consultó a las organizaciones

¹⁵ La *Haut Court* se refiere al Tribunal especial encargado de juzgar la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno, recogido en el Título X CF.

Por su parte, sobre el momento de esta revisión constitucional Mari-Françoise Bechtel nos explica algunos elementos esenciales que acompañaron a esta revisión: «Un comité consultivo constitucional compuesto por dieciséis miembros especializados en Derecho e instituciones y presidido por Decano Vedel había sido invitado a pronunciarse sobre las reformas deseables de nuestra Constitución. El 15 de febrero de 1993 presentó un informe al Presidente de la República acompañado de [...] dos proyectos de ley constitucionales que fueron presentados al Senado el 11 de marzo de 1993. Uno de estos dos proyectos, el más ambicioso, que incluía numerosas modificaciones que afectaban al Parlamento, no ha sido examinado hasta la fecha [...]. El segundo proyecto [...] dio lugar a la revisión del 27 de julio de 1993. Vista en el tiempo, esta revisión forma parte de un conjunto de modificaciones de la Constitución que comenzaron el 25 de junio de 1992 con la aprobación por el *Congrès* [reunión conjunta de la Asamblea Nacional y el Senado en Versalles] de los cambios constitucionales necesarios para ratificar el Tratado de Maastricht y que concluyó con la revisión que ha seguido a la Decisión del Consejo Constitucional de 13 de agosto de 1993 sobre la adaptación de la Carta Magna a las exigencias de la Convención de Schenghen, aprobada por la ley constitucional de 25 de noviembre de 1993. Dentro de este ciclo tumultuoso, la revisión del 27 de julio de 1993 se destaca como una reforma tranquila y cuidadosamente considerada. Esta observación, sin embargo, no carece de

profesionales que pudieron participar en la preparación del texto. Para lograr un avance en el poder judicial se instó a la reforma del CSM, que sufrió una significativa renovación en su composición y en sus tareas. Lo más llamativo fue la creación de dos formaciones dentro del Consejo, una para magistrados y la segunda para fiscales. Francia se caracteriza por poseer una estructura judicial compleja de la que forman parte los jueces y los fiscales. No es de extrañar que en francés se denomine *magistrat du siège* al juez o magistrado, mientras que al fiscal se le llama *magistrat du parquet*. En otras palabras, ambos tipos de *magistrats* forman un solo cuerpo y son reclutados y formados de la misma manera, si bien no están sujetos a las mismas obligaciones ni disfrutaban de los mismos derechos¹⁶ (Fourniel, B., 2013:147-170; Bechtel, M-F., Chauvin, F., Jegouzo, Y., Henry-Meininger, M-C., 1993: 639-447).

El artículo 65 CF, tras su reforma, mantenía al Presidente de la República y al Ministro de Justicia en la presidencia y vicepresidencia de las dos formaciones del CSM, pero, a partir de aquí, la redacción cambiaba radicalmente. El Consejo de los jueces y magistrados estaría compuesto por cinco magistrados y un fiscal, elegidos entre sus pares, un consejero de Estado, designado por el Consejo de Estado y tres personalidades que no pertenecieran ni al Parlamento ni al orden judicial. Estas eran designadas: una por el Presidente de la República, otra por el Presidente de la Asamblea Nacional y la última por el Presidente del Senado. El CSM de los fiscales estaba formado por cinco fiscales y un juez, elegido entre sus pares, y por el consejero de Estado y las tres personalidades que pertenecían al CSM de los jueces. Las funciones del Consejo fueron alteradas y se intensificó su capacidad de decisión en los nombramientos de los jueces y magistrados, aunque esta ampliación no se vio reflejada con la misma intensidad en los nombramientos del ministerio fiscal. La potestad disciplinaria experimentó variaciones a pesar de que en la reforma constitucional sólo se incluyó que el CSM de los fiscales también se conformaría en Consejo disciplinario, presidido por el Fiscal General de la Corte de Casación. Las leyes orgánicas posteriores fueron más incisivas en la

cierta ironía si tenemos en cuenta que se trata de la tormenta política y mediática provocada por la remisión a la Haut Court del asunto de la sangre contaminada así como, aunque en menor medida, del incremento del descontento de toda índole entre los magistrados, en un contexto de interrogantes sobre su relación con el poder político, que está en el origen de esta revisión» (traducción propia) (Bechtel, M-F., Chauvin, F., Jegouzo, Y., Henry-Meininger, M-C., 1993: 639-640).

¹⁶ Actualmente, el Ministerio fiscal está demandando una reforma constitucional que revise su estatuto, la cual fue prometida en el año 2017 y no parece que se vaya a llevar a cabo en un breve plazo de tiempo. Dicha reforma afectaría al artículo 65 CF. Véase la noticia publicada en *Le Monde*, el 16 de enero de 2024, titulada «Les magistrats et l'Europe appellent à l'indispensable réforme du statut du parquet», escrita por Abel Mestre y Laura Motet <<https://shorturl.at/qzM28>> [Última consulta : 30/03/2024].

regulación y evolución de esta función disciplinaria. Sin duda, esta modificación fortaleció la naturaleza del Consejo como una balanza en equilibrio entre la política y el poder judicial, así como entre las diferentes facciones judiciales (Imbert-Quaretta, M., 2017: 31; Bancaud, A., 2006: 391).

A esta revisión constitucional le siguió rápidamente la aprobación de la Ley Orgánica sobre el CSM (n.º 94-100 de 5 de febrero de 1994), que fue la primera ley orgánica del Consejo separada del estatuto jurídico de jueces y magistrados¹⁷. Esta norma legal fue esencial para intentar alcanzar algunas de las exigencias históricas que se buscaban y que afectaban a los problemas persistentes del poder judicial francés. No obstante, la perseverancia en una presidencia y vicepresidencia que partían del poder ejecutivo mostraba que no se había conseguido llegar a los estándares deseados por parte de la doctrina y de la propia magistratura, y que el control del ejecutivo sobre el judicial seguía estando presente. Pero, con todo, la existencia de una ley orgánica que desarrollara las normas específicas sobre el estatuto de los miembros del CSM y que contuviera un Título especializado en las funciones de este órgano implicó un gran avance. De hecho, durante este periodo se produjo alguna reforma legal más que indicaba que el estancamiento normativo que se generó entre 1958 y 1992 no volvería a producirse. Merece una especial reflexión el Título II de la Ley Orgánica de 1994, relativo a las «atribuciones» del CSM¹⁸. Dos siguen siendo las funciones esenciales del Consejo: el nombramiento de los miembros del poder judicial, entendido en sentido amplio –judicatura y ministerio fiscal– y la función disciplinaria (Imbert-Quaretta, M., 2017: 31).

En lo que respecta a los nombramientos, el CSM amplió su potestad y, además de los nombramientos previstos anteriormente para los magistrados de la Corte de Casación y el presidente de los Tribunales de Apelación, el CSM nombraría a partir de ese momento a los presidentes de los Tribunales de Gran Instancia. Para el resto de los nombramientos, se necesitaba su

¹⁷ El artículo de esta Ley Orgánica derogaba la Ordenanza n.º 58-1271 de 22 de diciembre de 1958 por la que se establecía la ley orgánica del Consejo Superior de la Magistratura.

Asimismo, cabe recordar que esta Ley Orgánica fue recurrida por el Primer Ministro ante el Consejo Constitucional francés, utilizando el control previo de constitucionalidad, y que dicho Consejo declaró la constitucionalidad de todos sus artículos: Decisión n.º 93-337 DC, de 27 de enero de 1994.

¹⁸ Las normas sobre la composición del CSM se encontraban recogidas en el Título I de la Ley Orgánica de 1994, del artículo 1 al artículo 12 y se fijaba específicamente cómo se realizarían las elecciones de los miembros del poder judicial del Consejo, de las elecciones de los fiscales para ser parte del CSM, así como las reglas de elección del consejero de Estado. También se mencionaba la duración del mandato así como sus incompatibilidades y otras cuestiones relativas a su estatuto jurídico.

dictamen vinculante. Sin embargo, la facultad para nombrar fiscales aparecía limitada, colocando a la segunda formación del CSM en posiciones cercanas a las de 1958, porque sólo se recurriría a él para obtener una opinión no vinculante en el nombramiento de los fiscales, y no tendría la capacidad para aprobar los nombramientos de los Procuradores Generales, designados por el ejecutivo¹⁹. En materia disciplinaria, la Ley Orgánica de 1994 únicamente detallaba que ni el Presidente de la República ni el Ministro de Justicia podrían asistir a las sesiones del CSM que versaran sobre procesos disciplinarios contra magistrados. Para el resto del proceso y las sanciones, remitía a la Ordenanza de 1958 en lo que se refería al estatuto de los jueces. Esta función es compleja y ya entonces se precisaba a través de numerosos preceptos de desarrollo, de los cuales se pueden destacar aquellos que nos den una idea de cuál era su marco general. En 1994 el único que todavía podía iniciar un proceso disciplinario era el Ministro de Justicia, algo completamente anormal que ponía en evidencia la constante intromisión del ejecutivo en el órgano de gobierno del poder judicial. No sería hasta 2001, con una reforma legal, que se abriría a los presidentes de los Tribunales de Apelación y a los Procuradores Generales. A esto hay que añadirle que la inspección general de los servicios judiciales no dependía del CSM, sino que estaba a cargo del Ministerio de Justicia en exclusiva, lo que añadía más dificultad a la aplicación de esta capacidad (Errera, R., 2009: 6-7; Martinel, A., Natali, F., 2014: 33-35; Soula, M., 2013: 171-187).

El artículo 20 de la Ley Orgánica creó dos funciones adicionales para el CSM, las cuales adquirirían una especial relevancia en los años siguientes. Cualquiera de las dos formaciones del Consejo podía encomendar a alguno de sus miembros que recabara información a la Corte de Casación, a los

¹⁹ Esta función está reconocida expresamente en el artículo 65 CF y en el Título II, Sección 1ª (arts. 15 a 17) de la Ley Orgánica n.º 94-100 de 5 de febrero de 1994.

El Ministerio Fiscal francés está formado por el conjunto de fiscales que poseen nombres diferentes según sus funciones y en qué tribunal se encuentren. En primer lugar, se encuentra el Procurador de la República que representa al Ministerio Público ante todas las jurisdicciones judiciales, es decir, todos los órdenes menos en contencioso-administrativo ya que en Francia el poder judicial se divide en dos jurisdicciones bien diferenciadas: la jurisdicción judicial con la Corte de Casación como Tribunal Superior, y la jurisdicción contencioso-administrativo, con el Consejo de Estado como Tribunal Superior. Después del Procurador de la república, se encuentra el sustituto del Procurador, que asiste al primero que delega en el sustituto parte de sus competencias. A continuación se encuentra el Procurador General que es el jefe de Ministerio Público en el Tribunal de Apelación, en el Tribunal de lo Penal y en la Corte de Casación. Finalmente se encuentra el Abogado General que es un fiscal perteneciente al Ministerio Público que interviene bajo la dirección del Procurador General. Representa a la sociedad en la aplicación de la ley <www.justice.gouv.fr/justice-france/acteurs-justice/magistrats/magistrats-du-parquet> [Última consulta: 30/03/2024].

Tribunales de Apelación, a los demás Tribunales y a la Escuela Nacional de la Magistratura. La última frase de este artículo incorporaba la publicación anual de un informe de actividad del CSM. La primera de estas competencias acercó más al Consejo a su función como órgano de gobierno y gestión de la justicia, alejándolo de su papel de «asistente» del poder judicial. En cuanto a la segunda competencia, se ha convertido en una herramienta fundamental para el CSM. No sólo evalúa sus actividades sino que también lleva a cabo las «reflexiones temáticas del Consejo», destacando aquellas materias que requieren mejoras e incluso aspectos que, aunque no están dentro de su ámbito, deberían ser considerados. Asimismo, en los Informes anuales anteriores a 2001, el Consejo tomó medidas que no estaban previstas en las leyes, como la decisión de que las audiencias disciplinarias debían ser públicas, manteniendo el anonimato de los implicados²⁰ (Jourdanie, N., 2022: 955-970; Errera, R., 2008: 77; Delaloy, G., 2000: 632-641; Jahier, S., 2019: 33-42).

Lo explicado hasta el momento muestra que el CSM, en 1993, no tenía competencia en muchas de las funciones que poseen otros órganos de gobierno de los jueces, por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial español o el Consiglio Superiore della Magistratura italiana. Ya hemos visto que no poseía la inspección general de los servicios judiciales, tampoco tenía ninguna capacidad en el reclutamiento ni en la formación de los titulares del poder judicial dado que esta función corresponde en exclusiva a la Escuela Nacional de la Magistratura. Tampoco se encargan de la evaluación de los magistrados. En consecuencia, muchas de las tareas relativas a la aplicación del estatuto jurídico de los jueces y magistrados no estaban en manos del CSM tras la reforma constitucional de 1993, estas seguían perteneciendo, en gran medida, al Ministerio de Justicia²¹. Pero más llamativo resulta que no se prevé la consulta obligatoria a este Consejo por el gobierno sobre los proyectos, proposiciones de ley o decretos que versen

²⁰ El primer Informe anual de actividad se publicó en el año 1995 y desde entonces el Consejo ha realizado numerosas reflexiones y estudios sobre diferentes aspectos que le atañen. Así, ha examinado la independencia y la responsabilidad de los magistrados, la deontología de los titulares del poder judicial, o la posibilidad de permitir a los justiciables que acudan al Consejo para interponer una denuncia en materia disciplinaria. Se pueden consultar todos los Informes anuales del CSM en su página web <www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/rapports-annuels-dactivite> [Última consulta : 30/03/2024].

²¹ Si comparamos la Memoria Anual 2023 del CGPJ español y el Informe Anual de actividades 2023 del CSM francés podremos observar solamente en el índice la diferencia la estructura de estos órganos, por ejemplo el CGPJ tiene diferentes Comisiones que no aparecen en el CSM, y la diferencia en las funciones de uno y otro. Ver la Memoria Anual 2023 del CGPJ <www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/> [Última consulta : 30/03/2024].

sobre la justicia, el estatuto de la magistratura o la organización judicial. Las leyes guardan un sonoro silencio sobre la capacidad del CSM para contribuir a la mejora del sistema constitucional e institucional a través de sus informes, más allá del Informe anual que comenzó a publicarse a partir del año 1995. Es cierto que el Consejo confirmó rápidamente, tras la revisión constitucional, que tenía el «poder constitucional» de emitir opiniones al Presidente de la República sobre todas las cuestiones relativas a la independencia judicial. Estas opiniones no representan dictámenes específicos, sino que aparecen incluidos en los informes anuales. Por último, en estos momentos el Consejo no poseía autonomía presupuestaria, lo que comportaba que ni siquiera contaba con medios físicos adecuados y eso los hacía dependientes del Presidente de la República y del Ministerio de Justicia (Errera, R., 2009: 6-7).

A pesar de los cambios realizados para adecuar el CSM a otros modelos institucionales de gobierno judicial, las críticas persistieron y no lograron disipar las sospechas de corporativismo ni el control ejercido por el ejecutivo. Por esa razón, en 1998, la Ministra de Justicia, Elisabeth Guigou, propuso una reforma constitucional relacionada con la composición y las atribuciones del CSM. La propuesta consistía en elevar el número de miembros del CSM a veintiuno, además del Presidente de la República y el Ministro de Justicia. De estos, once serían personalidades externas al poder judicial, elegidos por las altas instituciones políticas y sin el requisito de ser juristas, y los diez restantes serían jueces y fiscales elegidos por sus pares. En cuanto a sus funciones, se equipararían las del CSM de jueces a las del CSM de fiscales. Lo más interesante de esta reforma era que volvía a configurar una sola formación del Consejo en base a la unidad del «cuerpo judicial», competente tanto para jueces como para fiscales, y todos gozarían de las mismas garantías estatutarias. Este proyecto fue votado por ambas Cámaras legislativas pero el Presidente, Jacques Chirac, desconvocó la celebración del *Congrès* previsto en enero de 2000 para su votación final²². A pesar de su abandono, esta modificación reflejaba las discusiones doctrinales, políticas y de la magistratura sobre la cohabitación de los dos CSM. En cambio, en 2001, se consiguió aprobar la Ley Orgánica n.º 2001-539, de 25 de junio, que reformaba extensamente la de 1994. Esta norma jurídica incluyó algunas de las capacidades que el CSM llevaba realizando de facto, como la publicación de las audiencias disciplinarias, y amplió la iniciativa de apertura de un proceso disciplinario a los presidentes y procuradores generales de los Tribunales de Apelación. A pesar de los cambios, los reproches al CSM y a la

²² Consejo de Ministros de 15 de abril de 1998 sobre la reforma constitucional del Consejo Superior de la Magistratura <<https://shorturl.at/aoPUX>> [Última consulta : 25/03/2024].

magistratura no se aplacaron completamente²³ (Imbert-Quaretta, M., 2017: 32; Salas, D., 1998: 176-182).

En resumen, las exigencias planteadas por la magistratura a principios de la década de 1990 tuvieron una respuesta constitucional y legal que mejoró la estructura y la actividad del CSM. La modificación de la Carta Magna introdujo una composición original del Consejo, creando dos órganos mellizos. Ambos compartían la misma arquitectura pero tenían funciones diferentes. Esta novedad, que difiere de la composición de otros órganos de gobierno de los jueces, fue posible en Francia porque el poder judicial está formado unitariamente por jueces y fiscales. A pesar de todas estas transformaciones, algunos aspectos clave se mantuvieron invariables a lo establecido en 1958, demostrando así que la permanente sumisión del CSM al poder ejecutivo era un elemento difícil de superar. La presidencia y vicepresidencia del CSM, la incapacidad de iniciar un proceso disciplinario contra un juez sin la intervención del Ministro de Justicia y la falta de autonomía presupuestaria eran algunos de los rasgos que seguían generando controversia en diferentes sectores jurídicos, sociales y políticos. Asimismo, el CSM no escapaba de las acusaciones de corporativismo. Es verdad que la elección de los miembros del poder judicial del CSM ya no estaba en manos de los Altos Tribunales, pero la «relativa clemencia del CSM, incluso por hechos graves [en materia disciplinaria], es un hecho» (Errera, R., 2009: 7). Esta percepción se consolidó con el caso Outreau, que sacudió los cimientos del poder judicial en Francia. El impacto de este caso fue tan significativo que condujo a la segunda reforma constitucional del CSM, conocida como el cuarto nacimiento, que buscó separar al ejecutivo de esta institución y abrir el Consejo a la ciudadanía (Mathieu, B., 2022: 1-13).

3. *La profunda transformación del Consejo Superior de la Magistratura: su apertura ciudadana*

El último nacimiento del CSM se sitúa en el año 2008 con la Ley de reforma constitucional de 23 de julio, denominada «de modernización de las instituciones de la V República». Sin embargo, en el ámbito judicial, las razones de esta modificación vienen de más atrás. Además de las críticas en torno a las problemáticas inherentes al poder judicial que no cesaban, esta revisión constitucional vino auspiciada por el dramático caso Outreau que

²³ Esta Ley Orgánica fue recurrida ante el Consejo Constitucional por el Primer Ministro, utilizando el control previo de constitucionalidad. En lo que respecta a los artículos relativos al CSM, el Consejo Constitucional declaró inconstitucional la paridad entre sexos que se recogía en el tercer párrafo del artículo 33. Decisión n.º 2001-445 DC, de 19 de junio de 2001.

agitó las conciencias políticas y sociales, llevándolas a reflexionar sobre la situación de la magistratura y de su órgano de gobierno, amén de los debates en torno a la actuación de los medios de comunicación. Este caso se refiere a los hechos de agresión sexual a menores que se cometieron en Outreau entre 1997 y 2000. Más allá de los terribles acontecimientos mencionados, el proceso trajo consigo un caso de error judicial parcial relativo a la prisión preventiva de algunos investigados, entre 2001 y 2004. El juicio ante el Tribunal de lo Penal de Menores de Rennes resolvió en 2015 y absolvió a trece de los diecisiete acusados, de los cuales algunos llevaban varios años en prisión. Uno de los acusados, François Mourmand, murió en prisión preventiva en junio de 2009. Ante estos hechos, se abrió una comisión parlamentaria de investigación en la Asamblea Nacional en diciembre de 2005, que se alargó durante el primer semestre de 2006, y concluyó que este caso había mostrado las graves disfunciones de la justicia. Se pusieron en duda los niveles del sistema judicial, el desempeño de los actores implicados en los procesos judiciales, la escasez de recursos presupuestarios y materiales del poder judicial, el papel del CSM en su función de órgano de gobierno de los jueces y, unido a ello, la ineficacia del procedimiento disciplinario que estaba en vigor (Houillon, P., 2007: 333-345; Martinel, A., Natali, F., 2014: 33-35).

La comisión de investigación analizó las causas de las insuficiencias de la justicia durante este caso y ofreció posibles reformas del funcionamiento de la justicia que cristalizaron en la modificación constitucional de 2008. El artículo 65 CF dio lugar a un nuevo CSM en el que disminuyó la ascendencia que tenía el poder ejecutivo en su composición. Se instauró una doble presidencia, el primer presidente de la Corte de Casación para el CSM de los jueces y el Fiscal General de esta Corte para el CSM de los fiscales. Desapareció la presidencia y vicepresidencia ejecutiva, aunque el precepto constitucional añadió que el Ministro de Justicia puede participar en las sesiones de los CSM, excepto en los casos disciplinarios. El número de miembros que no pertenecen ni al Parlamento, ni a la judicatura, aumentó hasta seis, y serán comunes a las dos formaciones²⁴. El modo de elección se mantuvo: dos elegidos por el Presidente de la República, dos por el Presidente de la Asamblea Nacional y dos por el Presidente del Senado. En el CSM de los jueces habrá cinco magistrados y un fiscal, un consejero de Estado y un abogado. El CSM de los fiscales estará compuesto por cinco fiscales y un magistrado, el consejero de Estado y el abogado. Todos estos cambios responden a la tendencia

²⁴ En abril de 2024 las seis personalidades que componen el CSM vienen, sobre todo, del mundo de la universidad, son antiguos miembros del Gobierno o del Consejo Constitucional y uno de ellos, Patrick Titieun, fue jefe de gabinete de la Presidenta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos <www.conseil-superieur-magistrature.fr/le-csm/composition-et-organisation> [Última consulta : 30/03/2024].

que se ha instalado en torno a este órgano: su acercamiento hacia la ciudadanía y la búsqueda de que esta institución sea más accesible a la sociedad. Se combinan la elección de los miembros por parte de sus pares y la elección por órganos políticos, que se circunscribe a los miembros no pertenecientes a la magistratura, limitando especialmente esta opción. Se mantienen las dos formaciones y se añade una tercera, la plenaria, que estará presidida por el presidente del CSM de los jueces²⁵. La plenaria estará formada por tres de los cinco jueces del CSM de los magistrados, tres de los cinco fiscales del CSM de los fiscales, el consejero de Estado, el abogado y las seis personalidades (Le Pourhiet, A-M., 2018: 753-766; Dubuy, M. 2009: 127-132).

La función de nombramiento de los titulares del poder judicial permanece invariable para la formación del CSM de los jueces. Sin embargo, se amplían para el Consejo de los fiscales que ahora tendrán opinión sobre el nombramiento de todos los fiscales a través de sus dictámenes, si bien, no serán vinculantes y será el poder ejecutivo el encargado de nombrarlos. Las variaciones más importantes se producen en cuanto a las competencias que se le confieren a la formación plenaria, por un lado, y en la función disciplinaria, por otro lado. En primer lugar, el pleno del CSM responderá a las solicitudes de dictamen que pueda presentar el Presidente de la República, basándose en su papel de garante de la independencia judicial. Este pleno también se pronunciará sobre la deontología de los magistrados y sobre cualquier cuestión relativa al funcionamiento de la justicia para las que le consulta el Ministro de Justicia. En cumplimiento de esta tarea, los miembros del CSM se encuentran con distintos magistrados para informarse de la situación del poder judicial. Es decir, se constitucionaliza la capacidad del CSM para emitir informes al Presidente de la República, función que se venía realizando de facto, y se instauran otras dos facultades: la competencia en deontología y la supervisión del funcionamiento de la justicia. En el ámbito disciplinario, se implementa una reforma primordial que ahonda en una de las características originales del CSM, la constitución del Consejo como una jurisdicción. Esto se debe a la puesta en marcha del proceso por el cual un justiciable puede acudir a este órgano para interponer una queja contra un juez o fiscal por incurrir en una falta disciplinaria (Delaloy, G., 2000: 632-641; Errera, R., 2008: 70-86; Jahier, S., 2019: 33-42; Jourdanie, N., 2022: 955-970; Le Pourhiet, A-M., 2018: 753-766).

Esta reforma constitucional vino acompañada de una Ley Orgánica de desarrollo en el año 2010 (LO n.º 2010-830, de 22 de julio), relativa a la aplicación del art. 65 CF²⁶. Debido a las numerosas transformaciones del art. 65

²⁵ El presidente suplente será el Fiscal General de la Corte de Casación, esto es, el presidente del CSM de los fiscales.

²⁶ Esta Ley Orgánica fue recurrida ante el CC por el Primer Ministro, utilizando el control previo de constitucionalidad. La Decisión n.º 2010-611 DC, de 19 de julio, decla-

CF, esta Ley Orgánica incorporó muchos cambios tanto en la composición como en las funciones del CSM. En cuanto a la composición, la Ley Orgánica alteró las reglas de elección de los miembros pertenecientes al poder judicial y del abogado, y varió otros elementos del estatuto jurídico de todos los miembros del CSM. En referencia a las funciones, además de las innovaciones que introdujo la Constitución, esta Ley realizó un gran avance: por fin se proclamó la autonomía presupuestaria del Consejo, ayudando a su independencia y permitiéndole separarse de los medios físicos y materiales provistos por el Ministerio de Justicia²⁷. No obstante, en los siguientes años se sucedieron otras leyes orgánicas que volvieron a modificar la composición y funciones del CSM. Así, se aprobaron leyes orgánicas en 2016, 2017, 2019 y, recientemente, en noviembre de 2023²⁸. Todas ellas fueron perfeccionando la arquitectura del CSM, con especial relevancia de la Ley Orgánica de 2016 y la última, de 2023.

Además de estas leyes orgánicas, la Ministra de Justicia, Christiane Taubira, promovió una revisión constitucional en el año 2103, que finalmente no llegó a materializarse. Posteriormente, en marzo de 2016, el Ministro de Justicia, Jean-Jacques Urvoas, intentó reactivarla sin éxito. El objetivo principal de esta reforma era modificar los artículos 65, y 64 CF –este último invariable desde 1958–, e introducir dos preceptos más, el art. 65-1 y 65-2. Estos

ró inconstitucional el artículo 15 de esta Ley, el artículo 17 y los artículos 25 y 32. Todos ellos se ajustaban a la reforma constitucional de 1993 pero no habían sido debidamente modificados por la propuesta de Ley orgánica de 2010. De ahí que el CC los declarara inconstitucionales conforme a la nueva redacción constitucional del art. 65 CF.

²⁷ Esta autonomía presupuestaria es relevante, si bien no parece acompañada de la adecuada partida presupuestaria anual. En los presupuestos generales de 2023, a fecha de hoy provisionales, sólo se prevé un 0,004 millones de euros para el CSM, y 13 millones de euros para el poder judicial en su totalidad, un 1,49% del presupuesto general de Francia. En 2022, el presupuesto era menor: un 1,4% en Justicia, es decir, 12,8 millones de euros. Esta realidad no es nueva ya que Francia se situó en el puesto 37 de 43 países de Europa en 2010 para la eficiencia de la justicia, utilizando como parámetro el presupuesto destinado al poder judicial. En el año 1991, el presupuesto para justicia se situó en el 1,41% –18 billones de francos– Guichard, F., 1990: 90 <www.budget.gouv.fr/budget-etat> [Última consulta : 15/03/2024].

²⁸ Ley Orgánica n.º 2016-1090, de 8 de agosto, relativa a las garantías estatutarias, a las obligaciones deontológicas y al reclutamiento de magistrados, así como al Consejo Superior de la Magistratura; Ley Orgánica n.º 2017-54, de 20 de enero, relativa a las autoridades administrativas independientes y a las autoridades públicas independientes; Ley Orgánica n.º 2019-221, de 23 de marzo, relativa al fortalecimiento de la organización de las jurisdicciones. Esta Ley simplificó la organización judicial, eliminando los Tribunales de Instancia y de Gran Instancia y sustituyéndolos por los Tribunales judiciales, a grandes rasgos. Finalmente, se aprobó la Ley Orgánica n.º 2023-1058, de 20 de noviembre, relativa a la apertura, a la modernización y a la responsabilidad de los cuerpos judiciales <www.legifrance.gouv.fr> [Última consulta : 24/03/2024].

nuevos preceptos tenían como finalidad homogeneizar y dar coherencia a las normas del CSM. En cuanto a las mejoras en la independencia judicial, la reforma planteaba tres grandes cambios. En primer lugar, se quería modificar la composición del CSM, abogando por la paridad entre los miembros judiciales y las personalidades externas. También se sugirió que el presidente del CSM fuera una personalidad ajena a la magistratura. En un momento de la tramitación se consideró la posibilidad de otorgar al presidente el voto de calidad y de implantar un sistema de ponderación de los votos para neutralizar las mayorías de los magistrados en la formación plenaria. Estas sugerencias murieron durante la tramitación. En segundo lugar, se solicitó que el CSM pudiera actuar de oficio en materia disciplinaria. Esta práctica había sido ejecutada por el CSM a partir de 2001, pero la reforma de 2008 y la interpretación que el propio Consejo hizo de su Ley Orgánica habían eliminado esta posibilidad. La reforma buscaba restablecerla. Por último, se solicitó equiparar la función de nombramiento de magistrados a la función de nombramiento de fiscales. Esta modificación iba encaminada a lograr la igualación entre las formaciones del Consejo, el perfeccionamiento de la configuración de jurisdicción del CSM en la función disciplinaria y, especialmente, dotar de más peso a los miembros externos al poder judicial para fomentar la apertura ciudadana a las tres formaciones del CSM²⁹ (Imbert-Quaretta, M., 2017: 31-32).

Gracias a las normas legales, la elección de los miembros judiciales del CSM se ha reforzado, evitando así la jerarquización y la preponderancia constante de los Altos Tribunales. Estos se encuentran debidamente representados entre los miembros de las tres formaciones del Consejo. Del mismo modo, las reglas esenciales del estatuto jurídico han quedado de la siguiente manera: el CSM se renueva cada cuatro años y sus miembros no pueden ser reelegidos inmediatamente. En 2023, se incluyó que las personalidades se renovarían por mitad cada dos años. El artículo 10 de la Ley Orgánica de 2010 recoge todas las incompatibilidades de los miembros del Consejo y asegura que estos deben ejercer su misión con el debido respeto a la independencia, la imparcialidad, la integridad, la dignidad y deben velar por evitar conflictos de intereses. Finalmente, el art. 7 LO determina que el nombramiento para reemplazar a los miembros del CSM no podrá exceder de tres meses desde la dimisión. Esto es, una vez expirado el mandato, estos miembros no

²⁹ Declaración de la Sra. Chritiane Taubira, Ministra de Justicia, sobre la reforma del CSM, en París, el 28 de mayo de 2013 <<https://shorturl.at/fvQ03>> [Última consulta : 15/03/2024].

Discurso sobre el proyecto de ley constitucional sobre la reforma del CSM, en la Asamblea Nacional, el 5 de abril de 2016 <www.justice.gouv.fr/actualites/espace-presse/archives-reforme-du-csm> [Última consulta : 15/03/2024].

permanecen en situación de interinidad, evitando prórrogas innecesarias (Errera, R., 2009: 12-14; Mathieu, B., 2022: 1-13).

Más revolucionaria resultó la transformación en las funciones del CSM. En lo que respecta a los nombramientos, aunque se ha mejorado la capacidad de los fiscales en esta función, aún no se llevan a cabo nombramientos directos de fiscales por parte de su formación del CSM. Esta es una de la reivindicaciones que sigue manteniendo el ministerio fiscal, solicitando una reforma constitucional³⁰. La Ley Orgánica de 2023, en el art. 20-1, estableció que el CSM se encargará de revisar las posibles incompatibilidades de los jueces, atribuyendo una nueva función de aplicación del estatuto de los magistrados al Consejo. Por su parte, la deontología se ha convertido en una labor de la formación plenaria del CSM. En base a ello, elabora y publica la recopilación de las Obligaciones Deontológicas de los Magistrados. Desde el primero de junio de 2016, el CSM posee un Servicio de Ayuda y de Vigilancia Deontológica, abierta a cualquier titular del poder judicial que quiera consultar en asuntos que le afecten personalmente³¹. El CSM dejó constancia en el Informe Anual de actividad de 2002-2003 que esta debía ser una de sus funciones habida cuenta que «la actualidad penal y disciplinaria reciente concierne a algunos magistrados [...] ha puesto en evidencia ciertas lagunas de la institución judicial en la prevención, detección y tratamiento de los comportamientos temerarios así como de las insuficiencias profesionales». En este documento se reconocían los principios deontológicos aplicables a los magistrados, las relaciones entre la deontología y la competencia disciplinaria, y se recogían las fuentes normativas y jurisprudenciales que trataban esta materia. Ahora bien, el CSM comunicó que para poder ejercer adecuadamente esta tarea era necesario poseer la inspección general de los servicios judiciales. A día de hoy, esta potestad sigue en manos del Ministerio de Justicia³² (Errera, R., 2009: 12-14; Charvet, D., 2009: 233-237; Pluen, O., 2022: 81-115).

La capacidad de los justiciables para presentar solicitudes cuando exista la posibilidad de que un magistrado o fiscal hayan cometido una falta disciplinaria

³⁰ Véase la noticia publicada en *Le Monde*, el 16 de enero de 2024, *op. cit.*, <<https://shorturl.at/qzM28>> [Última consulta : 30/03/2024].

³¹ El art. 20-2 de la Ley Orgánica, tras la reforma de 2023 (LO n.º 2923-1058, de 20 de noviembre) dice que «[el CSM] elabora y hace pública la declaración deontológica de los magistrados, después de haber consultado al Colegio deontológico de los jueces y magistrados del orden judicial, al director de los servicios judiciales, a la inspección general de la justicia y a las organizaciones sindicales que representen a los magistrados» (traducción propia).

³² Informe Anual de actividad del CSM de 2002-2003, de 1 de enero de 2004, p. 162 <www.conseil-superieur-magistrature.fr/publication/rapports-annuels-dactivite> [Última consulta : 29/03/2024].

fue todo un acontecimiento. Respondía a una misión específica: reforzar la confianza de la ciudadanía en la institución judicial. Al igual que el aumento de los miembros del CSM no pertenecientes a la magistratura y más cercanos a la sociedad, la posibilidad de que los justiciables presentaran solicitudes estaba arraigada en un propósito explícito que se fue forjando a lo largo de los años: acabar con la idea de que la magistratura es un poder elitista alejado de la ciudadanía, que es a la que debe servir. En el pasado, se habían presentado algunas reformas constitucionales y legales que abordaban este procedimiento. En la reforma constitucional de 1993, el Comité Asesor para la Revisión Constitucional, presidido por el Decano George Vedel, sugirió que el CSM recibiera, dentro de sus atribuciones, las quejas relativas al funcionamiento de la justicia. El anteproyecto de ley orgánica de 1999 fue más explícito y preveía la creación de una comisión nacional que examinara las quejas de los justiciables, formada por tres miembros del Consejo. El CSM se mostró contrario a esta propuesta. Unos años más tarde, en 2003, el CSM manifestó que la tramitación de denuncias por parte de los justiciables era «una fuente de información muy útil para detectar posibles disfunciones individuales». En consecuencia, consideraron «indispensable implementar un procedimiento de denuncias sistemáticas de los justiciables»³³. No obstante, esto no implicaba que estuviera de acuerdo con una acción directa ante él mismo (Soula, M., 2013: 171-187; Errera, R., 2009: 9-11; Jahier, S., Villacèque, J., 2022: 239-265).

En 2004, el CSM rechazó la sugerencia de adoptar un sistema de quejas para litigantes insatisfechos con el funcionamiento de las instituciones judiciales, que tendría como fin la imposición de medidas disciplinarias si fuera necesario. El CSM argumentó que esta nueva función le proporcionaría facultades de investigación, jurídicamente incompatibles con su misión de juez disciplinario. Al mismo tiempo, se declaró partidario de la creación de un organismo independiente responsable de recibir las denuncias y transmitir las al Ministro de Justicia y a los jefes de los Tribunales. Finalmente, tras el asunto Outreau, el Consejo señaló en su Informe Anual de actividad de 2006 que se avenía a la apertura a los justiciables del proceso disciplinario. La introducción de esta competencia debía ajustarse adecuadamente para lograr un equilibrio entre la transparencia judicial y la necesidad de impedir que este trámite desestabilizara la acción y actuación de los titulares del tercer poder del estado³⁴. Por esta razón, se ha «implementado un sistema de fil-

³³ Informe Anual de actividad del CSM de 2002-2003, de 1 de enero de 2004, p. 161 <www.conseil-superieur-magistrature.fr/publication/rapports-annuels-dactivite> [Última consulta : 29/03/2024].

³⁴ Informe Anual de actividad del CSM de 2004-2005, de 1 de enero de 2006, p. 197 <www.conseil-superieur-magistrature.fr/publication/rapports-annuels-dactivite> [Última consulta : 29/03/2024].

trado», se han conformado comisiones de admisión, tanto para jueces como para fiscales. En otras palabras, se ha construido un mecanismo jurisdiccional que sigue pasos similares a los de una denuncia ante un orden judicial (Jahier, S., 2019: 33-42; Lapouble, J-C., 2021: 125-137; Martinel, A., Natali, F., 2014: 33-35; Le Pourhiet, A-M., 2018: 753-766).

En definitiva, el cuarto nacimiento del CSM tenía varios propósitos. Uno de ellos fue aproximarse a otros Consejos de la magistratura europeos, eliminando la presidencia ejecutiva. Además, buscó formar un órgano mucho más accesible para la ciudadanía, una institución confiable a ojos de la sociedad. A tal efecto, amplió el número de miembros del CSM externos al poder judicial y al legislativo, los cuales no necesariamente tienen que ser juristas, y extendió sus funciones en la dirección de impulsar la transparencia de su actividad y de abrir el procedimiento de denuncia disciplinaria a los justiciables. No es de extrañar que la Ley Orgánica de 2023 se titule «de la apertura a la modernización y de la responsabilidad del cuerpo judicial», puesto que se alinea perfectamente con los propósitos del cuarto nacimiento del CSM. Esta fijación por la apertura ciudadana se sustenta en el avance hacia la consolidación de una institución alejada del poder político y del corporativismo y clientelismo que a menudo se ha atribuido a la magistratura. El CSM expresa que «su lugar institucional y la diversidad de sus funciones le confieren un rol esencial en el fortalecimiento de la confianza del público en el poder judicial»³⁵. Sin embargo, a pesar de la mejora sustancial en su composición, las funciones que posee son reducidas y todavía quedan lejos de la capacidad de otros Consejos para administrar y gestionar adecuadamente el poder judicial. Estamos ante un órgano de gobierno de los jueces absolutamente genuino, en cualquiera de sus nacimientos, que mantiene elementos diferenciadores como los miembros no juristas, su triple composición y estructura, o su función disciplinaria que la convierte en una auténtica jurisdicción. Todos estos rasgos distintivos nos llevan a preguntarnos cuál es la verdadera naturaleza jurídica del CSM francés, la cual ha ido cambiando con las grandes mutaciones que ha experimentado durante la V República.

IV. A MODO DE EPÍLOGO: ¿HACIA UNA NUEVA NATURALEZA JURÍDICA DEL CSM?

El Consejo Superior de la Magistratura ha estado acompañado a lo largo de su azarosa historia por dos problemas cruciales que se han convertido en puntos esenciales del debate en torno a su naturaleza jurídica y su actividad.

³⁵ Última frase del vídeo titulado «Le fonctionnement du Conseil», en el apartado «Composition & Organisation», de la página web del CSM <www.conseil-superieur-magistrature.fr/le-csm/composition-et-organisation> [Última consulta : 30/03/2024].

En este trabajo, se han mencionado estas problemáticas en numerosas ocasiones. En primer lugar, hablamos del control del poder ejecutivo sobre el poder judicial y, por ende, sobre el CSM. Este control es sumamente difícil de eliminar, ya que el poder judicial actúa como límite de los otros dos poderes. Esto lleva a que las instituciones políticas a veces perciban la actuación de la judicatura como un contrapoder, si bien el poder judicial no se ajusta exactamente a la estructura de un contrapoder. En segundo lugar, se encuentra el corporativismo del que se le ha acusado sistemáticamente. Estos dos problemas están estrechamente relacionados con la fuerte jerarquización que ha caracterizado al sistema judicial francés. Cuando hablamos de jerarquización, no nos referimos a que los órganos judiciales superiores tengan la potestad de cambiar el sentido de las sentencias o decisiones emitidas por los órganos judiciales inferiores. Más bien, nos referimos a la dependencia que existe entre los órganos inferiores y sus superiores. Esta arquitectura judicial, originada por la desconfianza que los revolucionarios tenían hacia los jueces, ha influido en la conformación especial del Consejo. La fundación del CSM en la Constitución de 1946 buscaba poner fin a esta situación, optando por un modelo institucional de gobierno de los jueces. Pero, como bien sabemos, nada en el Derecho es aséptico. A veces, instaurar un sistema desarrollado doctrinalmente, incluso si está implementado en otros estados, no resulta tan sencillo en un país con una evolución constitucional específica. De esta manera, es posible que los resultados esperados no se logren y que sigan reproduciéndose los mismos patrones que se arrastran desde finales del siglo XVIII (Gimeno Sendra, J. V., 2024: 41-47; Rials, S., 2010: 13; Bancaud, A., 2006: 373-374; Masson G., 1977: 228-235; Bloch, E., 1983: 179-205).

Cuando nos preguntamos cuál es la naturaleza jurídica de los órganos de gobierno de los jueces, podemos identificar algunos aspectos comunes. Idealmente, estos órganos deberían ser constitucionales y estar desarrollados por una ley especial, por una ley cuya aprobación requiera una mayoría cualificada. Debe ser la institución de gobierno del poder judicial y debe estar dotada de capacidades públicas para poder desarrollar sus funciones. Su misión principal es asegurar la independencia y eficacia del poder judicial. A tal efecto, no podrá pertenecer ni estar subordinado a ninguno de los otros dos poderes del estado, especialmente al ejecutivo. Este órgano tiene competencias en materia de nombramientos, inspección y régimen disciplinario, así como en otros componentes del estatuto jurídico de jueces y magistrados. Igualmente, es competente para emitir opiniones a través de informes o dictámenes sobre temas esenciales que afecten al poder judicial o sobre proyectos o proposiciones de ley relacionados con la justicia. Es importante destacar lo que este órgano no representa. No se trata de una institución de autogobierno de los jueces, ya que sus atribuciones son más amplias y abarcan la gestión y la organización de todo el poder judicial. Tampoco es un órgano

jurisdiccional en sentido estricto, es decir, no tiene la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no ejerce como tribunal. En suma, estos serían los rasgos coincidentes de la mayoría de los órganos de gobierno de los jueces (Rebollar, Y., Rosales, C. M., 2016: 209-219; López Guerra, L. M., 1997: 11-32).

Si nos acercamos a la naturaleza jurídica del CSM, podremos observar rápidamente que no se asemeja a la descrita en el párrafo anterior. Más aún, en ninguno de los tres primeros nacimientos del Consejo se cumplen algunas de las premisas fundamentales que hemos destacado. Si nos situamos en su tercer nacimiento, el que se produjo en 1958 con la aprobación de la Constitución de la V República, podemos determinar que estamos ante una institución que, según la Carta Magna, no es la que garantiza la independencia judicial, sino que actúa como el «asistente» del garante de esta independencia, que no es otro que el Presidente de la República. Esto quebranta el primer factor destacado de la naturaleza de este tipo de órganos. Por otro lado, las funciones del CSM estaban relegadas únicamente a nombramientos y régimen disciplinario, compartiéndolas con el poder ejecutivo. El Presidente de la República tenía la última palabra en los nombramientos, y la potestad disciplinaria estaba compartida con el Ministerio de Justicia, aunque en esta última competencia era donde el CSM tenía más capacidad de actuación. Tanto es así que, para aplicar medidas disciplinarias, el Consejo se convertía en una jurisdicción, presidida por el Presidente de la Corte de Casación, quien no formaba parte de la composición general del CSM. En resumen, la especialidad del Consejo francés queda patente en su diseño y funciones, que difieren significativamente de las premisas ideales para un órgano de gobierno de los jueces (Ferrand, F., 2021: 69-89; Martinel, A., Natali, F., 2014: 33-35; Soula, M., 2013: 171-187; Lapouble, J-C., 2021: 125-137).

La creación del CSM como un órgano genuino en 1958 reveló algunas deficiencias que obstaculizaban su función principal: asegurar la independencia judicial. Esta fue la razón primaria detrás de las reformas constitucionales y legales posteriores, más allá de los acontecimientos específicos de cada momento. Durante la V República, el CSM ha vivido dos transformaciones fundamentales: en 1993 y en 2008. Estas reformas se centraron en abordar los problemas judiciales fundamentales. Así, se modificó la composición del Consejo que ha ido variando hasta que por fin, en la primera década del siglo XXI, se eliminó la presidencia y vicepresidencia ejecutiva, dando lugar al cuarto nacimiento del CSM. Además, las funciones de esta institución se han ido ampliando para otorgarle mayor autonomía y garantizar el buen funcionamiento de la justicia y la independencia judicial. Pero estas modificaciones trajeron más novedades. En primer lugar, la estructura del CSM se triplicó, con tres formaciones, dos de las cuales son claramente

distintas. Esto se debe a que tanto jueces como fiscales forman parte del poder judicial en Francia. En segundo lugar, la compulsión de la apertura de este órgano hacia la ciudadanía se acentuó a partir de finales de 1990. En este sentido, los justiciables ahora pueden presentar denuncias disciplinarias contra jueces ante el Consejo. Acabar con la desconfianza del poder judicial en la sociedad se ha convertido en una de las labores principales del CSM. Todos estos cambios están relacionados con el proceso de mutación constante del sistema constitucional durante la V República (Le Pourhiet, A.-M., 2018: 753-766; Delaloy, G., 2000: 632-641; Dubuy, M. 2009: 127-132).

Las nuevas cualidades del CSM no han estado exentas de críticas. La doble y triple formación de este Consejo plantea dudas en cuanto a si podría fomentar el corporativismo. El hecho de que la presidencia pase de estar en manos del Presidente de la República a los presidentes de la Corte de Casación, tanto en magistrados como en fiscales, genera recelos en relación con un posible clientelismo. Esta sospecha desaparece cuando consideramos que el CSM se convierte en una jurisdicción para aplicar el régimen disciplinario a jueces y magistrados. Algunos expertos abogan por una sola formación que evite estas suspicacias y que actúe de manera igualitaria para jueces y fiscales. También se pone en evidencia la integración de las personalidades externas al ámbito del Derecho. Aunque se entiende como una apertura hacia la sociedad, es importante que no superen en número a los demás miembros del CSM, ya que esto iría en contra de las exigencias del Consejo de Europa. Además, sus conocimientos para ejercer este puesto pueden ser insuficientes. Al mismo tiempo, el nombramiento de estas personalidades está estrechamente vinculado al poder político, lo que vuelve a suscitar sospechas sobre el control de los otros dos poderes sobre el órgano de gobierno de los jueces. La mencionada apertura judicial hacia la ciudadanía puede comportar algunos riesgos importantes ya que detrás de esta consigna se puede encontrar la sumisión del poder judicial a los poderes elegidos por la ciudadanía, es decir, al ejecutivo y al legislativo. El mandato del CSM ha sido objeto de debate, especialmente porque hasta 2023 todo el Consejo se renovaba por completo. La opción de una renovación por fracciones podría ser beneficiosa. De hecho, la Ley Orgánica n.º 2023-1058 ha incorporado una renovación por fracciones entre los miembros no juristas. Algunos autores manifiestan que este enfoque es el camino a seguir para mejorar el CSM (Imbert-Quaretta, M., 2017: 31-32).

A pesar de todas estas transformaciones, el CSM todavía enfrenta numerosos obstáculos. Por ejemplo, el Ministro de Justicia tiene la potestad de participar en las sesiones del Consejo y, ni la Constitución ni las leyes, especifican cómo será dicha participación. La autonomía presupuestaria sólo se consiguió en el año 2010, dependiendo económica y materialmente, hasta entonces, de lo estipulado por el Ministerio. La mal llamada «clemencia» del

CSM frente a las quejas disciplinarias de los jueces sigue siendo parte del imaginario social. Hoy día, muchas funciones clave del CSM siguen siendo competencia del Ministerio, como la inspección general de los servicios judiciales, o de otros órganos, como la formación de los jueces, que depende de la Escuela Nacional de la Magistratura. Tampoco puede elaborar dictámenes o informes sobre aquellas leyes que le conciernen o sobre las materias propias del poder judicial (Errera, R., 2009: 1-19; Jahier, S., 2019: 33-42; Jahier, S., Villacèque, J., 2022: 239-265).

No obstante, hay que destacar que el CSM cuenta con elementos consolidados que no generan controversias, a diferencia de lo que sucede con otros órganos de gobierno judicial. Estos elementos se relacionan con su elección y estatuto jurídico. A pesar de que existe cierta crítica hacia el número de miembros no especializados del CSM, en general, los nombramientos se realizan de manera pacífica. La elección por parte de los titulares del poder judicial coexiste con la designación de los poderes políticos. Anteriormente, el primer tipo de elección era tachada de corporativista cuando estaba en manos exclusivas de los Altos Tribunales judiciales. Una vez que la ley implementó un sistema completo de elección donde puede participar la inmensa mayoría de los jueces y magistrados, este problema cesó. La designación por parte de los poderes políticos se limita a las seis personalidades, que actualmente representan un número menor que los miembros juristas (no era así antes de la reforma constitucional de 2008), reduciendo al mínimo esta forma de nombramiento. En lo que se refiere al mandato, que es de cuatro años, una vez cumplido el plazo, los miembros del CSM dejan sus funciones automáticamente, sin posibilidad de permanecer en interinidad hasta los siguientes nombramientos. Esta regla no ha causado retrasos relevantes en los nombramientos³⁶. En el caso español, donde hemos comprobado en las últimas semanas que se vuelve a mencionar la posibilidad de rebajar las mayorías en el parlamento para renovar el CGPJ, podría ser útil revisar la experiencia francesa y observar cómo han evitado bloqueos y debates acalorados sobre la renovación del órgano de gobierno de los jueces (Rodríguez-Patrón, P., 2023: 1-22; Vidal Martín, T., 2023: 347-384; Bustos Gisbert, R., 2022: 23-120).

En última instancia, podemos afirmar que la naturaleza jurídica del CSM al comienzo de la V República no correspondía con los elementos generales de la naturaleza jurídica de los órganos de gobierno judicial. Sin embargo, a

³⁶ Algún periodista español se hizo eco del buen funcionamiento del sistema francés de nombramiento de los miembros del CSM. Véase, la noticia del día 19 de febrero de 2023, en *La Vanguardia*, titulada «El poder judicial sí se renueva». Fue escrita por el corresponsal de este diario en París, Eusebio Val <<https://shorturl.at/gkIV0>> [Última consulta: 26/04/2024].

lo largo de los últimos treinta y cuatro años, esta naturaleza ha evolucionado mediante diversas reformas constitucionales y legales para acercarse cada vez más a la configuración básica de otros consejos judiciales. A pesar de todo, el CSM sigue siendo una institución genuina con rasgos propios y únicos que se originan en el contexto de su Estado constitucional de derecho. Los dos problemas endémicos del tercer poder del estado francés no han desaparecido por completo, pero se están dando pasos para alejarse de ellos, aunque habrá que poner atención a la deriva que adquiere la apertura ciudadana del CSM y de la justicia. Surge la pregunta de si lograrán este objetivo mediante nuevas reformas normativas o si será necesario acompañarlas de una transición social, política y jurídica para comprender plenamente qué clase de órgano es el CSM y cuáles deben ser sus funciones esenciales para salvaguardar la independencia judicial. La sociedad francesa ya ha experimentado una considerable evolución en su percepción del CSM gracias a los esfuerzos de la magistratura, de algunos políticos y de la doctrina. Por lo tanto, es probable que la transformación de este órgano pueda proseguir. Recordemos de nuevo las palabras del antiguo miembro del CSM, Jean Gicquel, quien definió al Consejo Superior de la Magistratura como «una creación continua de la República» (Errera, R., 2009: 1-19; Delaloy, G., 2000: 632-641).

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio, M. A., *El Status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Universidad de Barcelona Publicaciones, Barcelona, 1995.
- Bancaud, A., Jean, J-P., «Les juges en enquête : histoire de l'inspection des services judiciaires», en VV. AA., *Juger les Juges Du Moyen Age au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Association Française pour l'Histoire de la Justice, La Documentation Française (Éditeur public), Paris, 2000, pp. 180-205.
- Bancaud, A., *Une exception ordinaire. La magistrature en France, 1930-1950*, Gallimard, Paris, 2002.
- «Normalisation d'une innovation: le Conseil supérieur de la magistrature sous la IVe République», *Droit et Société*, Vol. 2, n.º 63-64, 2006, pp. 371-381.
- Bechtel, M-F., Chauvin, F., Jegouzo, Y., Henry-Meiningner, M-C., «Le point sur la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 : la réforme de la Haute Cour de justice et du Conseil supérieur de la magistrature», *Revue Française d'Administration Publique*, n.º 68, 1993, pp. 639-447
- Bloch, E., «Le Conseil supérieur de la magistrature de la Constitution du 2 octobre 1946. Une institution peut-être trop décriée», en Royer, J-P. (textes réunis par), *Être juges demain*, Presse universitaire de Lille, Lille, 1983, pp. 179-205.
- Bodineau, P., Verpeaux, M., *Histoire Constitutionnelle de la France*, Collection Que sais-je ? Puf, Paris, 2013.
- Bustos Gisbert, R., «Política, independencia y autogobierno judicial: cuatro miradas», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 198, 2022, pp. 93-120

- Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001. Obra original, *Contribution à la théorie générale de l'Etat: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, 2 vols, Sirey, Paris, 1920-22.
- Casal Oubiña, D., «La política de los jueces: el gobierno del poder judicial en los sistemas políticos. Un estudio del modelo de Consejos», *Revista Gobierno y Gestión Pública*, Vol. X, n.º 2, 2023, pp. 32-49.
- Charvet, D., «La déontologie des magistrats, un nouveau pacte pour la justice», *Esprit*, n.º 11, 2009, pp. 233-237.
- Chauvaud, F., «La Justice en France, 1789-1939. Un modèle à l'épreuve», *Crime, Histoire & Sociétés*, Vol. 6, n.º 1, 2002, pp. 1-22.
- Delaloy, G., «La réforme du Conseil supérieur de la magistrature : vers un Conseil supérieur du Pouvoir judiciaire ?», *La Revue Administrative*, n.º 318, 2000, pp. 632-641.
- Devillé, A., «Le syndicat de la magistrature en France 1968-1988. Interprétation de la construction d'une action collective», *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, n.º 2, Vol. 31, 1993, pp. 55-68.
- Dubuy, M., «La réforme constitutionnelle de juillet 2008 ou comment rénover la constitution sans la trahir», *Civitas Europa*, n.º 22, 2009, pp. 127-132.
- Durali, S., Dietsch, G., «Le Gouvernement provisoire de la République française (1944-1946)», en Durali, S., Dietsch, G., *Une Histoire politique de l'EPS : du XIX siècle à nos jours*, De Boeck Supérieur, Belgique, 2022, pp. 139-149.
- Eisenmann, C., *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu: bicentenaire de l'esprit des lois*, Sirey, Paris, 1952.
- Errera, R., «Sur le Conseil supérieur de la magistrature français : réflexions et perspectives», *Justice-Justiz-Giustizia*, n.º 2, 2009, pp. 1-19.
- «Sur l'indépendance et la responsabilité des magistrats», en Gaboriau, S., Pauliat, H., *La responsabilité des magistrats*, Presses Universitaire de Limoges, Limoges, 2008, pp. 70-86.
- Favoreu, L., et al., *Droit Constitutionnel (24e édition)*, Dalloz, Paris, 2022.
- García Roca, J., «Del principio de la división de poderes», *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 108, abril-junio, 2000, pp. 41-75.
- Ferrand, F., «El futuro del Tribunal de Casación francés», en Nieva Fenoll, J., Cavaní, R. (dirs.), *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 69-89.
- Fourniel, B., «Associations et syndicats de magistrats de l'ordre judiciaire dans la France du XXe siècle», en Krynen, J., Gaven, J.-C., *Les désunions de la magistrature*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, Toulouse, 2013, pp. 147-170.
- Gimeno Sendra, J. V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, A Coruña, 2024.
- Gordillo Pérez, L. I., «Sobre el concepto de Estado de Derecho y sus desafíos en la actualidad», en Arriola Echaniz, N., Rosado Villaverde, C. (dirs.), Delgado Ramos, D., Gordillo Pérez, L. I. (coords.), *La era de la fragmentación política: una mirada retrospectiva de la Ley de partidos*, Athenaica Ediciones, Sevilla, 2023, pp. 27-52.

- Guichard, F., «Las tres jornadas de huelga de la magistratura en Francia», traducción de Fernando Escribano Martín, *Jueces para la democracia*, n.º 11, 1990, pp. 88-92.
- Houillon, P., «Justice. L'après-Outreau», *Études*, Vol. 406, n.º 3, 2007, pp. 333-345.
- Imbert-Quaretta, M., «Nomination des juges et conseil supérieur de la magistrature», *Cairn. Après-Demain*, Vol. 1, n.º 41, 2017, pp. 31-33.
- Jahier, S., «Quelle responsabilité des magistrats ?», *Les Cahiers Portalis*, Vol. 1, n.º 6, 2019, pp. 33-42.
- Jahier, S., Villacèque, J., «La discipline et la responsabilité des magistrats», en Beignier, B., Villacèque, J., Volff, J., *Droit et déontologie des magistrats*, LGDJ, Paris, 2022, pp. 239-265.
- Jourdanie, N., «Du contrôle hiérarchique à la gestion dynamique de l'activité judiciaire», *Revue Française d'Administration Publique*, Vol. 4, n.º 184, 2022, pp. 955-970.
- Lafon, J., *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien Régime*, Droz, Genève, Paris, 2001.
- Lapouble, J.-C., «Les décisions disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature vues par le Conseil d'État (II)», *Les Cahiers de la Justice*, n.º 1, 2021, pp. 125-137.
- Le Divellec, A., «Vers la fin du 'parlementarisme négatif' à la française ?», *Jus Politicum*, n.º 6, 2011, pp. 1-31.
- Le Pourhiet, A.-M., «Participation et citoyenneté : progrès démocratiques ou gadgets constitutionnels ?», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Vol. 4, n.º 116, 2018, pp. 753-766.
- Lochak, D., *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Paris, 2015.
- López Guerra, L. M., «El gobierno de los jueces», *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 1, 1997, pp. 11-32.
- Martinel, A., Natali, F., «Le Conseil Supérieur de la Magistrature, protecteur des magistrats ou des justiciables ?», *Cairn. Après-Demain*, Vol. 2, n.º 30, 2014, pp. 33-35.
- Masson, G., *Les juges et le pouvoir*, Syros, Paris, 1977.
- Mathieu, B., «Quelques éléments du débat sur les compétences du Conseil supérieur de la magistrature français», en *Table Ronde de la Commission de Venise : Une nouvelle conception des Conseils Supérieurs de la Magistrature face aux défis contemporains*, Comisión de Venecia, Roma, 21-22 de marzo de 2022, pp. 1-13.
- Millard, E., «Le modèle français : deux formes de présidentialisation du régime parlementaire», *Teoria Politica*, n.º 3, 2013, pp. 211-231.
- Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, Edición de Demetrio Castro Alfin, Ediciones Itsmo, Tres Cantos, 2002. Obra original, *De l'esprit des loix*, Barrillot & Fill, Genève, 1748.
- Morabito, M., *Histoire Constitutionnelle de la France : de 1789 à nos jours*, LGDJ, Paris, 2020.
- Murillo de la Cueva, P. B., «El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 35, 1995, pp. 167-239.
- Pluen, O., «Le statut des magistrats», en Beignier, B., Villacèque, J., Volff, J., *Droit et déontologie des magistrats*, LGDJ, Paris, 2022, pp. 81-115.

- Rials, S., *Textes Constitutionnels Français*, Collection Que sais-je ? PUF, Paris, 2010.
- Ricard, T., *Le Conseil Supérieur de la magistrature*, Collection Que sais-je ? PUF, Paris, 1989.
- Robollar, Y., Rosales, C. M., «La experiencia europea del Consejo de la Magistratura como órgano de gobierno del Poder Judicial», *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 40, 2016, pp. 209-244.
- Rodríguez-Patrón, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 39, 2023, pp. 1-22.
- Ron Latas, R. P., Lousada Arochena, J. F., «Los Consejos de la Magistratura y otros modelos de gobierno judicial», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 21, 2017, pp. 300-313.
- Rosado Villaverde, C., *Constituciones y jurisdicciones especiales. Evolución, tensión y transformación de la unidad e independencia del poder judicial en el constitucionalismo español*, Colex, A Coruña, 2022.
- Royer, J-P., Derasse, N., Allinne, J-P., Durand, B., Jean, J-P., *Histoire de la justice en France*, Collection Droit Fondamental, PUF, Paris, 2016.
- Rudelle, O., *La République absolue. 1870-1889*, Publications de la Sorbone, Paris, 1986.
- Sánchez Castañeda, A., «El Consejo Superior de la Magistratura francés: una independencia difícil de conseguir», *Cuestiones Constitucionales*, n.º 4, enero-junio 2001, pp. 279-289.
- Salas, D., «Réforme de la justice ou révolution des pouvoirs?», *Esprit*, n.º 244(7), 1998, pp. 176-182.
- Soula, M., «‘Faire corps’, une illusion d’institution? Les relations entre magistrats d’après la jurisprudence du Conseil Supérieur de la Magistrature (1958-2010)», en Cabanis, A., Devaux, O., *Les désunions de la magistrature (XIXe-XXe siècles)*, Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2013, pp. 171-187.
- Velley, S., *Histoire constitutionnelle française : de 1789 à nos jours*, Ellipses, Paris, 2009.
- Vidal Martín, T., «Una propuesta conciliadora para la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial: la necesaria despolitización del mismo y la superación de las situaciones de bloqueo», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 51, 2023, pp. 347-384.
- VV. AA., *Juger les Juges Du Moyen Age au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Association Française pour l’Histoire de la Justice, La Documentation Française (Éditeur public), Paris, 2000.

Estudios

LA SEGURIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL: CONDICIÓN DE POSIBILIDAD DE LA DIGNIDAD HUMANA¹

*The security in current constitutionalism: condition of
possibility of human dignity*

Miguel Agudo Zamora
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Córdoba, España
<https://orcid.org/0000-0003-1378-4708>

<https://doi.org/10.18543/ed.3104>

Fecha de recepción: 24.04.2024

Fecha de aprobación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

El fin del Constitucionalismo es el establecimiento de un sistema político-jurídico que haga posible que el ser humano lleve una vida digna. Para alcanzar este objetivo es necesario que el Estado proporcione seguridad. Las teorías filosóficas contractualistas y utilitaristas han aportado importantes reflexiones que propiciaron la inclusión de referencias a la seguridad desde los primeros textos constitucionales. El alcance de la seguridad va de la mano del modelo constitucional. En la actualidad resulta inconcebible una noción de seguridad que no incluya también en su alcance los fines propios del Estado social. Por ello, el concepto clásico de seguridad se ha visto ampliado por los conceptos de seguridad humana y de seguridad nacional, que abordan diferentes dimensiones de la protección y el bienestar, ya sea a nivel estatal o individual.

¹ Este trabajo se enmarca en las actividades del Grupo de Investigación SEJ-772 “Democracia, Pluralismo y Ciudadanía” de la Junta de Andalucía, así como del Proyecto “Ciudadanía y Cultura de la Defensa” financiado por el Ministerio de Defensa del Gobierno de España desde hace más de ocho años.

Así pues, el contenido de la noción de seguridad desde el punto de vista constitucional debería ampliarse e incluir tanto los roles tradicionales de prestación de seguridad por parte del Estado como aquellos otros derivados de la consecución y mantenimiento de las condiciones económicas, sociales y políticas necesarias para el desarrollo y progreso de la nación.

Palabras clave

Constitucionalismo; Dignidad Humana; Seguridad.

Abstract

The aim of Constitutionalism is the establishment of a political-legal system that makes it possible for human beings to lead a dignified life. To achieve this goal, it is necessary for the State to provide security. Contractualist and utilitarian philosophical theories have contributed important reflections that led to the inclusion of references to security from the earliest constitutional texts. The scope of security goes hand in hand with the constitutional model. Nowadays, a notion of security that does not also include the aims of the social State is inconceivable. Therefore, the classical concept of security has been expanded by the concepts of human security and national security, which address different dimensions of protection and well-being, either at the State or individual level. Thus, the content of the notion of security from a constitutional point of view should be broadened to include both the traditional roles of security provision by the State and those derived from the achievement and maintenance of the economic, social, and political conditions necessary for the development and progress of the nation.

Keywords

Constitutionalism; Human Dignity; Security.

Sumario: I. LA SEGURIDAD: CLAVE DE BÓVEDA DE UNA ESTRUCTURA, EL CONSTITUCIONALISMO; Y DE UN OBJETIVO, LA DIGNIDAD HUMANA. II. NOCIÓN(ES) DE SEGURIDAD: CONTRACTUALISMO Y UTILITARISMO. 1. La seguridad en la filosofía política del contractualismo clásico. 2. Utilitarismo y seguridad. 3. Rawls, la vuelta al contractualismo y el horizonte axiológico del Estado social de Derecho. III. LA INTEGRACIÓN DE COMPONENTES TRADICIONALES Y MODERNOS EN EL CONCEPTO DE SEGURIDAD. 1. El imprescindible contenido tradicional de la noción de seguridad. 2. Ampliación del concepto de seguridad: la seguridad humana. 3. ¿La seguridad nacional como concepto integrador? IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA SEGURIDAD: CLAVE DE BÓVEDA DE UNA ESTRUCTURA, EL CONSTITUCIONALISMO; Y DE UN OBJETIVO, LA DIGNIDAD HUMANA

La clave de bóveda es un término que se utiliza en arquitectura para describir la piedra o el ladrillo central en un arco o bóveda que sostiene el peso de la estructura y distribuye las fuerzas hacia los lados. Es la piedra central que cierra y asegura el arco, manteniendo su estabilidad y resistencia. La integridad de la estructura de muchos edificios históricos y modernos depende de ella.

En un sentido figurado, el término es usado para referirse a aquello que es esencial o fundamental para el éxito o la seguridad de algo. Así en el ámbito de la informática la clave de bóveda sería una contraseña maestra que proporcionara acceso seguro a información confidencial o sistemas críticos. En un proyecto o plan complejo, una determinada estrategia o recurso puede ser la clave de bóveda que garantice su éxito. Así, en el desarrollo de un producto, la innovación tecnológica podría ser la clave de bóveda para destacar en el mercado. Igualmente, en el contexto de una carrera profesional, ciertas habilidades o competencias pueden ser la clave de bóveda para avanzar o sobresalir en un campo específico. O en un proceso de negociación, un cierto término o condición puede ser la clave de bóveda que garantice un acuerdo favorable para todas las partes involucradas.

En resumen, cualquier elemento crucial que garantice la estabilidad de una estructura o el éxito en la consecución de un objetivo puede ser considerado clave de bóveda.

Fijada la noción de clave de bóveda, señalemos ahora cuál es la estructura sobre la que la seguridad operará como elemento esencial: el

Constitucionalismo. Y más aún, como piedra angular de la posibilidad de hacer real un excelso objetivo: la dignidad humana en el orden político y social².

El Constitucionalismo es ese conjunto de principios, valores y prácticas que se basan en la idea de que el poder del Estado debe estar limitado y controlado por una Constitución. Concepto que surge como respuesta histórica a la necesidad de establecer un marco jurídico y político que protegiera los derechos y libertades de los ciudadanos, así como garantizara la división y el equilibrio de poderes dentro del Estado.

Como es bien conocido, al hablar de Constitucionalismo fijamos una serie de elementos que lo configuran: Estado de Derecho, División de poderes, Protección de derechos fundamentales y Supremacía constitucional.

Todos estos elementos son sobradamente conocidos por quien se acerca a la lectura de un artículo científico en una revista jurídica. No obstante, recordemos de un modo sucinto la esencia conceptual de los mismos:

- Estado de Derecho: implica la idea de que todas las personas, incluidos los gobernantes, están sujetas a la ley y deben cumplirla. Esto implica que el ejercicio del poder estatal debe estar sujeto a normas y procedimientos establecidos en la Constitución y en las leyes.
- División de poderes: el poder estatal se distribuye entre diferentes órganos o ramas del gobierno, como el ejecutivo, legislativo y judicial. Esta división tiene como objetivo evitar la concentración excesiva de poder en una sola instancia y garantizar un sistema de controles y contrapesos.
- Protección de derechos fundamentales: el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales de los individuos, incluidos los de naturaleza social, son pieza fundamental de la paz y convivencia. Estos derechos son protegidos y garantizados por la Constitución y no pueden ser violados por el Estado.
- Supremacía constitucional: el principio de que la Constitución es la norma suprema del Estado y prevalece sobre cualquier otra ley o acto normativo significa que cualquier ley o acción del gobierno que contradiga la Constitución es considerada nula e inválida. Por lo tanto, han de existir mecanismos y procedimientos de control para verificar la conformidad de las leyes y actos gubernamentales con la Constitución.

Pero esta aproximación estructural a los elementos configuradores del Constitucionalismo quedaría irremediablemente coja si no se le añadiera la mirada teleológica. O, dicho de otro modo: ¿para qué todo esto?

² Sobre la relación Constitucionalismo-Seguridad-Dignidad puede consultarse Agudo Zamora (2019). Algunas de las ideas expuestas en dicho trabajo han sido desarrolladas con mucha más extensión y profundidad en este artículo.

Para dar respuesta a esta pregunta nuevamente acudimos a ideas que forman parte del más elemental acervo común del Constitucionalismo: la persecución de la consecución y materialización del valor ético de la dignidad humana, a través del respeto de los derechos, constituye el fundamento del orden político y de la paz social en los Estados constitucionales de Derecho.

De este modo la materialización de la dignidad a través de la protección de derechos resulta ser tanto un elemento configurador del Estado constitucional como la principal finalidad que éste persigue. Se establece, de este modo, un estrecho nexo de interdependencia genético y funcional entre el Estado de Derecho y los derechos, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.

La mayor o menor amplitud del reconocimiento constitucional de los derechos, así como el nivel de protección o garantías de los que disfruten, serán un parámetro suficientemente indicativo de la legitimidad democrática del orden político, existiendo una profunda relación entre el papel asignado a los derechos y libertades y el sistema de organización y ejercicio de las funciones estatales.

En la normativa constitucional de los países democráticos, los derechos fundamentales gozan, pues, de un doble carácter, presentándose como un conjunto de valores objetivos básicos y como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas. Desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo, actúan como garantías de la libertad individual y de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el plano objetivo asumen un componente institucional, funcionando como medio para el logro de los fines y valores constitucionales³.

El primer artículo de la Constitución española de 1978 (CE), tras definir la forma de Estado, proclama como valores superiores del ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Este precepto se conecta estrechamente con el que inaugura el Título I, que, entre los fundamentos del orden político y de la paz social, incluye la dignidad de la persona

³ Partiendo del rango de fundamento del orden político que ostentan los derechos, el Tribunal Constitucional español ha formulado la doctrina de la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, de los derechos fundamentales. Así en la Sentencia 25/81, de 14 de julio, el Tribunal ha declarado que "en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuantos derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un "status" jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución."

humana; pues es evidente que dichos valores superiores del ordenamiento necesitan como presupuesto básico para su plena existencia el íntegro desarrollo ético de los miembros de la sociedad que por ellos se rige.

Por lo tanto, el reconocimiento de derechos no es sino la manifestada obligación de la primacía del valor constitucional último: la dignidad de la persona humana, al que está íntimamente unido el libre desarrollo de la personalidad⁴.

O dicho de un modo más genérico: el sentido del Constitucionalismo es el establecimiento de un sistema político-jurídico que tenga como principio y como fin la dignidad humana. Y para que ello sea posible es necesaria la seguridad como clave de bóveda del sistema.

En esa misma dirección de caminar hacia la consecución de las condiciones de posibilidad de la dignidad, el Preámbulo de la Constitución comienza con el deseo de la Nación española de establecer la justicia, la libertad y la seguridad y de promover el bien de cuantos la integran.

Desde el primer momento nuestra Constitución establece cuatro objetivos que van a ser perseguidos a lo largo de todo el texto y que se van a proyectar en diferentes principios, derechos e instituciones: la justicia, la libertad, la seguridad y el bienestar. Objetivos que constituyen a la vez el alfa y el omega de la dignidad del ser humano, su raíz y su horizonte.

Que la seguridad sea uno de estos cuatro objetivos primigenios de nuestra Constitución no debe resultarnos algo extraño, pues ya el pueblo de los Estados Unidos, en 1787 se dio una Constitución con la finalidad “de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad”. (Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos).

En ese mismo sentido, el artículo 2 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamaba que “la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

La seguridad se contempla, pues, tanto como un derecho en sí mismo, así como un instrumento necesario para garantizar la libertad y los derechos (“los beneficios de la libertad”).

Desde esta óptica, la de la seguridad como un instrumento necesario para garantizar la libertad y sus beneficios no podemos dejar de recordar a Hobbes para el que “el Estado perdería su razón de ser si la seguridad no fuese

⁴ En esta línea, Peces Barba (1984, p. 85-86) cree que "la dignidad de la persona es el fundamento y la razón de la necesidad de estos valores superiores, es la raíz última de todo" y que éstos son "los caminos para hacer real y efectiva la dignidad humana".

garantizada”⁵. Por ello, las instituciones políticas y sociales sólo se justifican en la medida en que protegen los intereses y garantizan los derechos individuales.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en su primer artículo, proclamaba que “la meta de la sociedad es la felicidad común”.

Este postulado, desde una perspectiva individual, también lo encontramos en el artículo 1º de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, prefacio de la actual Constitución norteamericana. Recordemos, pues, uno de los textos paradigmáticos del constitucionalismo: “Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que no pueden privar o desposeer a su posteridad por ninguna especie de contrato, cuando se incorporan a la sociedad; a saber, el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad”.

O sea, desde los primeros textos del Constitucionalismo, la seguridad ya se encuentra reconocida como condición de posibilidad de la felicidad, terminología que recoge la esencia del fin ético-emocional que luego, tras la Segunda Guerra Mundial, será denominado dignidad, desde una perspectiva individual, o bienestar, desde la óptica colectiva, tanto en textos constitucionales como en otros de alcance internacional.

II. NOCIÓN(ES) DE SEGURIDAD: CONTRACTUALISMO Y UTILITARISMO

Para llegar a la inclusión de estas referencias a la felicidad y la seguridad en los primeros textos constitucionales hay que hacer algunas referencias, aunque sean sucintas, a diversos autores que desde la filosofía política pusieron las bases doctrinales que posibilitaron el origen del Constitucionalismo.

⁵ Seguridad que en el Siglo XXI necesariamente va de la mano de la idea de libertad y del concepto de libre desarrollo de la libertad. Por eso, la idea de seguridad no debe entenderse de la manera en que lo hacía Hobbes en su obra *Leviatán*: “esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propia y se reconozca a sí mismo como autor de cualquier cosa que haga, o promueva, quien representa a su persona, en aquellas cosas que convienen a la paz, y a la seguridad comunes, que, además, someta sus voluntades cada uno a la voluntad de aquél y sus juicios a su juicio. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad de todos ellos en uno más, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres, mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina *Estado*, en latín *civitas*. Esta es la generación de aquel gran *Leviathan*...al cual debemos nuestra paz y nuestra defensa” (*Leviatán*, 1940, 140).

Al hablar de ellos encontraremos una aparente dualidad entre contractualismo y utilitarismo abocada a la fusión de sus horizontes. De tal modo que la división que se realiza a continuación entre ambas posiciones filosóficas resulta necesaria a efectos explicativos, aunque al ser común la finalidad perseguida podría perfectamente no haberse producido, o que la división se hubiera realizado siguiendo otros criterios hermenéuticos.

1. *La seguridad en la filosofía política del contractualismo clásico*

Tal como ha puesto de manifiesto Milione (2024), la seguridad, el Derecho y las estructuras de poder desarrollan una estrecha relación: el Estado nace como proveedor de seguridad, y esta adquiere matices distintos en función del grado en que el poder esté llamado a involucrarse en la vida de los ciudadanos. Un corolario importante relacionado con este principio es el siguiente: cuando las estructuras de poder organizado para garantizar el bienestar fallan, o cuando los seres humanos desarrollan su existencia en contextos de crisis (económica, social y política), es entonces cuando el individuo estará dispuesto a buscar la seguridad a cualquier costo.

Como hemos señalado, la tesis que planteamos parte del establecimiento del binomio dignidad-seguridad. La naturaleza del ser humano integra la autopercepción de la dignidad como prius de la existencia humana. Y a la vez, la naturaleza humana es política. En este componente político, o sea social, de la naturaleza humana la seguridad es el elemento que posibilita la autonomía personal y el goce de los derechos. Sin seguridad no se dan las condiciones de posibilidad de la dignidad humana.

Ahora bien, el alcance de la seguridad no ha sido siempre el mismo. Va de la mano del modelo constitucional imperante. En los primeros momentos del Constitucionalismo la noción de seguridad se circunscribía a la protección de derechos tales como la vida, la libertad o la propiedad. En la actualidad resulta inconcebible una noción de seguridad que no incluya en su alcance los fines propios del modelo de Estado social, tal como expondremos a lo largo de este trabajo.

Entrando en esta breve evolución histórica de la noción de seguridad debemos señalar que, para la cultura helénica, la seguridad no es el factor principal que impulsa a convivir en sociedad, sino un factor accesorio, relegado a una dimensión fundamentalmente individual, un asunto puramente interno y de carácter privado.

En el mundo romano, la idea de *securitas* comienza a abandonar esta dimensión reducida y, especialmente en los siglos I-III d.C., adquiere fuertes matices políticos, ligados a la capacidad del imperio de mantener la paz, y así se habla de “*securitas pública*” o de “*securitas perpetua*”.

En la época medieval, la seguridad personal no se consideraba un aspecto crucial en la teoría política. Fue después de la Reforma protestante cuando la seguridad del Estado comenzó a ser un tema político importante. A partir de ese momento, el principio de seguridad del Estado requería cualquier medida o estrategia que permitiera al gobierno perseguir sus intereses, especialmente en asuntos exteriores.

No fue hasta el siglo XV cuando la seguridad individual volvió a ser relevante, junto con su dimensión colectiva. Con la Ilustración, posteriormente, y la adopción de los principios del liberalismo burgués, la seguridad se estableció como un concepto políticamente relevante también a nivel individual, siendo parte de los derechos y libertades individuales que se aspiraban a reconocer. Sin embargo, la articulación jurídica de esta noción de seguridad dependerá estrechamente del modelo político y constitucional del Estado responsable de garantizarla.

Entrando en las concepciones propias de algunos autores de la época moderna⁶ debemos recordar a Maquiavelo (1513-1531), para quien la formación temprana de las ciudades se ve impulsada en gran medida por la búsqueda de seguridad. La garantía de la paz social se convierte en un elemento crucial para el progreso de la comunidad política, siendo considerada como el fundamento que justifica y legitima el ejercicio del poder soberano. El papel del líder no se limita, pues, únicamente a la protección contra amenazas externas, sino que también incluye la implementación de una administración de justicia efectiva a nivel interno. Esto no solo contribuirá al bienestar general, sino que también cultivará un ambiente social marcado por la confianza, la certeza y el sentido de pertenencia, en resumen, la seguridad.

Indudablemente, al abordar el concepto de seguridad en la Edad Moderna, es crucial mencionar, aunque sea de manera sucinta, a Hobbes (1642; 1651; 1658). El autor inglés, del que ya hemos hecho referencia anteriormente, parte del supuesto de que los seres humanos viven en un estado de igualdad total, marcados por su vulnerabilidad y el afán de supervivencia. Estas condiciones llevan a los individuos, por un lado, a desconfiar unos de otros y, por otro, a aspirar al poder para controlar y disponer de todo. En este contexto de competencia, el ser humano busca desarrollar mecanismos de autodefensa que puedan aumentar su seguridad. De ahí surge la idea de formar coaliciones o establecer un gobierno civil (el “Leviatán”), donde cada individuo renuncia a su libertad absoluta y natural a cambio de la seguridad que un soberano, investido de poder ilimitado, se compromete a brindar. Por consiguiente, velar por la seguridad implica establecer leyes justas, administrar la

⁶ Para un estudio profundo de la doctrina propia de los autores más relevantes de la época moderna en relación a la noción de seguridad, recomendamos la lectura de Milione (2024).

justicia de manera adecuada, educar a la población en la obediencia y evitar la propagación del descontento. Según Hobbes, el deseo de seguridad es el propósito fundamental del Estado.

Locke, por su parte, adopta una visión optimista y constructiva de la naturaleza humana, buscando crear un sistema político coherente que armonice la búsqueda de intereses individuales con la protección del bien común. Según Locke (1690), el Estado surge a partir del consentimiento mayoritario de los miembros de la comunidad, quienes deciden renunciar a una “libertad absoluta” (la del estado de naturaleza) en favor de alcanzar una “libertad perfecta” (la del Estado civil). No obstante, para el filósofo inglés, la función principal del Estado civil es asegurar la protección de lo que considera el bien máspreciado: la vida, la libertad y la propiedad. En particular, la posesión de bienes representa una salvaguarda de la autonomía individual, permitiendo a cada persona llevar una vida libre y segura. La restricción por parte del Estado de la libertad absoluta del individuo tiene como propósito inquebrantable garantizar, a través de la seguridad, la propiedad y, por ende, la libertad. Las ideas de Locke encontraron perfecto acomodo en los primeros textos del Constitucionalismo, tal como ya hemos señalado.

Un aspecto crucial de la teoría de Montesquieu (1717; 1734;1749) es la relación entre la percepción subjetiva de seguridad y la libertad política del individuo. Según este pensador, el sentimiento de seguridad individual está estrechamente ligado a la libertad política del ciudadano. Por lo tanto, una función esencial del Estado es promulgar “buenas leyes” que generen la ilusión de libertad para la ciudadanía, aunque esta libertad esté restringida por el poder estatal. Es necesario, de este modo, canalizar la libertad de manera adecuada para evitar el caos social y el desprecio por el marco normativo. Montesquieu argumenta que el Estado debe establecer normativas que prevengan el abuso de poder y fomenten la virtud cívica de obedecer las leyes como medio efectivo para alcanzar la seguridad.

El autor por antonomasia del contractualismo, Rousseau, parte de la idea de estado de naturaleza, donde los individuos viven en un estado de libertad natural pero también de inseguridad. La ausencia de un poder centralizado y de leyes establecidas crea un entorno de incertidumbre y conflicto constante, donde cada individuo debe estar en guardia contra posibles amenazas. La formación del contrato social surge, pues, como una forma de superar el estado de naturaleza y establecer una sociedad justa y segura. Los individuos renuncian a parte de su libertad natural para alcanzar seguridad y bienestar general. En este contrato, todos los miembros de la sociedad acuerdan obedecer las leyes y normas establecidas en beneficio del conjunto. Así, la voluntad general se constituye como el fundamento moral y político de la sociedad. Representa los intereses comunes y el bienestar colectivo de todos los ciudadanos. A través de la voluntad general, para Rousseau (1754; 1762; 1782), se busca

garantizar la seguridad y la libertad de todos los individuos, evitando así la opresión y el conflicto.

Las tesis contractualistas tienen a Hume (1738; 1742; 1777) como uno de sus máximos exponentes, aunque sus ideas sobre la seguridad también pueden ser entendidas como utilitaristas. El filósofo escocés sostiene que la seguridad se logra mediante un razonamiento que lleva a la sociedad a adoptar una “convención”, en la cual cada individuo considera más ventajoso y sensato respetar la propiedad y los derechos de los demás. El concepto de “justicia” desarrollado por Hume se fundamenta en esta noción de “convención”, donde el ser humano regula sus pasiones dentro de la sociedad para proteger y asegurar sus propios intereses. En este contexto, la moralidad y la justicia se basan en una evaluación de oportunidades. El poder desempeña un papel crucial en este escenario. Según Hume, el origen de todo gobierno reside en su utilidad como medio para hacer frente a amenazas tanto externas como internas, y la obediencia al poder surge como una forma de seguridad necesaria para coordinar respuestas ante los riesgos que enfrenta la comunidad. En su modelo político ideal, aboga por el Estado de Derecho, donde la autoridad del gobierno está limitada por normas jurídicas previamente establecidas y conocidas. Esta característica, junto con la separación de poderes, es característica de los “gobiernos libres”, que pueden adoptar la forma de “repúblicas puras” o “monarquías limitadas”. Según el filósofo escocés, solo en un gobierno de esta naturaleza puede prosperar la seguridad.

Otro autor referencial en el pensamiento moderno es Kant (1784; 1795). Para este autor, el ser humano, dotado de razón, posee la capacidad de superar los desafíos y límites impuestos por la naturaleza. Sin embargo, son precisamente los imperativos de la supervivencia y la necesidad de seguridad los que impulsan el ejercicio de esta virtud y la búsqueda de soluciones políticas que permitan construir sociedades, tanto a nivel individual como estatal, en las cuales la paz “perpetua” deje de ser una mera utopía. Kant recurre a la idea de un contrato original, aunque no lo considera como un evento histórico, sino más bien como una construcción dogmática útil para explicar la legitimidad de los pactos asociativos. A través de estos acuerdos, cada individuo renuncia a su libertad natural y la recupera como libertad jurídica, entendida como la obligación racional de obedecer a la ley. La razón que motiva la formación de estos pactos no puede ser otra que el deseo de evitar el estado natural, caracterizado como una realidad en la cual la fuerza y la violencia prevalecen sobre la razón, un “Estado de justicia negativa”. Partiendo de una concepción ideal de la realidad y confiando en el racionalismo humano, Kant imagina el Estado como un sistema fundamentado en la libertad y la razón, donde los derechos individuales, la seguridad y la autonomía son los objetivos principales del gobierno. Este se convierte en una

herramienta al servicio de estos fines, cuya consecución requiere garantizar la seguridad.

2. *Utilitarismo y seguridad*

Por otra parte, una vez expuestas sucintamente las principales ideas de autores “contractualistas”, debemos recordar que la idea de felicidad común y de seguridad enlaza directamente con la tradición utilitarista, teoría ética que se basa en la maximización cuantitativa de consecuencias buenas para una población.

Por tanto, en el utilitarismo, la moralidad de cualquier acción o ley viene definida por su utilidad para la humanidad, entendiendo utilidad como aquellas consecuencias positivas que deben estar maximizadas. La seguridad cobra, pues, sentido en cuanto actúa como elemento coadyuvante (por no decir imprescindible) de la maximización de buenos logros para la sociedad.

Estas consecuencias o buenos logros incluyen la felicidad o la satisfacción de las preferencias. El utilitarismo se puede resumir, pues, como el máximo bienestar para el máximo número de personas.

Desde esta perspectiva, el utilitarismo social es tanto una teoría sobre el bienestar como sobre lo correcto. Como teoría sobre el bienestar, el utilitarismo defiende que lo bueno será aquello que nos aporte mayor utilidad, entendiendo utilidad como placer, preferencia, satisfacción, o una lista objetiva de valores. Como teoría sobre lo correcto, el utilitarismo tiene en cuenta las consecuencias del acto, y afirma que el acto correcto será aquel que nos aporte mayor utilidad.

El utilitarismo fue propuesto originalmente durante el siglo XVIII en Inglaterra por Jeremy Bentham y otros autores. Bentham (1789) afirmó que el dolor y el placer eran los únicos valores absolutos en el mundo: “la naturaleza ha situado al hombre bajo el gobierno de dos dueños soberanos: el placer y el dolor”. Desde esta presunción escribió la regla de la utilidad: el bienestar es aquello que da mayor felicidad al máximo número de personas. Tiempo después, al darse cuenta de que la formulación reconocía dos máximas distintas y potencialmente conflictivas, pasó a hablar simplemente del «principio de la máxima felicidad». Previamente, Hutcheson (1755) había definido el principio de utilidad: “trata de que tu conducta proporcione la mayor utilidad para el mayor número de personas”. Se atiende, pues, no a la intención del agente, sino al estado resultante de las cosas. Esta teoría ética está, pues, más encaminada a soluciones sociopolíticas que a pautas de moral personal con contenido deontológico⁷.

⁷ Igualmente, otros autores fueron precursores del utilitarismo. Así, el conde de Shaftesbury (1708) nos habla del sentimiento de cuidado y beneficencia hacia los demás. La

Mandeville (1723)⁸ afronta la cuestión desde otro punto de vista. Nos señala que persiguiendo nuestro propio interés estamos beneficiando a los demás. El motor social sería, pues, el egoísmo. Así lo útil y lo agradable se convierten en el interés, que actúa como criterio moral. Así, mi interés es mi propia utilidad (felicidad) y el de la otra persona su felicidad, y lo racional es maximizar los intereses personales e individuales.

Para Moore el utilitarismo es posible gracias a la intuición. La razón intuye que lo útil es bueno, y que es evidente maximizar la felicidad del mayor número de personas. Otros autores, como Mill y Raz, nos señalan que el principio de utilidad se fundamenta porque dentro del bienestar personal existen fines (la virtud, la excelencia, la solidaridad...) y la buena persona considera que su bienestar va asociado al bienestar de los demás⁹.

Todo ello se puede resumir en lo que Smart (1961) denomina el principio de fecundidad: lo importante es conseguir la máxima felicidad común. Por ello, si recordamos la definición de felicidad como el estado del ánimo que se complace en la posesión de un bien, la felicidad común es el estado de ánimo de una sociedad que posee un bien.

Pero ¿a qué *bien* nos estamos refiriendo?

En relación con el objeto de nuestra investigación, las ideas de Sidgwick (1891 y 1895) son las que más nos pueden interesar. Este autor entiende que la utilidad es lo que satisface los propios deseos o preferencias. No entra en conceptos tales como el placer o el dolor. Para Sidgwick, es útil aquello que más satisface los deseos o preferencias, o que satisface a más de ellos. Esta dimensión tiene una clara aplicación social. Se sondan las preferencias mayoritarias o las compartidas por un mayor número de individuos. Preferencias que se adquieren por ideología, por conciencia o por interés.

En nuestro caso, cuando hablamos de las “preferencias mayoritarias” debemos acudir directamente a nuestra Constitución y por ello hablar de felicidad común como satisfacción de las preferencias mayoritarias supone afianzar la idea de que la consecución de la libertad, la justicia, la seguridad

buen persona es la que tiene un sentimiento de amor hacia la humanidad. El ser humano es dinámico y espontáneo, parte de una fuerza universal que es percibida por el propio sujeto, como integrante de la misma, sintiéndose en armonía con el resto de la sociedad, que percibe lo mismo. Esta idea de sujeto pasivo apunta hacia un sentimiento de armonía social (teoría del sentimiento moral) que es diferente del orden de la naturaleza. El ya mencionado Hutcheson (1755) es otro autor de la teoría del sentimiento moral, pues parte de la idea de benevolencia: el juicio moral se basa en el sentimiento natural que existe en el hombre de amor desinteresado hacia los demás

⁸ Con su espléndida obra, Mandeville (1723), nos ilustra sobre cómo el egoísmo individual resulta tan importante para el bienestar colectivo.

⁹ Citados por Chevalier (1956, 125-142).

y el bienestar es el modo en que como sociedad “somos felices”, o sea, el modo en que socialmente podemos llevar una vida digna.

A continuación, cabría pues hacerse la siguiente pregunta: ¿basta con la simple regla de la mayoría para que la satisfacción de ese deseo o preferencia sea legítima o correcta?

Para Samuelson (1947), la utilidad se entiende en términos de elección entre varias alternativas (elecciones de compra). Se puede comprobar dónde hay utilidad atendiendo al comportamiento de la gente a la hora de sus elecciones. Desde este punto de vista se tiene en cuenta preferentemente la mayor consideración social y aplicabilidad de la alternativa elegida.

Obviamente, el razonamiento utilitarista que hemos seguido nos lleva a un afianzamiento de la regla democrática de la mayoría: en una sociedad democrática es útil y por lo tanto provoca bienestar (felicidad) la alternativa elegida por la mayoría. Pero cabe hacerse las siguientes preguntas: ¿cuálquier alternativa? ¿existe algún límite deontológico a la hora de enjuiciar la alternativa elegida por la mayoría? ¿cómo conjugamos desde esta perspectiva la dicotomía libertad-seguridad? ¿se puede, en aras de la libertad y la seguridad de la mayoría restringir la libertad y la seguridad de la minoría?

Desde la perspectiva del utilitarismo político vemos cómo el político democrático orienta su conducta o procura que las normas se orienten a lograr la mayor utilidad para el mayor número de personas: el denominado *utilitarismo de las reglas o de las normas*.

Para el utilitarismo de las normas, una acción es correcta cuando coincide con lo que le ordenaría una norma que se justificara porque en caso de aplicarse a casos similares consiguiera proporcionar la mayor felicidad para el mayor número de personas.

Pero, reitero, hagámonos en serio la siguiente pregunta: ¿existe algún límite deontológico a la hora de enjuiciar la alternativa elegida por la mayoría?

3. Rawls, la vuelta al contractualismo y el horizonte axiológico del Estado social de Derecho

El filósofo liberal norteamericano John Rawls contesta esta pregunta a través de su célebre *Teoría de la justicia* (1971; trad. 2006). En ella rechaza el utilitarismo, tanto el normativo como el de los actos, pues hace que los derechos dependan de las buenas consecuencias de su reconocimiento, y esto es incompatible con los principios del Constitucionalismo. Por ejemplo, si la esclavitud o la tortura es beneficiosa para el conjunto de la población podría ser justificada teóricamente por el utilitarismo.

Es importante destacar que la mayoría de sus críticas van dirigidas al utilitarismo de los actos, y que es posible para un utilitarista de las normas llegar a conclusiones que sean compatibles con las que Rawls alcanza.

Rawls critica el utilitarismo porque el tipo de cálculos que consideramos en el nivel individual son inaceptables en el nivel social: el utilitarismo tiende a ver a la sociedad como un cuerpo, donde resulta posible sacrificar a una parte en razón de las restantes. Por ello, para que esto no suceda, es imprescindible afianzar la idea de independencia y separabilidad de las personas. Considera también que el bienestar individual no es lo que puede requerir toda la atención normativa, pues esto implicaría entender a los individuos como meros portadores pasivos de deseos. Por ello se plantea la existencia de unos bienes primarios irrenunciables y no sujetos a ningún cálculo utilitarista¹⁰.

Pero quizá la crítica más profunda que se pueda hacer del utilitarismo es que da cabida a gustos o preferencias ofensivos, esto es, que considera las preferencias externas, o lo que es lo mismo, que puede evaluar la asignación de derechos y oportunidades a otros individuos como un fenómeno negativo para la satisfacción de sus preferencias. Otro autor norteamericano, Richard Dworkin (1984) introduce en este punto la idea de los derechos como cortafuegos, como la única medida que puede garantizar a los individuos la protección frente a las preferencias externas de las mayorías. En definitiva, se critica al utilitarismo que pueda ser ciego ante las violaciones a los derechos que se amparen en nombre del bienestar general. O dicho de otro modo, que la consecución del bienestar general (en el sentido mayoritario del término) sea posible en detrimento de la dignidad humana, entendida ésta como la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos que conforman la sociedad sobre la que se aspira a conseguir el bienestar.

Frente al utilitarismo, Rawls se vincula a una tradición, que, como hemos señalado, no es propiamente de filosofía moral, sino de filosofía política: el contractualismo¹¹. Históricamente la idea del contrato social es usada para explicar el poder del Estado. La idea del contrato explica que debemos obedecer aquellas normas que nos hemos comprometido a cumplir. Y debemos obedecerlas justamente por eso, porque nos comprometimos. El contrato para Rawls no es más que un recurso teórico, un contrato hipotético, para afirmar el igual estatus moral de las personas, y, por lo tanto, su igual importancia, y así construir unos principios de justicia a la luz de los cuales juzgar las instituciones fundamentales de la sociedad.

Para Rawls, los dos principios de la justicia que los individuos hipotéticamente adoptarían para gobernar la estructura básica de la sociedad son el

¹⁰ Igualmente, se le objeta al utilitarismo falta de conciencia, en la medida que la proveniencia de las preferencias puede ser cuestionable, o la expresión de las preferencias puede sufrir distorsiones, o simplemente no toma en consideración opciones posibles por no tener conocimiento de ellas.

¹¹ Recuérdense los dos primeros capítulos de *El contrato social* de J.J. Rousseau.

principio de la libertad y el principio de la diferencia, principios que se aplican sólo a la estructura básica de la sociedad, pero no a las acciones de los particulares o del gobierno.

El principio de la libertad requiere que la estructura básica de la sociedad ofrezca al ciudadano un esquema de libertades idéntico al que gozan el resto de los ciudadanos. El principio de la diferencia permite las desigualdades sólo cuando beneficien al grupo social menos aventajado. Rawls afirma que los dos principios están léxicamente ordenados, teniendo prioridad el principio de la libertad sobre el de la diferencia en caso de conflicto¹².

Dicho ofrecimiento de esquema de libertades idéntico para todos los ciudadanos precisa de la garantía de la seguridad colectiva; y, del mismo modo, la necesidad de conjugar las nociones de libertad e igualdad en la búsqueda de la justicia social, base axiológica del concepto de Estado social que propugna nuestra Constitución en su primer artículo, precisa de un contenido amplio del concepto de seguridad.

No en vano, el constituyente español de 1978 sintetizó en el artículo 1 CE la naturaleza del Estado, los valores que le inspiran, donde reside la soberanía y la forma política del mismo. Ese precepto constitucional es, en palabras de Lucas Verdú (2000), una norma de apertura constitucional, en cuanto que “constituye al Estado; lo configura, normativa e institucionalmente, en el nivel fundamental que cimenta todo el ordenamiento jurídico”.

Esta norma de apertura contiene una decisión político-constitucional que constituye la refundación del Estado español al trazar la configuración jurídico-política de este, en el marco además de una concreta fundamentación ideológica y valorativa. El artículo 1 expresa de esta manera una serie de

¹² Por eso, la teoría de Rawls dentro de las teorías liberales de la justicia puede ser tildada de igualitaria. Las implicaciones que el igualitarismo tiene dentro de la teoría de la justicia tienen relación con el modo en cómo afecta la distribución de los beneficios producto de la cooperación social. En las sociedades las desigualdades entre sus miembros tienen dos explicaciones u orígenes: la arbitrariedad o la responsabilidad. La desigualdad por arbitrariedad se refiere a las características que las personas no pueden controlar de sí mismas. Esas circunstancias suelen vincularse a la posesión de ciertos bienes o ciertos talentos personales. Estos estados de cosas son producto de una lotería natural. Por otro lado, la desigualdad por responsabilidad responde a ciertos estados de cosas que pueden ser imputables a decisiones tomadas conscientemente por los individuos en quienes repercuten. En este escenario, el igualitarismo, buscando la justicia, pretende dirigir las instituciones del Estado a procesar los hechos de la naturaleza frutos de la arbitrariedad de una forma no pasiva, sino intentando aplacar su fuerza, e intentando hacer cargar a los individuos únicamente con las consecuencias de la desigualdad que se sigue de sus propias elecciones. Y aquí radica, en nuestra opinión, el gran logro de Rawls; en saber alcanzar puntos de unión entre la tradición liberal y la igualitaria.

opciones matrices, “decisiones constitucionales fundamentales”, en palabras de Carl Schmitt que representan el basamento último del sistema.

En este artículo de nuestra Constitución se concilian los principios del Estado social de Derecho con los principios y garantías formales propios del Estado liberal-democrático. García Pelayo (1982) disecciona la fórmula en tres componentes a los que considera en constante interacción: *a)* el objetivo social; *b)* la concepción democrática del poder; *c)* la sumisión de ambos términos a la disciplina del Derecho. Estos tres componentes se hallan permanentemente interrelacionados, implicación que ha de llevar a la cancelación de los antagonismos democracia formal/democracia social y liberalismo/democracia. Como señala Lucas Verdú, el artículo 1 “sintetiza el techo ideológico, la organización jurídica y la estructura social”.

Así pues, el principio democrático legitima y racionaliza el ejercicio del poder, reforzando y concretando, por tanto, la proyección social del Estado de Derecho. Por otra parte, el Estado Social de Derecho supone un intento de adaptación del clásico, y liberal, Estado de Derecho a unas nuevas dimensiones de la acción estatal y de las relaciones Estado-sociedad.

El Estado Social redimensiona pues los criterios axiológicos y políticos que se hallan en la base del Estado de Derecho. Y, sin duda, en esta base se encuentra el concepto de seguridad.

La redefinición del Estado de Derecho como Estado social de Derecho conlleva a su vez la redefinición del contenido del concepto de la seguridad, pues ésta se presenta como premisa de la convivencia democrática, del orden político y la paz social, así como del progreso de la cultura y de la economía, siguiendo terminología propia de nuestro texto constitucional.

Este contenido “nuevo” de la seguridad abarcaría tanto los componentes “tradicionales” de la misma (seguridad personal, seguridad exterior, seguridad de las instituciones del Estado, seguridad jurídica), como los de índole socioeconómica (seguridad social, seguridad sanitaria), así como los del ámbito cultural (seguridad de educación, seguridad de herencia histórica) y los de perfil más avanzado (seguridad alimentaria, seguridad medioambiental, seguridad cibernética).

III. LA INTEGRACIÓN DE COMPONENTES TRADICIONALES Y MODERNOS EN EL CONCEPTO DE SEGURIDAD

1. *El imprescindible contenido tradicional de la noción de seguridad*

Tal como hemos puesto de manifiesto, la Constitución tiene como misiones consustanciales a su existencia la de someter el poder del Estado al control de formas jurídicas, así como la de garantizar un contenido esencial de los derechos y libertades, incluidos los de índole social, que hagan real y

efectiva la dignidad humana bajo los valores colectivos de libertad, igualdad y solidaridad. La Constitución es, pues, la síntesis de las relaciones entre Estado y Derecho; es, como recuerda Burdeau “el punto de intersección entre la Política y el Derecho”. Desde esta óptica, abogamos por una reforma de la Constitución que amplíe el contenido del concepto de seguridad, y que integre junto los componentes tradicionales del concepto de seguridad los que podríamos denominar “componentes modernos” de la seguridad tal como desarrollaremos posteriormente.

Dentro de los componentes tradicionales nos estamos refiriendo a la seguridad personal, la seguridad exterior, y la seguridad jurídica e institucional.

Por ello las referencias a la seguridad incluidas en el Preámbulo CE (el establecimiento de la justicia, la libertad, la seguridad y el bien común como objetivos constitucionales), en el artículo 17.1 (cuando se reconoce el derecho a la libertad y la seguridad), en el artículo 8.1 (al establecer como misiones de las Fuerzas Armadas garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional¹³) o en el artículo 104.1 (al señalar que las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana¹⁴) son referencias fundamentales en nuestra Constitución y, sin duda, habrían de mantenerse en el texto español, en caso de una reforma del mismo, pues han de formar parte de cualquier texto constitucional. Incluso, en el caso español, se podría considerar conveniente incluir un párrafo con un contenido análogo al que aparece en el Preámbulo de la L.O. 4/2015, de Protección de la seguridad ciudadana, cuando establece que “la seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía”. O sea, incluir de un modo más claro y concreto la vinculación entre seguridad y garantía de la libertad, Pues como continúa señalando dicho Preámbulo es la seguridad la que garantiza que los derechos y libertades, en los Estados

¹³ En este sentido es oportuno resaltar que la política de seguridad y defensa, como política de Estado, se apoya en la unidad de acción y en la contribución del conjunto de la sociedad. Para que tenga una mayor legitimidad social es preciso que el modelo de seguridad y defensa constituya objeto de interés y de atención por parte de la ciudadanía, requiriendo el mayor consenso posible. Para su percepción por ésta necesita ser transparente para que sea conocido y es importante su claridad, así como la explicación de su complejidad y la estabilidad en el tiempo. Para su aceptación ha de ser coherente con los principios, intereses y mentalidad de la sociedad y necesita, por lo tanto, credibilidad.

¹⁴ La Constitución Española asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1), así como el de seguridad pública (artículo 149.1.29^a). Doctrina y Jurisprudencia interpretan estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana.

democráticos, no sean meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica. Por ello, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho.

Podemos, por tanto, sintetizar que el modelo de Estado de Derecho dispone de cuatro mecanismos para garantizar la seguridad ciudadana: un ordenamiento jurídico adecuado para dar respuesta a los diversos fenómenos ilícitos, un Poder Judicial que asegure su aplicación, unas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y unas Fuerzas Armadas que garantizan la soberanía e independencia del territorio, defienden su integridad territorial y el ordenamiento constitucional¹⁵.

El concepto de seguridad, tal como hemos señalado, incluye también a la seguridad jurídica. Puede entenderse como la confianza que los ciudadanos tienen en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Reconoce el Tribunal Constitucional¹⁶ que es probablemente el principio de mayor alcance de los descritos en el artículo 9.3 CE (en nuestra opinión omnicomprendido de todos los demás), pues es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad. Ello, sin embargo, no puede entenderse de manera tan absoluta que genere el anquilosamiento del ordenamiento jurídico porque éste siempre ha de responder a la realidad social de cada momento.

Por lo tanto, este principio de *seguridad jurídica* incluiría también otros principios básicos del ordenamiento jurídico, tales como el de *legalidad* (es éste un dogma básico de todo sistema democrático: todos los poderes públicos y todos los ciudadanos están sujetos a la ley porque ésta es expresión de

¹⁵ En la actualidad es imprescindible un engranaje eficaz de estos cuatro mecanismos pues son muchos y muy peligrosos los riesgos para la seguridad y la libertad, tales como

- Conflictos armados
- Terrorismo
- Ciberamenazas
- Crimen organizado
- Inestabilidad económica y financiera
- Vulnerabilidad energética
- Flujos migratorios irregulares
- Espionaje
- Emergencias y catástrofes
- Vulnerabilidad del espacio marítimo
- Vulnerabilidad de las infraestructuras críticas y los servicios esenciales

Todo ello, además en un entorno cada día más potenciador de esos peligros, con problemas tales como el uso nocivo de las nuevas tecnologías, la pobreza, la desigualdad, los extremismos ideológicos o el cambio climático, entre otros.

¹⁶ STC 147/1986, de 25 de noviembre.

la voluntad popular; manifestaciones constitucionales de este principio son los artículos 9.1, 103, 106 y 117 CE); el de *jerarquía normativa* (implica el reconocimiento de una diversidad de normas jurídicas relacionadas jerárquicamente entre sí, de suerte que una inferior no puede oponerse a una superior; en la cúspide de esa estructura jerarquizada está la Constitución); el de *publicidad de las normas* (mediante la publicidad de las normas los órganos que aplican el Derecho y los propios ciudadanos que deben respetarlo las conocen; para facilitar ese conocimiento generalizado de la norma se orienta la vacación de ley como plazo que media entre la publicación oficial y la entrada en vigor; sin embargo conviene recordar que las normas tienen una validez objetiva, independientemente del conocimiento que se tenga de las mismas¹⁷); el de *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* (la Constitución prohíbe la actuación arbitraria de cualquier poder público –legislativo, ejecutivo y judicial– como equivalente a cualquier conducta pública no adecuada a la legalidad, o que pretende un fin constitucionalmente ilícito, o, finalmente, que aparezca como desproporcionada al fin que pretenda, aunque éste sea lícito¹⁸); el de *responsabilidad de los poderes públicos* (es la consecuencia natural de los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad; si resulta que los poderes públicos se deben a la legalidad y han de actuar proporcionadamente para la consecución de fines constitucionalmente legítimos, es lógico pensar que una conducta contraria a esos mandatos desencadene exigencia de responsabilidad, ya sea de naturaleza sancionadora o de carácter compensatorio; este principio de responsabilidad aparece recogido en diversos pasajes de nuestra Constitución¹⁹); y el de *irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales* (cualquier ley que nace lo hace con proyección de futuro, de suerte que, como regla general, se aplica a hechos, actos o relaciones jurídicas que acaezcan con posterioridad a su entrada en vigor, no afectando, por tanto, a situaciones agotadas; sin embargo, ello no quita que el legislador pueda darle carácter retroactivo a una ley, el límite a esta retroactividad está en que la misma no lo sea de disposiciones sancionadoras que, o bien no sean favorables desde módulos jurídicos objetivos o bien sean restrictivas de derechos individuales).

Milione (2020, 247) nos recuerda, por su parte, que en el constitucionalismo moderno la seguridad es, antes que nada, un derecho humano fundamental. Y tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 325/1994, de 12 de septiembre, la noción de seguridad puede ser reconducida a tres dimensiones jurídicas distintas.

¹⁷ Art. 6.1 del Código Civil.

¹⁸ STC 66/1985, de 23 de mayo.

¹⁹ Por ejemplo, arts. 106.2 y 121 CE.

La primera de esas dimensiones es la que describe el artículo 9.3 CE, que acabamos de glosar, es decir, la seguridad jurídica, algo que el supremo intérprete de la Constitución define, en la sentencia citada, como “uno de los principios cardinales del Derecho a la par del valor justicia” y, por lo tanto, como un mandato dirigido a los poderes públicos que no serviría para configurar derecho alguno a favor de los ciudadanos.

En segundo lugar, para el TC la seguridad es un derecho fundamental cuya consagración se halla en el artículo 17.1 CE, por el que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”. Un binomio indisoluble este último que el supremo intérprete de la Constitución subraya afirmando que la seguridad es “soporte y compañera de la libertad personal [...] su esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo”.

Por último, existe un tercer matiz del concepto de seguridad. Es aquél que emana de su unión con el adjetivo “ciudadana”, también ya señalado, y que viene a evocar la que el supremo intérprete de la Constitución describe como una atmosfera de “tranquilidad en la calle”. Esta última noción, para el Tribunal Constitucional coincide sustancialmente con la noción clásica de orden público, una idea que supone “una situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. En definitiva, el normal funcionamiento de las instituciones y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales”. Esa misma idea de seguridad ciudadana, nos recuerda Milione, se encuentra en el art. 104.1 CE en el que es empleada con el fin de otorgar a determinados órganos del Estado (las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad bajo la dependencia del Gobierno) la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y, por ende, el deber de garantizar esa tranquilidad y orden que constituye uno de los anhelos más profundos de nuestro texto constitucional.

2. *Ampliación del concepto de seguridad: la seguridad humana*

Tal como nos recuerda Marina (2001, 68), en la actualidad, los temas de seguridad y defensa siguen planteando en todo el mundo problemas de filosofía política y ética de gran envergadura²⁰. Partiendo de la teoría de Beck sobre “sociedad del riesgo global”, se habla de la necesidad de una “gobernanza preventiva” y de “reaprender a temer”.

Por otra parte, resultan de gran importancia e interés las nuevas teorías sobre la seguridad que la relacionan, por una parte, con los derechos

²⁰ Véase Innerarity y Solana (2011).

humanos y el posible “derecho de intervención humanitaria”, y por otra con el desarrollo. Incluso la nueva idea de seguridad corre paralela a una nueva idea de violencia²¹.

Amartya Sen (2000) ha propuesto unos criterios de evaluación económica que incluyen índices de libertad, seguridad, y justicia que han sido aceptados por el Plan de Naciones Unidas para el Desarrollo. Esta relación entre seguridad y desarrollo nos pone en relación con la obra de Mary Kaldor, quien en 2004 y en 2007 dirigió la elaboración de dos informes sobre política de seguridad europea: *A Human Security Doctrine for Europe, y A European way of Security*²².

La idea de “seguridad humana” fue divulgada por primera vez en el *Informe sobre Desarrollo humano*²³ de 1994, del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD). El informe sostiene que el concepto de seguridad “ha sido interpretado durante mucho tiempo de una manera demasiado estrecha: como la seguridad de un territorio respecto a una agresión externa, como la protección de los intereses nacionales en al ámbito de la política exterior o como la seguridad global ante la posibilidad de un holocausto nuclear. Se lo ha relacionado más bien con los estados-nación que con las personas”.

El informe presenta siete elementos clave, cuya articulación conjunta dio origen al concepto de seguridad humana: seguridad económica, seguridad alimentaria, seguridad en materia de salud, seguridad ambiental, seguridad personal, seguridad de la comunidad y seguridad política.

La Comisión de Seguridad Humana²⁴ (CSH), en su informe final *Human Security Now* (p. 4) señala que la seguridad humana consiste en la protección del núcleo vital de todas las vidas humanas de forma que se mejoren las libertades humanas y la realización de las personas. La seguridad humana significa proteger las libertades fundamentales, aquellas libertades que son la esencia de la vida. Significa proteger a las personas de situaciones y amenazas críticas (graves) y más presentes (extendidas). Significa utilizar procesos que se basen en las fortalezas y aspiraciones de las personas. Significa crear sistemas políticos, sociales, medioambientales, económicos, militares y

²¹ Galtung (1995, 314) ha definido la violencia como “aquello que impide que un ser humano desarrolle todas sus capacidades”.

²² Marina (2001, 68).

²³ PNUD. *Informe sobre desarrollo humano* (1994).

²⁴ La Comisión de Seguridad Humana se creó en enero de 2001, como respuesta al llamamiento realizado por el Secretario General de la ONU en la Cumbre del Milenio de 2000 para lograr un mundo “libre de necesidad” y “libre de miedo”. La Comisión estaba formada por doce eminentes personalidades de nivel internacional, entre los que se encontraban Sadako Ogata (Ex Alta Comisionada de la ONU para los Refugiados) y el Profesor Amartya Sen (Premio Nobel de Economía 1998).

culturales que, de forma conjunta, aporten a las personas los fundamentos para la supervivencia, el sustento y la dignidad.

Tal como hemos enmarcado previamente, el concepto de seguridad humana²⁵ nace como consecuencia de los procesos de globalización en la década de los noventa y el inicio de un sistema determinado por los avances tecnológicos²⁶. De este modo, la visibilización y divulgación de problemas como pobreza, represión y discriminación tomaron relevancia dentro del contexto internacional, y al tratarse de amenazas que pueden atentar directamente contra la vida e integridad de la raza humana su solución compete a todas las sociedades. Del mismo modo, se fueron creando nuevas amenazas debido a la facilidad que la interconectividad global genera entre los miembros del planeta, en un mundo donde las fronteras se desdibujan y los problemas se difunden rápidamente de una región a otra.

La seguridad humana nace ligada al concepto de desarrollo humano que la agencia de Naciones Unidas desarrolló a principios de los noventa como un proceso de ensanchamiento de las libertades y capacidades de las personas, abandonando el concepto clásico de desarrollo, el cual era entendido solamente como crecimiento económico.

La seguridad humana como nuevo modelo condensa en siete categorías las áreas en las cuales se puede ver amenazada la seguridad de un individuo comprendidas así:

1. Seguridad económica (ingreso básico asegurado);
2. Seguridad alimentaria (acceso físico y económico a los alimentos que se compran);
3. Seguridad en materia de salud (acceso amplio y garantizado a un servicio de salud competente);
4. Seguridad ambiental (acceso a un medio físico saludable y servicios de saneamiento);
5. Seguridad personal (garantía de la integridad física);
6. Seguridad de la comunidad (garantía de libertad política, ideológica, cultural, generacional o étnica);
7. Seguridad política (garantía de los derechos humanos y fundamentales dentro de un Estado democrático).

De este modo, mientras que la seguridad en sentido clásico tiende a centrarse en la protección del Estado y sus instituciones contra amenazas externas²⁷, como

²⁵ Para un estudio profundo del concepto y contenido de la seguridad humana véase Fernández Pereira (2006).

²⁶ Tal como señala Ariza (2010, 33-51).

²⁷ El modelo clásico de seguridad, centrado en el Estado y sus intereses, ha sido abordado por varios autores a lo largo del tiempo. Además de los ya señalados en apartados

la guerra o la agresión de otros Estados²⁸, así como sus estrategias están orientadas a la protección de los intereses nacionales del Estado, incluida la seguridad territorial, económica y política; la seguridad humana, por su parte, se caracteriza por tener un enfoque centrado en las personas²⁹.

anteriores de este trabajo, también podemos citar a Carl von Clausewitz: Este teórico militar prusiano es conocido por su obra *De la guerra* (1832), en la que argumenta que la guerra es un instrumento político y que la seguridad nacional es esencial para la supervivencia y el éxito de un Estado. Morgenthau, en su obra *Política entre las naciones* (1948) establece los principios del realismo político, que enfatizan el papel central del poder y la seguridad en las relaciones internacionales. Según Morgenthau, los Estados buscan maximizar su seguridad y poder relativo en un mundo caracterizado por la competencia y el conflicto. También, entre otros, podríamos citar a Kenneth Waltz, en *Teoría de la política internacional* (1979). Waltz desarrolla la teoría del neorealismo, que postula que la estructura del sistema internacional, especialmente la distribución de poder entre los Estados, es el principal determinante del comportamiento de los actores estatales y de la seguridad internacional. Estos autores son sólo una muestra de todos aquellos que han contribuido significativamente al desarrollo del modelo clásico de seguridad, que, como hemos señalado, se centra en la protección de los intereses del Estado y la seguridad nacional, así como en la competencia y el conflicto entre los Estados en el sistema internacional.

²⁸ Esto implica el fortalecimiento de las fuerzas armadas y la implementación de políticas de defensa nacional.

²⁹ El concepto de seguridad humana ha sido abordado por varios autores a lo largo del tiempo, y ha evolucionado para abarcar una amplia gama de preocupaciones relacionadas con el bienestar y la protección de las personas. Entre los autores más relevantes podemos encontrar a Mahbub ul Haq. Junto con Amartya Sen, Haq desarrolló el Índice de Desarrollo Humano (IDH), que incorpora factores más allá del ingreso económico, como la educación y la esperanza de vida, para medir el desarrollo humano. Su trabajo influyó en la conceptualización de la seguridad humana como un enfoque centrado en las personas. Amartya Sen, que ya ha sido referenciado, es conocido por su enfoque de las "capacidades", que se refiere a las libertades y oportunidades que tienen las personas para llevar una vida que valoran. Argumenta que la seguridad humana debe centrarse en la expansión de las capacidades individuales y la eliminación de las privaciones que impiden el desarrollo humano. Mary Kaldor (2004; 2007), también citada, analiza la evolución de los conflictos armados en el mundo contemporáneo y argumenta que la seguridad humana debe abordar las causas subyacentes de los conflictos, incluidas las desigualdades sociales y económicas. Por su parte Roland Paris (2011) ha contribuido al debate sobre seguridad humana con su enfoque en la protección de los individuos contra las amenazas transnacionales, como el terrorismo, los conflictos étnicos y la violencia armada. Argumenta que la seguridad estatal tradicional debe complementarse con medidas para proteger a las personas de estas amenazas. Y finalmente Martha Nussbaum (1993) ha desarrollado la idea de las "capacidades centrales", que son los elementos básicos necesarios para que las personas vivan una vida digna y plena. Argumenta que la seguridad humana debe garantizar el acceso universal a estas capacidades, como la salud, la educación y la participación política. Estos son solo algunos de los autores cuyas ideas han contribuido al desarrollo del concepto de seguridad humana, que, como hemos señalado, se centra en la protección y promoción del bienestar de las personas en un sentido amplio, abordando una variedad de amenazas y vulnerabilidades que enfrentan en su vida diaria.

La seguridad humana se centra en la protección y promoción del bienestar de las personas más que en la seguridad del Estado. Se preocupa por las amenazas y vulnerabilidades que enfrentan los individuos en su vida diaria.

Por ello alcanza un contenido multidimensional: la seguridad no se limita a la ausencia de amenazas militares, sino que abarca una gama más amplia de preocupaciones, como la seguridad alimentaria, la salud, el acceso a servicios básicos, la protección de los derechos humanos y la seguridad ambiental.

También se caracteriza por adoptar un enfoque preventivo, abordando las causas subyacentes de las amenazas y vulnerabilidades, y trabajando para fortalecer la resiliencia de las comunidades frente a los riesgos. Por ello, dado que muchas de las amenazas a la seguridad humana trascienden las fronteras nacionales, la cooperación internacional es fundamental en el enfoque de la seguridad humana con la intención de abordar los desafíos globales.

En resumen, mientras que la seguridad en sentido clásico se centra en la protección de la seguridad ciudadana, así como en la del Estado contra amenazas externas, la seguridad humana se preocupa por el bienestar y la protección de las personas en un sentido más amplio, abordando una variedad de preocupaciones que afectan su calidad de vida y derechos fundamentales.

3. *¿La seguridad nacional como concepto integrador?*

El artículo 3 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, la define como *“la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en cumplimiento de los compromisos asumidos”*

Supone, pues, un enfoque holístico de la seguridad³⁰ orientado a la armonización de objetivos, recursos y políticas ya existentes en materia de seguridad. Integración que también alcanza una dimensión de objetivo compartido por las diferentes Administraciones, estatal, autonómica y local, los órganos constitucionales, el sector privado y la sociedad civil, y coordinado también con las organizaciones internacionales de las que España forma parte.

³⁰ Uno de los autores más influyentes que ha tratado el concepto de seguridad nacional es Buzan (1991). Y lo hace con este enfoque holístico. En su obra, Buzan ha desarrollado el concepto de "pensamiento en seguridad", que abarca una amplia gama de temas relacionados con la seguridad, incluida la seguridad nacional. Argumenta que la seguridad nacional no solo se refiere a la defensa militar de un Estado, sino que también abarca aspectos políticos, económicos, sociales y ambientales. Propone un enfoque más amplio e integrado de la seguridad, que incluye la seguridad humana y la seguridad colectiva.

Otro rasgo que forma parte de la naturaleza de la noción de seguridad nacional es que los desafíos que afectan a la sociedad revisten a menudo una elevada complejidad. De este modo categorías tradicionales como la defensa, la seguridad pública, la acción exterior y la inteligencia superan las fronteras estatales con frecuencia; y, por otra parte, categorías de incorporación más reciente, como el medio ambiente, la energía, los transportes, el ciberespacio o la estabilidad económica se caracterizan por ser ámbitos de actuación donde la seguridad puede estar en especial riesgo.

Por todo ello, la Exposición de Motivos de la Ley 36/2015 señala que *“la dimensión que adquieren ciertos riesgos y amenazas, su acusada transversalidad, o la combinación de estos rasgos con su naturaleza abierta e incierta, como sucede en las situaciones de interés para la Seguridad Nacional definidas por la presente ley, son factores que indican claramente que toda respuesta que implique a los distintos agentes e instrumentos de la Seguridad Nacional se verá reforzada y resultará más eficiente si se realiza de forma coordinada.”*

La seguridad nacional es, pues, un concepto amplio que se refiere a las medidas y políticas que un Estado implementa para proteger sus intereses, su soberanía, su territorio y su población contra amenazas internas y externas. Es un concepto fundamental en el ámbito de la política y la estrategia nacional, y abarca una amplia gama de preocupaciones y desafíos.

Sagastegui (2015) realiza un amplio recorrido por las diferentes nociones de seguridad nacional, pudiendo encontrarse dos concepciones bien marcadas.

Por un lado, aquellos autores que al hablar de amenazas a la seguridad nacional las identifican como amenazas externas (Laswell, 1950, 51; Lustgarden y Leigh, 1994, 26). Para este sector doctrinal, los Estados conciben la seguridad nacional como la capacidad militar de los países para enfrentar el ataque de otro Estado y se enfatiza la amenaza externa de otros países que puede afectar su soberanía, la superioridad en armamento, las alianzas militares, la contención de naciones agresoras y el mantenimiento de relaciones estables con las superpotencias.

Por otro, encontramos autores que establecen una mayor vinculación de la seguridad nacional con valores básicos como la soberanía, la protección del territorio y también la mejora de la sociedad y el mantenimiento del orden interno y externo (Greiff, 2005, 151), o con una serie de valores y propósitos fundamentales que pretende alcanzar y mantener un Estado moderno considerados esenciales para su supervivencia y desarrollo político y hacia donde se orienta sus esfuerzos, energías y recursos disponibles (Felip, 2005, 185).

Podríamos relacionar, pues, la seguridad nacional tanto con el concepto clásico de seguridad como con el de seguridad humana.

La seguridad nacional, en su forma más clásica, se centra en la protección de los intereses del Estado contra amenazas externas, como la guerra y la

agresión de otros Estados. Esto incluye la defensa militar, la protección del territorio y la soberanía, y la preservación del orden político y social interno. Estos aspectos se relacionan estrechamente con el concepto clásico de seguridad, que se centra en la seguridad del Estado y sus instituciones.

A la vez, la seguridad humana amplía el enfoque tradicional de la seguridad nacional al poner un mayor énfasis en la protección y el bienestar de las personas en un sentido más extenso. Mientras que la seguridad nacional se preocupa por la protección del Estado y sus intereses, la seguridad humana se centra en las necesidades y preocupaciones de los individuos, abordando una amplia gama de amenazas que afectan su calidad de vida y derechos fundamentales, como la seguridad alimentaria, la salud, la educación, los derechos humanos y la seguridad ambiental, entre otras³¹.

Desde esta óptica, la seguridad nacional puede ser vista como un componente importante de la seguridad humana, ya que sólo en un Estado seguro y

³¹ La estrategia de seguridad nacional en España (*Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021*) tiene como objetivo principal proteger los intereses esenciales del Estado y garantizar la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos. en un entorno nacional e internacional cada vez más complejo y cambiante.

Algunos de los principales objetivos de esta estrategia son:

- Defensa de la integridad territorial: garantizar la defensa del territorio español contra amenazas externas y preservar la soberanía nacional.
- Protección de los ciudadanos: salvaguardar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles, protegiéndolos de amenazas internas y externas, así como de riesgos emergentes como el terrorismo, la delincuencia organizada y los desastres naturales.
- Promoción de la estabilidad internacional: contribuir a la estabilidad y seguridad internacionales mediante la participación en misiones de mantenimiento de la paz, cooperación internacional y diplomacia multilateral.
- Prevención y lucha contra el terrorismo: desarrollar medidas preventivas y operativas para prevenir y combatir el terrorismo en todas sus formas, tanto a nivel nacional como internacional.
- Protección de infraestructuras críticas: proteger las infraestructuras críticas, como instalaciones de energía, transporte, comunicaciones y sistemas de información, contra posibles amenazas y ataques cibernéticos.
- Gestión de crisis y emergencias: establecer procedimientos y capacidades para gestionar crisis y emergencias, incluyendo desastres naturales, accidentes graves y situaciones de emergencia nacional.
- Coordinación interinstitucional: fomentar la coordinación y cooperación entre los distintos organismos y agencias de seguridad, defensa y emergencias a nivel nacional, regional y local.
- Adaptación a nuevos desafíos: anticipar y adaptarse a los nuevos desafíos y amenazas emergentes, como el ciberterrorismo, el cambio climático, la migración y la seguridad energética.

estable se puede conseguir un entorno propicio para el bienestar de sus ciudadanos³².

IV. CONCLUSIONES

1. En este trabajo se ha partido de un principio teleológico, que a la par es axiológico: el sentido del Constitucionalismo es el establecimiento de un sistema político-jurídico que tenga como principio y como fin la dignidad humana. Y para alcanzar este objetivo es necesaria la seguridad como condición de posibilidad de la consecución del mismo. La seguridad se presenta, pues, como clave de bóveda del sistema constitucional y de la consecución y materialización del valor ético de la dignidad humana, a través del respeto de los derechos.
2. El binomio Dignidad-Seguridad constituye el fundamento del orden jurídico-institucional y de la convivencia social en los Estados constitucionales de Derecho. La naturaleza del ser humano integra la auto-percepción de la dignidad como prius de la existencia humana. Y a la vez, la naturaleza humana es política. En este componente político, o sea social, de la naturaleza humana la seguridad es el elemento que posibilita la autonomía personal y el goce de los derechos. Sin seguridad no se dan las condiciones de posibilidad de la dignidad humana.
3. Las teorías filosóficas contractualistas y utilitaristas han aportado importantes reflexiones que propiciaron la inclusión de referencias a la felicidad y a la seguridad desde los primeros textos constitucionales. El aparente dualismo de estas dos corrientes queda superado por

³² Por su parte, la Unión Europea cuenta con un documento clave en materia de seguridad conocido como la "Estrategia de Seguridad de la Unión Europea". Esta estrategia establece los objetivos y las líneas de acción en el ámbito de la seguridad a nivel de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses y valores comunes de sus Estados miembros. Se basa en los principios de solidaridad, prevención y protección, y aborda una amplia gama de amenazas y desafíos a la seguridad, incluyendo el terrorismo, la ciberseguridad, la proliferación de armas de destrucción masiva, los conflictos regionales, la delincuencia organizada y los desastres naturales, entre otros. Proporciona, pues, un marco estratégico para la cooperación y coordinación entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea en materia de seguridad, así como para la implementación de políticas y acciones concretas. Además de la "Estrategia de Seguridad de la Unión Europea", la UE también cuenta con otros instrumentos y políticas relacionadas con la seguridad, como la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), la Política Europea de Vecindad (PEV), la Cooperación en Materia de Seguridad y Defensa (CSDP) y la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex), entre otros. Estos instrumentos y políticas complementan la Estrategia de Seguridad de la Unión Europea y contribuyen a fortalecer la seguridad y estabilidad en Europa.

- la fusión de sus horizontes en aras a la consecución de los fines propios del Estado constitucional.
4. El alcance de la seguridad no ha sido siempre el mismo. Va de la mano del modelo constitucional imperante. En los primeros momentos del Constitucionalismo la noción de seguridad se circunscribía a la protección de derechos tales como la vida, la libertad o la propiedad. En la actualidad resulta inconcebible una noción de seguridad que no incluya también en su alcance los fines propios del Estado social.
 5. Si desde los primeros textos del Constitucionalismo la seguridad ya se encuentra reconocida como condición de posibilidad de la felicidad, tras la Segunda Guerra Mundial la esencia de este fin ético-emocional será denominado dignidad, desde una perspectiva individual, o bienestar, desde la óptica colectiva, tanto en textos constitucionales como en otros de naturaleza internacional.
 6. La redefinición del Estado de Derecho como Estado social de Derecho conlleva a su vez la redefinición del contenido del concepto de la seguridad, pues ésta se presenta como premisa de la convivencia democrática, del orden político y la paz social, así como del progreso de la cultura y de la economía.
 7. Los conceptos clásicos de seguridad, y los más recientes de seguridad humana y de seguridad nacional se relacionan entre sí al abordar diferentes dimensiones de la protección y el bienestar, ya sea a nivel estatal o individual. Mientras que la seguridad clásica se centra en la protección del Estado contra amenazas externas, la seguridad humana amplía este enfoque al poner un mayor énfasis en las necesidades y preocupaciones de las personas; y la seguridad nacional, por su parte, es un elemento sustancial para la consecución de la seguridad humana al proporcionar un entorno seguro y estable para el desarrollo humano.
 8. Este contenido “nuevo” de la seguridad abarcaría tanto los componentes “tradicionales” de la misma (seguridad personal, seguridad exterior, seguridad de las instituciones del Estado, seguridad jurídica), como los de índole socioeconómica (seguridad social, seguridad sanitaria), así como los del ámbito cultural (seguridad de educación, seguridad de herencia histórica) y los de perfil más avanzado (seguridad alimentaria, seguridad medioambiental, seguridad cibernética).
 9. Así pues, el contenido de la noción de seguridad desde el punto de vista constitucional debería ampliarse e incluir tanto los roles tradicionales de prestación de seguridad por parte del Estado como aquellos otros derivados de la consecución y mantenimiento de las condiciones económicas, sociales y políticas necesarias para el desarrollo y progreso de la nación. A tales efectos sería aconsejable reflexionar sobre la inclusión de este “concepto ampliado de seguridad” en una futura reforma constitucional.

10. Todo ello para hacer real la vida humana digna. El fin primordial del Estado constitucional es establecer las condiciones de posibilidad de la dignidad humana. Y la seguridad se presenta como piedra angular del Constitucionalismo, pues de su mano va la protección de los individuos, de sus derechos y libertades, incluida la obligación de prestar determinados bienes y servicios que propicien la libertad y la igualdad real y efectiva de los miembros de la sociedad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO ZAMORA, M. J., 2019, «Reflexiones sobre constitucionalismo y seguridad», en Izquierdo Carrasco, M. y Alarcón Sotomayor L. (dir.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 171-192.
- ARISTÓTELES, 1988, *Política*, Editorial Gredos.
- ARIZA, N., 2010, «La aplicabilidad del concepto de seguridad humana en América Latina y el Caribe: el desarrollo humano como fuente de seguridad» en *OASIS: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, n.º 15, pp. 33-51.
- BENTHAM, J., 1970, *Comments on the Commentaries and A Fragment on Government (1776-1777)*, [ed. por Burns, J. H. y Hart, H. L. A.], Athlone Press.
- BENTHAM, J., 1789, *Introducción a los principios de moral y de legislación*.
- BOBBIO, N., 1979, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna.
- BUZAN, B., 1991, *People, States and Fear: An Agenda for International Security Studies*.
- CHEVALIER, J.J., 1956, «Le pouvoir et l'idée d'utilité chez les utilitaires anglais» en *Le pouvoir*, Instituto Internacional de Filosofía Política (P.U.F.), pp. 125-142.
- DWORKIN, R., 1984, *Los derechos en serio*. Ariel.
- FELIP, J. M., 2005, «Inteligencia y seguridad nacional». En: Cueto, Carlos de; Jordan, Javier (eds.) *La gestión de la seguridad en el nuevo entorno estratégico*, Comares, p. 185.
- FERNÁNDEZ PEREIRA, J.P. 2006, *La seguridad humana: un derecho emergente*, Ariel.
- GALLEGO RODRIGUEZ, P., 2024, *Identificaciones personales: seguridad y derechos fundamentales*, Dykinson.
- GALTUNG, J., 1995, *Investigaciones teóricas*, Tecnos, p. 314.
- GARCÍA Pelayo, M., 1982, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial.
- GREIFF, G., 2005, «Terrorismo y seguridad nacional. El derecho internacional que hereda el siglo XXI». En: Méndez Silva, Ricardo (coord.) *Derecho y seguridad internacional: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 151.
- HOBBS, T., 2000, *De Cive (1642)*, Alianza Ed.
- HOBBS, T., 1652, *De corpore político: or the elements of law, moral and politick*, printed by T.R. for J. Ridley.
- HOBBS, T., 1658, *Elementorum philosophiæ. Sectio secunda. De homine*.
- HOBBS, T., 1940, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil (1651)*, Fondo de Cultura Económica.

- HUME, D., 2004, *De mi propia vida* (1777), Universidad Nacional autónoma de México.
- HUME, D., 2011, *Ensayos morales, políticos y literarios* (1742-1742), Editorial Trotta y Liberty Found.
- HUME, D., 1992, *Tratado de la naturaleza humana. Autobiografía* (1738), (ed. por Duque, F.), Tecnos.
- HUTCHESON, F., 1755, *System of Moral Philosophy*.
- INNERARITY, D. y Solana, J., 2011, *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*. Paidós.
- KALDOR, M., 2004, *A Human Security Doctrine for Europe* (Dir.).
- KALDOR, M., 2007, *A European way of Security* (Dir.).
- KANT, I., 2010, *¿Qué es la Ilustración?* (1784), Prometeo Libros.
- KANT, I., 2017, *Sobre la paz perpetua. Un esbozo filosófico* (1795), Editorial digital Titivillus.
- LASWELL, H. 1950, *National Security and Individual Freedom*, Mc Graw-Hill Book, p. 51.
- LOCKE, J., 2010., *Los dos tratados sobre el gobierno civil* (1690), Tecnos.
- LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., 2000, *Curso de Derecho Político. Vol I*. Ed. Tecnos.
- LUSTGARDEN, L. y LEIGH I., 1994, *In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy*, Oxford University Press, p. 26.
- MANDEVILLE, B., 1723, *Fábula de las abejas*.
- MAQUIAVELO, N., 1969, «Carta a Francisco Vettori» (1513), en *Creación. Revista de la Universidad de México*, n.º 9, pp. 30-32.
- MAQUIAVELO, N., 2016, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1531), Ediciones Akal.
- MAQUIAVELO, N., 2010, *El Príncipe* (1513), Ediciones Akal.
- MARINA, J.A., 2011, «Pedagogía de la cultura de la seguridad en la enseñanza no universitaria» en *La cultura de seguridad y defensa, un proyecto en marcha. Cuadernos de estrategia* n.º 155, Instituto Español de Estudios Estratégicos, p. 68.
- MILIONE, C., 2020, «La noción de seguridad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: referencias al derecho a la tutela judicial efectiva», en *Revista de derecho político*, n.º 107, pp. 241-267.
- MILIONE, C., 2022, «“Fondata sul lavoro”. La dignidad humana a través del trabajo en la Constitución de la República Italiana», en *Revista de Derecho Político*, n.º 115, pp. 73-111.
- MILIONE, C., 2024, *La seguridad: piedra angular del Estado moderno. De Maquiavelo a Kant*. Atelier.
- MONTESQUIEU, C. L., 2013, *Cartas persas* (1717), Minerva Ediciones.
- MONTESQUIEU, C.L., 1835, *Consideraciones sobre las causas de la grandeza de los romanos y su decadencia* (1734), Imprenta de Miguel Puigrubí.
- MONTESQUIEU, C.L., 2016, *El espíritu de las leyes* (1749), El Cid Editor.
- MORGENTHAU, H., 1948, *Política entre las naciones*.
- NOZICK, R., 1974, *Anarchy, State, and Utopía*, Blackwell Publisher Ltd.
- NUSSBAUM, M., y Sen A., 1993, *The Quality of Life*, Oxford: Clarendon Press.
- PARIS, R., 2011, *At war's end: Building peace after civil conflict*.

- PECES BARBA, G., 1984, *Los valores superiores*. Tecnos, pp. 85-86.
- PNUD, 1994, *Informe sobre desarrollo humano*, Fondo de Cultura Económica.
- RAWLS, J., 2006, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica.
- ROUSSEAU, J. J., 1988, *Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su Proyecto de reforma* (1782), Tecnos.
- ROUSSEAU, J. J., 2008, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (1754), Prometeo Libros.
- ROUSSEAU, J. J., 2017, *El Contrato Social* (1762), Ediciones Akal.
- SAGASTEGUI CRUZ, F.I., 2015, *La seguridad nacional en el Estado Constitucional de Derecho*, Tesis doctoral no publicada. (Consultada en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=75752&orden=1&info=link>)
- SAMUELSON, P., *Foundations of Economic Analysis*, Harvard University Press.
- SEN, A., 2000, *Capacidades y libertad*, 1947, Fondo de Cultura Económica.
- SHAFTESBURY, Conde de, 1708, *Carta sobre el entusiasmo*.
- SIDGWICK, H., 1891, *The Elements of Politics*. London.
- SIDGWICK, H., 1895, «The Philosophy of Common Sense» in *Mind*, New Series, Volume IV, n.º 14, Abril, 145-158.
- SMART, J.J.C., *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*.
- VON CLAUSEWITZ, C., 1832, *De la guerra*.
- WALTZ, K., 1979, *Teoría de la política internacional*.

SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD DIGITAL: HACIA UNA NECESARIA TUTELA PENAL

*Digital identity theft: towards a necessary
criminal protection*

Gemma Martínez Galindo

Prof. Contratada Doctora Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), España
<https://orcid.org/0000-0003-1679-7299>

<https://doi.org/10.18543/ed.3105>

Fecha de recepción: 25.07.2023

Fecha de aprobación: 03.03.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

La identidad digital es una parte de nuestra intimidad que está continuamente en riesgo ante los avances comunicativos que se producen en el entorno de las nuevas tecnologías, ya que puede ser fácilmente aprovechada por los ciberdelincuentes para llevar a cabo conductas delictivas (y, así, procurarse el anonimato) con finalidades de todo tipo, ya sean económicas, sexuales, vengativas o, simplemente, por diversión. El Código penal español no sanciona el mero hecho de suplantar la identidad de alguien, sino los comportamientos que se llevan a cabo a posteriori. Resulta, por ello, prioritario que se conciba un nuevo tipo penal para castigar este ataque tan grave a lo más personal e íntimo que tenemos: quiénes somos frente a los demás.

Palabras clave

Identidad digital; suplantación online; intimidad; usurpación de estado civil; reforma legislativa.

Abstract

Digital identity is a part of our privacy that is continuously at risk due to the communicative advances that occur in the environment of new technologies, since it can be easily used by cybercriminals to carry out criminal behavior (and, thus, procure anonymity) or for all kinds of purposes, be they financial, sexual, revenge or simply for fun. The Spanish Penal Code does not penalize the mere fact of supplanting someone's identity, but behaviors that are carried out after the fact. It is, therefore, a priority that a new criminal offense be conceived to penalize this serious attack on what is most personal and intimate that we have: who we are in front of others.

Keywords

Digital identity; online impersonation; privacy; usurpation of civil status; legislative reform.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA MERA SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD COMO CONDUCTA PUNIBLE. III. EL BIEN JURÍDICO DE NUEVA GENERACIÓN: LA IDENTIDAD DIGITAL COMO EXTENSIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. IV. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: LA IMPOSIBILIDAD DE SANCIÓN PENAL. V. NECESIDAD DE HOMOGENEIDAD DE LA TUTELA PENAL. VI. LENTITUD DEL LEGISLADOR VERSUS CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. VII. CONCLUSIONES. VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace años, con la explosión de internet y esencialmente de los medios de comunicación y socialización cibernéticos, el empleo de las redes sociales (en España, casi 30 millones de personas poseen perfil en redes sociales, en el que incluyen datos como su nombre, fotografías y otro tipo de información personal) y en general con el uso de los sistemas de información y de la comunicación, se ha incrementado el riesgo de que se causen daños en bienes personalísimos, como son la reputación online, el honor, la intimidad o libertad de las personas, o incluso, su patrimonio cibernético, entre otros derechos. En muchas ocasiones, los ataques producidos constituyen una mera victimización, y los más dañinos (aunque no los más numerosos) son los que afectan a los bienes jurídicos más íntimos y personales, que constituye la denominada ciberdelincuencia social. En este ámbito, los avances tecnológicos facilitan que se desarrollen nuevas conductas que, en ocasiones, tienen difícil encaje dentro de los tipos penales previstos en la legislación, lo que –por mera aplicación del principio de legalidad– deja importantes lagunas de impunidad.

Se producen, así, continuamente, con el avance de las nuevas tecnologías y el empleo de redes sociales por parte de la ciudadanía nuevos escenarios a los que la legislación debe enfrentarse. Prueba de ello han sido las numerosas modificaciones que ha sufrido el Código Penal en materia cibernética desde la ratificación por España el 20 de mayo de 2010 del Convenio sobre Ciberdelincuencia de Budapest del Consejo de Europa de 23 de noviembre de 2001¹, y por las nuevas necesidades que se iban detectando, que han motivado la incorporación de tipos penales específicos². Y más adelante –por qué

¹ Instrumento de Ratificación del Convenio publicado en el BOE de 17 de septiembre de 2010.

² Entre las diferentes reformas que se han ido aprobando para incorporar delitos informáticos, debemos destacar la operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que vino a cumplimentar la Decisión Marco 2005/222 sobre ataques contra sistemas de información, incorporando las siguientes conductas: el delito de daños, en que se introduce el

art. 264 del CP, que sancionaba las conductas que se refieren a hacer inaccesibles o deteriorar datos o programas informáticos y que tienen objeto obstaculizar el funcionamiento de un sistema informático; los delitos contra la intimidad (197 del CP): se sancionó como novedad el acceso sin autorización a un sistema informático o a datos o programas informáticos, en el apartado 3, el denominado hacking blanco, el acceso a sistemas de información sin autorización y con independencia de que se produzca algún tipo de daño; y en la estafa se introdujo en el art. 248.2 del CP el apartado c) para incorporar la utilización de tarjetas ajenas causando un perjuicio a su titular. La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo introdujo, entre otras, las siguientes conductas: en los delitos contra la intimidad, se solventaron algunos problemas por falta de tipicidad de conductas, suponiendo la reforma la transposición de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal (arts. 197 a 201), produciéndose una separación nítida entre los supuestos de revelación de datos que afectan directamente a la intimidad personal, y el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad pero que no están referidos directamente a la intimidad personal, sancionándose muchas conductas nuevas; se tipificó la interceptación de transmisiones entre sistemas (es decir, automáticas, no personales) y la facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos; en el delito de daños se modificó el precepto 2 del art. 264 que reflejaba los daños por la obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema informático ajeno, y se introdujeron nuevas conductas a través de las que pudieran cometerse los daños informáticos (art. 264 bis, ter, quáter del CP); en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se introdujeron nuevas formas de comisión de delitos para proteger a los menores frente a los abusos cometidos a través de Internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, con los arts. 183 ter y quáter del Código Penal, y se añadió un apartado al art. 189.5 para sancionar a quien acceda, a sabiendas, a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, en la conciencia de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía; en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual se plantearon mejoras en cuanto a la regulación para lograr un cierto equilibrio entre esa protección de la propiedad intelectual y la que también deriva del legítimo uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, lo que supuso una modificación del art. 270 introduciendo el castigo a quien facilite el acceso a través de los sistemas de información de obras protegidas por estos derechos con ánimo de obtener un beneficio económico; y en el ámbito de los delitos contra los derechos fundamentales y libertades públicas, se añadió el art. 510 para incorporar el denominado el delito de odio que puede cometerse a través de cualquier medio, incluso tecnológico, incluyendo, en ese caso, como pena, la retirada de contenidos de la red. A su vez, la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, introdujo conductas relacionadas con el terrorismo online, como el auto-doctrinamiento a través de internet, en el art. 575, o el enaltecimiento del terrorismo en el art. 578. También la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, trasponiendo Directivas de la Unión Europea en el ámbito económico, modificó el art. 284 relativo al mercado y los consumidores para sancionar la conducta por la que se comunican *fake news* de una empresa que puedan modificar su cotización y alterar el mercado. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio introdujo conductas para proteger a los menores en internet (arts. 143 bis, 156 ter, 189 bis ó 361 bis). A su vez, la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legisla-

no—podrán surgir nuevos tipos penales para sancionar las conductas del programador, incluso, que está detrás de una inteligencia artificial para responder del comportamiento de la máquina contra otras personas³, o para sancionar de alguna manera los delitos cometidos en el metaverso o realidad virtual o paralela, sobre lo que ya se está debatiendo⁴.

Existen nuevas formas de delinquir y el Derecho Penal ha tenido que adaptarse a estas transformaciones para hacer frente al crimen y dar respuestas efectivas, a la altura de los retos que plantea esta era hiperconectada. Podríamos decir que se ha producido una celeridad en los avances tecnológicos versus lentitud del Legislador.

Un ejemplo de esta lentitud legislativa es en materia de suplantación de identidad digital: hacerse pasar por otra persona en cualquier sistema de la información, robarle su identidad, para utilizarla como si le perteneciera⁵. Este comportamiento lleva produciéndose más de diez años en nuestra

ción penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, que modificó de forma amplia, el delito de estafa por medios electrónicos para incorporar, conforme la Directiva 2019/713, de 17 de abril, el fraude y de la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, alejándose de la sistemática clásica de nuestro Código Penal, que atiende prioritariamente a los diferentes bienes jurídicos tutelados o puestos en peligro, tales como el patrimonio, la seguridad del tráfico o la fe pública, y no al concreto modo de comisión. Y, finalmente, la Ley Orgánica 10/2022, de 7 de septiembre, modificó también algunos artículos relativos a la intimidad (art. 197.7) y menores (art.183).

³ A este respecto debemos diferenciar el *machine learning*, que consiste en que un programador dota a los ordenadores, mediante distintos algoritmos, de la capacidad de identificar patrones en datos masivos para elaborar predicciones, y en cuyo caso es mucho más sencillo atribuir al programador las correspondientes responsabilidades a modo de autor mediato; del *deep learning*, que es el sistema al que estamos asistiendo este último año, consiste en inteligencia artificial, en la que el tecnólogo entrena a la computadora para que aprenda por cuenta propia reconociendo pautas mediante el uso de muchas capas de procesamiento y permitiendo rectificar la programación errónea, en cuyo caso, es más complicado pensar en que el hombre de atrás tenga responsabilidad penal por las acciones llevadas a cabo por una computadora que ha sido autosuficiente para crear una conducta. De interés, vid. Elisa Simó Soler, “Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2 (2023).

⁴ Javier López Gutiérrez, “Delitos en el metaverso: hacia un nuevo horizonte legislativo”, *Economist & Jurist*, vol. 30, n.º 262 (2022): 16-23; Alfonso Trallero Masó/Eva Tomás Román, “Metaverso y Derecho Penal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 158 (2022): en línea; y Antonio Serrano Acitores, “Metaverso y derecho” (Madrid: Tecnos, 2023, 2 ed.).

⁵ Claudio Cilli, “Identity Theft: A New Frontier for Hackers and Cybercrime”. *Information Systems Control Journal*, vol. 6, (2005): 1, lo define como “el uso de información sobre una persona obtenida desde internet con el propósito de identificarse a uno mismo como tal persona para llevar a cabo acciones ilegales”.

sociedad, esencialmente desde el gran avance comunicativo que supusieron las redes sociales y el smartphone y con un incremento alarmante⁶, siendo España uno de los países europeos con mayor tasa de suplantación de identidad online. Sobre él ha llamado la atención, por la falta de punición concreta en nuestro país, tanto la Fiscalía especial de Criminalidad Informática, que desde 2012⁷ viene reclamando un tipo penal concreto, como la doctrina penal⁸. Es el denominado *spoofing* desde un punto de vista criminológico, consistente en una técnica habitualmente utilizada por los cibercriminales, que supone la suplantación de la identidad de una persona física o jurídica

⁶ Según los datos que figuran en el Sistema Estadístico de Criminalidad del Ministerio de interior (<https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es>), el total de hechos conocidos como suplantaciones de identidad en 2022 (último año que consta publicado a la fecha de este trabajo), identificados como usurpación de identidad, fue de 12.509 frente a las 1.850 de 2011.

⁷ En la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2020, pp. 1291 a 1293, se dedica un capítulo íntegro a motivar la necesidad de la incorporación de un artículo específico de suplantación de identidad digital. En él se recoge la que hizo este órgano propuesta al Congreso de los Diputados como capítulo independiente en el Título XVIII dedicado a las Falsedades, con la siguiente redacción: “El que, en perjuicio de otro, suplantare la identidad de una persona física realmente existente, utilizando sus datos identificativos a través de Internet, medio electrónico o sistema informático en línea de tal modo que genere error sobre la intervención en esos medios de la persona suplantada, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión. A los efectos de este artículo se entenderá por datos identificativos tanto los correspondientes a la identidad personal oficial como cualesquiera otros que el afectado utilice habitualmente y por los que sea públicamente conocido”. Esto se vuelve a reiterar en la última Memoria de la Fiscalía General de Estado, de 2022 publicada hasta la fecha de este trabajo, que establece en su página 1.073 que, dentro de los delitos de falsedad, “tanto por número de incoaciones, que ascienden a 5650, como por su incremento porcentual respecto del año anterior, de un 35%, debe resaltarse el delito de usurpación de estado civil, el cual tiene relación con el incremento de conductas de suplantación de identidad con datos obtenidos de forma ilegítima mediante la utilización de medios relacionados con las nuevas tecnologías, sobre todo como medio para la comisión de otros ilícitos penales, generalmente de carácter patrimonial”, insistiendo en la página 1147 en la necesidad de “su incorporación como delito en el código penal español”.

⁸ Ricardo Mata y Martín. “El robo de identidad: ¿una figura necesaria?”. VV.AA. *Robo de identidad y protección de datos* (Madrid: Aranzadi, 2010): 199-220; María Pilar Rodríguez Fernández, “Suplantación electrónica de identidad: posible respuesta jurídica penal”, *Diario La Ley*, n.º 7906, (2012): en línea; Mercedes De Prada Rodríguez/Jesús Santos Alonso, “Suplantación de identidad en internet: necesidad de reforma del Código Penal”, *Anuario jurídico Villanueva*, n.º 7, (2013): 215-230; Vicente Magro Servet, “La tipificación penal de la suplantación de identidad en el uso de las redes sociales”, *Diario La Ley*, n.º 9005 (2017): en línea; y Mariana N. Solarí Merlo, “Suplantación de identidad digital: ¿necesidad de criminalización?”, *Cuadernos de política criminal*, n.º 136, (2022): 125-164.

con distintas finalidades y para la realización de infracciones de muy diverso tipo. Como ya mantenía Fernando Miró Llinares en 2012 es la “expresión concreta y tecnológicamente avanzada del género de conductas que tratan de configurar el *identity theft* o robo de identidad”, aunque este autor lo diferenciaba en el sentido de que se habla de *identity theft* cuando el uso de la identificación personal de otro ya tiene desde el inicio una finalidad que se presupone delictiva⁹, lo que no siempre es así.

A pesar de que todas estas conductas son reales y se producen diariamente en el ciberespacio, y cada vez con más intensidad, en España existe un vacío legal porque al no estar tipificado en el Código Penal de manera autónoma este comportamiento, cuando se produce la mera conducta de suplantar la identidad de otro con cualquier finalidad posterior –delictiva o no–, los Tribunales deben tratar de encajarla en otras figuras ya existentes en función del comportamiento que lleve a cabo el ciberdelincuente con esa identidad suplantada, es decir, a posteriori, pero no por el mero hecho de la suplantación¹⁰.

Se plantea así una cuestión: ¿es necesaria realmente una modificación legislativa del artículo 401 del Código Penal a fin de que se incluya, expresamente, la conducta de suplantación de identidad como un comportamiento punible con carácter independiente a la sanción que se puede producir por la comisión de otros delitos con el uso de esa identidad suplantada, ajenos al mero hecho de su mero empleo? Y si la respuesta de la tutela penal es positiva, ¿por qué el legislador no la ha introducido en ninguna de las 22 reformas del Código penal que se han dictado en nuestro país desde la ratificación del mencionado Convenio sobre Ciberdelincuencia de Budapest a pesar de haber sido reclamada desde hace años la introducción de un concreto precepto sancionador?

Este es el estado de la cuestión que voy a exponer en las siguientes páginas, en las que analizaré cuáles son las motivaciones más habituales de los ciberdelinquentes para suplantar la identidad de una persona y afectar a este bien jurídico que es la privacidad digital, y cómo sancionan los Tribunales los hechos cometidos con la identidad suplantada a través de los tipos penales existentes, determinando si se condena en la actualidad por el delito de usurpación de identidad del art. 401 del Código Penal o si la conducta aparece integrada dentro de otros delitos ajenos al hecho de suplantar la identidad de alguien. Por último, trataré de identificar los motivos por los que el Legislador no le está dando la debida importancia a esta situación y haré una

⁹ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio* (Madrid: Marcial Pons, 2012): 79.

¹⁰ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 260/2020, de 9 de junio entendió que la creación falsa de una cuenta en una red social en Internet a nombre de otra persona real era atípica por apenas haber estado en funcionamiento unas horas.

propuesta de *lege ferenda*, sumándome al criterio de Fiscalía, que ha vuelto a reiterar en la Memoria de 2022 su propuesta de modificar el Código Penal para introducir un tipo delictivo específico para sancionar esta conducta.

II. LA MERA SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD COMO CONDUCTA PUNIBLE

Cada vez es más frecuente en España y a nivel internacional la compra-venta de datos personales en plataformas ocultas y la *dark web*, cuya obtención se lleva a cabo a través de diversas técnicas de ataques informáticos a servidores de organismos públicos y privados que, aparentemente no parecen tener consecuencias graves pero que, en el fondo, suponen una filtración de información confidencial de los ciudadanos, cuyos efectos pueden ser gravísimos no solo por su afección a la intimidad de las personas sino también por sus consecuencias económicas e incluso por el riesgo que pueden generar para la seguridad de instituciones públicas o del propio Estado. Tanto la Policía Nacional en España, como Europol e Interpol desarticula de forma cada vez más habitual organizaciones criminales y perfectamente organizadas que tienen como negocio la oferta y venta online de esos datos obtenidos ilícitamente: desde credenciales de acceso a sistemas online, fotocopias y datos del DNI, dirección, domicilio, número de la Seguridad Social, correos electrónicos, hasta números de tarjetas y cuentas bancarias.

Es obvio que, con este comportamiento, se producen ya varias conductas punibles, pues existe un delito de acceso ilícito y otro de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197 bis y 197.1, respectivamente, del Código Penal. Pero el que adquiere esos datos, ya sea un particular, ya una organización criminal, está llevando a cabo actos preparatorios de futuras actividades que pueden derivar en la suplantación de la identidad de la persona a la que pertenecen esos datos para cometer otras acciones que podrían tener, también, un carácter delictivo, aunque la obtención de información de los ciudadanos no siempre se produce mediante procedimientos ilícitos, sino a través de técnicas de ingeniería social, cediendo la información los propios ciudadanos.

De una forma u otra, la finalidad más habitual de esas suplantaciones de identidad que se producen con esta información previamente obtenida está relacionada con motivos económicos¹¹. El autor persigue, así, causar un daño patrimonial u obtener un beneficio económico cuando, por ejemplo, se

¹¹ Javier Gustavo Fernández Teruelo, “Fraudes online: transferencias ilegítimas, doble factor de autenticación, muleros y subsunción típica”, en VV.AA. *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023): 1391-1404. Patricia Faraldo Cabana,

suplanta la identidad de una empresa de la competencia llevando a cabo determinados comportamientos para afectar a su reputación y favorecer que los consumidores dejen de adquirir sus productos; cuando alguien se hace pasar por un famoso para, simplemente, estafar a los seguidores solicitándoles dinero con base en la confianza generada; cuando se utiliza el nombre de un familiar para realizar solicitudes de dinero¹² o se configura una web valiéndose de la identidad de otra empresa para conseguir clientes¹³ o se realizan contrataciones telemáticas de servicios a nombre de otra persona para que le lleguen a la víctima los cargos¹⁴; cuando se bloquea la cuenta real de una persona para exigir dinero a cambio de su desbloqueo; cuando se suplanta la identidad de un directivo de una compañía (o de una empresa proveedora) en un correo electrónico para que otro empleado realice una transferencia a una cuenta que no corresponde al verdadero deudor; o si se utilizan las cuentas de otras personas para realizar apuestas online, cargando a éstas las consecuencias económicas negativas.

De hecho, el primer comportamiento ilícito cuya posible responsabilidad penal debiera analizarse en relación con el *phishing* o *smishing* (variante a través de sms), como una de las conductas que más habitualmente implican la comisión de un delito de fraude cibernético, es precisamente este robo o suplantación de la identidad con intención maliciosa, y ello porque, mediante el *spoofing*, el atacante crea un contexto engañoso para así hacer caer en un error a la víctima de forma que tome una decisión relacionada con la seguridad inapropiada. El ciberdelincuente crea un escenario falso, falaz, pero convincente alrededor de la víctima, actuando ésta de forma que pasa inadvertida su situación de peligro y a través de diferentes técnicas como *holograph attack* (utilización de caracteres de otro idioma), *IDN spoofing* (cambio de servidor de dominios), *IP spoofing* (empleo de programas para sustituir la IP original), etc. que permiten llevar a cabo el *spoofing* con cierto éxito. La captura de claves puede realizarse a través de programas que interceptan la información en el momento que se introducen en la banca online real, o también se llevan a cabo técnicas como la denominada *man in the middle* (introducirse en medio del correo enviado por una persona y recibido por la otra para

“Suplantación de identidad y uso de nombre supuesto en el comercio tradicional y electrónico”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 3 (2010): 73-134.

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 23/2015, de 5 de mayo, en que fue absuelto el padre que se hace pasar por su hijo para tener conversaciones por Messenger con una mujer a fin de solicitarle varias sumas de dinero.

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 198/2012, de 8 de marzo.

¹⁴ Sentencias 414/2008, de 27 de junio de la Audiencia Provincial de Granada, 2/2014, de 7 de enero de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, 59/2018, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja, 247/2019, de 20 de junio de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

sustituir y suplantar la identidad¹⁵), el uso de *keyloggers* (programas que capturan las pulsaciones del teclado) o el uso de programas de control remoto.

Pero no solo es un paso previo al phishing sino también al *pharming*, a través del *web spoofing*, que implica que mediante una suplantación de una página web, que se imita y está albergada en otro servidor, la víctima accede a la página falsa a la que le remite un código introducido en su ordenador, por un *malware*, que genera una confianza en la víctima, para que el sujeto pasivo acceda sin darse cuenta de la suplantación y, al acceder a la que cree real, revela sus datos.

Aparte de esta finalidad, que quizás es la que motiva más supuestos delictivos en la práctica, es muy habitual que encontremos suplantaciones de identidad digital por mera venganza cuando, por ejemplo, alguien accede a la cuenta, perfil o usuario original que tiene su expareja porque conoce sus claves, para cambiarlas y bloquearle el acceso o realizar comentarios ofensivos a sus seguidores para que sea objeto de críticas y causarle un daño reputacional, en el contexto de violencia de género que puede derivar en un acoso o provocación al odio (cuando se realizan comentarios desagradables en un chat o foro), con mensajes obscenos e indecentes, amenazantes, o que contengan información falsa del suplantado y le genere una situación de ansiedad con daños psicológicos¹⁶; o cuando un empleado despedido pone en un periódico escrito o en páginas de internet de contactos sexuales el correo electrónico y teléfono de la persona que le despidió¹⁷.

¹⁵ Relevante es el estudio realizado por Margarita Robles Carrillo, “Email Spoofing: un enfoque técnico-jurídico”, *Revista Científica de Sistemas e Informática*, vol. XVI (2021): 139-144, sobre la técnica para llevar a cabo este tipo de suplantación de identidad y algunas herramientas técnicas para prevenirla.

¹⁶ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 4/2015, de 15 de enero, condena por delito contra la intimidad a un sujeto que aprovechando una relación de amistad con la víctima, y teniendo acceso a sus fotografías personales, acabada la relación, abrió en Facebook un perfil con el mismo nombre de la víctima, haciendo creer a otros usuarios de la red que tras él estaba el verdadero usuario, perfil al que exportó las fotos de que disponía, con el fin de perjudicarle incorporando comentarios personales relativos a su vida privada de pareja. Y el Auto de la Audiencia Provincial de Segovia 46/2010, de 25 marzo, se refiere a un supuesto de uso falso de la personalidad de la denunciante en la red social Tuenti para ridiculizarla.

¹⁷ Supuesto examinado en la STS 344/2020, de 25 de junio. Sobre este tema, José Miguel Sánchez Tomás, “Anuncios de solicitud sexual con usurpación de identidad: entre el acoso, la injuria y la infracción de protección de datos”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 147 (2020): en línea, en el que analiza la difícil calificación jurídico penal de estos hechos y su subsunción posible en los delitos de acoso (art. 172 *ter*. 1.3ª CP), de injurias (art. 208 CP) y de usurpación de estado civil (art. 401 CP); concluyendo que lo más adecuado es su consideración de infracción del art. 72.1.b) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garan-

O con una finalidad sexual, cuando, por ejemplo, el ciberdelincuente se hace pasar por un famoso cantante para obtener seguidores –normalmente adolescentes– a las que, después, les manda mensajes directos aprovechándose del engaño reclamándoles fotografías o videos sexuales. En este ámbito de los menores es especialmente preocupante la suplantación de identidad en el contexto del ciberbullying, pues asistimos a multitud de comportamientos que normalmente no llegan, siquiera, a los Juzgados de menores, pero implican conductas delictivas en sí mismas, como cuando un adolescente por ejemplo, utiliza la imagen de una compañera de clase para realizar un montaje fotográfico de connotaciones sexuales y hacerse pasar por ella en una red social para ridiculizarla o molestarla, o simplemente hacerse pasar por un compañero/a popular tener mayor aceptación social arrojándose su identidad¹⁸.

Y también se puede llevar a cabo la suplantación de identidad, incluso, para encubrir una actuación delictiva, de forma que alguien se hace pasar por otra persona para cometer hechos delictivos y que se dirija la investigación contra el tercero que, en realidad, es una víctima¹⁹, siendo habitual los casos de suplantación de identidad en la apertura fraudulenta de las cuentas bancarias online, como consecuencia en ocasiones, de una inadecuada aplicación o supervisión de la normativa sobre la prevención del blanqueo de capitales por parte de los responsables de las entidades bancarias y por lo que, éstas deberían responder civilmente. De hecho, la STS 300/2015, de 19 de mayo, advertía de la relativa facilidad para suplantar la identidad de otra persona a través de estos medios de comunicación y, en consecuencia, la necesidad de que exista una pericial informática para acreditar la autoría del delito²⁰. Sobre

tía de los derechos digitales, es decir, ajeno a la sanción penal por falta de tipificación. Téngase en cuenta que, precisamente con la reforma operada en el artículo 172 ter por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, se ha introducido un nuevo apartado 5 consistente en “El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación”, pero esta conducta no englobaría la mera utilización, como ocurrió en la citada resolución del Tribunal Supremo, del correo electrónico y el número de teléfono, no de la imagen.

¹⁸ Ese supuesto, en adultos, fue el examinado en la STS 635/2009, de 15 de junio, en el que una persona se hizo pasar por un famoso periodista para mejorar sus relaciones sociales para firmar un precontrato de compraventa, cheques, formalizar ante un notario tres escrituras públicas e inscribirse en un hotel, siendo absuelto por no integrarse en la conducta de usurpación de estado civil del art. 401 CP.

¹⁹ Supuesto que, aunque no en el ámbito digital, fue objeto de condena en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 206/2013, de 19 de diciembre.

²⁰ Esta Sentencia indicaba, en su Fundamento Jurídico Cuarto, que “la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería

esta circunstancia preocupa, como informa la Fiscalía General del Estado, que los efectos perversos de esta práctica se incrementan año tras año, pues “los delincuentes se sirven de datos personales ajenos, sustraídos u obtenidos con ocasión de contactos online, para utilizarlos en posteriores acciones criminales en la red, generando a los legítimos titulares de la identidad suplantada graves perjuicios y en muchas ocasiones múltiples reclamaciones judiciales como presuntos autores de actos ilícitos” y, a este respecto, indica que se están intentando ofrecer soluciones efectivas ante estas situaciones, a través de mecanismos que permitan interrelacionar de forma automática la información derivada de los distintos expedientes²¹.

Por otro lado, hay ocasiones en que, simplemente, la suplantación se lleva a cabo con una finalidad aparentemente más nimia, pero que puede llegar a provocar graves daños personales, como obtener más *likes* en una red social, para conseguir más seguidores, actuar en redes como si fuera esa otra persona haciendo comentarios fingiendo que es la real la que los publica, atribuyendo al suplantado expresiones, pensamientos, opiniones o planteamientos que no le son propios y que le desprestigian o desmerecen en su consideración pública²², o le provocan enfrentamientos con su círculo de amigos o familiares o con su ámbito de contactos de carácter profesional como compañeros de trabajo, clientes, proveedores, o para realizar *fake news* o desestabilizar la opinión pública (los denominados *troles*), sin ninguna trascendencia penal.

Asimismo, como indicaba al principio, existen diversas modalidades de comisión, desde las formas más sencillas que puede llegar a cometer cualquier persona mediante técnicas de ingeniería social o engaño, hasta las más complejas en las que se utiliza la ingeniería informática solo al alcance de unos pocos. Y por un lado, se puede llevar a cabo mediante la suplantación de la identidad real en la cuenta, perfil o usuario de una red social o sistema de la información (accediendo sin autorización con las claves reales o habiendo obtenido las credenciales a través de cualquier técnica), o creando nuevas cuentas o perfiles que simulen ser la persona real (utilizando el mismo nombre, la imagen, el *nick*, el avatar, el usuario y de cualquier forma que implique

instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo”.

²¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2022, pp. 857 y 858.

²² Un supuesto similar fue objeto de absolución por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 96/2012, de 26 de marzo, pues a pesar de que se usurpó la identidad de una persona para perjudicarla en su imagen y publicar, en su nombre, expresiones soeces y de mal gusto entre sus amistades, se consideró que no colmaba las exigencias del tipo penal de injurias.

una confusión con el real, es decir, para que el perfil parezca auténtico, actuando como tal en chats, foros o plataformas similares de contacto interpersonal) y, de esta forma, inducir a error a los demás usuarios. Pero tanto en uno como en otro caso, existe una apariencia de que realmente se trata de una persona cuando, en realidad, es otra la que actúa faltando a la verdad.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DE NUEVA GENERACIÓN: LA IDENTIDAD DIGITAL COMO EXTENSIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, regula los derechos en la era digital al referirse al derecho al olvido, a la desconexión digital, a la neutralidad de Internet, a la seguridad y educación digital o a la protección de los menores en Internet, pero no define como tal la identidad digital, que con mayor frecuencia es uno de los aspectos que más afectación tienen. Este concepto ha sido definido por INTECO (Instituto Nacional de Tecnologías de la Información, adscrito al Ministerio de Industria) como “el conjunto de la información sobre un individuo o una organización expuesta en Internet (datos personales, imágenes, registros, noticias, comentarios, etc.) que conforma una descripción de dicha persona en el plano digital”²³ o por la doctrina como “la herramienta que permite singularizar, asociar información e interconectar a las personas físicas, entidades y objetos en un contexto digital”²⁴. Se trata, pues, del equivalente a la identidad de una persona o entidad, pero en un entorno digital y se utiliza para la identificación de la persona en las conexiones o las transacciones entre ordenadores, teléfonos móviles u otros dispositivos personales, de forma que no solo se trata de emplear la información offline de la persona, sino la imagen que proyecta la huella y sombra digital del usuario, así como por su reputación online.

Esta identidad, por tanto, al integrar todo lo que una persona es en relación con las nuevas tecnologías (ya sea con su nombre y apellidos, dirección física, datos fiscales, correo electrónico, su whatsapp, su perfil o usuario en cualquier página o red social o, incluso, su número de teléfono o su imagen, fotografías, historiales de navegación y comportamiento en línea), forma parte del contenido más íntimo de la persona, con implicaciones sobre la

²³ INTECO, Guía para usuarios: Identidad digital y reputación online. España: Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, (2012): 5.

²⁴ José Antonio Hurtado Martos, “La identidad digital, una herramienta para el desarrollo sostenible”, *RA & DEM: Revista de Administración y Dirección de empresas*, n.º 4 (2020): 115-130.

intimidad y libertad individual y, por ello, se engloba dentro del derecho fundamental a la intimidad y a la privacidad informática²⁵, siendo necesario extender su protección al entorno en línea con el advenimiento de la era digital y por los abusos que se están produciendo.

Por eso, se trata de un bien jurídico de nueva generación, o 5.0, que ya fue visionado por nuestra Constitución de 1978 que, en un momento en que era un futuroble conocer el desarrollo que tendrían las nuevas tecnologías, reflejó en el apartado 4 del artículo 18, que “la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, previendo que en un futuro, como es el presente actual, 45 años después, las aplicaciones de la informática han supuesto un elemento transgresor de nuestra intimidad, con la posibilidad de que suplanten nuestra identidad con una gran facilidad.

En definitiva, la identidad, como conjunto de los signos o rasgos de una persona que la caracterizan e individualizan en la vida social, constituye un derecho de la personalidad como bien jurídico autónomo y muy relevante para la configuración de la dignidad personal, y como presupuesto del ejercicio de muchas facultades reconocidas y amparadas por el ordenamiento jurídico. Así figura en los artículos 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (“derecho del niño a preservar su identidad”), 33.1 de la Constitución portuguesa (que regula los derechos a la identidad, la buena fama y la intimidad), y 4, 5, 15 y 29 de la Ley española 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (que se refieren de forma expresa al derecho a la identidad de la persona). Y, de manera coincidente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos (esencialmente sus Sentencias de 26 de junio de 2014 –n.º 65192/11, caso *Menesson c. Francia*, y 65941/11, caso *Labasseé v. Francia*–) ha valorado de manera autónoma el derecho a la identidad en el haz de los propios de la personalidad.

Este derecho está íntimamente conectado con la fe pública desde un punto de vista de la autenticidad digital como bien jurídico protegido de las falsedades documentales, pues se concreta en la confianza de la comunidad en la correcta identificación de las personas, a su vez instrumento esencial de la vida social y del tráfico jurídico²⁶, incluso del económico²⁷ –uno de los

²⁵ Ya la STC 126/1998, de 15 junio, mencionaba este derecho a la intimidad informática en relación con un supuesto de incorporación a un registro informático de determinados datos personales que propiciaban la discriminación.

²⁶ Emiliano Borja Jiménez, “Capítulo IV. De la usurpación del estado civil”, en VV.AA. *Comentarios al Código penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023): 2536, afirma que, en esta figura delictiva, junto a la usurpación de funciones públicas y al intrusismo, “la mutación de la verdad y su incidencia en la seguridad del tráfico jurídico no se proyecta sobre concretos objetos materiales, sino sobre determinados comportamientos del sujeto”.

²⁷ Patricia Faraldo Cabana (2010): 74.

aspectos que, como antes he indicado, están más en riesgo cuando se producen estas suplantaciones de identidad—. Este nuevo concepto de bien jurídico es de carácter colectivo, puede considerarse una extensión de la integridad y seguridad informática, que cumple una función preventivo-positiva y viene a dar una protección anticipada a otros bienes jurídicos de naturaleza personal. De hecho, iría destinado a garantizar la autenticidad de las comunicaciones personales y de todos los datos que figuran en cualquier soporte informático de una persona.

Como afirman Avelina Alonso de Escamilla y Esteban Mestre Delgado, “una falsedad es una mentira, una alteración de la verdad, pero, a efectos penales”²⁸. Por ello, es necesario hablar de un bien jurídico penal más específico, de nueva generación, que supone la verificación de la autenticidad de la persona en sí misma considerada.

Pero debe diferenciarse, precisamente porque no tiene implicación en este derecho a la intimidad, lo que supone la suplantación de esa identidad real de la mera creación de perfiles o identidades falsas en el ciberespacio, que no pueden tener la misma consideración jurídica. Son claras las cifras que revelan que gran número de los perfiles creados en las redes sociales son falsos y no se corresponden con una persona real, buscando la desinformación y manipulación, propagar noticias falsas, generar polarización, influir en elecciones o promover agendas políticas o comerciales ocultas, o bien para cometer otros delitos, tratando así de ampararse en el anonimato.

Ello, sin embargo, es decir, cuando se produce una mera creación de un perfil falso sin suplantación de una persona real, debe atajarse desde la legislación administrativa. Es decir, esta conducta de crear perfiles falsos, de carácter ficticio, que no afecta a otra persona, en el que no se utilizan fotografías ni datos ajenos, debe quedar extramuros al Derecho penal porque, con ello, no se afectaría a ningún bien jurídico objeto de tutela penal y por mera intervención del principio de intervención mínima²⁹, pues desde un punto de vista político-criminal debe limitarse la aplicación penal para que accedan al campo de lo punible solo hechos gravemente

²⁸ Avelina Alonso de Escamilla y Esteban Mestre Delgado, “Tema 21. Falsedades”. En *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, coordinadora Carmen Lamarca Pérez, 6ª edición, (Madrid: Dykinson, 2021): 848.

²⁹ Como afirman las SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, 26/2018, de 5 de marzo, y del Pleno 25/2022, de 23 de febrero “en materia penal rige el denominado principio de intervención mínima, conforme al cual la intromisión del Derecho Penal debe quedar reducida al mínimo indispensable para el control social. De modo tal que la sanción punitiva, como mecanismo de satisfacción o respuesta, se presenta como *ultima ratio*, reservada para aquellos casos de mayor gravedad y siempre sometida a las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad”.

atentatorios contra, en este caso, el derecho a la intimidad de una persona cierta y real³⁰.

Llevo afirmando tiempo en distintos foros que, a mi juicio, debería exigirse a las plataformas online que implementen medidas de seguridad y verificación de identidad más rigurosas que las que existen en la actualidad, para que pueda facilitarse la identificación real de la persona que crea un perfil o una cuenta, similar a la que utiliza la Administración Pública española ante cualquier trámite online, que para asegurar la identidad en un trámite captan una fotografía del interesado con el DNI, asegurando, así que los datos que se indican son ciertos y reales, y se puede comprobar la identidad. Si ello se hiciera así, los ciberdelincuentes no podrían ampararse en el anonimato para cometer muchas de sus conductas delictivas. Asimismo, sería necesario mejorar los mecanismos de denuncia y eliminación de contenido falso en esas plataformas.

Pero una cuestión es solicitar, desde un punto de vista legal que las entidades requieran la garantía de esta identidad para poder usar esos servicios o, incluso, sancionar la creación de perfiles falsos en redes sociales y otra muy distinta que esto deba ser objeto de tutela penal.

Finalmente, aunque el principal efecto que genera para el suplantado es, evidentemente, la afectación a su intimidad, ello no implica que se generen daños en otros bienes penalmente protegidos como en el patrimonio, en el honor o, incluso, en la integridad cuando se producen daños de tipo psicológico ante la incomprensión de los hechos por la víctima, el estrés emocional y el trauma que le puede generar el hecho de que alguien le haya usurpado su identidad.

IV. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: LA IMPOSIBILIDAD DE SANCIÓN PENAL

Como se ha indicado, tanto la Fiscalía especial de Criminalidad Informática como la doctrina han debatido sobre el encaje penal que podría tener la mera suplantación de identidad digital, y se llega siempre a la misma conclusión: no tiene ninguno.

Ya he dicho que lo que se puede sancionar es la conducta que se lleva a cabo a posteriori con esa identidad suplantada. Así, si se simula ser la persona real y se llevan a cabo injurias o calumnias o amenazas sobre los seguidores de una cuenta u otras personas, se sancionaría como un delito contra el

³⁰ De hecho, en el supuesto examinado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 695/2011, de 21 de noviembre, como no puedo comprobarse si las identidades tarjetas de residencia que utilizaban los acusados pertenecían a una persona real y cierta, tuvo que absolverse del delito de usurpación de estado civil del art. 401 del CP.

honor (arts. 205 y ss.) o de amenazas (arts. 169 y ss.). Así fue, por ejemplo, en el supuesto examinado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 58/2011, de 9 de marzo, en que un adolescente de 15 años accede al perfil de una compañera del colegio en «Tuenti» para insultar y amenazar a otros alumnos, o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia 32/2011, de 24 de mayo (que en una situación similar se condenó por una antigua falta de vejaciones injustas).

Si con esa suplantación se están revelando datos personales de otro, como un delito contra la intimidad (arts. 197 y ss.), como en el supuesto examinado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 117/2020, de 17 de noviembre, en que se hace pasar por otra persona en una conversación telefónica para obtener secretos de la víctima y luego compartir la grabación en redes sociales.

Si se utiliza la identidad de otro para obtener videos sexuales de menores se sancionaría como delito contra la libertad sexual o de pornografía infantil. Este caso fue, por ejemplo, el examinado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 772/2013, de 23 de octubre, que entre otras conductas, el acusado simulando ser un amigo de la joven y con el pretexto de ayudarla por el acoso que estaba recibiendo de él mismo la convenció para que cambiara la contraseña de su cuenta de correo en la red social Tuenti, consiguiendo de esta manera el acceso a dicha cuenta y tomar conocimiento de su contenido y de las direcciones electrónicas de su familia y amigos, con la finalidad de presionarla y conminarla para que volviera con él y le remitiera videos de contenido pornográfico.

También se sancionaría como daños informáticos (arts. 267 y ss.) si se borra contenido previamente reflejado por la persona real (fotografías, comentarios o videos). Si se ejercitan derechos o se contratan servicios en su nombre se sancionaría como una usurpación del estado civil (art. 401), o si de lo que se trata es de utilizar esa identidad para engañar patrimonialmente a otros, se sancionaría como estafa (art. 248).

Pero no existe ningún delito específico que sancione el mero hecho de suplantar esa identidad sin hacer nada más, es decir, hacerse pasar alguien por otra persona, lo que indudablemente afecta a lo más íntimo que tiene aquélla, como se ha indicado: su identidad real.

Aunque un sector doctrinal ha solicitado el encaje en el art. 401 de las meras conductas de creación de perfiles suplantados de otra persona en las redes sociales o páginas web de Internet³¹, ello no es correcto, y los Tribunales no están castigando por este precepto, ya que este tipo delictivo, como ha

³¹ Juan Alberto Díaz López, *El delito de usurpación del estado civil* (Madrid: Dykinson, 2010): 221 y ss. Paz Lloria García, “Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al ‘sexting’”, *La Ley Pe-*

exigido la jurisprudencia (SSTS 710/2017, de 27 de octubre, 371/2019, de 23 de julio) exige no solo arrogarse la condición de otra persona, sino actuar en el tráfico jurídico como ella, en todas sus facetas de la vida, es decir, el uso de los derechos y acciones de la personalidad sustituida en todas –o, al menos, variadas–³², que no se cumple con el mero hecho de hacerse pasar por otra persona frente a los demás, motivo por el que está tratándose de condenar, en los casos en que no se colman las exigencias de este tipo penal, por un delito de falsedad documental cuando implica la suscripción de documentos de los arts. 390 y siguientes³³. Silvia Mendoza Calderón pone el acento en que este precepto “incide sobre los nombres que por filiación pertenecen a otra persona y consiste lógicamente en usarlos como propios, de manera tal que las restantes personas puedan creer que son los nombres y apellidos pertenecientes realmente al usurpador”³⁴.

nal, n.º 105 (2010): en línea. Y Álvaro Écija Bernal, “Principales conductas antisociales de Internet (y III)”, *Diario La Ley*, n.º 4, sección Ciberderecho (2017): en línea.

³² En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 251/2020, de 23 de octubre se condena a una mujer extranjera que había sido expulsada de España y, para regresar utilizó un pasaporte a nombre de otra persona, amiga suya, utilizando su documentación identificativa como propia de forma plena y continuada, suplantándola en todos los actos de la vida civil, como abrir cuentas bancarias, llegando, incluso, a contraer matrimonio que le permitió obtener el permiso de residencia como familiar comunitario y, posteriormente, adquirir la nacionalidad española, haciendo uso de dicho documento de manera continuada, siendo condenada por delito de falsedad documental en concurso medial con el delito de usurpación de estado civil.

³³ Auto de la Audiencia Provincial de Valencia 1166/2016, de 17 de noviembre. De hecho, en la Memoria de la Fiscalía del año 2010 ya se reflejaba la preocupación por la comisión de delitos a través de las nuevas tecnologías, indicando que “además de las dificultades mencionadas, ha de tenerse en consideración –especialmente en el delito de usurpación o robo de identidad– el hecho de la ausencia de una figura penal concreta donde radicar la tipificación del hecho. Cabría considerarlo como una modalidad del delito de usurpación del estado civil, de poder acreditarse un uso continuado en el tiempo, lo que no aparece en la realidad criminal informática; o como un delito contra la intimidad en cuanto a captación, acceso y utilización de datos personales que se hallen en cualquier tipo de soporte y registro; si bien esta solución se enfrenta al problema del bien jurídico protegido y al especial propósito de revelación de secretos de otro, así como a la aprehensión del verdadero objeto del delito –el apoderamiento de datos que, por sí, definen o identifican a una persona–, que no llega a coincidir con el de dato reservado de carácter personal. (.../...). Por ello, y así se han dictado instrucciones a las unidades policiales, se considera más práctico y viable la consideración de los supuestos de usurpación o robo de identidad como actos delitos de falsedades documentales, cuando tienen su reflejo en el empleo de las identidades usurpadas en relaciones contractuales”.

³⁴ Silvia Mendoza Calderón, *Criminalidad juvenil en la era digital* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022): 174.

De este modo, podríamos encontrarnos en estos supuestos, simplemente sancionados por el art. 401 cuando la usurpación de la identidad digital implica el ejercicio de acciones concretas, pero si la jurisprudencia ni siquiera sanciona como delictivos todos los casos en que una persona se hace pasar por otra asumiendo su personalidad, cuando no se usurpan todos sus derechos³⁵ o cuando no es de forma continuada³⁶, menos aún en los supuestos en que no se utiliza ninguno, sino únicamente el nombre y la identidad de alguien.

Hay casos en que lo que se está llevando a cabo es una manipulación informática previa para suplantar la identidad digital en un documento haciendo creer al sistema que un documento está suscrito por la persona auténtica y luego se lleva a cabo una actuación en su nombre ejerciendo derechos. Pensemos, por ejemplo, en el empleo de la técnica de phishing para instalar un malware en el ordenador de un empleado de una multinacional y a continuación, sin que el usuario se percate, el cibercriminal utiliza su firma digital y el sello de la persona jurídica o la del Director Financiero o, incluso, del representante, para plasmarla en un documento con cualquier finalidad, ya sea defraudatoria o declaratoria de voluntad. O cuando esto mismo ocurra en el ordenador de un funcionario de cualquier Administración Pública para lograr la firma y sello electrónico de un documento público (quien ha solicitado, por ejemplo, una subvención, o quien en un Ayuntamiento está esperando una licencia de construcción o de actividad o cualquier acto público o quien modifica la consideración de una finca, de rústica a urbana)³⁷. O hacer

³⁵ Por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid 22/2021, de 21 de enero y Lleida 298/2012, de 20 de septiembre absuelven cuando la suplantación se refiere a un acto concreto. En la primera, el acusado haciéndose pasar por su ex mujer procedió a firmar unos recibos y se le absolvió considerándose que al no suponer la asunción total de la personalidad de su ex mujer, ni de sustitución de la misma en todos sus derechos, aunque ello pudiera causar un perjuicio, no es susceptible de ser calificado como un delito de usurpación del estado civil, dado que la verdadera suplantación de identidad “no se limita al nombre, sino a todas las características o datos que integran la identidad de una persona, único supuesto en el que nos hallaremos ante un delito de usurpación de estado civil, del art. 401 del Código Penal”.

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 111/2006, de 6 de noviembre, o la de la Audiencia Provincial de Barcelona 385/2016, que absolvió de este delito porque “para la comisión del delito de usurpación de estado civil no basta con una suplantación momentánea y parcial, sino que es preciso continuidad y persistencia, y asunción de la total personalidad ajena con ejercicio de sus derechos y acciones dentro de su status familiar y social. Y de lo que se acusa en autos es de que en momentos y situaciones puntuales, el acusado habría utilizado el nombre de otra persona para imputarle la comisión de unas infracciones administrativas”.

³⁷ De conformidad con lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios elec-

lo mismo en un usuario particular y utilizar, después, la firma electrónica desde su ordenador para solicitar un préstamo digitalmente o para abrir una cuenta corriente e ingresar en ella dinero proveniente de actividades ilícitas, para evitar ser descubierto el verdadero autor. De hecho, por haberse detectado estas brechas de seguridad en el empleo de la firma digital, se están implementado programas más avanzados para exigir un doble *check* a la firma digital, como el Viafirma, la autenticación multifactorial (MFA), las opciones móviles como el escaneo de huellas dactilares y el reconocimiento facial, o las contraseñas de un solo uso entregadas a través de una aplicación de autenticación móvil o un mensaje SMS, aunque evidentemente, con el uso de la inteligencia artificial también es posible la suplantación de la identidad a través de sistemas de reproducciones de huellas o el uso de máscaras faciales (*facial recognition technology*) y las propiciadas por brechas de seguridad.

Pues bien, como afirma la STS 635/2009, de 15 de junio, “usurpar el estado civil de otro lleva siempre consigo el uso del nombre y apellidos de ese otro, pero evidentemente requiere algo más, sin que sea bastante la continuidad o la repetición en el tiempo de ese uso indebido para integrar la mencionada usurpación. Usurpar equivale a atribuirse algo ajeno. En la segunda acepción de nuestro diccionario oficial se dice que es arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro y usarlos como si fueran propios... Quiere decir(se) que para usurpar no basta con usar un nombre y un apellido de otra persona, sino que es necesario hacer algo que solo puede hacer esa persona por las facultades, derechos y obligaciones que solo a ella corresponden”.

Por tanto, llevar a cabo la suplantación de la identidad, incluso utilizando su nombre y apellidos o su firma electrónica sin llevar a cabo un acto concreto o declarativo o una atribución de facultades, no podrían sancionarse dentro del art. 401 del Código Penal, pero tampoco como falsedad documental (art. 392) porque al plasmar la firma electrónica con los datos correctos del titular, realmente no se estaría cometiendo una falsedad clásica, ya que no se está imitando o suplantando la firma, ni falsedad en documento privado (art. 395), como ha sido desestimado por los Tribunales³⁸, porque la concurrencia de este tipo implica cometer en documento privado alguna de

trónicos de confianza, “todos los sistemas de identificación, firma y sello electrónico previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, tendrán plenos efectos jurídicos. Además de ello, es relevante el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

³⁸ Autos de la Audiencia Provincial de Madrid 356/2017, de 29 de mayo y de la Audiencia Provincial de La Rioja 137/2022, de 25 de abril.

las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390 CP para perjudicar a otro, conducta en la que esa suplantación no encaja directamente.

Esa conducta, por tanto, en la que se usurpa la identidad de alguien mediante manipulaciones informáticas se podría castigar por un delito contra la intimidad de acceso ilícito (art. 197 bis), pero la suplantación quedaría sin sanción penal, igual que ocurría en los años 80 con las manipulaciones informáticas que se produjeron para cometer fraudes, que al no estar expresamente previstas, se absolvía cuando se efectuaban transferencias de fondos en la banca online, porque no entraban dentro del concepto clásico de estafa, al no llevarse a cabo ningún engaño (pues se utilizaban las contraseñas correctas del titular de la cuenta haciendo creer a la máquina que quien estaba realizando esa transferencia era el verdadero titular).

En este caso, por tanto, ni la manipulación informática para suplantar la firma de alguien si no está, con ella, atribuyéndose derechos o funciones es delito del suplantado reales y concretas causándole un perjuicio es delito³⁹, ni menos aún lo es, que el ciberdelincuente simplemente se haga pasar por otra persona.

Pero es que, recientemente se ha querido suplir esta laguna, sin éxito, porque la suplantación de identidad digital tampoco tiene cabida en el nuevo tipo penal incluido en la Ley Orgánica 10/2022, en el apartado 5 del artículo 172 ter, que se refiere, exclusivamente, al empleo de la imagen “para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación”. Con este precepto se ha realizado un parche, pues se sanciona la suplantación de la imagen de una persona pero con una exclusiva finalidad de acoso pero cuando no se emplea la imagen ni se causa esa situación, la conducta sigue siendo atípica.

Como refiere ese Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 356/2017, de 29 de mayo: “crear un perfil falso en cualquier red social, simulando ser la víctima y utilizando su imagen sin su consentimiento, naturalmente con intención de difamar, humillar, acosar etc. (no por ejemplo para parodiar): ¿Puede ser un hecho constitutivo de delito? y la respuesta es afirmativa: desde un delito de usurpación o suplantación de identidad, un delito contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, un delito de injurias y/o calumnias, hasta un delito de acoso propiamente dicho, en el caso: cyberbullying, lo

³⁹ Como tampoco lo es en el mundo real: la ya citada en notas anteriores STS 635/2009, de 15 de junio, que solo condena por la falsedad documental en la firma de un cheque nominativo, pero no por hacerse pasar por una persona famosa y firmar operaciones en su nombre como un precontrato de compraventa o escrituras públicas o se inscribe en un hotel.

que en países anglosajones también es conocido como *stalking*, ex art. 172 ter del Código Penal, bien entendido que esta última conducta tiene que ser insistente y reiterada, y tiene que alterarse gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, pero desde luego, no de un delito de falsedad documental³⁹. Y es que estamos en el ámbito de las falsedades, aunque no documentales, sino personales, pero tampoco tienen cabida en ellas.

Previamente, el Auto de la Audiencia Provincial de Segovia 46/2010, de 25 de marzo, afirmó que aun admitiendo que el uso del perfil propio en una red social sea un derecho exclusivo de la persona que vaya más allá del derecho al uso del propio nombre, se trataba de una actividad aislada dentro de la actividad usurpadora. Nótese que, como se decía, el tipo penal exige atribuirse concretos derechos, de forma que, si con esa creación de un perfil suplantador no se realizó ninguna otra conducta atributiva de la personalidad ajena, ni tuvo otra trascendencia que la limitada al foro de contactos en que se actuaba, se consideraba que no existió la completa asunción de la personalidad de la víctima y, por ello, se absolvió, aunque esa asunción pudiera ser total en el marco limitado de Tuenti.

Por otro lado, algún autor⁴⁰ ha considerado que puede encontrarse sanción en el art. 197.2 del Código penal, que castiga (con ese carácter tan amplio y con deficiente técnica legislativa como hace todos los apartados reflejados en este precepto), entre otras conductas, al que “utilice (...), en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”, y vuelve a repetir el precepto al final del párrafo, que con iguales penas se castigará a quien utilice los datos en perjuicio del titular. Así se ha entendido por robar la cuenta profesional de Instagram y realizar publicaciones sin consentimiento de la legítima usuaria⁴¹, o crear un perfil en una red social utilizando el nombre, usuario, fotografías y datos personales de la víctima para perjudicarla⁴² y otra jurisprudencia⁴³. Sin embargo, a mi juicio no se cumplen todos los presupuestos típicos para poder condenar en estos casos, ya que lo primero que exige el precepto es que se trate de datos reservados y, por ejemplo, el mero hecho de utilizar el nombre, apellidos o usuario de una red social no puede considerarse un dato reservado, pues son datos públicos que figuran en

⁴⁰ Miguel Marcos Ayjón, *La protección de datos de carácter personal en la justicia penal* (Barcelona: JM Bosch, 2020): 569.

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria 30/2022, de 4 de abril.

⁴² Sentencia de la Audiencia provincial de Badajoz 67/2012, de 11 de mayo.

⁴³ Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga 409/2017, 31 octubre, Pontevedra 320/2017, 12 diciembre, Sevilla 328/2016, 8 agosto y del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Badajoz 350/2019, de 30 de diciembre.

el perfil, y lo que se hace es suplantar el mismo, que es público, así como las fotografías. Y tampoco se podría sancionar cuando los datos que se utilizan para suplantar la identidad no provienen de un fichero o soporte informático, aunque también puedan encontrarse en él, como el número de DNI o el nombre y apellidos, que están en soporte físico. En este sentido, Mata y Martín⁴⁴ entiende que este precepto no puede sancionar la mera suplantación de identidad cuando los datos los facilita el titular, ya sea voluntariamente como ocurriría en este caso en que son públicos, ya cuando los facilita previa petición fraudulenta, de forma que solo podría sancionarse cuando el acceso es ilegítimo, supuesto en el que ya se habrían colmado las exigencias de este precepto⁴⁵, pues se habría producido un apoderamiento previo sin el consentimiento del titular. Por tanto, este tipo penal tampoco engloba toda la conducta de suplantación completamente.

En consecuencia, la mera suplantación, sin implicar ningún otro bien jurídico protegido, sin realizar ninguna otra acción, cuando no existe apoderamiento previo ilícito de datos, solo puede ser sancionada, a lo sumo, como mera infracción civil en materia de intimidad o de protección de datos, y motivar el bloqueo de la cuenta a través de la red social, pero no una sanción penal.

De hecho, estas conductas en muchos casos no llegan a ser, siquiera, denunciadas. Y, si lo hacen, a través de un procedimiento específicamente previsto para ello, ponen los hechos en conocimiento de los prestadores de servicios y solicitan la retirada de los perfiles creados de forma fraudulenta o, en casos que se afecta su reputación online, contratan a empresas específicas para revertir el proceso y recuperar esa reputación. Y en ocasiones, la única solución es acudir a la Agencia Española de Protección de Datos a denunciar la suplantación, lo que constituye una vía muy útil para conseguir que los proveedores de servicios en Internet retiren la información y colaboren judicialmente en la identificación de los suplantadores⁴⁶.

Pero ello, como antes decía respecto a la previsión que hace nuestra Constitución en el art. 18.4, no debería ser así, pues un ataque grave a la intimidad que merece tutela penal.

⁴⁴ Roberto Mata y Martín, *ob. cit.*, 214 y 215.

⁴⁵ En el mismo sentido, Eloy Velasco Núñez, “Fraudes informáticos en red: del phishing al pharming”, *La Ley Penal*, n.º 37 (2007).

⁴⁶ En el procedimiento sancionador PS/00137/2011, en el que una persona suplantó la identidad de otra en una red social, y habiendo identificado al suplantador mediante la información facilitada sobre la IP del ordenador desde la que ésta se produjo, en el que la Agencia Española de Protección de Datos consideró que existía un tratamiento de datos personales y se vulneraba el principio del consentimiento del artículo 6.1 Ley Orgánica de Protección de Datos.

Mientras tanto, en otros países de nuestro entorno, la política criminal sí que ha decidido singularizar este comportamiento delictivo y tipificarlo expresamente. Es el caso de Francia, Gran Bretaña y, fuera de nuestras fronteras europeas, en Canadá, Costa Rica, México, Argentina y varios Estados de Estados Unidos como California o Texas.

V. NECESIDAD DE HOMOGENEIDAD DE LA TUTELA PENAL: PROPUESTA DE SANCIÓN

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que existe una disfunción de nuestro Derecho penal en la relación con lo ocurrido en la sociedad. La identidad ya está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un bien jurídico protegido, que justifica la aplicación, en los casos que he reseñado en páginas previas, y otros muchos semejantes, de los delitos contra el honor, de amenazas, contra la intimidad, contra la libertad o la indemnidad sexual, falsedad documental o usurpación de estado civil. Téngase así en cuenta, como ejemplo significativo, que el delito de falsificación del Documento Nacional de Identidad protege la función probatoria del documento⁴⁷, pero esencialmente (aunque el Código Penal todavía no lo reconozca expresamente) el derecho a la identidad personal del acreditado por él. Por esta razón, utilizar esos datos personales e identificación personal u otro tipo de información de la persona implica una necesidad de tutela penal porque, además, aunque estos robos o suplantaciones de identidad también se producen en el mundo offline (pensemos, por ejemplo, de una mujer que hurta una cartera y, después, enseña el DNI en una entidad financiera, tiñéndose el pelo del mismo color y utilizando accesorios para evitar el reconocimiento fotográfico), lo cierto es que en el ciberespacio la suplantación de identidad no solo resulta más sencilla de ejecutar sino que potencialmente es mucho más peligrosa porque se elimina la inmediatez física y, por tanto, las posibilidades de ser descubierto.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal hacía referencia a “la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia”, por lo que la esencia de nuestro Derecho penal contemporáneo hace inexcusable que deba homogeneizarse la respuesta penal en estos supuestos, lo que conlleva una modificación necesaria del Capítulo IV del Título XVIII del Libro II CP, para diferenciar el delito de usurpación de estado civil del artículo 401 del Código Penal español

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 254/2021, de 2 de junio, que castiga por un delito de falsedad como medio para una suplantación de identidad.

actualmente vigente de un nuevo delito que castigue de forma específica la usurpación o suplantación de identidad digital en cualquier medio informático, sistema de la información o plataforma, y sin habitualidad, pues se está produciendo cada vez con mayor frecuencia y afecta, como se indica, a un bien jurídico como la propia esencia de la persona, siendo la ubicación sistemática más ajustada incluir un nuevo artículo 401 bis, al tratarse, también, de una falsedad personal, es decir, de una falsedad que rompe la correlación entre una concreta persona y la manifestación pública de sus rasgos o caracteres más propios. De hecho, el rótulo del Capítulo IV debería pasar a denominarse “De la suplantación de identidad”.

La descripción del comportamiento delictivo debe efectuarse como un delito común (pues no hay ningún elemento significativo de autoría que permita restringir el ámbito de los responsables), es decir, que pueda cometer cualquier persona que actúe a través de cualquier medio tecnológico, lo que resulta consustancial a la mecánica comisiva que debe desarrollarse para suplantar la identidad. El sujeto pasivo, como titular de la identidad, puede ser una persona física o jurídica (pues como tiene reconocido el Tribunal Constitucional, éstas son titulares también del derecho a la intimidad y, por ende, son titulares de su identidad como una prolongación del mismo). Y la conducta típica debe ser un comportamiento descrito en términos omnicomprendivos (suplantar la identidad de otro, de manera suficiente para provocar error en un tercero⁴⁸), y por tanto sin necesidad de concretar las múltiples modalidades de realización y limitándose a la mera suplantación como infracción de mera actividad, pues, como se ha indicado, los resultados más habituales que se cometen, posteriormente, con esa identidad suplantada ya está prevista por otros preceptos del Código Penal, pudiendo ser sancionados mediante la concurrencia de otros tipos delictivos, que entrarían en régimen concursal con este nuevo tipo penal, sin que se resulte necesario que en este artículo se pronuncie el Legislador sobre la resolución de esos problemas concursales que la eventual aplicación combinada del delito de actividad y el de resultado puede generar.

Sin embargo, tampoco pueden dejarse sin punición las conductas que, aunque en menor medida, pueden producirse, de suplantación de identidad ajenas a ese medio digital, por lo que se debe añadir un inciso de la

⁴⁸ En este sentido, como afirman Sergio Cámara Arroyo/Alfredo Abadías Selma, “El delito de usurpación del estado civil y su compleja aplicación en el ámbito cibernético”. En Enrique Sanz Delgado/Daniel Fernández Bermejo (coord.). *Tratado de Delincuencia Cibernética* (Cizur Menor: Aranzadi, 2021): 604, es condición sine qua non que en la usurpación exista una verosimilitud de la conducta, siendo atípica “cuando no resulte absolutamente creíble que la persona que comete la usurpación diga quien dice ser”, es decir, “el factor de la credibilidad es fundamental”.

posibilidad de comisión por cualquier otro medio, mediante una categoría diferenciada por la entidad de la pena a imponer.

Por otro lado, como requisito de atipicidad (a los efectos de evitar la tramitación de procedimientos judiciales por hechos de nula lesividad) debe añadirse que la suplantación se realice sin estar debidamente autorizado, pues es sabido que, en muchas ocasiones, por motivos profesionales, el verdadero titular de la identidad no es quien publica ni utiliza los perfiles para realizar publicaciones, sino que las delega en un equipo de marketing o publicidad, lo que, como es obvio, no puede sancionarse penalmente. Asimismo, debido al carácter íntimo de esta identidad digital, debe incluirse, como requisito de perseguibilidad, la denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal, al igual que se prevé para los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, salvo en el caso de menores, que puede denunciar el Ministerio Fiscal.

Por ello, propongo una modificación del rótulo del Capítulo IV del Título XVIII del Libro II del Código Penal, que debe pasar a denominarse “De la suplantación de identidad”, con la incorporación de un nuevo artículo 401 bis, con el siguiente contenido:

“1. El que, sin estar debidamente autorizado, suplantare la identidad de otra persona física o jurídica en una red social, servicio de la sociedad de la información, sistema o plataforma informática o en cualquier otro medio, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o multa de seis a doce meses.

2. Para proceder por este delito será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo que la víctima sea menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, en que bastará la denuncia del Ministerio Fiscal”.

Considero más apropiado que se incluya un artículo específico sobre la suplantación de identidad digital que una modificación del artículo 401 ya existente, para diferenciar ambas conductas punibles (la que se produce con el ejercicio de derechos civiles en nombre del suplantado y la que consiste en la mera suplantación de la identidad en el ámbito digital), sin perjuicio de que también podría incorporarse en un apartado de este precepto ya existente.

VI. LENTITUD DEL LEGISLADOR VERSUS CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Después de indicar por qué considero que este comportamiento debe sancionarse de forma específica en nuestro Código Penal, como también lo llevan haciendo Fiscalía y la doctrina que ha investigado sobre este tema desde hace años, la segunda cuestión que debe plantearse es si el hecho de que, hasta la fecha, no se haya introducido un artículo específico en el Código

penal, a pesar de las múltiples ocasiones que ha tenido el Legislador para hacerlo (en concreto, 22 veces desde que comenzó a reformarse el Código penal en materia cibernética tras la ratificación por España del Convenio de Budapest) es una cuestión de mera dejadez y lentitud en la adaptación de la Ley a la realidad cibernética o tiene una motivación específica porque no interesa, por motivos de política criminal, la punición anticipada de este comportamiento, ya que se considera suficiente sanción con el comportamiento que se efectúa a posteriori.

Pues bien, tras analizar el nulo interés que ha tenido el Legislador en incorporar esta conducta en el Código penal, a pesar de que ha tenido, como indico, multitud de oportunidades, me planteo si no es porque ya existe un excesivo rigor en la norma y la punición de esta conducta supondría sancionar una mera conducta preparatoria, anticipando la barrera de protección penal de forma excesiva (a pesar de que lo estamos haciendo en otros tipos), ya que, como he referido anteriormente, los actos de arrogación ilegítima de la identidad de otro persiguen una finalidad concreta, por lo que dicha actividad quedaría consumida (por el principio de consunción) en el propio delito final cometido. Y ello es especialmente relevante en la suplantación de la identidad en el delito de estafa, pues ésta formaría parte del desarrollo del engaño, como se interpretó en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas 247/2019, de 20 de junio y Huesca 48/2019, de 12 de abril y así lo indica Javier Gustavo Fernández Teruelo⁴⁹, no ejerciendo los Tribunales la posibilidad de solicitar al Legislador la modificación del Código penal, pues no han visto su necesidad.

Sin embargo, no puede equipararse esa consunción en el delito de estafa, que tiene una clara finalidad dirigida a un enriquecimiento patrimonial con otros tipos delictivos, que afectan a bienes personalísimos y en los que esta suplantación crea un grave daño personal, como son, por ejemplo, los adolescentes, que tienen una especial vulnerabilidad, donde su autoimagen o autoconcepto se crea a partir del grupo, valorándose cualquier contenido que no sea controlado por ellos, o la utilización de una imagen o nombre en la red social, como una situación de gran ansiedad y que puede condicionar su equilibrio psicológico. O las mujeres, a las que se está protegiendo en el ámbito de la violencia de género y sexual y, sin embargo, se las deja desprovistas de tutela ante una conducta de una expareja que, por mera venganza, la quiera hacer daño arrogándose su cualidad y manipulando la información que ofrece en su red social.

Por otro lado, quizás el Legislador se ha planteado si debe anticiparse la barrera de protección penal cuando en realidad estamos hablando de suplantación de identidad digital sobre datos que se encuentran públicamente en la

⁴⁹ Javier Gustavo Fernández Teruelo (2023): 1398.

red y que son de conocimiento general, sin que para su obtención se haya precisado el acceso a ningún archivo reservado, pero no es razonable pensar que los ciudadanos, en la actualidad, tengan que negarse a tener datos en lugares públicos por el miedo a ser suplantados en su identidad.

Me inclino, por tanto, más bien por la opción de que se trata de una enorme lentitud legislativa y de falta de interés⁵⁰. Y lo peor es que no es previsible, a medio plazo, un interés normativo sobre la cuestión. A pesar de la gravedad del problema, no se trata de una prioridad en la agenda política. Pero, en cualquier caso, el mantenimiento del statu quo, atendiendo a los datos existentes y a la importante cifra de conductas cometidas, es una irresponsabilidad, pues con el uso de la inteligencia artificial, la suplantación de la identidad de una persona será mucho más peligrosa y el Derecho penal debe proteger anticipadamente a la sociedad y no cuando exista una estadística muy elevada de sobreseimientos y archivos de causas en los Juzgados o absoluciones en Sentencias por ser una conducta penalmente atípica.

VII. CONCLUSIONES

La identidad como aquella parte de lo más íntimo de la persona que la diferencia de otra y el empleo digital de todos los datos que nos identifican a todos como únicos en un entorno tecnológico no se encuentra en la actualidad suficientemente protegida por la norma penal, pues carecemos en la legislación de un delito concreto que sancione a modo de prevención general negativa, las conductas que se están desarrollando cada vez con más asiduidad en nuestra sociedad, consistentes en el robo de identidad de otra persona (física o jurídica) con distintas finalidades. Así se ha considerado por las distintas resoluciones judiciales que sancionan únicamente los delitos cometidos con esa usurpación de la identidad digital (amenazas, estafas, extorsiones, calumnias e injurias, etc.) y no por el mero empleo de esa identidad suplantada, pues el actual artículo 401 del Código Penal solamente sanciona la actuación en el tráfico jurídico como si se tratase de la persona suplantada, exigiendo actos concretos en el uso de derechos y acciones de la personalidad sustituida, que no se cumplen por el mero hecho de hacerse pasar por otra persona frente a los demás.

Sin embargo, la situación actual de las nuevas tecnologías, el desarrollo de la inteligencia artificial, los hechos que nos alarman como sociedad reflejados en las noticias, cuando cualquiera, incluso jóvenes menores de edad, con una aplicación, son capaces de generar una imagen y crear un contenido falso haciendo pasar por verdadero lo que no lo es a los ojos de los demás,

⁵⁰ El delito del art. 401 tiene exactamente la misma redacción que el art. 483 del CP 1870, del art. 464 del CP 1932 y del art. 470 del CP 1973.

incluso de los más allegados, hace necesario que el Legislador no demore más la propuesta legislativa que desde hace diez años lleva haciendo tanto la Fiscalía de Criminalidad Informática como la doctrina para introducir en la legislación penal esta conducta específica.

Es urgente, por ello, una reforma del Código Penal para introducir, dentro de las falsedades personales, como delito autónomo, y con la exigencia de denuncia previa, un artículo 401 bis, que castigue como delito común y de mera actividad, la suplantación de la identidad de otro, de manera suficiente para provocar error en un tercero a través de cualquier medio tecnológico y con cualquier finalidad y sin estar debidamente autorizado por el titular de esa identidad. Solo de este modo protegeremos la intimidad y privacidad digital, nuestro “ser tecnológico” que cada vez se encuentra más en riesgo en la sociedad en la que vivimos.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/MESTRE DELGADO, Esteban. “Tema 21. Falsedades”. En LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. 6ª edición, 837 a 871, Madrid: Dykinson, 2021.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Capítulo IV. De la usurpación del estado civil”. VV.AA. *Comentarios al Código penal*, 2536 a 2538. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- CÁMARA ARROYO, Sergio/ABADÍAS SELMA, Alfredo. “El delito de usurpación del estado civil y su compleja aplicación en el ámbito cibernético”. En SANZ DELGADO, Enrique/FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (coord.). *Tratado de Delincuencia Cibernética*, 599-634. Cizur Menor: Aranzadi, 2021.
- CILLI, Claudio. “Identity Theft: A New Frontier for Hackers and Cybercrime”. *Information Systems Control Journal*, vol. 6 (2005).
- DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes/SANTOS ALONSO, Jesús. “Suplantación de identidad en internet: necesidad de reforma del Código Penal”. *Anuario jurídico Villanueva*, n.º 7 (2013): 215-230.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. *El delito de usurpación del estado civil*. Madrid: Dykinson, 2010.
- ÉCIJA BERNAL, Álvaro. “Principales conductas antisociales de Internet (y III)”. *Diario La Ley*. n.º 4, sección Ciberderecho, 2017.
- FARALDO CABANA, Faraldo. “Suplantación de identidad y uso de nombre supuesto en el comercio tradicional y electrónico”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 3, (2010): 73-134.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. “Fraudes online: transferencias ilegítimas, doble factor de autenticación, muleros y subsunción típica”. En VV.AA. *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, 1391-1404. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- HURTADO MARTOS, José Antonio. “La identidad digital, una herramienta para el desarrollo sostenible”. *RA & DEM: Revista de Administración y Dirección de empresas*, n.º 4, (2020): 115-130.

- INTECO. Guía para usuarios: Identidad digital y reputación online. España: Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, Ministerio de Industria, Energía y Turismo (2012).
- LLORIA GARCÍA, Paz. “Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al ‘sexting’”. *La Ley Penal*, n.º 105, (2013).
- LÓPEZ GUTIÉRREZ, Javier. “Delitos en el metaverso: hacia un nuevo horizonte legislativo”. *Economist & Jurist*, Vol. 30, n.º 262. (2022): 16-23.
- MAGRO SERVET, Vicente. “La tipificación penal de la suplantación de identidad en el uso de las redes sociales”. *Diario La Ley*, n.º 9005, (2017).
- MARCOS AYJÓN, Miguel. *La protección de datos de carácter personal en la justicia penal*. Barcelona: JM Bosch, 2020.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo. “El robo de identidad: ¿una figura necesaria?”. VV.AA. *Robo de identidad y protección de datos* (Madrid: Aranzadi, 2010): 199-220.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia. *Criminalidad juvenil en la era digital*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- MIRÓ LLINARES, Fernando. *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- TALLERO MASÓ, Alfonso/TOMÁS ROMÁN, Eva. “Metaverso y Derecho Penal”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 158 (2022).
- ROBLES CARRILLO, Margarita. “Email Spoofing: un enfoque técnico-jurídico”. *Revista Científica de Sistemas e Informática*, vol. XVI (2021): 139-144.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Pilar. “Suplantación electrónica de identidad: posible respuesta jurídica penal”. *Diario La Ley*, n.º 7906 (2012).
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. “Anuncios de solicitud sexual con usurpación de identidad: entre el acoso, la injuria y la infracción de protección de datos”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 147 (2020).
- SERRANO ACITORES, Antonio. “Metaverso y derecho”. Madrid: Tecnos, 2023, 2 ed.
- SOLARI MERLO, Mariana N. “Suplantación de identidad digital: ¿necesidad de criminalización?”. *Cuadernos de política criminal*, n.º 136 (2022): 125-164.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Fraudes informáticos en red: del phishing al pharming”, *La Ley Penal*, n.º 37 (2007).

ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS TRAS LA LEY ORGÁNICA 10/2022¹

*Sexual harassment at work and criminal liability
of legal persons after Organic Law 10/2022*

Josefa Muñoz Ruiz²

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Murcia, España
<https://orcid.org/0000-0003-0323-7794>

<https://doi.org/10.18543/ed.3106>

Fecha de recepción: 11.03.2024

Fecha de aceptación: 13.03.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

Las manifestaciones más graves de acoso sexual desbordan el ámbito de protección propio del ordenamiento laboral o civil para adentrarse en la indudablemente más severa protección penal. Con esta premisa, el presente estudio tiene por objeto el análisis del contenido esencial y de las cuestiones más controvertidas del delito de acoso sexual en todas sus modalidades, básica y agravadas, a la luz de la reforma introducida en esta materia por la LO 10/2022, de 6 de septiembre. Este texto no sólo aumenta la pena prevista para el delito, sino que introduce el subtipo agravado del acoso sexual locativo, y engrosa el catálogo de delitos que generan la responsabilidad penal de la persona jurídica con la inclusión de esta figura delictiva; lo que nos lleva a prestar especial atención en este trabajo a los nuevos *compliances*

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Ganancias ilícitas y sistema de justicia penal: una perspectiva global”, PID2022-138796NA-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

² Profesora Titular de Derecho Penal. UMU.

sexuales a los efectos de exención de responsabilidad criminal conforme al artículo 31 bis 4. CP.

Palabras clave

Acoso sexual; delito; reforma legislativa; personas jurídicas; *compliance* sexual; exención de responsabilidad penal.

Abstract

The most serious manifestations of sexual harassment go beyond the scope of protection of the labor or civil law to enter into the undoubtedly more severe criminal protection. With this premise, the purpose of this study is to analyze the essential content and the most controversial issues of the crime of sexual harassment in all its modalities, basic and aggravated, in light of the reform introduced in this matter by the Organic Law 10/ 2022, September 6. This text not only increases the penalty provided for the crime, but also introduces the aggravated subtype of locative sexual harassment, and expands the catalog of crimes that generate the criminal liability of the legal entity with the inclusion of this criminal figure; which leads us to pay special attention in this work to the new sexual compliances for the purposes of exemption from criminal liability in accordance with article 31 bis 4. Criminal Code.

Keywords

Sexual harassment; crime; legislative reform; legal entities; sexual compliance; exemption from criminal liability.

Sumario: I. CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL: UN DEBATE ABIERTO. II. RESPUESTA PENAL AL ACOSO SEXUAL (ART. 184 CP). 1. Discusión sobre el bien jurídico protegido: ¿un delito pluriofensivo? 2. Aspectos esenciales del tipo básico: acoso horizontal o entre iguales. 3. Cuestiones interpretativas de los subtipos agravados 3. Penalidad y relaciones concursales. III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN CUYO ÁMBITO SE PRODUCE EL ACOSO. 1. Presupuestos para hacer responsable a la persona jurídica. 2. *Compliance* sexual en la empresa 2.1. *Compliance vinculado a la gestión del riesgo penal*. 2.2. *Sistema interno de información: canal de denuncias*. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL: UN DEBATE ABIERTO

Según las estadísticas pasamos una media de ocho horas al día trabajando³. De ahí la importancia de que el lugar de trabajo sea un espacio seguro y saludable. Pero desgraciadamente el centro de trabajo también puede ser un contexto criminógeno de ilícitos ambientales. Las interacciones humanas que tienen lugar concretamente en el entorno empresarial generan, por sus propias motivaciones y particularidades, una delincuencia con unas características específicas que, de algún modo, guardan relación con ese entorno⁴. De inicio, el mapeo de las principales tipologías delictivas cometidas en el seno de las empresas evidencia que éstas entrarán, en la generalidad de los casos, en la categoría de delincuencia económica⁵. Pero, en cuanto entorno de convivencia y trabajo entre personas, también es un lugar propicio para otras manifestaciones de delincuencia más tradicional como el acoso sexual.

Existe un debate jurídico abierto, tanto en la doctrina científica como en la doctrina judicial, sobre el concepto de acoso sexual y manifestaciones del mismo en la empresa⁶. El artículo 4.2 e) del Estatuto de los

³ Datos obtenidos del INE: www.ine.es. Según la información que proporciona la Encuesta de Población Activa, los hombres ocupados que han trabajado en el año 2022 trabajaron 38,6 horas semanales de media y las mujeres 33,8 horas.

⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Barcelona, 2010, pp. 49-53.

⁵ Al respecto vid. SIMÓN CASTELLANO, P., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, mapa de riesgos y cumplimiento en la empresa”, en SIMÓN CASTELLANO, P./ABADÍAS SELMA, A./RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. (coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Madrid, 2020, pp. 31-76.

⁶ MOYA AMADOR, R., “Acoso sexual. Tutela laboral”, en RIVAS VALLEJO, P./GARCÍA VALVERDE, M.^ªD. (dirs.), CABALLERO PÉREZ, M.^ªJ./ TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), *Tratamiento integral del acoso*, Navarra, 2015, p. 674.

Trabajadores recoge los derechos básicos de los trabajadores y entre éstos, como derecho subjetivo laboral, la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo como expresión del derecho del trabajador a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad⁷. De modo que la conducta de acoso sexual constituye una vulneración de la dignidad de la persona (art. 10 CE) y también presenta con frecuencia un trasfondo de discriminación (normalmente a la mujer) y por tanto una vulneración del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de sexo u orientación sexual⁸. Ambas perspectivas suelen conjugarse en las definiciones de la normativa comunitaria, donde sí se optó por incluir los conceptos de acoso y acoso sexual por razón de género en la el artículo 2.1.c) y d) de la Directiva /2006/54, al afirmar «c) el acoso es la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»; «d) acoso sexual es la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Por lo que según su art. 2.3.1.º «(...) el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerará discriminación por razón de sexo y por tanto se prohibirá». En esta búsqueda de la erradicación de estas prácticas se mueve también el más reciente Convenio sobre eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019⁹, que deberá aplicarse por la legislación nacional que adopte medidas de seguridad y salud en el trabajo.

⁷ Se hace referencias así al acoso sexual, cuya protección frente al mismo también viene expresamente reconocida en el ámbito del empleo público (art. 14.h EBEP), modificado por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI («BOE» n.º 51, de 01/03/2023).

⁸ STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999/224]. En el mismo sentido, MOYA AMADOR, R., “Acoso sexual. Tutela laboral...”, cit., p. 676, quien subraya que los Derechos fundamentales lesionados en toda conducta de acoso sexual son el derecho a la no discriminación por razón de sexo y el derecho a la libertad sexual (art. 14 CE), así como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) en cuanto que el acoso sexual supone el sometimiento de la trabajadora a situaciones degradantes. Pudiendo también la conducta acosadora lesionar el derecho al honor (art. 18 CE), y el derecho a la intimidad como expresión del debido respeto a la dignidad de la trabajadora (art. 10 CE).

⁹ Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 («BOE» n.º 143, de 16 de junio de 2022).

Pero el concepto de acoso sexual contenido en la Recomendación de la Comisión de 1991¹⁰ resultaba mucho más clarificador «(...) la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido la conducta de superiores y compañeros y puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales». Y a tenor del citado texto, la conducta de acoso sexual es inaceptable si es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona; si la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o; si dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma.

Y es que, como queda patente en estos textos europeos, el acoso sexual puede ser sufrido tanto por hombres como por mujeres¹¹, pero la mujer se convierte en la principal víctima porque su situación en el mercado laboral es claramente inferior por su inestabilidad en el empleo y su subordinación jerárquica profesional. Mujeres que pretenden salir del rol asignado e integrarse en el mercado de trabajo deben pagar este precio para mantenerse en él¹², pasando desapercibido en muchos casos. La normalización de actitudes o comportamientos intimidatorios, no siempre son identificados ni denunciados a los comités de empresa. Esta violencia estructural en el trabajo lleva a concluir que el acoso sexual es una manifestación de la violencia contra la mujer por razón de género¹³, que tiene su origen en prejuicios y estereotipos de género y afecta a las mujeres de manera desproporcionada.

¹⁰ Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (DOUE-L-1992-80204).

¹¹ La Recomendación de la comisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer, sostiene que «El acoso sexual es la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo».

¹² PÉREZ DEL RÍO, M.^a T., “Violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de sexo”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre Aspectos Socio-Laborales de la Ley para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres), n.º 21, 2007, p. 178.

¹³ En este sentido, GARCÍA SEDANO, T., *El acoso moral laboral y el acoso sexual*, Madrid, 2023, p. 75; POMARES CINTAS, E., “Perspectiva penal: el acoso sexual”, en RIVAS VALLEJO, P. (dir.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Navarra, 2014, p. 1289; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La incriminación del *moobing* en Derecho Penal español: los claroscuros del acoso laboral”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 30, 2012, p. 201; PÉREZ DEL RÍO, M.^a T., “Violencia de género en el trabajo...”, cit., p. 178; RIVAS VALLEJO, P., “La protección social frente a la violencia de géne-

Sin embargo, pese a ser una de las actuaciones discriminatorias por razón de género más virulentas, dados los devastadores efectos que suele producir sobre la salud de sus víctimas, a nivel nacional la normativa en la materia venía arrastrando múltiples lagunas: de un lado, nuestro ordenamiento jurídico social presentaba una definición muy deficiente de esta manifestación de la violencia de género en el trabajo; de otro, no realizaba mención alguna respecto de la prevención de este tipo de riesgo laboral; y, por último, adolecía de una inadecuación absoluta en los procedimientos de tutela¹⁴. El primer paso firme en esta materia lo dio la LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres¹⁵, cuyo artículo 7.1 califica como acoso sexual «...cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Con esta amplia definición los comportamientos susceptibles de ser catalogados dentro del concepto de acoso sexual son múltiples y de diferente nivel de gravedad: desde bromas y comentarios de mal gusto, alusiones groseras e inaceptables, gestos, exhibición de pornografía indeseada por la víctima, hasta la agresión física más o menos grave. Y, además, la norma carece de una definición clara y suficiente de los dos tipos de acoso tradicionalmente aceptados por la doctrina: el acoso sexual ambiental y el chantaje sexual. De manera mucho más precisa la Recomendación de la Comisión 1991 se refiere al chantaje sexual o acoso de intercambio, como aquel realizado por un superior jerárquico (sea o no el empresario) y que consiste en condicionar la contratación, las condiciones de trabajo o la estabilidad en el empleo, al sometimiento de la víctima a una propuesta de tipo sexual; mientras que alude al acoso ambiental como aquél realizado por cualquier compañero de trabajo o por superiores o inferiores jerárquicos de la víctima, que tiene por efecto crear un ambiente de trabajo desagradable, intimidatorio, hostil, humillante, ofensivo e inseguro. Ambos se equiparan en cuanto acoso discriminatorio y atentatorio al derecho a la igualdad (art. 14 CP).

Con este horizonte la violencia sexual en el trabajo es un fenómeno espinoso con implicaciones en distintos sectores del ordenamiento jurídico. De modo que su significación en la normativa laboral, ya sea en el artículo 8.13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto¹⁶, como infracción muy

ro”, en *Políticas de género, Cuadernos de Derecho Judicial*, V 2007, Consejo General del Poder Judicial, pp. 191-198.

¹⁴ PÉREZ DEL RÍO, M.^a T., “Violencia de género en el trabajo...”, cit., p. 178.

¹⁵ «BOE» n.º 71, de 23/03/2007.

¹⁶ El artículo 8.13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social («BOE» n.º 189, de 08/08/2000) incluye entre las infracciones graves: «El acoso sexual,

grave en el ámbito de las relaciones laborales; ya en el artículo 54.2 g) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de del 23 de octubre del Estatuto de los Trabajadores¹⁷, entre los incumplimientos contractuales causa de despido disciplinario, no excluye su dimensión penal. También el texto punitivo da respuesta en su artículo 184 a estas conductas que contaminan con violencia sexual el entorno laboral y sumen a las víctimas en una espiral de hostilidad y humillación, con un efecto devastador sobre su salud, confianza, y el rendimiento en el trabajo. Razones de una mayor y eficaz protección de las manifestaciones más graves de acoso sexual justifican la específica tipificación de esta conducta, debiendo concurrir, por así exigirlo el principio de legalidad, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan esta figura delictiva. Este precepto ha sido recientemente modificado por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual¹⁸ (en adelante LO 10/2022), no sólo para agravar la pena e incluir un subtipo agravado por el lugar de comisión del delito, sino al objeto de hacer responsable a la persona jurídica de las situaciones de acoso que se produzcan en su ámbito.

En cualquier caso, sorprende el escaso número de sentencias condenatorias por esta tipología delictiva, quizás porque como bien afirma la SAP de Barcelona 806/2023, de 4 de diciembre¹⁹ se trata de conductas delictivas respecto a las que «(...) debido al componente personalista que presentan y los espacios de intimidad en que se suelen perpetrar, no es fácil que exista posibilidad de contar con otras pruebas personales distintas para acreditar el núcleo del hecho delictivo», de ahí que, prosigue dicha sentencia «ha de partirse del análisis de quienes figuran como víctimas, sin perjuicio de complementarlo con otros datos probatorios accesorios que lo corroboren o desdigan (STS 61/2014 de 3 de febrero²⁰)».

Conforme a ello, el presente estudio tiene por objeto delimitar los elementos esenciales del acoso sexual a efectos penales y analizar la respuesta que el texto punitivo confiere a esta forma de criminalidad, con especial atención a las novedades introducidas por la LO 10/2022 en lo que a la

cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma».

¹⁷ Según el artículo 54.2. g) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de del 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores («BOE» n.º 255, de 24/10/2015) «Se consideran incumplimientos contractuales: El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa».

¹⁸ LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE-A-2022-14630).

¹⁹ SAP de Barcelona 806/2023, de 4 de diciembre [JUR 2024\29769].

²⁰ STS 61/2014, de 3 de febrero [RJ 2014\939].

responsabilidad de las personas jurídicas se refiere, y su posible exención mediante la implantación de un *compliance* penal sexual.

II. RESPUESTA PENAL AL ACOSO SEXUAL (ART. 184 CP)

Desde su incriminación por primera vez en el Código Penal de 1995²¹, el acoso sexual ocupa de modo exclusivo el Capítulo III dentro del Título VIII, lo que da cuenta de su singularidad, independientemente de que otras conductas de acoso, con o sin finalidad sexual, se reconozcan también en diversos lugares del texto punitivo²². Impulsada por amplios sectores sociales, especialmente feministas y sindicalistas, que encontraron el refuerzo de los medios de comunicación²³, su criminalización fue objeto de duras críticas: un sector de la doctrina consideró que las manifestaciones más graves del acoso podían subsumirse en las amenazas condicionales o en la tentativa de abusos sexuales de prevalimiento, y que por tanto era un delito innecesario y perturbador²⁴. Sin embargo, no puede desconocerse que el acoso en cuestión es un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en un contexto sexual que puede causar a la víctima graves padecimientos y consecuencias de por vida. Tanto es así que la reforma operada por la LO 10/2022 ha sido aprovechada por el legislador para elevar la pena a imponer, como consecuencia del mayor rechazo que hoy día cosechan estas figuras delictivas que atentan

²¹ A través de una enmienda, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida pretendió agregar un nuevo tipo de delitos contra los derechos de los trabajadores. Tras arduos debates se redactó el originario art. 184 CP. Dicho precepto no figuraba en los antecedentes normativos más inmediatos (los Proyectos de 1992 y 1994), como tampoco lo hizo posteriormente en la Exposición de Motivos del actual Código, en la que se podría haber aludido a la justificación político-criminal del novedoso delito (Sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla n.º 1, n.º 19/2000, de 29 de febrero [JUR 2001\102485]).

²² BOLDOVA PASAMAR, M. Á., “Delitos contra la libertad sexual II. El acoso sexual. Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Los delitos relativos a la prostitución y la explotación sexual y la corrupción de menores”, en ROMEO CASABONA, C. M.^a/SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, Granada, 2023, p. 251. Como señala LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *La Parte Especial del Derecho Penal*, Madrid, 2020, p. 200, el antecedente de este tipo es el llamado delito de solicitud sexual por autoridad o funcionario público, también previsto en los arts. 443 y ss. del Código vigente.

²³ CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual (II)”, en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, Madrid, 2005, p. 288.

²⁴ De esta opinión ESQUINAS VALVERDE, P., “Delitos contra la libertad sexual”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.), ESQUINAS VALVERDE, P. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2022, p. 194; CUERDA ARNAU, M.^aL., “Delitos contra la libertad sexual”, en GONZÁLEZ CUSACC, J. L. (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2023, p. 262.

contra la libertad sexual pero que también suponen, como bien indican ACALE SÁNCHEZ/CRUZ MÁRQUEZ, «un hándicap para que la víctima pueda desarrollar todas sus potencialidades en el ámbito de su puesto de trabajo o de estudios. En particular, las relaciones entre los supuestos de acoso sexual y de acoso laboral son tan amplias que, en muchas ocasiones, las demandas sexuales delictivas que recibe un trabajador se convierten en un acoso laboral en el caso de que aquel no se avenga a la prestación sexual demandada»²⁵.

El delito de acoso sexual se estructura en un tipo básico (art. 184. 1 CP), y tres subtipos agravados en atención a la concurrencia de distintas circunstancias: acoso vertical o por prevalimiento (art. 184.2 CP), por el lugar de comisión del delito (art. 184.3 CP), o por la situación de vulnerabilidad en que se halle víctima (art. 184.4 CP). Mientras que en el artículo 184. 5 CP se regula la responsabilidad de la persona jurídica en cuyo ámbito se desarrolla esta forma de criminalidad.

1. *Discusión sobre el bien jurídico protegido: ¿un delito pluriofensivo?*

La determinación del valor jurídico protegido ha sido una cuestión intensamente discutida. De inicio, su ubicación bajo el paraguas de los delitos contra la libertad sexual da correcta noticia de que al menos formal y sistemáticamente es ésta la que debe servir como elemento de interpretación por excelencia de los elementos constitutivos de este tipo penal²⁶. De modo que según un sector de la doctrina el delito en cuestión constituye un atentado contra el proceso de deliberación de la víctima en materia sexual, es decir, una fase previa a la exteriorización del obrar externo en el ámbito de la libertad sexual²⁷. Sin embargo, para SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS esta idea imperaba en su redacción original al castigar el comportamiento de solicitud de favores sexuales prevaliéndose de una situación de superioridad a través de la amenaza de un mal. Era evidente que el acoso sexual se dirigía a la tutela

²⁵ ACALE SÁNCHEZ, M.^a/CRUZ MÁRQUEZ, B., “Delitos contra la libertad sexual (II)”, en ACALE SÁNCHEZ, M.^a (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III Derecho Penal Parte Especial*, Vol. I, Madrid, 2023, pp. 256 y 257, reformas que han de ser interpretadas conjuntamente con las llevadas a cabo en el delito de acoso laboral del artículo 173.1 párrafo 2º y del acoso sexual en el ámbito de la función pública del artículo 443 con los que presenta una amplia gama de problemas concursales.

²⁶ En este sentido, FIGUERA ALBERT, J./SALAS DARROCHA, J.T., “El delito de acoso sexual en el trabajo (art. 184 CP)”, en *Revista técnico laboral*, vol. 35, n.º 136 (13), p. 166; ACALE SÁNCHEZ, M.^a, “Art. 184”, en CUERDA ARNAU, M.^aL. (dir.), *Comentarios al Código Penal Tomo I*, Valencia, 2023, p. 1254, se refiere entre otros a aquellos que están relacionados con los derechos de contenido laboral que tienen todas las personas que se desenvuelven en el ámbito del empleo privado o del empleo público.

²⁷ BOLDOVA PASAMAR, M. Á., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., p. 252.

de la libertad sexual, ante todo en la fase de formación de la voluntad o toma de decisión, fase en la que se producía la afectación ilícita a través del prevalimiento y la amenaza. A partir de la reforma de 1999 el objeto de protección de este tipo delictivo varía sensiblemente. En su redacción actual, como bien sugiere el autor, la figura sólo indirectamente se relaciona con la libertad o indemnidad sexuales y aparece mucho más vinculada a otros bienes o valores jurídicos como el honor o la integridad moral²⁸.

En mi opinión, también esta última, la integridad moral, puede verse cercenada cuando la persona se ve inmersa en una espiral de hostigamiento y humillación. Porque como bien afirma OLAIZOLA NOGALES, «si bien es verdad que como telón de fondo aparece la libertad sexual, puesto que a la víctima se le solicitan favores sexuales, sin embargo, el desvalor de la conducta no viene marcado por el concreto “favor” que se solicita, sino por la creación de un ambiente objetiva y gravemente hostil, humillante u ofensivo que impide a la víctima desarrollar su labor de forma tranquila y segura y que supone una afectación de la integridad moral»²⁹. De modo que, como apunta GÓMEZ TOMILLO, se protege la libertad sexual pero también la dignidad y la integridad moral de la persona³⁰.

El Tribunal Supremo no se refiere a la libertad sexual como único bien jurídico protegido. En unos casos afirma que lo que protege el tipo penal es el derecho a desempeñar la actividad en un entorno sin riesgo para la intimidad

²⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Delitos contra la Libertad sexual”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 2021, pp. 302 y 303. Y en análogos términos se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de junio de 2000, cuando advierte «El acoso sexual al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el art. 18. 1 de la Constitución, siendo igualmente un reflejo de su dignidad, enfatizado en el art. 10 de la misma»; GÓMEZ RIVERO, M.^aC., “El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 482, 2001. 5. En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2023, p. 264, refiere que la situación debe suponer un “atentado contra la integridad moral o una injuria grave”.

²⁹ OLAIZOLA NOGALES, I., “La relación entre el delito...”, cit., p. 263.

³⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 184”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Navarra, 2014, 2015, p. 559. Y de la misma opinión, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El análisis del delito de acoso sexual, su futura reforma y el debate en torno a su ubicación sistemática”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E./ESQUINAS VALVERDE, P., (dir.), MORALES FERNANDEZ, M. A. (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuesta de reforma*, Navarra, 2022, p. 511; ROMERO SIRVENT, C., “Del acoso sexual”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal: Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* (arts. 163 a 194) Tomo VI, Madrid, 1999, pp. 614-615.

y libertad (STS 349/2012, de 26 de abril); y en otros refiere que el acoso sexual «integra un verdadero ataque a la dignidad de la persona, al exigir que el autor con su comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria (...) también requiere la significación de un atentado a la libertad sexual, aun cuando protegida en este caso con el adelantamiento de las barreras punitivas derivado de su caracterización como mero delito “de tendencia”, no precisándose resultado alguno consumativo de la intención libidinosa» (STS 1460/2003, de 7 de noviembre³¹); por lo que se podría concluir que lo más acertado es admitir el carácter pluriofensivo del delito de acoso sexual, tal y como afirma expresamente esta última Sentencia.

2. Aspectos esenciales del tipo básico: acoso horizontal o entre iguales

Tras la LO 10/2022, el número 1 del artículo 184 CP castiga al «que solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante».

El concepto empleado en el texto punitivo resulta sensiblemente distinto del manejado en Derecho del Trabajo. En opinión de LAMARCA PÉREZ el concepto legal de acoso presenta aquí un contenido más restringido que el vulgar o coloquial que también comprende aquellos casos donde, sin solicitar del sujeto pasivo ningún comportamiento sexual, se le somete a un clima de hostigamiento con reiteradas alusiones a lo erótico en conversaciones, bromas, etc., o acciones consistentes en contactos corporales leves o sorprendidos, conocido como acoso ambiental³². Sin embargo, para otro sector de la doctrina este numeral describe precisamente el denominado acoso horizontal o ambiental, porque no requiere la existencia de ninguna subordinación por razones laborales objetivas, y de existir éstas el autor no se prevale de ellas³³: el que solicita favores se encuentra en una situación de igualdad con respecto a la víctima³⁴. Y se le califica como delito especial propio porque los sujetos

³¹ STS n.º 1460/2003, de 7 noviembre [RJ 2003\7573] – Caso Nevenka.

³² LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad...”, cit., p. 200.

³³ De esta opinión, ACALE SÁNCHEZ, M.ª, “Art. 184...”, cit., p. 1255; OTERO GONZÁLEZ, P., “El nuevo delito de acoso sexual (tras su modificación por LO 11/1999, de 30 de abril)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, extraordinario, marzo 2000, p. 501. Y en el mismo sentido, la SAP de Álava, de 20 de junio de 2006, consideró acoso ambiental los comentarios lascivos, obscenos e insistentes del superior laboral con el fin de obtener favores sexuales. Y la STS n.º 1460/2003, de 7 noviembre [RJ 2003\7573].

³⁴ En este sentido, RAGUÉS I VALLÉS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en SILVA SANCHEZ, J. M.ª (dir.), RAGUÉS I VALLÉS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Barcelona, 2023, p. 152; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.,

activo y pasivo, que pueden ser en ambos casos tanto hombre como mujer, desarrollan su trabajo en un mismo entorno³⁵. Ello significa una restricción de la autoría del delito³⁶.

Reformado por la LO 10/2022, el acoso sexual consiste en el plano de la conducta típica en la solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero³⁷. Según el Diccionario de la RAE solicitar es pedir algo de manera respetuosa. Aceptación que, como bien apunta CABRERA MARTÍN, nada tiene que ver con el significado del verbo solicitar en este numeral³⁸, referido a reclamar o exigir la realización en este caso de una conducta sexual, lo que habrá de hacerse de forma suficientemente inequívoca, seria y firme. De tal modo que, como ya señalara ORTS BERENGUER, debe tratarse de una situación real, esto es, que no quepan dudas sobre su veracidad; y de una relevancia suficiente como para influir en la formación de la voluntad del sujeto pasivo y situarlo en un ambiente en el que no pueda comportarse con total autonomía³⁹. Los favores que se solicitan han de ser de naturaleza sexual, es decir, que el requerimiento o la solicitud ha de ir dirigido a la obtención de un goce de índole sexual. Ello presupone a su vez un elemento subjetivo de tendencia del autor al querer involucrar al sujeto pasivo en un contexto sexual como consecuencia de la conducta acosadora⁴⁰. Aunque el favor sexual que se solicita no tiene por qué consistir en un acceso carnal pudiendo requerirse, también, cualquier otra actuación de contenido sexual. En cualquier caso, el favor sexual solicitado o requerido puede ser tanto en beneficio del que realiza la solicitud, petición o requerimiento, como en beneficio de un tercero. Y

“Delitos contra la Libertad...”, cit., p. 304, señala, igualmente, que a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma de 1999, sujeto activo y pasivo no tienen por qué encontrarse en una relación de jerarquía que otorgue superioridad al autor.

³⁵ OTERO GONZÁLEZ, P., “El nuevo delito de acoso...”, cit., p. 200.

³⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. Á., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., p. 252.

³⁷ La STS 721/2015, 22 de octubre [RJ 2015\4970], señala como elementos del tipo básico de acoso sexual los siguientes: «a) la acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales; b) tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo, como para un tercero; c) el ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual; d) con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; e) entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad; f) el autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la ley formas imprudentes en su comisión».

³⁸ CABRERA MARTÍN, M., “Regulación penal sexual”, en DUPLÁ MARÍN, M.T., *La respuesta de la Ley ante el bulling: análisis de la conflictividad y tratamiento jurídico del acoso, el abuso y la intimidación*, Valencia, 2021, p. 230.

³⁹ ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en AA.VV., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 274.

⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. Á., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., p. 252.

la forma de realizar la petición puede ser cualquiera porque el precepto no limita los medios o vías de dicha solicitud, pudiendo ser incluso gestual o tácita⁴¹. Finalmente, entiendo que es exigible que la solicitud se haga de forma insistente o reiterada. No basta con actitudes aisladas, transitorias o incidentales. Se dejan así fuera de la tipicidad solicitudes ocasionales o simples procacidades o groserías⁴².

De otro lado, el ámbito en el que ha de realizarse tal conducta es un elemento sustancial y viene acotado: ha de ser una relación laboral, docente, o de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual. En cualquier caso, la interpretación, aun siendo respetuosa con los tres ámbitos descritos, ha de hacerse en términos suficientemente amplios como para no desvirtuar la intención de la ley⁴³. Así, la relación laboral a efectos penales ha de entenderse en un sentido más amplio que en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁴; mientras que el resto de trabajos pertenecientes al ámbito civil o administrativo, así como los de carácter gratuito, entrarían en el concepto de prestación de servicios, resultando indiferente en cualquiera de los casos la validez o incluso la existencia de un contrato⁴⁵. Para ACALE SÁNCHEZ la inclusión de relaciones “análogas” a las laborales, docentes y de prestación de servicios, permite la inclusión en el tipo de solicitudes de favores sexuales producidas en el ámbito de actividades realizadas por organizaciones no gubernamentales que no determinan la existencia de vínculo laboral⁴⁶. En cualquier caso, dicha relación debe ser continuada y habitual, esto es, de cierta permanencia quedando fuera del tipo los vínculos esporádicos u ocasionales.

⁴¹ En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Análisis del delito de acoso sexual tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Libertad-Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 12, 2023, p. 218; BOLDOVA PASAMAR, M. Á., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., p. 252, insiste en que normalmente la solicitud o petición de esta clase de favores sexuales –por la vía de un acoso– se lleva a cabo de forma verbal, pero puede tratarse, también, de solicitudes escritas, o, incluso, mediante gestos, pero siempre que indiquen de una forma clara e inequívoca las pretensiones sexuales de la solicitud del autor; así pues ha de tratarse de una solicitud explícita.

⁴² Vid. SAP de Ciudad Real 6/2003, de 21 de enero [JUR 2003\83588].

⁴³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Delitos contra la Libertad...”, cit., p. 304.

⁴⁴ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.^a, “Artículo 173”, en CUERDA ARNAU, M.^aL. (dir.), *Comentarios al Código Penal* Tomo I, Valencia, 2023, p. 1155, refiere que la relación funcional es la que definen los arts. 9 y 10 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. No obstante, existen otras diferencias en cuanto a la estructura dogmática de uno y otro.

⁴⁵ LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad...”, cit., pp. 200-201.

⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, M.^a/CRUZ MÁRQUEZ, B., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., p. 257.

Pero no basta con la solicitud de favores sexuales en dicho contexto, es preciso que como consecuencia de tales comportamientos se provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante⁴⁷. Sin embargo, los términos usados para describir el estado de afectación de la víctima son tan imprecisos que en muchos casos no será tarea fácil concretar cuando se ha producido dicha situación. En cualquier caso, esta exigencia lo convierte en un tipo penal de resultado: el acoso debe colocar al sujeto pasivo en una situación o en un clima de degradación y desasosiego que le impida comportarse con libertad⁴⁸; y además fundamenta el indudable parentesco de esta primera modalidad con los delitos contra la integridad moral. Por “objetiva” debe entenderse aquella relación que aparezca a los ojos de cualquier persona que se desenvuelva en el mismo ámbito que el autor y la víctima como de importancia suficiente como para incidir de forma significativa en la formación de la voluntad del sujeto pasivo. No bastan las meras impresiones o sensaciones. Pero tampoco puede confundirse con la tentativa de agresión sexual en cuanto no faltan similitudes entre ambas⁴⁹. La “gravedad” exigida es un elemento indeterminado que debe ser llenado de sentido jurisprudencialmente⁵⁰; pero como elemento de valoración requiere un estudio detenido de las circunstancias del caso concreto⁵¹.

En cuanto al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso que no admite forma imprudente de comisión (art. 12 CP). Basta dolo genérico, consistente en la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal. Por tanto, en este delito el elemento cognoscitivo del dolo comprende la conciencia de estar realizando la acción típica, esto es, la solicitud de favores de naturaleza sexual, y de que con ello pone a la víctima en una grave situación intimidatoria, hostil o humillante. Frente a aquél sector de la

⁴⁷ En cualquier caso, como bien advierte SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Delitos contra la Libertad...”, cit., p. 305, no cabe confundir la “situación intimidatoria”, es decir, la situación idónea para producir temor o miedo en quien lo padece, con la intimidación como medio típico de las agresiones sexuales, al igual que la situación hostil no implica lesiones concretas, y la situación humillante se completa con la degradación o vejación del sujeto a consecuencia del acoso, siendo distinto el trato degradante del art. 173.

⁴⁸ LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad...”, cit., p. 201.

⁴⁹ CUERDA ARNAU, M.^aL., “Delitos contra la libertad...”, cit., p. 263, señala que algunos de los datos que permiten decidir si estamos ante una u otra son: la inmediatez que ha de darse entre la intimidación y el intento de ejecutar la acción lúbrica, la mayor intensidad de la intimidación y la necesaria incidencia directa de la misma sobre el sujeto pasivo, peculiares de la agresión sexual.

⁵⁰ ACALE SÁNCHEZ, M.^a/CRUZ MÁRQUEZ, B., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., p. 257.

⁵¹ En esos términos se refiere la STS 157/2019, de 26 de marzo [RJ 2019\1500] a propósito de “grave” en el art. 173.1 CP.

doctrina que viene exigiendo un ánimo lúbrico que ha de presidir la solicitud de favores sexuales, como forma idónea de limitar la excesiva amplitud del tipo, en mi opinión, esta acción denigrante no precisa ser animada por móviles específicos distintos del puro y desnudo conocimiento y voluntad de afectar a la autodeterminación sexual de la víctima y a su integridad moral, lo cual es perfectamente compatible con otro tipo de móviles, incluso discriminatorio, que en cierto modo, y como se ha señalado, subyace en este tipo de conductas⁵².

No obstante, para apreciar la consumación del delito en su modalidad básica no es necesario que los favores sexuales lleguen a obtenerse, sino que basta con su solicitud por lo que se podría considerar un delito de simple actividad (STS 349/2012, de 26 de abril⁵³); aunque la exigencia de una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante para la víctima lo convierte en mi opinión en un delito de resultado⁵⁴. En cualquier caso, apunta BOLDOVA PASAMAR, sí constituye un presupuesto lógico para que tenga lugar la situación objetiva señalada que el sujeto pasivo se muestre contrario a la actividad sexual solicitada⁵⁵.

3. *Cuestiones interpretativas de los subtipos agravados*

El n.º 2 del artículo 184 CP sanciona con la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, el llamado acoso sexual vertical o por prevalimiento «Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o de prestación de servicios, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación».

A los efectos que aquí nos ocupan, el precepto contiene dos modalidades de acoso sexual vertical: la primera se produce si «el culpable hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral». Lo esencial en este caso es el prevalimiento, es decir, el abuso o aprovechamiento de la situación de superioridad que coloque a una víctima en una posición correlativa de inferioridad y de subordinación y de dependencia de las

⁵² En este mismo sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Delitos contra la Libertad...”, cit., p. 304.

⁵³ STS 349/2012, de 26 de abril [RJ 2012\5769].

⁵⁴ De esta opinión LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad...”, cit., p. 201. RAGUÉS I VALLÉS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad...”, cit., p. 152.

⁵⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. Á., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., p. 253.

decisiones del autor; aunque no debe confundirse con una situación de indefensión o vulnerabilidad. Sujeto activo de esta modalidad de acoso ha de serlo quien tenga respecto de la víctima una “relación de superioridad” en el ámbito laboral, de la que además es preciso que se prevalega, de forma que, aunque exista esa relación si no existe a su vez el prevalimiento, no hay delito de acoso sexual⁵⁶. Por otra parte, la relación de superioridad puede deberse a un dato fáctico o jerárquico, lo que determina que entren en su esfera tanto aquellos casos en los que el sujeto pasivo es el “empleado” del sujeto activo, como aquellos otros en los que no existiendo esa superioridad jerárquica sí exista una superioridad fáctica⁵⁷.

La segunda se produce en el caso de que el autor hubiera cometido el acoso «con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella hubiera podido tener en el ámbito de la indicada relación». Se trata de influir en la autodeterminación sexual de la víctima utilizando la amenaza, concretamente el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con sus expectativas laborales. En tal caso lo más normal es que quien pide los favores sea un superior jerárquico en una empresa⁵⁸. Aunque no es necesario que el autor y la víctima estén objetivamente relacionados jerárquicamente, bastando con que el autor en su ámbito de autonomía laboral tenga capacidad para adoptar una decisión o para hacer llegar un comentario a quien tenga capacidad de hacerlo de manera que perjudique los intereses laborales de la víctima⁵⁹.

Según algunos autores, las legítimas expectativas hay que entenderlas como la esperanza racional y fundada, y además conforme a derecho de obtener un beneficio en un determinado ámbito de relación. Por lo que defienden la necesidad de interpretar en un sentido especialmente objetivo esa “legítima expectativa” de la potencial víctima⁶⁰. Mientras que para DE VICENTE

⁵⁶ En el caso Nevenka Fernández, la STS 1460/2003, de 7 noviembre [RJ 2003\7573], declaró que los hechos no eran subsumibles en el subtipo agravado de abuso de superioridad del apartado segundo del artículo 184 CP, porque ese apartado exige que se «hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica», y tal jerarquía es un elemento del tipo que no puede presumirse.

⁵⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Análisis del delito de acoso...”, cit., p. 226, señala que no se requiere una dependencia directa pero sí cierta capacidad de afectación a los intereses de la víctima.

⁵⁸ RAGUÉS I VALLÉS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...”, cit., p. 152.

⁵⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.^a/CRUZ MÁRQUEZ, B., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., p. 259.

⁶⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Delitos contra la Libertad...”, cit., p. 308, quien pone de manifiesto que el caso puede ser absolutamente preciso y concreto (quien habiendo obtenido una habilitación para opositar recibe la amenaza de convocar o no la oposi-

MARTÍNEZ, la palabra “expectativas” permite una importante amplitud en la interpretación del tipo, aunque el mal no afecte a los derechos sino a las opciones o fundadas esperanzas que tenga la víctima siempre que sean legítimas⁶¹. En sentido contrario, cuando un sujeto amenaza a otro con causarle un mal en sus legítimas expectativas laborales si no satisface un favor sexual en el caso de que no estén relacionados “laboralmente”, la conducta no será típica a los efectos del delito de acoso sexual y se castigará como amenazas.

No obstante lo anterior, cierto sector doctrinal se inclina por entender que el precepto no recoge de manera alternativa ambas posibilidades, sino que también en este último caso han de concurrir los dos elementos: quien anuncia la causación del mal ha de prevalerse de la situación de superioridad que le otorga la relación laboral, docente o jerárquica en la que está involucrado el sujeto pasivo. Si no existiese esa situación de superioridad y el abuso de la misma, mal podría causarse un mal a la víctima en sus legítimas expectativas⁶².

En segundo lugar, la LO 10/2022 introduce en el número 3 del artículo 184 CP el tipo agravado de acoso sexual locativo «(...) si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de carácter temporal». Se trata de una prescripción en consonancia con el contenido de la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 26 de mayo de 2021, relativa a las medidas para evitar el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral penitenciario, que supone, sin duda, un compromiso institucional de tolerancia cero ante actitudes ofensivas, abusivas y discriminatorias por razón de sexo u orientación sexual.

Del tenor del precepto se desprende que la circunstancia que fundamenta la agravación de la pena es el lugar de comisión del delito: si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, los denominados centros CIE o cualquier centro de detención o acogida incluso de carácter temporal, lo que amplía el ámbito de aplicación del tipo penal, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2 CP. En opinión de ACALE SÁNCHEZ/CRUZ MÁRQUEZ la fundamentación de esta agravación no es otra que la especial sujeción y dependencia que se produce en estos casos. La nueva figura delictiva

ción según su generosidad para con los “favores”), a ser absolutamente discrecional (como ocurre en no pocos ámbitos laborales o de prestación de servicios) e incluso a suponer meras ilusiones o ambiciosos objetivos no siempre justificados.

⁶¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Análisis del delito de acoso...”, cit., p. 233.

⁶² CUERDA ARNAU, M.^ªL., “Delitos contra la libertad...”, cit., p. 264.

parece *a priori* que será de aplicación tanto en los supuestos de acoso horizontal como vertical, y, por ende, tanto por otra persona internada en dicho centro, como por el sujeto que tenga sujeta a otra a su guarda o custodia⁶³.

No obstante, advierte el precepto que la pena se impondrá en los casos descritos “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2 CP”, numeral que, como es sabido, sanciona paralelamente al funcionario de Instituciones Penitenciarias, de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda. En este apartado el prevalimiento se presume en base al lugar en que realiza el hecho, aunque en cualquier caso la pena a la que conducen ambas cualificaciones es exactamente la misma; la cualidad de autoridad o funcionario público y la situación de prevalimiento que de ella se deriva bastan para que la solicitud constituya delito, sin necesidad de que haya una amenaza o injuria expresa⁶⁴. En cualquier caso, será de aplicación preferente el artículo 443.2 CP, que sanciona con la pena de uno a cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, por aplicación del principio de especialidad (STS 354/2019, de 10 de julio⁶⁵).

Y, por último, el apartado 4 del artículo 184 hiperagrava la pena “cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad».

El precepto es taxativo en cuanto a las circunstancias que justifican la situación de vulnerabilidad de la víctima. En lo que a la edad respecta, la misma puede ser muy temprana como muy avanzada ya que ambas agudizan la vulnerabilidad de la víctima sobre la que recae la acción. En lo que a la enfermedad respecta, DE VICENTE MARTÍNEZ insiste en que la enfermedad en cuestión habrá de producir una incapacidad para resistir, por lo que habrá que rechazar aquélla que no tenga ese efecto, bien por ser objetivamente de poca

⁶³ ACALE SÁNCHEZ, M.^a/CRUZ MÁRQUEZ, B., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., p. 259, advierte que será la jurisprudencia la que concrete si la figura delictiva es aplicable a los internamientos que pueden sufrir otras personas en otros centros en una prisión si bien dada la última remisión contenida en el inciso 3 a que esas conductas se castigarán “sin perjuicio de lo establecido en el art. 433.2” apunta que se considerarán análogos cuanto menos los centros previstos en el mencionado artículo, en cuyo interior además de reiterar los mismos que se señalan en el art. 184.3 se hace mención expresa a Instituciones penitenciarias. En cualquier caso, si el sujeto activo de esas conductas es el “funcionario de instituciones penitenciarias, de centros de protección o reforma de menores, centros de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal”, será preferente la aplicación del art. 443.2 que está castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte...*, cit., p. 264.

⁶⁵ STS 354/2019, de 10 de julio [RJ 2019\2974].

gravedad, o bien porque, aun siendo grave, no debilita especialmente a la víctima⁶⁶. Mientras que la vulnerabilidad por la discapacidad de la víctima se relaciona con la imposibilidad de participación o integración en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. En cualquier caso, para apreciar la agravación contenida en el precepto será preciso que, como bien apunta OLAIZOLA NOGALES, la situación en la que se encuentra la víctima se salga, en lo que a la vulnerabilidad se refiere, de lo normal⁶⁷. La SAP de Barcelona 806/2023, de 4 de diciembre, aprecia “extrema vulnerabilidad económica y familiar” en una ciudadana extranjera en situación irregular y por tanto con escasas posibilidades de obtener un trabajo remunerado, sin otros recursos que los procedentes de dicha relación laboral ni de otra vivienda en la que residir con su hija menor que la del procesado.

4. Penalidad y relaciones concursales

En lo que a la penalidad se refiere, la LO 10/2022, atendiendo la postulación de un segmento de la doctrina que entendía que la diferencia de pena con la recogida en el artículo 173.1 CP no se justificaba desde el punto de vista de la gravedad del delito⁶⁸, incrementa las penas del delito de acoso sexual que pasan de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses en el tipo básico, a la pena de de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses. E incorpora por primera vez la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.

De otro lado, los tipos agravados por prevalimiento o por anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima en sus legítimas expectativas laborales aumentan las penas que cambian de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses a pena de prisión de uno a dos años, e introduce también *ex novo* la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses. La misma pena se prevé para el acoso sexual locativo; mientras que en el acoso por la especial vulnerabilidad de la víctima se suprimen las penas anteriores y se sanciona con la pena en la mitad superior.

Por otra parte, en su actual configuración, el artículo 184 CP puede confluir con otras tipologías delictivas que también atentan contra la libertad sexual; y solaparse con tipos penales con una ubicación sistemática diferente.

⁶⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Análisis del delito de acoso...”, cit., p. 235.

⁶⁷ Al respecto, vid. ampliamente OLAIZOLA NOGALES, I., “La relación entre el delito...”, cit., p. 268.

⁶⁸ Vid. POMARES CINTAS, E., “El Derecho Penal ante el acoso en el trabajo”, en *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 105, 2010, p. 85; OLAIZOLA NOGALES, I., “La relación entre el delito...”, cit., pp. 272-273.

De entrada, el numeral en cita no ha previsto expresamente la sanción del concurso de delitos que puede producirse si la mera solicitud de favores sexuales fuera ulteriormente acompañada de una concreta relación de esta naturaleza, por ejemplo, acceso carnal. Ello ha llevado a algunos autores a entender que, de concurrir dicha relación, la problemática concursal planteada habría de resolverse por consunción a favor del delito de agresión sexual, en función de la conducta sexual solicitada y conseguida, diferenciando la de mayor intensidad (acceso carnal) del resto de menor entidad (tocamientos, besos...), pues la afección del interés jurídico en el ámbito sexual y su trascendencia en los intereses del sujeto pasivo es diferenciable⁶⁹. Si la víctima presta su consentimiento para la práctica sexual demandada no habrá problema alguno en entender que se trata de una agresión sexual del artículo 178 CP si se llevó a cabo mediante el abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad; admitiéndose, respecto de esta última la continuidad delictiva. Con la LO 10/2022, de 6 de septiembre la “agresión sexual” engloba todas las modalidades de ejecución no consentida de actos de carácter sexual sobre una persona, con independencia del método empleado por el autor para doblegar la voluntad de la víctima. Por tanto, ello permitirá aplicar la continuidad delictiva a todos los actos contra la libertad sexual (SAP de Barcelona 80/2023, de 4 de diciembre)⁷⁰. En estos casos, de apreciarse una separación temporal entre el acto constitutivo de delito de acoso sexual y el de agresión sexual, podrá castigarse a través de las reglas del concurso real (STS n.º 343/2013, de 30 abril [RJ 2013\8315]). En efecto, si es posible separar en el tiempo e individualizar acciones de contenido sexual específicas éstas deben castigarse de manera separada al continuo acoso sexual al que es sometida la víctima porque crean resultados distintos: en el acoso, la creación de una “situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante” que no queda castigada en el artículo 178 CP (STS n.º 343/2013, de 30 de abril)⁷¹. De producirse simultáneamente el acoso sexual y el acto sexual

⁶⁹ En este sentido, BOIX REIG, F.J., “Los delitos contra la libertad sexual”, en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, n.º 20, 2019, p. 201.

⁷⁰ La SAP de Barcelona 80/2023, de 4 de diciembre, condena por un delito de acoso sexual del art. 184.2 y 3 del Código Penal en su redacción vigente en la fecha de los hechos, por entender que es la más favorable al reo a la vista de la inferior pena con la que se castiga –6 meses a 1 año de prisión– en relación a la pena más elevada introducida por la reforma del Código Penal operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre –de 1 a 2 años de prisión–; así como de un delito continuado de agresión sexual con penetración agravado del art. 178, 179 y 180.1, 3ª y 5ª del Código Penal conforme a la redacción dada por LO 10/2022, de 6 de septiembre, que se considera más favorable al reo según se expone a continuación.

⁷¹ En este sentido, STS n.º 343/2013 de 30 abril [RJ 2013\8315]; RAGUÉS I VALLÉS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...”, cit., p. 152; ACALE SÁNCHEZ,

demandado, será de aplicación el delito de agresión sexual del artículo 178 que ejerce las veces de ley preferente⁷².

En cualquier caso, no se puede obviar que al delito de acoso sexual también se le aplica lo dispuesto en el artículo 194 bis, procedente de la Disposición Final cuarta LO 10/2022⁷³, que remite a las reglas del concurso de delitos para resolver la calificación jurídica de aquellos casos en que el autor utiliza “violencia o intimidación” para atentar contra la libertad sexual de la víctima. Según su redacción «los delitos contra la libertad sexual serán castigados sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los concretos actos de violencia física o psíquica cometidos en su ejecución». Como regla general, cuando se produzca un resultado lesivo, se calificarán de forma autónoma las lesiones físicas y/o psíquicas aunque se encuentren instrumentalmente conectadas con el delito contra la libertad sexual cometido. Se apreciará un concurso real de delitos entre la agresión sexual y el respectivo delito de lesiones físicas o psíquicas; rompiendo así la línea de interpretación seguida por la STS 1460/2003, de 7 de noviembre⁷⁴, que adoptó el acuerdo de considerar abarcados los daños psíquicos fruto de los delitos contra la libertad sexual en el marco penológico del concreto delito sexual cometido. Aunque en los casos más graves ya venía admitiéndose el castigo de ambas figuras a través de las reglas de los concursos de delitos, especialmente en los casos en que los resultados psíquicos del acoso sexual adquieran una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar este delito (STS 721/2015, de 22 de octubre)⁷⁵.

De otro lado, el acoso sexual confluye con otros tipos de acoso, llegando a constituir, en opinión de OLAIZOLA NOGALES un tipo de acoso laboral⁷⁶, o acoso laboral por razón de sexo, basado en el desprecio por las

M.^a, “Art. 184. ...”, cit., p. 1255; ACALE SÁNCHEZ, M.^a/CRUZ MÁRQUEZ, B., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., pp. 257-258, refiere que cuando nos encontramos con dos acciones constitutivas de sendas violaciones acaecidas en septiembre y octubre de 2009, separadas por tanto, temporalmente de una conducta del acusado iniciada en marzo de 2009, cuando comenzó la relación laboral y prolongada varios meses con tocamientos, comentarios humillantes y exigencias sexuales, esta conducta tiene plena independencia y no puede entenderse absurda por aquellas dos acciones de penetración vaginal con uso de armas blancas, sucedidas meses después (STS 343/2013, de 30 de abril).

⁷² STS 268/2022, de 22 de marzo [RJ 2022\1874].

⁷³ Este numeral no ha sido modificado por la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁷⁴ STS 1460/2003, de 7 de noviembre [RJ 2003\7573].

⁷⁵ STS 721/2015, de 22 de octubre [RJ 2015\4970]. En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.^a/CRUZ MÁRQUEZ, B., “Delitos contra la libertad sexual...”, cit., p. 257.

⁷⁶ OLAIZOLA NOGALES, I., “La relación entre el delito de acoso sexual y el delito de acoso laboral”, en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*,

mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que según el agresor éstas deberían seguir ocupando⁷⁷. La diferencia penológica entre el delito de acoso laboral y el delito de acoso sexual dificulta una solución pacífica a la posible relación concursal entre ambos tipos penales. El concurso de normas en el que el delito de acoso sexual es especial respecto del delito de acoso laboral, supone privilegiar penológicamente al acosador sexual⁷⁸; pues, aunque la LO 10/2022 agrava la pena del artículo 184, que en el número 1, tipo básico, pasa a ser pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses, la pena prevista del artículo 173.1 párrafo tercero sigue siendo superior, de seis meses a dos años, sin pena alternativa de multa. Razón por la que la solución a esta relación concursal entre ambas normas deba buscarse en la aplicación del principio de alternatividad⁷⁹. Todo ello sin perjuicio de la agravación que supone, obviamente, la aplicación de la agravante de género del artículo 22.4 CP⁸⁰.

III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN CUYO ÁMBITO SE PRODUCE EL ACOSO

1. *Presupuestos para hacer responsable a la persona jurídica*

Como se ha señalado en líneas anteriores, la protección frente al acoso sexual es un derecho del trabajador en la relación laboral frente al empresario

n.º 11, 2022, p. 259, para quien las semejanzas son múltiples: el ámbito en el que se producen las conductas –ámbito laboral–; la relación víctima y agresor empresario; las consecuencias derivadas de dichas conductas (trastornos físicos y psíquicos); los bienes jurídicos lesionados, tales como la dignidad, integridad moral y la igualdad. BUSTOR RUBIO, M., “El delito de acoso laboral: exigencias europeas y análisis del tipo penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.1. (2013), pp. 37-38, sostiene que la diferencia entre el acoso grave que recoge el tipo y el acoso menos grave propio de la infracción laboral radica en que los actos individuales sean hostiles y humillantes.

⁷⁷ CUENCA PIQUERAS, C., *El acoso sexual*, 2017, p. 28.

⁷⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La incriminación del mobing...”, cit., pp. 55 y ss. para evitar la consecuencia de privilegiar al acosador sexual plantea la posibilidad de entender que los casos de acoso sexual se sustancian mediante una sola solicitud de favores sexuales, sancionándose conforme al art. 184 CP, mientras que los casos de solicitud reiterada de favores sexuales en condiciones humillantes u hostiles para la víctima tendría acogida en el art. 173.1 párrafo 2º CP.

⁷⁹ OLAIZOLA NOGALES, I., “La relación entre el delito...”, cit., p. 275, quien defiende que el delito de acoso sexual es una modalidad de trato degradante que debería ser salvado mediante una reforma legislativa.

⁸⁰ Sobre la agravante de género vid. ampliamente MUÑOZ RUIZ, J., “Consideraciones sobre la agravante genérica de discriminación “por razones de género” (art. 22.4 CP)”, en SELMA PENALVA, A. (coord.) *Impacto de género en una sociedad cambiante. Una visión multidisciplinar*, Navarra, 2021.

(art. 4.2.e) ET) y, correlativamente, constituye obligación legal de la empresa, como centro de trabajo, detectarlo, combatirlo y también prevenirlo⁸¹. De modo que, conforme al apartado 5 del artículo 184 CP, que cierra la regulación del delito de acoso sexual, «Cuando, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33».

De este modo, la LO 10/2022 que aboga por el consentimiento expreso como clave para juzgar los delitos sexuales, y acaba con la tradicional distinción entre la agresión y abuso sexual, trasciende igualmente a la esfera empresarial, imponiendo a la persona jurídica la obligación de custodiar la integridad moral y sexual, en el seno de su organización (art. 184. 5º)⁸². En la escalada normativa que desde el año 2010 ha ido ampliando el catálogo *numerus clausus* de delitos que pueden llevar aparejada la responsabilidad penal de la persona jurídica, la LO 10/2022 sorprende incorporando el castigo penal de las personas jurídicas en cuyo seno se cometan las conductas previstas en el artículo 173.1 en su párrafo 2 en un nuevo párrafo; castigo que también se ha previsto en el ámbito del delito de acoso sexual del artículo 184 CP poniendo así de manifiesto las implicaciones entre el acoso laboral y el acoso sexual cuando éste último se produce también en el ámbito de las relaciones laborales⁸³. Hasta entonces sólo cabía la responsabilidad civil derivada del delito pero no la penal. De este modo, con la actual normativa la responsabilidad que puede generar una situación de acoso en una empresa va más a allá de quien realiza el acoso, ya que el deber de diligencia y de prevención del acoso en una persona jurídica es una obligación para el órgano de administración y los mandos con capacidad de decisión en la entidad. Como bien apunta DÍAZ TERÁN, éstos deberán de adoptar las medidas necesarias para prevenir este tipo de situaciones y, en caso de no poder prevenirlas, resolverlas con la mayor brevedad, respetando siempre a la víctima y sancionando a quien acosa⁸⁴. Dicho de otra manera, todas las empresas, con independencia del número de personas que integren su plantilla, tienen la

⁸¹ En el mismo sentido, MOYA AMADOR, R., “Acoso sexual. Tutela laboral...”, cit., p. 683.

⁸² BROTONS, B., “La responsabilidad de la persona jurídica en la Ley de sólo sí es sí”, 2022, p. 1. Recurso electrónico disponible en: <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica>.

⁸³ ACALE SÁNCHEZ, M.^a, “Artículo 173”, en CUERDA ARNAU, M.^a L. (dir.), *Comentarios al Código Penal* Tomo I, Valencia, 2023, p. 1156.

⁸⁴ DÍAZ DE TERÁN, M.^aC., “Compliance y acoso sexual por razón de sexo”, p. 1. Recurso electrónico disponible en: <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/mujeres-por-derecho/compliance-y-acoso-sexual-y-por-razon-de-sexo-2022-11-18/>

obligación legal de establecer medidas de actuación, protección y prevención frente al acoso sexual. No adoptarlas supone, por tanto, una infracción del ordenamiento jurídico que, de reunir todos los elementos del tipo, se podría sancionar vía penal con una pena de multa de seis meses a dos años y, de acuerdo con el artículo 66 bis, se podrán imponer facultativamente las penas recogidas en las letras b) a g) del apdo. 7 del art. 33⁸⁵ relativas a la disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades; clausura de los locales y establecimientos; prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas e intervención judicial.

Ahora bien, la cuestión es ¿cuándo se aplica este precepto?, ¿en qué casos responde la persona jurídica? Como bien advierte DE VICENTE MARTÍNEZ, solo será aplicable en los casos en los que el delito sea cometido en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto, por las personas físicas que se mencionan en los apartados a) y b) del artículo 31 bis 1 CP, de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 66 bis⁸⁶. Esto es, cuando sean cometidos por representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la misma o bien ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica; o quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a), han podido realizar los hechos por

⁸⁵ De conformidad con el art. 33.7 CP: «Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen la consideración de graves, son las siguientes: b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años».

⁸⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Análisis del delito de acoso...”, cit., p. 236; MORALES HERNÁNDEZ, M.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de prostitución y de explotación sexual y corrupción de menores: examen del artículo 189 del Código Penal”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E./ESQUINAS VALVERDE, P. (dirs.), MORALES HERNÁNDEZ, M.A. (coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuesta de reforma*, Navarra, 2022, p. 724 y ss., a propósito de otros delitos contra la libertad sexual.

haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

Dicho esto, el segundo gran interrogante es ¿cómo se va a coonestar el deber de castigar estas conductas con la necesidad de que el delito reporte a la persona jurídica un beneficio directo o indirecto (art. 31 bis)? En principio, aunque no sea muy común un delito de acoso sexual por cuenta de la persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por una persona mencionada en esa doble posición descrita en el artículo 31 bis, que pueda, además, reportar a la entidad un provecho o beneficio, tampoco se podría plantear como algo conceptualmente imposible. Tal podría ser el caso del directivo de una empresa que solicita a una trabajadora de su plantilla que mantenga relaciones sexuales con un cliente para que éste firme un contrato que reportaría una cuantiosa ganancia a la entidad⁸⁷. Según la valoración que la STS 154/2016, de 29 de febrero⁸⁸, ha hecho del término “beneficio” éste alude a cualquier ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete. De otra forma, dice la Sentencia «una interpretación distinta a la expuesta conduciría a la práctica imposibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, con el incumplimiento que ello pudiera suponer respecto de las finalidades preventivas del sistema, en relación con un gran número de figuras delictivas como la presente, en la que en muchas ocasiones podrá resultar difícil imaginar la obtención de una ventaja directa para aquel ente que desarrolla una actividad, especialmente si fuera lícita (...). Lo que obligará a los Tribunales, en cada supuesto concreto, a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto (...)»⁸⁹. En este sentido, aunque en relación a

⁸⁷ En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Análisis del delito de acoso...”, cit., p. 236; PÉREZ MACHÍO, A.I., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delitos de tratos degradantes, acoso laboral, acoso inmobiliario y acoso sexual: ¿un paso hacia el sistema de incriminación de *numerus apertus*?”, en *La Ley compliance penal*, n.º 12, enero 2023.

⁸⁸ STS 154/2016, de 29 de febrero [RJ 2016\600].

⁸⁹ La STS 154/2016, de 29 de febrero [RJ 2016\600] añade «(...) y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque sólo fuere por el del ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de aquellas otras, en exceso restrictivas, que pueden llegar a negar tales beneficios, en numerosos casos, por el perjuicio que un posible daño reputacional y el cumplimiento último de las penas, pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas como consecuencia de los actos

los delitos imprudentes, según la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado «Sólo quedarán excluidas aquellas conductas que, al amparo de la estructura societaria, sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto»⁹⁰.

No obstante, la mayor virtualidad de la previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en relación a estas prácticas es que la entidad queda involucrada de esta forma en la prevención del delito de acoso y otros incumplimientos en la materia. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y arbitrar procedimientos específicos de prevención para dar cauce a las denuncias o reclamaciones.

2. *Compliance sexual en la empresa*

Sin duda el mandato del artículo 184. 5 CP está en la misma tendencia de prevención del delito e incumplimientos, tanto en el sector público como privado, imperante en las últimas iniciativas legislativas.

Lamentablemente, el acoso, en sus distintas manifestaciones, no es un problema aislado en los centros de trabajo como el Convenio 190 OIT reconoce y trata de corregir. La experiencia en muchos países ha mostrado que la lucha efectiva contra el acoso sexual en el lugar de trabajo exige la combinación de un marco legal y de una mayor actuación de las instituciones, así como una mayor sensibilización de la empresa sobre el tema. Para combatir estas situaciones se hace necesario algo más que la dureza de la sanción penal, algo como el compromiso ético, buen gobierno y responsabilidad social empresarial en el desarrollo del trabajo. Pero sin duda, la promoción de la colaboración ciudadana es uno de los recursos más ensalzados para avanzar un paso más en la prevención de malas prácticas y de

delictivos cometidos por las personas físicas que la integran, causan a la propia persona jurídica».

⁹⁰ Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 1/2015 (FIS-C-2016-00001). En cualquier caso, la exigencia de “beneficio directo o indirecto” establecida en el art. 31 bis CP contrasta con el régimen del art. 129 CP, pues este precepto solo quiere que el delito objeto de la condena hay sido cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de “la correspondiente entidad carente de personalidad a jurídica”, sin que se contemple en este caso que el delito se cometa por cuenta o en beneficio de una organización. Ahora bien, la naturaleza claramente punitiva de estas consecuencias accesorias, una vez desaparecida con la LO 5/2010 la referencia a su orientación preventiva, su carácter potestativo y la necesidad de motivación, con escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad, exigirá una especial prudencia en su aplicación para evitar una inadmisibile responsabilidad objetiva.

ilícitos en la órbita empresarial, contemplada en este caso como centro de trabajo⁹¹.

El artículo 12 LO 10/2022, sobre prevención y sensibilización en el ámbito laboral en relación con la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, modifica los términos del artículo 48 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para obligar a las personas jurídicas a implantar procedimientos específicos para la prevención de esta doble modalidad de acoso, y proporcionar un adecuado cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. A tal efecto establece diversas obligaciones de las empresas. A saber: a) El deber de promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de aquellos delitos y conductas atentatorias contra la libertad sexual y la integridad moral; b) El deber de arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias que puedan formular las víctimas, incluyendo las sufridas en el ámbito digital; c) El deber de promover la sensibilización y ofrecer formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio; d) El deber de incluir en la evaluación de riesgos de los puestos ocupados por trabajadoras la violencia sexual, formando e informando a sus trabajadoras; e) El deber de negociar con la representación de las personas trabajadoras medidas como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación⁹².

Es indiscutible que la adopción de códigos éticos, protocolos de actuación, medidas de atención y ayuda a las víctimas, medidas de prevención y disuasorias frente a todo tipo de acosos en el ámbito laboral, etc., son instrumentos que facilitan y garantizan la implantación de una cultura empresarial libre de violencia en la organización. Pero, como subraya DÍAZ TERÁN, el problema es que «muchas veces los instrumentos acordados presentan fuertes carencias en esta materia. En unas ocasiones, no incorporan de manera visible e independiente el tratamiento del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, o no distinguen entre los diferentes tipos de acoso; en otras, se trata de documentos generales dedicados a la prevención de riesgos laborales, o de procedimientos que tratan el acoso laboral o el acoso moral, y en ellos, con

⁹¹ MUÑOZ RUIZ, J., “El informante de corrupción en el sector privado: canales de denuncia y compliance penal, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Corrupción privada, transparencia y gestión pública*, Madrid, 2023, p. 373, lo refiere en términos generales a los incumplimientos y conductas delictivas en el sector privado.

⁹² MOLINA NAVARRETE, C., ¿La violencia sexual en el trabajo: ¿nuevo riesgo laboral en virtud de la LO 10/2022, de 6 de septiembre?, en *Boletín LARPSICO: nuevas claves para la organización psicosocial en las organizaciones*, n.º 2, 2022, pp. 3-6.

frecuencia, se incluye el acoso sexual. Otras veces, únicamente se recoge en el ámbito del régimen disciplinario de las empresas»⁹³.

Aunque exista una regulación convencional específica aplicable a la empresa (convenio colectivo) dirigida al tratamiento y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, es muy recomendable que la empresa adopte un modelo de *compliance* que ponga de manifiesto una política activa frente a la violencia sexual en su propia organización, adaptada a sus especificidades y a su entorno. Con ello se conseguirá hacer de las empresas lugares más seguros para los colectivos más vulnerables, y se aumentará la sensibilización de las personas de su organización y de clientes y proveedores, se reducirán las posibles sanciones por incumplimiento legal y se aumentará la reputación de la compañía, entre otros beneficios.

2.1. *Compliance* vinculado a la gestión del riesgo penal

A día de hoy, cualquier empresa que pretenda operar con efectividad debe dotarse de estos programas de cumplimiento normativo, puesto que como se ha indicado los riesgos de su no adopción van más allá de una eventual exacción de responsabilidad delictual. Pero lo cierto es que las políticas de *compliance*, han venido tradicionalmente vinculadas a la necesidad de dar respuesta a la gestión del riesgo penal (art. 31 bis apartado 4), por la eventual exoneración de responsabilidad penal de la organización empresarial. Así mismo, dada la previsión del castigo penal de las personas jurídicas en cuyo ámbito se lleven a cabo estas conductas habrá que prestar atención a los nuevos *compliances* sexuales a los efectos de exención de responsabilidad criminal previstos en el artículo 31 bis y 31 ter CP⁹⁴.

En el ámbito penal estos mecanismos sí han cobrado un especial protagonismo a raíz de la reforma del texto punitivo efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo la hasta entonces desconocida responsabilidad penal de las personas jurídicas⁹⁵. Esta Ley supuso un punto de inflexión en la cultura corporativa en el marco normativo de España al

⁹³ DÍAZ DE TERÁN, M.^aC., “*Compliance* y acoso sexual...”, cit., p.1.

⁹⁴ ACALE SÁNCHEZ, M.^a, “Art. 184...”, cit., p. 1254.

⁹⁵ El número 1 del art. 31 bis del Código Penal refería que «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso».

romper con el tradicional principio *societas delinquere non potest*⁹⁶, y apostar por la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque reservada para aquellas figuras delictivas donde su posible intervención se hace más evidente; órbita de tipologías delictivas que desde 2022 incluye el acoso sexual.

No obstante, gran parte de las obligaciones de prevención de riesgos en materia de acoso –laboral y sexual– ya se encontraban contempladas en protocolos específicos de prevención de riesgos laborales. Como se ha señalado en líneas anteriores, desde el punto de vista normativo, la LO 3/2007 obligó a las empresas a adoptar una serie de medidas a favor de la igualdad de trato entre el personal en plantilla. Poco después, entró en vigor el Real Decreto-ley 6/2019, de medidas urgentes que modificaba dicha Ley Orgánica focalizándose en medidas de igualdad efectiva en el entorno empresarial. Y, por último, los Reales Decretos 901/2020 y 902/2020, ambos de 13 de octubre, sobre igualdad y transparencia retributiva y el registro de los planes de igualdad, consolidaban la necesidad y obligación de que todas las personas físicas y jurídicas conocieran esta situación y pusiesen todos los medios para cumplir con las exigencias del legislador⁹⁷. Pero este cambio legislativo operado por la LO 10/2022 obliga a las empresas a prever nuevos escenarios y a acomodar sus sistemas de prevención. Deben incorporar actualizaciones tendentes a identificar el riesgo de que tales conductas acosadoras y hostigadoras se desarrollen en la organización, y establecer controles destinados a ejercer una eficaz función de supervisión, de vigilancia y por supuesto, en su caso, a poner en marcha un plan de acción. En estos casos el *compliance* busca analizar la entidad e implantar medidas (protocolos, políticas, normas y herramientas) que consigan prevenir o, en su caso, detener este tipo de situaciones de riesgo.

En palabras de nuestro Tribunal Supremo⁹⁸, «(...) la técnica anglosajona del *compliance*, alude al conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa, a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de aquilatar en ella, un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo, que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la

⁹⁶ Vid. MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal Parte General*, Madrid, 2018, pp. 429 y ss.; CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 101, 2010, pp. 13 ss.; ZUGALDIA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal*, Valencia, 2013; y TORRAS COLL, J. M., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del Programa Compliance”, en *La Ley*, n.º 1785, 2018, p. 1.

⁹⁷ DÍAZ DE TERÁN, M.^a C., “Compliance y acoso sexual...”, cit., p. 1.

⁹⁸ STS n.º 35/2020, de 6 febrero [RJ 2020\298].

empresa, o en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados». Se busca, pues, instaurar un sistema que, además de atender a los fines preventivos propios del Derecho Penal, también sirva como modelo de integridad en la gestión corporativa que, por una parte, ataje las malas prácticas y evite la comisión de actos delictivos en su seno, y por otra, fomente la colaboración de la entidad con la Justicia en el descubrimiento, persecución y represión de tales conductas ilícitas⁹⁹.

Así, la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica en la LO 5/2010¹⁰⁰, por no ejercer el “debido control atendidas las circunstancias concretas del caso” se vincula con el *compliance* o programas de prevención del delito. Sin embargo, este texto sólo se refería a estos programas a propósito de la atenuante de la letra d) del artículo 31 bis 4 CP¹⁰¹. No fue hasta un lustro después cuando la revisión del Código Penal con la LO 1/2015, a propósito de la responsabilidad de las personas jurídicas¹⁰², dio pie a la necesidad de implantar tales sistemas o canales de información en las empresas, como un elemento básico del necesario modelo de prevención de delitos con el que toda empresa debe contar si quiere eludir la responsabilidad penal respecto de los delitos que se le pudieran imputar. Pues el artículo 31 bis 4 CP es claro «la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si, previamente a la materialización del delito, se hubiera implantado un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o reducir considerablemente el riesgo de su comisión».

Con estas premisas el razonamiento del artículo 31 bis 4, no plantea problema: si la persona jurídica ha actuado diligentemente para prevenir la conducta criminal pero el autor material cometió el delito eludiendo las medidas de control no cabe atribuir el delito a la persona jurídica, sino únicamente a la persona física¹⁰³. De entrada hemos de partir de que para apreciar la

⁹⁹ ORTIZ PRADILLO, J. C., “La recepción de la cultura del “compliance...”, cit., p. 423.

¹⁰⁰ «BOE» n.º 152, de 23 de junio de 2010.

¹⁰¹ Prevista para el caso de “haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

¹⁰² Escasamente cinco años después de la reforma de 2010, LO 1/2015, de 30 de marzo («BOE» n.º 77, de 31 de marzo de 2015), por la que se modifica el Código Penal, sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de tan novedosa normativa. El Apartado III del Preámbulo de la citada Ley señala que la reforma introducida supone una mejora técnica en la regulación de la citada responsabilidad, entre otras cosas, para delimitar adecuadamente el contenido de la expresión “debido control”, y con ello poner fin a las dudas interpretativas que se habían planteado con la anterior regulación.

¹⁰³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal*, Madrid, 2021,

responsabilidad penal de las personas jurídicas no basta con la existencia de un delito cometido por parte de una de las personas físicas previstas en el artículo 31 bis 1 CP, sino que debe poder afirmarse también la existencia de un “estado de cosas de descontrol” o un defecto de organización¹⁰⁴. Y de conformidad con la regulación penal española vigente, este estado de descontrol no existirá si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 31 bis 2 y 4 CP.

Pues bien, entre esas condiciones o requisitos que estos modelos deben cumplir para lograr su finalidad de exención de responsabilidad penal, el artículo 31 bis 5. 4º CP se refiere a la «imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo»¹⁰⁵. La imposición de la obligación de informar del artículo 31 bis. 5.4º, apunta a la previsión de un sistema interno de información como eje fundamental en la detección de incumplimientos y comisión de delitos de acoso en el seno de las entidades, dada la especial sensibilidad de la materia. Con semejante prescripción el Código Penal exige, entre otros, que las entidades cuenten con mecanismos de denuncia interna que permitan que cualquier empleado pueda poner en conocimiento de la compañía posibles incumplimientos. Se trata de la implementación de sistemas de denuncia o diálogo con los miembros de la organización, tanto para realizar consultas como para denunciar los posibles comportamientos indebidos ilícitos o delictivos, que proporcionan a la entidad que las implante un conocimiento precoz de las irregularidades y de las lagunas de prevención y control, además de una oportunidad para reaccionar internamente frente a los riesgos advertidos. Pues, si bien es cierto que pese a que

p. 418.

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La exigente de modelos de prevención de delitos. Fundamento y bases para una dogmática”, en *Anuario mexicano de derecho penal económico*, 2018, pp. 439 y ss.

¹⁰⁵ De conformidad con el precepto en cita los requisitos de estos planes de prevención son los siguientes: 1º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deban ser prevenidos; 2º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos; 3º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos; 4º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancias del modelo de prevención; 5º Establecerse un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; 6º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

estas situaciones entre el personal en plantilla han venido dándose a lo largo de los años en el mercado laboral, y el miedo y temor a las represalias en el trabajo dificultan la denuncia o delación, a día de hoy una nueva forma de ver la cultura del cumplimiento normativo basada en la responsabilidad proactiva y la autorresponsabilidad de la empresa en la previsión del delito está calando cada vez más en la conciencia y la sensibilización de trabajadores y trabajadoras, instituciones, agentes sociales y ciudadanía en su conjunto respecto a la prevención y erradicación de estas conductas en el trabajo.

2.2. Sistema interno de información: canal de denuncias

El artículo 31 bis.5. 4º CP no traza el procedimiento ni fija cauces para que las entidades establezcan internamente la canalización de este tipo de comunicaciones¹⁰⁶. Aunque es obvio que esa “obligación de informar”, deberá encauzarse a través de lo que se ha denominado “canal de denuncias”; entendido como «un medio de comunicación conformado por elementos físicos o informáticos en que trabajadores, directivos e incluso terceros, pueden realizar consultas, comunicaciones o denuncias sobre irregularidades, malas prácticas, incumplimiento de normas o actos indebidos observados en el seno de la persona jurídica a la que pertenecen o con la que se relacionan, a fin de que el órgano responsable del cumplimiento normativo las investigue y, en su caso, adopte las medidas preventivas, de corrección o sancionatorias adecuadas»¹⁰⁷. Y la adopción de un canal de denuncias cumple con estos deberes, de manera que favorece la implantación de una cultura de cumplimiento de la organización como preconiza la STS 221/2016, de 16 de marzo¹⁰⁸.

De ahí la trascendencia que puede llegar a tener para las autoridades la obtención de información esencial del seno de la propia entidad, empresa u organización, procedente no sólo de los propios afectados, sino y, muy

¹⁰⁶ LEÓN ALAPONT, J., “Los canales de denuncia y la protección del informante en las entidades del sector privado: A propósito de la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 28 (julio 2022), p. 157, quien advertía que no concreta a través de qué medio se canaliza esta obligación de informar y qué características debe reunir; nada se dice sobre cómo debe gestionarse esa información que se recibe; tampoco se expresa si no gestionar la información o hacerlo indebidamente puede enervar la eficacia eximente del *compliance*; y el Código Penal no exige que se deba abrir una investigación interna tras la recepción de información.

¹⁰⁷ PÉREZ FERRER, F., “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (*compliance*)”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 13, 2018, p. 131.

¹⁰⁸ STS 221/2016, de 16 de marzo [RJ 2016\824].

especialmente, de los empleados que conocen las irregularidades internas o legalmente rechazables, que sin embargo callan por temor a represalias laborales y el coste que les supone su actuación¹⁰⁹. Pero estos sistemas presentan inconvenientes que frenan al informante: las penosas consecuencias a que se enfrentan –acoso, represalias o persecución...– es un factor disuasorio por lo que resulta indispensable que el ordenamiento jurídico proteja a la ciudadanía cuando muestra una conducta valiente de clara utilidad pública. De modo que no basta sólo con asentar en la sociedad la conciencia de que debe perseguirse a quienes quebrantan la ley, y que no deben consentirse ni silenciarse los incumplimientos, sino que es indispensable plantear alternativas e implementar mecanismos internos decididamente dirigidos a garantizar la protección y seguridad de los informantes de dichos quebrantos y vulneraciones.

En efecto, una sociedad democráticamente avanzada ha de proteger adecuadamente a aquellas personas que comunicando las irregularidades de las que en su entorno laboral o profesional tengan conocimiento, las publicite, permitiendo de este modo a los poderes públicos actuar, pudiendo poner fin a la actividad ilícita advertida cuando ésta afecte al interés general. En el marco europeo¹¹⁰, las aproximaciones al fenómeno del informante o delator han sido fragmentarias y sectoriales (en el ámbito de los servicios financieros, la seguridad en el transporte...), hasta que la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre¹¹¹, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, puso en valor la colaboración ciudadana, apostando así por la delación y el fortalecimiento de la protección del informante o delator como instrumento idóneo para la averiguación, persecución y castigo de los incumplimientos –y actos de corrupción–¹¹². El

¹⁰⁹ Vid. ORTIZ PRADILLO, J. C, “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, en *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 3(1), 39-70.

¹¹⁰ A nivel europeo, por ejemplo se exigía a los Estados miembros el establecimiento de canales de denuncia y adopción de medidas de protección en el ámbito de los servicios financieros (Directiva 2013/36/UE y Reglamento UE 575/2013), de protección de la integridad de los mercados financieros (Reglamento UE 596/2014 y Reglamento UE 600/2014), en la seguridad en el transporte (Reglamento UE 376/2014), protección del medio ambiente (Directiva 2013/30/UE) y para los funcionarios públicos de las instituciones europeas (Reglamento Euratom 723/2004). El Informe de 2014 sobre la lucha contra la corrupción en la UE –COM (2014) 38–, desde Europa se reclamaba abiertamente la implementación de canales oficiales de denuncias y mecanismos de protección de los denunciantes dentro de las administraciones públicas porque podían contribuir a resolver los problemas de detección inherentes a la corrupción (y también a otros sectores).

¹¹¹ DOUE 305/17, de 26 de noviembre de 2019.

¹¹² En ella se advertía que «Sólo habrá una adecuada protección del denominado *whistleblower* si, en primer lugar, existe no sólo el deber de comunicar conductas ilícitas de las que tenga conocimiento, sino además un sistema que permita canalizar las informa-

fragmentado y desigual tratamiento en los distintos regímenes jurídicos existentes en los Estados miembros habían generado dificultades a la hora de asegurar una aplicación coherente del Derecho europeo y perseguir sus infracciones. Por ello, la citada Directiva establecía un conjunto de normas de apoyo y protección que dotasen de la necesaria seguridad jurídica a aquellos que denuncian ante las autoridades y otros organismos malas prácticas, incumplimientos o irregularidades y conductas delictivas de las que tuvieran conocimiento en su entorno laboral o profesional. Y, partiendo de esa regulación de mínimos, invitaba a los Estados a diseñar estrategias y herramientas eficaces para proteger al informante de irregularidades, actos ilícitos, abuso de derecho, infracciones o delitos que se pueden denunciar por cauces internos, externos (Autoridades) o a través de revelación pública.

En España, aparte de las regulaciones sectoriales y multinacionales con filiales en el territorio, los sistemas de denuncia con el fin de promover la integridad de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, no han tenido mucho recorrido legislativo en nuestro ordenamiento jurídico¹¹³. Este extremo ha estado pendiente de construcción legislativa hasta que la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción¹¹⁴, dando cumplimiento a los compromisos internacionales en materia de corrupción, traspuso la ya mentada Directiva que pone el foco de atención en el *whistleblower* y la

ciones, lo que implica la implementación, por parte de entidades públicas y privadas, de canales que permitan al que entra en contacto con la organización revelar la información de que dispone y que pueda constituir un ilícito susceptible de afectar al interés general».

¹¹³ Piénsese en los canales habilitados en la Agencia Tributaria, el Defensor del Pueblo, Tribunales de Cuentas o la creación de agencias a nivel autonómico cuya labor representa la esencia de los sistemas *whistleblowing* del derecho anglosajón. VESTRI, G., “Los canales de alerta anónimos. Análisis de la labor de la Oficina Antifraude de Cataluña y de la Agencia Valenciana Antifraude”, en ABAD ALCALÁ/SERRANO MAÍLLO (dirs.), GONZÁLEZ MORO, A. (coord.), *La integridad en la Administración: contratación pública y lucha contra la corrupción*, Valencia, 2022, cita concretamente La Oficina Antifraude de Cataluña (creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre), La Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción en la Comunidad Valenciana (Ley 11/2016, de 28 de noviembre), en Castilla-León la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes, La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en Illes Balears (Ley 16/2016, de 9 de diciembre), en Aragón la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, en Navarra la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción, o la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés del Principado de Asturias.

¹¹⁴ «BOE» n.º 44, de 21/02/2023.

supuesta confidencialidad de su identidad¹¹⁵. Y es que la conciencia en lo que a la ética y la integridad empresarial se refiere, junto a las políticas de prevención contra el fraude ha hecho que, en las últimas décadas, el rol de los informantes se haya extendido del ámbito público al privado, como instrumento al servicio de los intereses de las empresas y sociedades¹¹⁶. Pues como ya señalaba la Recomendación 1991, el acoso sexual también puede tener un efecto negativo sobre los trabajadores que no son objeto del mismo, pero que son testigos o saben de la existencia de dicho comportamiento indeseado.

Conforme a esta norma, la implantación de un eficaz Canal de Denuncias, obligatorio ya para todas empresas de más de 50 trabajadores, debe facilitar que cualquier trabajador/a, directivo/a o tercero/a pueda formular de forma confidencial, o bien el conocimiento sobre la existencia de tratos vejatorios, discriminatorios, o conductas de acoso sexual en el ámbito de empresa, o en su caso, la denuncia de ser objeto de las mismas. La Ley regula distintos sistemas de información a través de los cuales una persona física que sea conoecedora en un contexto laboral o profesional de una infracción, incumplimiento o irregularidad pueda dar a conocer la existencia de la misma. En concreto, obliga a contar con un sistema interno de información a determinadas empresas privadas. Además de tales sistemas internos exige la determinación de otro sistema de comunicación externo con una autoridad especializada, Autoridad Administrativa Independiente (AAI), lo que les puede generar más confianza al disipar su temor a sufrir alguna represalia en su entorno; así como de un sistema de revelación pública¹¹⁷.

Este sistema interno de información regulado en la Ley completa, en mi opinión, el requisito del artículo 31 bis 5, 4º CP, ya que se refiere a «la

¹¹⁵ La Directiva (UE) 2019/1937 fue aprobada el 23 de octubre de 2019, ha sido publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 26 de noviembre de 2019 y entró en vigor el 17 de diciembre de 2019.

¹¹⁶ ESPÍN MARTÍ, R., *El canal de denuncias internas en la actividad empresarial como instrumento del compliance*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017, p. 113.

¹¹⁷ El sistema de revelación pública es mucho más restrictivo ya que en el mismo tienen que concurrir las siguientes circunstancias: que se hubiera realizado denuncia interna o externa previa pero no se hubieran adoptado las medidas correspondientes, que se tuviera indicios razonables para creer que la irregularidad constituye un riesgo inminente o manifiesto para el interés público o daño irreversible, o cuando en el caso de denuncia externa exista riesgo de represalias o haya pocas posibilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción por las circunstancias particulares del caso, como que se puedan destruir u ocultar pruebas o que incluso una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción. Pero esto no se aplicará cuando el informante acuda directamente a la prensa y ésta cumpla con las adecuaciones nacionales específicas en las que establezca un sistema específico de protección sobre libertad de expresión y de información (arts. 27 ss. Ley 2/2023).

obligación de informar... al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo», lo que implica un canal interno de denuncia, cuyo responsable puede ser el mismo *Compliance Officer*, pues el artículo 8.6 de la ley advierte además que «en las entidades u organismos en que ya existiera una persona responsable de la función de cumplimiento normativo o de políticas de integridad... podrá ser ésta la persona designada como Responsable del Sistema» (art. 8.6). Este sistema interno deberá utilizarse de manera preferente para canalizar la información, dado que una actuación diligente y eficaz en el seno de la propia organización podría paralizar las consecuencias perjudiciales de las actuaciones investigadas. No obstante, declarada esta preferencia, el informante puede elegir el cauce a seguir, interno o externo, según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere, adquiriendo el *status* no de interesado, sino de colaborador con la Administración.

En definitiva, ninguna duda cabe que en el ámbito penal el verdadero arranque de estos mecanismos de denuncia tiene lugar con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y más concretamente con la obligación de establecer canales de información o denuncia como requisito inexcusable de los programas de cumplimiento normativo nacidos para eximir de responsabilidad penal a la entidad. Pero desde la entrada en vigor de la Ley 2/2023, la implementación de sistemas de información o canales de denuncia es obligatoria en las empresas conforme a su artículo 10. La obligatoriedad de la implementación de este último para las entidades del sector privado, conforme a la Ley, contrasta con la voluntariedad del *compliance* penal, lo que produce una disfunción: la entidad que tenga implementado un sistema interno de información por imperativo legal pero no cuente con *compliance* penal (totalmente voluntario), no podrá acogerse a la exención de responsabilidad penal del artículo 31 bis CP. Quizás podría plantearse la posibilidad de una atenuante analógica del artículo 21.7 CP¹¹⁸ en el caso de ordenación corporativa de un sistema accesible y eficaz de información interna, riguroso con todas las prescripciones impuestas por la ley¹¹⁹. Será la práctica judicial la que interprete esta opción y su viabilidad.

IV. CONCLUSIONES

El centro de trabajo es un contexto criminógeno de ilícitos que aunque en la generalidad de los casos entran en la categoría de delincuencia económica,

¹¹⁸ Sobre la atenuante analógica de del art. 21.7 CP, vid. MUÑOZ RUIZ, J., *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas: Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales para su estimación*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 131 ss.

¹¹⁹ MUÑOZ RUIZ, J., “El informante de corrupción...” , cit., p. 401.

como entorno de convivencia y trabajo entre personas, también es un lugar propicio para otras manifestaciones de delincuencia más tradicional como el acoso sexual, en el que subyace con frecuencia un trasfondo de discriminación normalmente de la mujer.

El acoso sexual admite una doble perspectiva en la medida que las exigencias sexuales en las que pueden incurrir los compañeros/as de trabajo y/o jefes no sólo distorsionan el correcto funcionamiento laboral y las relaciones de trabajo, sino que vulneran el derecho a desempeñar la actividad en un entorno sin riesgo para su integridad moral y libertad sexual, lo que determinará la entrada en juego al artículo 184 CP.

Con una ubicación sistemática discutida por la doctrina y una redacción mejorada por la LO 10/2022, este numeral sanciona desde el acoso sexual vertical o entre iguales (cuando se da la solicitud reiterada de favores sexuales en el contexto de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, ahora también “o análoga”, que pongan al sujeto pasivo en una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante), hasta el acoso por prevalimiento o con amenaza de frustrar las legítimas expectativas laborales de la víctima. Sin obviar la inclusión *ex novo* del acoso locativo, en el que la fundamentación de la agravación no es otra que la naturaleza del lugar (centros de detención, acogida...) y la especial relación de sujeción y dependencia que se produce en estos casos; y el ya clásico subtipo agravado que atendiendo a la especial vulnerabilidad de la víctima valora su edad, enfermedad o discapacidad.

Pese a lo común de que la solicitud de favores sexuales vaya ulteriormente acompañada de una concreta relación de esta naturaleza, por ejemplo, tocamientos o incluso acceso carnal, el numeral en cita no ha previsto expresamente una cláusula para la sanción del concurso de delitos. No obstante, la jurisprudencia ha resuelto que en caso de producirse simultáneamente el acoso sexual y el acto sexual demandado, será ley preferente el delito de agresión sexual del artículo 178 o ss. Si es posible separar en el tiempo e individualizar acciones de contenido sexual específicas éstas deben castigarse de manera separada al continuo acoso sexual al que es sometida la víctima porque crean resultados distintos: en el acoso, la creación de una “situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”. En cualquier caso, tal y como determina la jurisprudencia menor, dado que la LO 10/2022 engloba en la agresión sexual todas las modalidades de ejecución no consentida de actos de carácter sexual sobre una persona, ello permitirá aplicar la continuidad delictiva a todos los actos contra la libertad sexual (SAP de Barcelona 80/2023, de 4 de diciembre).

De otro lado, también es de aplicación al acoso sexual lo prescrito en el artículo 194 bis CP. Así, frente a la interpretación jurisprudencial más tradicional que admitía que las lesiones psíquicas se entendían consumidas en la

agresión sexual, esta nueva cláusula concursal las dota de sustantividad, siendo sancionadas separadamente de la agresión sexual conforme a las normas del concurso real. De otro lado, la diferencia penológica entre el delito de acoso laboral y el delito de acoso sexual dificulta una solución pacífica a la posible relación concursal entre ambos tipos penales. El concurso de normas en el que el delito de acoso sexual es especial respecto del delito de acoso laboral, supone privilegiar penológicamente al acosador sexual; pues, aunque la LO 10/2022 agrava la pena del artículo 184 CP, que en el número 1, tipo básico, pasa a ser pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses, la pena prevista del artículo 173.1 párrafo tercero CP sigue siendo superior, de seis meses a dos años, sin pena alternativa de multa. Razón por la que la solución a esta relación concursal entre ambas normas debe buscarse como propugna un sector de la doctrina en la aplicación del principio de alternatividad.

Pero sin duda el mayor impacto de la revisión del precepto por la LO 10/2022 es la inclusión del acoso sexual en el catálogo de delitos que generan la responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo ámbito tiene lugar. La persona jurídica en cuyo seno se haya producido el ilícito penal responderá en los casos en los que el delito sea cometido en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas que se mencionan en los apartados a) y b) del artículo 31 bis CP, de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 66 bis CP.

Aunque muchos convenios colectivos incluyen medidas contra el acoso en el trabajo, a veces junto a planes de igualdad, lo cierto es que las políticas de *compliance* han venido tradicionalmente vinculadas a la necesidad de dar respuesta a la gestión del riesgo penal por la eventual exoneración de responsabilidad penal de la organización empresarial conforme al artículo 31 bis apartado 4 CP, si ésta ha actuado diligentemente para prevenir la conducta criminal. Así dada la previsión del castigo penal de las personas jurídicas en cuyo ámbito se lleven a cabo estas conductas de acoso sexual, habrá que prestar atención a los nuevos *compliances* sexuales a los efectos de exención de responsabilidad criminal previstos en el artículo 31 bis y 31 ter CP. El *compliance* busca analizar la entidad e implantar medidas (protocolos, políticas, normas y herramientas) que consigan prevenir o, en su caso, detener este tipo de situaciones de hostigamiento sexual, buscando la colaboración del personal en plantilla mediante un sistema de denuncia o delación de irregularidades, de incumplimientos o de ilícitos penales.

El requisito del canal de denuncias de estos planes de cumplimiento cobran especial sentido no sólo por el carácter sensible de la materia, sino por la necesidad de proteger al informante de posibles represalias en el entorno laboral, siendo fundamental la supuesta confidencialidad de su identidad, tal y como prescribe la Ley 2/2023 en relación al funcionamiento y gestión del

sistema interno de información. A tenor de esta Ley es posible el canal de denuncias exista o no *compliance* penal. De manera que en la regulación actual se produce la peculiaridad de que la voluntariedad de este último contrasta con la obligatoriedad de la implementación de los canales de denuncia para las entidades del sector privado conforme a la legislación vigente, por lo que puede darse el caso de que la entidad que tenga implementado un sistema interno de información por imperativo legal no cuente con *compliance* penal (totalmente voluntario), con lo cual no podrá acogerse a la exención de responsabilidad penal del artículo 31 bis del texto penal, aunque se podría plantear la posibilidad de una atenuante analógica del artículo 21.7 CP si la entidad cuanta con el sistema interno de información o con un canal denuncias conforme a lo prescrito en la citada Ley 2/2023.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M.^a/CRUZ MÁRQUEZ, B., “Delitos contra la libertad sexual (II)”, en ACALE SÁNCHEZ, M.^a (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III Derecho Penal Parte Especial*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2023.
- ACALE SÁNCHEZ, M.^a, “Art. 184”, en CUERDA ARNAU, M.^aL. (dir.), *Comentarios al Código Penal Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ACALE SÁNCHEZ, M.^a, “Artículo 173”, en CUERDA ARNAU, M.^a L. (dir.), *Comentarios al Código Penal Tomo I*, Tirant lo Blanch Valencia, 2023.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Atelier, Barcelona, 2010.
- BOIX REIG, F.J., “Los delitos contra la libertad sexual”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, n.º 20, 2019.
- BOLDOVA PASAMAR, M. Á., “Delitos contra la libertad sexual II. El acoso sexual. Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Los delitos relativos a la prostitución y la explotación sexual y la corrupción de menores”, en ROMEO CASABONA, C. M.^a/SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, Comares, Granada, 2023.
- BROTONS, B., “La responsabilidad de la persona jurídica en la Ley de sólo sí es sí”, 2022. Recurso electrónico disponible en: <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica>.
- BUSTOR RUBIO, M., “El delito de acoso laboral: exigencias europeas y análisis del tipo penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.1. (2013).
- CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 101, 2010.
- CABRERA MARTÍN, M., “Regulación penal sexual”, en DUPLÁ MARÍN, M.T., *La respuesta de la Ley ante el bulling: análisis de la conflictividad y tratamiento jurídico del acoso, el abuso y la intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual (II)”, en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005.
- CUENCA PIQUERAS, C., *El acoso sexual. Un aspecto olvidado de la violencia de género*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2017.
- CUERDA ARNAU, M.^aL., “Delitos contra la libertad sexual”, en GONZÁLEZ CUSACC, J. L. (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2023.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Análisis del delito de acoso sexual tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Libertas-Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 12, 2023.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El análisis del delito de acoso sexual, su futura reforma y el debate en torno a su ubicación sistemática”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E./ESQUINAS VALVERDE, P., (dir.), MORALES FERNANDEZ, M. A. (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuesta de reforma*, Aranzadi, Navarra, 2022.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.
- ESPÍN MARTÍ, R., *El canal de denuncias internas en la actividad empresarial como instrumento del compliance*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017.
- ESQUINAS VALVERDE, P., “Delitos contra la libertad sexual”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.), ESQUINAS VALVERDE, P. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- FIGUERA ALBERT, J./SALAS DARROCHA, J.T., “El delito de acoso sexual en el trabajo (art. 184 CP)”, *Revista técnico laboral*, vol. 35, n.º 136 (13).
- GARCÍA SEDANO, T., *El acoso moral laboral y el acoso sexual*, Reus, Madrid, 2023.
- GÓMEZ RIVERO, M.^a C., “El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 482, 2001.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 184”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *La Parte Especial del Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2020.
- LEÓN ALAPONT, J., “Los canales de denuncia y la protección del informante en las entidades del sector privado: A propósito de la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 28 (julio 2022).
- MOLINA NAVARETE, C., “¿La violencia sexual en el trabajo: ¿nuevo riesgo laboral en virtud de la LO 10/2022, de 6 de septiembre?”, *Boletín LARPSICO: nuevas claves para la organización psicosocial en las organizaciones*, n.º 2, 2022.
- MORALES HERNÁNDEZ, M.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de prostitución y de explotación sexual y corrupción de menores: examen del artículo 189 del Código Penal”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E./ESQUINAS VALVERDE, P. (dirs.), MORALES HERNÁNDEZ, M.A. (coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuesta de reforma*, Aranzadi, Navarra, 2022.

- MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal Parte General*, Dykinson, Madrid, 2018.
- MOYA AMADOR, R., “Acoso sexual. Tutela laboral”, en RIVAS VALLEJO, P./GARCÍA VALVERDE, M.^ªD. (dirs.), CABALLERO PÉREZ, M.^ªJ./ TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), *Tratamiento integral del acoso*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- MUÑOZ RUIZ, J., “Consideraciones sobre la agravante genérica de discriminación “por razones de género” (art. 22.4 CP)”, en SELMA PENALVA, A. (coord.) *Impacto de género en una sociedad cambiante. Una visión multidisciplinar*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- MUÑOZ RUIZ, J., “El informante de corrupción en el sector privado: canales de denuncia y *compliance* penal”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Corrupción privada, transparencia y gestión pública*, Dykinson, Madrid, 2023.
- MUÑOZ RUIZ, J., *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas: Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales para su estimación*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- OLAIZOLA NOGALES, I., “La relación entre el delito de acoso sexual y el delito de acoso laboral”, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 11, 2022.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 3 (1).
- ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en AA. VV., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- OTERO GONZÁLEZ, P., “El nuevo delito de acoso sexual (tras su modificación por LO 11/1999, de 30 de abril)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, extraordinario, marzo 2000.
- PÉREZ DEL RÍO, M.^ª T., “Violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de sexo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre Aspectos Socio-Laborales de la Ley para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres), n.º 21, 2007.
- PÉREZ FERRER, F., “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (*compliance*)”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 13, 2018.
- PÉREZ MACHÍO, A.I., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delitos de tratos degradantes, acoso laboral, acoso inmobiliario y acoso sexual: ¿un paso hacia el sistema de incriminación de *numerus apertus*?”, *La Ley compliance penal*, n.º 12, enero 2023.
- POMARES CINTAS, E., “El Derecho Penal ante el acoso en el trabajo”, en *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 105, 2010.
- POMARES CINTAS, E., “Perspectiva penal: el acoso sexual”, en RIVAS VALLEJO, P. (dir.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi, Navarra, 2014.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en SILVA SANCHEZ, J. M.^ª (dir.), RAGUÉS I VALLÉS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023.

- ROMERO SIRVENT, C., “Del acoso sexual”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal: Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* (arts. 163 a 194) Tomo VI, Edersa, Madrid, 1999.
- RIVAS VALLEJO, P., “La protección social frente a la violencia de género”, en *Políticas de género*, Cuadernos de Derecho Judicial, V 2007, Consejo General del Poder Judicial.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Delitos contra la Libertad sexual”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2021.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La exigente de modelos de prevención de delitos. Fundamento y bases para una dogmática”, *Anuario mexicano de derecho penal económico*, 2018.
- SIMÓN CASTELLANO, P., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, mapa de riesgos y cumplimiento en la empresa”, en SIMÓN CASTELLANO, P., P./ABADÍAS SELMA, A./RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. (coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Dykinson, Madrid, 2020.
- TORRAS COLL, J. M., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del Programa Compliance”, *La Ley*, n.º 1785, 2018.
- VESTRI, G., “Los canales de alerta anónimos. Análisis de la labor de la Oficina Antifraude de Cataluña y de la Agencia Valenciana Antifraude”, en ABAD ALCALÁ/SERRANO MAÍLLO (dirs.), GONZÁLEZ MORO, A. (coord.), *La integridad en la Administración: contratación pública y lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La incriminación del *moobing* en Derecho Penal español: los claroscuros del acoso laboral”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 30, 2012.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LA MANCOMUNIDAD DE CATALUÑA: UN PRIMER PASO HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE ESPAÑA COMO ESTADO COMPUESTO

*The Commonwealth of Cataluña: a first step towards
the construction of Spain as a composite State*

Ignacio Nates Alonso

Profesor Licenciado Encargado

Universidad de Deusto (Facultad de Derecho), España

<https://orcid.org/0009-0004-8653-9118>

<https://doi.org/10.18543/ed.3107>

Fecha de recepción: 15.07.2023

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

El presente artículo trata de aproximarse al estudio de la Mancomunidad de Cataluña desde una perspectiva histórica, atendiendo en particular, a su carácter jurídico-administrativo y a la búsqueda de esta por alcanzar un verdadero estatus de autogobierno respecto del resto del Estado. Resulta conveniente destacar la oportunidad del trabajo. En 2014 tuvo lugar el centenario de la Mancomunidad de Cataluña y 109 años después de su constitución, aún continua presente parte del espíritu de la voluntad de autogobierno catalana existente en esta institución. En un primer momento, por cuanto supuso la primera experiencia descentralizadora en España, y en segundo lugar, porque nos encontramos ante el primer paso para la creación de un Estado compuesto.

Palabras clave

Mancomunidad de Cataluña; Estado compuesto; capacidad de autogobierno; descentralización administrativa; nivel competencial.

Abstract

This article attempts to approach the study of the Commonwealth of Cataluña from a historical perspective, paying particular attention to its legal-administrative nature and its quest to achieve a true status of self-government with respect to the rest of the State. It is appropriate to highlight the timeliness of the work. In 2014 took place the centenary of the Commonwealth of Cataluña and 108 years after its constitution, part of the spirit of the will of Catalan self-government existing in this institution is still present. Firstly, because it was the first decentralizing experience in Spain, and secondly, because we are facing the first step towards the creation of a composite state.

Keywords

Commonwealth of Cataluña; composite state; capacity for self-government; administrative decentralization; level of competence.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTADO DE LA CUESTIÓN: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. 1. La necesaria reforma del régimen local de finales del siglo XIX. 2. Hacia la descentralización administrativa: el Real Decreto de 18 de diciembre de 1913 (Ley de mancomunidades provinciales). III. FRANCESC CAMBÓ: EL CONFLICTO ENTRE LA CONCIENCIA POLÍTICA ESTATAL Y LA IDENTIDAD PARTICULAR CATALANA. IV. ANÁLISIS JURÍDICO E INSTITUCIONAL DE LA MANCOMUNIDAD DE CATALUÑA (1914-1925). 1. El reconocimiento de la identidad catalana. 2. Organización institucional. 3. Recuperando la capacidad de gestión administrativa: la concreta asunción competencial. 4. Grandes expectativas: el fracasado proyecto de Estatuto de Autonomía para Cataluña de 1919. 5. Réquiem por el sueño catalán: el Estatuto provincial de 1925 (Disolución de la Mancomunidad de Cataluña). V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Mancomunidad de Cataluña nace a principios del siglo XX como la primera experiencia descentralizadora en una España que comenzaba a recorrer el complejo camino hasta la conformación de un Estado compuesto. Este ente, con un marcado carácter jurídico-administrativo regional, buscaba la obtención de un auténtico estatus de autogobierno que le permitiese distinguirse, en el marco de la política territorial, del resto del Estado. No conviene descuidar el hecho de que en 2014 tuvo lugar el centenario de la constitución de la Mancomunidad, continuando latente, en la actualidad, una parte significativa del espíritu de la voluntad de autogobierno catalana existente en esta institución.

El objetivo del estudio, conscientes de que la Mancomunidad fue la primera experiencia descentralizadora en la época constitucional, consiste en reflexionar sobre la capacidad real de autogobierno de la que disponía esta institución y que respondía a las demandas del propio territorio de Cataluña, no solo por alcanzar una mayor independencia administrativa y de gestión, sino por erigirse como una región autónoma dentro del Estado. Por tal motivo, se pretenden resolver las dos preguntas siguientes ¿Cuál fue el alcance del autogobierno de la Mancomunidad de Cataluña y cuáles fueron sus límites?, y ¿qué elementos identificativos ilustran la voluntad de reflejar la identidad nacional catalana?

Para responder a dichos interrogantes, se ha realizado una investigación utilizando diversas fuentes, empleando la siguiente metodología. Por un lado, se ha enfatizado en el análisis doctrinal, haciendo una distinción y contraposición de las ideas de aquellos autores que han tratado el tema objeto de

estudio, incluyendo el espíritu político reivindicativo del contexto histórico en el que enmarcamos esta redacción. Por otro lado, se han analizado los diferentes textos normativos, primero que permitieron el nacimiento de la Mancomunidad de Cataluña y segundo que la dotaron de contenido hasta su disolución. Nos centramos a este respecto, en la consideración de las siguientes variables: 1. Elemento identitario catalán. 2. Régimen jurídico concreto de la Mancomunidad. 3. Organización institucional. 4. Nivel competencial.

Estas fuentes se han ido empleando alternativamente en los distintos epígrafes, tratando de obtener determinadas conclusiones para la resolución de las cuestiones planteadas.

Para ello, se ha procedido a valorar los instrumentos jurídicos que permitieron la existencia de la Mancomunidad, así como su régimen jurídico específico, su organización interna y el conjunto de competencias que asumió. Asimismo dichos aspectos tuvieron lugar en un contexto socio-político concreto, y es por esto que abordaremos también el debate de la época en torno a esta cuestión.

El trabajo consta de distintos apartados, repartidos de la siguiente forma. Al comienzo, se emplea una sección, en la que se procede a desarrollar los antecedentes legislativos que llevaron a la concepción de las Mancomunidades como entes administrativos de gestión. En este sentido, nos centraremos en el cuerpo legal que posibilitó la creación de la Mancomunidad de Cataluña.

Examinado lo anterior, a continuación, y a través de la figura de Francesc Cambó, quien trasladó la demanda de la autonomía catalana con un discurso pronunciado en las Cortes de la capital del reino el 20 de noviembre de 1918, analizaremos el pensamiento político que contribuyó a la construcción de la propia Mancomunidad, entrando en el examen del conflicto, que será planteado por este autor, entre la conciencia que existía en el resto del Estado y la identidad particular de Cataluña.

Realizado esto, se procede a entrar en el objeto del trabajo, consistente en evaluar la concreción de los límites y el alcance del autogobierno de la Mancomunidad de Cataluña. Para efectuar dicha valoración se han utilizado diferentes puntos, mediante los cuales se han analizado los órganos de gobierno de la propia Mancomunidad; su marco jurídico concreto a través de su Estatuto de constitución; las competencias asumidas por esta institución; el proyecto de Estatuto de Autonomía que se elaboró para Cataluña y el texto legal que provocó su disolución.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El advenimiento del ansiado Estado Contemporáneo, que supuso la esperada derrota del modelo ejecutivo dominado por el Antiguo Régimen, inspiró

con acierto la indispensable reforma de la organización municipal en una Europa continental y cosmopolita, que ha llegado hasta nuestros días¹.

Idea esta que resultará determinante para entender el fortalecimiento del municipio, junto con la nueva creación de estructuras regionales que serán defendidas por los representantes catalanes en las Cortes Generales y cuya obra culminará con la creación de una Mancomunidad para Cataluña en 1914.

El principio de igualdad, que será de aplicación en la organización territorial de un nuevo Estado Moderno en Europa, comportará un sentimiento difícilmente encajable con el obsoleto sistema municipal vigente en España. En este sentido, el operador legislativo abordará la construcción de un actualizado municipalismo, con el propósito de dotar de un cuerpo normativo a las demandas, en cuanto a la descentralización administrativa se refiere, que llegaban a la Villa de Madrid².

Como veremos a continuación esta pretensión por conseguir una mayor capacidad de autogobierno supuso en la práctica un tortuoso camino, con la subsiguiente elaboración de numerosos proyectos de Ley que no verían la luz. Esto será sinónimo del desacuerdo entre los representantes de aquellas provincias que buscaban una mayor independencia administrativa estatal y las voces de aquellos que observaban esta pretensión como una lesión encubierta a la unidad nacional. Los primeros defenderían la legitimidad de sus pretensiones políticas amparados en la experiencia trasnacional de los Estados del entorno cercano.

Nuestro país iniciará esta renovación del sistema municipal inspirado por el ideario de la Revolución Francesa con la Constitución de Cádiz de 1812³. A este respecto, merece la pena observar como en su artículo 310 se contemplaba la creación de Ayuntamientos en los pueblos que no lo tuvieran, en los que, por motivos de necesidad su existencia resultase altamente recomendable, impidiendo su ausencia en los que por sí o con su comarca llegasen a las mil almas⁴.

¹ GARCÍA DE ENTERRIA, E. *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Madrid: Ed. Taurus, 1981, p. 100.

² PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo (Organización y empleo público)*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1987, pp. 79 y ss.

³ Constitución de 1812, aprobada en Cádiz el 19 de marzo de 1812. Congreso de los Diputados. Texto disponible en: https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf (Última consulta el 24 de abril de 2022). Para un estudio detallado de la evolución del régimen local en España, puede consultarse entre otros, POSADA, A. *Evolución legislativa del Régimen Local en España (1812-1909)*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1982, p. 63.

⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, J. *El origen del municipio constitucional*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1983, pp. 260-261.

1. *La necesaria reforma del régimen local de finales del siglo XIX*

Este apartado atiende al objetivo de mostrar al lector el complicado marco jurídico que supuso para el legislador español dotar de contenido las pretensiones políticas provinciales. Estas pasaban por demandar más capacidad de auto-gobierno para sus respectivos territorios hasta el punto de aspirar a la creación de entes administrativos independientes, que bajo el nombre de mancomunidades, buscaban una mayor independencia respecto del poder central estatal⁵.

Considerado lo que antecede, la solicitada reforma del régimen local comenzará a observar atisbos de esperanza tras la aprobación, en 1882, de la Ley Provincial⁶ (LP de 1882, en adelante). Es por esto que centraremos nuestra atención en este cuerpo legal como uno de los antecedentes más inmediatos al posterior Real Decreto sobre Mancomunidades provinciales, de 18 de diciembre de 1913⁷ (LMP de 1913, en adelante). Este último como veremos en la siguiente sección de este trabajo, servirá de instrumento jurídico para la cristalización de la figura de las mancomunidades provinciales y en concreto, de la Mancomunidad de Cataluña.

Introducido lo anterior, conviene tener presente el ideario anteriormente citado en cuanto a la creación del Estado moderno con la ampliación del protagonismo del municipio. Observamos, siguiendo a MARTÍN MATEO, que el inexorable paso del tiempo advirtió como “los graves inconvenientes que ofrecen esas Municipalidades microscópicas”, que bebían de la base del municipalismo constitucionalista de 1812, quedaban desactualizadas y no se ajustaban, a una realidad del momento que pasaba necesariamente por la

⁵ En el mismo, siguiendo a POLO MARTÍN, recordando las acertadas palabras de COSCULLUELA MONTANER, cuando expone la diferencia existente entre el regionalismo político “cuya misión era servir de cauce a aspiraciones nacionalistas que, por encima de todo, exigían autonomía” y en el que “las regiones eran, simplemente, aspiraciones autonomistas de carácter esencialmente político, que encubrían en gran parte legítimas aspiraciones nacionalistas y que, en algunos momentos, pudieron servir de apoyo a intereses de un capitalismo local”, y el regionalismo funcional que podemos observar en la actualidad que “no supone descentralización, y no es sino una exigencia técnica para una mayor eficacia de la Administración del Estado acorde con la evolución socio-económica actual”. Para una mayor profundización de la cuestión relativa al vínculo presente entre autonomía y regeneracionismo en la España de finales del siglo XIX, puede consultarse entre otros, POLO MARTÍN, R. *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional: Su gestación y evolución conceptual 1808 y 1936*. Madrid: Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 227-326.

⁶ Ley Orgánica provincial, de 29 de agosto de 1882. Gaceta de Madrid, 1 de septiembre de 1882, n.º 244, pp. 657-661.

⁷ Real decreto de 18 de diciembre de 1913, declarando que para fines exclusivamente administrativos que sean de la competencia de las provincias, podrán éstas mancomunarse previos los trámites que se publican. Gaceta de Madrid, 19 de diciembre de 1913, n.º 353, pp. 815-817.

ampliación de la unidad municipal mínima. No obstante, los deseos políticos pretendían la reunión de aquellos municipios, que por compartir características comunes aspiraban a conformar uniones administrativas, que bajo la designación de comunidades, fueron el precedente de lo que se designaría a posteriori como mancomunidades⁸.

Fue entonces, cuando la Ley Municipal de 20 de agosto de 1870⁹ (LM de 1870, en adelante), que aspiraba a erigirse como normativa local dominante tras la Revolución de 1868, positiviza en su artículo 75, la anhelada autorización para que los Ayuntamientos pudieran formar entre sí y con los contiguos, las esperadas asociaciones y comunidades para la construcción y conservación de caminos, guardería rural, aprovechamientos vecinales y otros objetos de su exclusivo interés. En este sentido, aquellas corporaciones habrían de regirse a través de Junta, conformada por un delegado de cada Ayuntamiento y presidida preceptivamente por un vocal designado al efecto por la misma¹⁰.

Llegados a este punto conviene recordar el marcado carácter de organización unitario-centralista de un Estado reacio al reconocimiento de algún tipo de ente intermedio de corte político-administrativo. Esto se debía al temor que existía en las Cortes Generales para finales del siglo XIX, en torno a que la figura de las mancomunidades pudiese suponer el abandono de los consolidados municipios y provincias presentes en la Constitución canovista de 1876¹¹. En esta se recogía intencionadamente, en su Título X, la ligadura asfixiante de aquellos a la insuperable unidad estatal¹².

En este marco legal ofrecido por la Constitución de 1876, la idea de asociaciones administrativas o incluso “la dependencia de un término municipal de una provincia a otra, siempre que concurra la conformidad de los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales interesados” (artículo 3 de la LP de 1882) comienza a incidir con fuerza en la política regional del último período del siglo XIX. Además, una de las novedades de este cuerpo legal, pasaba por la posibilidad de suprimir aquellos municipios, donde por la precariedad del censo, se dificultaba el mantenimiento adecuado de sus

⁸ MARTÍN MATEO, R. *Entes Locales complejos*. Madrid: Ed. Trivium, 1987, pp. 46-47.

⁹ Ley Municipal, de 20 de agosto de 1870. Gaceta de Madrid, 21 de agosto de 1870, n.º 233, pp. 20-23.

¹⁰ SOSA WAGNER, F. “Mancomunidades y otras formas asociativas”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Coord.). *Tratado de Derecho Municipal, tomo I*. Madrid: Ed. Civitas, 1988, p. 1041.

¹¹ Constitución de 1876, 30 de junio de 1876. Congreso de los Diputados. Texto disponible en: https://www.congreso.es/docu/constituciones/1876/1876_cd.pdf (Última consulta el 24 de abril de 2022).

¹² CÁMARA VILLAR, G. “La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y las claves para la reforma constitucional”. *Revista de Derecho Político*. Enero-abril 2018, n.º 101, pp. 395-430.

propias instituciones administrativas¹³. A este respecto, esta supresión municipal comporta, en la práctica, la creación de municipios más extensos, haciendo depender a sus respectivos Ayuntamientos, de la propia Diputación. En estos términos se expresa el artículo 75 de la LP de 1882 cuando enuncia: “Como a superior jerárquico de los Ayuntamientos corresponde a la Diputación (...)”.

De nuevo un indicio más en la fórmula asociativa de los distintos entes locales menores, como son los municipios, con dependencia a las Diputaciones, que en el caso de Barcelona; Tarragona; Gerona y Lérida allanarán el camino en el programa político hacia la idea de constituirse en una Mancomunidad provincial.

No obstante, aún se mostraba con claridad el control del ejecutivo central y el sometimiento de las Diputaciones, como un mero instrumento de organización administrativa de carácter regional. Ejemplo de lo anterior será lo expresado por el propio artículo 130 de la LP de 1882 al indicar que: “Las Diputaciones y las Comisiones provinciales obran bajo la dependencia del Gobierno, y están por consiguiente sujetas a la responsabilidad que proceda (...)”, poniendo el foco en la superioridad jerárquica de un poder Estatal que se mostraba poco dispuesto a renunciar a parte de su poder e influencia respecto de todas y cada una de las provincias que conformaban sus límites territoriales administrativos. Muestra y señal de esto será la expresión mostrada por el artículo 131, “Las Diputaciones provinciales incurren en responsabilidad (...)”, haciendo alusión este mismo precepto legal a los deberes de sujeción de estas Diputaciones provinciales al Gobierno central como refleja “(...) 2º Por desobediencia al Gobierno en los asuntos en que proceden por delegación y bajo la dependencia de éste. 3º Por desacato a sus superiores jerárquicos (...)”.

En último término se establece la solemnidad de este texto con rango de ley, que reflejará el principio de legalidad del poder público, donde todos los sujetos legales a los que el mismo se dirige, esto es a las provincias y sus respectivas Diputaciones, así como al Gobierno central del Estado, quedarán sometidos al imperio de la ley en cuanto al desarrollo de sus actuaciones. Para no albergar duda o confusión alguna a esta imposición concluye la LP de 1882 diciendo: “Mandamos a todos los Tribunales, Justicias, Jefes, Gobernadores y demás Autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes”. Constatamos, también, como se hace afectar del mismo articulado a todas las esferas de la sociedad, no sólo al cuerpo administrativo que depende exclusivamente del Estado, junto con

¹³ COSCULLUELA MONTANER, L. y ORDUÑA REBOLLO, E. *Legislación sobre Administración Local (1900-1975)*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1981, nota preliminar.

la propia administración de justicia y el ejército, sino también a la población civil e incluso a las autoridades eclesiásticas.

Observamos nuevamente como, aun cuando las pretensiones de los representantes provinciales se encaminaban hacia la descentralización administrativa de base regional, el legislador estatal no parecía dispuesto, al menos, en principio, a la ruptura del mencionado carácter unitario-centralista de un Estado, que comenzaba a parecerse a los Estados modernos de su entorno geopolítico.

Queremos concluir este apartado indicando que se sucedieron numerosos esfuerzos legislativos e innovaciones posteriores, así como fórmulas que, siguiendo a DE AZCÁRATE, se encaminaban a la búsqueda de la erradicación de aquel mal endémico que llevaba largo tiempo desolando el panorama nacional, esto es la falta de independencia y gestión, tanto municipal como regional¹⁴. Se trataba así, de ofrecer una solución real al problema de la reorganización de la estructura local española. Destacarán en este sentido, la propuesta por parte del Ministro de Gobernación, Juan de la Cierva, el 31 de mayo de 1903 de un nuevo Proyecto de Ley sobre el Régimen de la Administración local¹⁵, y el proyecto de ley de reforma de la Administración local de 1907 apadrinado por Antonio Maura¹⁶, que siguiendo a TUSELL será el resultado del desarrollo y maduración del de 1903¹⁷.

En definitiva con todo este entramado legislativo se buscaba abordar, tras la llamada de atención surgida de la crisis de 1898, la cuestión relativa a la

¹⁴ DE AZCÁRATE, G. *Municipalismo y regionalismo*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1979, p. 282.

¹⁵ En el mismo, siguiendo a QUINTANA LÓPEZ, advertimos la notoria atención depositada sobre el papel cada vez más protagonista de las mancomunidades verá su cristalización en la configuración de dos tipos, municipales (referenciadas en los artículos 25 y ss.) y provinciales. En cuanto a las primeras distinguirá aquellas asociaciones de municipios creadas para fines o servicios comunes de competencia municipal, de las también denominadas mancomunidades, como uniones de municipios constituidas para la prestación de servicios al Estado. En atención a las segundas, las provinciales, su conformación se llevaría a término a partir de dos o más provincias, para la gestión de fines o servicios de competencia de las Diputaciones. Creemos a este respecto, que la idea del legislador pasaba por marcar un claro precedente a la posterior creación de futuras regiones. Para una mayor profundización de esta cuestión, puede consultarse entre otros, QUINTANA LÓPEZ, T. *Las Mancomunidades en nuestro Derecho Local*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1990, pp. 15-17.

¹⁶ Este texto, como bien señala MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, servirá de inspiración para el presentado por el ejecutivo de Canalejas en 1912, y al parcial, en lo concerniente a las Haciendas Locales que se formularía en las Cortes a manos del Gobierno Nacional en 1918. Para más información, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y ARGULLOL MURGADAS, E. *Descentralización administrativa y organización política (Hombres, Hechos e Ideas)*. Madrid: Ed. Alfaguara, 1973, pp. 260 y ss.

¹⁷ TUSELL, J. *La reforma de la Administración local en España (1900-1936)*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1973, p. 129.

ardua tarea por la renovación y la regeneración del país, que pasará intencionadamente por la Reforma del Régimen Local¹⁸.

2. *Hacia la descentralización administrativa: el Real Decreto de 18 de diciembre de 1913 (Ley de mancomunidades provinciales)*

El propósito de esta sección pasa por analizar la LMP de 1913 como instrumento jurídico que posibilitó en la práctica, desde la LP de 1882, no solo el afianzamiento de las Diputaciones provinciales, sino además, la asociación de estas últimas en entes administrativos denominados Mancomunidades, que por compartir intereses sociales, históricos, culturales e incluso territoriales, aspiraban a alcanzar un cierto grado de autogobierno.

Como veníamos señalando en el apartado que nos precede, la mayor parte de los diputados de las Cortes Generales se mostraban contrarios ante cualquier idea que naciese de la autonomía regional, esto se debía en parte, al trauma, tras el desastre de 1898, surgido de la pérdida territorial en Cuba, Puerto Rico y Filipinas. A este respecto se conocía de antemano, consecuentemente, que la oferta máxima a la que se podía aspirar debía pasar necesariamente por las Mancomunidades, pero siempre con arreglo al marco constitucional vigente. De este modo se buscaba cumplir, en cierta manera, el deseo catalán por alcanzar una mayor descentralización administrativa y política¹⁹.

Enunciado lo que antecede, el 18 de diciembre de 1913, el ejecutivo de Eduardo Dato autorizará la asociación de provincias con carácter temporal o indefinidamente, siempre en el marco de su propia voluntad²⁰.

La naturaleza de la LMP de 1913, esto es, Real Decreto, nos muestra como el Gobierno de la Nación perseguía con la adopción de esta norma reglamentaria no sobredimensionar el marco competencial de las propias Mancomunidades. Si bien es cierto, siguiendo a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER que las exigencias presentadas en este articulado ni si quiera contemplan que aquellas asociaciones deban llevarse a cabo entre provincias limítrofes. Esta cuestión era determinante, sobre todo en aquellos territorios, que como el caso de Cataluña, mostraban un deseo constante y reiterado en el tiempo por aglutinar una capacidad de autogobierno al margen de las decisiones que se tomaban en la villa de Madrid²¹.

¹⁸ LAÍN ENTRALGO, P. *España como problema*. Madrid: Ed. Aguilar. Ensayistas Hispánicos, 1962, pp. 57 y ss.

¹⁹ CÁMARA VILLAR, G. *Op. Cit.*, p. 398.

²⁰ TUSELL, J. *Op. Cit.*, p. 157.

²¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; COSCULLUELA, L. y ORDUÑA, E. *Autonomías regionales en España. Traspaso de Funciones y Servicios*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1978, p. 15.

Ya en la propia exposición de motivos de la LMP de 1913 se atestigua el desasosiego presente entre la totalidad de los diputados de las Cortes Generales en relación con el “magno y difícil problema de la descentralización administrativa” que viene representado por los siguientes términos: “Motivo de constante preocupación para los Gobiernos y de porfiada controversia entre los partidos viene siendo, desde largos años (...)”. Para automáticamente después señalar el conjunto de textos legales y esfuerzos legislativos desarrollados y presentados por el legislador estatal, como hemos venido señalando anteriormente. Sirva como botón de muestra: “De que es insostenible y nocivo el *statu quo* da testimonio el hecho de los sucesivos intentos de mejoras iniciados por todos y cada uno de los Ministros que han desempeñado la cartera de Gobernación” (Exposición de motivos de la LMP de 1913). De esta forma, el propósito y objetivo de este cuerpo legal pasa necesariamente por ofrecer un desenlace exitoso a “lo unánime de la queja y la insistencia con que ella se produce con caracteres análogos, desde la más apartadas y aun contrapuestas regiones españolas” (Exposición de motivos de la LMP 1913).

Dicho lo que antecede, la argumentación de esta norma, presentada por el Ministerio de Gobernación, abordará de nuevo que “El derecho a unirse y mancomunarse está explícitamente reconocido a los Ayuntamientos por su ley Orgánica (...)” (Exposición de motivos de la LMP 1913). Esta idea quedaba ya recogida acertadamente, como se ha señalado con anterioridad, en la LM de 1870. Y continuará manifestando: “(...) y ningún precepto de la Provincial”, refiriéndose a la LP de 1882, “lo veda tampoco, directa ni indirectamente, á las Diputaciones (...)”.

Nuevamente se trataba de otorgar un soporte jurídico adecuado y legitimado por los textos legales que le precedieron, a la idea de crear unas Mancomunidades provinciales, capaces de albergar cierta capacidad de autogobierno respecto del poder central estatal.

No obstante, es preciso apuntar, que este real decreto, desde un punto de vista jurídico-formal, se encuentra conformado únicamente por dos artículos. La intención del Gobierno de la Nación, consistía en dotar a las futuras Mancomunidades provinciales, como entes supraprovinciales, explícitamente de funciones administrativas y en ningún caso se concedían nuevas competencias, sino que se limitaba a reproducir únicamente aquellas ya reconocidas para las Diputaciones provinciales. Conocido lo anterior, conviene remitirse a lo expresado por el artículo 1 de la LMP de 1913: “Para fines exclusivamente administrativos que sean de la competencia de las provincias, podrán estas mancomunarse”.

Sin embargo, debemos mencionar como la parte final de este primer artículo permitía el reconocimiento de mayores competencias para las Mancomunidades, refiriendo el texto reglamentario a que “Las Mancomunidades,

una vez constituidas, podrán solicitar delegación de servicios determinados y facultades propias de la Administración Central. La propuesta será elevada al Gobierno, y en ningún caso podrá éste resolver sin obtener antes de las Cortes una ley especial de concesión”. En este sentido se hacía partícipe con carácter preceptivo a las Cortes Generales, en cuanto a una posible aplicación del marco competencial se refería, dejando una puerta abierta al reconocimiento de mayores atribuciones para estas instituciones interprovinciales.

También se reservará al Gobierno la potestad para la disolución de las Mancomunidades “siempre que en sus acuerdos y propuestas resulte infringida alguna ley del Reino, o cuando de aquéllos puedan inferirse algún peligro para el orden público o los altos intereses de la Nación” (artículo 1 de la LMP de 1913). Esta facultad venía a confirmar el sometimiento, aún muy presente, de las Diputaciones provinciales, a pesar de su asociación en Mancomunidades, al Estado y en concreto al Gobierno Central, que no estaba dispuesto a ceder su fuerte influencia administrativa sobre las distintas regiones que conformaban la geografía política del momento²².

En última instancia destacamos la obligatoriedad con la que se cargaba al Gobierno, siendo la notificación a las Cortes preceptiva en la primera sesión celebrada, una vez constituidas las cámaras, en los siguientes términos: “El Gobierno dará cuenta de este Decreto á las Cortes en la primera sesión que celebren” (artículo 2 de la LMP de 1913). Constatamos, por tanto, el control existente que desde el poder legislativo se realizaba sobre el ejecutivo, promocionando de algún modo la participación de una minoría existente de diputados catalanes, que representaba, sin embargo, como veremos, un peso significativo en la toma de decisiones parlamentarias, como consecuencia de la inestabilidad política de la época.

Analizado lo anterior, en la práctica, la gestión competencial de las recién creadas Mancomunidades, quedó una vez más subordinada al papel ya interpretado por cada una de las Diputaciones provinciales de manera individual. Se buscaba con esto, no desbordar los límites fijados por la LP de 1882, en relación con la importancia y papel destacado de cada una de las Diputaciones en la dirección de cada una de las competencias.

Al final y en suma, las Mancomunidades provinciales, que en esencia podían haber resultado eficaces en Castilla, Andalucía, Aragón o Valencia, se presentaban como ineficaces en los casos gallego y vasco²³. Esto, no obstante, no fue un obstáculo para que las Diputaciones provinciales de Barcelona; Tarragona; Gerona y Lérida, decidieran asociarse en 1914, en

²² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y ARGULLOL MURGADAS, E. *Descentralización administrativa y organización política*. Vol. III. Madrid: Ed. Alfaguara, 1973, pp. 459 y ss.

²³ GASCÓN Y MARÍN, J. “La réforme du régime local en Espagne”. *Revue de Droit Public*. Abril-junio 1909, n.º 2, pp. 233-262.

cumplimiento con lo establecido por la LMP de 1913, en lo que posteriormente se conocería como Mancomunidad de Cataluña.

III. FRANCESC CAMBÓ: EL CONFLICTO ENTRE LA CONCIENCIA POLÍTICA ESTATAL Y LA IDENTIDAD PARTICULAR CATALANA

Una vez presentado el instrumento jurídico que posibilitó la materialización de las Mancomunidades provinciales, esto es la LMP de 1913, así como sus antecedentes legislativos más inmediatos, centrándonos de entre ellos en la LP de 1882, nuestro objetivo será mostrar el debate político, que creemos, de algún modo, propició finalmente la creación de la Mancomunidad de Cataluña.

En último término, creyendo que el espíritu al que se circunscribe la Mancomunidad busca de alguna forma terminar con el denominado “problema catalán”²⁴, nos detendremos en la propuesta doctrinal presentada por Francesc Cambó. Este, como líder de la Lliga Regionalista y voz que dará traslado, como ya se anticipó en el apartado introductorio del presente estudio, de la demanda por la autonomía de Cataluña en su discurso, pronunciado el 20 de noviembre de 1918 en las Cortes, será uno de los primeros autores en recoger y definir por escrito el sentimiento presente en Cataluña, tanto desde el punto de vista de aquellos ciudadanos que anhelaban la independencia estatal, como desde la perspectiva de aquellos civiles que no entendían una Cataluña fuera España.

No obstante, debemos advertir, que no se busca, con la incorporación de este epígrafe, llevar a cabo un análisis del programa intelectual de la Lliga Regionalista²⁵, partido político en el que militaba Cambó, pues esta cuestión bien merecería una mención aparte, sin embargo, es nuestro propósito introducir la primera de las variables, esta será la relativa al elemento identitario catalán, cuyo desarrollo completaremos en la siguiente sección.

Considerando lo anterior, vamos a presentar los dos grandes partidos políticos catalanes de la época, por un lado la Lliga Regionalista, que se erigía como un partido autonomista posibilista y contrario al discurso republicano, y por otro La Unión Republicana, liderada por Alejandro Lerroux, de

²⁴ Sobre la “cuestión catalana”, aun cuando en el apartado en el que nos encontramos, esta, se abordará de manera sucinta desde la perspectiva ofrecida por el líder de la Lliga Regionalista, Francesc Cambó, conviene remitirse entre otros, no obstante, para un estudio más detallado, MUÑOZ MACHADO, S. *Cataluña y las demás Españas*. Barcelona: Ed. Crítica, 2014, p. 67 y ss.

²⁵ Para una mayor profundización, en relación con la cuestión relativa al programa intelectual de la Lliga Regionalista, puede consultarse entre otros, MOLAS BATLLORI, I. *Lliga catalana: Un estudi d'estasiologia*. Barcelona: Edicions 62, 1973, pp. 143-202.

eminente ideología republicana que aspiraba a lograr la unificación de las divididas fuerzas republicanas existentes en la España de la Restauración²⁶.

Consciente la Lliga del avance de los republicanos de Lerroux, y de sus limitaciones e influencia respecto del debate nacional por alcanzar un mayor autogobierno para Cataluña, proyectará la creación de la Solidaritat Catalana (1906-1909), amplia coalición electoral, integrada por la propia Lliga, los nacionalistas catalanes republicanos, los republicanos no lerrouxistas y los carlistas. Esta se verá apoyada por el conservadurismo burgués de la Lliga Regionalista, en la figura de Enric Prat de la Riba, presidente de la Diputación de Barcelona y posteriormente de la propia Mancomunidad desde su constitución hasta 1917²⁷.

Presentados algunos de los actores políticos más relevantes, destacamos precisamente que la principal propuesta que vertebrará sus respectivos programas electorales será la obtención de una descentralización administrativa respecto del poder central estatal. Así, enarbolando este estandarte, los diputados catalanes electos, desarrollarán el debate parlamentario, en el marco de la organización territorial²⁸.

A este respecto, podemos advertir que la convicción que a posteriori dirigirá la hoja de ruta de la propia Mancomunidad, será el aseguramiento de su propio mantenimiento en el tiempo como ente de carácter interprovincial, con el consecuente aglutinamiento de la mayor parte de las funciones administrativas para el sostenimiento de una calidad de vida razonable para todo el territorio catalán²⁹.

Con esta hoja de ruta la demanda por la reforma del régimen local no se hizo esperar entre los diputados catalanes en las Cortes Generales, que en el espacio de tiempo comprendido entre 1906 hasta 1917, presidieron una sucesión de intensos debates parlamentarios, marcados por un tono en clave regionalista y federalista que el resto de representantes de las cámaras trataban de evitar. Esta situación propiciará con toda la intención, el caldo de cultivo perfecto³⁰ que

²⁶ BALCELLS, A. *El projecte d'autonomia de la Mancomunitat de Catalunya del 1919 i el seu context històric*. Barcelona: Parlamento de Cataluña, 2010, p. 207.

²⁷ BACELLS, A. y AINAUD DE LASARTE, J.M. *Enric Prat de la Riba. Obra completa. 1906-1917. Vol. III*. Barcelona: Ed. Institut d'Estudis Catalans-Proa, 2000, p. 22.

²⁸ FORCADELL I ESTELLER, X. "La Mancomunitat de Catalunya: construir la nació catalana des del municipalisme". *Revista de Catalunya. La Mancomunitat de Catalunya. Un primer pas*. 2014, n.º extra 1, pp. 143-161.

²⁹ BACELLS, A. y AINAUD DE LASARTE, J.M. *Op. Cit.*, p. 856 y ss.

³⁰ Este verá su materialización, siguiendo a GÍFREU I FONT, en el recrudescimiento de los discursos por parte de una clase política catalana y una prensa gozosa, en su propósito de mantener informados a la audiencia de la época, recogiendo con pulcra diligencia: "(...) en cada una de estas ocasiones, no han vacilado en vomitar contra Cataluña toda suerte de injurias, de supuestos calumniosos, de causaciones de separatismo. Han logrado

daría forma a aquella problemática que pasaría a denominarse el “problema catalán”³¹.

En este sentido el propósito y objetivo de los diferentes ejecutivos que se sucedieron en el tiempo hasta la aprobación de la LMP de 1913, se centrará en un relativo mantenimiento de la estabilidad política parlamentaria, intentando el apaciguamiento de la conflictividad surgida del deseo catalán. Esta reflexión vendría a orientar el espíritu del legislador nacional³².

Tal y como anticipamos al inicio de este apartado pasamos a centrarnos en la figura de Francesc Cambó como uno de los autores, que a nuestro juicio vendría a centrar con más acierto la conflictividad surgida de lo que ha sido calificado como el “problema catalán”. Este señalaría con una renovada ilusión regional, cómo la autorización por parte del Estado de permitir mancomunarse a las provincias contiguas para la realización de fines puramente provinciales, suponía en la conciencia colectiva catalana un avance de notoria trascendencia para la sociedad del momento. En este sentido recordamos que para la identidad particular catalana, la creación de la Mancomunidad entrañaba el abandono del estancamiento para Cataluña de una política asimiladora iniciada tiempo atrás por los Reyes Católicos y agravada in extremis, por un Felipe V que no “hizo prisioneros” con la promulgación de aquel devastador, para la vida legislativa catalana, Decreto de Nueva Planta de 1716³³.

A este respecto, es preciso poner de manifiesto la visión traumática con la que se percibió la suspensión de las Cortes Catalanas, advirtiendo que para el derecho catalán el poder legislativo residía en el Rey juntamente con las Cortes³⁴, situación esta que será erradicada por Felipe V, al comprobar que los representantes de aquellas Cortes de Barcelona, que iniciaron bajo la presidencia del archiduque Carlos, un 5 de diciembre de 1705, no mostraban su

así, es verdad, apartar de Cataluña del resto de España, prevenir a los demás españoles en sentido desfavorable a las aspiraciones del regionalismo”. Para más información, GIFREU I FONT, J. “Las mancomunidades provinciales en el marco de la reforma de la administración local de principios del siglo XX. El «eslabón perdido» en el proceso de descentralización del Estado”. *Revista de catalana de dret públic*. Diciembre 2015, n.º 51, p. 40.

³¹ DE AZCÁRATE, G. *Op. Cit.*, pp. 353-354.

³² CARRO, A. *Génesis y trayectoria de las reformas locales de Maura (en Ideario de don Antonio Maura)*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1954, pp. 325 y ss.

³³ CAMBÓ, F. *Memorias (1876-1936)*. Madrid: Ed. Alfaguara, 1987, p. 190.

³⁴ COROLEU E INGLADA, J. y PELLAS Y FORGAS, J. *Las cortes Catalanas: Estudio jurídico y comparativo de su organización y reseña analítica de todas sus legislaturas: episodios notables, oratoria y personajes ilustres, con muchos documentos inéditos del Archivo de la Corona de Aragón y el del Municipio de Barcelona*. Barcelona: Ed. Alfaguara, 1876, pp. 15.

apoyo al “Animoso” nieto de Luis XIV en sus aspiraciones al trono de España³⁵.

El regreso de la provincia a la región y por ende a Cataluña, tenía una importancia que en ningún caso podía únicamente equipararse al aglutinamiento de un mayor control administrativo. Esto comportaba para muchos un sentido que alcanzaba en rango a la necesaria reanimación del idioma, pues se entendió el antecedente del descuartizamiento provincial como un duro golpe, que atentaba, ya no solo en contra de los intereses de la propia Cataluña, con la destrucción del órgano expresivo y comprensivo de la unidad, esto es la abolición de las Cortes Catalanas, sino que se fomentaba y estimulaba las discordias provinciales³⁶.

Hemos podido constatar, siguiendo a CASASSAS I YMBERT, que la ocasión para brillar de Cambó, depositando aquel ideario, que tras el largo desgaste del tiempo fue calando en la colectividad tanto de las distintas diputaciones, como en las memorias del resto del Estado, le vino dada de la mano de la campaña electoral “Por Cataluña y la España Grande” entre 1916 y 1918. Iniciativa esta de esperanzas frustradas en la realidad práctica del momento, pero que supuso sin temor a equívoco la avanzadilla de un proceso por el reconocimiento de un autogobierno para Cataluña que se trasladaría en el marco temporal³⁷.

Cambó propone la reunión del conjunto social en torno a la idea de un “imperialismo” cultural común, aunque lingüísticamente diverso, que permitiese dotar de cierta relevancia internacional al conjunto. Para lograr este objetivo, se sirve de la pluralidad de realidades nacionales y regionales en España como moneda de cambio, que se verá acentuada por el dualismo existente entre el ámbito castellano y el catalán, estando este presente, en el discurso catalanista³⁸.

A este respecto, el catalanismo que representaba la Lliga Regionalista de Cambó introdujo de manera decisiva un complejo de conceptos en aquel contexto español que abarca el período comprendido entre 1901 hasta la Dictadura primorriverista (1923-1930), donde podemos observar ciertos componentes con base en los nacionalismos francés e italiano. Conviene remarcar que el potencial tono utópico del discurso catalanista pronto se hizo eco entre la sociedad civil, con la consecuente capacidad de contagio,

³⁵ COROLEU E INGLADA, J. y PELLAS Y FORGAS, J. *Op. Cit.*, p. 380.

³⁶ CAMBÓ, F. *Op. Cit.*, pp. 190 y ss.

³⁷ CASASSAS I YMBERT, J. *Francesc Cambó: el discurs polític del regeneracionisme català*. En BALCELLS, A. (Ed.). *El pensament polític català del segle XVIII a mitjan segle XX*. Barcelona: Ed. Edicions 62, 1988, pp. 205-247.

³⁸ UCELAY-DA CAL, E. *El imperialismo catalán: Prat de la Riba, Cambó, D’Ors y la conquista moral de España*. Barcelona: Ed. Ensayo Histórico (Edhasa), 2003, p. 808.

evolución y cambio, resultando a todas luces una auténtica infusión embriagadora, que permitió a los representantes catalanes pertrecharse del imaginario necesario para afrontar la batalla ideológica en el resto del Estado³⁹.

En este plano de la realidad, tocado y hundido el denominado ejemplo “imperial”, quedó escindida la sociedad civil entre corporativismos rivales y excluyentes incapaces de pensar en el conjunto. La nueva fórmula del “imperio de la sociedad civil” significará la completa neutralización de los conflictos sociales como máximo ideal para un actualizado diseño institucional. De ahí la “concordia” y de ahí la reseñable insistencia de un Cambó, que en sus sucesivas versiones de “Por la Concordia” entre 1927 y 1929, reivindicará hasta la saciedad el papel protagonista de los intelectuales como base del equilibrio de cualquier futura estatalidad entre Cataluña y España donde quedarían solventados el grueso, tanto de los conflictos sociales como de los nacionales⁴⁰.

Llegados a este punto, se ha creído conveniente aludir a lo que Cambó entendía como “problema catalán” y que tan presente estaba durante los discursos, las proclamas, los mítines, las asambleas y los “Segadors”, las elecciones y las campañas parlamentarias en el Congreso y en el Senado, la Mancomunidad, las Diputaciones y los Ayuntamientos catalanistas, esto era el hecho diferencial, de una personalidad inconfundible e indestructible, la existencia de una lengua catalana y la histórica adhesión de los catalanes al denominado “verbo maternal”. Sin embargo, frente a esta “realidad catalana”, existe y resulta preceptiva su consideración, una “realidad hispánica”, íntimamente ligada a Cataluña. Destacaría el propio líder de la Lliga, que obviar el hecho positivo de aquella relación jurídico-política que ha persistido en el tiempo, supondría sin atisbo de duda un error evitable por “el interés de todos”. Funesta sería la situación resultante, en términos políticos, a la que llevaría el desarrollo de la “política separatista Catalana” y la “política asimilista Estatal”, fracturando aún más si cabe los credos de una sociedad civil plural que aspiraba a una convivencia pacífica y duradera en el tiempo⁴¹.

Para desgracia de muchos, el sueño europeo de una renovada unidad, sería, tras 1919, con la llegada del fascismo, que reposaba, incluso desde un punto de vista etimológico en el llamado “unitarismo”, el ideal armonioso de “concordia” que relegado a un segundo plano, saludaría cabizbajo al uso imperativo de la fuerza⁴².

³⁹ UCELAY-DA CAL, E. *Op. Cit.*, pp. 809 y ss.

⁴⁰ CAMBÓ, F. *Por la Concordia*. Madrid: Ed. Compañía Ibero-Americana de Publicaciones (S.A.), 1927, pp. 147 y ss.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 29-70.

⁴² CAMBÓ, F. *Op. Cit.*, pp. 15-25.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO E INSTITUCIONAL DE LA MANCOMUNIDAD DE CATALUÑA (1914-1925)

Una vez analizado lo que antecede, hemos podido notar, no solo por el análisis doctrinal desarrollado, sino también por los cuerpos legales consultados, como el sentir de Cataluña por la recuperación de cierta libertad administrativa, ha orientado el espíritu del legislador catalán durante toda la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX. Así las cosas, la reivindicación por una mayor capacidad de autogobierno verá su materialización a través de un acontecimiento destacable en términos políticos, pero también desde una perspectiva jurídico-competencial, esto es, la constitución de la Mancomunidad de Cataluña (1914)⁴³.

Conviene mencionar, a este respecto, la especial situación de estudio en la que nos encontramos, pues únicamente las provincias catalanas fueron las que se acogieron a la posibilidad de formar mancomunidades interprovinciales o regionales. Y esto fue factible, exclusivamente, cuando el marco jurídico del momento, como hemos venido analizando a lo largo de este estudio, permitió aquella posibilidad. En este sentido, denotar la importancia de la Mancomunidad, a la que a pesar de ser tratada formalmente como una institución meramente administrativa, se la intentó considerar como un auténtico órgano con poder legislativo. En esta línea de actuación, no serán testimoniales los proyectos políticos, con mayor o menor éxito, que impulse, incluida la propuesta fracasada de Estatuto de Autonomía de 1919 que desarrollaremos más adelante⁴⁴.

Así las cosas, siguiendo a GONZÁLEZ CASANOVA, la existencia de un “semi-Estado regional”, suponía en la práctica jurídico-administrativa de la época una auténtica anomalía, pues la novedad de aquella circunstancia, así como la naturaleza de la propia institución, eran completamente desconocidas en el espacio jurídico-político de aquel período. Esto supuso, a la larga, un obstáculo para el posterior régimen instaurado por Primo de Rivera en 1923, que albergaría una concepción administrativa centralista del Estado. En consecuencia, aquella realidad jurídica de las Mancomunidades provinciales, nacidas de la ya analizada LMP de 1913, que en un inicio se toleró por el Directorio, no estaba, como pudo comprobarse después, en su agenda de gobierno⁴⁵.

Considerado lo anterior, la finalidad del presente apartado comprenderá el análisis, como ya anunciaba el título del mismo, desde una perspectiva

⁴³ BALCELLS, A. *Op. Cit.*, p. 206.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ GONZÁLEZ CASANOVA, J.A. *Federalisme i autonomia a Catalunya (1868-1938): Documents de cultura*. Barcelona: Ed. Curial, 1974, p. 212.

jurídica pero también institucional de la Mancomunidad de Cataluña, poniendo para ello el foco de atención en el Real Decreto por el que se aprobaba el Estatuto por el que debía regirse. Así como de la obra legislativa más ambiciosa desarrollada por la propia Mancomunidad, que no llegó a ver la luz, como fue la propuesta de un Estatuto de Autonomía para Cataluña en 1919.

En último término abordaremos de manera sucinta el estudio del Real Decreto por el que se disuelven las Diputaciones Provinciales en España, con la excepción de Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya, de 1924, como antecedente al posterior Real Decreto de 20 de marzo de 1925, conocido como Estatuto Provincial, que ponía fin a la Mancomunidad de Cataluña.

Para llevar a cabo esta empresa, consistente en determinar la capacidad real de autogobierno de la Mancomunidad de Cataluña como primera experiencia descentralizadora en la época constitucional, valoraremos tal y como ya prometimos en la introducción del presente trabajo cuatro variables características: 1. Elemento identitario catalán. 2. Régimen jurídico concreto de la Mancomunidad. 3. Su organización institucional. 4. Su nivel competencial.

1. *El reconocimiento de la identidad catalana*

Somos conscientes de que la vocación de permanencia de la voluntad de autogobierno, presente en la Mancomunidad de Cataluña, actuó como vehículo de su proyección identitaria. Esta formulación estaría presente en la exposición de motivos del Proyecto de su Estatuto de 1914, recopilada acertadamente por FERNÁNDEZ RIVEIRA y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ. Sin embargo, advertimos que el Gobierno de la Nación decidió que en la publicación del Real Decreto por el que se aprobaba el Estatuto de la Mancomunidad⁴⁶ (EMC de 1914, en adelante), la Gaceta de Madrid no lo recogiera.

El Estatuto creado al efecto para el adecuado funcionamiento de la Mancomunidad, reflejaba en su articulado no solo el ámbito competencial, la estructura orgánica o la batería de recursos económicos de aquella recién nacida institución, sino que además, contenía con acierto, que en el supuesto de existir modificación jurídica alguna que debiera ser introducida en el mismo, esta contará preceptivamente con el beneplácito gubernamental (artículo 2 del EMC de 1914).

En un intento por aproximarnos en clave jurídica al EMC de 1914, determinamos que una de las características más notorias, será precisamente el sentido de autodeterminación de aquel. Destacaremos que la propia utilización del término “Estatuto” no figuraba en ninguno de los antecedentes

⁴⁶ Real Decreto de 26 de marzo de 1914, por el que se aprueba el adjunto Estatuto por el que se ha de regir la Mancomunidad catalana, compuesta de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona. Gaceta de Madrid, 27 de marzo de 1914, n.º 86, pp. 750-751.

parlamentarios hasta la fecha, ni en la misma LMP de 1913. A este respecto, el espíritu latente en cuanto a la argumentación para la incorporación de este concepto, se muestra con claridad en el preámbulo del Proyecto de Estatuto, elaborado aquel por la Junta conformada por representantes de cada una de las cuatro diputaciones catalanas, reunidas en el Palacio de la Generalidad el día 8 de enero de 1914⁴⁷ (PEMC de 1914, en adelante).

Así, se expresará, la misma redacción de la exposición de motivos del propio texto: “Dentro de la modesta esfera administrativa provincial que el Real Decreto indicado señala a la Mancomunidad, el Estatuto a formular viene a ser la Ley fundamental equivalente a los organismos de vida pública autónoma, como los Estatutos de las Monarquías o de las Repúblicas federales es la Constitución”, añadiendo: “con la circunstancia digna de ser notada y aplaudida que en virtud del Real Decreto, dentro de las limitaciones que fija la Mancomunidad queda en libertad de darse la Constitución administrativa que quiera, la que responda mejor a sus tradiciones, a sus necesidades y a los ideales de nuestro pueblo”.

No podemos obviar que la introducción del concepto de Estatuto, buscaba con intención, no solo que la categoría de aquel cuerpo normativo quedase relegada al nivel de una norma con un carácter meramente administrativo en el seno de una institución o corporación concretas, sino por el contrario, se pretendía dotar de una dimensión cercana al marco de la constitución, de ahí la expresión “Ley fundamental”, que precisamente con una mirada hacia la evolución futura sentenciaba que “construiremos no precisamente para nosotros, sino también para los que vendrán después de nosotros”. Atendiendo al protagonismo de este carácter, se justificaba la necesaria eliminación en su redacción de “todo lo reglamentario, de todo lo transitorio y variable. No hemos de escribir un Estatuto minucioso que tenga la pretensión de sujetar la vida de la mancomunidad a cuadros invariables, rígidos, sin flexibilidad, sin margen para las necesidades o los nuevos estados sentimentales de las opinión popular o las nuevas fuerzas despertadas” (Exposición de motivos del PEMC de 1914).

Aquel espíritu de permanencia en el tiempo, deseada estabilidad y proyección de futuro, que reflejará el artículo primero del texto definitivo, enunciaba que las provincias “se unen indefinidamente para constituir la Mancomunidad catalana”, mostrando decididamente el carácter indefinido de la asociación a la que aspiraban las cuatro diputaciones catalanas (artículo 1 del EMC 1914).

⁴⁷ Proyecto de Estatuto de la Mancomunidad Catalana, aprobado por las Asambleas de las Diputaciones de Barcelona, Lérida, Gerona y Tarragona, de 9 de enero de 1914. Recopilado en FERNÁNDEZ RIVEIRA, R. y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. *Cataluña en sus documentos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 352-357.

Como no podía ser de otro modo, siguiendo a BASSOLS COMA, la particular circunstancia de la voluntariedad, en cuanto a la adhesión a la propia Mancomunidad, hacía imprescindible el reconocimiento por parte del Estatuto del derecho a separarse a cualquiera de las provincias a través de un rígido procedimiento creado para tal efecto⁴⁸. En este caso, se hacía preceptiva la existencia de dos acuerdos en dos sesiones extraordinarias convocadas con el objeto de abordar la cuestión citada, no pudiendo sobrepasar el año la celebración entre una y otra, y celebrándose la segunda inmediatamente después de una renovación bienal de las diputaciones, con la aprobación final por parte del Consejo de Ministros, a excepción del caso de la delegación de servicios del Estado, como único precepto estatutario que se remite a la cuestión relativa a las delegaciones de competencias del Estado, debiendo contar este con la aprobación de las Cortes (artículo 5 del EMC de 1914).

Analizada la LMP de 1913 y el EMC de 1914, comenzamos a observar, en un primer momento atisbos de los intentos de la Mancomunidad por buscar un despliegue máximo de sus atribuciones, al interpretar el legislador catalán de manera extensiva, las facultades otorgadas por sendos cuerpos legales. Esta consideración, en opinión de GIFREU I FONT, justificará una actividad centrada, no en la continuidad de una gestión de aquellos servicios traspasados a las diputaciones, sino el empeño constante en la cimentación definitiva de una nación catalana con un renovado aire moderno, vertebrada institucionalmente, que nada tuviese que envidiar al resto de Europa⁴⁹.

2. Organización institucional

El estudio de la organización, en cuanto a la estructura de la Mancomunidad, posibilita una aproximación a su funcionamiento en términos de su marco institucional. Así, se estructura de algún modo, la toma de decisiones que resultará imprescindible para la labor desarrollada por sus órganos de gobierno.

Apreciamos, en primer lugar, la efectividad y existencia de una Asamblea general deliberante, integrada por 96 diputados provinciales (36 pertenecientes a la diputación de Barcelona y 60 al resto de diputaciones, esto es, Tarragona, Gerona y Lérida; correspondiendo 20 representantes a cada una de ellas) de los diputados de cada una de las cuatro diputaciones. Esta, se reuniría con carácter ordinario dos veces anualmente para la aprobación de los presupuestos, así como para la revisión de los estados de cuentas,

⁴⁸ BASSOLS COMA, M. *Las mancomunidades provinciales entre la descentralización y el regionalismo. La Mancomunidad catalana (1914-1925)*. Madrid: Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, p. 95.

⁴⁹ GIFREU I FONT, J. *Op. Cit.*, p. 46.

mencionando, además las reuniones extraordinarias que convocase el Consejo permanente, que con poder ejecutivo, se encontraba conformado por el presidente y ocho consejeros (artículo 4 EMC de 1914).

Mencionamos, además, que este órgano de Gobierno constituía a la vez una comisión permanente de la asamblea, en los intervalos de tiempo en que esta no se encontraba reunida. Consecuentemente, tras la elección del presidente, de los tres vicepresidentes y de los secretarios por cuatro años, la asamblea de diputados provinciales debía votar a los consejeros, repartiéndose estos a acto seguido las responsabilidades concretas (artículo 4 EMC de 1914).

En segundo lugar, la Mancomunidad, estaría integrada por un Consejo permanente. Este actuaba como poder ejecutivo y estaba dirigido por un presidente, que lo sería también de la Asamblea deliberante, y ocho consejeros (artículo 4 EMC de 1914). En último término los ocho consejeros serían elegidos, dos por provincia, entre los que obtuviesen más sufragios, con la votación por parte de cada diputado de cinco nombres y, por tanto, reservando tres puestos a los que obtuviesen más votos entre las minorías⁵⁰.

Nos llama la atención y mostramos nuestro acuerdo con lo expresado por PÉREZ COLLADOS y MONTAGUT ESTRAGUÉS, como este sistema mayoritario a lista y a una vuelta con una destacable reserva de cargos para la minoría mejor colocada, reproducía, en el marco de Consejo Permanente de la Mancomunidad, el sistema de elección de los distritos provinciales, dando como resultado inevitable consejos pluripartidistas donde la inexistencia de pactos de coalición de Gobierno sería la tónica que daría paso a un sistema de acuerdos previos entre los diferentes partidos de la época, reflejando fielmente la correlación de fuerzas de salida de las elecciones provinciales, renovando la composición de las diputaciones por mitades cada dos años⁵¹.

Dirá DE BOFARULL Y ROMAÑA, que la conveniente representación de todas las provincias en la Asamblea general y en el Consejo permanente, y de las minorías en este último, alejará con acierto la suspicacia de que en el seno de la Mancomunidad sean postergados los intereses de determinadas provincias, dejando entrever de algún modo el posible dominio político que pudiese ejercer en ciertos momentos la diputación de Barcelona. Esta, al contar con un mayor número de representantes, podía influir decisivamente en la toma de decisiones, incluso llegando a dirigir imparable el devenir de la propia Mancomunidad⁵².

⁵⁰ PÉREZ COLLADOS, J. y MONTAGUT ESTRAGUÉS, T. *Los juristas catalanes y el estado español*. Madrid: Ed. Marcial Pons (Cátedra de Cultura Jurídica), 2017, p. 224.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 224-225.

⁵² DE BOFARULL Y ROMAÑA, M. *La reforma de la administración local y las mancomunidades provinciales*. Madrid: Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1916, p. 42.

En última instancia, el hecho de que no existiese una mayoría absoluta dentro de la asamblea reforzada, reflejándose en esa composición plural del Consejo permanente, supone un esfuerzo más por el mantenimiento en igualdad del conjunto de los intereses de cada una de las cuatro diputaciones, teniendo presente en todo momento la imprescindible conciencia de legitimidad de cada una de las decisiones tomadas en el seno de la Mancomunidad⁵³.

Considerando lo que antecede, hemos podido advertir que el conjunto de este procedimiento, así como su organización institucional, mantuvo la finalidad desde su creación de asegurar la forma federal establecida en la unión de las cuatro diputaciones catalanas. Esto propiciaría, en 1919, que la propia Mancomunidad proceda a la elaboración de un proyecto de Estatuto de Autonomía para Cataluña, como respuesta de la iniciativa legislativa a la que aspiraba.

3. *Recuperando la capacidad de gestión administrativa: la concreta asunción competencial*

La asunción competencial gradual desarrollada por la Mancomunidad comportará en la práctica, casi la totalidad de las competencias que el artículo 74 de la LP de 1882 preveía para cada una de las diputaciones, a excepción de los servicios que se arrogaba para sí en exclusiva el Estado, esto es, en materia de censo electoral, quintas, boletín oficial y bagajes. Como era de esperar, la adhesión competencial a aquella entidad asociativa de marcado carácter supraprovincial, desplazó a las diputaciones catalanas a un segundo plano. Esto supuso en la práctica, una supresión de hecho, que no de derecho, de gran parte de las funciones de las propias Diputaciones, con la subsiguiente producción a todos los efectos del surgimiento de fricciones en el seno de la propia institución, sentenciando prematuramente la propia Mancomunidad, incluso con anterioridad a la aprobación del Estatuto Provincial en 1925⁵⁴.

En cuanto al ejercicio y establecimiento de las competencias, que el Estatuto atribuye a la Mancomunidad, no habiendo sido aquellas implantadas por las Diputaciones o utilizadas por las mismas hasta el momento, observamos de manera subsiguiente la asignación de forma directa de “los derechos y ventajas que la legislación, actualmente y en lo sucesivo, atribuye a las diputaciones en lo referente a la concesión, construcción y explotación de ferrocarriles” (artículo 2.5 del EMC de 1914).

Debemos señalar además, el reconocimiento de la competencia referida a la construcción de carreteras provinciales y caminos vecinales (artículo 2.1 del EMC de 1914), con motivo de la posterior integración de un plan

⁵³ PÉREZ COLLADOS, J. y MONTAGUT ESTRAGUÉS, T. *Op. Cit.*, p. 225.

⁵⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; COSCULLUELA, L. y ORDUÑA, E. *Op. Cit.*, p. 287.

estratégico diseñado por la propia Mancomunidad a tales efectos. En este sentido y consecuentemente, fruto de lo anterior, se hacía necesaria la conservación de aquellas carreteras provinciales y vecinales que se construyesen, con motivo de la extinción de los contratos vigentes o que con una proyección de futuro se construyeran por parte de las diputaciones (artículo 2.2 del EMC de 1914).

Tendrá un lugar significativo en esta distribución competencial, la consideración de la “hospitalización de los dementes pobres, respetando los contratos existentes e indemnizando los intereses creados en el caso de que los lesionase una nueva organización de este servicio” (artículo 2.4 del EMC de 1914), dejando entrever de modo alguno, el espíritu por parte del legislador catalán, de lo que en la actualidad consideramos como Estado Social, salvaguardando la integridad de aquellas personas especialmente vulnerables. En último término, a modo de cláusula general, se incluyó como competencia el conjunto de servicios que, una vez constituida la Mancomunidad y aceptados por la Junta General, debiendo ser ratificados por las diputaciones, fuese acordado su traspaso (artículo 2.6 del EMC de 1914).

En lo que concierne a la hacienda de la Mancomunidad, esta se nutría de los donativos de las diputaciones provinciales mancomunadas (artículo 3 del EMC de 1914). En este marco, se preveía con acierto en la propia disposición transitoria, que para la elaboración del primer presupuesto y con plazo de quince días, debía votarse “un donativo proporcional a los medios de que cada Diputación disponga” (Disposición transitoria del EMC de 1914). En relación con las cantidades que se vieran afectadas por los servicios traspasados (artículo 3.2 del EMC de 1914), se estipulaba un recargo anual que la Asamblea aprobaría en relación con las cuotas debidas que cada municipio se comprometía a pagar al Tesoro en virtud de los consumos y contribuciones directas cuando las diputaciones no tuvieran la necesidad de emplear para cubrir la atención de sus presupuestos (artículo 3.3 del EMC de 1914). En última instancia, se señalaba, también como fuente de financiación, los “recargos, impuestos y arbitrios que el gobierno autorice”, y, en particular, los “empréstitos que la mancomunidad acuerde” (artículo 3.4 del EMC de 1914). Debemos señalar que los empréstitos se convertirían en el recurso financiero más utilizado por una Mancomunidad que acudía sin éxito a una hacienda precaria, que generaría una larga sucesión de problemas políticos⁵⁵.

A tenor de lo expuesto, apuntamos siguiendo lo expresado por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, que los servicios de las Diputaciones provinciales que fueron traspasados a la Mancomunidad se tradujeron en: Enseñanza; Sanidad y Beneficencia; Bibliotecas; Carreteras y Caminos Vecinales; Ferrocarriles

⁵⁵ BASSOLS COMA, M. *Op. Cit.*, p. 96.

secundarios y Agricultura. En este sentido, conviene enunciar que las competencias a transferir, y en la práctica así fue, comprendían únicamente las atribuidas por la propia legislación vigente a las Diputaciones que formaban la Mancomunidad. No obstante, es preciso destacar que la Administración Central y a pesar de la insistente demanda, no transfirió en ningún momento servicios ni competencia alguna. Esto no supuso en ningún caso, sin embargo, que la Mancomunidad no ejerciera funciones de alguna manera propias, superando y desbordando en cierto modo las que podía “recibir” de las Diputaciones⁵⁶.

Así las cosas, y considerando lo expresado por el artículo 2 del EMC de 1914 cuando dice “Serán de competencia de la Mancomunidad todos los servicios y todas las funciones que la legislación provincial vigente permite establecer y ejercitará las Diputaciones provinciales”, la cuestión de la transferencia de las funciones de las que, por ley, correspondían en exclusiva a las Diputaciones provinciales, podía plantearse desde tres ópticas distintas: 1ª Realizando un señalamiento de la competencia de la Mancomunidad las funciones atribuidas las Diputaciones, y que estas no hubieran ejercido hasta entonces. 2ª Traspasando o cediendo determinados servicios concretos de las Diputaciones. 3ª Traspasando con carácter general la competencia exclusiva y propia de las Diputaciones, para lo cual se precisaba la expresa autorización del Gobierno⁵⁷.

Esta obstinada voluntariedad por extender los límites impuestos desde el Estado en el marco de la atribución competencial, llevaría a la Mancomunidad de Cataluña a la adopción de políticas de un marcado tono autonomista, desbordando sus atribuciones administrativas, con el objetivo claro de vestir aquella institución con una apariencia de autogobierno independiente del poder central. A este respecto señalará CULÍ Y VERDAGUER, que la Mancomunidad “representa la consagración de una entidad territorial étnica, de una personalidad real. Es regionalista en el sentido político y administrativo. Su trascendencia deriva de que ella es un órgano expresivo de la unidad espiritual de Cataluña, y por eso aspira a delegaciones que no son propiamente administrativas”⁵⁸.

En última instancia, hemos podido advertir a través de la investigación realizada que la exhaustiva obra desarrollada por la Mancomunidad durante un poco más de una década comporta a todas luces una complicada y extensa labor imposible de recoger en este trabajo. Esto no implica que no podamos dejar de citar la contribución realizada por la institución al proyecto político

⁵⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; COSCULLUELA, L. y ORDUÑA, E. *Op. Cit.*, p. 285.

⁵⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; COSCULLUELA, L. y ORDUÑA, E. *Op. Cit.*, p. 286.

⁵⁸ CULÍ Y VERDAGUER, F. *Las Mancomunidades provinciales*. Barcelona: Ed. Imprenta de la Casa Provincial de la Caridad, 1915, p. 61.

descentralizador de Cataluña, que buscó, desde el prisma de un auténtico órgano parlamentario un marco de actuación compatible con la unidad de España, objetivo este que se materializó con la redacción de un Estatuto de Autonomía para Cataluña en 1919⁵⁹.

4. *Grandes expectativas: el fracasado proyecto de Estatuto de Autonomía para Cataluña de 1919*

Conocido el recorrido de la discusión planteada hemos considerado pertinente abordar la cuestión relativa a la redacción y elaboración del proyecto de Estatuto de Autonomía para Cataluña de 1919⁶⁰ (PEAC de 1919, en adelante), como la obra legislativa más significativa que llegará a confeccionar la Mancomunidad de Cataluña, y que proponía la posibilidad de aprobar un auténtico Estatuto de Autonomía para Cataluña.

En primera instancia debemos recordar, con el fin de centrar, también, el clima político del momento, el acalorado debate parlamentario que tuvo lugar en Madrid y que provocó la retirada de los diputados catalanes de las Cortes en reiteradas ocasiones entre 1906 y 1917. La renuncia a toda agregación por parte del Ejecutivo central, con la consecuente limitación en cuanto al objeto del territorio del Estado a las cuatro provincias asociadas ya dentro de la propia Mancomunidad, constituiría la primera declaración de intenciones de aquel proyecto, que continuaría enunciando las distintas competencias de aquella suerte de región autónoma, como pretendía ser Cataluña, desdénando las del poder central⁶¹.

Mencionado lo anterior y sumergiéndonos ya en el propio proyecto de Estatuto, citamos en primera instancia, que se producía la entrega de la capacidad en cuanto a la decisión en los posibles conflictos competenciales existentes entre aquella Cataluña autónoma y el poder central del propio Parlamento español (artículo 5 del PEAC de 1919). Esto supondrá un claro signo de renuncia a la presencia del legislador estatal en la resolución de la conflictividad competencial que pudiese surgir, persiguiendo, en la práctica, una situación de cosoberanía.

Continuando con nuestros análisis, constatamos la aparición de la figura de un gobernador general para Cataluña (artículo 30 del PEAC de 1919), que ejercería funciones de representación en nombre del monarca y del Ejecutivo

⁵⁹ GIFREU I FONT, J. *Op. Cit.*, p. 47.

⁶⁰ Estatut de l'Autonomia de Catalunya aprovat per l'Assemblea de la Mancomunitat el 25 de enero de 1919. Recopilado en FERNÁNDEZ RIVEIRA, R. y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. *Cataluña en sus documentos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 397-408.

⁶¹ BALCELLS, A. *Op. Cit.*, p. 240.

central, en un intento por mantener un nexo de unión entre el Estado y la región. Este se comprometía a su vez a desempeñar el papel de moderador, con facultad para convocar al parlamento bicameral catalán y que lo disolvería llegado el caso (artículo 30.2 del PEAC de 1919), sancionando y promulgando las leyes que emanasen de este (artículo 30.3 del PEAC DE 1919), no pudiendo desbordar los límites de sus competencias. Asimismo, se le asignaba, también la potestad de nombrar a los ministros (artículo 30.5 del PEAC de 1919), y entre ellos, a un presidente ejecutivo, que no precisase de investidura por el parlamento catalán pero con responsabilidad ante este (artículo 32 del PEAC de 1919).

Este cargo supondrá en la práctica, siguiendo a BALCELLS, un intento por continuar con el modelo presentado por las monarquías del momento, así como un deseo por establecer un elemento estabilizador, en una época de un marcado espíritu federalista en cuanto al sistema administrativo del Estado se refiere⁶².

En este contexto, la respuesta desde el ejecutivo central no se hizo esperar y el propio ministro de interior de la época, Antonio Goicochea señalaría con acierto, que la realidad española exigía, primero, la afirmación monárquica, que no podía quedarse al margen del conflicto regionalista y de su posible solución. Manifestará, además, que la “consideraba como la forma de gobierno del porvenir; una forma de gobierno en que esté la legislación centralizada y la Administración federalizada”⁶³.

Merece la pena reseñar la existencia de un sistema bicameral de parlamento (artículo 16 del PEAC de 1919), materializándose en la existencia de un senado elegido por los concejales municipales en la relación de un senador por cada 50.000 habitantes (artículo 17 del PEAC de 1919) siendo la circunscripción la propia provincia y un congreso electo a través del sufragio individual directo (artículo 18 del PEAC de 1919) a razón de un diputado por cada 25.000 habitantes (artículo 17 del PEAC de 1919). Se tomará como punto de partida los distritos establecidos hasta entonces para las elecciones provinciales, esto es la suma de dos partidos judiciales, con algunas modificaciones. A este respecto, el número de diputados representaba el doble que el de senadores, con el requisito de edad de treinta y cinco años para cada uno de ellos (artículo 20 del PEAC de 1919).

En este sentido cabe mencionar la responsabilidad de los ministros ante sendas cámaras y la formulación de cargos a modo de “impeachment” (artículo 29.2 del PEAC de 1919), de forma que los propios ministros, podían ser

⁶² *Ibidem*.

⁶³ GOICOECHEA Y COSCULLUELA, A. *El proyecto de estatuto regional y las aspiraciones autonomistas: Conferencias pronunciadas en los días 17 y 20 de enero de 1919*. Madrid: Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1919, p. 47.

acusados en un momento determinado por el Congreso y el Senado de la propia Mancomunidad. Igualmente se dejaban las debidas relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, para la confección posterior del reglamento de las cámaras (artículo 28 del PEAC de 1919).

En lo concerniente a la hacienda regional, aquella encontraba su fundamento en el traspaso de las contribuciones directas al poder catalán (artículo 12 del PEAC de 1919). Se establecía, además, una forma compleja de compensación al poder central en el supuesto de que los gastos en el resto del Estado que correspondían a los servicios transferidos a Cataluña, resultando superiores al producto de las contribuciones indirectas, con la subsiguiente recaudación directa por aquel (artículo 13 del PEAC de 1919).

Debemos señalar, por otra parte, la creación de una comisión mixta integrada por representantes del Gobierno y el poder regional, que dirimiría en todos los conflictos y cuestiones referentes a la transición y los traspasos, encontrándose presente en cada una de las reuniones el ya mencionado Gobernador General, que aseguraba una intencionada mayoría en el poder central en el seno de esta comisión mixta (Disposición transitoria, apartado A) del PEAC de 1914). Este último órgano, suponía a nuestro juicio una posible solución, tanto en materia económica, como en el supuesto de resolución de la posible problemática surgida en relación con los traspasos y la propia transición.

De nuevo como se ha venido señalando con anterioridad el propósito de la Mancomunidad pasaba por incluir un instrumento paritario que sirviese como un mecanismo estabilizador de la situación política de la época en un intento por contentar a las partes implicadas, esto es el Estado y Cataluña.

Asimismo, se consideraban un conjunto de traspasos significativos por parte del Estado a la Cataluña autónoma. Sirva como botón de muestra, el cuadro comparativo de las competencias transferidas a Cataluña (1914-1932) que se presenta a continuación, permitiéndonos cotejar el nivel competencial del EMC de 1914 con el PEAC de 1919 y Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932, aprobado por Ley de la Presidencia del Consejo de Ministros, de 15 de septiembre de 1932⁶⁴ (EAC de 1932, en adelante).

Observaremos, como el PEAC de 1919 desbordaba, superando las atribuciones concedidas a la Mancomunidad de Cataluña con la aprobación del EMC de 1914. Esto reflejará el interés particular de la propia Mancomunidad que buscaba erigirse en un auténtico poder legislativo en Cataluña. Así, este último cuerpo normativo se caracterizaba por un reconocimiento competencial muy reducido, viniendo a repetir esencialmente, las competencias que la LP de 1882 ya preveía para las Diputaciones provinciales.

⁶⁴ Ley de 15 de septiembre de 1932, relativa al Estatuto de Cataluña. Gaceta de Madrid, 21 de septiembre de 1932, n.º 265, pp. 2090-2094.

En última instancia, el valor y utilidad del cuadro que seguidamente se exhibe radica en la necesidad de mostrar e ilustrar la evolución sufrida en cuanto a la asunción competencial por parte de Cataluña, desde la creación de la Mancomunidad en 1914, hasta la aprobación de su Estatuto de Autonomía en 1932. A este respecto, constatamos, aun cuando somos conocedores de que excede de nuestro ámbito cronológico, como este último texto legal ya recogía una serie de competencias que posteriormente reclamarían para sí las propias Comunidades Autónomas a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Tabla 1. *Cuadro comparativo de las competencias transferidas a Cataluña (1914-1932)*

EMC de 1914	<ul style="list-style-type: none"> – Artículo 2.1. Construcción de carreteras y caminos vecinales – Artículo 2.2. Conservación de carreteras provinciales – Artículo 2.3. Conservación de caminos vecinales – Artículo 2.4. Hospitalización de los dementes pobres – Artículo 2.5. Concesión, construcción y explotación de ferrocarriles – Artículo 2.6. Servicios que las Diputaciones acuerden traspasar y sean aceptadas por la Junta General
PEAC de 1919	<ul style="list-style-type: none"> – Artículo 6.A). Enseñanza en todos sus grados (obligatoriedad de la enseñanza del castellano en todas las escuelas primarias) – Artículo 6. B). Regímenes provincial y municipal (facultad de modificación en cuanto a la división territorial de Cataluña y compromiso de la confección de una ley de amplia autonomía para los municipios) – Artículo 6. C). Reforma del Derecho civil catalán – Artículo 6. D). Organización de la Administración de justicia en Cataluña (aplicación de la legislación procesal general, instando la creación de un tribunal de casación que conociese de las cuestiones de Derecho civil catalán) – Artículo 6. E). Facultad de organizar el notariado – Artículo 6. F). Conjunto de obras públicas a excepción de aquellas de interés general para el Estado – Artículo 6. G). Servicio de teléfonos – Artículo 6. H). Todos los servicios forestales y agronómicos – Artículo 6. I). Roturación y desecación de tierras incultas – Artículo 6. J). Sanidad y la beneficencia – Artículo 6. K). Mantenimiento del orden público interior (hipotética declaración de estado de guerra o de asedio, traslado con efecto inmediato a la capitania general)
EAC de 1932	<ul style="list-style-type: none"> – Artículo 5. Ejecución de la legislación estatal en la siguientes materias: <ol style="list-style-type: none"> 1) Eficacia de los comunicados oficiales y documentos públicos 2) Pesas y medidas

EAC de 1932	<ul style="list-style-type: none"> 3) Régimen minero y bases mínimas sobre montes, agricultura y ganadería 4) Ferrocarriles, carreteras, canales, teléfonos y puertos que sean de interés general (excepción para el Estado, reversión y policía de los ferrocarriles y de los teléfonos) 5) Bases mínimas de la legislación sanitaria interior 6) Régimen de seguros generales y sociales 7) Aguas, caza y pesca fluvial 8) Régimen de Prensa, Asociaciones, reuniones y espectáculos públicos 9) Derecho de expropiación (excepción de la facultad del Estado para ejecutar por sí sus obras peculiares) 10) Socialización de riquezas naturales y Empresas económicas (limitación legislativa de la propiedad y Estado de las Regiones) 11) Servicios de aviación civil y radiodifusión (salvo coordinación del Estado de los medios de comunicación) – Artículo 6. Organización de todos los servicios que la legislación estatal social del Estado haya establecido o establezca – Artículo 7. Creación y sostenimiento de los Centros de enseñanza en todos los grados y órdenes que estime oportuno – Artículo 10. Legislación sobre régimen local, no pudiendo reducir la autonomía municipal a límites menores de los que señale la ley general del Estado – Artículo 11. Legislación exclusiva en materia civil; organización de la Administración de Justicia en todas sus jurisdicciones (excepto la militar y la Armada); nombramiento de Jueces y Magistrados con jurisdicción en Cataluña (de acuerdo con el escalafón general del Estado); Tribunal de casación de Cataluña con jurisdicción sobre materias civiles y administrativas de legislación exclusiva a la Generalidad; designación de Notarios (concurso-oposición, con arreglo a las leyes del Estado) – Artículo 12. Legislación exclusiva y ejecución directa de las funciones siguientes: <ul style="list-style-type: none"> a) Legislación y ejecución de ferrocarriles, caminos, canales, puertos y demás obras públicas de Cataluña b) Servicios forestales, los agronómicos y pecuarios, Sindicatos y Cooperación agrícolas, política y acción social agraria c) Beneficencia d) Sanidad interior e) Establecimiento y ordenación de Centros de Contratación de mercancías y valores (conforme a las normas generales del Código de Comercio) f) Cooperativas, Mutualidades y Pósitos (excepción de las leyes sociales)
------------------------	--

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de los textos legales referenciados.

5. *Réquiem por el sueño catalán: el Estatuto provincial de 1925 (Disolución de la Mancomunidad de Cataluña)*

Señalará GIFREU I FONT, que no es posible ocultar que el golpe de Estado perpetrado por el general Miguel Primo de Rivera, en septiembre del año 1923, gozará de una buena acogida entre la burguesía catalana del momento e incluso entre los dirigentes de la Mancomunidad, que considerarán este pronunciamiento como la solución más acertada a la inestabilidad política, heredera de los postulados de un caciquismo arcaico como uno de los males de una Restauración que debía ser superada⁶⁵. En este orden de ideas transitamos brevemente por el Real Decreto por el que se disuelven las Diputaciones Provinciales en España, con la excepción de Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya, de 1924⁶⁶ (LDDP de 1924, en adelante), y el Real Decreto de 20 de marzo de 1925, conocido como Estatuto Provincial⁶⁷ (EP de 1925, en adelante).

Así las cosas, justificaba Primo de Rivera la disolución de las Diputaciones provinciales enunciando que “Demuestra la realidad política española que muchas de las corruptelas que el Directorio se propuso y quiere expulsar de los Ayuntamientos, tienen franca cabida todavía en bastantes diputaciones provinciales (...)” (Exposición de motivos de la LDDP de 1924) y sentenciaba el artículo 1 de la LDDP de 1924: “Se declaran disueltas las actuales Diputaciones provinciales de toda España, con la única excepción de las de Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya”. De este modo parecía, en un primer momento, que el Directorio militar se mostraba favorable al mantenimiento de la Mancomunidad, mostrando una inusual comprensión para con las pretensiones autonómicas.

Sin embargo, al poco tiempo se produciría una devastadora política represiva en contra de todos aquellos nacionalismos periféricos, que tendrá como resultado la prohibición del uso en público del catalán y de la señera, además de una renovación orgánica forzosa de la Mancomunidad, caracterizada por la ausencia de representantes de marcada ideología catalanista, y la elección de un nuevo presidente, Alfonso Sala i Argemí, perteneciente este a la Unión Monárquica Nacional, cuya pretensión consistía en la consecución de la delegación de competencias estatales a cambio de una reducción de sus aspiraciones a una modesta descentralización administrativa⁶⁸.

⁶⁵ GIFREU I FONT, J. *Op. Cit.*, p. 49.

⁶⁶ Real Decreto de 12 de enero de 1924, declarando disueltas las actuales Diputaciones provinciales de toda España; con la única excepción de las de Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya. Gaceta de Madrid, 13 de enero de 1924, n.º 13, pp. 202-203.

⁶⁷ Real Decreto de 20 de enero de 1925 aprobando el Estatuto provincial. Gaceta de Madrid, 21 de marzo de 1925, n.º 80, pp. 1446-1483.

⁶⁸ BALCELLS, A; PUYOL, E. y SABATER, J. *La Mancomunitat de Catalunya i l'autonomia*. Barcelona: Ed. Institut d'Estudis Catalanas, 1996, p. 232.

Un año después hacía referencia la propia Exposición de motivos del EP de 1925 a que “El Municipio y el Estado son dos entidades territoriales político-administrativas que se encuentran en el inicio y en la meta de toda organización nacional. Son el punto de partida y el punto final de la línea que une entre sí las diversas actividades públicas de una sociedad política estatal (...)”. En consecuencia, la idea de la Mancomunidad de Cataluña, como entidad de un marcado carácter administrativo, pero también vertebrada por un espíritu de autogobierno, no tenía cabida en la nueva planificación político-territorial del Directorio militar presidido por Primo de Rivera. Así “En aplicación a lo dispuesto en esta Ley, queda sin vigor el Estatuto de la Mancomunidad de las provincias de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona, aprobado por Real decreto de 26 de Marzo de 1914 (...)” (Disposición transitoria 5ª del EP de 1925)⁶⁹.

Únicamente se contemplaba, siguiendo la misma Disposición transitoria, “la coordinación” para la gestión de determinados servicios. A este respecto el Consejo Permanente de Mancomunidad pasará a denominarse Comisión gestora interina de servicios coordinados, y se le encomendará la realización de la correspondiente liquidación pertinente para la determinación del activo y del pasivo que debía ser traspasado a cada una de las cuatro diputaciones catalanas, siendo desarrollado el conjunto de aquel proceso antes del treinta de junio de ese año⁷⁰.

En suma, y siguiendo con la reflexión presentada por BALCELLS, a pesar de no haber sido capaz de alcanzar el tan esperado Estatuto de Autonomía para Cataluña en 1919 y de todos los obstáculos y limitaciones que le fueron impuestas, la Mancomunidad inició un proceso con un carácter irreversible en la denominada conciencia nacional catalana. Este espíritu y

⁶⁹ Resultan acertadas las reflexiones ofrecidas por GARCÍA DE ENTERRIA sobre el EP de 1925 en el que se contemplaba un nuevo régimen para la organización de las Mancomunidades. A este respecto, además, se tildará de grave error la disolución de la Mancomunidad catalana. Véase, en este sentido, GARCÍA DE ENTERRIA, E. “Estudio preliminar”, en AZAÑA, M. *Sobre la autonomía política de Cataluña*. Madrid: Ed. Tecnos, 2005, pp. 9-80.

⁷⁰ Aquella frialdad manifiesta del EP de 1925, siguiendo a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, intentará ser superada por el procedimiento habitual del Presidente del Directorio, dando a conocer a la opinión pública el sentido de los criterios adoptados por su persona a través de la publicación de las conocidas “notas oficiosas”. No pudiendo existir duda alguna sobre la paternidad del texto difundido a través de la prensa escrita de la época, en este caso en “El Sol” de 22 de marzo de 1925, en el que se insistirá decididamente en la precaria situación económica de la Mancomunidad, que había “consumido cuantiosísimos recursos y contingentes provinciales y además tenía una deuda propia de 70 millones”. No obstante, el propio Primo de Rivera exonerará de responsabilidad por cualquier presunta mala administración a los rectores de la Mancomunidad. Para más información, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; COSCULLUELA, L. y ORDUÑA, E. *Op. Cit.*, pp. 292-293.

proyecto, aun cuando se instó la liquidación de la misma institución en 1925, sentará las necesarias bases para que la Generalidad de Cataluña recoja el testigo a partir de 1931, mostrándose en condiciones de continuar, ampliando y profundizando en la obra de la Mancomunidad, de la cual la Cataluña actual todavía hoy es heredera y deudora⁷¹.

V. CONCLUSIONES

Primera. El Real decreto de 18 de diciembre de 1913 supuso, no solo el instrumento jurídico que permitió la conformación de la Mancomunidad de Cataluña, sino también la respuesta a la búsqueda por una solución descentralizadora leve dentro del marco competencial ya asumido por las Diputaciones provinciales. Sin embargo las autoridades de la Mancomunidad trataron de interpretar de forma extensiva las atribuciones contempladas por este texto legal, a pesar de las intenciones del Gobierno de la Nación que se mostraba reacio al aumento de su reconocimiento competencial.

Segunda. Tanto el marco jurídico que posibilitó la creación de la Mancomunidad de Cataluña como ente administrativo de carácter regional, así como su propio Estatuto, fueron vistos por el legislador catalán como una oportunidad para institucionalizar la voluntad de autogobierno catalana. En este orden de ideas, se planteaba llegar aún más lejos, como hemos podido constatar a través del análisis de la exposición de motivos del Proyecto de Estatuto de la Mancomunidad Cataluña de 1914, que aspiraba a establecerse como ley fundamental para el territorio de Cataluña. A este respecto, hemos podido hallar, en el mismo, afirmaciones que nos han permitido vislumbrar un espíritu latente de reconocimiento identitario.

Tercera. La Mancomunidad de Cataluña, con una clara vocación de perpetuarse en el tiempo y dotada de un cuerpo legal concreto, unos órganos institucionales específicos y el reconocimiento de unas competencias determinadas, se mostraba preparada para nacer como un auténtico poder constituyente. Esta, en su virtual ejercicio legislativo, presentará un proyecto de Estatuto de Autonomía para Cataluña, con el objetivo y fin de alcanzar, el anhelado autogobierno al que aspiraba. Reflejo de este deseo, será el impacto de esta institución para la Dictadura de Primo de Rivera, que la disolverá abruptamente, convencido el Directorio militar de que su mera existencia suponía un obstáculo para la unidad estatal.

Cuarta. Debe señalarse, a tenor del cuadro comparativo de las competencias transferidas a Cataluña (1914-1932), como las atribuciones concedidas a la Mancomunidad de Cataluña a través de la aprobación de su Estatuto, en

⁷¹ PÉREZ COLLADOS, J. y MONTAGUT ESTRAGUÉS, T. *Op. Cit.*, p. 235.

relación con las que le atribuía el Proyecto de Estatuto de 1919, excedían intencionadamente el nivel competencial previsto por Real Decreto de 26 de marzo de 1914 para la Mancomunidad. Esto supondrá tensiones, por un lado, entre la sensibilidad que podían presentar los sucesivos gobiernos nacionales en su obstinación por no querer ampliar el techo competencial para Cataluña, y por otro, entre el legislador catalán que buscaba intencionadamente desbordar el marco competencial configurado por el propio Estatuto de la Mancomunidad para dotarla de una mayor capacidad de autogobierno.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BACELLS, A. y AINAUD DE LASARTE, J.M. *Enric Prat de la Riva. Obra completa. 1906-1917. Vol. III*. Barcelona: Ed. Institut d'Estudis Catalans-Proa, 2000.
- BACELLS, A. *El projecte d'autonomia de la Mancomunitat de Catalunya del 1919 i el seu context històric*. Barcelona: Parlamento de Catalunya, 2010.
- BACELLS, A.; PUYOL, E. y SABATER, J. *La Mancomunitat de Catalunya i l'autonomia*. Barcelona: Ed. Institut d'Estudis Catalanas, 1996.
- BASSOLS COMA, M. *Las mancomunidades provinciales entre la descentralización y el regionalismo. La Mancomunidad catalana (1914-1925)*. Madrid: Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014.
- CÁMARA VILLAR, G. "La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y las claves para la reforma constitucional". *Revista de Derecho Político*. Enero-abril 2018, n.º 101, pp. 395-430.
- CAMBÓ, F. *Memorias (1876-1936)*. Madrid: Ed. Alfaguara, 1987.
- CAMBÓ, F. *Por la Concordia*. Madrid: Ed. Compañía Ibero-Americana de Publicaciones (S.A.), 1927.
- CARRO, A. *Génesis y trayectoria de las reformas locales de Maura (en Ideario de don Antonio Maura)*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1954.
- CASASSAS I YMBERT, J. "Francesc Cambó: el discurs polític del regeneracionisme català", en BALCELLS, A. (Ed.). *El pensament polític català del segle XVIII a mitjan segle XX*. Barcelona: Ed. Edicions 62, 1988, pp. 205-247.
- COROLEU E INGLADA, J. y PELLAS Y FORGAS, J. *Las còrtex Catalanas: Estudio jurídico y comparativo de su organización y reseña analítica de todas sus legislaturas: episodios notables, oratoria y personajes ilustres, con muchos documentos inéditos del Archivo de la Corona de Aragón y el del Municipio de Barcelona*. Barcelona: Ed. Alfaguara, 1876.
- COSCULLUELA MONTANER, L. y ORDUÑA REBOLLO, E. *Legislación sobre Administración Local (1900-1975)*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1981.
- CULÍ Y VERDAGUER, F. *Las Mancomunidades provinciales*. Barcelona: Ed. Imprenta de la Casa Provincial de la Caridad, 1915.
- DE AZCÁRATE, G. *Municipalismo y regionalismo*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1979.

- DE BOFARULL Y ROMAÑA, M. *La reforma de la administración local y las mancomunidades provinciales*. Madrid: Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1916.
- FORCADELL I ESTELLER, X. “La Mancomunitat de Catalunya: construir la nació catalana des del municipalisme”. *Revista de Catalunya. La Mancomunitat de Catalunya. Un primer pas*. 2014, n.º extra 1, pp. 143-161.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. “Estudio preliminar”, en AZAÑA, M. *Sobre la autonomía política de Cataluña*. Madrid: Ed. Tecnos, 2005, pp. 9-80.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Madrid: Ed. Taurus, 1981.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. *El origen del municipio constitucional*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1983.
- GASCÓN Y MARÍN, J. “La réforme du régime local en Espagne”. *Revue de Droit Public*. Abril-junio 1909, n.º 2, pp. 233-262.
- GIFREU I FONT, J. “Las mancomunidades provinciales en el marco de la reforma de la administración local de principios del siglo XX. El «eslabón perdido» en el proceso de descentralización del Estado”. *Revista de catalana de dret públic*. Diciembre 2015, n.º 51, pp. 34-53.
- GOICOECHEA Y COSCULLUELA, A. *El proyecto de estatuto regional y las aspiraciones autonomistas: Conferencias pronunciadas en los días 17 y 20 de enero de 1919*. Madrid: Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1919.
- GONZÁLEZ CASANOVA, J.A. *Federalisme i autonomia a Catalunya (1868-1938): Documents de cultura*. Barcelona: Ed. Curial, 1974.
- LAÍN ENTRALGO, P. *España como problema*. Madrid: Ed. Aguilar. Ensayistas Hispánicos, 1962.
- MARTÍN MATEO, R. *Entes Locales complejos*. Madrid: Ed. Trivium, 1987.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y ARGULLOL MURGADAS, E. *Descentralización administrativa y organización política (Hombres, Hechos e Ideas)*. Madrid: Ed. Alfaguara, 1973.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y ARGULLOL MURGADAS, E. *Descentralización administrativa y organización política*. Vol. III. Madrid: Ed. Alfaguara, 1973.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; COSCULLUELA, L. y ORDUÑA, E. *Autonomías regionales en España. Traspaso de Funciones y Servicios*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1978.
- MOLAS BATLLORI, I. *Lliga catalana: Un estudi d'estasiologia*. Barcelona: Edicions 62, 1973.
- MUÑOZ MACHADO, S. *Cataluña y las demás Españas*. Barcelona: Ed. Crítica, 2014.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo (Organización y empleo público)*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1987.
- PÉREZ COLLADOS, J. y MONTAGUT ESTRAGUÉS, T. *Los juristas catalanes y el estado español*. Madrid: Ed. Marcial Pons (Cátedra de Cultura Jurídica), 2017.
- POLO MARTÍN, R. *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional: Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*. Madrid: Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2014.
- POSADA, A. *Evolución legislativa del Régimen Local en España (1812-1909)*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), 1982.

- QUINTANA LÓPEZ, T. *Las Mancomunidades en nuestro Derecho Local*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1990.
- SOSA WAGNER, F. “Mancomunidades y otras formas asociativas”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Coord.). *Tratado de Derecho Municipal, tomo I*. Madrid: Ed. Civitas, 1988, pp. 1041-1056.
- TUSELL, J. *La reforma de la Administración local en España (1900-1936)*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1973.
- UCELAY-DA CAL, E. *El imperialismo catalán: Prat de la Riba, Cambó, D’Ors y la conquista moral de España*. Barcelona: Ed. Ensayo Histórico (Edhasa), 2003.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DEFINICIÓN, REGULACIÓN Y RIESGOS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Artificial Intelligence: Definition, Regulation, and Risks to Fundamental Rights

María Pérez-Ugena

Profesora Titular de Derecho Constitucional.

Universidad rey Juan Carlos, España

<https://orcid.org/0000-0002-2724-6882>

<https://doi.org/10.18543/ed.3108>

Fecha de recepción: 20.12.2023

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

Este trabajo se propone definir el alcance de la inteligencia artificial, a pesar de las dificultades y la falta de consenso que rodean este concepto. El objetivo principal es analizar los efectos de la regulación de la inteligencia artificial y sus consecuencias en los derechos fundamentales desde una perspectiva general. Se examina en detalle el estado actual de la regulación de la inteligencia artificial, con especial atención al Reglamento de la Unión Europea y al Acuerdo del 8 de diciembre de 2023.

Se ponen en relación la inteligencia artificial y los derechos fundamentales, mediante el análisis de aquellos derechos que podrían verse más claramente amenazados por los sistemas de inteligencia artificial con el objetivo final de lograr una visión global del impacto de la inteligencia artificial en el régimen de derechos. Este análisis busca, en definitiva, contribuir a la comprensión y discusión informada sobre los aspectos éticos y legales que la inteligencia artificial plantea en la actualidad.

Palabras clave

Inteligencia artificial; regulación; derechos fundamentales.

Abstract

This paper aims to define the scope of artificial intelligence, despite the challenges and lack of consensus surrounding this concept. The main objective is to analyze the effects of the regulation of artificial intelligence and its consequences on fundamental rights from a general perspective. The current state of artificial intelligence regulation is examined in detail, with special attention to the European Union's Regulatory and the Agreement of December 8, 2023.

The relationship between artificial intelligence and fundamental rights is explored by analyzing those rights that may be more clearly threatened by artificial intelligence systems. The goal is to achieve a comprehensive understanding of the impact of artificial intelligence on the rights framework. This analysis seeks, in essence, to contribute to an informed understanding and discussion of the ethical and legal aspects that artificial intelligence poses today.

Keywords

Artificial intelligence; regulation; fundamental rights.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN II. DEFINICIÓN Y TIPOS DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 1. Definición de sistemas IA. 2. Tipologías de sistemas IA. 3. El algoritmo como pieza clave de sistemas IA. III. REGULACIÓN DE LA IA. 1. Antecedentes de la actual regulación. 2. El Reglamento de IA de la UE y el acuerdo de 8 de diciembre. IV. DECLARACIONES Y ACUERDOS INTERNACIONALES BASADOS EN LA ÉTICA. V. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. VI. CONCLUSIONES. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN¹

La inteligencia artificial (IA) es una tecnología que tiene el potencial de transformar la sociedad y el orden jurídico-constitucional, al afectar a diversos ámbitos y derechos fundamentales. El objetivo de este trabajo es definir los sistemas IA, así como analizar el marco normativo existente y las dificultades que se presentan para su armonización global. Para ello, se parte de una definición de los sistemas de IA basada en sus capacidades, que permite abarcar la diversidad y la evolución de los desarrollos tecnológicos. A continuación, se examina la regulación actual de la IA y se identifican los principales problemas y lagunas que se plantean. Asimismo, se incide en los riesgos que suponen los sistemas de IA para los derechos fundamentales. Se hace especial referencia a la igualdad, los derechos del ámbito de la privacidad, la libertad de expresión, la participación y la tutela judicial efectiva.

Con carácter general, la tecnología, salvo en supuestos muy concretos, no ha creado problemas nuevos, sino que ha incidido en los ya existentes y ha hecho que éstos adquieran ciertas nuevas dimensiones que hacen precisas nuevas políticas y decisiones. Sin embargo, la inteligencia artificial ha irrumpido en la sociedad produciendo cambios tan relevantes, que exigen respuestas y políticas globales y actualizadas. Se produce una verdadera transformación del sistema y del orden jurídico constitucional, que obliga a una reinterpretación de éste desde nuevos postulados.

La IA afecta al régimen de derechos fundamentales. Prácticamente en la totalidad de ellos resulta de interés estudiar el impacto que produce, en cada uno, el uso la inteligencia artificial, desde la igualdad, a los derechos del ámbito de la vida privada, especialmente lo relacionado con la protección de datos, hasta derechos del ámbito de la comunicación, la libertad de expresión y a los derechos relacionados con la tutela judicial efectiva.

¹ Trabajo realizado dentro del proyecto de investigación: La libertad de expresión del juez en el marco del respeto a los principios de ética judicial en España pid2021-127122nb-i00

Para realizar este estudio, se ha seguido un método de investigación jurídica, basado en el análisis de fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales, que abordan la cuestión de la IA desde diferentes perspectivas. Se ha prestado especial atención a los documentos y propuestas de la Unión Europea, que se ha posicionado como un actor clave en el desarrollo de una IA ética y responsable.

II. DEFINICIÓN Y TIPOS DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

1. *Definición de sistemas IA*

La inteligencia artificial² (IA) es una tecnología que ha experimentado un avance espectacular en poco tiempo, gracias a la combinación de factores como el *big data*, el *blockchain*, la nube, el internet de las cosas, la robótica y la realidad virtual. Aunque la IA no es una invención reciente, ya que sus orígenes se remontan a hace más de 50 años, su impacto actual es enorme y afecta a casi todos los ámbitos de la vida. Una conjunción de factores, como los avances en la potencia informática, la disponibilidad de enormes cantidades de datos y nuevos algoritmos han permitido que se produzcan grandes logros en los sistemas IA en los últimos años³.

No hay una definición clara de estos sistemas que goce de amplio consenso, porque, de una parte, la IA está sometida a las variaciones que se produzcan como consecuencia de los avances tecnológicos, de forma que no responde a algo estático, sino que es producto de una tecnología disruptiva, que además está desarrollándose a pasos acelerados. De otra, no hay un consenso en los agentes implicados sobre lo que son los sistemas IA. Sin embargo, con el objeto de regular la inteligencia artificial (IA) de manera efectiva es necesaria una comprensión común de lo que se entiende por ‘inteligencia artificial’. Con ello se pretende dar respuesta al interrogante de qué es lo que se quiere regular y porqué. Cuáles son los aspectos que se consideran “peligrosos” y que deban ser objeto de regulación. No todos los sistemas IA son objeto de preocupación porque no todos pueden afectar al régimen de derechos.

² El término IA, Inteligencia Artificial, fue usado por primera vez en 1956 por John McCarthy para referirse a “*la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes especialmente programas de computación inteligentes*”. La RAE lo define como “*Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico*”.

³ Parlamento Europeo. ¿Qué es la inteligencia artificial y cómo se usa?
<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/priorities/inteligencia-artificial-en-la-ue/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa>

Se trata de una cuestión compleja, pues no es un solo fenómeno, sino que hay muchas formas de inteligencia artificial. Esto obliga a buscar aproximarse al concepto de inteligencia artificial a través de sus características predominantes y diferenciando entre los distintos tipos existentes. En este sentido, lo que define a los sistemas de IA es la capacidad de procesar datos e información de una manera que se asemeja a un comportamiento inteligente, y abarca generalmente aspectos de razonamiento, aprendizaje, creatividad o la capacidad de predecir o planear. Es de un conjunto de técnicas, por tanto, que permiten a un sistema informático simular características que son propias de la inteligencia humana. De manera que se automatizan ciertas actividades hasta ahora vinculadas exclusivamente con procesos del pensamiento humano, como pueden ser la toma de decisiones.

Los sistemas de IA son capaces de adaptar su comportamiento, en cierta medida, analizar los efectos de acciones previas y trabajar de manera autónoma. Son tecnologías de procesamiento de la información que integran modelos y algoritmos con capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos materiales y virtuales. La inteligencia artificial se relaciona de forma clara con el *big data*. Lo necesita para desarrollar sus funcionalidades, ya que se nutre de la gran cantidad de datos recopilados para entrenar modelos de aprendizaje automático y tomar decisiones basadas en patrones y correlaciones. Esta sinergia permite a la inteligencia artificial realizar tareas como el procesamiento de lenguaje natural, la visión por computadora y la toma de decisiones predictivas con un alto grado de precisión (Cotino Hueso, L. 2017). La tecnología *blockchain* también desempeña un papel importante en este ecosistema (Merchán Murillo, A. 2019). Al aprovechar la seguridad y la inmutabilidad que proporciona la cadena de bloques, tanto el *big data* como la inteligencia artificial pueden garantizar la integridad de los datos, lo que es esencial en aplicaciones críticas como la autenticación de identidades digitales y en la gestión de claves criptográficas, lo que fortalece la seguridad en las comunicaciones y transacciones digitales. La ciberseguridad es otra cuestión relevante en este ámbito⁴.

⁴ El Convenio de Budapest, oficialmente conocido como el Convenio sobre Delitos Cibernéticos, representa un hito fundamental en la lucha contra las infracciones informáticas. Este tratado pionero fue concebido por el Consejo de Europa en Estrasburgo, con la colaboración activa de observadores de estados como Canadá, Japón y China, marcando así un esfuerzo conjunto para abordar las amenazas cibernéticas.

Aprobado por el Comité de ministros del Consejo de Europa en su 109.^a reunión el 8 de noviembre de 2001, el Convenio de Budapest se abrió a la firma en Budapest el 23 de noviembre de 2001, y finalmente entró en vigencia el 1 de julio de 2004; El 1 de marzo de 2006, entró en vigor el Protocolo Adicional a la Convención sobre Delitos Cibernéticos; El segundo Protocolo Adicional de la Convención de Budapest, firmado el 12 de mayo de

La definición que realiza el Proyecto de Reglamento sobre IA del Parlamento Europeo y del Consejo de 2021 se sustenta en sus capacidades. En qué es lo que pueden hacer los sistemas IA. Así, señala que *los sistemas de IA vendrían definidos por el software que se desarrolla, empleando ciertas técnicas o estrategias, y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa*⁵.

A través de estas técnicas o estrategias, la inteligencia artificial permite que los sistemas tecnológicos perciban su entorno, se relacionen con él, resuelvan problemas y actúen con un fin específico. De forma que, el sistema recibe datos, bien sean ya preparados o recopilados a través de sus propios sensores, los procesa y responde a ellos.

Otra aproximación en el intento de definir los sistemas IA se fundamenta en dos de sus características, que son las que generan la necesidad de una respuesta regulatoria específica⁶. Se refiere a la explicabilidad de la IA, de una parte, y a su autonomía, de otra. La explicabilidad es la capacidad de entender y comunicar cómo y por qué los sistemas de IA producen ciertos resultados. La IA se basa en el aprendizaje a partir de los datos, y este aprendizaje puede conducir a formas de inferencia que no son directamente programadas por los humanos, sino que son descubiertas por los propios sistemas de IA.

Esto puede hacer difícil explicar la intención o la lógica de los resultados del sistema, especialmente cuando se trata de modelos complejos como los de *deep learning*, que utilizan redes neuronales artificiales con muchas capas y parámetros (Arellano Toledo 2019, W.; Cotino Hueso, L y Castellanos Claramunt, J 2022).

La explicabilidad deriva en una necesaria regulación de la IA⁷ que garantice a las personas poder conocer los motivos por los que se ha

2022, se centra en proporcionar herramientas efectivas para mejorar la cooperación y la divulgación de evidencia electrónica,

⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, Bruselas, 21 de abril de 2021, COM (2021) 206 final. En un sentido parecido, la Recomendación sobre la ética de la Inteligencia artificial <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/recommendation-ethics-artificial-intelligence> la UNESCO. 2021. “Técnica de procesamiento de la información integra modelos y algoritmos con capacidad para aprender tareas cognitivas y ofrece como resultados la predicción y la adopción de decisiones”.

⁶ *Policy paper A pro-innovation approach to AI regulation Updated 3 August 2023* <https://www.gov.uk/government/publications/ai-regulation-a-pro-innovation-approach/white-paper>

⁷ *¿Qué es la IA explicable?* <https://www.ibm.com/es-es/topics/explainable-ai>

tomado una decisión que afecta a sus derechos y libertades y tener la posibilidad de recurrir las decisiones (Samek, W. Montavon, G. Vedaldi, A., Kai Hansen L, Müller K.R. 2019). Los actores de la IA deberían informar a los usuarios cuando un producto o servicio se proporcione directamente o con la ayuda de sistemas de IA de manera adecuada y oportuna, en particular cuando afecta a su seguridad o a sus derechos humanos; en esas circunstancias, se debería tener la oportunidad de solicitar explicaciones e información al actor de la IA o a las instituciones del sector público correspondientes sobre los factores que influyen en una predicción o decisión específicas, y sobre la existencia o no de garantías adecuadas (como medidas de seguridad o de equidad)⁸.

La explicabilidad está estrechamente relacionada con la transparencia, ya que los resultados y los subprocesos que conducen a ellos deberían aspirar a ser comprensibles y trazables, apropiados al contexto. Los actores de la IA deberían comprometerse a velar por que los algoritmos desarrollados sean explicables. En el caso de las aplicaciones de IA cuyo impacto en el usuario final no es temporal, fácilmente reversible o de bajo riesgo, debería garantizarse que se proporcione una explicación satisfactoria con toda decisión que haya dado lugar a la acción tomada, a fin de que el resultado se considere transparente⁹.

La autonomía de la inteligencia artificial se refiere al grado de independencia y autocontrol que poseen los algoritmos al llevar a cabo una tarea sin necesidad de intervención o supervisión humana. Desde la ejecución de instrucciones pre-programadas hasta la capacidad de generar acciones propias basadas en el aprendizaje y la adaptación al entorno, la autonomía de la IA abarca un espectro amplio. (Arellano Toledo 2019, W.; Cotino Hueso, L y Castellanos Claramunt, J 2022).

Estos elementos no solo pueden tener un carácter impredecible, sino que también poseen la capacidad de infligir daño físico, marcando así el inicio de una nueva fase en la interacción entre los seres humanos y la tecnología. A diferencia del software y de Internet, la particularidad de la IA radica en su capacidad para interactuar con el mundo fuera de línea, manifestando su influencia de manera física en el entorno. Esta autonomía plantea cuestiones importantes, ya que la capacidad de la IA para actuar físicamente en el mundo real implica un potencial real de causar daño material a personas u objetos (Moisés Barrio A. 2018). Así como la dificultad para asignar responsabilidad por los resultados, ya que la autonomía de la IA puede llevar a que

⁸ Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, adoptada el 23 de noviembre de 2021 por la UNESCO

⁹ *Ibid*

algunos sistemas tomen decisiones sin la intención expresa o el control continuo de un ser humano¹⁰.

Para abordar estas cuestiones, se ha propuesto enfoques basados en las capacidades funcionales de la IA, es decir, en lo que puede hacer la IA y cómo lo hace, en lugar de en las tecnologías o aplicaciones específicas de la IA, como el reconocimiento facial o los modelos de lenguaje. De esta manera, se trata de hacer valer un principio de neutralidad tecnológica y se evita que el marco regulatorio se quede obsoleto o limitado por las definiciones legales rígidas, que pueden no abarcar las nuevas formas de IA que puedan surgir en el futuro¹¹

2. Tipologías de sistemas IA

Respecto de las tipologías de sistemas IA, no solo existen distintos tipos, sino que, además, no todos evolucionan de la misma forma. De hecho, se ha producido un gran avance en lo que se denomina IA estrecha, encargada de hacer una tarea concreta, pero no en la IA general, en la que los logros han sido menores comparativamente¹². La IA estrecha, también conocida como IA débil, se refiere a sistemas diseñados para realizar tareas específicas y limitadas, como el reconocimiento de voz, la identificación de imágenes o la traducción de idiomas. No tienen capacidad de aprendizaje o adaptación por sí mismos, y requieren ser programados para realizar una tarea determinada. Su alcance es limitado y no pueden realizar tareas fuera de su campo de especialización. La IA fuerte, en cambio, está diseñada para tener una amplia gama de habilidades cognitivas y capacidad de aprendizaje autónomo. Estos sistemas pueden realizar múltiples tareas y aprenden de forma autónoma a medida que interactúan con el entorno.

La IA fuerte se caracteriza por tener capacidad de razonar, planificar y tomar decisiones complejas en un amplio espectro de situaciones; La IA superinteligente sería otro tipo de IA que superaría la inteligencia humana en todos los aspectos. Este nivel de IA sería capaz de comprender el mundo de una manera que está más allá de la capacidad humana, y sería capaz de

¹⁰ Vid informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA, aprobado en octubre de 2020 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_EN.pdf

¹¹ *Policy paper A pro-innovation approach to AI regulation Updated 3 August 2023* <https://www.gov.uk/government/publications/ai-regulation-a-pro-innovation-approach/white-paper>

¹² *¿Qué es la Inteligencia Artificial? Plan de recuperación, transformación y resiliencia*, 2023. <https://planderrecuperacion.gob.es/noticias/que-es-inteligencia-artificial-ia-prtr>

resolver problemas complejos a una velocidad y eficiencia que los seres humanos no pueden alcanzar. Es una forma teórica de IA que aún no ha sido desarrollada en la práctica.

La inteligencia artificial no solo ofrece oportunidades innovadoras, sino que también plantea riesgos significativos. La capacidad de procesamiento masivo de datos y los algoritmos de aprendizaje automático de la IA pueden generar decisiones automatizadas con un impacto directo en los individuos y en la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, se hace necesario garantizar que estas decisiones no vulneren derechos fundamentales ni afecten a los principios constitucionales básicos.

Los sistemas de IA pueden utilizarse en los sistemas ciberfísicos, incluidos la Internet de las cosas, que se refiere a la tecnología basada en la conexión de objetos a la red, desde electrodomésticos a coches autónomos y ciudades inteligentes, los sistemas robóticos, la robótica social y las interfaces entre seres humanos y ordenadores, que comportan el control, la percepción, el procesamiento de los datos recogidos por sensores y el funcionamiento de los actuadores en el entorno en que operan los sistemas de IA.

3. *El algoritmo como pieza clave de sistemas IA*

La pieza clave en los sistemas IA es el algoritmo. Elemento fundamental de todo el engranaje que, al expresarse en un lenguaje de programación, permite que se realicen actividades registradas y procesadas por sistemas inteligentes. Las Inteligencias artificiales utilizan algoritmos para procesar grandes cantidades de datos y tomar decisiones basadas en patrones y reglas establecidas a través del aprendizaje automático.

Puede definirse como un “conjunto de instrucciones o reglas definidas y no-ambiguas, ordenadas y finitas que permite, típicamente, contestar una pregunta, tomar una decisión, solucionar un problema, realizar un cómputo, procesar datos o llevar a cabo alguna tarea”. Estos procedimientos computacionales toman uno o varios valores de entrada y generan uno o varios valores de salida, por lo tanto, son instrumentos que no intentan establecer un vínculo causal entre una variable específica y su efecto, sino que producen un resultado”¹³.

Se refiere a tipos de sistemas diferentes, de acuerdo con variables como los datos que el mismo maneja, del tipo de funcionamiento interno que se establece para dicho sistema, o de los objetivos de su funcionamiento, entre otros. Desde la perspectiva de su ámbito de acción, hay infinitud de tipos de algoritmos, los que interesan desde la óptica del Derecho Público son

¹³ *Guía de auditoría algorítmica. Éticas-consulting*. <https://www.eticasconsulting.com/eticas-consulting-guia-de-auditoria-algoritmica-para-desarrollar-algoritmos-justos-y-eficaces/>

aquellos que afectan a sectores públicos o de interés social; aquellos que guardan relación con el acceso a ciertas prestaciones que se relacionan con los derechos fundamentales o con bienes constitucionalmente protegidos. Es decir, cuestiones como el acceso a la educación o al trabajo, otras que conlleven discriminación basada en algún posible aspecto derivado del artículo 14 de la Constitución, o que se implementan en el ámbito judicial.

El algoritmo va a depender de cómo lo hayan previsto sus diseñadores, desarrolladores y operadores. En el trabajo de buscadores se accede a la información según ésta se haya categorizado. De forma que los resultados se muestran no solo según las peticiones de los usuarios sino según se hayan categorizado. Básicamente, el problema que se plantea con el uso de los algoritmos, especialmente aquellos de aprendizaje automático, a los que se ha definido como “cajas negras” es la dificultad de que las decisiones derivadas puedan ser comprendidas o controladas, al convertirse en conjuntos opacos de códigos informáticos y datos. Por eso, resulta fundamental que los algoritmos se diseñen, desarrollen y utilicen de forma que sean, no solo adecuados desde el punto de vista jurídico, sino también deben ser fáciles de supervisar y corregir, controlando cualquier sesgo. La transparencia se convierte en un aspecto fundamental para prevenir, identificar y mitigar posibles sesgos¹⁴.

Se puede precisar que el objetivo de análisis a la hora de estudiar cómo se afecta a los derechos fundamentales, no son los algoritmos en sí mismos, sino los procesos de toma de decisiones en torno a los algoritmos.

Se plantea, por último, cual es la naturaleza jurídica de los algoritmos y si éstos pueden ser considerados como una fuente del derecho. A estos efectos, es preciso tener en cuenta que los acuerdos o contratos, a diferencia de las normas jurídicas, carecen de efectos *erga omnes*, es decir, no se aplican universalmente, sino que sus consecuencias se limitan a las partes que los suscriben. Esto va en contra de la característica fundamental de las leyes, que es su aplicabilidad generalizada. Incluso cuando un contrato emitido por una compañía tecnológica afecta a millones de personas, la cantidad de suscriptores no modifica la esencia del algoritmo, el cual sigue confinado, en este caso, a un ámbito privado. En consecuencia, no puede ser considerado una norma jurídica ni formar parte del sistema de fuentes legales (Balaguer Callejón F. 2023)

También interesan algunas cuestiones en el desarrollo del derecho digital relativas a cómo se integran los algoritmos en el panorama legal. O si se requiere desarrollar nuevas categorías legales para abordar los efectos de los algoritmos en la sociedad (Balaguer Callejón F. 2023)

Respecto de la naturaleza jurídica del algoritmo, lo determinante debería ser el ámbito específico en el que se utiliza el algoritmo. De tal forma, que su

¹⁴ *Ibid.*

régimen jurídico no se haga depender de la naturaleza de los procesos técnicos que realizan ni del código fuente en sí mismo considerado. En el ámbito concreto de la Administración Pública (Gutiérrez David. ME, 2021, Vestri G. 2021) tampoco existe unanimidad acerca del carácter o naturaleza jurídica de los algoritmos, aunque puede aceptarse el planteamiento de que, si materialmente realizan las mismas funciones que los reglamentos, deben estar sometidos a las similares garantías (Boix Palop, A. 2020; Martín Delgado I. 2009). En lo que sí hay consenso es en la necesidad de que se regule, puesto que el marco jurídico existente en la actualidad no es suficiente ni permite que las decisiones tomadas sobre algoritmos sean trazables o explicables.

III. REGULACIÓN DE LA IA

El intento de crear un marco regulador de la IA es muy complejo, especialmente por el hecho de que los avances tecnológicos no son claramente previsibles y es preciso esperar a que se produzcan para que se plantee la necesidad de implementar normas jurídicas. Es decir, no hay una suficiente capacidad de anticipación en este sentido. De ahí que resulte imprescindible aplicar el Derecho que venga a proteger a la ciudadanía de una forma lo más abierta posible, en el sentido de lo más neutral. En última instancia, se busca que la regulación sea lo más resistente posible frente al avance del tiempo, considerando la rápida evolución tecnológica relacionada con la inteligencia artificial. En definitiva, se trata de enfrentarse a los problemas o riesgos que presentan la utilización de un desarrollo tecnológico atendiendo, principalmente al contenido, al fondo, al derecho que queda afectado, frente a la plataforma o técnica que se utilice, aun teniendo en cuenta que cada avance tecnológico crea nuevas posibilidades no previstas en la legislación con las consecuentes lagunas que se pueden producir.

Además, y puesto que la IA es sector hiper-regulado, se trata de buscar marcos generales reguladores, que aseguren un desarrollo y un uso de la IA ético, responsable y sostenible, puesto que la maraña normas aplicables, que actualmente regulan algunos usos de la inteligencia artificial (IA), puede que no resulte suficiente para enfrentar los riesgos que la IA puede plantear. (Hernández Peña, J.J. 2022)

1. *Antecedentes de la actual regulación*

Como antecedentes de su regulación, ética y gobernabilidad en el marco de la Unión Europea, además de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a efectos de marco general regulador de derechos y principios inspiradores, como la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la

ciudadanía y la justicia, que son relevantes para el desarrollo y el uso de la IA, son referencias básicas las siguientes:

La Declaración de Tallin sobre Administración Electrónica. La Declaración de Tallin sobre Administración Electrónica de 2017 marcó un hito para crear una administración electrónica orientada a los servicios, fiable e innovadora en Europa, que pueda garantizar servicios públicos digitales transfronterizos de alta calidad, para los ciudadanos y las empresas en el desarrollo de un Mercado Único Europeo dirigido al futuro. El Plan de Acción sobre Administración Electrónica 2016-2020 va a establecer las prioridades y las acciones para modernizar la administración pública y facilitar la interacción con los ciudadanos y las empresas en la UE. El Plan incluye medidas para impulsar el uso de la IA y otras tecnologías digitales en la prestación de servicios públicos, así como para fomentar la colaboración y el intercambio de buenas prácticas entre los Estados miembros¹⁵

La Directiva de Accesibilidad Web establece los requisitos de accesibilidad que deben cumplir los sitios web y las aplicaciones móviles del sector público en la UE, para garantizar que sean accesibles para todas las personas, especialmente para las personas con discapacidad. La Directiva también promueve el uso de estándares abiertos y el desarrollo de soluciones innovadoras, como la IA, para mejorar la accesibilidad web¹⁶.

La también reciente Ley de gobernanza de datos está basada en la contribución voluntaria de datos para el bien común y en un conjunto de principios y prácticas que tienen como objetivo facilitar el acceso y el uso de los datos para fines de interés público, respetando los derechos y las preferencias de los proveedores de datos. Estas normas se fundamentan en la idea de que los datos son un recurso común que puede generar valor social, económico y ambiental, y que requiere una gestión responsable y participativa¹⁷.

La Declaración de Berlín sobre la sociedad digital y la administración digital basada en valores de 2020¹⁸, expresa el compromiso de los Estados

¹⁵ Comunicación de la Comisión Europea [COM(2016) 179 final]: Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/accelerating-the-digital-transformation-of-governments-in-the-eu-2016-2020-action-plan.html>

¹⁶ Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016 sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público <https://www.boe.es/doue/2016/327/L00001-00015.pdf>

¹⁷ Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act) (Text with EEA relevance) <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-governance-act>

¹⁸ Se adoptó en la reunión ministerial durante la presidencia alemana del Consejo de la UE el 8 de diciembre de 2020

miembros de la UE de avanzar hacia una sociedad digital y una administración digital basada en valores, que respete los derechos fundamentales, la democracia, el Estado de Derecho y la soberanía digital. La Declaración también destaca el papel de la IA como una herramienta para mejorar la calidad de vida y el bienestar de las personas, así como para afrontar los retos globales, como la pandemia de COVID-19 o el cambio climático¹⁹.

A nivel global, La UE ha desarrollado una estrategia digital, que se fundamenta en una serie de principios²⁰ y pretende una transformación digital protegida, segura y sostenible que sitúe a las personas en el centro, en consonancia con los valores y los derechos fundamentales de la UE. Con ese propósito, en febrero de 2020, la Comisión publicó el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza²¹. En el Libro Blanco se definen las opciones existentes para alcanzar el doble objetivo de promover la adopción de la IA y de abordar los riesgos vinculados a determinados usos de esta nueva tecnología

Recientemente, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital expresa el compromiso de la Unión Europea con una transformación digital centrada en las personas, en consonancia con los valores fundamentales de la UE y los derechos fundamentales. Fue firmada por los presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 15 de diciembre de 2022²². La Declaración contiene seis puntos claves, que abordan aspectos como la soberanía digital abierta, el respeto de los derechos fundamentales, la inclusión, la accesibilidad, la igualdad y la no discriminación, la participación en el espacio público digital, la seguridad, la protección y el empoderamiento, y la sostenibilidad en el entorno digital. La Declaración pretende ser un marco de referencia para el desarrollo de una IA ética y responsable, que garantice la protección de los derechos humanos y el bienestar de la sociedad.

¹⁹ High-Level Conference on a values-based digital transformation (incl. public panel discussion) <https://www.eu2020.de/eu2020-en/events/-/2357380>

²⁰ La Declaración, presentada por la Comisión en enero de 2022 señala una serie de principios relacionados con la transformación digital. https://wayback.archive-it.org/12090/*/https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital-single-market-strategy-europe-com2015-192-final

²¹ Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>

²² Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01) [https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)&qid=1684248405089](https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01)&qid=1684248405089)

2. El Reglamento de IA de la UE y el acuerdo de 8 de diciembre

En el marco de esa política digital, en abril de 2021, la Comisión Europea presentó una propuesta para establecer un marco normativo de la Unión Europea sobre inteligencia artificial (IA). Esta iniciativa, conocida como el proyecto de Ley de IA, tiene como objetivo principal regular de manera horizontal el campo de la IA. Resulta de un proceso de consulta iniciado en el año 2018, que ha venido trabajando con diversos actores para establecer un marco normativo. El régimen legal propuesto se centra en la utilización específica de los sistemas de IA y los riesgos asociados con el objetivo de lograr una actuación coordinada respecto de las implicaciones éticas y humanas de la IA, desde un enfoque humanista y centrado en la persona, especialmente en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales. Este enfoque es fundamental frente a los riesgos de que se produzcan arbitrariedades, sesgos, discriminaciones y otras vulneraciones de los Derechos fundamentales. (Cotino L. 2021)

La posición del regulador europeo se basa en los riesgos que supone el uso de la IA, de forma que tiene en cuenta la probabilidad de daños derivados, especialmente, de la inteligencia artificial generativa (Barrio Andrés, M. 2022). La UE pretende, con esta regulación, situarse como un líder mundial en el desarrollo de sistemas IA seguros y éticos²³. En diciembre de 2021, el Consejo de la UE acordó la posición general de los Estados miembros sobre la propuesta. Posteriormente, el 14 de junio de 2023, el Parlamento Europeo emitió su posición al respecto. El 8 de diciembre del mismo año se firmó un acuerdo entre el Parlamento Europeo y el Consejo sobre la, mal llamada, Ley de Inteligencia Artificial, que ha marcado un hito significativo en la regulación de esta tecnología a nivel mundial. Este acuerdo conlleva posibles implicaciones globales. Es probable que otras regiones consideren estas normativas como referencia al desarrollar sus propias leyes. Lo que podría contribuir a la formación de estándares globales para el desarrollo y la implementación de la inteligencia artificial²⁴.

En general, el Acuerdo representa un paso significativo hacia la creación de un marco regulatorio sólido para la inteligencia artificial y refleja las preocupaciones y dificultades asociadas con su rápida evolución. Se estructura

²³ Comisión Europea (2021a): “Generar confianza mediante el primer marco jurídico sobre la IA”. En *Excelencia y confianza en la inteligencia artificial*. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_es#generar-confianza-mediante-el-primer-marco-juridico-sobre-la-ia. Comisión Europea (2021b): Nuevas normas sobre la inteligencia artificial: preguntas y respuestas. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/QANDA_21_1683

²⁴ Sobre su contenido vid. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>

en cuatro categorías de riesgo: inaceptable, elevado, limitado y mínimo. Así, se acordó prohibir: a) “sistemas de categorización biométrica que utilicen características sensibles (por ejemplo, creencias políticas, orientación sexual o raza); b) la “extracción no dirigida de imágenes faciales” de Internet o grabaciones de circuito cerrado de televisión (CCTV) para crear bases de datos de reconocimiento facial; c) “sistemas de reconocimiento de emociones” en el lugar de trabajo y en instituciones educativas; d) “sistemas de crédito social” basados en el comportamiento social o características personales; y e) “sistemas que manipulen el comportamiento humano” para quebrantar su libre albedrío o que exploten las vulnerabilidades de las personas (por su edad, discapacidad o situación socio-económica)²⁵.

Junto con los sistemas prohibidos, se relacionan otros a los que se considera de riesgo mínimo y los de alto riesgo. Los primeros únicamente quedan sometidos a obligaciones básicas de transparencia, en particular la necesidad de garantizar la accesibilidad a su documentación técnica. Con carácter voluntario, eso sí, las empresas podrán someterse a códigos de conducta adicionales para estos sistemas de IA²⁶.

Los sistemas de IA clasificados como de alto riesgo forman parte de este grupo porque conllevan un posible daño a la salud, la seguridad, los derechos fundamentales, el medio ambiente, la democracia y el Estado de derecho. Se incluyen, también, los que se usen para influir en resultados electorales y la conducta de los votantes) que quedan sujetos, adicionalmente, a una serie de medidas. En primer lugar, la evaluación y mitigación de riesgos, de entre la cuales, exige una evaluación de impacto sobre derechos fundamentales. Además, exige las garantías de alta calidad de los datos empleados; Una medida que permita el control sobre los registros de actividad. Exige, igualmente medidas apropiadas de supervisión humana. Y, por último, la información y control ciudadano, en forma de explicaciones sobre las decisiones basadas en este tipo de sistemas que afecten a sus derechos y derecho a presentar quejas sobre este tipo de sistemas²⁷.

Respecto a la IA generativa, estos sistemas y los modelos sobre los que se basan (por ejemplo, los GPT de OpenAI) son asimismo objeto de regulación.

²⁵ De forma excepcional, se permite, en cambio, solo en determinados supuestos, el uso por las fuerzas de seguridad de sistemas biométricos en lugares públicos, siempre que se cuente con autorización judicial. Los supuestos, no obstante, que permiten el uso de este tipo de tecnología son los que tienen por finalidad localizar a la víctima de un delito muy grave, prevenir delitos de terrorismo o perseguir crímenes también muy graves. Este es uno de los temas más complicados, que ha exigido necesariamente la toma de la decisión mediante consenso.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

Todos ellos deberán cumplir requisitos de transparencia que incluyen la elaboración de documentación técnica y la difusión de resúmenes detallados sobre el contenido digital utilizado en su entrenamiento, el cual, a su vez, habrá de respetar la normativa europea sobre derechos de autor²⁸.

Finalmente, para aquellos clasificados como “de alto impacto” por su potencial riesgo sistémico (en la misma línea de los citados para los sistemas de alto riesgo), y siempre que reúnan ciertos criterios, se disponen obligaciones más estrictas. Así, además de la obligación común con los sistemas de riesgo alto, de evaluar y mitigar tales riesgos sistémicos, deberán realizar pruebas contradictorias (el conocido como red teaming). Están obligados a informar a la Comisión sobre incidentes graves, así como sobre su eficiencia energética, y deben garantizar la ciberseguridad²⁹.

El acuerdo explica con claridad el estado actual el proceso legislativo y los plazos previstos para la entrada en vigor de la “Ley”, que deberá someterse a aprobación final por el Parlamento Europeo y por el Consejo. La totalidad del futuro Reglamento no será aplicable hasta dos años después, si bien algunas de sus disposiciones, como las relativas a las prohibiciones y a la IA generativa, serán aplicables al cabo de 6 y 12 meses desde la entrada en vigor, respectivamente. Se da la Comisión Europea un papel clave para la implementación de la Ley, ya que le permite adoptar actos delegados y de ejecución para especificar los requisitos técnicos y metodológicos de los sistemas de IA, así como para actualizar la lista de usos prohibidos o de alto riesgo. Esto implica que la Comisión tendrá que estar al día de los avances científicos y tecnológicos en el campo de la IA y consultar a las partes interesadas, como los proveedores, los usuarios, las autoridades nacionales y los expertos independientes³⁰.

El acuerdo también implica que los Estados miembros tendrán que adaptar sus legislaciones nacionales para garantizar la aplicación efectiva y coherente de la Ley, especialmente en lo que se refiere a las infracciones y sanciones. El acuerdo establece un marco común de sanciones administrativas, que pueden llegar hasta el 7% del volumen de negocios anual total de una empresa, pero deja a los Estados miembros la facultad de determinar las sanciones penales o civiles que consideren apropiadas. Además, los Estados miembros tendrán que designar a las autoridades nacionales competentes para supervisar y hacer cumplir la Ley, así como a los organismos notificados que se encargarán de evaluar la conformidad de los sistemas de IA de alto riesgo³¹.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ Vid la nota “Alerta: Ley europea de Inteligencia Artificial.” <https://hsfnotes.com/madrid/2023/12/13/alerta-ley-europea-de-inteligencia-artificial/>

Pese a que este Reglamento se viene calificando como la primera Ley del mundo, en puridad no es así. Tanto China como los EE.UU han aprobado en 2023, normas generales al respecto. La norma europea, eso sí, lo es con arreglo a valores occidentales, en tanto que, en contraste con el Decreto presidencial estadounidense, es una norma a la vez horizontal e imperativa para todos sus destinatarios. Las diferencias regulatorias son claras. Lo más relevante es la tendencia a regular de acuerdo con defensa de la ética y la protección de los derechos fundamentales de la UE, de una forma más claramente intervencionista en Europa, frente al sistema de EEUU, que anunció su primera regulación de la inteligencia artificial en octubre de 2023, mediante una orden ejecutiva del presidente americano. La Orden establece una serie de principios y prácticas para el uso responsable y confiable de la IA por parte de las agencias federales, como la transparencia, la equidad, la rendición de cuentas, la seguridad y la privacidad. La Orden también crea un comité asesor de expertos del sector, la academia y la sociedad civil para supervisar la implementación de la regulación y proponer recomendaciones para mejorarla. La orden no se aplica a las empresas privadas ni a los usos militares de la IA. (Hernández Peña, J.J. 2022)³².

China publicó nuevas normas sobre la inteligencia artificial generativa (IA) en julio de 2023, convirtiéndose en uno de los primeros países del mundo en regular la IA. Las normas solo se aplican a los servicios disponibles para el público en general en China y exigen que los proveedores de servicios de IA realicen revisiones de seguridad y registren sus algoritmos ante el gobierno si sus servicios pueden influir en la opinión pública o pueden “movilizar” al público. Además, las normas obligan a revelar los contenidos generados artificialmente, así como los datos utilizados para entrenar cualquier modelo lingüístico de gran tamaño³³. En términos generales, la regulación en China viene dada por un conjunto de regulaciones departamentales que se centran en diferentes aspectos de los sistemas de IA.

Las normas generales de China y EE.UU sobre la IA en 2023 tienen algunas similitudes con la Ley Europea de Inteligencia Artificial, como la preocupación por la seguridad, la transparencia y la rendición de cuentas de los sistemas de IA, o la necesidad de revelar los contenidos generados artificialmente. Sin embargo, también hay diferencias significativas, como el ámbito de aplicación de las normas, el grado de intervención y control del gobierno, o el enfoque basado en los derechos humanos y los valores democráticos que caracteriza a la regulación europea de inteligencia artificial.

³² Ver Diario La Ley. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/10/31/el-presidente-biden-emite-una-orden-ejecutiva-para-desarrollar-en-los-eeuu-una-inteligencia-artificial-segura-y-confiable>

³³ Ver Diario La Ley. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/09/01/china-aprueba-una-regulacion-de-la-inteligencia-artificial-y-de-la-inteligencia-artificial-generativa>

Al igual que su contraparte en los Estados Unidos, el gobierno chino promueve el desarrollo y la consolidación de sus empresas al facilitar su crecimiento inicial y su posición en el mercado. Esta estrategia se lleva a cabo mediante la implementación de legislación que se centra exclusivamente en la reducción de riesgos inaceptables o en la protección significativa de sus ciudadanos. No obstante, a diferencia de otras aproximaciones, el gobierno chino elige no emplear la regulación como un instrumento directivo que pueda condicionar o restringir los avances en el campo de la inteligencia artificial (Hernández Peña, J.J. 2022).

3. *Regulación en España*

En España el documento de referencia es “La carta de derechos digitales”, que fue presentada el 14 de julio de 2021. La Carta, sin carácter normativo, se configura como una guía de futuros proyectos legislativos y del desarrollo de las políticas públicas (Barrio Andrés, M. 2021). Su objetivo es reforzar los derechos de la ciudadanía, generar certidumbre en la nueva realidad digital y aumentar la confianza ante los cambios y disrupciones tecnológicas (Barranco Avilés, MC. Y Martínez García, 2021.). En resumen, la Carta recopila principios y derechos que orientarán la formulación de futuras normativas y políticas públicas, con el propósito de garantizar la protección de los derechos individuales y colectivos en los nuevos entornos digitales. (Cotino Hueso, L. 2022)

La Carta de Derechos Digitales aborda cuestiones como la pseudonimidad (Adsuares Varela B. 2022) y la protección de datos, el derecho a la herencia digital, a la libertad de expresión y de acceso a información veraz, a la desconexión digital, la protección de menores, la ciberseguridad, la educación digital, la accesibilidad y neutralidad de internet, el uso de mecanismos de localización o perfilado, el acceso a los archivos, o el derecho de cada persona al control sobre su propia identidad así como el derecho a la igualdad y no discriminación, los derechos de la persona ante la inteligencia artificial y las neurotecnologías

Por último, resulta de interés el Real Decreto 22/2023, por el que se aprueba el estatuto de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA). La AESIA se adscribe al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a través de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Con la creación de esta Agencia, España se convierte en el primer país europeo en tener un órgano de estas características y se anticipa a la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial. Dicho proyecto de reglamento establece para los Estados miembros la obligación de seleccionar una autoridad nacional de supervisión

que se encargue de supervisar la aplicación de la normativa en materia de Inteligencia Artificial³⁴

IV. DECLARACIONES Y ACUERDOS INTERNACIONALES BASADOS EN LA ÉTICA

La Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, de la UNESCO adoptada el 23 de noviembre de 2021³⁵ representa un hito significativo en el ámbito de la ética de la inteligencia artificial, al convertirse en el primer marco normativo universal sobre esta cuestión, y que tiene como objetivo orientar a los Estados, las organizaciones internacionales, el sector privado, la sociedad civil y la comunidad científica en el desarrollo y el uso de la IA, de acuerdo con los valores universales de los derechos humanos, la dignidad humana y la diversidad cultural³⁶ La Recomendación defiende ciertos valores y descansa en determinados principios, referidos a distintos ámbitos de actuación política. Aborda la ética de la IA como una

“reflexión normativa sistemática, basada en un marco integral, global, multicultural y evolutivo de valores, principios y acciones interdependientes, que puede guiar a las sociedades a la hora de afrontar de manera responsable los efectos conocidos y desconocidos de las tecnologías de la IA en los seres humanos, las sociedades y el medio ambiente y los ecosistemas, y les ofrece una base para aceptar o rechazar las tecnologías de la IA”.

El enfoque central de esta declaración radica en la promoción y salvaguardia de los derechos humanos, la dignidad humana y la sostenibilidad medioambiental. Además, se enfatiza la importancia de principios fundamentales como la rendición de cuentas y el Estado de derecho. Asimismo,

³⁴ Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-18911; Vid. doc. Referencia de Consejo de Ministros Aprobado el estatuto de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2023/CONSEJO-DE-MINISTROS/22-08-23-NP-CM-Estatutos-Agencia-Inteligencia-Artificial.pdf>

³⁵ Fue respaldada por unanimidad por los 193 Estados Miembros de la UNESCO en noviembre de 2021

³⁶ Adopción del primer instrumento normativo mundial sobre la ética de la inteligencia artificial. En la Conferencia General de la UNESCO celebrada en noviembre de 2021, los 193 Estados Miembros de la Organización adoptaron una Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial, el primer instrumento normativo existente a nivel mundial sobre esta cuestión.

<https://www.unesco.org/es/articles/adopcion-del-primer-instrumento-normativo-mundial-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>

esta declaración abarca capítulos específicos que abogan por una gobernanza más efectiva de los datos, así como por la inclusión y la igualdad de género. La aplicación de la ética a la IA debe estar presente para cualquier persona, sea de naturaleza pública o privada, que participe en cualquier etapa del ciclo de vida de un sistema de IA, incluyendo la investigación, concepción y el desarrollo y su utilización, además del mantenimiento, el funcionamiento, la comercialización, la financiación, el seguimiento y la evaluación, la validación, el fin de la utilización, el desmontaje y la terminación³⁷. La Recomendación presta especial atención a las repercusiones éticas más amplias de los sistemas de IA en las principales esferas de competencia de la UNESCO. En concreto, en la educación, la ciencia, la cultura y la comunicación y la información.

Además, es preciso hacer referencia a los acuerdos internacionales que se han tomado recientemente sobre esta materia.

La declaración de Bletchley Park es un hito histórico en la cooperación internacional sobre la inteligencia artificial (IA), que reconoce los beneficios y los riesgos que plantea esta tecnología para la humanidad y el planeta. La declaración fue firmada por los representantes de 28 países, entre ellos la Unión Europea, Estados Unidos y China, que son los principales actores en el desarrollo y el uso de la IA. La declaración se basa en los principios y valores compartidos de la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y la sostenibilidad, y se compromete a trabajar conjuntamente para garantizar una IA segura, centrada en el ser humano, confiable y responsable.

La declaración de *Bletchley Park* es el primer paso de un proceso continuo de cooperación global sobre la IA, que tendrá continuidad con futuras cumbres cada seis meses en diferentes países. La próxima cumbre tendrá lugar en Corea del Sur, y después en Francia. El propósito de estas cumbres es crear un panel al estilo del IPCC del cambio climático, que evalúe periódicamente los avances y amenazas de la IA, y que emita recomendaciones y

³⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, 2020/2012(INL).

Comisión Europea, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano* [COM(2019) 168].; Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, *Directrices éticas para una IA fiable*, 2019.; Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, *Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI) for self-assessment (Lista de evaluación para una inteligencia artificial fiable con fines de autoevaluación)*, 2020.; La Alianza de la IA es un foro de múltiples interesados que se creó en junio de 2018. Para más información, véase el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-ai-alliance>.; Grupo de expertos de alto nivel sobre IA, *Directrices éticas para una IA fiable*, 2019.

orientaciones para los gobiernos, las organizaciones internacionales, el sector privado, la sociedad civil y la comunidad científica³⁸.

Por último, el Grupo de los Siete (G7) puso en marcha el pasado mayo de 2023 en la cumbre de Hiroshima (oeste) una iniciativa que ha derivado en la elaboración de once principios para empresas y organizaciones involucradas en el desarrollo y el uso de sistemas de IA. Estos principios se basan en los valores compartidos por el G7, como la democracia, el estado de derecho, el respeto a los derechos humanos y la diversidad.

El código de conducta se denomina el “Proceso de IA de Hiroshima” y tiene como objetivo promover el desarrollo de sistemas de IA seguros y fiables a nivel internacional y gestionar sus riesgos. El código de conducta se revisará periódicamente para adaptarse a la rápida evolución de la tecnología y se cooperará con los actores implicados en el sector de la IA, como la sociedad civil, la academia, el sector privado y las organizaciones internacionales. El código de conducta fue respaldado por los líderes del G7 (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y el Reino Unido) el 30 de octubre de 2023.

V. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El uso de la inteligencia artificial, con sus características específicas, como son la utilización masiva de datos, la falta de transparencia, o su comportamiento autónomo, puede tener consecuencias negativas para diversos derechos fundamentales, a partir de una posible afectación a la dignidad humana que se plantea como base y punto de referencia del conjunto de los derechos fundamentales³⁹. Pese a que los derechos no se estudian de forma aislada, en cuanto componen un sistema, un conjunto, que conlleva que solo se pueden entender dentro de ese sistema. A los meros efectos de una mejor exposición, resulta conveniente estructurar en cuatro apartados la referencia sobre cómo afectan los sistemas IA al régimen de derechos fundamentales.

El primero, el principio de igualdad, como consecuencia de las cuestiones relacionadas con la discriminación algorítmica y la necesidad de garantizar la igualdad y la no discriminación en el uso de sistemas de IA. Lo que se conoce

³⁸ Declaración de Bletchley de los países que asisten a la Cumbre de seguridad de la IA, 1 y 2 de noviembre de 2023 <https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/dbc58681-1b68-47e0-8e3f-f91435fdf8ce>

³⁹ Con la referencia al derecho a la dignidad (art. 10 CE) fundamento del orden político y la paz social: La dignidad de la persona; Los derechos inviolables que le son inherentes; El libre desarrollo de la personalidad; El respeto a la ley y a los derechos de los demás.

como sesgo algorítmico (Belloso Martín, N. 2022). El sesgo puede producirse de forma intencional o de manera involuntaria. De manera que determinados puntos se programen en un algoritmo, o no lo hagan, con lo que se consigue replicar sesgos de carácter estructural. O bien, la IA podría ser utilizada para la toma de decisiones que están afectadas por cuestiones como pueden ser el sexo o la pertenencia a un grupo diferenciado por edad o por origen social, u otros.

Los sesgos son especialmente problemáticos cuando conducen a discriminaciones a favor de un grupo en detrimento de otro. Este fenómeno no es exclusivo de los sistemas de inteligencia artificial, sino que es inherente a cualquier proceso de toma de decisiones, ya sea ejecutado por seres humanos o de forma automática. Es crucial destacar que estos sesgos no se limitan a simples errores técnicos; sus implicaciones son significativas. Se ha observado que tienden a repetirse y a perpetuarse, fortaleciendo dinámicas de dominación, privilegio y discriminación. En última instancia, esto amplifica el riesgo de que las desigualdades existentes se vean acentuadas y consolidadas a través de la automatización y el aprendizaje de las máquinas (Ninareh Mehrabi, N.; Morstatter, F.; Saxena, N.; Lerman, K.; Galstyan, A. 2019).

La segunda gran cuestión, relacionada con la anterior, pero que puede analizarse desde un enfoque más específico y pone en relación los sistemas IA con los derechos fundamentales, es la protección de la vida privada. En el ámbito del artículo 18 de la Constitución, aparecen nuevos riesgos o, en algunos casos los mismos pero llevados a una dimensión distinta y mucho mayor como consecuencia de la IA. La recolección y el análisis masivo de datos plantean interrogantes sobre el alcance de la privacidad individual y la salvaguarda de la intimidad en un entorno de creciente vigilancia y monitoreo (Cotino Hueso, L. 2017)⁴⁰.

La fuente de los datos utilizados por la inteligencia artificial es una consideración crítica que plantea diversas preguntas en el ámbito jurídico. ¿De dónde provienen estos datos? ¿Fueron obtenidos de manera ética y respetando los derechos de privacidad, o existe la posibilidad de que se hayan recopilado de manera que infrinja dichos derechos? Además, surge la preocupación sobre la autenticidad de los datos: ¿son legítimos o potencialmente falsos, careciendo de valor? Más aún, la representatividad de los datos es crucial; si no son representativos, los resultados pueden ser sesgados, conduciendo a discriminación arbitraria.

La procedencia y contenido de los datos, por lo tanto, son elementos fundamentales que generan una serie de interrogantes en el contexto legal relacionadas con la inteligencia artificial. Es esencial analizar si los datos

⁴⁰ AEPD – ISMS Forum (eds.), ACED, E. et al. (coords.) Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos de Big Data, AEPD e ISMS Forum, 2017 Madrid.

utilizados son válidos, éticos y representativos para garantizar resultados justos y no sesgados. La IA también supone riesgos para la privacidad y la protección de datos al utilizarse, por ejemplo, en equipos de reconocimiento facial o para el seguimiento en línea y la creación de perfiles de personas. Además, permite fusionar información que una persona ha proporcionado con datos nuevos, pudiendo crear perfilados (Andoni Eguíluz Castañeira J. 2020). Los sistemas de IA también pueden usarse para crear vídeos, audios o imágenes falsos pero realistas, conocidos como “*deepfakes*”. Este contenido puede implicar riesgos financieros, daños reputacionales y problemas en las tomas de decisiones. Todo esto podría conducir a la separación y polarización en la esfera pública y manipular las elecciones.

Finalmente, respecto de los aspectos más reseñables que ponen en relación el Derecho a la protección de datos personales con los sistemas IA (Rebollo Delgado L. 2023) El RGPD prevé una especial limitación aplicable a los sistemas de IA y referida a la toma de decisiones automatizadas. Así, las personas tienen el derecho de no ser sujetas a decisiones automatizadas que, basadas únicamente en el procesamiento de datos, puedan tener un impacto legal significativo en ellas o afectarlas de manera similar⁴¹.

Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. (art. 22 RGPD)

Este derecho garantiza que ninguna persona sea sujeta a decisiones importantes o significativas que afecten sus derechos y su vida diaria cuando estas decisiones se basan únicamente en procesos automatizados, mediante algoritmos o sistemas informáticos, sin intervención humana directa (Palma Ortigosa A. 2022.) Así, la negación de un préstamo, una oferta de trabajo, la aprobación o rechazo de una solicitud de seguro o la asignación de recursos públicos no debe basarse únicamente en algoritmos sin que una persona haya tenido la oportunidad de influir en la decisión.

El tratamiento automatizado de datos también abarca la elaboración de perfiles⁴², que es la evaluación de datos personales para analizar o predecir aspectos relacionados con el desempeño laboral, la situación económica, la

⁴¹ “Art. 22 del RGPD

⁴² Debe ser una forma automatizada de tratamiento, incluyen do aquellos tratamientos que tienen participación parcialmente humana. Debe llevarse a cabo respecto a datos personales; Y el objetivo de la elaboración de perfiles debe ser evaluar aspectos personales sobre una persona física. Vid. Informe de la agencia de Protección de Datos sobre adecuación al Reglamento General de Protección de Datos de tratamientos que incorporan inteligencia artificial. Una introducción

<https://www.aepd.es/documento/adecuacion-rgpd-ia.pdf>

salud, preferencias personales, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de una persona, cuando estas evaluaciones pueden tener consecuencias legales significativas o un impacto similar⁴³.

“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”. (Art. 4.4 RGPD)

Teóricamente son cuestiones distintas. Así, para una plataforma que utiliza tratamiento automatizado, el sistema podría, por ejemplo, registrar información, asignar un código de seguimiento a esta información y ofrecer respuestas automáticas para guiar a un usuario, o tomar decisiones en un determinado proceso. En cuanto a la elaboración de perfiles, la plataforma lo que haría es analizar datos y patrones de comportamiento para obtener una información gracias a la que podría, por ejemplo, personalizar recomendaciones.

La creación de perfiles tiene el potencial de perpetuar los estigmas preexistentes y fomentar la fragmentación social. De manera paralela, puede encajonar a un individuo en una etiqueta específica, restringiendo sus opciones a las sugerencias preestablecidas. Este fenómeno puede minar la libertad de elección de las personas, limitando, por ejemplo, sus decisiones sobre productos y servicios, como libros, música o noticias. En ocasiones, la creación de perfiles puede conllevar predicciones erróneas, mientras que en otros casos puede dar lugar a la negación de servicios y bienes, perpetrando así una discriminación injustificada.

El Reglamento establece disposiciones con el propósito de garantizar que la práctica de elaboración de perfiles y la toma de decisiones automatizadas, ya sea con o sin la elaboración de perfiles, se realicen de manera que no conlleven un impacto injustificado en los derechos de los individuos. Entre estas disposiciones se incluyen: La imposición de requisitos específicos en cuanto a transparencia y equidad; La asignación de mayores responsabilidades en términos de proactividad; La definición de bases legales específicas para el procesamiento de datos; El otorgamiento de derechos individuales para oponerse a la elaboración de perfiles, en particular con fines de marketing; La exigencia de llevar a cabo una evaluación de impacto en la protección de datos cuando se cumplan ciertas condiciones.

⁴³ Los campos del sector bancario y financiero, la asistencia sanitaria, la fiscalidad, los seguros, la mercadotecnia y la publicidad son ejemplos típicos en los cuales se lleva a cabo de manera recurrente la elaboración de perfiles para enriquecer el proceso de toma de decisiones.

La elaboración de perfiles está formada por tres elementos: debe ser una forma automatizada de tratamiento, debe llevarse a cabo respecto a datos personales y el objetivo de la elaboración de perfiles debe ser evaluar aspectos personales sobre una persona física⁴⁴. Implica un proceso de tratamiento automatizado, aunque no excluye la participación humana en la definición de dichos perfiles. Este procedimiento se basa en deducciones estadísticas y se utiliza comúnmente para predecir comportamientos o características de individuos a partir de datos recolectados de diversas fuentes, considerando similitudes estadísticas con otros individuos.

Según el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), la creación de perfiles se define como el procesamiento automatizado de datos personales con el fin de evaluar aspectos personales, especialmente para analizar o prever aspectos de las personas. La palabra “evaluar” implica que la creación de perfiles involucra algún tipo de valoración o juicio sobre un individuo. Sin embargo, es importante destacar que la mera clasificación de personas en función de datos conocidos como edad, sexo y altura no siempre constituye una creación de perfiles, ya que esto dependerá de la finalidad de dicha clasificación. Por ejemplo, una empresa podría clasificar a sus clientes en función de su edad o género con fines estadísticos y para obtener una visión general de su base de clientes, sin realizar predicciones o sacar conclusiones sobre un individuo en particular. En este caso, la finalidad no es evaluar las características individuales, por lo que no se consideraría una creación de perfiles⁴⁵.

En textos anteriores, en los que se inspira el RGPD, se recoge que la elaboración de perfiles puede implicar tres fases distintas: Primera, recogida de datos; Segunda: análisis automatizado para identificar correlaciones; Tercera: aplicación de la correlación a una persona para identificar características de comportamientos presentes o futuros. Los responsables que llevan a cabo la elaboración de perfiles deberán garantizar que cumplen los requisitos del RGPD respecto a todas estas fases⁴⁶. La elaboración de perfiles, en líneas generales, implica la recopilación de información relativa a una persona o un grupo de individuos, seguida de una evaluación de sus características y

⁴⁴ Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29. Directrices del Comité Europeo sobre Protección de Datos referentes a decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del reglamento 2016/679. Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas y adoptadas por última vez el 6 de febrero de 2018

<https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ La Recomendación CM/Rec(2010)13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal en el contexto de la creación de perfiles

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cdd2a

patrones de comportamiento con el fin de categorizarlos de manera específica. Esto se realiza principalmente para llevar a cabo análisis o pronósticos acerca de aspectos como su competencia en la realización de tareas, sus intereses personales o su comportamiento futuro. La determinación de si se configura una decisión automatizada o no, se hace depender de las circunstancias particulares involucradas en el proceso⁴⁷.

En tercer lugar, los riesgos de la IA planean sobre los derechos del ámbito de la comunicación. Resulta especialmente preocupante los daños que pueden producirse respecto de otro derecho fundamental, que queda necesariamente afectado, la libertad de expresión, más concretamente la libertad de información, que se manifiesta a través de lo que se ha denominado censura algorítmica. La censura algorítmica es el fenómeno por el cual los sistemas de inteligencia artificial (IA) limitan o manipulan la información que se difunde o se accede en el entorno digital, afectando así a la libertad de expresión y de información. Este fenómeno puede tener diversas causas y consecuencias, que se relacionan con el diseño, el funcionamiento y el uso de los sistemas de IA. (Teruel Lozano G. 2014; Cotino Hueso, L, 2005, p. 59).

La inteligencia artificial tiene, además, la capacidad de difundir información errónea; desde otra perspectiva, puede contribuir a la desinformación y la propagación de noticias falsas. Asimismo, la inteligencia artificial puede generar artificialmente imágenes, documentos y voces, convirtiéndose en un medio que puede afectar de manera significativa bienes jurídicos fundamentales. Estos dos aspectos adicionales subrayan la importancia de considerar la influencia potencialmente perjudicial de la inteligencia artificial en la calidad de la información y en la integridad de diversos elementos, destacando así la necesidad de un enfoque crítico y regulaciones adecuadas en estos ámbitos.

Lo anterior se relaciona también con el derecho de sufragio como base del proceso democrático (González de la Garza, M. 2019). Se ha señalado la necesidad de preservar este derecho en la era digital. La desinformación y los ataques informáticos dirigidos contra procesos electorales, campañas y

⁴⁷ Se pueden tener en cuenta una serie de aspectos para ponderar sobre la necesidad de los intereses legítimos por el responsable del tratamiento o por un tercero: *el nivel de detalle del perfil (un interesado cuyo perfil corresponde a un grupo ampliamente descrito como «gente interesada en la literatura inglesa», o segmentado y abordado a un nivel muy específico); la exhaustividad del perfil (si el perfil describe únicamente un pequeño aspecto del interesado, o presenta una visión más exhaustiva); las consecuencias de la elaboración del perfil (los efectos sobre el interesado); y la garantías destinadas a garantizar la lealtad, la no discriminación y la precisión del proceso de elaboración de perfiles.* Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29. Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del reglamento 2016/679. Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas y adoptadas por última vez el 6 de febrero de 2018 <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

candidatos pueden polarizar el discurso público y quebrantar el secreto del voto, socavar la integridad y equidad del proceso electoral y minar la confianza de la ciudadanía en los representantes que hayan sido elegidos. En este contexto, se ha destacado la importancia de las salvaguardias y las medidas activas para contrarrestar las campañas de desinformación, el uso indebido de datos privados, las amenazas híbridas y los ciberataques (Aba Catoria, A. 2019)⁴⁸.

Para garantizar el respeto a estos derechos en la era digital, se requiere un marco normativo adecuado, que regule el uso de la IA de forma ética y responsable, y que establezca mecanismos de transparencia, rendición de cuentas y control de los sistemas de IA. Asimismo, se requiere una mayor concienciación y educación de los ciudadanos, que les permita ejercer un pensamiento crítico y una alfabetización mediática e informacional, frente a los riesgos de la censura algorítmica.

Por último, se hace referencia al derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, que puede verse limitado por la falta de vigilancia humana cuando se utilizan sistemas de inteligencia artificial (IA) para asistir o sustituir a los jueces en la aplicación de la ley. La IA puede ofrecer ventajas como la rapidez, la eficiencia o la uniformidad, pero también puede presentar riesgos como el error, el sesgo o la falta de transparencia. Por ello, es necesario que exista un control humano adecuado sobre la IA, que garantice el respeto a los principios y garantías procesales, así como a los derechos y libertades de las personas (Barona Villar, S. 2021)

Resulta necesario establecer unos criterios de calidad, seguridad y ética para la IA, que aseguren su fiabilidad, precisión y equidad, como forma de ayudar a preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, así como manera de fomentar la confianza y la aceptación de la IA en el ámbito judicial. El control o vigilancia humano facilitará el respeto de éste y otros derechos fundamentales, ya que contribuye a reducir al mínimo el riesgo de adoptar decisiones asistidas por IA erróneas o sesgadas de aplicación de la ley por el poder judicial (Lorenzo Pérez, C. 2022).

VI. CONCLUSIONES

La regulación efectiva de la IA requiere una comprensión común de su significado. Se ha buscado definir los sistemas IA según sus capacidades y a través de sus características. Principalmente, las cuestiones referentes a la

⁴⁸ La Carta de los Derechos Fundamentales en el contexto de la inteligencia artificial y el cambio digital <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11481-2020-INIT/es/pdf>

explicabilidad y autonomía. La *explicabilidad* implica comprender y comunicar los resultados de la IA, especialmente en modelos complejos como el *deep learning*. La autonomía, que abarca desde ejecutar instrucciones preprogramadas hasta la toma de decisiones independiente, plantea preocupaciones sobre la capacidad de la IA para causar daño físico y la asignación de responsabilidad. En este contexto, se propone un enfoque basado en las capacidades funcionales de la IA para garantizar neutralidad tecnológica y adaptabilidad regulatoria ante futuros avances.

Del análisis del marco normativo existente se traducen las dificultades que se presentan para su armonización global. Se ha prestado especial atención al Reglamento de la Unión Europea y al posterior acuerdo de 8 de diciembre, así como al resto de los documentos y propuestas de la Unión, que evidencian la preocupación por dotar de un marco regulador a los derechos fundamentales ante la irrupción de los sistemas de IA. Estos derechos pueden verse afectados por los sesgos, las discriminaciones, la desinformación y las amenazas a la ciberseguridad que puede generar la IA, así como por la falta de control y responsabilidad de sus acciones y decisiones.

La ética y los acuerdos globales resultan fundamentales para dotar de principios que garanticen los derechos fundamentales ante la irrupción de los sistemas IA. La Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, de la UNESCO, se convierte en el primer marco normativo universal sobre esta cuestión, que establece los valores, principios y ámbitos de actuación política que deben orientar a los actores involucrados en el ciclo de vida de un sistema de IA. Asimismo, se ha hecho referencia a otros acuerdos internacionales relacionados con la ética de la IA, como la declaración de Bletchley Park, que es una iniciativa de cooperación global entre 28 países, y los once principios del G7 para empresas y organizaciones que trabajan con sistemas de IA. Estos acuerdos señalan la necesidad de trabajar en marcos regulatorios globales y comunes, que respeten los derechos humanos, la dignidad humana y la diversidad cultural.

Definida la inteligencia artificial (IA) y su regulación, se plantea cómo puede afectar a los derechos fundamentales, especialmente al principio de igualdad, a la protección de la vida privada, a la libertad de expresión y a la participación democrática. Así como a la toma de decisiones por el poder judicial. El hecho de que la IA pueda tener un comportamiento autónomo y poco transparente dificulta especialmente el control y la responsabilidad de sus acciones y decisiones.

El derecho a la protección de la vida privada se ve amenazado por el uso masivo de datos personales por parte de los sistemas de IA. Se plantean diversas cuestiones sobre la procedencia, el contenido, la autenticidad y la representatividad de los datos utilizados por la IA, así como sobre los riesgos de sesgos, discriminaciones, desinformación y ciberataques que puede

generar la IA. Se evidencian también las posibles consecuencias negativas de la IA para la esfera pública, la democracia y las elecciones, por lo que se proponen medidas de control y educación para garantizar el respeto a los derechos fundamentales. Igualmente, es preciso destacar los riesgos de decisiones automatizadas que produzcan efectos jurídicos o afecten significativamente a las personas, así como de la elaboración de perfiles.

Finalmente, se ha profundizado en el impacto de la IA en los derechos de carácter político, relacionados con el ámbito de la comunicación, como la libertad de expresión, la libertad de información y el derecho de sufragio. Se ha descrito el fenómeno de la censura algorítmica, así como los riesgos de que la IA puede difundir información errónea, generar información falsa y atentar contra la integridad y equidad de los procesos electorales. Se plantea la necesidad de un marco normativo, un control humano y una educación ciudadana para garantizar el respeto a estos derechos en la era digital. Por último, se ha abordado el derecho a la tutela judicial efectiva, que puede verse limitado por el uso de la IA para asistir o sustituir a los jueces. Se ha propuesto establecer criterios de calidad, seguridad y ética para la IA, que aseguren su fiabilidad, precisión y equidad, así como un control humano adecuado que reduzca el riesgo de decisiones erróneas o sesgadas.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA CATORIA, Ana. “Seguridad nacional: libertad y seguridad en el ciberespacio”. en *RGDA Iustel*, n.º 50, febrero 2019.
- ADSUARA VARELA, Borja. “El derecho al pseudonimato. Entre la identificación y el anonimato” Lorenzo de Cotino Hueso (editor), *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 53 a 78.
- ARELLANO TOLEDO, Wima. “El derecho a la transparencia algorítmica en big data e inteligencia artificial”, en *RGDA Iustel*, n.º 50, febrero 2019.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *La constitución del algoritmo* Fundación Giménez Abad. Zaragoza, 2023. 2º ed.
- BARONA VILLAR, Silvia. *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Madrid, Wolters Kluwer, 2018.
- “Carta de Derechos Digitales: ¿el preámbulo de una reforma de la Constitución española?, *The conversation* (2021).
- Génesis y desarrollo de los derechos digitales. *Revista De Las Cortes Generales*, (110), 197-233. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1572>.
- *Manual de Derecho digital*, Editorial Tirant lo Blanch, 2.ª edición (2022).
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen y MARTÍNEZ GARCÍA, María. “La Carta de Derechos Digitales: una oportunidad para el desarrollo de una inteligencia artificial ética y responsable” *Revista Icade*, n.º 116, 2021.

- BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género). ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?” En oc. Dir. Fernando Llano Alonso *Inteligencia artificial y filosofía del Derecho*. Ediciones Laborum. Murcia, 2022, pp. 45-78.
- BOIX PALOP, Andrés. “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*, n.º 1, 2020. Sobre la regulación de los algoritmos en Derecho administrativo.
- COTINO HUESO, Lorenzo y CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge. “Transparencia y Explicabilidad de la Inteligencia Artificial y “Compañía” (Comunicación, Interpretabilidad, Inteligibilidad, Auditabilidad, Testabilidad, Comprobabilidad, Simulabilidad...). Para qué, para quién y cuánta”. En *Transparencia y explicabilidad de la Inteligencia Artificial*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2022.
- COTINO HUESO, Lorenzo (editor). *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- . “Big data e inteligencia artificial, una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, en: *Dilemata*, 24, 2017 pp. 131-150.
- . “Un análisis crítico constructivo de la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial (Artificial Intelligence Act)”, *Diario La Ley*. 2021.
- . “Algunas Claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los «blogs»”, en *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005, p. 59.
- EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, Josu Andoni. “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”, en: *Estudios de Deusto*, 68, 2020, 325-368.
- GONZÁLEZ DE LA GARZA, Miguel. “El Big Data como la gran herramienta de pronóstico de tendencias en los sistemas electorales. del salto del paradigma demoscópico a los datos de comportamiento real”. en *RGDA Iustel*, n.º 50, febrero 2019.
- GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella. “Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de cajas negras decisionales”, en *Derecom*, n.º 31, pp. 19-105, ver pp. 55-56, 2021, <http://www.derecom.com/derecom/>
- HERNÁNDEZ PEÑA, Juan Carlos. *El marco jurídico de la inteligencia artificial. Principios, procedimientos y estructura de gobernanza* Aranzadi. 2022.
- LORENZO PÉREZ, Cristina. *Inteligencia artificial en la administración de Justicia: regulación española y marco europeo e internacional*. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España. Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. 2022. <https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13637>
- MARTÍN DELGADO, Isaac. “La gestión electrónica del procedimiento administrativo”, *QDL* 21, octubre de 2009 y, del mismo autor, “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, n.º 180, Madrid, septiembre-diciembre 2009.

- MEHRABI, Ninareh; MORSTATTER, Fred; SAXENA, Nripsuta; LERMAN, Kristina; GALSTYAN, Aram. "A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning." (2019) <https://doi.org/10.48550/arXiv.1908.09635>
- MERCHÁN MURILLO, Antonio. "Inteligencia artificial y Blockchain: retos jurídicos en paralelo" En Análisis monográfico. Derecho Público, derechos y transparencia ante el uso de algoritmos, inteligencia artificial y big data (Coordinado por Andrés Boix Palop y Lorenzo Cotino Hueso). *Revista General de Derecho Administrativo*. 2019.
- PALMA ORTIGOSA, Adrián. *Decisiones automatizadas y protección de datos personales. Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*. Dykinson, 2022.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Inteligencia artificial y Derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2023.
- SAMEK, Wojciech; MONTAVON, Grégoire; VEDALDI, Andrea; HANSEN, Lars Kai, MÜLLER, Klaus-Robert. Explainable AI: *Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning*: 11700 (Lecture Notes in Artificial Intelligence) Springer. 2019.
- TERUEL LOZANO, Germán. "Libertad de expresión y censura en internet", *Estudios De Deusto* 62 (2), 41-72. [https://doi.org/10.18543/ed-62\(2\)-2014pp41-72](https://doi.org/10.18543/ed-62(2)-2014pp41-72).
- VESTRI, Gabriele. "La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica: Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 56, Zaragoza, 2021, pp. 368-398.

PROGRAMAS PARA HOMBRES COMO RESPUESTA A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN CHILE: LÍMITES Y PROGRESOS

*Programs for men as a response to gender-based violence
in chile: limits and progress*

Bárbara Sordi Stock

Profesora del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Criminales

Universidad de Sevilla, España

<https://orcid.org/0000-0001-9148-0596>

<https://doi.org/10.18543/ed.3109>

Fecha de recepción: 29.02.2024

Fecha de aceptación: 19.03.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

Este artículo discute los límites y progresos de los programas para hombres como estrategia de política criminal de enfrentamiento a la violencia de género en Chile. Para alcanzar el objetivo propuesto se realiza un análisis jurídico-criminológico del proceso de incorporación de estas intervenciones en el ámbito legal, en las políticas estatales de prevención y represión de la violencia de género y de los estudios disponibles sobre sus resultados. En las conclusiones se elaboran propuestas de mejora y se reconoce que las intervenciones pueden ser una respuesta judicial que contribuya a reducir la violencia de género, siempre y cuando se fundamenten en la evidencia científica.

Palabras clave

Violencia de género; programas; rehabilitación; autores de violencia; Centros HEVPA.

Abstract

This article discusses the limits and evolution of the programs for men as a criminal policy strategy to confront the gender violence in Chile. To achieve the proposed aim, we will make a legal-criminological analysis of the incorporation of these interventions in the legal sphere, in state policies for the prevention and repression of gender violence, as well as the studies available on their results. The conclusions include some proposition directed to improve and to show how the interventions can be a judicial response that contributes to reducing gender violence, only if they are based on scientific evidence.

Keywords

Gender violence; programs; rehabilitation; perpetrators of violence; HEVPA Centers.

Financiación

Este trabajo es resultado del proyecto titulado *Por una Araucanía sin violencia contra la mujer: la experiencia del Centro de Hombres de Temuco*, auspiciado por la Vicerrectoría de Investigación y Posgrado de la Universidad Católica de Temuco –Concurso Profondecyt. Mis sinceros agradecimientos a la Universidad Católica de Temuco y al SernamEG– Araucanía.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. INCORPORACIÓN EN LEY DEL TRABAJO CON LOS AUTORES DE VIOLENCIA. III. LA REHABILITACIÓN DE LOS HOMBRES COMO PIEZA CLAVE DE LA RED SERVICIOS DISPONIBLES. 1. Directrices nacionales. IV. ¿FUNCIONAN? V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito internacional, los programas de rehabilitación para hombres han conquistado paulatinamente su espacio como elemento indispensable de la política criminal de respuesta a la violencia de género¹ (Sordi Stock 2015). La reestructuración de los Sistemas de Justicia, la publicación de directrices para su adecuado funcionamiento y la evidencia científica sobre lo que funciona ha contribuido de forma decidida para la ampliación y sofisticación de las intervenciones (Sordi Stock 2018).

Situándonos en el entorno latinoamericano, la experiencia de Chile viene llamando la atención debido al desarrollo de los Centros HEVPA – Centros para Hombres que Ejercen Violencia de Pareja. Se concibe la atención psico-socioeducativa especializada puede disminuir y prevenir la violencia y, por tanto, evitar la reincidencia (SernamEG 2017).

Este artículo discute los límites y progresos de los programas para hombres como estrategia de política criminal de respuesta a la violencia de género en Chile. Para alcanzar el objetivo propuesto, se considera oportuno examinar el proceso de incorporación del trabajo con autores de violencia en el ámbito legal y en las políticas estatales de enfrentamiento a la violencia de género, así como analizar la literatura disponible sobre los resultados de las intervenciones. Este estudio interrelacionado y de carácter jurídico-criminológico permite entender en qué medida la ley y las políticas estatales se encuentran alineadas y se diseñan en base a la evidencia científica. El propósito último es favorecer que se cumplan los resultados prometidos por los programas: incrementar la seguridad de las víctimas.

II. INCORPORACIÓN EN LEY DEL TRABAJO CON LOS AUTORES DE VIOLENCIA

La Ley 19.325/94², Ley de Violencia Intrafamiliar, fue la primera legislación para hacer frente a la violencia perpetrada contra cónyuge o conviviente

¹ En el presente artículo utilizamos la expresión violencia de género para referirse a la violencia perpetrada por el varón contra la mujer con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja.

² Ley 19.325, de 19 de agosto, Establece Normas sobre Procedimiento y Sanciones Relativos a los Actos de Violencia Intrafamiliar (*Diario Oficial de la República de Chile*)

y otras personas del núcleo familiar. Esta reconoció desde el ámbito jurídico la existencia de actos de violencia al interior de las familias, estableció un sistema de protección, atención, sanción, asistencia jurídica y programas para las víctimas.

Específicamente en el apartado dedicado a las sanciones (Título III), previó la posibilidad de imponer *medida precautoria* (art. 6) al autor de violencia, como la *asistencia obligatoria a determinados programas terapéuticos o de orientación familiar* por un período que no excediera de seis meses (art. 4). El control de estos programas quedaría a cargo del Servicio Nacional de la Mujer, conocido en estos momentos como Sernam, los Centros de Diagnósticos del Ministerio de Educación o los centros comunitarios de Salud Mental Familiar, en conformidad a lo estipulado en sentencia (art. 5°). Estos organismos también deberían enviar al tribunal sentenciador los informes respectivos al cumplimiento de los programas. Los casos de incumplimiento conllevaban a la *sanción de reclusión menor en su grado medio a máximo*³.

El mensaje de la Ley 19.325/94 era cristalino: los actos de violencia son punibles y entre las sanciones se encuentra la participación en programas. Ahora bien, la legislación recibió duras críticas debido a su enfoque marcadamente terapéutico: la intervención judicial buscaba la reconciliación y la reparación de los vínculos familiares de las personas afectadas por la violencia (Casas Becerra 2006). Se tiene constancia de que más del 90% de los casos terminaban en acuerdos entre las partes (Centro de Ética 2002). Además, las investigaciones daban cuenta de la ausencia de sanciones a los autores de violencia y la perpetuación de los estereotipos de género con la consecuente justificación de la violencia, enfatizando cuestiones como la ausencia de una red de servicios adecuada para hacer frente a lo establecido para los programas (Casas Becerra 2006).

La Ley 19.325/94 fue reemplazada por la Ley 20.066/05⁴, también llamada de Ley de Violencia Intrafamiliar. Este nuevo cuerpo normativo –en vigor hoy– intenta solucionar los inconvenientes de la ley anterior. Entre

de 27 de agosto de 1994) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30692&idVersion=1994-08-27&idParte=8287928>

³ Por lo tanto, al autor de violencia se podría imponer una pena de reclusión entre 541 días a 3 años y un día, siendo que su tramo mínimo iba desde 541 días a 818 días y en su tramo máximo desde 819 a 1.095 días (art. 56 del Código Penal). Además, mientras se sustanciaba el respectivo proceso por el competente tribunal en lo criminal, el juez o la jueza en lo civil podría aplicarle apremios de arresto de hasta quince días (art. 240 del Código de Procedimiento Civil).

⁴ Ley 20.066, de 22 de septiembre, Establece ley de Violencia Intrafamiliar (*Diario Oficial de la República de Chile* de 07 de octubre de 2005) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242648>

otras cuestiones, prohíbe los acuerdos en sede penal (art. 19) y tipifica el delito de maltrato habitual (art. 14).

En lo relativo al trabajo con el autor de violencia, la legislación abre camino para que se establezcan diferentes vías de participación en un programa. Por ejemplo, prevé que el juez o la jueza *deberán* aplicar una o más *medidas accesorias* en la sentencia, incluyendo aquí la *asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar* (art. 9 letra d). De forma genérica, estipula que el plazo de estas medidas debe atender a las circunstancias que las justifiquen, no podrá ser inferior a seis meses ni superior dos años, y serán fijadas en sentencia. Específicamente sobre los programas para autores de violencia, prevé que el juez o la jueza tomarán en consideración los antecedentes proporcionados por la institución responsable de los mismos para fijarlos, así como para eventual prorroga. Además, estas instituciones son las responsables de dar cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el autor de violencia, así como de su inicio y término (art. 9). Las medidas accesorias podrán ser prorrogadas a petición de la víctima si se mantienen los hechos que justificaron.

Otro marco normativo que contempla programas tiene relación con las salidas alternativas. El juez o la jueza de garantías de lo penal puede establecer que el autor de violencia se someta a un *tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza* en los casos que admitan la *suspensión condicional del procedimiento* (art. 237 y 238, letra c del Código de Procesal Penal⁵). Nótese que el Estado renuncia a su pretensión punitiva mediante el cumplimiento de determinadas condiciones por parte del imputado sin que esto implique en el reconocimiento de los hechos por su parte. En caso de incumplimiento de las condiciones establecidas, se revoca la suspensión; de ser cumplidas satisfactoriamente, se sobresee la causa y se extingue la acción penal.

También es posible decretar la medida de *libertad vigilada intensiva* en los casos de violencia de género, encontrándose entre las condiciones la *obligación de cumplir programa de tratamiento de la violencia* (art. 15 bis, letra b y art. 17 ter, letra d, de la Ley 18.216/83⁶, alterada por la Ley 20.603/12⁷).

Algunos institutos han servido de marco normativo para aplicar programas en los casos tramitados en tribunales de familia, cuando los actos no

⁵ Ley 19.696, de 29 de septiembre, Establece Código de Proceso Penal (*Diario Oficial de la República de Chile* de 07 de octubre de 2005) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>

⁶ Ley 18.216, de 20 de abril, Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad (*Diario Oficial de la República de Chile* de 14 de mayo de 1983) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29636>

⁷ Ley 20.603, de 13 de junio, Modifica la ley n.º 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad (*Diario Oficial de la República de Chile* de 27 de junio de 2012) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1040510>

constituyen delito para la ley chilena. Es el caso de la suspensión condicional de la sentencia (art. 96 de la Ley 19.968/05 de Tribunales de Familia⁸) que prevé que el juez o la jueza puedan suspender condicionalmente la sentencia si se cumplen determinadas condiciones.

Ahora bien, pese a las distintas vías que puedan llevar a un autor de violencia a cumplir un programa, no está del todo claro las consecuencias imponibles en los casos de incumplimiento de esta. La Ley 20.066/05 ha excluido de forma expresa la posibilidad de que el autor de violencia responda por desacato (art. 10) y el Código Procesal Penal carece de regulación clara sobre la ejecución de sentencia penal en estas situaciones. Frente al vacío legal, la Fiscalía ha dictado instrucciones generales para aplicar los dispositivos del Código de Procedimiento Civil⁹ (art. 238) para habilitar al juez o jueza de la causa a imponer multas o arrestos de hasta dos meses en caso de incumplimiento (Ministerio Público 2010 y Ministerio Público 2021).

Con el propósito de ofrecer un enfoque más amplio e integral de las violencias hacia las mujeres y resolver aristas como la anteriormente citada, en el 2017 empezó a tramitar en el Congreso la *Ley Integral de Violencia contra las Mujeres*¹⁰ (*en adelante Proyecto de Ley Integral*). *En lo relativo a la violencia de género contra la mujer en contexto íntimo*, busca proteger a las mujeres del *ejercicio de violencia física o psíquica que comete un hombre en contra de aquella con quien éste tenga o haya tenido la calidad de cónyuge, conviviente civil o de hecho, que tenga un hijo, o que tenga o haya tenido una relación de pareja sin convivencia, cometido contra la vida, la integridad física o psíquica, la libertad o indemnidad sexual, o la subsistencia o autonomía económica* (art. 6).

El trabajo con los autores de violencia, tras las observaciones del segundo informe de la Comisión de la Mujer y Equidad de Género (2021), se encuentra recogido en *Título V – Acceso a la Justicia*, catálogo de *medidas cautelares y medidas accesorias comunes al procedimiento de familia y penal*. Veamos a continuación.

⁸ Ley 19.968, 25 de agosto, Crea los Tribunales de Familia (*Diario Oficial de la República de Chile* de 30 de agosto de 2004) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557>

⁹ Ley 1.552, de 28 de agosto, Código de Procedimiento Civil. (*Diario Oficial de la República de Chile* de 30 de agosto de 1902) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740>

¹⁰ Proyecto de Ley, de 05 de enero, Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género (*Boletín Cámara de Diputadas y Diputados de la República de Chile* n.º 11077-07 de 05 de enero de 2017) <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11592&prmBOLETIN=11077-07>

El Proyecto de Ley Integral prevé que cuando exista una situación de *riesgo inminente* de sufrir una acción u omisión constitutiva de violencia contra la mujer en el contexto íntimo, el tribunal *deberá* adoptar las *medidas de protección o cautelares* que correspondan. Por consiguiente, abre la posibilidad de que, con el solo mérito de la demanda o denuncia, y aun cuando no se haya llevado a cabo la agresión, se imponga al hombre la *asistencia a programas de tratamiento de rehabilitación de drogas y alcohol si se presentare un consumo problemático de dichas sustancias, de intervención sicosocial, terapéuticos o de orientación familiar* (art. 26 c/c art. 27.9 y art. 29.5).

En segundo lugar, deja plasmado en el catálogo de *medidas cautelares* (art. 27.9) que el tribunal *podrá* adoptar la *asistencia a programas de tratamiento de rehabilitación de drogas y alcohol si se presentare un consumo problemático de dichas sustancias, de intervención sicosocial, terapéuticos o de orientación familiar*. Estipula que cabe a las instituciones que desarrollen dichos programas dar cuenta al respectivo tribunal del inicio, término y tipo de programa deba seguir el autor de violencia.

En tercer lugar, prevé como *medidas accesorias comunes al procedimiento de familia y penal* posible de ser aplicadas por tribunal en la *sentencia la asistencia a programas de intervención psicosocial de tratamiento de la violencia, terapéuticos o de orientación familiar* (art. 29.5). El texto del proyecto estipula que cabe al tribunal fijar el plazo de las medidas accesorias entre seis meses y dos años, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Además, que la duración de estas medidas también podría prorrogarse a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron o de oficio por el tribunal, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución encargada del programa de que se trate en la audiencia de supervisión judicial. Parece ser que la autoridad judicial estipula el tiempo de cumplimiento del programa según la orientación de las instituciones encargadas de este.

En cuarto lugar, aclara que, en los supuestos de *suspensión condicional del procedimiento*, el juez o la jueza de garantías impondrá una o más *medidas accesorias* (art. 41). Como visto en otro momento, los programas figuran en el catálogo de estas medidas y, por tanto, pueden ser impuestos en los casos de *suspensión condicional del procedimiento*. Ahora bien, el texto del proyecto deja cristalino que – en *ningún caso* – podrá decretarse como *única condición* la medida de asistencia a programas terapéuticos o de orientación familiar.

Por último, subrayamos que el Proyecto de Ley Integral estipula que la supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares, condiciones y medidas accesorias será de competencia del tribunal de garantía y que su incumplimiento conllevaría a la pena de reclusión menor en su grado medio (art. 46).

En definitiva, lo que pretendo destacar en el presente apartado es que hace aproximadamente 30 años que el trabajo con el autor de violencia se encuentra expresamente recogido en la ley. Pese a las distintas vías que puedan llevarlos a cumplir un programa, la Ley 20.066/05 ha dejado en abierto cuestiones importantes para el adecuado funcionamiento del Sistema de Justicia que opta por esta medida. La *Ley Integral de Violencia contra las Mujeres*, hoy en tramitación en el Congreso, parece intentar resolver los desafíos pendientes.

III. LA REHABILITACIÓN DE LOS HOMBRES COMO PIEZA CLAVE DE LA RED DE SERVICIOS DISPONIBLES

La intervención con hombres que ejercen violencias contra la pareja o expareja está íntimamente vinculada a la evolución de la institucionalidad de promoción y protección de los derechos de las mujeres en el país. Veamos a continuación.

La Oficina Nacional de la Mujer de la Presidencia de la República (1969) y la Secretaría Nacional de la Mujer (1972) constituyeron un primer empuje para la construcción de esta institucionalidad. No obstante, con el golpe de Estado, entre 1973 y 1990 esta última pasa a estar al servicio de la dictadura militar de Augusto Pinochet.

En 1991, con la democracia en reconstrucción, la Secretaría fue reemplazada por el Servicio Nacional de la Mujer (Ley 19.023/1990¹¹), popularmente conocido como Sernam, y el enfrentamiento de las violencias contra la mujer pareja o expareja fue asumido como prioridad. En estos momentos el Estado puso en marcha de un conjunto de medidas, planes y legislación en plena consonancia con la normativa internacional vigente, como la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*¹² (*CEDAW por su sigla en inglés*).

Este nuevo contexto propiciaría una institucionalidad más sólida en el cambio de siglo con la construcción de una política criminal que incluye el trabajo con los autores de violencias como pilar estratégico. En esta línea fue la *Política y Plan Nacional de Intervención en Violencia Intrafamiliar 2000-2006* (Sernam 2000), que previó la *atención especializada* a las personas que

¹¹ Ley 19.023, de 26 de diciembre, Crea el Servicio Nacional de la Mujer (*Diario Oficial de la República de Chile* de 03 de enero de 1991) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30390&idParte=8453774&idVersion=>

¹² Decreto 789, de 27 de octubre, Promulga la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (*Diario Oficial de la República de Chile* de 08 de diciembre de 1989) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=15606>

ejercen violencia intrafamiliar en el marco del *Área de Oferta Pública de Servicios*.

Paralelamente, se pusieron en marcha iniciativas pioneras y en redes a lo largo del país. Citamos como ejemplos el programa del Consultorio Externo de la Escuela de Psicología de la Pontificia Universidad Católica de Chile para hombres derivados de la Comuna de San Bernardo (Villela 1997) y de la clínica Psicológica de la Universidad de la Frontera con la gestión del Centro Integral de Atención a la Familia de Traiguén (CIAF-Traiguén) en Traiguén, región de la Araucanía (Villablanca Quezada s.f).

Ahora bien, pese a estos avances, las intervenciones con autores de violencias contra la pareja o expareja se ejecutaban de forma aislada. Asimismo, algunos modelos no abordaban aquellos aspectos más problemáticos vinculados con la violencia y tampoco ponían el foco en la población infractora (Peillard et. al 2012). Nótese que en estos momentos las competencias institucionales se solapaban y no estaba del todo claro quienes deberían diseñar y/o ejecutar los programas.

Frente a ello, en febrero de 2008 el Ministerio de Justicia y el Sernam asumen conjuntamente la responsabilidad para el diseño de un programa dirigido a atender hombres que ejercen violencia contra la mujer pareja en el contexto intrafamiliar. El resultado no ha sido otro que la puesta en marcha en 2009 del primer intento de unificación de los programas por medio del *Programa de intervención con hombres que ejercen violencia hacia su pareja mujer y menores de edad en el contexto intrafamiliar* y la materialización de cinco proyectos piloto ejecutados por el Ministerio de Justicia en las ciudades de Antofagasta, Concepción, Copiapó, Santiago y Valparaíso (Morales 2012). La administración y supervisión técnica quedaría a cargo de Gendarmería de Chile a través del Departamento de Medio Libre, asignándole la tarea de la implementación a los Centro de Reinserción Social (CRS). Al propio tiempo, se realizaron cambios institucionales, creándose el Tribunal de Tratamiento en Violencia Intrafamiliar (TTVIF) (Granadino Díaz 2014).

Diversos factores han contribuido para este punto de inflexión en la trayectoria de los programas en territorio nacional. Por ejemplo, la ratificación de convenios internacionales por parte del Estado chileno para hacer frente a la violencia de género, la promulgación de la Ley 20.066/05 de Violencia Intrafamiliar y del mandato presidencial de Michelle Bachelet que establecía diseñar un programa de intervención con hombres que ejercen violencia contra su pareja a nivel intrafamiliar (Lampert y de la Paz 2018, 8).

Ahora bien, cabe recordar que Gendarmería es un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia y responsable del cumplimiento de las penas privativas o restrictivas de libertad. No es de extrañarse que los programas llevados a cabo por la institución estuviesen enfocados a los autores de violencias

que se encontraban cumpliendo la Suspensión Condicional del Procedimiento o Medidas Alternativas de Libertad Vigilada del Adulto, Reclusión Nocturna y Remisión Condicional de la Pena. Este contexto explicaría la necesidad de incrementar la articulación interinstitucional entre Sernam y Gendarmería por medio de convenios de colaboración (Gendarmería de Chile 2011).

Lo cierto es que la experiencia piloto de unificación de la intervención abriría caminos para el diseño de un modelo de intervención especializado en el año 2011 y vinculado al Sernam. Se trata de una especie de programa marco titulado *Programa hombres por una vida sin violencia* que sería desarrollado en los *Centros de reeducación de hombres que ejercen violencia contra la mujer*, concretamente en 15 instituciones distribuidas por todo el país y popularmente conocidos como Centros HEVPA – Hombres que Ejercen Violencia de Pareja (SernamEG 2017, 30).

En los años siguientes el trabajo con los autores de violencia se incluyó como un componente del *Programa de Atención, Protección y Reparación Integral de Violencias contra las Mujeres* (Macuer, Weinstein y Belmar 2017). Específicamente, el *Componente 1: atención presencial* está conformado por la atención presencial a los hombres que acuden a los Centros HEVPA, atención presencial a las mujeres mayores de 18 años que viven o han vivido violencia de pareja y los femicidios y otras violencias contra la mujer de connotación pública. Además, se reforzó que los Centros HEVPA fuesen implementados a través de convenios interinstitucionales, con preferencia para las universidades, municipio y centros de salud (SernamEG 2017).

Este conjunto de avances no ha significado que el trabajo con los autores de violencia quedaría exclusivamente a cargo del Sernam. Prueba de lo afirmado es el *Plan Nacional de Violencia Intrafamiliar en Chile 2012-2013* (Sernam 2012, 29-38) que estableció en el *Eje Promoción y Prevención 2012-2013* tres estrategias concretas e interrelacionadas: a) Intervención en los 15 Centros HEVPA distribuidos por el territorio nacional, iniciativa bajo responsabilidad del Sernam; b) Intervención en los 5 centros de Gendarmería de Chile y bajo responsabilidad de esta misma institución; c) Talleres psico-educacionales a hombres que fueron imputados por la Fiscalía, estrategia bajo responsabilidad de la Municipalidad de Santiago, Centro de Atención a la Familia, entre otras instituciones. Pese a esta gama de posibilidades, el programa vinculado a los Centros HEVPA ha recibido mayor atención.

Lo cierto es que este rediseño de la política de enfrentamiento a la violencia contra la pareja o expareja no ha impedido que Chile recibiera duras críticas sobre la ausencia de un enfoque que realmente pudiera considerarse integral para hacer frente a las violencias contra las mujeres. Dicho de otro modo: las leyes, planes y/o programas que establecían medidas de protección y represión seguían enfocando a la violencia en el contexto intrafamiliar y no las distintas violencias contra las mujeres (Lampert Grassi 2019).

Frente a ello, el Estado diseñó el *Plan Nacional de Acción contra la Violencia contra las Mujeres 2014 – 2018* (MinMujerEG 2014), que acaba absorbiendo las medidas y programas que se estaban llevando a cabo, como el citado *Programa de Atención, Protección y Reparación Integral de Violencia contra las Mujeres*, en ejecución desde el 2013. De hecho, el propio título del nuevo Plan abandona la expresión *violencia intrafamiliar* para introducir la idea de *acción contra la violencia hacia las mujeres*.

Otro paso hacia el abordaje más amplio e integral se dio en el 2016, cuando gana rango de ministerio la institucionalidad dedicada a garantizar los derechos de las mujeres y a promover políticas de equidad de género. Concretamente, entra en funciones el *Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género – MinMujerEG* (Ley 20.820/2015¹³) y el Sernam pasa a llamarse *Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género – SernamEG*. Por consiguiente, el Servicio empieza a relacionarse con la presidencia de la República de Chile por intermedio del referido Ministerio y entre sus funciones se encuentra la ejecución de las políticas, planes y programas que este le encomienda, incluida la ejecución de programas destinados a prevenir, erradicar y sancionar las violencias contra las mujeres e intrafamiliar (art. 2º, letra d, de la Ley 20.820/2015).

Bajo responsabilidad del área violencia contra las mujeres del SernamEG, se prevén la ejecución de dos programas y una línea de acción que conformarían el *Modelo de Abordaje de la Violencia contra las Mujeres* (SernamEG 2017, 21): 1) Programa de Prevención en Violencia contra las Mujeres; 2) Programa de Atención, Protección y Reparación en Violencia contra las Mujeres y 3) Línea de Violencia Extrema, Femicidios y Casos de Connotación Pública VCM.

Este modelo de aplicación nacional asume una conceptualización amplia de la violencia contra las mujeres y conformaría una especie de engranaje que sostiene, articula y ejecuta acciones directas en las comunidades. Específicamente el punto de número 2, Programa de Atención, Protección y Reparación, pasa a desplegar un entramado de dispositivos a nivel nacional a ser ejecutados a nivel regional: Centros de la Mujer (CDM), Casas de Acogida (CDA), Centros de Hombres que Ejercen Violencia de Pareja (HEVPA), Centros de Atención y Reparación para Mujeres Víctimas/Sobrevivientes de Violencia Sexual (CVS), Casa de Acogida para Mujeres Vulneradas por la Trata de Personas y Migrantes en Situación de Explotación (Casa de Trata), y el Servicio de Atención Telefónica y Telemática (Fono VCM 800).

¹³ Ley 20.820, de 08 de marzo, Crea el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, y modifica normas legales que indica (*Diario Oficial de la República de Chile* de 20 de marzo de 2015) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1075613>

En su conjunto, estos dispositivos de intervención constituyen lo que hoy se llama *Sistema Nacional de Respuesta de la Red VCM* (MDSF s.f.). Este sistema nacional no es sinónimo de centralización. Por el contrario, el Estado impulsa la regionalización del SernamEG con el consecuente fortalecimiento de las Direcciones Regionales en la ciudad capital de las 16 regiones que conforman el país.

La descentralización busca concebir el abordaje de las distintas realidades territoriales y visibilizar los esfuerzos de las comunidades en el enfrentamiento de las violencias contra las mujeres (Lampert Grassi 2019), iniciativa que impacta directamente los Centros HEVPA. Primeramente, porque, como se ha referido en otro momento, estos son implementados a través de convenios interinstitucionales firmados con organizaciones locales. En segundo lugar, porque deben actuar bajo el enfoque la interculturalidad, interseccionalidad y territorialización (SernamEG 2017, 13-17).

En la actualidad, se encuentra en vigor el *Plan Nacional de Acción en contra de la Violencia hacia las Mujeres y de Género 2021-2030* (MinMujerEG 2020), diseñado en consonancia con la propuesta de *Ley Integral de Violencia contra las Mujeres* en tramitación en el Congreso. Con el declarado propósito de “contribuir a la consolidación de una política pública nacional que permita prevenir, enfrentar, erradicar y reparar todo tipo de expresión de violencia contra las mujeres” (MinMujerEG 2020, 12), el Plan recoge las directrices y acciones que cimientan la política pública nacional contra las violencias hacia las mujeres a partir de un enfoque integral que, a su vez, incluye el trabajo con los autores de violencias contra pareja o ex pareja. Específicamente, la intervención con los agresores se encuentra expresamente recogida el *Eje 2 – Atención y protección integral*, que establece como actividad hasta el año 2030 la realización de una evaluación del impacto de los Centros HEVPA; y en *Eje 4 – Información, conocimiento e investigación/ estudio*, que prevé la necesidad de realizar a cada cuatro años estudio de impacto de Centros HEVPA y CDM (MinMujerEG 2020, 27).

Lo que pretendo dejar claro con el presente apartado es que el trabajo con el autor de violencia paulatinamente ha sido incluido como parte estratégica de una política pública nacional de enfrentamiento de la violencia, hoy bajo la batuta del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género. Dentro de este marco institucional, la ejecución del trabajo con los autores de violencia se realiza vía direcciones regionales del SernamEG por medio de convenios con otras instituciones, como municipio, centros de salud, entre otras. Por ejemplo, en La Araucanía el Centro HEVPA Temuco está a cargo del SernamEG regional y funciona por medio de un convenio de colaboración con la Municipalidad de Temuco (véase SernamEG – Araucanía y Municipalidad de Temuco 2019). Es un logro que los programas sean parte de la red de servicios disponibles en los territorios.

1. Directrices para el trabajo con los autores de violencia

Como hemos dicho en otro momento, el programa realizado en los Centros HEVPA se encuentra bajo responsabilidad del SernamEG y es ejecutado a través de entidades regionales. Con propósito establecer lineamientos comunes a los equipos de los distintos territorios y facilitar la labor de quienes actúan en los mismos, en 2017 se han publicado las *Orientaciones Técnicas 2018-2019 de los Centros de Hombres que Ejercen Violencia de Pareja (HEVPA) del Programa de Atención, Protección y Reparación en Violencia contra las Mujeres* (SernamEG 2017). Estas dejan claro que las intervenciones con hombres que ejercen violencia se conciben como “estrategia” con vistas a reforzar “las acciones de prevención, protección y reparación hacia las mujeres que viven o han vivido violencia de género” (SernamEG 2017, 31).

Para ello, se estructura a partir de cinco enfoques – igualdad de género, derechos humanos de las mujeres, interculturalidad, interseccionalidad y territorialidad – y concibe la violencia como un *comportamiento aprendido y normalizado*, razón por la cual los hombres pueden reconocerla, pero no ejercerla (SernamEG 2017, 13-20). En lo relavo al modelo adoptado, deja registrado que se tratan de intervenciones *psicosocioeducativa*, pues contienen elementos de la socioeducación y de psicoterapia. Debido a ello, el objetivo a alcanzar con la intervención es el siguiente: “promover y favorecer –mediante la atención psicosocioeducativa especializada– la disminución y prevención de la violencia ejercida por hombres en contra de las mujeres en el ámbito de pareja, así como las posibilidades de reincidencia de ésta” (SernamEG 2017, 32).

Para ingresar en el programa hay que atender a los siguientes criterios (SernamEG 2017, 33):

- Hombres mayores de 18 años residentes en Chile que ejerzan violencia contra su cónyuge, excónyuge, pareja o expareja
- Hayan reconocido los comportamientos violentos
- Expresen cierta responsabilidad y conciencia del daño
- Cuestionen sus conductas y demuestren intención de cambio

Por lo tanto, se encuentran excluidos del programa los siguientes varones:

- Con trastornos psicopáticos
- Con cuadros depresivos
- Adictos a drogas
- Condenados por violación y/o abuso sexual de menores

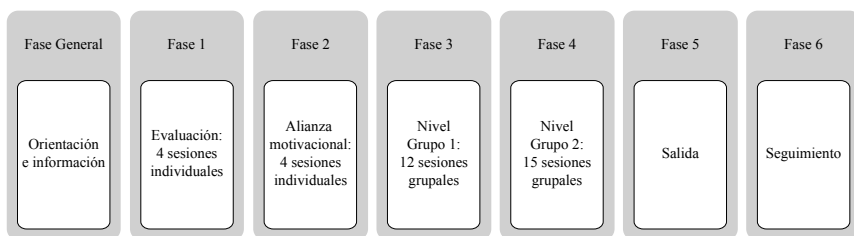
Nótese que en los tres primeros casos el agresor puede ser derivado al sistema de salud.

Ya en lo relativo a la forma de ingreso, es posible que lleguen al programa por una de estas dos vías:

- Derivados de los Tribunales de Justicia, Centros de la Mujer, de consultorios y redes del SernamEG
- Voluntariamente

En cuanto a la intervención, esta consta de una fase general seguida de otras seis etapas específicas, como se constatará a continuación. Debido a ello, el tiempo de desarrollo del programa es de unos ocho meses y medio, como mínimo.

Figura 1. *Fases de la intervención*



Fuente: adaptado de SernamEG (2017, 34).

La fase general –*orientación e información*– está dirigida a todas las personas que deseen informarse sobre la violencia contra las mujeres y situaciones afines a la temática. Se solicita que esté adaptada a las especificidades de la población regional, con destaque para los pueblos originarios, personas con bajo grado de escolarización y migrantes (SernamEG 2017, 34).

La primera fase titulada *evaluación*, tiene por objeto determinar la posibilidad real de ingreso del autor de violencia al programa. Se desarrolla a lo largo de cuatro sesiones individuales de 45 a 75 minutos que se ejecutan a lo largo de un mes. Se evalúan variables de personalidad, aspectos psicológicos y socioculturales del candidato. En los casos de derivación judicial en que el hombre presente negación y resistencia en el reconocimiento de la conducta violenta se prevé el mismo número de sesiones individuales, pero dos veces a la semana. El propósito es que el autor de violencia logre problematizar la violencia y demuestre el reconocimiento mínimo de ésta para ingresar en el programa (SernamEG 2017, 35).

Cabe destacar que en esta etapa los y las profesionales también considerarán los antecedentes entregados por la mujer, recabados en los Centros de la Mujer u otras dependencias. Este reporte es considerado condición de

ingreso del autor de violencia al programa y exige una eficaz coordinación con las demás instituciones de la red de atención (SernamEG 2017, 37).

La segunda etapa, conocida como *alianza motivacional*, también se realiza en cuatro sesiones individuales de 45 a 75 minutos en el plazo de un mes. El propósito es la conformación del vínculo, encuadre, contrato de intervención y la co-construcción de un plan individual de intervención. La etapa es considerada la “firma del contrato terapéutico” que se desarrollará en las etapas posteriores (SernamEG 2017, 34).

La tercera fase se llama *grupo primer nivel* y consiste en 12 sesiones grupales de 120 minutos durante tres meses. La idea es trabajar la detención, disminución y eliminación de la violencia física, amenazas, intimidación y la violencia sexual. La intervención es llevada a cabo por un equipo mixto (hombre y mujer) y se intenta acomodar el grupo según el plan de intervención individual de cada autor de violencia. De hecho, el documento prevé la posibilidad de organizar los hombres en subgrupos según el mayor o menor reconocimiento de la violencia por parte de este (SernamEG 2017, 38).

Ya la cuarta fase, titulada *grupo segundo nivel*, incluye 15 sesiones grupales con una duración de unos 120 minutos cada a desarrollarse a lo largo de tres meses y medio. El propósito es detener, disminuir y eliminar la violencia psicológica, el abuso emocional, el aislamiento y el privilegio masculino. Para ello, se trabajan cuestiones como la deconstrucción del abuso económico, la manipulación a través de los hijos e hijas, empatía y formas de paternidad responsable, entre otras cuestiones. El fin último es favorecer el cambio hacia una relación de pareja igualitaria, democrática, afectiva y satisfactoria (SernamEG 2017, 39-40)

Tras superar las fases mencionadas, se evaluará la posibilidad de salida del programa. Concretamente, se realiza una sesión de evaluación grupal y otra de evaluación individual con cada participante. Además, se considerará otra vez el reporte de la pareja o expareja. Este conjunto de informaciones dará lugar a un informe de evaluación cualitativo elaborado por los y las profesionales.

La salida definitiva se realiza a través de una sesión de devolución de los resultados de la intervención con los hombres y, además, se prevé una sesión de devolución de los resultados con la mujer. Cabe destacar que el documento deja claro que el trabajo reeducativo con los hombres que ejercen violencia es “permanente” y “requiere un compromiso” por parte de ellos, o sea, que es importante que los y las profesionales expliquen que “la problemática no ha sido superada”, pero que tiene “herramientas para evitar la violencia” aunque estas “no aseguren” que no volverán a desarrollar nuevos episodios (SernamEG 2017, 41).

Tras la salida definitiva se realizan sesiones de *seguimiento*. El seguimiento evolutivo de los resultados y grado de cambio se realiza en un periodo de tres, seis y nueve meses posteriores al egreso. Además, se prevé seguimiento de aquellos que han desertado a lo largo de la intervención (SernamEG 2017, 41).

Por último, cabe destacar que el documento ofrece un borrador de organigrama con vistas a fomentar la coordinación intersectorial e interinstitucional de los Centros HEVPA con las demás instituciones que abordan la temática de la violencia contra las mujeres (SernamEG 2017, 44-56).

IV. ¿FUNCIONAN?

La investigación de Villela (1997) es una de las primeras de que se tiene constancia en Chile. Consideró las fichas de atención al paciente y la experiencia de los y las terapeutas que trabajaron en el Consultorio Externo de la Escuela de Psicología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, según la Ley 19.325/94. Los autores de violencia se derivaban por orden judicial, Oficina de la Mujer y Consultorios de Salud y los resultados arrojaron que en el 48,28% de los casos se detuvo la violencia y en el 13,79% se cambió la modalidad de maltrato de físico a psicológico. Ahora bien, llama la atención el alto volumen de fichas sin cualquier tipo de resultado y su posible relación con los casos de deserción. Además, los y las profesionales que han llevado a cabo el programa han subrayado cuestiones que, en su opinión, afectan directamente a los resultados: la percepción por parte de los autores de violencia de que sus actos efectivamente son constitutivos de violencia, el vínculo que logran establecer con el o la profesional del consultorio y el estar pasando por algún proceso judicial.

En lo relativo a los estudios tras la entrada en vigor de la Ley 20.066/05, y centrados en programas ejecutados por Gendarmería, subrayamos Peillard et al. (2012). Evaluaron el impacto de un programa realizado en cinco regiones del país, siendo que todos los usuarios estaban imputados o condenados por delitos cometidos contra sus parejas mujeres y enviados al programa por orden de la Justicia. De los 169 hombres evaluados, el 27,81% no han llegado a finalizar el programa. Entre los que finalizaron, índice de reincidencia general – considerado un nuevo contacto con el Ministerio Público tras la finalización del programa – ha sido 14,91% y el de reincidencia específica (sólo delitos asociados a violencia intrafamiliar) el 6,72%. El equipo evaluador ha considerado que el programa tiene un efecto positivo en lo relativo a la reducción de la reincidencia por delitos asociados a violencia intrafamiliar. Otro hallazgo se ha referido a los cambios cualitativos percibidos en los usuarios, quienes han reportado mejoras en cuestiones como la motivación para el cambio, roles de género y responsabilización de sus conductas.

Salas Herrera (2014) ha concentrado sus esfuerzos en evaluar la reincidencia de los egresados del programa ejecutado por el Centro de Hombres de Bío-Bío (ciudad de Concepción) y dependiente de Gendarmería. Concretamente, autores de violencia derivados de la suspensión condicional del procedimiento, libertad vigilada, reclusión nocturna o remisión condicional de la

pena. De forma novedosa en el país, ha incluido a 22 mujeres, parejas actuales de los usuarios y que podrían haber sido las víctimas o no de la agresión por la que estos han ingresado en el programa. La reincidencia global ha oscilado según la persona informante: 50% según los varones y 59% según las mujeres, siendo la violencia psicológica la manifestación más recurrente según ellas. Entre otras cuestiones, el estudio ha llamado la atención para la relevancia de incluir a las mujeres en las evaluaciones y de profundizar el abordaje de la violencia psicológica en las intervenciones. Además, ha sugerido que la Spouse Abuse Risk Assessment (S.A.R.A.) es un instrumento que puede funcionar como buen predictor de reincidencia de violencia global y física.

Específicamente sobre los elementos de cambio tras la intervención, el estudio de Munita et al. (2012) han enfocado los reportes de los usuarios y de la dupla psicosocial que les ha brindado atención en el marco del programa piloto ofrecido por el Centro Hombres del Sernam. Los resultados indican que, tanto en el grupo experimental como en el grupo control, los autores de violencia han presentado una reducción de la violencia psicológica, física y sexual, no quedando del todo claro si los cambios se deben al tratamiento. Ahora bien, la variable vía de ingreso parece incidir en los cambios reportados, pues aquellos que vienen desde tribunales presentan una mayor disminución del ejercicio de la violencia que aquellos que se presentan voluntariamente al tratamiento.

Más recientemente la investigación de Astorga y Valdivia (2020) ha sacado a la luz los resultados de un grupo de hombres del Centro de Hombres de La Serena, Región de Coquimbo, todos derivados por Tribunales de Familia y Tribunales de Garantía. Lo interesante es que la evaluación ha utilizado las grabaciones en audio de los grupos focales correspondientes a la sesión de cierre grupal de primer y segundo nivel de la intervención. Sugieren que la participación en el grupo ha posibilitado a los hombres, por primera vez, cuestionar su biografía desde una perspectiva de género y relacionarla con la cultura patriarcal de la sociedad en la cual viven. Además, ha favorecido el desarrollo de conductas y discursos empáticos hacia mujeres y la posibilidad de diferenciar respeto y miedo. Revelan que los usuarios han logrado incorporar elementos de escucha activa y mejora de su comunicación a nivel conyugal y parental.

Desde otra perspectiva de evaluación –centrada en la implementación de los programas y en la labor de los profesionales que actúan en la línea de frente– se ha podido identificar factores que parecen impactar directamente en los resultados de las intervenciones.

El estudio de Nandi (2013) ha puesto el foco en evaluar la implementación del Centro HEVPA de Arica, destacando la baja cobertura del programa y el alto volumen de deserción de los usuarios, en particular los provenientes de los tribunales de garantía a los que se le ha impuesto un programa en el marco de la suspensión condicional de procedimiento. Ha dado a conocer que la comunicación entre el tribunal y el Centro HEVPA es deficitaria, realidad que

ha tenido la siguiente consecuencia: el incumplimiento de las medidas de suspensión no suele acarrear consecuencias para el autor de violencia.

Ya Corvalán Campos et al. (2020) han divulgado la experiencia del equipo que actúa en los Centros HEVPA de las regiones de Araucanía (Temuco), Libertador General Bernardo O'Higgins (Rancagua), Magallanes (Punta Arenas) y Tarapacá (Alto Hospicio). Según el equipo investigador, los y las profesionales están comprometidos y comprometidas con el programa y con los usuarios, pero existiría un abanico de cuestiones problemáticas que impiden el desarrollo de su trabajo de forma adecuada. Por ejemplo, han subrayado la poca visibilidad y reconocimiento de lo que ejecutan por parte del SernamEG y de la red local que trabaja con violencia contra la mujer, las derivaciones equivocadas por parte de los Tribunales, la insuficiencia de financiamiento recibido del SernamEG con consecuente impacto en el cumplimiento de lo establecido en las orientaciones técnicas se encuentran publicadas, la necesidad de actualizar estas orientaciones y la ausencia de cursos de capacitación específicos para intervenir con los autores de violencia.

Esta realidad parece conllevar a un estado de agotamiento físico o emocional de los equipos de trabajo, llegando el estudio a utilizar la expresión *héroes de la precariedad* (Corvalán Campos et al., 2020, 57). También han llamado la atención que la extensión de los programas (1 año), la lejanía del local dónde suelen desarrollarse y la desconfianza en los instrumentos utilizados para evaluar los usuarios (no cuentan con validación nacional) comprometen los resultados y su evaluación. De hecho, indicaron que en 2017 el 90% de los varones no finalizaron el programa en los Centros HEVPA, contexto evaluado como problemático si el 88 % ingresaron por derivaciones judiciales.

El estudio de Chávez Chávez et al. (2020) ha buscado comprender los posibles factores que impactan en los resultados de los programas a partir de las perspectivas del equipo de facilitadores de los Centros HEVPA de las regiones de Antofagasta, Atacama, Metropolitana de Santiago y Los Ríos. Entre los hallazgos, han destacado que las principales causas de deserción de los usuarios están relacionadas con la organización de su jornada laboral, situación de desempleo, distancia geográfica entre sus domicilios y los Centros HEVPA y ausencia de consecuencias penales.

Además, han subrayado con ahínco la existencia de una dificultad estructural para la implementación de los programas: la ausencia de una red comunitaria nacional para dar respuesta al fenómeno de la violencia contra las mujeres antes de iniciar la intervención con los autores de violencia. Como consecuencia, son habituales las derivaciones equivocadas de usuarios que no cumplen con el perfil de ingreso y la dificultad de derivación a otros servicios de aquellos que presentan comorbilidad con consumo de alcohol o problemas de salud mental. Sugieren que la red sería esencial para el funcionamiento de los programas, pues favorecería la comunicación con las demás instituciones

vinculadas a ella, como instituciones judiciales, de salud, los centros de la mujer y los demás Centros HEVPA. Otro punto importante revelado es la ausencia de un registro sistemático y detallado de posibles violencias de los usuarios en los momentos de medición del programa. Estas carencias al lado de otras relatadas en la investigación parecen afectar directamente la labor de los equipos que trabajan en la línea de frente, como, por ejemplo, sensación de agotamiento, reducción del rendimiento laboral y mayores tasas de rotación del personal. Frente a todo, han enfatizado la necesidad de recibir mayor valoración y apoyo del organismo encargado de los programas y de las demás instituciones con quienes se relacionan (Chávez Chávez et al. 2020).

V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIÓN

Hace aproximadamente 30 años que el trabajo con autores de violencia se encuentra previsto en ley. En este sentido, podemos organizar la evolución legislativa examinada en el presente artículo en tres grandes etapas, en plena consonancia con las distintas legislaciones en vigor:

Tabla 1. *Evolución legislativa de los programas*

Etapa 1	Etapa 2	Posible Etapa 3
1994-2005	2005-actualidad	Si aprobado el Proyecto de Ley Integral
<ul style="list-style-type: none"> - Ley 19.325/94, medida precautoria (art. 6): asistencia obligatoria a determinados programas terapéuticos o de orientación familiar por un período que no excediera de seis meses (art. 4). 	<ul style="list-style-type: none"> - Distintas posibilidades de envío del autor de violencia a un programa, destacándose como <i>medida accesoria</i> (Ley 20.066/05), <i>suspensión condicional del procedimiento</i> (art. 237 y 238, letra c del Código de Procesal Penal) y <i>libertad vigilada intensiva</i> (art. 15 bis, letra b y art. 17 ter, letra d, de la Ley 18.216/83, alterada por la Ley 20.603/12). - Puede que se derive el autor de violencias a programas en los casos tramitados en los tribunales de familia, como ocurre cuando se aplica la suspensión condicional de la sentencia (art. 96 de la Ley 19.968/05 de Tribunales de Familia). 	<ul style="list-style-type: none"> - El proyecto de <i>Ley Integral de Violencia contra las Mujeres</i> (art. 26, art. 27.9, art. 29.5, art. 41, entre otros) establece que la participación en programas se estipula como medidas cautelares y medidas accesorias comunes al procedimiento de familia y penal. - Posibilidad de envío a múltiples programas, como, por ejemplo, <i>programas de tratamiento de rehabilitación de drogas y alcohol</i>, <i>programa de intervención sicosocial</i>, <i>terapéuticos o de orientación familiar</i>. - Abre la posibilidad de encaminar el autor de violencias a programas en los casos de <i>riesgo inminente de violencia</i>. - Los programas no pueden decretarse como <i>única condición</i> en los casos <i>suspensión condicional del procedimiento</i>.

Fuente: elaboración propia.

Nótese que la actual Ley 20.066/05 juntamente con lo dispuesto en la normativa atinente a la suspensión condicional del procedimiento, libertad vigilada intensiva, suspensión condicional de la dictación de la sentencia, entre otros dispositivos, conforman una especie de engranaje jurídico que posibilita que la participación del autor de violencia en un programa puede darse por distintas vías: Sistema de Justicia Penal, Penitenciario y de Familia.

Como no podría ser de otro modo, las investigaciones empíricas son una aliada de primer orden para identificar cómo se ejecuta y se articula este complejo diseño normativo en la práctica. Los escasos estudios realizados en el área han demostrado que, en el ámbito de lo penal, las salidas del hogar común y la prohibición de acercamiento a la víctima suelen ser las condiciones más comunes para los casos de suspensión condicional del procedimiento (Casas Becerra, Riveros y Vargas s.f, 124-126). No obstante, cuando se imponen otras condiciones, distintas de las citadas anteriormente, la que se asigna con mayor frecuencia es la participación en programas de tratamiento. En los supuestos de suspensión condicional de los casos tramitados en los Tribunales de Familia, una de las condiciones más frecuentes ha sido la derivación del hombre a terapia o tratamiento, siendo encaminado al *COSAM* (MINSAL 2018), *Centro Nacional de la Familia* (CENFA s.f.) o algún consultorio.

El último informe anual de la Fiscalía (Ministerio Público 2023) con datos de violencia de género (incluye distintos tipos penales, como femicidio, amenazas, abandono, impago de pensiones, entre otros) también es una relevante fuente de información: el 38,36% de los casos terminaron con un archivo provisional, el 14,73% con decisión de no perseverar y, en tercer lugar, el 12,90%, con una suspensión condicional del procedimiento. No hay datos desglosados sobre las condiciones impuestas, pero hablamos de un volumen nada desdeñable de 23.587 casos de suspensión que, si prevén la participación en programas, requerirían de una estructura muy articulada para ser llevados a cabo. Tampoco hay información sobre las consecuencias que se imponen al autor de violencia cuando no cumple con un programa.

Frente a esta realidad, son de destacar cinco cuestiones importantes para entender los límites y progresos de los programas para hombres como respuesta a la violencia de género en Chile.

En primer lugar, matizo que la antigua Ley 19.325/94 y la actual Ley 20.066/05 hablan de *asistencia obligatoria a determinados programas terapéuticos o de orientación familiar*, mientras que el Proyecto de Ley Integral en tramitación prevé la *asistencia a programas de intervención psicosocial de tratamiento de la violencia, terapéuticos o de orientación familiar*. Todo indica una mayor sensibilización a la incorporación de los distintos enfoques del trabajo con el autor de violencia, contexto que reclama la definición clara de los objetivos que se quiere alcanzar con cada intervención. Los programas

deben estar estructurados con vistas a incrementar la seguridad de las víctimas y, por tanto, deben evitar la perspectiva psicologizante/ patologizante de la violencia (Geldschlager et. al 2010, 187).

La segunda reflexi3n toma en cuenta el per3odo de ejecuci3n y el control de los programas. La Ley 19.325/94 estipulaba un per3odo que no excediera de seis meses y que el control quedar3a a cargo del antiguo Sernam, Centros de Diagn3sticos del Ministerio de Educaci3n o los centros comunitarios de Salud Mental Familiar. Ya la Ley 20.066/05 dice que las medidas accesorias y los programas pueden durar entre seis meses y dos a3os, debiendo el juez o la jueza considerar los antecedentes proporcionados por la instituci3n responsable para establecer el plazo de inicio, fin y prorroga. Esta 3ltima orientaci3n parece mantenerse en el Proyecto de Ley Integral, contexto que indica el protagonismo de las instituciones ejecutoras de las intervenciones en el marco de actuaci3n del Sistema de Justicia.

Trat3ndose de intervenci3n por determinaci3n del Sistema de Justicia ser3a recomendable una m3nima uniformidad de criterios sobr3 *cu3ndo* y *c3mo* obligar al autor de violencia a participar en un programa (Sordi Stock 2018). Parece caer en el olvido que la obligaci3n judicial de participar en un programa no es necesariamente una respuesta penal de poca intensidad ante las implicaciones que conlleva para los autores de violencia (Sordi Stock 2015). En este sentido, ser3a de gran val3a complementar el marco legal existente con un abanico de otras estrategias, destac3ndose la implementaci3n de mecanismos de coordinaci3n con tribunales para garantizar el cumplimiento adecuado de las medidas y/o sanciones y el dise3o de protocolos sobre la participaci3n de los autores de violencia dentro de las intervenciones (Gondolf 2012).

La tercera observaci3n dice relaci3n con los supuestos de incumplimiento. De la sanc3n de reclusi3n menor de la Ley 19.325/94, se ha pasado a un vac3o legal con la Ley 20.066/05, contexto que ha llevado a la Fiscalc3a a dictar instrucciones generales para aplicar los dispositivos del C3digo de Procedimiento Civil (art. 238) para imponer multas o arrestos de corta duraci3n en caso de incumplimiento. No puede sorprender que algunas investigaciones apunten el 90% de deserci3n (Corval3n Campos et al. 2020, 57), mientras que los datos gubernamentales indiquen que el n3mero de egresados de los Centros HEVPA en los a3os de 2020 y 2021 gira entorno al 16% (MinHacienda y MDSF 2021). Para resolver esta situaci3n, el Proyecto de Ley Integral prev3e reclusi3n menor en su grado medio para casos de incumplimiento de medidas cautelares, condiciones y accesorias.

Trat3ndose de programas por determinaci3n del Sistema de Justicia ser3a recomendable una m3nima uniformidad de criterios sobre las *consecuencias* derivadas de su incumplimiento. No se puede obviar que la disparidad de criterios sobre las consecuencias de incumplimiento puede significar la violaci3n

de derechos, antes que el respeto a la discrecionalidad judicial (Sordi Stock 2018). En este sentido, reforzamos la importancia de crear mecanismos de coordinación con tribunales que también aclaren cómo se llevarán a cabo los casos de incumplimiento y el diseño de protocolos sobre la participación de los autores de violencia dentro de las intervenciones (Gondolf 2012).

En cuarto lugar, se hace evidente la apuesta institucional para incluir los programas como estrategia de una política pública nacional de enfrentamiento a la violencia de género. Hablamos de un largo y lento proceso con vistas a formalizar la intervención con hombres en los planes, programas y legislación de enfrentamiento a la violencia. Como resultado, actualmente el MinMujerEG y el SernamEG –entidades encargadas de llevar a cabo en esfera nacional la política de género contra las violencias hacia las mujeres– incluyen el trabajo con el autor de violencia entre los dispositivos de intervención que constituyen el *Sistema Nacional de Respuesta de la Red VCM*. Dicho de una forma clara: la rehabilitación de los autores de violencia es parte de la red de servicios disponibles.

Tabla 2. Hitos que han favorecido la incorporación de los programas como componente de la política criminal de respuesta a la violencia de género

Fecha	Hito
1969	Oficina Nacional de la Mujer de la Presidencia de la República
1972	Secretaría Nacional de la Mujer
1991	Servicio Nacional de la Mujer – Sernam
1994	Ley 19.325/94, Ley de Violencia Intrafamiliar
2000	Política y Plan Nacional de Intervención en Violencia Intrafamiliar 2000-2006
2005	Ley 20.066/05, Ley de Violencia Intrafamiliar
2009	Programa de intervención con hombres que ejercen violencia contra su pareja mujer y menores de edad en el contexto intrafamiliar
2011	Programa hombres por una vida sin violencia
2011	Centros HEVPA – Centros para Hombres que Ejercen Violencia de Pareja
2012	Plan Nacional de Violencia Intrafamiliar en Chile 2012-2013
2013	Programa de Atención, Protección y Reparación Integral de Violencias contra las Mujeres

Fecha	Hito
2014	Plan Nacional de Acción contra la Violencia contra las Mujeres 2014-2018
2016	Ley 20.820/2015, Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género y Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género – SernamEG
2017	Orientaciones Técnicas 2018-2019 de los Centros de Hombres que Ejercen Violencia de Pareja (HEVPA) del Programa de Atención, Protección y Reparación en Violencia contra las Mujeres
2017	Proyecto de Ley Integral de Violencia contra las Mujeres
2021	Plan Nacional de Acción en contra de la Violencia hacia las Mujeres y de Género 2021-2030

Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, esta institucionalidad ha favorecido un programa de *talla única*, realidad vista con reticencia por la comunidad internacional que viene trabajando con distintas tipologías de autores de violencia (Bonta, y Wormith 2013; Loinaz Calvo 2009). Además, parece no contemplar de forma satisfactoria el desarrollo de los programas bajo la responsabilidad de Gendarmería de Chile/Ministerio de Justicia (Gendarmería de Chile 2011; Sernam 2012). En este sentido, es recomendable establecer mecanismos de articulación e intercambio de buenas prácticas entre Gendarmería de Chile y el SernamEG, como el acuerdo de metodologías de intervención utilizadas. Esta sugerencia encuentra respaldo en los informes disponibles desde Gendarmería, que permiten identificar algunos aspectos de los programas realizados en el marco de la *libertad vigilada intensiva* (Ley 18.216/83).

Según Letelier, Cerda Pereira y Díaz Bórquez (2019), los autores de violencia suelen ser derivados a participar de lo que Gendarmería titula *programas estándar*. Estos programas están vinculados al *componente intervención psico-social criminológica – Subsistema Abierto* y orientados a intervenir en violencia contra la pareja, ofensores sexuales y competencias sociales. Destacan que ha sido necesario desarrollar un trabajo de sensibilización para convencer a los Tribunales de Garantía que Gendarmería contaba con estructura adecuada (como los convenios) para dar cumplimiento a lo establecido en la ley. Sin embargo, matizan que la cobertura de estos programas es baja. Por ejemplo, en el año 2018 solo el 26% de los penados han tenido acceso los mismos. Esta problemática ha sido atribuida a las características de la ejecución de las intervenciones: carácter grupal, duración superior al año (en promedio 35 o 36 sesiones) y capacidad operativa para funcionar con cuatro grupos de forma paralela. Nótese que dicho estudio ha llamado la atención para que los subsistemas cuenten con información desagregada y monitoreen los resultados de las intervenciones.

La quinta reflexión toma en cuenta la evaluación. Las investigaciones plasmadas en este artículo no son comparables, pues no utilizan metodología coincidente. La discrepancia en cuestiones como medición de la reincidencia (nuevo contacto con la policía, palabra del autor de violencia y/o palabra de la víctima), tiempo de seguimiento de los usuarios tras la finalización del programa y diferentes indicadores de impacto llevados en cuenta para la implementación de la intervención (Sordi Stock 2018), impide llegar a una conclusión definitiva sobre los resultados de los programas desarrollados en el país.

Pese a ello, es importante reconocer los esfuerzos realizados por las Universidades para arrojar luz sobre los resultados de los programas. En un intento de conclusión general de las investigaciones examinadas, todo indica que el paso por un programa –sea ejecutado por el SernamEG sea el ejecutado por Gendarmería– puede impactar de forma positiva en algunos usuarios, favoreciendo la reducción de la reincidencia (Salas Herrera 2014; Peillard et al. 2012; Munita et al. 2012, Astorga y Valdivia 2020). Hablamos de un conocimiento académico que considero *encapsulado*, pues suele estar disponible en las bases de datos de las propias Universidades visto que, en su mayoría, se tratan de trabajos de fin de grado o de posgrado.

En este sentido, lo que verdaderamente es revelador es el largo lapso temporal que los programas se encuentran en funcionamiento en Chile sin que exista una evidencia científica clara y de ámbito nacional sobre sus resultados. No es demasiado recordar que los Centros HEVPA se pusieron en marcha en el 2011 y las orientaciones técnicas se publicaron en el 2017, pero será solo en el *Plan Nacional de Acción en contra de la violencia hacia la mujer 2021-2030* (MinMujerEG 2020) cuando se incorpora formalmente la necesidad de realizar una evaluación nacional de impacto.

Es más, los escasos datos gubernamentales disponibles coinciden con las investigaciones académicas que estudian la implementación de los programas sobre la existencia de un abanico de desafíos todavía por resolver (Chávez Chávez et al. 2020; Corvalán Campos et al. 2020; Nandi 2013). Para que se tenga una idea, el informe de Macuer, Weinstein y Belmar (2017) insiste en que el trabajo con los autores de violencia está construido desde la oferta que otorga el SernamEG y no de la demanda real de autores de violencia que pueda existir. Esta realidad juntamente con la ausencia de indicadores de resultado y seguimiento compromete la adecuada evaluación de la intervención desde las instancias oficiales. El documento informa que el gasto promedio en los Centros HEVPA es de \$563 mil pesos por autor de violencia.

Recientemente el Gobierno de Chile presentó el informe de monitoreo y seguimiento del Programa de Atención, Protección y Reparación Integral de Violencias contra las Mujeres (MinHacienda y MDSF 2021), que incluye los

Centros HEVPA. En lo relativo a gastos por componentes, ha especificado que a la reeducación de los autores de violencia correspondería aproximadamente al 5,6% del total de recursos.

No se ha evaluado si el diseño institucional y legal existente ha favorecido (o no) que el trabajo con los autores de violencia vinculados al Sistema de Justicia tenga estabilidad y continuidad en el tiempo o se encuentre infra-financiados. Este análisis contribuiría a elucidar cual el mejor modelo de financiamiento de los distintos programas: parece existir cierta claridad de que no debe venir de los servicios para las víctimas (Iniciativa Spotlight et. al 2021), pero quizás no exista una conciencia plena de que deba venir de recursos gubernamentales permanentes que aseguren la sostenibilidad del servicio. Para poner un ejemplo, el programa realizado en Temuco, Región de la Araucanía, recibe fondos del SernamEG que deben ser complementados con los de la Municipalidad (SernamEG-Araucanía y Municipalidad de Temuco 2019). Estos fondos se destinan a la atención anual aproximada de 65 usuarios, 10 usuarios para información y orientación, entre otras actividades, o sea, hay un descompás entre la cobertura del programa y el volumen de casos que eventualmente llegarían desde la Justicia (Ministerio Público 2023).

Lo que quiero destacar es que la evaluación no debe considerar apenas los resultados de los programas. También es clave contar con una evaluación nacional sobre la dinámica de funcionamiento de los programas y su relación con el Sistema de Justicia sin obviar la sostenibilidad de estos (Price y Rosenbaum 2009).

En definitiva, la discusión realizada en el presente artículo ha demostrado un conjunto de avances y desafíos en la incorporación de las intervenciones con hombres como respuesta político-criminal a la violencia de género. Entendemos que los programas como estrategia de prevención terciaria pueden ser una respuesta judicial que contribuya a reducir la violencia de género, siempre y cuando estén fundamentados en la evidencia científica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ASTORGA, Nicol y Alex VALDIVIA. 2020. «Hombres que ejercen violencia hacia la (ex) pareja mujer: cambios y tensiones». *Revista Punto Género* 13: 4-24. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-0417.2020.58187>.
- BARRIA MUÑOZ, Javier Roberto. 2017. *Hombres Maltratadores. El hombre agresor de su pareja íntima: un actor desconocido*. Santiago: Forja.
- BONTA, James y Stephen WORMITH. 2013. «Applying the Risk Need Responsivity Principles to Offender Assessment». En *What works in offender rehabilitation: An evidence-based approach to assessment and treatment*, editado por Leam Craig, Theresa Gannon y Louise Dixon, 72-93. Hoboken: Wiley-Blackwell.

- CASAS BECERRA, Lidia, Francisca RIVEROS y Macarena VARGAS. *s.f.* «Violencia de género y la Administración de Justicia». Corte Interamericana de Derechos Humanos. Acceso el 28 de febrero de 2024. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28753.pdf>
- CASAS BECERRA, Lidia. 2006. «Ley n.º 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar: ¿un cambio de paradigma?». *Anuario De Derechos Humanos* 2: 197-202.
- CENFA (Centro Nacional de la Familia). *s.f.* «Centro Nacional de la Familia CENFA». Acceso el 28 de febrero de 2024. <https://cenfa.cl/>
- CENTRO DE ÉTICA. 2002. «Violencia Intrafamiliar». *Informe Ethos* 22. Acceso el 28 de febrero de 2024. <http://www.centroetica.uct.cl/documentos/archivos/1.5.4.10.htm>
- CHÁVEZ CHÁVEZ, Francisco Javier, Constanza Soledad JELVES CÁRDENAS, Felipe Leonardo MUÑOZ DÍAZ, Tamara Francisca RUIZ MAULÉN y Bárbara Viviana SOBARZO DONOSO. 2020. «Perspectivas de los Facilitadores en el Funcionamiento del Programa HEVPA en Chile: Aproximación a una Evaluación de Impacto del Programa». Tesis Pregrado. Universidad de Valparaíso. <https://repositoriobibliotecas.uv.cl/handle/uvsc/6041>
- COMISIÓN DE LA MUJER Y EQUIDAD DE GÉNERO. 2021. *Segundo informe de la comisión especial encargada de conocer iniciativas y tramitar proyectos de ley relacionados con la mujer y la igualdad de género recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, iniciado en mensaje de la ex Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet Jeria, sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Boletín n.º 11.077-07*. Santiago: Comisión de la Mujer y Equidad de Género. Acceso el 28 de febrero de 2024. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/informes.aspx?prmID=11592&prmbOLETIN=11077-07>
- CORVALÁN CAMPOS, Camila, Camila FERNÁNDEZ ARAMAYO, María José MUÑOZ PAILLAO y Gisele MUÑOZ VALDÉS. 2020. «Programa para Hombres que Ejercen Violencia en la Pareja Íntima: Un camino necesario, pero ¿Es suficiente? Estudio sobre el funcionamiento del programa para hombres que ejercen violencia en la pareja íntima en Chile, basado en conversaciones con profesionales que trabajan en éstos». Tesis Pregrado. Universidad de Valparaíso. <https://repositoriobibliotecas.uv.cl/handle/uvsc/6040>
- GELDSCHLÄGER, Heinrich, Stefan BECKMANN, Ludger JUNGNITZ, Ralf PUCHERT, Ansis Jurgis STABINGIS, Cyril DULLY, Heinrich KRAUS, Rosa LOGAR, Per Kristian DOTTERUD, Jørgen LORENTZEN y Sibylle SCHWEIER. 2010. «Programas Europeos de Intervención para Hombres que Ejercen Violencia de Género: Panorámica y Criterios de Calidad». *Intervención Psicosocial* 19: 181-190. <https://doi.org/10.5093/in2010v19n2a9>
- GENDARMERÍA DE CHILE. 2011. *Convenio de Colaboración entre el Servicio Nacional de la Mujer y Gendarmería de Chile n.º 5376*. Santiago: Gendarmería de Chile. Acceso el 28 de febrero de 2024. https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/transparencia/ley20285/doc_2009/normativa/doc/EX_5376.PDF
- GONDOLF, Edward. 2012. *The future of batterer programs: Reassessing evidence-based practice*. Boston: Northeastern University Press.
- GRANADINO DÍAZ, Carolina Denisse. 2014. «Estudio exploratorio-descriptivo acerca de las percepciones de usuarios de un programa de intervención en violencia y su

- pareja mujer, respecto de su historia de pareja». Memoria para optar al título de psicóloga. Universidad de Chile. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135473/MEMORIA_PDF.pdf?sequence
- INICIATIVA SPOTLIGHT, UNFPA, Promundo-US y EME-Fundación Cultura Salud. 2021. *Programas con hombres que han ejercido violencia basada en género en América Latina y el Caribe hispano*. Nueva York: UNFPA. Acceso el 28 de febrero de 2024. doi: 10.13140/RG.2.2.34051.22568
- LAMPERT GRASSI, María Pilar. 2019. *Políticas públicas y planes nacionales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres: Chile, Argentina, Dinamarca y Reino Unido*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- LAMPERT, María Pilar y Verónica DE LA PAZ. 2018. *Agenda de género de la Presidenta Michelle Bachelet*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- LETELIER, Cristian, Andrea CERDA PEREIRA y Daniela DÍAZ BÓRQUEZ. 2019. *Informe Final Evaluación Programas Gubernamentales (EPG) Programas de Rehabilitación y Reinserción Social*. Santiago: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Gendarmería de Chile. Acceso el 28 de febrero de 2024. https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/INFORME_FINAL_EPG2019_PROGRAMAS_REINSESION.pdf
- LOINAZ CALVO, Ismael. 2009. *Aproximación teórica y empírica al estudio de las tipologías de agresores de pareja: análisis descriptivo de variables e instrumentos de evaluación en el centro penitenciario Brians-2*. Madrid: Ministerio del Interior, Secretaria General Técnica.
- MACUER, Tania, Marisa WEINSTEIN y Christian BELMAR. 2017. Resumen Ejecutivo Evaluación Programas Gubernamentales (EPG). *Programa de Prevención Integral de Violencia Contra las Mujeres y Programa de Atención, Protección y Reparación Integral de Violencias contra las Mujeres*. Santiago: Ministerio de la Mujer y Equidad de Género y Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género. Acceso el 28 de febrero de 2024. https://www.dipres.gob.cl/597/articulos-163130_r_ejecutivo_institucional.pdf
- MDSF (Ministerio de Desarrollo Social y Familia). *s.f. Programa de Atención, Protección y Reparación Integral de Violencias contra las Mujeres*. Santiago: Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Acceso el 28 de febrero de 2024. https://www.reddeproteccion.cl/fichas/programa_de_atencion_proteccion_y_reparacion_en_violencia_contra_las_mujeres_apr
- MINHACIENDA (Ministerio de Hacienda) y MDSF (Ministerio de Desarrollo Social y Familia). 2021. *Monitoreo y Seguimiento Oferta Pública 2021*. Santiago: Ministerio de Hacienda y Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Acceso el 28 de febrero de 2024. https://www.dipres.gob.cl/597/articulos-275920_doc_pdf.pdf
- MINMUJEREG (Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género). 2014. *Plan Nacional de Acción contra la Violencia contra las Mujeres 2014-2018*. Santiago: Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, Gobierno del Chile. Acceso el 28 de febrero de 2024. <https://biblioteca.digital.gob.cl/items/d1b804b9-d4b2-42fa-92e6-81b95172eeee>
- . 2020. *Plan Nacional de Acción en contra de la violencia hacia la mujer 2021-2030*. Santiago: Ministerio de la Mujer y la Equidad, Gobierno de Chile.

- Acceso el 28 de febrero de 2024. <https://minmujeryeg.gob.cl/wp-content/uploads/2021/12/RESEX-1408-2020-Plan-VCM.pdf>
- MINSAL (Ministerio de Salud). 2018. *Modelo de Gestión. Centro de Salud Mental Comunitaria*. Santiago: Ministerio Salud, Gobierno de Chile. Acceso el 28 de febrero de 2024. https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2015/09/2018.03.28_MODELO-DE-GESTION-CENTRO-DE-SALUD-MENTAL-COMUNITARIA_DIGITAL.pdf
- MINISTERIO PUBLICO. 2010. *Oficio 111/2010, Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia intrafamiliar*. Santiago: Ministerio Público. Acceso el 28 de febrero de 2024. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do>
- . 2021. *Oficio 1032/2021, Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia de género y violencia intrafamiliar*. Santiago: Ministerio Público. Acceso el 28 de febrero de 2024. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do> file:///C:/Users/usuario/Dropbox/Mi PC (DESKTOP-RUV5AQ7)/Downloads/FN_1032_2021.pdf
- . 2023. *Boletín Estadístico Anual Enero-Diciembre 2022*. Santiago: Ministerio Público. Acceso el 28 de febrero de 2024. file:///C:/Users/pc/Downloads/BoletIn_Anuale_2022202.pdf
- NANDI, Meghna. 2013. «La Implementación del Programa de Intervención para Hombres que Ejercen Violencia contra sus Parejas, 'Hombres por una vida sin Violencia' en Arica, Chile». *Independent Study Project (ISP), Collection, 1614*. Acceso el 28 de febrero de 2024. https://digitalcollections.sit.edu/isp_collection/1614
- PEILLARD, Ana María Morales, Nicolás MUÑOZ CORREA, María Lucía TRUJILLO CARRASCO, María Teresa HURTADO BUNSTER, Javiera CÁRCAMO CÁCERES y Javier TORRES VALLEJOS. 2012. *Los programas de intervención con hombres que ejercen violencia contra su pareja mujer*. Santiago: Gendarmería de Chile, Fundación Paz Ciudadana. Acceso el 28 de febrero de 2024. <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/los-programas-de-intervencion-con-hombres-que-ejercen-violencia-contra-su-pareja-mujer/>
- PRICE, Bethany y Alan ROSENBAUM. 2009. «Batterer Intervention Programs: A Report From the Field». *Violence and Victims* 24, n.º 6: 757-769.
- SALAS HERRERA, José Luis. 2014. «Reincidencia, perfiles de riesgo y estrategias de resolución de conflictos en hombres intervenidos por violencia contra la mujer». Tesis de Magíster. Universidad de Valparaíso. <https://repositoriobibliotecas.uv.cl/handle/uvscl/10735>
- SERNAM (Servicio Nacional de la Mujer). 2000. *Política y Plan Nacional de Intervención en Violencia Intrafamiliar 2000 – 2006*. Santiago: Comisión Interministerial de Prevención de la Violencia Intrafamiliar, Gobierno de Chile. Acceso el 28 de febrero de 2024. <https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/btca/txtcompleto/planvif.pdf>
- . 2012. *Plan Nacional de Violencia Intrafamiliar en Chile 2012-2013*. Santiago: Servicio Nacional de la Mujer, Gobierno de Chile. Acceso el 28 de febrero de 2024. <https://es.scribd.com/document/151776996/Plan-Nacional-VIF-2012-2013>
- SERNAMEG-ARAUCANÍA (Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género de la Araucanía) y Municipalidad de Temuco. 2019. *Convenio n.º 239/2019. Remite*

- Convenio y Resolución Programa de Atención, Protección y Reparación en Violencia contra las Mujeres, Dispositivo Centro de Hombres que Ejercen Violencia de Pareja*. Temuco: SernamEG – Araucanía y Municipalidad de Temuco. Acceso el 28 de febrero de 2024. https://transparencia.temuco.cl/g_resoluciones/concursos/2019/Oficio%20y%20res%20HEVPA.pdf
- SERNAMEG (Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género). 2017. *Orientaciones Técnicas 2018-2019. Centros HEVPA. Programa de Atención, Protección y Reparación en Violencia contra las Mujeres*. Santiago: Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género, Gobierno de Chile. Acceso el 28 de febrero de 2024. www.minmujeryeg.gob.cl
- SORDI STOCK, Bárbara. 2015. «Programas de rehabilitación para agresores en España: Un elemento indispensable de las políticas del combate a la violencia de género». *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* 10, n.º 19: 297-317. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000100010>
- . 2018. *Violencia contra la Mujer. Prevención. Programas de Rehabilitación, análisis internacional*. Madrid: Edisofer.
- VILLABLANCA QUEZADA, Paulo. *s.f. Aportes para la comprensión de los hombres que ejercen VIF en un contexto intercultural en la Provincia de Malleco Region de la Araucanía*. Ponencia. Universidad de Costa Rica. Acceso el 28 de febrero de 2024. <https://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/pela/pl-000300.pdf>
- VILLELA, Alejandro. 1997. «Un Modelo de Tratamiento a Hombres que Ejercen Violencia Conyugal». *Psykhé* 6, n.º 2: 71-84. Acceso el 28 de febrero de 2024. <https://ojs.uc.cl/index.php/psykhe/article/view/20689>

LA VIVIENDA COMO DERECHO FUNDAMENTAL. COMPROMISOS INTERNACIONALES MÁS ALLÁ DEL PRINCIPIO RECTOR

*Housing as a fundamental right. International commitments
beyond the governing principle*

Daríá Terrádez Salom

Doctora en Derecho constitucional por la Universidad de Valencia
<https://orcid.org/0000-0002-1963-9811>

<https://doi.org/10.18543/ed.3110>

Fecha de recepción: 19.12.2023

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo principal constatar que, pese a que el derecho a la vivienda se haya consagrado en nuestra Constitución como un Principio rector de la política social y económica, las obligaciones internacionales que posee España, tras la ratificación de la Carta Social Europea revisada y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la asunción de sus sistemas de control, dan un nuevo sentido al derecho establecido en el artículo 47 de la Constitución española, dotándolo de mayor fuerza vinculante y, sobre todo, de mayores garantías. Este análisis del derecho fundamental a la vivienda no puede desvincularse del principio de indivisibilidad de los derechos humanos y del respeto de la dignidad de la persona, ejes centrales del estudio.

Palabras clave

Derecho a la vivienda; vivienda adecuada; dignidad humana; principio de indivisibilidad; derechos sociales.

Abstract

The main objective of this paper is to verify that, despite the fact that the right to housing has been enshrined in our Constitution as a governing principle of the Economic and Social Policy, the international obligations that Spain, after the ratification of the revised European Social Charter and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the assumption of their control systems, has given a new meaning to the right established in Article 47 of the Spanish Constitution, giving it greater binding force and, above all, greater guarantees. This analysis of the fundamental right to housing cannot be separated from the principle of the indivisibility of human rights and the respect for the human dignity, which are the central axes of the study.

Keywords

Right to housing; adequate housing; human dignity; principle of indivisibility; social rights.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA. 1. Los sistemas de control de la aplicación de la Carta Social Europea revisada. 2. La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales en relación con el derecho a la vivienda y un inciso especial para la primera reclamación contra España: el vergonzoso asunto de la Cañada Real. III. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 1. El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales: directrices de aplicación e interpretación. 2. España ante el Comité de derechos económicos, sociales y culturales. IV. BREVE REFERENCIA A LA NUEVA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA Y SU ENCAJE EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL. V. UNAS CUANTAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la crisis financiera e inmobiliaria que se inició en 2008, uno de los asuntos que más preocupan a la sociedad es la vivienda y el acceso a la misma. Solo en 2012 se recibieron 70.257 solicitudes de desahucio, de las cuales se ejecutaron 46.408; en 2019 se recibieron 68.247 y se ejecutaron 39.507¹. A este dato se debe añadir el incremento de los precios del alquiler y la reciente tendencia al alza de los tipos de interés que están incrementado las cuotas mensuales hipotecarias medias entre 200 y 300 Euros², lo que dificulta en muchos casos el poder hacer frente a los distintos pagos. Por otro lado, existe un déficit importante, incluso grave, de vivienda social; de acuerdo con el Boletín especial sobre vivienda social³, el “*parque de vivienda social en España se encuentra a más de 6 puntos porcentuales por debajo de la media de los países de la Unión Europea, en los cuáles, en términos medios, su parque de vivienda social se sitúa en el entorno del 9%*

N.B.: en relación con la fecha que se indica en las decisiones sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales y de los dictámenes del Comité de derechos económicos, sociales y culturales, se ha optado por indicar la fecha de publicación, pues es cuando la decisión es, valga la redundancia, pública para terceros.

¹ Datos obtenidos del Informe “*L'evolució dels desnonaments 2008-2019: de l'emergència a la consolidació d'una crisi habitacional*” (La evolución de los desahucios 2008-2019: de la emergencia a la consolidación de una crisis habitacional), Observatorio DESC, junio 2020.

² TORRES, R. “El euríbor y las hipotecas”, *Cuadernos de Información Económica*, n.º 293 (marzo-abril 2023), FUNCAS.

³ Elaborado por el Observatorio de Vivienda y Suelo, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Puede consultarse en el siguiente enlace.

con respecto a las viviendas principales, frente al 2,5% de España”, por lo que el acceso a este tipo de viviendas suele ser extremadamente difícil, sino imposible. Y si a ello añadimos la subida de los precios del alquiler, el acceso a una vivienda digna resulta francamente complicado. En el preámbulo del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo⁴, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler se afirma que *“según datos de Eurostat, en el año 2017, más del 42% de los hogares españoles destinaban más del 40% de sus ingresos al pago del alquiler. Ello supone que España se sitúa 17 puntos porcentuales por encima del valor medio de la Unión Europea”*, si bien existen zonas tensionadas, como la isla de Palma de Mallorca, donde es prácticamente imposible alquilar una vivienda a un precio razonable; asimismo, debe hacerse referencia a fenómenos como el alquiler turístico de viviendas que merma considerablemente el parque de viviendas de alquiler residencial, incrementando incluso el precio medio de alquiler. Con una sencilla búsqueda en cualquier navegador de Internet, se podría afirmar, sin ambages, que la vivienda en España es un desafío social, pero también jurídico.

Nuestra Constitución reconoce, en su artículo 47, que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada; sin embargo, y pese a la calificación de derecho, la vivienda no es un derecho fundamental ateniéndonos única y exclusivamente al lugar que ocupa en la Constitución española. Efectivamente, el artículo 47 se encuentra en el Capítulo tercero del Título I, por lo que el derecho a la vivienda es un principio rector de la política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección deberá informar *“la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”* y *“Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*⁵. Por lo tanto, y como ya se ha afirmado, no es un derecho fundamental, pese a la falsa creencia social que así lo define. A pesar de ello, la vivienda es un prerequisite para poder disfrutar de otros derechos fundamentales, como bien afirman ESCOBAR ROCA y GONZÁLEZ GONZÁLEZ *“Otros derechos fundamentales no se entenderían sin el previo disfrute de una vivienda [...] En especial, la intimidad personal y familiar (entendida como un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana, STC 119/2001) del art. 18.1 difícilmente puede salvaguardarse cuando se vive a la intemperie. [...] El incumplimiento del derecho a la vivienda puede afectar a los bienes protegidos por los arts. 15 (derecho a la vida y a la*

⁴ BOE n.º 55, de 5 de marzo de 2019.

⁵ Artículo 53, 3º Constitución española.

*integridad física y moral) y, sobre todo, 43.1 (derecho a la protección a la salud)*⁶. Por ello el enfoque del presente trabajo, y por lo que resulta un verdadero desafío jurídico, partirá del reconocimiento del derecho a la vivienda como un verdadero derecho fundamental, no por su supuesto reconocimiento constitucional, que no lo es, sino por la regulación que de este hacen distintos convenios y tratados internacionales, ratificados por España, que reconocen la vivienda como un derecho fundamental, en conjunción con los mandatos interpretativos y aplicativos establecidos en la Constitución española⁷.

El presente trabajo se divide en tres partes; la primera tratará el derecho a la vivienda en el ámbito de la Carta Social Europea revisada y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, aprovechando que España ratificó recientemente el protocolo sobre reclamaciones colectivas. En segundo lugar, acudiremos al marco de Naciones Unidas para analizar el derecho a la vivienda desde la perspectiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dado que España ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1977 y en su artículo 11 reconoce el derecho a una vivienda como parte del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado. Por último, se realizará un breve repaso de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, última norma aprobada que se aleja algo del ámbito mercantilista al que siempre ha estado circunscrito el acceso a una vivienda, aunque posee algunas carencias.

II. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA

En este primer apartado del presente trabajo se va a abordar el estudio de la Carta Social Europea revisada (CSEr en adelante) principalmente por una razón, pues la revisión de 1996 incorporó el derecho a la vivienda en su artículo 31:

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas:

- 1. a favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente;*
- 2. a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación;*
- 3. a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes.*

⁶ ESCOBAR ROCA, G. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

⁷ Nos referimos en este punto al art. 10, 2º y a los artículos 93 a 96 de la Constitución española.

España ratificó hace apenas dos años la CSEr, 21 años después de su firma, por lo que dicho derecho quedó incorporado al ordenamiento jurídico español a través del artículo 96 de la Constitución española.

Asimismo, cabe afirmar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, ya había declarado el carácter fundamental del derecho a la vivienda, mediante una interpretación dinámica de determinados preceptos, como el artículo 8, que establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar, o el artículo 6, derecho a un proceso equitativo⁸. Si bien, el análisis de dicha jurisprudencia resultaría de gran interés en este apartado, se ha optado por estudiar únicamente las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales dado que la CSEr sí que reconoce de forma explícita el derecho a la vivienda.

En cuanto al contenido de este primer punto, se realizará un breve repaso de los sistemas de control del cumplimiento de la CSEr, tanto del sistema de informes como del sistema de reclamaciones colectivas, también recientemente aceptado por España. En segundo lugar, se analizará la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales en relación con el derecho a la vivienda, con una especial referencia a la primera reclamación colectiva presentada contra España, la relativa al problema de la Cañada Real de Madrid donde uno de los asuntos que se tratan es el de la vivienda, obviamente.

1. *Los sistemas de control de la aplicación de la Carta Social Europea revisada*

En un principio, con la Carta Social Europea de 1961⁹, el Comité Europeo de Derechos Sociales tan solo tenía el sistema de informes para controlar la correcta aplicación de la norma en los Estados miembros que la habían aceptado, en concreto de las disposiciones aceptadas por cada uno de ellos.

Así, cada año España¹⁰, y el resto de Estados miembros, presentan un informe relativo a los bloques de empleo, formación e igualdad de oportuni-

⁸ Para un análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho a la vivienda, resulta de obligada lectura la obra del profesor Padraic Kenna. Véase, entre otros, KENNA, P.: “El derecho a la vivienda: obligaciones positivas y derechos exigibles (especial referencia a los estándares internacionales)”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 12, 2008.

⁹ Ratificada por España mediante Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, BOE n.º 153 de 26 de junio de 1980.

¹⁰ En el caso español, se aceptó la totalidad de lo dispuesto en la CSE, así como el Protocolo adicional de 1988, lo que obliga a España a presentar informes cada año, sobre la aplicación a nivel interno de lo establecido en la CSE, de acuerdo con la división por bloques temáticos que decidió el Comité de Ministros del Consejo de Europa en mayo de 2006 (*Decision of the Committee of Ministers of the Council of Europe about the European Social Charter, Governmental Committee of the European Social Charter, New*

dades (Bloque I), salud, Seguridad Social y protección social (Bloque II), derechos laborales (Bloque III) y menores, familia y personas migrantes (Bloque IV). Si bien, y como ya se ha comentado antes, los Estados no deben aceptar todos los artículos de la Carta, pues de acuerdo con el art. 20 de la CSE de 1961, los Estados están obligados a “*considerar la Parte I [...] como una declaración de objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados*” y a aceptar, de la Parte II, al menos cinco de los siete artículos siguientes: arts. 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19. Esta segunda parte de la CSE se conoce como “núcleo duro”; del resto de los artículos, la CSE establece que el Estado deberá obligarse por al menos diez de ellos o cuarenta y cinco párrafos. En la versión revisada de 1996, en la Parte III, artículo A, varía algo la disposición original, pasando a dieciséis los artículos que deben aceptarse como mínimo, o sesenta y tres párrafos¹¹; también se añade un artículo más en la letra *b* del artículo A y se deben elegir al menos seis de los artículos especificados. Actualmente, se está desarrollando una nueva reforma del sistema de informes que pretende agilizar el procedimiento y que los informes sean más precisos. Así, durante la 132ª sesión del Comité de Ministros¹² se estableció un sistema de informes mejorado, cuyo impacto aumentará, de acuerdo con las conclusiones a las que ha llegado el Grupo de trabajo encargado de desarrollar

system for the presentation of reports on the application of the European Social Charter, Proposal of the Governmental Committee (CM(2006)53); 963rd meeting, 3 may 2006).

¹¹ Artículo A. Obligaciones.

1. *Con sujeción a las disposiciones del siguiente artículo B, cada una de las Partes se compromete:*

a) *a considerar la Parte I de la presente Carta como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados, conforme a lo dispuesto en el párrafo de introducción de dicha Parte;*

b) *a considerarse obligada por al menos seis de los nueve artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20;*

c) *a considerarse obligada por el número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que ella elija, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a dieciséis artículos o a sesenta y tres párrafos numerados.*

¹² Sesión 132 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Turin, 19-20 mayo 2022) – *Improving the European Social Charter system – Consolidated Report*, CM(2022)67-final. Véase también el último informe de la Secretaría General del Consejo de Europa sobre el estado de la democracia, los derechos humanos y el imperio de la ley, abril 2023, donde también se hace eco de la reforma del sistema de informes: “*la reforma prevé un diálogo reforzado entre los Estados y los órganos de la Carta (el Comité Europeo de Derechos Sociales y, en el seguimiento de sus conclusiones, el Comité Gubernamental de la Carta Social Europea y el Código Europeo de Seguridad Social). La reforma también busca que el trabajo de supervisión se centre más en asuntos urgentes. Con sujeción a las decisiones que adopten los órganos de la Carta, esto podría implicar cuestiones relacionadas con la crisis del coste de la vida o las nuevas formas del llamado trabajo atípico*” (p. 110).

la reforma de dicho procedimiento. Asimismo, se ha propuesto que los informes vuelvan a tener una frecuencia bianual y que se intensifique el diálogo entre los Estados miembros y los órganos de la Carta; en concreto *“se propone que las cuestiones sobre las que han de informar los Estados miembros y que posteriormente examinen los órganos de la Carta se reduzcan a una docena de disposiciones de la Carta por informe. Las disposiciones seleccionadas para la presentación de informes por los Estados miembros serán objeto de “preguntas específicas”. Las propias preguntas específicas deberían tratar de hacer que el procedimiento de presentación de informes sea más detallado. El aumento del impacto requiere mirar el presente y el futuro, no retroceder en el tiempo durante un período de referencia pasado. Por consiguiente, el informe debe centrarse en la situación en el momento de presentarlo y, cuando proceda, reflejar las medidas que está adoptando o prevé adoptar el Estado Parte para cambiar o mejorar la situación imperante”*¹³.

En relación con el procedimiento de reclamaciones colectivas, se desarrolló atendiendo a dos necesidades, a saber, reforzar el sistema de control de la CSE, aumentando así su eficacia, y dar cabida a los agentes sociales y a las organizaciones que trabajan en materia de derechos sociales, acentuando su participación respecto del control de la correcta aplicación de la norma del Consejo de Europa. De acuerdo con el informe explicativo del Protocolo adicional a la Carta Social Europea sobre un sistema de reclamaciones colectivas¹⁴ *“la introducción de un sistema de este tipo está diseñada para aumentar la eficiencia de los mecanismos de supervisión basados únicamente en la presentación de informes gubernamentales. En particular, este sistema debería aumentar la participación de los interlocutores sociales, los trabajadores y las organizaciones no gubernamentales (ya mejorado por el Protocolo de 21 de octubre 1991 por el que se modifica la Carta Social). La forma en que funciona el mecanismo en su conjunto sólo puede verse mejorada por el creciente interés que cabe esperar que estos órganos muestren por la Carta. El procedimiento previsto en el Protocolo también será más breve que el del examen de los informes. El sistema de reclamaciones colectivas debe considerarse como un complemento del examen de los informes gubernamentales, que constituye naturalmente el mecanismo básico para la supervisión de la aplicación de la Carta”*¹⁵.

¹³ Ídem supra.

¹⁴ Ratificado por España mediante Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, BOE n.º 263, de 2 de noviembre de 2022.

¹⁵ Párrafo segundo del Informe explicativo del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, de 9 de noviembre de 1995.

Además, de acuerdo con SALCEDO BELTRÁN¹⁶, el sistema de reclamaciones posee cuatro elementos singulares que, a nuestro entender, refuerzan la importancia que este sistema de control de la Carta Social Europea posee. Así, la profesora Salcedo se refiere en primer lugar a su “carácter colectivo”, por lo que “*es un atributo que enfatiza su virtud general protectora de personas y de categorías especialmente vulnerables, como pueden ser, la infancia, los discapacitados o la población de etnia gitana o romaní. [...] Es propicio para evitar contenciosos individuales que probablemente no se iniciarían por esa fragilidad*”. A continuación, pone en valor su “carácter preventivo” dado que no es requisito *sine qua non* “*probar los efectos nocivos de la norma o práctica que se impugna*”¹⁷. Y a estas dos, digámoslo así, ventajas de carácter estratégico, se añaden dos de carácter práctico: no es necesario agotar los recursos internos para plantear una reclamación colectiva ante el Comité Europeo de Derechos Sociales y el procedimiento es gratuito, aunque como señala certeramente SALCEDO BELTRÁN “*las entidades demandantes pueden tener un gasto en torno al mismo, como pueden ser el asesoramiento para redactar la reclamación o viajes a Estrasburgo en caso de que exista una fase oral*”¹⁸. Por último, cabe apuntar que este procedimiento puede ser considerado como cuasi judicial dado su carácter contradictorio, al quedar garantizado el diálogo entre las partes en el seno del Comité Europeo de Derechos Sociales¹⁹. De igual modo se ha pronunciado JIMENA QUESADA al afirmar que “*la introducción mediante el Protocolo de 1995 del procedimiento de reclamaciones colectivas, que ha coadyuvado a que el CEDS adquiera claros perfiles jurisdiccionales [...] al tiempo que, de conformidad con los dos objetivos básicos consignados en el preámbulo, contribuye a mejorar «el cumplimiento efectivo de los derechos sociales garantizados por la Carta» y a reforzar «la participación de los agentes sociales y de las organizaciones no gubernamentales»*”²⁰.

¹⁶ SALCEDO BELTRÁN, C. “La Carta Social Europea, unde venis et quo vadis?” in SALCEDO BELTRÁN, C. (Dir.) *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

¹⁷ Ídem supra.

¹⁸ Ídem supra.

¹⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2021). “El sinuoso e inconcluso proceso de adhesión de España a la Carta Social Europea: resistencias, imperfecciones y retos de futuro”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 9(1), 193-219. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.3980>

²⁰ JIMENA QUESADA, L. (2021). “La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 460, 33-72.

2. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales en relación con el derecho a la vivienda y un inciso especial para la primera reclamación contra España: el vergonzoso asunto de la Cañada Real*

Cierto es que el artículo 31 de la CSEr posee un trasfondo complejo debido a las situaciones que puede abarcar y sobre las que el Comité debe decidir²¹; así “*el Comité se ocupa de una amplia gama de situaciones, desde el acceso a una vivienda adecuada y la reducción de la falta de vivienda, hasta el desarrollo de viviendas sociales. También se ocupa de la legalidad de los desahucios*”²². Dicha complejidad se extrae también del ámbito subjetivo y objetivo del precepto; en cuanto al ámbito subjetivo, el artículo 31 ampara a refugiados y extranjeros en situación irregular, “*los refugiados entran en el ámbito subjetivo del artículo 31 y deben ser tratados de la manera más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorablemente que el trato concedido a los extranjeros en general en las mismas circunstancias. Los Estados no están obligados a proporcionar alojamiento alternativo en forma de vivienda permanente en el sentido del artículo 31§1 para los migrantes en situación irregular. Sin embargo, el artículo 31§2 se aplica a los migrantes en situación irregular. El derecho a la vivienda debe garantizarse a las personas, aunque se encuentren en situación irregular, incluidos los niños, mientras se encuentren dentro de la jurisdicción del Estado*”²³. En cuanto al ámbito objetivo, el Comité Europeo de Derechos Sociales establece que el artículo 31 no puede interpretarse como una imposición a los Estados de una obligación de resultados, sino de una obligación de desarrollar medidas apropiadas para estar en consonancia con el precepto citado; así el Comité ha afirmado que “*las autoridades también deben prestar especial atención al impacto que sus políticas de vivienda tienen en los grupos más vulnerables, en este caso las personas y familias que sufren exclusión y pobreza*”²⁴. Tal y como se puede observar estamos ante un precepto complejo en cuanto a su interpretación y con ámbitos subjetivos y objetivos de amplio espectro, por lo que su aplicación supone un desafío jurídico de primer orden. Para España, y dado que ratificó los tres puntos del artículo 31, entraña una mejora cualitativa del alcance del artículo 47 de

²¹ Para un análisis conciso del artículo 31 de la CSEr y de la jurisprudencia del CEDS en relación con dicho precepto, véase MACHO CARRO, A. J. (2023). “La justiciabilidad del derecho a la vivienda en el ámbito internacional: el Comité Europeo de Derechos Sociales y su procedimiento de reclamaciones colectivas”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 66, 5-22. <https://doi.org/10.58992/rcdp.i66.2023.3941>

²² LUKAS, K. *The Revised European Social Charter. An Article by Article Commentary*, Elgar Commentaries series, 2021. <https://doi.org/10.4337/9781789903645>.

²³ Digesto de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, © Council of Europe, 2022.

²⁴ *Idem supra*.

nuestra Constitución, pues, de acuerdo con el Comité “*el derecho a la vivienda garantiza la inclusión social y la integración de las personas en la sociedad y contribuye a la eliminación de las desigualdades socioeconómicas*”²⁵, por lo que el desafío es real, algo que se entenderá mejor con el análisis de algunas decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales.

El párrafo primero del precepto analizado dispone que las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas a favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente; el Comité ha establecido que el concepto de vivienda adecuada debe, por ejemplo, garantizar “*que posea todos los servicios básicos, como agua, calefacción, eliminación de residuos, instalaciones sanitarias, electricidad, etc., y donde se controlen riesgos específicos como la presencia de plomo o amianto; una vivienda que no esté masificada y que el tamaño de la vivienda sea adecuado teniendo en cuenta el número de personas que la habitan*”²⁶. En este sentido, el Comité ha desarrollado una profusa jurisprudencia en relación con varios colectivos de extrema vulnerabilidad, como son los romaníes, los refugiados y los menores no acompañados. Los asentamientos de romaníes o de refugiados han sido frecuentemente tratados en el Comité debido a numerosas reclamaciones colectivas contra Francia, Grecia o Italia. Respecto de este último Estado parte, resulta de interés hacer una breve referencia a la decisión sobre el fondo recaída en la reclamación colectiva 58/2009, *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italia*²⁷. La entidad reclamante denunciaba que las condiciones de los asentamientos de romaníes, tras la entrada en vigor de determinadas normas de seguridad, no eran las más adecuadas, es más “*un número creciente de romaníes vive en lugares excluidos socialmente, en condiciones deficientes en los límites de las ciudades, segregados del resto de la población. Las condiciones materiales en los campos autorizados y no autorizados son a menudo inhumanas. [...] En cambio, se han establecido “contenedores a modo de viviendas temporales”, en varios casos rodeados de altos muros, aislando a los romaníes de la vista de los italianos no romaníes y cuyo efecto es el de sancionar de manera oficial a las comunidades en un gueto con infraestructura y servicios públicos inadecuados*”²⁸. El Comité, en su decisión, recuerda

²⁵ Párrafo 18 de la decisión sobre el fondo recaída en el asunto *European Roma Rights Centre (ERRC) c. Italia*, Reclamación colectiva n.º 27/2004, publicada el 22 de abril de 2006.

²⁶ Digesto de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, © Council of Europe, 2022.

²⁷ El Centro para los derechos habitacionales y los desahucios finalizó su actividad en 2014; de todas formas, sus archivos pueden consultarse en este enlace.

²⁸ Párrafo 49 de la decisión sobre el fondo recaída en la reclamación colectiva 58/2009, *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italia*, publicada el 21 de octubre de 2010.

que Italia ya había vulnerado lo dispuesto en la Carta en 2004 y que, pese a que las disposiciones de la Carta son de aplicación progresiva, sobre todo lo dispuesto en el artículo 31, Italia no había hecho ningún progreso ni informado al respecto. A mayor abundamiento, el Comité, para constatar los incumplimientos de Italia, hace referencia al informe del Sr. Hammarberg²⁹, por aquél entonces Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, que realizó tras la visita a Italia en 2008; en dicho informe, el Comisario denunciaba que *“las condiciones de vida allí eran inaceptablemente bajas. La situación en este sitio sigue siendo básicamente la misma desde la visita del anterior Comisario hace tres años, que había descrito el campamento como un barrio de chabolas. Se compone de caravanas, chozas y baños químicos, muchos de estos últimos en un estado pésimo para su uso. En la fecha de la visita del Comisario, los habitantes del campamento, aproximadamente 650 personas, incluidos aproximadamente 240 menores, no tenían acceso a electricidad ni agua”*³⁰. Por ello, el Comité estableció que la situación de los campos y asentamientos de los romaníes no respetaba lo dispuesto en el artículo 31, 1º y que las condiciones se habían agravado desde la entrada en vigor de las medidas de seguridad mencionadas anteriormente.

Otro tema relacionado directamente con el derecho a la vivienda y que también ha sido tratado en el seno del Comité Europeo de Derechos sociales es el de las personas sin hogar. A modo de ejemplo, en España, y de acuerdo con la última encuesta a las personas sin hogar³¹, *“28.552 personas sin hogar [fueron] atendidas en centros asistenciales de alojamiento y restauración en 2022, un 24,5% más que en 2012”*³² y un 82% de esas personas afirman que necesitarían una vivienda para poder salir de la situación de calle, lo que denota la enorme importancia que tiene la vivienda como factor de garantía de los demás derechos y, por ende, de la dignidad de la persona. Es más, de acuerdo con GONZÁLEZ ORDOVÁS *“El de la vivienda, como otros derechos sociales, suponen [...] un test de calidad democrática. Pues si entendemos por democracia la garantía de libertad e igualdad sólo tomando los derechos en serio, [...] todos ellos, estaremos a la altura del reto permanente que para una sociedad es definirse como democrática. Sabemos que para vivir en*

²⁹ Thomas Hammarberg fue el segundo Comisario de derechos humanos del Consejo de Europa de 2006 hasta 2012.

³⁰ Párrafo 55 de la decisión sobre el fondo recaída en la reclamación colectiva 58/2009, *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italia*, publicada el 21 de octubre de 2010. En este punto se refiere al Informe del Comisario Hammarberg realizado tras la visita a Italia del 19 al 20 de junio de 2008; en este informe se trataron especialmente asuntos relacionados con las personas migrantes y los romaníes (CommDH(2008)18).

³¹ Instituto Nacional de Estadística, encuesta a las personas sin hogar 2022; para más información, véase la nota de prensa de 19 de octubre de 2022.

³² Ídem supra.

*democracia no es suficiente con las normas del más alto rango jerárquico que así lo proclamen, sin la legitimidad que confiere la eficacia la mera declaración no pasa de ser un loable desiderátum. De lo contrario la sociedad se queda estancada en una democracia formal carente de los aportes materiales de una verdadera democracia sustancial, irremplazable cuando se trata de construir la verdadera ciudadanía*³³. Sin embargo, y pese a la importancia que tiene disponer de una vivienda, las redes de albergues son escasas en la mayoría de las ciudades y más escasa es aún la existencia de pisos donde puedan empezar desde cero.

El artículo 31, 2º de la CSEr, de acuerdo con la jurisprudencia del Comité, en especial la decisión sobre el fondo recaída en la reclamación colectiva *Defence for Children International (DCI) c. Países Bajos*³⁴, interpela a las Partes a “*reducir gradualmente el sinhogarismo con miras a su eliminación. La reducción del sinhogarismo implica la introducción de medidas de emergencia y a largo plazo, como la garantía inmediata de un alojamiento y atención a las personas sin hogar, así como medidas para ayudar a esas personas a superar sus dificultades y evitar que regresen a una situación de calle*”³⁵. Igualmente, el Comité concluye que los albergues deben cumplir con los estándares de salud, seguridad e higiene y, en particular, estar equipados con servicios básicos como el acceso a agua limpia y calefacción e iluminación suficiente³⁶, todo ello para garantizar que las condiciones de estos centros estén en consonancia con la protección de la dignidad humana³⁷ de las personas usuarias. Por último, cabe señalar que no solo se incluyen las personas sin techo en el ámbito subjetivo del párrafo segundo del artículo 31; el Comité también ha recalcado que los extranjeros en situación irregular, los refugiados y los menores no acompañados forman parte del ámbito subjetivo del precepto. Así, en una reciente decisión sobre el fondo en relación con Grecia, el Comité, siendo consciente de la gravedad de la situación por la que está pasando el gobierno griego debido a la llegada masiva de personas migrantes

³³ GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.ª J.: “*El derecho a una vivienda digna y adecuada*”, en *Constitución y derechos fundamentales*, (Coord. por J. Betegón Carrillo, F.J. Laporta San Miguel, L. Prieto Sanchis, J.R. de Páramo Argüelles, et. al.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

³⁴ *Defence for Children International (DCI) c. Países Bajos*, reclamación colectiva n.º 47/2008, decisión sobre el fondo de 20 de octubre de 2009.

³⁵ Párrafo 46 de la decisión sobre el fondo recaída en la reclamación colectiva n.º 47/2008 *Defence for Children International (DCI) c. Países Bajos*, de 20 de octubre de 2009.

³⁶ Párrafo 62 de la decisión sobre el fondo recaída en la reclamación colectiva n.º 47/2008 *Defence for Children International (DCI) c. Países Bajos*, de 20 de octubre de 2009.

³⁷ Párrafo 106 de la decisión sobre el fondo recaída en la reclamación colectiva n.º 39/2006 *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) c. Francia*, de 5 de junio de 2008.

a sus costas, considera que *“el carácter excepcional de la situación resultante de una afluencia cada vez mayor de migrantes y refugiados y las dificultades de un Estado para gestionar la situación en sus fronteras no pueden eximir a ese Estado de las obligaciones que le incumben en virtud del párrafo 2 del artículo 31 de la Carta, o limitar o diluir su responsabilidad en virtud de la misma, de proporcionar alojamiento a los niños migrantes y refugiados, habida cuenta de sus necesidades específicas y de su extrema vulnerabilidad. Como se mencionó anteriormente, el derecho a la vivienda está estrechamente relacionado con el derecho a la vida y es crucial para el respeto de la dignidad humana de toda persona (DCI c. los Países Bajos, reclamación n.º 47/2008, op.cit., §§47 y 64), en particular cuando las personas afectadas son niños”*³⁸; nótese bien que el Comité insiste en la importancia del derecho a la vivienda como garante de otros derechos como el derecho a la vida y, sobre todo, como garantía *sine qua non* de la dignidad humana, lo que supone un desafío jurídico y, por supuesto social, a la hora de desarrollar y aplicar políticas de vivienda que no siempre tienen en cuenta estas indicaciones.

Finalmente, el párrafo tercero del artículo 31 aborda otra cuestión que suele suponer un escollo para la gestión de políticas de vivienda, y no es otra que la vivienda social, pues establece que las Partes deben comprometerse a *“hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes”*. Según afirma el Comité, la vivienda es asequible *“si el hogar puede permitirse pagar los costes iniciales (depósito, alquiler anticipado), el alquiler actual y/u otros costes relacionados con la vivienda (por ejemplo, servicios públicos, mantenimiento y cargos de administración) a largo plazo sin dejar de mantener un nivel de vida mínimo, de acuerdo con los estándares definidos por la sociedad en la que se encuentra la vivienda”*³⁹. El Comité establece que los Estados parte deben cumplir dos condiciones para que sus políticas y medidas respeten lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 31, a saber⁴⁰:

– *adoptar medidas apropiadas para la provisión de vivienda, en particular vivienda social. La vivienda social debe estar dirigida, en particular, a los más desfavorecidos;*

– *adoptar medidas para garantizar que los periodos de espera para la asignación de vivienda no sean excesivos; deben estar disponibles recursos judiciales o de otro tipo cuando los periodos de espera sean excesivos.*

³⁸ Párrafo 133 de la decisión de fondo de la reclamación colectiva n.º 173/2018 *International Commission of Jurists (ICJ) and European Council for Refugees and Exiles (ECRE)* contra Grecia, de 12 de julio de 2021.

³⁹ Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre Suecia, 2003.

⁴⁰ Párrafos 98 a 100 de la Decisión sobre el fondo recaída en la reclamación colectiva n.º 33/2006 *International Movement ATD Fourth World* c. Francia, de 5 de junio de 2008.

Como veíamos en la parte introductoria del presente trabajo, España se encuentra muy por debajo de estas exigencias del Comité en relación con la vivienda social; la carencia de viviendas de este tipo alarga de manera exagerada los plazos de asignación de viviendas sociales a los más vulnerables. En muchos casos los plazos varían según las Comunidades autónomas, incluso según municipios, y suelen ser procesos largos y cargados de burocracia, lo que muchas veces desanima a los posibles demandantes.

Una vez analizadas algunas de las decisiones sobre el fondo en relación con el artículo 31 de la CSEr, y conociendo la interpretación que nos ofrece la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, podemos ya adentrarnos en el estudio de la que ha sido la primera reclamación colectiva contra España, presentada tras la aceptación de dicho procedimiento por nuestro país.

La Cañada Real Galiana es una de las numerosas vías pecuarias que recorren la Comunidad autónoma de Madrid; en la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2011, de 15 de marzo, de la Cañada Real Galiana, se reconoce en su Preámbulo que dichas vías pecuarias, algunas de ellas “*han venido sufriendo un continuo declive, coincidente con el de la propia trashumancia y el progresivo intrusismo agrícola, residencial, industrial y por parte de todo tipo de infraestructuras, que tanto la legislación estatal como autonómica tratan de ordenar*”⁴¹. A causa de este declive, ya desde los años 50 y 60 del pasado siglo, la Cañada Real Galiana empieza a ocuparse por distintos colectivos de personas; de acuerdo con un interesantísimo informe⁴² de la ONG ACCEM y la Fundación Secretariado Gitano, se pueden identificar cinco grupos poblacionales:

- *inmigrantes rurales que llegaban a Madrid en busca de trabajo, instalándose en las áreas periféricas;*
- *residentes en el Municipio de Madrid expulsados del centro o que optaron por construirse una segunda residencia allí;*
- *población gitana española;*
- *desde la década de los noventa, con la creciente llegada de extranjeros a España, inmigrantes procedentes fundamentalmente de Marruecos y Rumania (muchos de ellos de etnia gitana);*
- *En los últimos años, el desmantelamiento de núcleos chabolistas del área metropolitana madrileña (Las Barranquillas o el Salobral) ha provocado desplazamientos de población hacia esta zona”.*

En este informe, del año 2010, ya se detallaban los distintos problemas que padecían los asentamientos en la Cañada Real Galiana; no solo se refiere

⁴¹ Ley 2/2011, de 15 de marzo, de la Cañada Real Galiana, BOCM n.º 74, de 29 de marzo de 2011 y BOE n.º 158, de 4 de julio de 2011.

⁴² Informe-diagnóstico sobre la Cañada Real Galiana, ACCEM y Fundación Secretariado Gitano, octubre 2010.

a problemas como el tráfico de drogas, sino también a la falta de servicios y equipamientos básicos, como la carencia de electricidad o de agua potable. Esta situación se ha agravado desde 2020, pues en los sectores 5 y 6 la empresa distribuidora de electricidad procedió a cortar el suministro, tal y como relata la reclamación colectiva 206/2022, con los distintos problemas que de ello se han derivado. A modo de ejemplo, ya en noviembre de 2020, el EIPE, Equipo de Intervención con Población Excluida, dependiente del Centro de Salud del Ensanche de Vallecas, denunció en una carta que “*además de vulnerar numerosos derechos fundamentales y afectar a la actividad económica, la educación, la comunicación, la dignidad y la vida social y cotidiana de las personas y de la comunidad, es bien sabido que la falta de suministro eléctrico tiene un impacto sobre la salud a través del aumento de la mortalidad y de la incidencia de numerosas morbilidades tales como enfermedades cardiovasculares, reumatológicas, infecciones respiratorias, crisis de asma, problemas de salud mental, accidentes domésticos, caídas, o bajo peso al nacer, entre otras*”⁴³. Por todo ello, y por más razones que se encuentran bien detalladas en la reclamación colectiva, distintas entidades decidieron inaugurar el recién aceptado⁴⁴ protocolo sobre reclamaciones colectivas e interponer la primera reclamación contra España ante el Comité Europeo de Derechos Sociales. El 19 de octubre de 2022 se publicó la admisión de la reclamación y la aceptación de las medidas inmediatas que se solicitaban en el texto de la reclamación.

Estas medidas son las siguientes:

“– *Adoptar todas las medidas posibles para evitar daños graves e irreparables a la integridad de las personas que habitan en el asentamiento de la Cañada Real Galiana que no tienen un acceso adecuado a la electricidad y, por lo tanto, están expuestas a riesgos para la vida y la integridad física y moral, en particular:*

– *garantizar que todas las personas afectadas tengan acceso a electricidad y calefacción, en particular teniendo en cuenta las necesidades de los grupos vulnerables afectados (incluidos los niños, las personas con*

⁴³ Carta de denuncia y apoyo a la población de la Cañada Real Galiana ante la situación de interrupción de suministro eléctrico en este enlace, noviembre de 2020.

⁴⁴ Desde la ratificación de la CSER, mediante el Instrumento de ratificación publicado en 2021 (BOE n.º 139, de 11/06/2021), hasta el Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995 (BOE n.º 263 de 2 de noviembre de 2022), hubo cierta confusión respecto de la aplicabilidad o no de dicho sistema de control. Véase SALCEDO BELTRÁN, C. (2023). “La efectividad de la Carta Social Europea en la Cañada Real Galiana: análisis jurídico de las pioneras medidas inmediatas instadas al gobierno español por el Comité Europeo De Derechos Sociales”, *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 13 (1), 1-19. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7566>.

discapacidad, las personas con problemas médicos, las personas de origen extranjero, las personas de edad y los romaníes);
 – *ofrecer a las personas afectadas un alojamiento alternativo adecuado cuando no sea posible garantizar de forma segura el acceso a la electricidad y la calefacción*⁴⁵.

De acuerdo con el mismo documento, el Comité instaba a las autoridades competentes a informar sobre las medidas adoptadas el 15 de diciembre del mismo año, obviamente, de ahí que sean medidas inmediatas; así, y retomando las palabras de SALCEDO BELTRÁN, “*En la voluntad de nuestros responsables estatales está atender las medidas inmediatas comunicadas y dejar de ser indiferente a esta denunciada vulneración de la dignidad humana o proseguir como hasta ahora, aparentemente indolentes a los derechos humanos de un colectivo de personas*”⁴⁶. El Gobierno de España respondió a dichas medidas inmediatas mediante escrito registrado el 15 de diciembre de 2022, realizando distintas observaciones que, en resumen, evidenciaban la falta de voluntad de las distintas autoridades competentes para buscar una solución a un problema grave que afecta a la dignidad de las personas, alegando, por ejemplo, la imposibilidad “*desde un punto de vista técnico de tratar de suministrar electricidad a las viviendas que no cuenten ni con los permisos legales ni con la infraestructura necesaria en el sector 6 de la Cañada Real Galiana, sin poner en grave peligro la integridad y la vida de los residentes de estas viviendas*”⁴⁷. No resulta trivial mencionar que, en el terreno internacional, la dignidad humana apareció primeramente asociada a los derechos sociales, concretamente con motivo de la adopción, el 10 de mayo de 1944, de la Declaración de Filadelfia en el marco de la Organización Internacional del Trabajo.

Este proceso aún no ha acabado, como es obvio, y tendremos que esperar a la decisión sobre el fondo. Si bien, y volviendo al tema del presente trabajo, la vivienda no puede ser considerada como un mero bien material, la vivienda es la puerta de entrada y garantía de otros derechos fundamentales y de la dignidad humana. La jurisprudencia del Comité, y el propio artículo 31 de la CSEr, no exigen hechos inmediatos, pero sí progresos, que demuestren que el

⁴⁵ Comité Europeo de Derechos Sociales, decisión sobre la admisibilidad y medidas inmediatas de 19 de octubre de 2022 en relación con la reclamación colectiva 206/2022. Nótese la agilidad del procedimiento, pues la reclamación colectiva se registró el 2 de marzo de 2022.

⁴⁶ SALCEDO BELTRÁN, C. (2023). “La efectividad de la Carta Social Europea en la Cañada Real Galiana: análisis jurídico de las pioneras medidas inmediatas instadas al gobierno español por el Comité Europeo De Derechos Sociales”, *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 13 (1), 1-19. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7566>.

⁴⁷ Documento n.º 3 del asunto sobre la reclamación colectiva 206/2022, respuesta del gobierno de España a la solicitud de medidas inmediatas, 19 de enero de 2023.

paradigma ha cambiado y que la vivienda es un derecho fundamental. La CSER y el protocolo de reclamaciones colectivas han supuesto un revulsivo para nuestro precario sistema de protección de los derechos sociales, forman ya parte de nuestro ordenamiento jurídico y las distintas situaciones de desigualdad, que quiebran la garantía de la dignidad humana, nos interpelan. En este punto, y a modo de conclusión de este primer apartado, es justo y necesario recordar las palabras de TEROL BECERRA respecto de las normas del Consejo de Europa, pues “(...) sería sumamente beneficioso para jueces y particulares saber que están obligados a aplicar las normas del Consejo de Europa y de jurisprudencia. No se olvide que solo cuando un determinado derecho está acompañado de garantías jurídicas es verdaderamente un derecho, sino se queda en una meditación sin consecuencias para el mundo jurídico”⁴⁸.

III. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

En este segundo apartado, y siguiendo el mismo esquema que en el anterior, nos vamos a centrar en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas, ratificado por España en 1977⁴⁹. Para el tema que compete a este trabajo, resulta de interés, en primer lugar, analizar el propio Pacto, cómo recoge el derecho a la vivienda y, sobre todo, los distintos informes y directrices que se publican en relación con la adecuada aplicación del derecho a la vivienda. En un segundo punto, se estudiarán algunos dictámenes del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales (en adelante Comité DESC) relacionados con España. Huelga decir que, a través del artículo 96 de nuestra Constitución, como en el caso de la CSER, el Pacto internacional e, indubitablemente, los derechos reconocidos en este forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo esta la principal premisa del presente estudio, que el derecho a la vivienda supone un desafío jurídico por ser un derecho fundamental incluso en nuestro ordenamiento interno.

1. *El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales: directrices de aplicación e interpretación*

El Pacto, en adelante PIDESC, entró en vigor en 1976 y España lo ratificó en 1977, como ya se ha avanzado. La ventaja de trabajar una norma con un largo

⁴⁸ TEROL BECERRA, M (2015). “Sobre la reforma de la Constitución Española de 1978”, *Lex Social, Revista de los derechos sociales*, n.º 1.106-116.

⁴⁹ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977.

recorrido a sus espaldas es que las directrices de aplicación y su interpretación son muy claras y han ido adaptándose a los distintos periodos y situaciones, por lo que existe una rica variedad de documentos, informes y dictámenes que han ayudado a perfilar la escueta referencia que el artículo 11 del PIDESC hace respecto del derecho a la vivienda. Así, el Pacto dispone en su artículo 11, 1º que:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

Si bien es cierto que el derecho a la vivienda queda algo diluido dentro del precepto, también es verdad que las Observaciones generales facilitan la tarea de entender y conocer la evolución del derecho a la vivienda. De todas formas, encontramos en el Preámbulo del Pacto un indicio de la importancia que se va a dar a los derechos sociales, económicos y culturales desde que la Resolución 2200A (XXI)⁵⁰ fue adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966; el Preámbulo afirma de manera rotunda que *“estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”* y añade además que *“con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”*, por lo que ya en 1966 se abogaba por el principio de indivisibilidad de los derechos humanos⁵¹, un principio que se debería recordar cada vez que el argumento del coste de los derechos sociales, y más del derecho a la vivienda, se incorpora al debate sobre su garantía y justiciabilidad.

⁵⁰ Puede consultarse aquí el texto íntegro de la Resolución 2200A (XXI).

⁵¹ La base fundamental del principio de indivisibilidad se encuentra en el reconocimiento y garantía de la dignidad del ser humano, vínculo entre los derechos civiles, las libertades públicas y los derechos sociales; esta conexión puede desprenderse de la anteriormente mencionada Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944, incorporada como anexo a la Constitución de la OIT en 1946. Asimismo, puede añadirse que, además del principio de indivisibilidad, puede deducirse de la declaración un primer apunte de la prohibición de irregresividad de los derechos sociales cuando establece que *“cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental”*, en relación con la garantía del bienestar material y el desarrollo espiritual.

Como bien se ha avanzado antes, las Observaciones generales son documentos de gran utilidad para conocer el trasfondo real de cualquier derecho, pero su objetivo principal es el de “*ayudar a los Estados Partes a cumplir sus obligaciones en materia de presentación de informes*”⁵². Por lo tanto, y en relación con el derecho que nos ocupa, debemos acudir a dos Observaciones generales, la cuatro y la siete, para comprender y conocer mejor el derecho a la vivienda y las obligaciones que de este se derivan para los Estados miembro.

La primera observación publicada es la cuatro y data de 1991⁵³; la misma reconoce que el debate sobre el derecho a la vivienda se inició ya en 1979, y aún continúa, por lo que se debe reconocer que es un tema polémico y muchas veces espinoso. Uno de los informes que sirvieron para la elaboración de esta Observación general es el preparado por el Sr. Danilo Türk, Relator Especial y presentado en 1990 ante la Comisión de derechos humanos. El Relator especial afirma en su Informe algo de gran trascendencia, que podría perfectamente aseverarse 33 años después, y dice textualmente que “*aunque el derecho a una vivienda adecuada haya sido objeto de muchas resoluciones de las Naciones Unidas y de otros organismos, y que más de 30 constituciones nacionales consagran este derecho, que tiene sus fundamentos en una serie de textos de derechos humanos, las obligaciones de cumplir con este derecho y las prerrogativas que le son inherentes siguen siendo (en sentido jurídico) absolutamente vagas. Ello a pesar de que, según las estadísticas de las Naciones Unidas, más de 1.000 millones de personas en todo el mundo ocupan viviendas inadecuadas. La carencia de vivienda y unas condiciones a menudo inhumanas de vivienda son fenómenos crecientes prácticamente en todos los Estados, del Norte y del Sur. Es clara la necesidad de una mayor precisión y exigibilidad de los derechos en materia de vivienda, así como de establecer normas nuevas*”⁵⁴.

Un año después, en 1991, se publica la Observación general 4, derivada del mencionado informe, tal y como ya se ha dicho. Y esa primera Observación general ofrece claves muy claras sobre qué se entiende por derecho a la vivienda y qué implica su garantía. Asimismo, vuelven a resurgir principios como el de indivisibilidad de los derechos fundamentales, cuya importancia, cuando tratamos con los derechos sociales, es crucial. Así, el párrafo 7 de la Observación general 4 ofrece una interpretación muy acertada, aunque

⁵² Artículo 65 del Reglamento del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales (HRI/GEN/3/Rev.3).

⁵³ Sexto periodo de sesiones (1991), Observación general n.º 4: *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*.

⁵⁴ Párrafo 108 del Informe sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales – Informe sobre el progreso, preparado por el Sr. Danilo Türk, Relator Especial (E/CN.4/Sub.2/1990/19). El texto íntegro puede consultarse en este enlace.

utópica en ese momento, y también hoy en día, del derecho a la vivienda, afirmando que *“el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”*⁵⁵. Esta interpretación aparece por dos razones; la primera es la conexión del derecho a la vivienda con otros derechos humanos, sobre todo con la dignidad de la persona. En segundo lugar, el derecho a la vivienda *“no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada”*⁵⁶ que implica *“disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”*⁵⁷; nótese cómo ya se ha incluido en el concepto de *vivienda adecuada* el requisito de *coste razonable*. Posiblemente, el precio de compra o alquiler de viviendas sea uno de los principales escollos a la hora de poder acceder a un alojamiento digno. Muchas organizaciones dedicadas a la defensa y promoción del derecho a la vivienda vienen denunciando los excesivos precios de acceso a un alojamiento digno; así, en el último informe general elaborado por FEANTSA⁵⁸ y la Fundación Abbé Pierre, estas refieren que *“entre 2012 y 2022, los índices de precios de la vivienda en la Unión Europea subieron un 49,6% y el índice de precios del alquiler se incrementó en un 14,5%. Esta tendencia a largo plazo se observó en casi todos los Estados miembros. Únicamente, en Grecia (-23,1%) y Chipre (-0,8%) se observó una caída del precio del alquiler. Los países con mayores aumentos en los alquileres fueron Irlanda (+ 81,1%), Estonia (+115,5%) y Lituania (+116,7%)”*⁵⁹, según el mismo informe en España⁶⁰, en 2020, más de un 19% de la población vivía en viviendas inadecuadas, de acuerdo con los datos de Eurostat. Siguiendo con la Observación general y el tema del coste, se advierte que *“los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados*

⁵⁵ Párrafo 7, Observación general n.º 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), Sexto período de sesiones (1991).

⁵⁶ Ídem supra.

⁵⁷ Ídem supra.

⁵⁸ FEANTSA – European Federation of National Organisations Working with the Homeless (Federación Europea de Organizaciones Nacionales de Sinhogarismo).

⁵⁹ 8th annual Overview of Housing Exclusion in Europe, p. 106, Ed. FEANTSA y Fundación Abbé Pierre, 2023.

⁶⁰ P. 88 supra.

Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso^{61,62}.

La otra Observación general que debe comentarse aquí es la siete, también dedicada al derecho a una vivienda adecuada, pero en el marco del estudio de los desalojos forzosos⁶³. Dos son los puntos que merece la pena resaltar; el primero es que *“la práctica de los desalojos forzosos está muy difundida y afecta a las personas tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. Dadas la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos violan frecuentemente otros derechos humanos. Así pues, además de infringir claramente los derechos consagrados en el Pacto, la práctica de los desalojos forzosos también puede dar lugar a violaciones de derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios*⁶⁴, si bien la Observación reconoce que algunos desalojos pueden ser legales, sobre todo en caso de impagos, sí que advierte a los Estados partes para que estos desalojos se hagan de acuerdo con lo establecido en el Pacto y que los afectados tengan acceso a recursos judiciales, y añade además que *“cuando se considere que el desalojo está justificado, debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad*⁶⁵. En segundo lugar, requiere a los Estados partes para que proporcionen un alojamiento alternativo a aquellas personas que hayan sufrido un desalojo y no dispongan de

⁶¹ Párrafo 8, letra c), Observación general n.º 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), sexto período de sesiones (1991).

⁶² En España, en 2020, *“el acceso a la vivienda se está convirtiendo en un problema social en España ya que, a las dificultades existentes para adquirir una casa por la falta de ahorro, se suman ahora los problemas para pagar un alquiler debido a los elevados precios. El español medio tiene que dedicar el 41% de su sueldo bruto al pago del alquiler de su vivienda en 2020, no obstante, este porcentaje supone el mismo esfuerzo que en 2019 (41%)”*, entrada anónima del blog del Colegio de Registradores.

⁶³ Decimosexto período de sesiones (1997) Observación general n.º 7 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos.

⁶⁴ Párrafo 4, Observación general n.º 7 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos, decimosexto período de sesiones (1997).

⁶⁵ Párrafo 14, Observación general n.º 7 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos, decimosexto período de sesiones (1997).

recursos. En definitiva, la Observación general 7 hace una serie de recomendaciones a los Estados partes para que el desalojo sea la opción última, por lo lesivo y estigmatizante de este procedimiento.

Una vez revisadas las Observaciones generales sobre el derecho a la vivienda, pasaremos ahora a analizar algunos dictámenes del Comité de derechos económicos, sociales y culturales, centrándonos en los que afectan a España.

2. España ante el Comité de derechos económicos, sociales y culturales

En este apartado vamos a analizar alguna de las denuncias individuales que se presentaron contra España ante el Comité DESC y que resultaron en un dictamen resolviendo la violación del art. 11, 1º del PIDESC. Sin embargo, antes de empezar, resulta útil describir brevemente el procedimiento de denuncia individual ante el Comité, aunque se resaltarán la gran diferencia entre el procedimiento de reclamaciones colectivas y el del Comité DESC, siendo mucho más ágil y rápido el primero, lo que redundará en una mejora de la garantía de los derechos sociales.

El procedimiento de denuncias de particulares posee una base contradictoria, como el sistema de reclamaciones colectivas. Las denuncias pueden ser presentadas por “*personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto*”⁶⁶. Una vez recibida y admitida la denuncia, se traslada la información al Estado parte objeto de la denuncia; las dos fases más importantes son la de admisibilidad y la que trata el fondo del asunto. Sin embargo, y en cuanto a la admisibilidad, aquí encontramos la enorme diferencia entre el sistema de reclamaciones colectivas y el procedimiento ante el Comité DESC; el artículo 3, 2º, a) del Protocolo Facultativo dispone lo siguiente: “*El comité declarará inadmisibile toda comunicación que: a) No se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo*”. Al contrario, en el sistema de reclamaciones colectivas no es necesario agotar todos los recursos internos, lo que aumenta la garantía del derecho o derechos sociales vulnerados.

⁶⁶ Artículo 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008, BOE n.º 48 de 25 de febrero de 2013).

Una vez realizadas estas puntualizaciones respecto del procedimiento de denuncias individuales, pasaremos a analizar algunos Dictámenes donde se concluyó que España había vulnerado el artículo 11, 1º del PIDESC.

El primer dictamen publicado por el Comité DESC en relación con una vulneración del derecho a la vivienda⁶⁷ data de 2015 y se origina en un desalojo por impago de las cuotas hipotecarias. La fecha ya nos indica que el proceso se inició en plena crisis económica en España donde, como resalta la autora de la denuncia, fue un periodo en el que se llevaron a cabo “*más de 400.000 desahucios y ejecuciones hipotecarias desde 2007 hasta el momento de la presentación de la comunicación ante el Comité*”⁶⁸. El problema de fondo en este asunto fue la falta de notificación que, si bien, hubiese supuesto una clara vulneración de las garantías jurisdiccionales, el Comité concluyó que el derecho a la vivienda había sido vulnerado, afirmando que “*considera que esa notificación inadecuada constituyó en ese momento una violación al derecho de la vivienda, que no fue remediada por el Estado parte ulteriormente, pues a la autora le fueron negadas tanto la reposición del auto que ordenó el remate como el amparo que solicitó ante el Tribunal Constitucional*”⁶⁹.

Durante estos últimos años, uno de los temas que más se han escuchado y que han ocupado, nunca mejor dicho, horas de debate es el de la ocupación de viviendas vacías que, por intereses espurios, se intenta confundir entre allanamiento de morada y usurpación, dos delitos completamente distintos de acuerdo con lo establecido por la Fiscalía General del Estado: “*Doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que, además de los bienes jurídicos protegidos, la principal diferencia entre el delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles del art. 245.2 CP y el de allanamiento de morada del art. 202.1 CP radica en el distinto objeto material sobre el que recae la acción típica. Mientras en el tipo descrito por el art. 245.2 CP el supuesto de hecho contemplado por la norma tiene por objeto los inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, en el delito de allanamiento de*

⁶⁷ Para más detalle sobre este dictamen y otros relacionados con el derecho a la vivienda, véanse BENITO SÁNCHEZ, J. C. (2019). “Los pronunciamientos del comité DESC sobre Derecho a la Vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 9(2), 579-603. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4228> y MACHO CARRO, A. J. (2022). “La tutela del derecho a la vivienda en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (comentario a los dictámenes de febrero de 2021 sobre las comunicaciones 85, 54 y 48/2018)”, *Revista De Estudios Europeos*, (80), 219-230. <https://doi.org/10.24197/ree.80.2022.219-230>.

⁶⁸ Apartado 3.2 del dictamen respecto de la Comunicación n.º 2/2014 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 13 de octubre de 2015 (E/C.12/55/D/2/2014).

⁶⁹ Apartado 13.7 del dictamen respecto de la Comunicación n.º 2/2014 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 13 de octubre de 2015 (E/C.12/55/D/2/2014).

*morada el objeto del delito se identifica –valga la redundancia– con la noción de morada*⁷⁰.

Dicho esto, el dictamen recaído en el asunto López Alban contra España⁷¹ parte, tal y como se ha avanzado, de una supuesta usurpación de una vivienda. En síntesis, la denunciante, una madre soltera con seis niños, descubrió que el contrato de alquiler que tenía lo había suscrito con una persona que no ostentaba la propiedad de la vivienda. Tras todo un proceso largo y arduo, el desalojo se ejecutó en junio de 2018, aunque fue la propia denunciante la que dejó la vivienda por voluntad propia, se intuye que por dos razones. En el texto del dictamen se recoge que la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado fue algo exagerada para desalojar a una madre con seis menores de edad en aquel momento, pues *“al menos 30 agentes de la policía nacional pertenecientes a la unidad antidisturbios se desplegaron por las inmediaciones acordonando el domicilio y creando un perímetro de seguridad. Según la autora, esto produjo un gran nerviosismo y malestar emocional entre todos los miembros de la familia, en particular los niños”*⁷² y no se le ofreció una alternativa habitacional segura, únicamente unas noches en un hostal situado en un polígono industrial. El Comité, vistas las alegaciones de ambas partes, concluyó que hubo una violación del artículo 11, 1º del PIDESC, recordando que los desalojos son *“prima facie incompatibles con el Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y las autoridades competentes deberán garantizar que se lleve a cabo con arreglo a una legislación compatible con el Pacto y en observancia de los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad entre el objetivo legítimo de desalojo y las consecuencias de este sobre las personas desalojadas”*⁷³. De igual forma, recordó que, si las personas desalojadas no poseen recursos suficientes para encontrar una alternativa habitacional, es el Estado parte, la administración competente en todo caso, los que tienen *“el deber de adoptar medidas razonables para proveer vivienda alternativa a las personas que puedan quedar sin techo como*

⁷⁰ Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles, BOE n.º 255 de 25 de septiembre de 2020.

⁷¹ Dictamen respecto de la comunicación n.º 37/2018 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 29 de noviembre de 2019 (E/C.12/66/D/37/2018).

⁷² Apartado 2.12 del Dictamen respecto de la comunicación n.º 37/2018 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 29 de noviembre de 2019 (E/C.12/66/D/37/2018).

⁷³ Apartado 8.2 del Dictamen respecto de la comunicación n.º 37/2018 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 29 de noviembre de 2019 (E/C.12/66/D/37/2018).

*consecuencia de un desalojo*⁷⁴, y dicha vivienda o alternativa habitacional debe ser, obviamente, adecuada tal y como lo recuerda el Comité en el apartado 9.3 del dictamen. En conclusión, el desalojo de la autora no se sometió a un examen de proporcionalidad, por lo que el Comité declaró que el derecho a la vivienda, de acuerdo con el PIDESC, se había vulnerado. El Comité finaliza con unas recomendaciones en relación con la autora y sus hijos y unas recomendaciones generales; en estas últimas, se insiste en la necesidad de promover y facilitar el acceso a la vivienda social y de ejecutar los desalojos después de un análisis exhaustivo de la proporcionalidad de la medida judicial⁷⁵, siempre en consonancia con el sistema internacional de derechos humanos.

Uno de los más recientes dictámenes que ha establecido que España había vulnerado el derecho a la vivienda de los denunciantes se publicó el año pasado⁷⁶; sin entrar en el fondo del asunto, que es de nuevo la usurpación de una vivienda por parte de una familia vulnerable, se trae a colación este asunto pues las recomendaciones generales son prácticamente las mismas que en el anterior, cuatro años después de su publicación, en lo relacionado con el principio de proporcionalidad y con la necesidad de establecer planes de vivienda asequible que garantice el derecho a la vivienda a los colectivos más vulnerables.

Tras este repaso a algunos dictámenes del Comité DESC, y de lo interpretado, respecto del derecho a la vivienda, por el propio Comité y las Observaciones generales, puede concluirse que el tema de la vivienda, el derecho a la misma y su garantía no ha mejorado mucho desde que este asunto se introdujo en el debate público, ni respeta los estándares del PIDESC. De hecho, en el último informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre *“Políticas y programas inclusivos para abordar la falta de hogar”*⁷⁷ se sigue insistiendo en la necesidad de invertir *“en políticas de vivienda ambiciosas para garantizar una oferta de vivienda adecuada y asequible para toda la población, independientemente de sus ingresos”*. La razón puede que sea, a riesgo

⁷⁴ Apartado 9.1 del Dictamen respecto de la comunicación n.º 37/2018 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 29 de noviembre de 2019 (E/C.12/66/D/37/2018).

⁷⁵ Para un análisis más detallado de este pronunciamiento, véase BENITO SÁNCHEZ, J. C. (2020). “The UN committee on Economic, Social and Cultural rights decision in López Albán v. Spain: the need for a proportionality assessment in eviction procedures”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 10(1), 364-381. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4549>

⁷⁶ Dictamen adoptado respecto de la comunicación n.º 26/2018 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 8 de marzo de 2023 (E/C.12/72/D/26/2018).

⁷⁷ Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre *“Políticas y programas inclusivos para abordar la falta de hogar”*, de 24 de julio de 2023 (A/78/236).

de adelantar alguna de las conclusiones, que el derecho a la vivienda aún está anclado a parámetros más bien mercantilistas apoyados en argumentos economicistas que tratan a la vivienda como un bien más de consumo y que, por ignorancia o dolosamente, se desentienden de la cualidad de derecho fundamental del derecho a la vivienda.

IV. BREVE REFERENCIA A LA NUEVA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA Y SU ENCAJE EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

Antes de abordar este tercer punto, se ha de comentar una parte del Preámbulo que, por desgracia y como viene siendo demasiado habitual, hace que el contenido de la norma quede algo deslucido, pese a la importancia del asunto que regula.

En el párrafo sexto del Preámbulo, por cierto muy extenso, se expone lo siguiente “*La Unión Europea también ha avanzado en el reconocimiento del derecho a la vivienda de toda persona, que se recogió en la Carta Social Europea de 1961 y se reforzó en la Carta Social Europea revisada en 1996, según la cual las partes se comprometen a adoptar medidas destinadas «a favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente; a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación y a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes»*”⁷⁸. Resulta desolador que aún se siga dando la absurda confusión entre Unión Europea y Consejo de Europa, máxime cuando hablamos de una norma como la que aquí se analiza durante cuyo procedimiento, hasta su publicación en el Boletín Oficial del Estado, ha pasado por numerosas manos y comisiones y que contará con informes preceptivos, incluso del Consejo General del Poder Judicial⁷⁹, que menciona el Preámbulo una sola vez, y no para advertir sobre ese enorme error. Y en este punto, resulta obligado recordar dos detalles; el primero, retomando las palabras del Profesor Tajadura, es la importancia que tienen los Preámbulos, “*un texto introductorio que forma parte de la Ley*” y además es donde los representantes, los poderes públicos, exponen “*la justificación política*” de la norma, por lo que el preámbulo “*supondrá una importante ayuda para el intérprete en cuanto podrá encontrar allí cuál fue la voluntad del autor de la norma y utilizarla como criterio para la resolución de dudas*

⁷⁸ Preámbulo de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, BOE n.º 124, de 25 de mayo de 2023.

⁷⁹ Informe de 27 de enero de 2022 del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda; se puede consultar en este enlace.

*que sobre determinados preceptos del texto normativo pudieran plantearse*⁸⁰. El segundo es una reivindicación ignorada cuya consecuencia más palmaria es el error que contiene el preámbulo de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Este equívoco, propio de una persona lega en derecho, se da por una razón muy sencilla: el marco normativo europeo de muchos juristas, y no juristas, únicamente se identifica con la Unión Europea, pero no es así pues “*Europa no es solamente la Unión Europea y hay vida más allá de la Unión Europea, de modo que el «ser europea y europeo» no es una condición que dependa única y exclusivamente de la pertenencia a la propia Unión Europea. Sí, hay vida más allá de la Unión Europea (en esencia, una asociación económica y política supranacional formada por Estados), especialmente si hablamos de derechos humanos fundamentales, como pone de relieve la existencia del Consejo de Europa (en esencia, una organización internacional que promueve y defiende los Derechos Humanos en Europa), que constituye una realidad anterior a la existencia, incluso, de todo aquello que ha dado lugar a la configuración actual de la Unión Europea*”⁸¹. Por ello, habría que rogar al legislador que, cuando desarrolle un derecho fundamental como el que tratamos en este trabajo, mire más hacia Estrasburgo y menos hacia Bruselas⁸².

Una vez advertido este error, puede pasarse a la confrontación de la norma con el marco normativo internacional sobre el derecho fundamental a la vivienda. En relación con los fines, desarrollados en el artículo 2 de la norma, sí que se identifican algunos que van en clara consonancia tanto con la CSEr como con el PIDESC, y la jurisprudencia de sus órganos de control, como el apoyo a la existencia de parques de vivienda social o “*asegurar la habitabilidad de las viviendas, entendida como el conjunto de los requisitos mínimos de calidad, funcionalidad y accesibilidad universal que, atendiendo a la normativa aplicable, deben cumplir las mismas para garantizar*

⁸⁰ TAJADURA TEJADA, J. (1998), “Exposiciones de motivos y preámbulos”, *Revista de las Cortes Generales*, (44), 141-153. <https://doi.org/10.33426/rcg/1998/44/299>

⁸¹ CARRIL VÁZQUEZ, X.M. (2023), “Los golpes bajos de la Unión Europea a la Carta Social Europea”, *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 13 (2), 1-22. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8350>

⁸² Resulta asimismo descorazonador, en relación con la omnipresencia de la Unión Europea, incluso cuando se trata de derechos sociales, que la ***Estrategia Nacional para la lucha contra el sinhogarismo en España (2023-2030)*** mencione el tibio Pilar europeo de Derechos Sociales y no haga ninguna referencia a la Carta Social Europea revisada, cuando esta última sí que posee garantías para su efectiva aplicación. Menos mal que sí menciona el PIDESC y su órgano de control, pero resulta algo bochornoso que se haya obviado la CSEr, la verdadera constitución social de Europa, y la jurisprudencia del CEDS. La estrategia puede consultarse en el siguiente enlace. © Dirección General de Diversidad Familiar y Servicios Sociales, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2023.

la dignidad y la salud de las personas, para satisfacer sus necesidades de habitación en las diferentes etapas de su vida, con especial atención a las necesidades de los menores, para quienes la vivienda constituye además un espacio fundamental de desarrollo, seguridad y cobijo, y como base para el efectivo ejercicio de derechos y libertades”; también se mencionan como fines el impulso de la accesibilidad y la erradicación de cualquier tipo de discriminación en cuanto al acceso a una vivienda. Asimismo, la letra a) de este artículo establece que serán fines comunes de la acción de los poderes públicos “la efectividad de los derechos de acceso en condiciones asequibles a una vivienda digna y adecuada de acuerdo con la Constitución Española y las recomendaciones de los instrumentos internacionales ratificados por España”. De nuevo, hay que recordar lo establecido en el artículo 96 de nuestra Constitución, y es que los tratados y convenios debidamente ratificados por España forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no resulta correcto hablar de recomendaciones si estamos refiriéndonos a la CSEr o al PIDESC, tratados debidamente ratificados por España, publicados en el Boletín Oficial del Estado y que, por ende, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. De otra forma, si fuesen meras recomendaciones, flaco favor estaríamos haciéndole no solo al derecho fundamental a la vivienda, sino al resto de derechos sociales. Una norma audaz, como es la ley 12/2023, no habría debido rebajar la calidad de derecho fundamental a la vivienda, ni sus garantías, asumiendo un discurso de parte de la Doctrina que entiende que algunos convenios o tratados, sobre todo los que tienen que ver con derechos fundamentales, poseen un rango secundario en nuestro sistema de derechos. No olvidemos que no solo está el mandato aplicativo del artículo 96 de nuestra Constitución, sino también el mandato interpretativo del artículo 10.2 de la misma que establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por lo tanto, no pueden rebajarse los tratados y convenios en materia de derechos humanos, obviamente ratificados y publicados debidamente, a meras recomendaciones, pues no son sino preceptos que no solo ayudan a mejorar nuestro sistema de derechos fundamentales y sus garantías, también mejoran su adaptación a las realidades sociales contemporáneas mediante las interpretaciones de los distintos órganos de control.

Otro de los puntos interesantes de esta norma, es el desarrollo del “Estatuto básico del ciudadano”, en el capítulo I del Título primero de la norma, que establece los derechos y deberes del ciudadano en relación con la vivienda, reconociendo así el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, independientemente del título jurídico que le respalde o el acceso

a la información sobre acceso a la vivienda pública que obre en las distintas administraciones competentes.

Por último, cabe resaltar también la parte dedicada a los *Principios generales de la actuación pública en materia de vivienda*, capítulo I del Título II. Uno de dichos principios, el contenido en el artículo 14, se refiere a la obligación que tienen los poderes públicos, a la hora de desarrollar las políticas en materia de vivienda, y establece que deberán tener “*especialmente en cuenta a las personas, familias y unidades de convivencia que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y segregados, ya sea tanto en entornos urbanos como en zonas rurales, a las personas sin hogar, a las personas con discapacidad, a los menores en riesgo de pobreza o exclusión social, a los menores tutelados que dejen de serlo y a cualesquiera otras personas vulnerables que se definan en el momento de la actuación*”; parece que el legislador ha querido recoger lo desarrollado tanto por el Comité DESC como por el Comité Europeo de derechos sociales y así reconocer la especial vulnerabilidad de determinados colectivos y, en consecuencia, reconocer que la vivienda no es un mero objeto de consumo, sino un bien necesario para poder disfrutar de otros derechos fundamentales.

La ley 12/2023 por el derecho a la vivienda es extensa y un análisis exhaustivo⁸³ sobrepasaría los límites de este trabajo. Si bien, cabe concluir que la intención de la norma es buena y viene a cubrir un vacío que perjudicaba a muchas familias y personas en situación vulnerable, pero el legislador debería haber tenido más en cuenta la experiencia internacional, los tratados y convenios que establecen el derecho fundamental a la vivienda y las interpretaciones que de este elaboran sus órganos de control. El legislador posee herramientas jurídicas que van más allá del derecho nacional, que pueden mejorar ostensiblemente la calidad de los derechos fundamentales y sus garantías, partiendo siempre de los mandatos aplicativo e interpretativo de nuestra Constitución.

V. UNAS CUANTAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Esta última parte del presente trabajo debe dejar sentado, a modo de conclusión general, que “*si los derechos valen tanto como las garantías, estas valen tanto como la cualificada capacitación y la voluntad positiva para*

⁸³ Para un análisis más detallado de la norma, sobre todo en lo concerniente a la vivienda social, véase el estudio publicado por BALAGUER PÉREZ, que contiene una especial referencia al derecho de la Unión Europea; BALAGUER PÉREZ, A. (2023). “La regulación de la vivienda social y la adaptación del ordenamiento al contexto europeo”, *Estudios de Deusto* 71 (1), 105-29. <https://doi.org/10.18543/ed.2790>

*ponerlas en práctica*⁸⁴, afirmación que aún posee mayor sentido si la aplicamos al derecho a la vivienda. Siguiendo esa misma lógica, no se entiende cómo, a la hora de elaborar y aplicar políticas de vivienda, se ignora, no se sabe si por comodidad o por mero desconocimiento, la existencia de sistemas de protección del derecho a la vivienda que vendrían a paliar la grave crisis que hay en torno al acceso a un alojamiento, en definitiva, a un hogar. Como hemos visto, el derecho a la vivienda va mucho más allá del derecho al acceso a un alojamiento, a una casa, es un derecho fundamental que, si no queda debidamente garantizado, afecta a otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la educación o a la intimidad, y, por supuesto a la dignidad de la persona algo que, según nuestra Constitución, es “*fundamento del orden político y de la paz social*”. Si bien, es cierto que la situación del derecho a la vivienda en el texto constitucional no es la que más garantías dé a su protección como derecho fundamental que es, de acuerdo con los instrumentos internacionales que se han analizado en el presente trabajo. El hecho de que el derecho a la vivienda sea un principio rector de la política social y económica, lo convierte más que en un derecho en “*una aspiración o programa de política social que, eventualmente, alcanzará virtualidad jurídica cuando sea desarrollado por el legislador*”⁸⁵. Sin embargo, ese desiderátum que puede ser el derecho a la vivienda se convierte en un derecho fundamental cuando se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico normas como la Carta Social Europea revisada o el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con el artículo 96, 1º de nuestra Constitución. Y ese hecho no puede obviarse, pese a que aún se siga abordando el derecho a la vivienda desde una aproximación mercantilista, como un simple bien de consumo, cuando ha quedado claro que el reconocimiento de ese derecho implica que otros derechos fundamentales queden protegidos, tal y como ya se ha expresado en este trabajo. El legislador y el resto de agentes implicados en el desarrollo de políticas como la de vivienda tienen ante sí dos herramientas, la Carta Social Europea revisada o el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, que deberían ser de uso habitual a la hora de regular y garantizar el acceso a una vivienda digna, es decir deberían tener “*la voluntad positiva para ponerlas en práctica*”⁸⁶; y no solo el

⁸⁴ JIMENA QUESADA, L. (2022), “La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, (50), 247-290. <https://doi.org/10.5944/trc.50.2022.36374>

⁸⁵ MENA ESTRELLA, M. de la C. (2017), “Crítica jurídica al artículo 47 de la Constitución Española: el derecho a una vivienda digna como referente de la calidad democrática”, *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, (17).

⁸⁶ Op. Cit. JIMENA QUESADA *Teoría y Realidad Constitucional*, (50), 247-290.

acceso, sino también todos los procesos que pueden afectar a dicho acceso, como los desahucios que, necesariamente, deberían ser, de acuerdo con el Comité DESC, la última opción, si se aplica una perspectiva de derechos humanos tal y como exige el propio Comité. Asimismo, debería ser una prioridad acabar con el fenómeno del *sinhogarismo*, una afrenta contra la dignidad de la persona y, por ende, contra nuestra propia democracia, recordando lo afirmado por GONZÁLEZ ORDOVÁS sobre el derecho a la vivienda y otros derechos sociales cuyo reconocimiento y garantía suponen un “*test de calidad democrática*”⁸⁷. En relación también con las personas *sintecho*, el Comité Europeo de Derechos Sociales recuerda que los albergues, aunque sean una alternativa habitacional temporal, deben, en todo caso, poseer las condiciones necesarias para que la dignidad de la persona sea respetada.

Posiblemente, tras la lectura de este trabajo, se podría argüir que los derechos sociales, y concretamente el derecho a la vivienda, suponen un coste económico difícilmente asumible, aunque este argumento resulta falaz por dos razones; de acuerdo con JIMENA QUESADA no puede aceptarse como verdad absoluta que los derechos sociales únicamente impliquen obligaciones positivas por parte de las instituciones públicas que, además, poseen costes económicos, pues ello se enfrenta en “*el plano teórico con el principio de indivisibilidad de todos los derechos fundamentales así como, en la praxis, con las insoslayables prolongaciones de orden social y económico de los derechos civiles y políticos: baste pensar en la faceta prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva (asistencia jurídica o interpretación lingüística gratuitas), o en el coste económico derivado del ejercicio del derecho de manifestación (ostensiblemente cuando éste es ilegítimo y se salda en estragos derivados de violencia callejera)*”⁸⁸. Los derechos sociales son, indiscutiblemente, garantía de la dignidad de la persona, por lo que no debería dudarse sobre su justiciabilidad y su debido respeto. La dignidad de la persona no admite conjeturas sobre su coste económico, y el acceso a una vivienda adecuada es condición *sine qua non* para que la dignidad no se vea ultrajada. En cuanto a la indivisibilidad de los derechos fundamentales, FERRAJOLI, en su bellísima *Por una Constitución de la Tierra* establece que “*Los derechos fundamentales a la vida, la integridad física y psíquica, a las libertades, la salud, la educación, la subsistencia, la seguridad y el libre desarrollo de las personas, son derechos universales que corresponden a todos los seres humanos, y por ello indivisibles e indisponibles*”⁸⁹. Por lo tanto,

⁸⁷ Op. Cit. GONZÁLEZ ORDOVÁS.

⁸⁸ JIMENA QUESADA, L. “Gasto público y exigibilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis, Nuevas Políticas Públicas”, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 8, 2014, Junta de Andalucía.

⁸⁹ FERRAJOLI, L. *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, Ed. Trotta, 2022.

cabe afirmar con rotundidad que en el caso del derecho a la vivienda el legislador no puede abstraerse de sus obligaciones internacionales y conformarse con aplicar un Principio rector que no da respuesta a los desafíos jurídicos que supone la garantía del derecho a la vivienda. Por ello es necesaria una llamada de atención a los encargados de elaborar y aplicar normas y políticas sobre acceso a la vivienda, a los encargados de garantizar cualquier derecho social; así MUÑOZ MACHADO advierte que “*Hay que abandonar la creencia de que la delimitación, contenido y alcance de la acción conducente a hacer efectivos los derechos sociales, está vinculada esencialmente a la coyuntura económica, de forma que pueda prescindirse de ella o reducirse su contenido prestacional en tiempos de crisis. No tengo esta aseveración por ajustada a los valores y principios que consagra nuestra Constitución, porque la eliminación o reducción de las políticas sociales puede afectar directamente a la dignidad humana*”⁹⁰. La dignidad va más allá del Principio Rector, la dignidad debe estar protegida por todas las instancias, nacionales e internacionales y debemos conocer y utilizar las herramientas que esas instancias nos ofrecen, pues si no es así, el proclamado Estado social y democrático de derecho no estará concluso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER PÉREZ, A. (2023). “La regulación de la vivienda social y la adaptación del ordenamiento al contexto europeo”. *Estudios de Deusto* 71 (1), 105-29.
- BENITO SÁNCHEZ, J. C. (2020). “The UN committee on Economic, Social and Cultural rights decision in López Albán v. Spain: the need for a proportionality assessment in eviction procedures”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 10(1), 364-381.
- BENITO SÁNCHEZ, J. C. (2019). “Los pronunciamientos del comité DESC sobre Derecho a la Vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 9(2), 579-603.
- CARRIL VÁZQUEZ, X.M. (2023). “Los golpes bajos de la Unión Europea a la Carta Social Europea”, *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 13 (2), 1-22.
- ESCOBAR ROCA, G. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, ESCOBAR ROCA, G. (Dir.): Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- FERRAJOLI, L. *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, Ed. Trotta, 2022.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2021). “El sinuoso e inconcluso proceso de adhesión de España a la Carta Social Europea: resistencias, imperfecciones y retos de futuro”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 9(1), 193-219.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. ^a J.: “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en *Constitución y derechos fundamentales*, (Coord. por J. Betegón Carrillo, F.J Laporta

⁹⁰ Discurso de Investidura como doctor Honoris Causa por la Universitat de València de Santiago Muñoz Machado, Valencia, 7 de marzo de 2013.

- San Miguel, L. Prieto Sanchís, J.R. de Páramo Argüelles, et. al.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- JIMENA QUESADA, L. (2022). “La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, (50), 247-290.
- JIMENA QUESADA, L. (2021). “La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 460, 33-72.
- JIMENA QUESADA, L. “Gasto público y exigibilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis, Nuevas Políticas Públicas”, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 8, 2014, Junta de Andalucía.
- KENNA, P.: “El derecho a la vivienda: obligaciones positivas y derechos exigibles (especial referencia a los estándares internacionales)”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 12, 2008.
- LUKAS, K. *The Revised European Social Charter. An Article by Article Commentary*, Elgar Commentaries series, 2021.
- MACHO CARRO, A. J. (2023). “La justiciabilidad del derecho a la vivienda en el ámbito internacional: el Comité Europeo de Derechos Sociales y su procedimiento de reclamaciones colectivas”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 66, 5-22.
- MACHO CARRO, A. J. (2022). “La tutela del derecho a la vivienda en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (comentario a los dictámenes de febrero de 2021 sobre las comunicaciones 85, 54 y 48/2018)”, *Revista de Estudios Europeos*, (80), 219-230.
- MENA ESTRELLA, M. de la C. (2017). “Crítica jurídica al artículo 47 de la Constitución Española: el derecho a una vivienda digna como referente de la calidad democrática”, *Revista Estudios Jurídicos*, Segunda Época, (17).
- MUÑOZ MACHADO, S, *Discurso de Investidura como doctor Honoris Causa por la Universitat de València*, Valencia, 7 de marzo de 2013.
- SALCEDO BELTRÁN, C. “La Carta Social Europea, *unde venis et quo vadis?*” in SALCEDO BELTRÁN, C. (Dir.): *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo*. Homenaje al Profesor José Vida Soria, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- SALCEDO BELTRÁN, C. (2023). “La efectividad de la Carta Social Europea en la Cañada Real Galiana: análisis jurídico de las pioneras medidas inmediatas instadas al gobierno español por el Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 13 (1), 1-19.
- TAJADURA TEJADA J. (1998). “Exposiciones de motivos y preámbulos”, *Revista de las Cortes Generales*, (44), 141-153.
- TEROL BECERRA, M. (2015) “Sobre la reforma de la Constitución Española de 1978”, *Lex Social, Revista de los derechos sociales*, n.º 1 106-116.
- TORRES, R. “El euríbor y las hipotecas”, *Cuadernos de Información Económica*, n.º 293 (marzo-abril 2023), FUNCAS.

ANÁLISIS JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SOBRE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL. PROPUESTAS PARA UNA FUTURA REGULACIÓN SOBRE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR

*Legal-constitutional analysis of the family
in the national and international sphere. Proposals
for a future regulation on the family institution*

Beatriz Vila Ramos

Profesora Doctora de Derecho constitucional
Universidad Francisco de Vitoria, España
<https://orcid.org/0000-0002-0435-7555>

<https://doi.org/10.18543/ed.3111>

Fecha de recepción: 11.03.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

Con el objetivo de inspirar una futura regulación sobre la familia que subsane la infrafinanciación histórica que las políticas familiares han tenido en España, y lograr que esta institución esencial de nuestra sociedad obtenga un nivel de protección homologable al resto de países de la Unión Europea, hemos analizado desde una perspectiva constitucional la evolución tanto a nivel nacional como internacional de la legislación relativa a la familia y a sus miembros.

Palabras clave

Familia; políticas familiares; legislación y art. 39 CE.

Abstract

With the aim of inspiring a future regulation on the family that would remedy the historical underfunding of family policies in Spain, and ensure that this essential institution of our society obtains a level of protection comparable to the rest of the countries of the European Union, we have analysed, from a constitutional perspective, the evolution of legislation on the family and its members at both national and international level.

Keywords

Family; family policies; legislation and art. 39 EC.

Sumario: I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. LA FAMILIA, INSTITUCIÓN NATURAL. II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA E INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA. 1. La regulación de la institución familiar en el ámbito internacional y comunitario. 2. La regulación de la institución familiar en el ámbito nacional. 2.1. La regulación de la familia en el periodo preconstitucional. 2.2. La protección a la familia en la Constitución de 1978. 2.3. La protección de la familia tras la aprobación de la Constitución de 1978. 2.4. Algunas consideraciones sobre las políticas familiares y la protección a la familia desde el periodo constitucional hasta la actualidad. 2.5. El Proyecto de Ley de Familias caducado en junio 2023. Proyecto presentado en la XV Legislatura. Aciertos y errores. III. CONSIDERACIONES FINALES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. LA FAMILIA, INSTITUCIÓN NATURAL

Los profundos cambios legislativos y sociales que se han producido en referencia a la familia en las últimas décadas en España, hacen necesario un estudio global que nos permita extraer conclusiones generales que posibiliten determinar el marco legislativo y las políticas públicas requeridas para esta institución en el siglo XXI.

Siendo conscientes de que en este análisis surgen cuestiones sensibles por la enorme polémica que generan los conceptos de matrimonio, familia o las relaciones entre los padres e hijos, así como la afectividad/conflictividad en las relaciones entre éstos, nos centraremos en clarificar y determinar la postura adoptada en la actualidad por el legislador y los poderes públicos, para destilar un análisis de las mejoras que debiera introducir la legislación con perspectiva de futuro, así como precisar las políticas públicas necesarias.

Para ello abordaremos el análisis legislativo de la familia separando dos conceptos que suelen ser tratados por la doctrina indistintamente, la forma de constituir la familia, es decir el origen de la institución familiar, y el modelo de protección de la institución familiar y sus integrantes, centrandó nuestro análisis en el segundo. Ello no significa que no consideremos importante ambos y que reconozcamos su vinculación, pero nos centraremos en la familia como unidad, por permitir el análisis del nivel de protección por parte de los poderes públicos tanto de la institución como de sus miembros, incluyendo tanto a los descendientes, como a los ascendientes¹ en un concepto de familia como linaje.

¹ Según los datos publicados por el INE, en España en 2020, el 21 % de la población tenía 65 años o más, frente al 16 % en 2001, lo que supone un aumento de 5 puntos por-

A efectos de clarificar posturas y minimizar la polémica en ámbitos que no consideraremos en este trabajo, pero que surgen inevitablemente, proponemos una definición global de institución familiar dado que, como reconoce la doctrina², ni los principales preceptos constitucionales nacionales, tampoco los textos internacionales dan una definición de la familia, ni tampoco el Tribunal Constitucional³.

Somos conscientes de que la diversidad de culturas en el mundo y la pluralidad de concepciones religiosas e ideológicas hacen difícil una declaración de consenso respecto a la familia, si bien parece que mayoritariamente podemos considerar que se trata de una institución pre jurídica⁴, que trasciende al ámbito jurídico y que por su importancia para sus integrantes y para la sociedad goza de una especial protección tanto en la regulación internacional como en la estatal.

Entendemos que una familia es una comunidad vinculada por el parentesco de amor y solidaridad⁵, que constituye el ámbito privilegiado donde cada persona aprende a dar y a recibir amor⁶, en el que la identidad de cada uno de sus miembros se constituye mediante la articulación biográfica de relaciones específicas de solidaridad y comunidad con otros sujetos

centuales. [https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc-1c.html#:~:text=En%20primer%20lugar%2C%20la%20evoluci%C3%B3n,5%20puntos%20porcentuales%20\(p.p.\).](https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc-1c.html#:~:text=En%20primer%20lugar%2C%20la%20evoluci%C3%B3n,5%20puntos%20porcentuales%20(p.p.).)

² ROCA TRIAS, E. “*Familia, familias y derecho de la familia*”. Anuario de derecho civil vol. 43, n.º 4, 1990, p. 1055. Como señala la autora a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984, dictada frente a la reclamación formulada por una comunidad religiosa por el fallecimiento de miembros de su comunidad, la sentencia indica lo que no es familia, pero ninguna norma indica lo que es la familia.

³ DIAZ REVORIO, F.J. “*La protección constitucional de la familia. La familia como sujeto de derechos*”. Reflexiones académicas para la elaboración del Plan estratégico de Ayuda a la familia de Castilla la Mancha. 2014, p. 17.

⁴ DIEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho*, p. 21. Civitas, Madrid 1984.

⁵ Fruto del Convenio Marco de colaboración financiado entre el Ministerio de Sanidad y Política Social y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), inscrito en las líneas de actuación destinadas a promover las políticas locales de apoyo a la familia “Parentalidad positiva y políticas locales de apoyo a las familias”. Depósito Legal M-38032-2010 https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/2938_d_ParentalidadPositivaFEMP_2010.pdf. En su página 8 define que: “La familia debe concebirse como un sistema dinámico de relaciones interpersonales, recíprocas, enmarcado, abierto a múltiples de contextos de influencia que sufren procesos sociales e históricos de cambio”. A nuestro juicio sorprende, cuanto menos, que la institución de la familia sea concebida sin uno de los rasgos que la definen universalmente, como comunidad vinculada por el parentesco de amor y solidaridad. ¿Cómo es posible una parentalidad positiva sin responsabilidad y amor?

⁶ BENEDICTO XVI. *La familia*. Altar Mayor N.º 111.2007 (Ejemplar dedicado a XIII Conversaciones en el Valle), p. 260.

personales⁷. En ella se viven de manera natural relaciones paternofiliales, fraternales, conyugales; relaciones que llevan a cada miembro de la familia a preocuparse por los demás y a desvivirse por ellos en función de la posición relativa que se ostenta en cada momento de la vida⁸, de manera que la vivencia de estas relaciones interpersonales son la primera escuela personal y social que favorece la integración de sus miembros en la gran “familia humana”⁹.

Por tanto y como punto de partida entendemos, tal y como han afirmado los textos internacionales, que la familia sigue siendo elemento natural y fundamental de la sociedad¹⁰ que en lo sustancial¹¹ no ha cambiado en el transcurso de los tiempos. El hombre no es un ser aislado, es un ser relacional pues la naturaleza humana es social y por ello no es posible concebir al hombre sino desde la convivencia con sus semejantes¹². En este conjunto de relaciones la primera organización para el hombre es la familia¹³, y en lo que

⁷ PERIS CANCIO, J. A. *Diez temas sobre los derechos de la familia. La familia garantía de la dignidad humana*. Eunsa, Madrid 2002, p. 45.

⁸ LACALLE NORIEGA, M. Matrimonio, ley natural y bien común. María Lacalle Noriega. *Revista española de Teología* vol. 75, n.º 1, 2015, p. 109.

⁹ Los mismos términos utiliza el preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos y San Juan Pablo II lo transcribe en la *Carta Encíclica Familiaris consortio* (Roma 1981) n. 15.

¹⁰ Así se proclama en el art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹¹ A pesar de lo que afirmamos es evidente que, si analizamos los roles y relaciones de los integrantes de la familia a lo largo del tiempo, sí observamos cambios, pero no en lo que se refiere al concepto que reflejamos en el trabajo como comunidad de amor, elemento natural y fundamental de la sociedad.

¹² Esta ha sido una preocupación constante en el pensamiento filosófico, ya era mencionado por Aristóteles en la *Política* para delimitar la especificidad ontológica del ser humano mediante la conocida definición del hombre como animal político (la *politikon ho anthropos zoon*). Definición que, a su vez, tiene su condición o premisa lógica en que, a diferencia de los demás seres vivos (zoa), éste es el único animal que tiene logos (logon de monon anthropos echei ton zoon). (Cfr. *Pol.* I, 2, 1253a7-10. Hemos utilizado la edición bilingüe a cargo de MARIAS, J. y ARAUJO, M., *Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

¹³ LACALLE NORIEGA, M. *La familia como lugar de integración social*. Cuestiones disputadas de la vida en sociedad/coord. por María Lacalle Noriega, 2006, ISBN 84-96471-26-8, pp. 85-96. Estamos de acuerdo con la autora cuando establece: “La familia configura básicamente los rasgos de la personalidad del niño, y llega a definir en él, estructuras que le acompañarán durante toda su vida. Se puede decir que la educación y las experiencias vividas en la familia imprimen carácter, de manera que si los padres lo hacen bien lo más probable es que sus hijos se conviertan en hombre y mujeres completos afectivamente equilibrados y capaces de integrarse en la sociedad como miembros activos y valiosos; pero si lo hacen mal pueden causar en sus hijos daños, en muchas ocasiones, irreparables.”

respecta a la familia, el Estado debe actuar subsidiariamente, apoyando y protegiendo tanto a la institución familiar como a sus miembros.

A sensu contrario sobre lo que otros autores sostienen¹⁴, nosotros entendemos que la familia no es una invención social, ni cultural¹⁵, ni existe por imposición legal, tampoco es líquida¹⁶ y desde luego no es un concepto universal modificable¹⁷, es una institución natural, esencial además para el bien común¹⁸, donde cada miembro aprende a dar y recibir amor¹⁹ y donde se produce el primer paso hacia el proceso de socialización.

Creemos pues que la familia es lo que es y no requiere ser conceptualizada jurídicamente pues responde a su naturaleza²⁰; si bien importa al derecho en la medida en que tanto sus miembros como la institución son dignos de protección, y por ello el ordenamiento y los poderes públicos necesitan conocer y regular cuándo existe un núcleo familiar digno de protección.

Esto supone que cada sistema jurídico puede establecer y determinar las garantías sociales que concede a las familias, pudiendo ser diferentes en cada organización estatal²¹. Entendemos que es esta la razón por la que en la mayoría de los textos constitucionales queda en el aire el concepto de familia²². La familia no es sujeto de derechos, sino sujeto digno de protección por parte de los poderes públicos. Ahora bien, es indudable que el nivel de

¹⁴ ROCA TRIAS, E. “*Familia, familias y derecho de la familia*”. Anuario de derecho civil Vol. 43, n.º 4. 1990, p. 1065.

¹⁵ BENEDICTO XVI. La familia. Altar Mayor N.º 111.2007 (Ejemplar dedicado a XIII Conversaciones en el Valle), p. 253. En el mismo sentido expresa que: “Matrimonio y familia no son una construcción sociológica casual, fruto de situaciones particulares históricas y económicas”.

¹⁶ FERRER VANRELL, M.ª P. La familia en la Constitución, evolución del concepto de familia. Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en las Illes Balears. XXI. Palma de Mallorca ISSN 2254-2525. 2020, p. 303. La autora referencia al filósofo Zygmunt Bauman, que acuña el término de modernidad líquida en el sentido que “lo líquido no se fija en el espacio, ni se ata al tiempo, se desplaza con facilidad ...”

¹⁷ CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, “Instrumento de trabajo pastoral sobre persona, familia y sociedad ofrecido a la Iglesia y la sociedad española desde la fe en Dios y la perspectiva del bien común. Edice. Madrid 2023, p. 14.

¹⁸ LACALLE NORIEGA, M. *Matrimonio, ley natural (Opus cit)*, p. 112.

¹⁹ BENEDICTO XVI. *La familia ... (Opus cit)*, p. 260.

²⁰ Reflejamos la reflexión

²¹ Destacamos el interesante estudio realizado por RODRIGUEZ RODRIGO, J. *Orden público europeo en el Derecho de familia*. Anuario español de Derecho Internacional Privado, n.º 21. 2021, pp. 205-326, donde la autora analiza, a través del análisis de sentencias del TJUE y TEDH en la existencia de un orden público europeo en el Derecho de familia, común a todos los países de la Unión que permita el avance en la idea de Europa.

²² SALAR SOTILLOS, M.ª J *La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.º Extra-8, 2, 2018, p. 199. Recomendamos la lectura atenta del artículo donde la autora realiza una interesante revisión de las

protección del que dispone la familia por parte de los poderes públicos y su regulación determinará el nivel de importancia que confiere a la familia el Estado así como una concreta visión antropológica.

II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA E INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

1. *La regulación de la institución familiar en el ámbito internacional y comunitario*

Inevitablemente por su perspectiva nuestro punto de partida para el análisis internacional de estas cuestiones debe ser la Declaración de Derechos Humanos elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes e incluso divergentes antecedentes jurídicos y culturales, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948.

Este documento no sólo supone un hito en la historia de los derechos humanos al considerar como premisa principal de la declaración que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tengan por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la “familia humana”, sino también desde la consideración de que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, proclamándose como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. A nuestro juicio, es el documento que unifica los principios mundiales que deben inspirar los ordenamientos nacionales de todo el mundo y por tanto, también, en relación con la familia.

No es necesario recordar los terribles acontecimientos resultado de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial que provocaron la Declaración, en la que no sólo se reafirma el principio de la dignidad humana y el principio de igualdad como indispensables por afectar directamente a la raíz de la “familia humana”, también distingue, entre derechos humanos y fundamentales, importante diferencia, pues los primeros corresponden al hombre por su naturaleza, y los segundos dependerán del reconocimiento estatal.

Quizás sea consecuencia del contexto socio cultural del momento, o quizás no, esperemos que no, pero en la Declaración de los Derechos del

sentencias del Tribunal Constitucional y el tratamiento que ha realizado el Tribunal respecto a la familia.

Hombre se establece que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16), lo que no se afirma en ningún otro documento internacional salvo en la Carta Social Europea donde se reitera la afirmación²³ reconociéndose, en lo que nos incumbe en el presente análisis, a todos los hombres como derecho, la posibilidad, sin restricción alguna, de casarse y fundar una familia (art. 16); a no sufrir injerencias arbitrarias en la vida privada, en la familia, en el domicilio o en la correspondencia, tampoco ataques a la honra o a la reputación (art. 12); el derecho de toda persona que trabaja a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social (art. 23); el derecho a obtener un nivel de vida adecuado que asegure, para sí y su familia, la salud y el bienestar (art. 25); la protección, asistencia y cuidado a la maternidad y a la infancia (art. 25); el derecho a la educación en el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (art. 26).

Estas afirmaciones suponen el reconocimiento internacional de la trascendencia, no sólo de la institución familiar per se, también de su necesario respeto desde las políticas públicas a su autonomía.

El marco establecido en el Tratado de la Unión Europea expresa también su protección a la familia en el artículo 3.3 cuando sostiene: “La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación, y fomentará la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.” Protección que, en lo que respecta a la familia, aparece digamos como inespecífica, o incluida en la protección a cada miembro, pues la palabra familia no aparece ni una sola vez mencionada en el Tratado.

La protección al menor y la familia se concretan en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el respeto a la vida privada y familiar (art. 7); en el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (art. 9); en el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas (art. 14); en el reconocimiento de los derechos del menor, a su protección y bienestar, así como a la consideración de su interés superior en las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades públicas e instituciones (art. 24); en la prohibición del trabajo infantil (art. 32) y, en la protección jurídica, económica y social

²³ Carta Social Europea. Parte I epígrafe 16: “La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo” <https://rm.coe.int/168047e013>

de la familia con la consideración específica hacia el derecho a la conciliación (art. 33).

Durante años, el Consejo de Europa ha aprobado regulación específica que afecta a la familia. Del estudio de los textos legales se deduce que la finalidad ha sido garantizar, no tanto la protección social y económica a la familia en su conjunto, sino los derechos de los menores (descendientes) en general y específicamente en su protección contra la explotación y el abuso infantil²⁴, así como la prevención y lucha contra la violencia doméstica y contra la mujer²⁵.

En las últimas décadas se ha aprobado una extensa regulación sobre la protección a los menores, dentro y fuera del ámbito familiar, lo que ha supuesto que parte de la doctrina se haya planteado la capacidad del menor, como mayor. Situación que no se ha reproducido en el caso de los ascendientes mayores, que no han formado parte, de momento, de las prioridades legislativas de los miembros de la Unión, lo que no impide el reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea respecto a las personas mayores cuando el artículo 25 establece: “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en lo que se refiere a la familia sostiene como argumento constante, la dificultad y sensibilidad que generan los conflictos que atañen a las familias y a sus miembros, máxime cuando los Tribunales han de considerar en cada resolución, la diversidad de regulación dentro de la Unión Europea que afecta a la vida familiar de las personas²⁶.

²⁴ El *Convenio de Lanzarote*, en vigor en España desde el 1 de diciembre de 2010, Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual tal y como establece su preámbulo pretende proteger a los niños mediante el establecimiento de un instrumento internacional global que considera también al núcleo familiar como parte digna de protección tipificando y conceptualizando delitos concretos y estableciendo como agravante, con toda lógica, si atendemos a lo que la familia debe ser, las medidas concretas a aplicar si la explotación o el abuso se produce por los progenitores o personas a cuyo cargo se encuentra el menor. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-17392>

²⁵ En el denominado *Convenio de Estambul*, en vigor en España desde el 1 de agosto de 2014 se protege de la violencia doméstica y sobre la mujer específicamente a las mujeres, pero englobando en el concepto también a las niñas, a sus hijos y a sus familias, por lo que el objeto de protección son todos los que constituyen la unidad familiar, así como estos individualmente si la lesión procede del entorno familiar, estableciendo medidas y directrices preventivas y procesales que cada Estado miembro debe desarrollar. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

²⁶ Para mayor profundidad en el análisis recomendamos el estudio que realiza RODRIGUEZ RODRIGO, J. *Orden europeo en Derecho de familia*. Anuario español de Derecho Internacional Privado, n.º 21, 2021, pp. 305-326.

Ante la complejidad de las situaciones familiares y la falta de homogeneidad en la regulación de los distintos Estados miembros, en las casi 100 sentencias que se han dictado desde 1978 hasta marzo 2022²⁷ se ha utilizado como objeto de reflexión para fundamentar la resolución de las tensiones creadas en el ámbito familiar una interpretación extensa del concepto de vida familiar como linaje, englobando las relaciones entre parientes próximos, o bien interpretando la importancia de los lazos afectivos en el seno familiar, atenuando la frontera entre vida privada y vida familiar, y adoptando el criterio de efectividad de lazos interpersonales para contrastar la existencia de “vida familiar”²⁸.

Todas las resoluciones se han cimentado, aunque en diferentes grados, en el derecho a la vida privada y familiar²⁹ reconocido en el artículo 8 C.E.D.H, que actúa de base y fundamento en las sentencias.

Como señala Elosegui³⁰, a lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero especialmente en su sentencia de 10 de diciembre de 2019, *Lobben y Otros c. Noruega 5*, completada con el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega 6*, hecha pública el 10 de diciembre de 2021, ha sentado una serie de criterios o principios básicos que resultan muy útiles para interpretar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal considera que se produce una vulneración del derecho a la vida familiar cuando, mediante cualquier injerencia, que se interrumpe el derecho a vivir juntos y al disfrute mutuo de padres e hijos, si bien, tendrá justificación, si ésta se produce de conformidad con la ley cuando se persiga un objetivo u objetivos que sean legítimos –en virtud del segundo párrafo del artículo 8–, o bien, si se considera necesario para una sociedad democrática.

Por tanto, las instituciones públicas deberán considerar como prioritario mantener la unidad familiar y la reunificación de la familia en cuanto sea

²⁷ Si tomamos como referencia la primera sentencia dictada sobre menores 5856/72 de 25 de abril de 1978 *Caso Tyrer vs Reino Unido*, según la base de datos Theseus aparecen un total de 89 sentencias sobre vulneración de derechos de menores, aunque, si cruzamos los datos con la base Hudoc, aparecen 7 sentencias más, por lo que podemos decir que se ha dictado un total de 96 sentencias que resuelven sobre transgresión de derechos a los menores.

²⁸ ALMEIDA, S. *El concepto de “vida familiar” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista de Derecho y Ciencias Penales, n.º 12, 2009. Universidad de San Sebastián (Chile), p. 26.

²⁹ ALMEIDA, S. El concepto de “vida familiar” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho y Ciencias Penales, n.º 12, 2009. Universidad de San Sebastián (Chile), p. 33.

³⁰ ELOSEGUI, M. “*La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles*”. Cuadernos de Derecho Transnacional 1 (Octubre 2022), vol. 14, n.º 2, pp. 375-406.

posible en todas las circunstancias y, en consecuencia, los lazos familiares sólo podrán romperse en circunstancias muy excepcionales³¹.

Por su claridad reproducimos lo que Elosegui³² denomina los pasos del test, que resaltan los aspectos que el TEDH comprueba para determinar si en caso de conflicto familiar, se ha producido una injerencia indebida del Estado en la vida familiar.

Para resolver los conflictos, el Tribunal ha señalado frecuentemente la dificultad y a la par la riqueza que supone la diversidad de derechos nacionales y la variedad de las tradiciones relacionadas con el papel de la familia en los distintos Estados. Diversidad y variedad que, en atención a los condicionamientos sociales tradicionales de la familia en cada país, siempre ha tenido en consideración en sus resoluciones.

Reconoce así mismo el Tribunal que, como las autoridades nacionales tienen la ventaja de poder establecer un contacto directo con todas las personas afectadas, éstas pueden ponderar mejor que nadie en momentos de conflicto familiar, las medidas adecuadas en situaciones de riesgo y por tanto, el papel del Tribunal será revisar en virtud del Convenio, si las decisiones tomadas por las autoridades nacionales en el ejercicio de su poder de apreciación, se realizan tomando en consideración el respeto a la vida familiar sin injerencias, ponderando el principio de interés superior del menor; principio indeterminado y de difícil aplicación que ha supuesto en no pocas sentencias que los criterios de los jueces hayan sido divergentes³³.

Los criterios que emplea el Tribunal en sus resoluciones debieran sustentar y arrojar luz sobre la legislación requerida por la familia en la actualidad, iluminando la actuación de los poderes públicos y la legislación, confiriendo, a los poderes públicos, un rol asistencial capaz de dotar a las familias de recursos, respetando las tradiciones de cada país y estableciendo los límites a la actuación del Estado en el respecto a la vida familiar.

³¹ Desde una interesante perspectiva APARICIO CHOFRE, L. *Evolución del derecho de reagrupación familiar en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la crisis económica y humanitaria*. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derechos, n.º 49 (2023), pp. 376-386, analiza las sentencias del TEDH en relación con el derecho a la vida en familia y la reagrupación familiar con la imposición de limitaciones en los criterios restrictivos, como línea de actuación en las políticas de extranjería en lo que se refiere a la familia.

³² ELOSEGUL, M. "La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos." *Opus cit.*, p. 382.

³³ Resulta interesante, el análisis que realiza PIZARRO MORENO, E. *El interés superior del menor, nuevo canon del derecho de familia*. Revista de derecho de familia 100 (jul-sept) 2023, pp. 85-102 en referencia al interés superior del menor y el cambio en el orden de los apellidos de un menor.

2. La regulación de la institución familiar en el ámbito nacional

El 30 de marzo de 2023 el gobierno presentó en el Congreso de los Diputados el proyecto de Ley de Familias que según el dictamen 146/2023 del Consejo de Estado³⁴ no estuvo exento de polémica jurídica y social. El proyecto iba a ser tramitado por el procedimiento de urgencia y competencia legislativa plena si bien, la disolución anticipada de las cámaras y la convocatoria de elecciones generales mediante la publicación del real decreto 400/2023 de 29 de mayo ha provocado, siguiendo lo prescrito el art. 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados, la caducidad de todos los asuntos pendientes de examen y resolución en la Cámara, y por tanto, ha caducado también el Proyecto de Ley de Familias con expediente 121/0001151³⁵.

En esta XV Legislatura dos son los proyectos que se encuentran en tramitación parlamentaria. La proposición de Ley de Familias con expediente 122/000059³⁶ que fue calificado el 27/02/2024, cuyo autor es el Grupo Parlamentario Mixto y que en la actualidad se encuentra a la espera de la preceptiva contestación del Gobierno y por tanto, no ha superado el trámite de toma en consideración, y el proyecto de Ley de Familias 121/000011³⁷. Este último calificado el 5/03/2024 que será tramitado por el procedimiento de competencia legislativa plena y carácter urgente en el Congreso de los Diputados, pero que todavía no ha sido aprobado.

Por tanto, en la actualidad, y hasta el momento, la única regulación estatal en vigor con vocación integral de protección familiar es la ley 40/2003 de 18 de noviembre de Protección a las Familias Numerosas, que deroga la ley 15/1971 de 19 de junio de Protección a las Familias Numerosas³⁸ y el decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, que la desarrollaba.

³⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146>. Dictamen del Consejo de Estado.

³⁵ [https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=\(BOCG-14-A-151-I.CODI.\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-14-A-151-I.CODI.))

³⁶ https://www.congreso.es/es/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=122%2F000059

³⁷ https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=121%2F000011

³⁸ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1971-795>. En la ley 25/1971 en el art. 2.1 se establecen “Se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley, esté constituida por: a) El cabeza de familia, su cónyuge y cuatro o más hijos. b) El cabeza de familia, su cónyuge, si lo hubiere, y tres hijos, siempre que uno de éstos sea subnormal, minusválido o incapacitado para el trabajo en los términos

Transcurridos más de 20 años desde la aprobación de la citada norma y con la mirada puesta en la posible aprobación de una futura normativa sobre la familia y sugerir propuestas que no provoque conflictividad jurídica o social, creemos necesario analizar con perspectiva histórica cómo ha sido la protección a la familia en el ámbito nacional con la intención de resolver, no sólo la confusión que genera la multiplicidad de regulaciones que implica la legislación sectorial con las dependencias a nivel local o autonómico consecuencia de nuestro sistema de organización territorial, también, la infrafinanciación histórica en España en políticas específicas para las familias que aborden la regulación, teniendo en consideración la pluralidad de estructuras de convivencia familiar que la costumbre social o el derecho presentan³⁹.

La legislación debiera abordar inevitablemente medidas que reviertan la tendencia a la baja natalidad y la progresiva disminución del número de miembros que integran las familias en España⁴⁰. La principal pregunta que deberá resolver este análisis es determinar si la protección constitucional regulada en el art. 39 CE y en las normas de desarrollo es suficiente en la actualidad, o bien es necesario una reforma que sitúe la protección a la familia como la institución esencial que es en el siglo XXI sin generar una regulación que genere conflictos para una institución que goza de buena salud socialmente en España.

2.1. La regulación de la familia en el periodo preconstitucional

En términos de política general y legislativa en el ámbito estatal, la protección a la familia en España se ha reducido tradicionalmente en la protección a las familias numerosas, y concretado en la concesión de beneficios fiscales aplicables al ámbito educativo, así como derechos preferentes en el ámbito laboral y en el acceso a la administración pública o a la vivienda.

que reglamentariamente se determine. c) El cabeza de familia en situaciones de viudedad, de separación matrimonial legal o hecho, en la forma y condiciones que reglamentariamente se establezca, y, en cualquiera de estos supuestos, tres hijos. d) El cabeza de familia, su cónyuge si lo hubiere, cuando alguno de ellos tuviera incapacidad absoluta para todo trabajo, concurriendo tres hijos. Además, el art. 6 establece 3 categorías de familias numerosas: 1ª categoría de 4 a 6 hijos. 2ª categoría de 7 a 9 hijos y, categoría de honor 10 hijos o más. Los artículos 8 al 26 establecen diferentes acciones en los que se confieren beneficios a los miembros de la familia numerosa tales como: ayudas y descuentos en el acceso a la educación, prioridad en el acceso a viviendas oficiales, explotaciones agrarias, en la concesión de préstamos, prevalencia en la obtención de ciertos puestos de trabajo, en situaciones de despido o desalojo o en el impuesto sobre rendimientos del trabajo.

³⁹ Informe Family Global Compact, p. 5. <https://familyglobalcompact.org/family-global-compact-home-es/>

⁴⁰ OECD (2022) *Evolving Family Models in Spain... Opus cit*, pp. 13-14.

La Ley de 1 de agosto de 1941⁴¹ regula por primera vez en España⁴² un régimen unitario y completo de protección a la familia numerosa, que justifica su aprobación en que la vitalidad demográfica, acrecienta la personalidad internacional y convierte a los estados en una potencia militar. Por la peculiaridad histórica de su fundamentación, reproducimos el preámbulo:

“Es la familia, célula primaria y fundamento de la sociedad, al mismo tiempo que institución moral dotada de derecho inalienable superior a toda ley positiva, según principio proclamado en la declaración XII del Fuero del Trabajo. En España los coeficientes de natalidad disminuyen y la dinámica de la población es muy exigua.

Solamente los pueblos de familias fecundas pueden extender la raza por el mundo y crear y sostener imperios. La vitalidad demográfica acrecienta la personalidad internacional y la potencia militar.

Preocupación principal del Nuevo Estado nacional-sindicalista debe ser, pues, la política demográfica, cuya protección se inició en España en pleno Alzamiento y se manifiesta posteriormente en diversas formas: Creación del subsidio familiar; elevación posterior de la escala primitiva de subsidios, duplicándola; –premios a los matrimonios proliícos; préstamo a la nupcialidad, y ahora, esta Ley de protección a las familias numerosas, que tiende a proporcionar, genéricamente, el amparo, vigilancia y protección a la familia para que cumpla sus altos destinos históricos, siendo relicario de fe, de patriotismo y de voluntad de grandeza.”

La citada ley no tardó mucho en ser sustituida por la Ley 13 de diciembre de 1943 sobre protección a las familias numerosas⁴³ que, si bien mantiene la protección a la familia numerosa en la aplicación de reducciones fiscales en materia de enseñanza y derechos preferentes en materia laboral, reduce el número de hijos que se requieren para obtener el título de familia numerosa. La ley de 1941 exigía para la primera categoría de familia numerosa, de 5 a 7 hijos, y para la segunda categoría, 8 hijos o más. En la ley de 1943 se requiere para la categoría de familia numerosa de 4 a 7 hijos, y para la segunda categoría más de 7 hijos. En general en esos tres años, existen pocas modificaciones, salvo quizás el derecho de inquilinato y la especial consideración en los deberes de protección a las familias de ámbito rural y a las familias que denomina de “clases humildes”.

⁴¹ <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1941/252/A06905-06907.pdf>

⁴² Los antecedentes se remontan al subsidio de familias numerosas creado en 1926 con base en el Decreto de 27 de diciembre de 1932 que establece un sistema de protección a las familias obreras numerosas.

⁴³ <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1943/350/A11972-11975.pdf>

La ley de 1943 fue sustituida por la ley de 1971⁴⁴ que, en un cambio que consideramos significativo, contempla las necesidades de regulación específica para las familias numerosas en aras del principio de justicia social y al deber de protección especial asumido por el Estado en el Fuero de los Españoles. La norma mantiene en general la fundamentación de la protección a las familias numerosas, pero introduce algún elemento integrador.

La ley resuelve cuestiones obsoletas tras casi 30 años desde la aprobación de la norma previa y regula situaciones familiares que, si bien entendemos no son nuevas, sí son consideradas social y legislativamente como tales, en lo que será los antecedentes del reconocimiento constitucional se refiere.

Se incluyen como situaciones de especial necesidad que uno de sus miembros sufra “minusvalía o sea subnormal” —en palabras de la propia norma— o bien, si se viven situaciones de separación legal o, de hecho, contemplando también para el reconocimiento de familia numerosa, la existencia de hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos, ilegítimos con derecho a alimentos o adoptivos, unos y otros de ambos cónyuges, o de cualquiera de ellos. El número de miembros de las familias numerosas vuelve a disminuir, y se contempla una categoría denominada de honor, para aquellas familias que tengan 10 o más hijos, aplicando límites a la atribución del título de familia numerosa en atención a la edad de los hijos, su acceso a remuneración o a la obtención de alguna ayuda estatal.

En definitiva, la protección a la familia en la etapa preconstitucional mantiene una política centrada en la protección a las familias numerosas, y limitada en la aplicación de políticas públicas a las ayudas fiscales, exenciones o reducción de matrículas en las tasas de acceso a la educación, en préstamos y en derechos de preferencia en el acceso al ámbito laboral y en el acceso de vivienda⁴⁶.

2.2. La protección a la familia en la Constitución de 1978

El periodo de la transición hasta la aprobación de la Constitución en 1978 ha sido uno de los momentos más determinantes en la historia de nuestro

⁴⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1971-795>

⁴⁵ DE LA FUENTE ROBLES, Y. “*La nueva Ley de Protección a las Familias Numerosas. El colofón del Plan Integral de Apoyo a la Familia*”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, n.º 50, 2004, p. 156.

⁴⁶ En el informe de la OECD emitido en 2022 “*Envolving family models in Spain. A new national framework for improved support and protection for families*”. <https://www.oecd.org/social/evolving-family-models-in-spain-c27e63ab-en.htm> En el capítulo I pp. 13-34 un interesante análisis que analiza la institución familia desde el periodo preconstitucional.

país, y por ello tomaremos este momento, junto con los debates constituyentes para iniciar el análisis de la etapa constitucional⁴⁷.

La multiplicidad de cuestiones a abordar con la aprobación de la Constitución de 1978 provocó la necesidad de crear prioridades a la hora de implementar, desarrollar e institucionalizar los cambios requeridos en la construcción de un estado democrático y a diferencia del entorno internacional, las cuestiones que afectaban a las familias y a los menores no tuvieron ni para la sociedad española ni para poderes públicos un lugar prioritario⁴⁸, probablemente porque el apoyo a la institución familiar gozaba de un amplio consenso social y cultural. Por tanto, en los debates constituyentes del proyecto constitucional la regulación sobre la familia pasó como una exhalación por la Comisión y por el Pleno del Congreso, sin que la propuesta al texto constitucional sufriera el menor retoque ni fuera prácticamente discutido.

El artículo 39 de la Constitución que regula la protección a la familia se incluyó en el Capítulo Tercero como parte de los principios rectores de la política social y económica del Título I del siguiente modo: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

En el Senado sí fue objeto de enmiendas que, si bien no fueron aprobadas, a efectos del presente análisis conviene comentar por el enfoque que proponían. La intención de las enmiendas introducidas en comisión por Zelada, Gamboa, Gutiérrez Rubio, Sánchez Agesta y Landaburu era hacer constar en el texto constitucional que la familia es una institución básica de la sociedad. Entendían, que la mera declaración de protección que constaba en el texto aprobado era insuficiente. Pensaban, y ese fue el objeto de la enmienda, que

⁴⁷ FERRER VANRELL, M.^a P. La familia en la constitución. Evolución del concepto de familia. Boletín de la Real Academia y Legislación en las ILLES BALEARS. XXI. Palma de Mallorca 2020. La autora en las pp. 274-286 realiza un minucioso análisis de los antecedentes constitucionales en la regulación de la familia que incluyen el debate del anteproyecto en sede parlamentaria.

⁴⁸ OECD (2022) *Envolving Family models in Spain: A new National Framework for Improved Support and Protection for Families*. OECD Publishing Paris. <http://doi.org/10.1787/c27e63ab-en>. El informe en la p. 43 sostiene que durante mucho tiempo la política familiar siguió siendo una de las áreas menos desarrolladas de la política social en España, aunque, a principios de siglo, los organismos públicos autonómicos comenzaron a desarrollar sus competencias en materia asistencial y tributaria.

la referencia a la familia como elemento natural de la sociedad, anterior y superior al Estado merecía un reconocimiento específico.

Aunque la propuesta no fue aprobada en la comisión fue nuevamente defendida en el pleno. A la enmienda en el pleno se había sumado el senador Osorio que en el momento de su defensa ante el Senado plantea que, aunque el texto aprobado en el Congreso era copia del artículo 16 de la Carta Social Europea, era una copia “mutilada”, al omitir que la familia es “cédula fundamental de la sociedad”⁴⁹.

¿Cuál fue la razón de la mutilación? Para los defensores de la enmienda había una clara intencionalidad, si bien el resto de los parlamentarios entendieron que los tratados y declaraciones internacionales protegían a la familia, y por ello no era necesario un reconocimiento constitucional que se proclamara en el mismo sentido.

En ese momento los temas trascendentes en relación a la familia en el ámbito constitucional y en la sociedad española eran el divorcio⁵⁰, que se creyó ver implícitamente constitucionalizado en la redacción aprobada en el párrafo 2º del artículo 32 que establecía: “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges”, las causas de separación y disolución y sus efectos” y, en lo que se refiere a los menores, la delincuencia juvenil.

Aprobada la Constitución quedaba claro que el objeto de protección en el texto constitucional era la familia, entendida como comunidad intergeneracional⁵¹, en la que el menor quedaba incluido en el entorno familiar y protegido bajo la patria potestad como menor, reconocimiento que constitucionaliza la tradicional perspectiva iusprivativista con base en el derecho civil de familia.

Los poderes públicos se configuran como garantes de la protección a la familia y a todos sus miembros desde una triple perspectiva: económica, jurídica y social; se establecía la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación; la garantía de su protección integral; la de las madres, cualquiera que sea su estado civil; la investigación de la paternidad y, el deber de asistencia de todo orden de los padres a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.

⁴⁹ GARCÍA ESCUDERO, J.M. y GARCÍA MARTÍNEZ, A. La Constitución día a día. Congreso de los diputados. Madrid 1998, p. 122.

⁵⁰ GARCÍA ROCA, E. *Familia, familias y derecho de familia*. Anuario de derecho civil, vol. 43, n.º 4, 1990. La autora analiza con mayor detenimiento, aunque con otro enfoque, los debates constituyentes en estos ámbitos en las páginas 1059-1062 y afirma que: “Es evidente, sin embargo, que en las discusiones parlamentarias planeaba un concepto pre-jurídico de familia, que se identificaba con la familia nuclear”.

⁵¹ OECD (2022) *Envolving Family models in Spain ... Opus cit.*, p. 41. “Traditional spanish families were marriage-based extended families living in households of several generations. They shared the ideas of solidarity and Independence from the state”.

La familia era regulada como un todo y no existía en ese periodo una regulación específica del menor –ni del mayor– como sí existe en la actualidad, al menos del menor. Es decir, la protección internacional con la remisión que realiza el artículo 10.2 de la Constitución se considera suficiente garantía para la recta aplicación de los derechos que protegían a la institución familiar y al menor⁵², integrado en la unidad familiar.

En lo que se refiere a los mayores el art. 50 de nuestra Constitución establece: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderá sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”, pero no se hace remisión específica a los mayores dentro de la familia que, si analizamos sociológicamente, se entendían generalmente incluidos dentro de la unidad familiar.

Lo que la Constitución Española regula en el artículo 39 CE es, por tanto, la obligación por parte de los poderes públicos de proteger integralmente a la familia, y, en el mismo artículo, el deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos. Los poderes públicos son garantes de la protección a la familia, pero a los padres les confiere la obligación jurídica de asistencia de todo tipo a sus hijos.

Es importante la distinción entre obligación y asistencia. Mientras el apartado 2 del artículo 39 envía un mandato a los poderes públicos de prestar protección integral a la familia; el apartado 3 del mismo artículo asigna la obligación de asistencia a los hijos por los padres, lo que significa que los obligados primero son los padres y los poderes públicos cumplirán en defecto de los padres, es decir, subsidiariamente. Esta subsidiariedad incluye también velar por el cumplimiento de asistencia por parte de los padres de los poderes públicos, protegiendo siempre el interés del menor⁵³, pero reconociendo las obligaciones familiares enmarcadas en el derecho civil, como independientes de las que la constitución impone a los poderes públicos.

2.3. La protección de la familia tras la aprobación de la Constitución de 1978

Aprobada la Constitución se mantiene en vigor la ley 15/1971 de 19 de julio, aunque enmarcada por las prescripciones constitucionales. No será

⁵² En el mismo sentido FERRER VANRELL, M.^a P. La familia en la constitución. Evolución del concepto de familia. (*Opus cit*), pp. 294-295.

⁵³ FERRER VANRELL, M.^a P. *La familia en la Constitución, evolución del concepto de familia*. Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en las Illes Balears. XXI. Palma de Mallorca ISSN 2254-2525. 2020, p. 291.

hasta noviembre de 2003 cuando se aprueba su modificación con la ley 40/2003 de protección a las familias numerosas, en vigor en la actualidad⁵⁴.

Son pocas las novedades que la ley de 2003 establece respecto a la norma de 1971 aunque resulta significativo que el preámbulo justifica la aprobación de la nueva norma en el reconocimiento a la función social que realiza la familia, en virtud de la protección especial que le brinda el derecho internacional y el art. 39 CE.

Las políticas públicas centradas en la protección específica sólo a las familias numerosas se mantienen y justifican en la problemática particular de las familias numerosas y el coste que representa para ellas el cuidado y educación de los hijos, o el acceso a una vivienda, teniendo en consideración al número de sus miembros.

La norma contempla los cambios sociales en la estructura familiar y reconoce diferentes realidades familiares – que ya se encontraban tímidamente regulados en la ley del 71 –; se incluye el divorcio y se introducen modificaciones en relación con los requisitos de nacionalidad y residencia permitiendo que posean la condición de familia numerosa nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, siempre que al menos uno de los ascendientes ejerza una actividad laboral o profesional en España, aunque residan en otro Estado miembro, y extiende este derecho a los nacionales de otros países residentes en España en igualdad de condiciones que los españoles, siempre que residan en España todos los miembros que den derecho a los beneficios que regula la ley, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Se modifica también el número de hijos exigido para constituir familia numerosa en reconocimiento a la baja tasa de natalidad y, como no podía ser de otro modo, en base al art. 14 de la Constitución, se establece una equiparación plena entre las distintas formas de afiliación y los supuestos de acogimiento y tutela.

A los efectos de esta ley se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes –siempre que exista vínculo conyugal– con tres o más hijos, sean o no comunes. Se equiparan a las familia numerosa, a los efectos de esta ley, a las familias constituidas por: uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar; dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes; y, cuando el padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares,

⁵⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21052>

siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal; dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas; tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos y, el padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor⁵⁵.

En lo que respecta a las categorías de familia numerosa se mantiene el reconocimiento de dos categorías. La categoría especial, que serán aquellas formadas por cinco o más hijos y las de cuatro hijos de los cuales al menos tres, procedan de parto, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo múltiples. No obstante, las unidades familiares con cuatro hijos se clasificarán en la categoría especial cuando sus ingresos anuales, divididos por el número de miembros que las componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional vigente, incluidas las pagas extraordinarias y la general. Además, cada hijo discapacitado –debe tener reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%– o incapacitado para trabajar –que requiere tener reducida su capacidad de trabajo en un grado equivalente al de la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez– computará como dos, para determinar la categoría en que se clasifica la unidad familiar de la que forma parte. La categoría general se confiere al resto de unidades familiares numerosas.

La ley establece diversos beneficios sociales, fiscales, de reducción de tasas, también, derechos de preferencias en diversos ámbitos como en el acceso a becas y ayudas, admisión en centros educativos o viviendas protegidas. En definitiva, el título de familia numerosa da derecho a una serie de beneficios en materia de educación (exención o reducción de derechos y tasas académicas, administrativas y preferencia en igualdad de rendimiento educativo, al acceso a determinados centros) transporte, acceso a viviendas de protección oficial, préstamos, exenciones fiscales ...etc., previstos por la ley, pero, fundamentalmente son aplicables los beneficios que reconozcan y dicten las Comunidades autónomas en su ámbito territorial, si bien sólo a las consideradas como familia numerosa.

Grosso modo⁵⁶, las únicas ayudas en las que coinciden todas las autonomías son las desgravaciones fiscales por hijo a cargo y las desgravaciones por

⁵⁵ RAMON FERNANDEZ, F. *La monoparentalidad derivada de la violencia de género: Análisis de la cuestión*. Revista sobre la infancia y la adolescencia. 16. Abril 2019, pp. 14-28. En el artículo la autora analiza este tipo de familias, que también creemos debieran incluirse entre las unidades familiares con necesidades de especial protección en la legislación.

⁵⁶ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “*La familia numerosa: Apuntes desde una perspectiva laboral a la luz de la ley 40/2003*”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.º 6, pp. 1-33. En este interesante artículo, la autora analiza otras disposicio-

nacimiento, aunque con diferentes cantidades⁵⁷. En porcentajes diferentes según comunidades autónomas también podemos señalar las deducciones en materia de impuesto de donaciones y sucesiones.

En realidad, lo que ha venido a contemplar la regulación hasta ahora y se ha considerado como políticas familiares ha sido la utilización del sistema tributario como una suerte de herramienta a través de la cual se instrumentalizan las políticas sociales y económicas de la familia⁵⁸, aunque principalmente afectan a las familias numerosas pero de forma limitada, pues las medidas tienen como destinatarias a las familias con un nivel de renta determinado⁵⁹ lo que a todas luces resulta hoy insuficiente.

2.4. Algunas consideraciones sobre las políticas familiares y la protección a la familia desde el periodo constitucional hasta la actualidad

Llegados a este punto creemos importante introducir una consideración que nos permitirá poner en valor y analizar las diferencias entre política familiar, fiscalidad a favor de la familia y protección a la familia, para procurar concretar en recomendaciones específicas el mandato que el art. 39 CE envía a todos los poderes públicos.

La cuestión no es baladí, la infrafinanciación histórica en políticas específicas de protección a la familia en España, especialmente si se comparan con el nivel de protección del resto de los países de la Unión Europea, es “LA” asignatura pendiente de las políticas nacionales de todos los gobiernos desde la época preconstitucional hasta la actualidad. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que en España las políticas familiares son fragmentadas e insuficientes.

Fragmentadas, en la medida en que sufren dependencias autonómicas, estatales y en ocasiones locales⁶⁰, pero carecemos de un marco global que, respetando las competencias autonómicas, finalice con la dispersión norma-

nes y prestaciones que resulta favorecen a las familias numerosas como es el caso de los beneficios por contratación de cuidadores, conservación de situaciones laborales, prestaciones familiares, excedencia por cuidado de hijos ... etc.

⁵⁷ DE LA FUENTE ROBLES, Y. “*La nueva Ley de Protección a las Familias Numerosas. El colofón del Plan Integral ...*”. *Opus cit*, p. 158.

⁵⁸ En el sentido, la STC 19/2012 de 15 de febrero establece que el tributo no es sólo una fuente de ingresos, sino que también puede responder a políticas sectoriales distintas de las puramente recaudatorias.

⁵⁹ PABLOS MATEO, F. “*Protección jurídica de las familias numerosas y monoparentales en materia tributaria*”. *Nueva Fiscalidad*, n.º 1, 2018, p. 158.

⁶⁰ 126/2023. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146>. Así se evidenció en el informe del Consejo de Estado, cuyas recomendaciones convendría considerar en una futura ley de la familia.

tiva⁶¹. Insuficientes, pues la mayoría de las prestaciones relacionadas con la familia son de poco importe, además de que casi siempre están sujetas a la verificación de recursos y ciertas condiciones relacionadas con la estructura familiar.

España carece de una normativa que proteja globalmente la institución familiar salvo y creemos que escasamente, la referida a las familias numerosas, y ello aún cuando la institución familiar en España goza de buena salud, pues el sentimiento de pertenencia y la solidaridad familiares están fuertemente arraigados en nuestro día a día. Cada vez que España o sus ciudadanos atraviesan una crisis económica, social, personal o de cualquier tipo, el papel de la familia es crucial para suavizar los efectos y las personas se refugian en su estructura familiar⁶² y ello aun cuando la tendencia legislativa constantemente precisa la protección hacia los integrantes de la familia, y no a la institución familiar.

El modelo español de apoyo a las familias, que reiteramos, ha sido una de las áreas menos desarrolladas de política social en España, pues la política familiar es casi inexistente, se ha venido centrando principalmente en las necesidades de la familia nuclear con más hijos que la media nacional y, aunque se han ido sumando otras circunstancias como la discapacidad de un hijo, la incapacidad laboral de alguno de los progenitores, la muerte de uno de ellos o la ruptura del matrimonio, no se ha aprobado, de momento, una regulación que proteja integralmente a la familia nuclear, tampoco a la extensiva.

Cierto es que se contemplan algunas deducciones fiscales, pero estas son mínimas y reducidas. Los hogares multigeneracionales brillan por su ausencia en la regulación, no sólo los tradicionales en la sociedad española, con la integración de los ascendientes en el hogar familiar de los hijos, sino nuevas realidades familiares como es, en casos de conflictividad familiar o económica, la integración en el hogar de los ascendientes, de sus hijos con sus descendientes.

Desde los años 80, es decir en los más de 40 años transcurridos desde la aprobación de la Constitución se ha considerado de mayor importancia regular el reconocimiento de los derechos y deberes de las parejas de hecho, la

⁶¹ Como consta en el informe del Consejo de Estado 126/2023, p. 47. [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146_Son muchas las objeciones que han formulado las CCAA proyectando que la normativa hoy caducada invadía su ámbito competencial, lo que quizás pudiera derivar en una potencial conflictividad constitucional y en una eventual inconstitucionalidad de la norma.](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146_Son%20muchas%20las%20objeciones%20que%20han%20formulado%20las%20CCAA%20proyectando%20que%20la%20normativa%20hoy%20caducada%20invad%C3%ADa%20su%20%C3%A1mbito%20competencial,%20lo%20que%20quiz%C3%A1s%20pudiera%20derivar%20en%20una%20potencial%20conflictividad%20constitucional%20y%20en%20una%20eventual%20inconstitucionalidad%20de%20la%20norma)

⁶² OECD (2022), *Evolving Family Models in Spain: A New National Framework for Improved Support and Protection for Families*, OECD Publishing, Paris. (Traducción al Español) https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/familias/otros/docs/00-Completo_revisado_L.pdf, p. 125.

liberalización de las leyes del divorcio y el desarrollo en los derechos del menor. Aunque partir de 2005 se puso el acento en la regulación de las uniones entre personas del mismo sexo⁶³, responsabilidades parentales, custodia y manutención de los hijos y adopción⁶⁴.

A esas alturas y a los efectos del presente análisis, conviene preguntarse cómo afecta ese desarrollo legislativo a la estructura familiar. Especialmente relevante es el avance que se ha producido desde 1984 en la protección del menor, que ha provocado una individualización del estatuto jurídico de los miembros de la familia⁶⁵ y la ausencia en la normativa de la integración de los ascendientes.

En definitiva, aunque el art. 39 de la Constitución envía un mandato a los poderes públicos de protección a la familia en tres aspectos clave, social, jurídico y económico, los poderes públicos se han centrado en la protección económica, quizás más exactamente en el ámbito fiscal y tributario de las familias numerosas, de forma indirecta y absolutamente insuficiente a través de desgravaciones, con escasas aportaciones que quedan limitadas en razón del número de miembros en la familia y de las rentas.

2.5. El Proyecto de Ley de Familias caducado en junio 2023 y el Proyecto presentado en la XV Legislatura. Aciertos y errores

En el mes de abril de la XIV legislatura el Gobierno inicia la tramitación del Proyecto de Ley de familias con expediente 121/0001151⁶⁶, que iba a ser tramitado por el procedimiento de competencia legislativa plena y con carácter urgente. La tramitación de la norma supone un acierto por cuanto pretende, dando cumplimiento a lo prescrito en el art. 39 CE, adaptar el

⁶³ Véase el interesante análisis que al respecto realiza el autor en los dos artículos que citamos en referencia al ámbito nacional y al internacional en DELGADO RAMOS, D. La Constitucionalidad del matrimonio en personas del mismo sexo en España. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 29, 2013, pp. 211-227 y en DELGADO RAMOS, D. Obergefell contra Hodges: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista de Derecho Público*, n.º 99, Mayo-Agosto 2017, pp. 325-356 donde desde un profundo análisis aborda el derecho al matrimonio en parejas del mismo sexo en Estados Unidos

⁶⁴ MARTIN-CASALS, M. y RIBOT IGUALDA, J. *Postmodern family and the agenda for Radical Legal Change* (2008). Ed Atikin. The international Survey of Family Law. Jordan. Bristol. <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/a3b2873d-en/index.html?itemId=/content/component/a3b2873d-en>

⁶⁵ OECD (2022) *Envolving Family models in Spain ...* Opus cit, p. 42.

⁶⁶ [https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=p_publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=\(BOCG-14-A-151-1.CODI\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=p_publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-14-A-151-1.CODI))

ordenamiento a la realidad actual y reforzar las políticas públicas de apoyo a la familia desde una perspectiva integral y no limitada a las familias numerosas.

A tal fin, y como establece el preceptivo informe del Consejo de Estado⁶⁷ la norma incluye numerosas disposiciones orientadas a hacer efectiva esa protección en distintos ámbitos, entre las que cabe destacar la extensión de la renta de crianza de 100 euros al mes a un número de familias con hijos de hasta 3 años, la equiparación de las familias monoparentales con 2 o más hijos a las familias numerosas, la creación de un marco estatal de apoyo a “los primeros 1000 días” de vida de los niños, el incremento de la oferta de plazas públicas en el primer ciclo de educación infantil, o la regulación de nuevos permisos que faciliten la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras⁶⁸.

Ahora bien, la técnica legislativa debiera ser mejorada. El texto incluye excesivos preceptos que a través de verbos como: facilitar, remover, promover, orientar, impulsar ..., suponen la inclusión de disposiciones de carácter programático genérico y excesivamente abiertas que no se sustentan en mandatos concretos y que ya se encuentran implícitamente regulados en el artículo 9.2 CE.

Tampoco contempla para las administraciones que determina competentes, medios adecuados para la consecución de los objetivos. Con nitidez meridiana, la disposición adicional primera establece: “El desarrollo de las medidas, derechos, garantías, servicios y apoyos que se contemplan en la presente ley quedan supeditado a las disponibilidades presupuestarias de las Administraciones competentes”. Para este viaje, no hacía falta alforjas. El mandato del art. 39 CE incumbe a todos los poderes públicos de todos los ámbitos territoriales y también el art. 9.2 CE

De la lectura detenida de la norma que en su mayoría, reproduce el proyecto de ley presentado el 23 de febrero de 2024 con expediente 121/000011 cuyo nivel de coincidencia respecto al texto presentado la pasada legislatura es del 98%⁶⁹, obtenemos la impresión de que una gran mayoría de artículos se aleja de lo que debiera ser su eje principal, la protección a la familia, para

⁶⁷ Dictamen del Consejo de Estado <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146>, p. 33

⁶⁸ La inclusión de los permisos de conciliación venía a ser una suerte de norma de trasposición de la Directiva UE 2019/158, si bien al haber caducado el proyecto y al no haber notificado España las medidas nacionales para la plena trasposición de la norma, ha generado que, la Comisión Europea haya decidido llevar a España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por incumplimiento. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_5372

⁶⁹ Las diferencias más nítidas, se encuentran en las disposiciones finales.

orientarse hacia la regulación de aspectos programáticos que politizan la protección a la familia desde perspectivas ideológicas concretas como la perspectiva de género. La importancia en la precisión de los objetivos de las políticas familiares, tan necesarias hoy, implica huir de formulaciones genéricas que añaden complejidad sin aportar valor.

La inclusión de principios jurídicos indeterminados, o desafortunadas conceptualizaciones como emplear “familias” vs familia, o la falta de mención a las familias numerosas que no sólo supondrá la pervivencia del texto de 2003, también que desaparezca un concepto fuertemente arraigado tanto a nivel social como legislativo⁷⁰ siendo sustituido por el sintagma “con mayores necesidades de apoyo a la crianza”, constituyen un error que debiera ser subsanado, esperemos que en la tramitación del texto en la presente Legislatura.

La indeterminación de algunos de los preceptos que incluye la norma, creemos generarán, como advierte el Consejo de Estado, una quiebra de la seguridad jurídica añadiendo dificultad en su aplicación por su compleja interpretación.

Es el caso de expresiones como: personas individuales junto con sus ascendientes (art. 3.b); parentalidad positiva (art. 17.1.d), entorno afectivo (art. 20.2); abandono escolar temprano (art. 23.5); personas adultas responsables (art. 47) o adversidad temprana (art. 52.3). A modo ilustrativo, el art. 7 establece que: “A fin de que puedan tomar una decisión informada y por tanto con mayor libertad, las Administraciones Públicas competentes deberán facilitar información clara accesible y orientación a aquellas personas que vayan a formar una familia ...” o, cuando en repetidas ocasiones el texto establece “pondrán todos los medios a su alcance” (art. 8.2).

Además, la ley de familia caducada y la presentada en esta legislatura, excluyen una serie de cuestiones que, a nuestro juicio, debieran incluirse. No regulan el papel de los ascendientes, lo que indudablemente supone una contradicción, no sólo con la transposición de la directiva sobre conciliación que hemos mencionado, también porque “olvida” la posible formación de una familia por abuelos y nietos, situación que contrasta con la admisión en el proyecto de las familias monoparentales formadas por una sola persona y sus nietos, o la posible extensión de las medidas del anteproyecto a los núcleos de convivencia no familiares⁷¹, expresión objetada por múltiples sujetos y entidades, por desdibujar el concepto de familia al incluir, impropiamente, a

⁷⁰ La Federación Española de Familias numerosas entregó en el Congreso de los Diputados en el jueves 11 de mayo de 2023 72.528 firmas contra la desaparición de la denominación Familia Numerosa en la ley de familias que estaba en tramitación parlamentaria, sustituyendo la denominación por Familias con mayores Necesidades de apoyo a la crianza.

⁷¹ Así queda reflejado en el informe del Consejo de Estado 146/2023, p. 75.

núcleos de convivencia sin vínculos familiares, situación que debería quedar excluida en una Ley de protección a la familia.

Deberían además reconocer con mayor nitidez, la equiparación entre los progenitores y aquellos que ejercen la tutela, curatela guarda o acogimiento, y por otro, los hijos, hijas y personas sometidas a alguno de los sistemas de protección y sustituir el concepto de unidad familiar por familia.

Las demás cuestiones que debieran ser resueltas afectan a la duplicidad legislativa y a la potencial conflictividad que en algunas cuestiones supone la regulación proyectada en relación con las competencias de las Comunidades Autónomas⁷². Ahora bien, entendemos que muchos de los preceptos se han incluido con la intención de subsanar la fragmentación y legislación sectorial que afecta a la familia con un espíritu compilador, si bien, tal y como advierte el Consejo de Estado puede generar el efecto inverso al no reproducir la regulación existente de manera exacta y completa.

En definitiva, la caducidad de la ley de familias, y la repetición de prácticamente el mismo texto en la presente legislatura, a pesar del informe del Consejo de Estado, esperamos que no supongan una oportunidad perdida para generar un marco que permita impulsar las medidas de protección que merece la institución familiar en el siglo XXI en toda España.

Sentado lo anterior, y aunque la mayor parte de las competencias que afectan a la familia están dentro del ámbito de competencias de las comunidades autónomas e incluso, de las corporaciones locales, sugerimos que en la tramitación de la norma tomen parte los distintos niveles de gobierno y a los proveedores de servicios y las organizaciones en defensa de las familias alineando sus instrumentos políticos, pues el impacto en beneficio de la familia sería mucho mayor.

III. CONSIDERACIONES FINALES

A nuestro juicio es este el momento de regular globalmente la institución familiar sin ideologizar los conceptos, abordando y tratando de dar respuesta a los problemas de las familias españolas del siglo XXI. Esperemos que se aproveche la tramitación actual en esta línea.

⁷² En lo que se refiere al posible conflicto de competencias, sin ánimo de ser exhaustiva y dado que no es posible aplicar la doctrina que establece el Tribunal Constitucional en la STC 1/1982 de 28 de Enero por afectar la ley a otros ámbitos que no se refieren a la ordenación de sectores económicos, sí podría resultar de aplicación la STC 154/2015 de 8 de julio que no invoca como título competencial las disposiciones del art. 149.1.13^a o el art. 149.1.1 a 7^a y 17^a que establece la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Los múltiples informes que hemos estudiado en este artículo destacan problemas de enorme trascendencia, tratar cada uno de ellos excedía con mucho las pretensiones del presente trabajo, por tanto, con la intención de contribuir a mejorar la calidad legislativa que debe huir de las formulaciones programáticas, genéricas y excesivamente abiertas, recomendamos que se busque el consenso entre todos los entes implicados y se dejen al margen cuestiones que generen controversia desde un plano ideologizado del ámbito familiar.

La futura ley de protección a las familias debiera resolver dos tendencias legislativas que están afectando negativamente a la institución familiar. La individualización jurídica de los miembros de la familia, frente a la regulación de la familia como institución, y la publicación de la institución familiar. Dos problemas, que convergen en uno y que se hacen patentes en el concepto de familia.

En las últimas décadas la legislación ha potenciado el desarrollo individual de los derechos de los miembros que componen la familia, especialmente los derechos del menor y no de la institución familiar, provocando una suerte de publicación del derecho de familia con una aparente, y a veces real, desposesión de la patria potestad de los padres y, por tanto, una limitación de la subsidiariedad que debe regular las relaciones del Estado con las familias.

A diferencia de lo que establece el art. 39 CE la legislación promueve que el rol del Estado sea de asistencia y protección, en detrimento de la patria potestad. Además, al no desarrollarse políticas públicas en favor de la familia entendida como linaje, los familiares, pero especialmente los abuelos, quedan despojados de su rol tradicional.

La cuestión no es baladí, la conceptualización jurídica de la familia afectará al rol que desempeñan los poderes públicos en relación con la institución familiar, o con sus miembros.

La tendencia legislativa parece dirigirse claramente hacia la consideración de la familia como institución jurídico-pública, lo que supone una tensión entre la autonomía de la voluntad en el seno familiar, reconocida por el art. 27 de la Constitución y el orden público. Como afirman algunos autores, al cumplir la familia funciones troncales para la conformación y desarrollo de la sociedad⁷³, trasciende ésta al núcleo meramente privado y debiera integrarse en el entramado estatal como un agente asistencial y económico más del Estado Social asumiendo acciones de apoyo y protección básica que

⁷³ DE LA FUENTE Y DE LA CALLE, M.J. Reflexiones sobre el Derecho Público de Familia: Homenaje a Encarnación Roca Trías: La jurista que se adelantó a su tiempo. (Coord.) ABAD TEJERINA, P. y ADAN, M. E Madrid. Sepin. 2021, p. 257.

exceden de las obligaciones familiares que establece el Derecho privado⁷⁴. De generalizarse esta segunda perspectiva, a nuestro juicio, se transformaría profundamente la institución familiar pervirtiendo la naturaleza y finalidad de la familiar pues, aunque reconocemos que la familia presta sin duda más apoyo social que ninguna otra organización, no creemos que la familia deba integrarse en el entramado de la organización estatal como una entidad más del Estado Social.

Ni los principales preceptos constitucionales nacionales, ni los textos internacionales dan una definición de la familia, tampoco nuestro Tribunal Constitucional, la familia es lo que es y no requiere ser conceptualizada jurídicamente por responder a su naturaleza, si bien importa al derecho en la medida en que tanto sus miembros como la institución son dignos de protección, y por ello el ordenamiento y los poderes públicos necesitan conocer y regular cuándo existe un núcleo familiar digno de protección.

En definitiva, una futura regulación de la familia debería huir de conceptos programáticos ideologizados y proteger suficientemente los distintos modelos de organización de las relaciones de convivencia de las familias, en el respeto a la doctrina que ha venido desarrollando el Tribunal Constitucional⁷⁵ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ciertamente es que se precisa de una definición armonizada que establezca unos criterios básicos comunes que conceptualicen la familia, al menos a efectos de conceder prestaciones sociales o exenciones fiscales que eviten las diferencias e incoherencias en la legislación actual que generan, en ocasiones, una definición diferente para cada tipo de prestación, pero debe mantenerse el rol asistencial del Estado para proteger lo que una familia es.

Quizás por todas entendemos que puede ser una alternativa lo que afirma la SSTs 320/2011 de 12 de mayo y 740/2013 de 5 de diciembre, cuando sostiene que: "... desde el punto de vista constitucional tiene la consideración de familiar aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales"⁷⁶, si bien a nuestro juicio sería necesario introducir qué supone desde el punto de vista jurídico, un núcleo de convivencia, pues puede dar pie a que de

⁷⁴ DE LA FUENTE Y DE LA CALLE, M.J. Reflexiones sobre el Derecho Público de Familia ... Opus cit, p. 258.

⁷⁵ De entre las sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional en referencia a la familia, podríamos destacar las siguientes: STC 22/1982 de 11 de diciembre, STC 45/1989 de 20 de febrero, STC 154/2008 de 22 de mayo, la STC 198/2012 de 6 de Noviembre, la STC 1/2021 de 25 de enero y la STC 4/2022 de 21 de marzo.

⁷⁶ SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familias y diversidad familiar (A propósito de la Ley de Familias)(1)*. La ley. Derecho de Familia, n.º 38, Abril 2023. Editorial la Ley, pp. 1-24.

aplicarse en sentido literal, un grupo de amigos que vive juntos, pueda entenderse como familia. Podría solventarse fácilmente la confusión, añadiendo núcleo de convivencia familiar.

Respecto a la política familiar que como hemos podido constatar en múltiples ocasiones se confunde con la educativa, lo que en el mejor de los casos sirve para enmascarar la protección a la familia en el concepto general de política social, y en el peor en la celebración de la confusión, que sirve para evitar manifestar una política que no existe en España, creemos necesario, abordar los problemas principales que son: una baja tasa de natalidad que afecta al tamaño de lo que denominaremos familia nuclear (padres e hijos); la dificultad en el acceso a un mercado de viviendas asequible y estable; un mercado laboral débil con altas tasas de desempleo que afecta especialmente a las madres con hijos o, en el mismo grado, el abandono laboral para el cuidado de hijos; atención para el cuidado de miembros de la familia con necesidades especiales, dependientes, menores y mayores; resolver o al menos atender a los niveles de pobreza familiar, que genera un nivel de pobreza infantil superior al de la mayoría de los países de la OCDE, por no mencionar los problemas en el entorno rural de sociedades envejecidas y masculinizadas.

Llegados a este punto somos conscientes de que no se han tratado en el artículo cuestiones de enorme interés que posponemos a un futuro análisis, si bien no queremos dejar de enunciar aquellas que, por su globalidad, tendrán un tremendo impacto no solo en la aplicación de la futura norma sobre la familia, también su eficacia a la hora de proteger esta institución.

Creemos que debiera realizarse el esfuerzo por aclarar la organización de competencias que afecta a la familia (vivienda, educación, sanidad, regulación laboral ...) definiendo con nitidez las responsabilidades entre el Estado, las CCAA y el ámbito local. Recomendamos también contemplar la creación con un mandato claro los órganos de cooperación interministerial e interterritorial y, con la intención subsanar la infrafinanciación de la familia en España que suelen ser relativamente modestas y no son universales debieran aprobarse políticas familiares específicas y que no se limiten únicamente ámbito fiscal o tributario.

Así mismo creemos que en cualquier reforma, pero en esta más si cabe, lo ideal es que las políticas en el ámbito familiar fueran acompañadas de un esfuerzo por monitorizar y evaluar su implementación con la creación de indicadores y una inversión en la estructura de datos. Este enfoque serviría para reducir la politización de los debates en torno a la familia y abordar estas cuestiones, no sólo cuando las políticas aprobadas han sido verdaderamente efectivas, también permitiría detectar los problemas que afectarán a las familias en el futuro.

En definitiva, la importancia de la familia requiere de una acción coordinada y conjunta que ofrezca un apoyo constante desde el nacimiento hasta la

edad adulta para ayudar a que se consigan los objetivos, y superen los desafíos a los que se enfrenta la familia hoy. Fortalecer el bienestar familiar debe ser prioritario en la política familiar, los derechos de la familia están íntimamente relacionados con los derechos del hombre. La familia no es simplemente una suma sistemática de las personas que la integran, la familia es más que la suma de sus miembros considerados singularmente⁷⁷.

IV. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, S. *El concepto de “vida familiar” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista de Derecho y Ciencias Penales, n.º 12, 2009. Universidad de San Sebastián (Chile).
- APARICIO CHOFRÉ, L., *Evolución del derecho de reagrupación familiar en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la crisis económica y humanitaria*. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derechos, n.º 49 (2023), pp. 376-386.
- BENEDICTO XVI. *La familia*. Altar Mayor N.º 111.2007 (Ejemplar dedicado a XIII Conversaciones en el Valle).
- CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. *“Instrumento de trabajo pastoral sobre persona, familia y sociedad ofrecido a la Iglesia y la sociedad española desde la fe en Dios y la perspectiva del bien común”* (Madrid: Edice, 2023).
- DELGADO RAMOS, D. *La Constitucionalidad del matrimonio en personas del mismo sexo en España*. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, n.º 29, 2013, pp. 211-227.
- DELGADO RAMOS, D. *Obergefell contra Hodges: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo*. Revista de Derecho Político, n.º 99, Mayo-Agosto 2017, pp. 325-356.
- DE LA FUENTE, Y.; DE LA CALLE, M.J. *Reflexiones sobre el Derecho Público de Familia: Homenaje a Encarnación Roca Trías: La jurista que se adelantó a su tiempo*. (Coord.) ABAD TEJERINA, P. y ADAN, M. E. (Madrid: Sepin. 2021).
- DE LA FUENTE ROBLES, Y. *“La nueva Ley de Protección a las Familias Numerosas. El colofón del Plan Integral de Apoyo a la Familia”*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, n.º 50, 2004, p. 156.
- DÍAZ REVORIO, F.J. *“La protección constitucional de la familia. La familia como sujeto de derechos”*. Reflexiones académicas para la elaboración del Plan estratégico de Ayuda a la familia de Castilla la Mancha. 2014.
- DÍEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho* (Madrid: Civitas, 1984).

⁷⁷ Así lo recoge en 1994 la CARTA Gratissimam Sane del Sumo Pontífice Juan Pablo II a las familias. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/letters/1994/documents/hf_jp-ii LET_02021994_families.html parte de cuyos principios enunciados toma de la Carta a las familias presentada por la Santa Sede en 1983. https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_19831022_family-rights_sp.html

- ELOSEGUI, M. “*La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles*”. Cuadernos de Derecho Transnacional I (Octubre 2022), vol. 14, n.º 2, pp. 375-406.
- FERRER VANRELL, M.^a P. *La familia en la Constitución, evolución del concepto de familia*. Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en las Illes Balears. XXI. Palma de Mallorca ISSN 2254-2525. 2020.
- GARCÍA ESCUDERO, J.M. y GARCÍA MARTINEZ, A. *La Constitución día a día* (Madrid: Congreso de los diputados, 1998).
- GARCÍA ROCA, E. *Familia, familias y derecho de familia*. Anuario de derecho civil, vol. 43, n.º 4, 1990.
- GONZÁLEZ CAMPO, F de A. *El tratamiento procesal del menor*. en Nuevo régimen jurídico del menor coord. Por M.^a V Mayor del Hoyo (Madrid: Thomson Reuters, 2017).
- INFORME. Informe Family Global Compact. <https://familyglobalcompact.org/family-global-compact-home-es/>
- LACALLE NORIEGA, M. *La familia como lugar de integración social. Cuestiones disputadas de la vida en sociedad*. Coord por María Lacalle Noriega. 2006. ISBN 84-96471-26-8.
- LACALLE NORIEGA, M. *Matrimonio, ley natural y bien común*. María Lacalle Noriega. Revista española de Teología, vol. 75, n.º 1, 2015.
- MARIAS, J. y ARAUJO, M. *Política* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989).
- MARTIN-CASALS, M. y RIBOT IGUALDA, J. *Posmodern family and the agenda for Radical Legal Change. The international Survey of Family Law*. Jordan (Bristol: Atkin, 2008).
- OECD. Informe emitido en 2022 “*Evolving family models in Spain. A new national framework for improved support and protection for families*” <https://www.oecd.org/social/evolving-family-models-in-spain-c27e63ab-en.htm>
- PABLOS MATEO, F. “*Protección jurídica de las familias numerosas y monoparentales en materia tributaria*”. Nueva Fiscalidad, n.º 1, 2018.
- PERIS CANCIO, J. A. *Diez temas sobre los derechos de la familia. La familia garantía de la dignidad humana* (Madrid: Eunsa, 2002).
- PIZARRO MORENO, E. *El interés superior del menor, nuevo canon del derecho de familia*. Revista de derecho de familia 100 (jul.-sept.), 2023, pp. 85-102.
- RAMON FERNANDEZ, F. *La monoparentalidad derivada de la violencia de género: Análisis de la cuestión*. Revista sobre la infancia y la adolescencia, 16. Abril 2019, pp. 14-28.
- ROCA TRIAS, E. “*Familia, familias y derecho de la familia*”. Anuario de derecho civil vol. 43, n.º 4, 1990.
- RODRIGUEZ RODRIGO, J., *Orden público europeo en el Derecho de familia*. Anuario español de Derecho Internacional Privado, n.º 21, 2021, pp. 305-326.
- SALAR SOTILLOS, M.^a J. *La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.º extra-8, 2, 2018.
- SERRANO TRIANA, A. *La protección familiar en la perspectiva del derecho público*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 66, 1982, pp. 23-50.

- SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familias y diversidad familiar (A propósito de la Ley de Familias)(1)*. La ley. Derecho de Familia, n.º 38. Abril 2023. Editorial la Ley, pp. 1-24.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “*La familia numerosa: Apuntes desde una perspectiva laboral a la luz de la ley 40/2003*”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.º 6, pp. 1-33.
- VILA RAMOS, B. “*Tratamiento constitucional del menor*”. España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas / coord. por GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E.; RUBIO NUÑEZ, R. y PENDÁS GARCÍA, B. (dir.), vol. 3 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018).
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2017). *El derecho de la persona del menor de edad: Hacia una disciplina autónoma desde el Derecho Civil. En Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*. Cabedo Mollo. V y Ravetllat Ballesté I (Madrid: Tirant lo Blanch 2016).

MAY THE NEW EU REGULATORY PROPOSALS ON
PLANT BREEDING COMPROMISE INNOVATION?
BETWEEN THE PROSPECTS OF THE NGTS'
PROPOSAL AND THE NONSENSE OF THE
PRM PROPOSAL

*¿Podrían las nuevas propuestas regulatorias de la UE en
materia de fitomejoramiento comprometer la innovación?
Entre las expectativas generadas por la propuesta sobre
Nuevas Técnicas Genómicas y el sinsentido de la propuesta
sobre Material de Reproducción Vegetal*

Juan Antonio Vives-Vallés¹

Profesor contratado doctor de Derecho Mercantil (acreditado a TU)
University of the Balearic Islands, Spain
<https://orcid.org/0000-0001-7652-1599>

Laura Riesgo

Catedrática de Economía
Pablo de Olavide University, Spain
<https://orcid.org/0000-0001-5733-0658>

<https://doi.org/10.18543/ed.3112>

¹ Research has been partially carried out within a research stay at the OIPRC of the University of Oxford under the TED2021-129992A-I00 research project. The publication is part of the TED2021-129992A-I00 research project, funded by the MCIN/AEI/10.13039/501100011033 and by the European Union "NextGenerationEU"/PRTR. **Acknowledgements:** To Prof. Dev Gangjee, Director of the OIPRC, for his kind invitation. Also, to Prof. Dr. Klaus-Dieter Jany, for the significant number of references shared through his weekly newsletter «*Sunday Evening News newsletter*» under «*BGF bio-tech-gm-food*» (<https://www.biotech-gm-food.com/>). **Disclaimer:** The opinions expressed in this paper are solely those of the authors and do not necessarily represent the views and opinions of the aforementioned persons and institutions.

Fecha de recepción: 21.12.2023

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Abstract

The European Commission new regulatory proposals on new genome-edited plants and on plant reproductive material are set to revolutionize plant breeding and agriculture in the EU. This short communication analyzes the main features of such proposals with respect to the current regulatory frameworks in the EU, and discusses their foreseeable impact on European plant breeding innovation and agriculture. While there is no denying the potential advantages that the proposal on new genome-edited plants might bring, the proposed regulation is also complex and ambiguous, a matter already acknowledged by the specialized literature, and about which even some of the strongest advocates of the proposed regulation appear to show a certain degree of concern. If this is not corrected, the successful implementation of the proposal could be compromised. The proposal on plant reproductive material threatens to create new and probably unnecessary burdens for European plant breeders, farmers, and end consumers. Addressing the identified issues in the proposal on genome-edited plants, and drafting a new proposal on plant reproductive material aiming at reducing inefficiencies is suggested.

Keywords

Plant Breeding; New Genomic Techniques; Plant Reproductive Material; Biosafety Law; Intellectual Property.

Resumen

Las nuevas propuestas reglamentarias de la Comisión Europea sobre nuevas plantas editadas genéticamente y sobre material de reproducción vegetal están llamadas a revolucionar el fitomejoramiento y la agricultura en la UE. En este breve artículo se analizan las principales características de dichas propuestas en relación con el marco normativo vigente en la UE y se examina su impacto previsible en la innovación en los ámbitos del fitomejoramiento y la agricultura europeas. Aunque no pueden negarse las ventajas potenciales de la propuesta sobre nuevas plantas editadas genéticamente, el régimen legal propuesto es complejo y ambiguo, una cuestión reconocida ya por la literatura especializada, y sobre la que incluso algunos de los más firmes partidarios del reglamento propuesto parecen mostrar cierto grado de preocupación. Si ello no se aborda debidamente, el éxito de su aplicación podría verse comprometido. La propuesta sobre material de reproducción vegetal amenaza con crear nuevas cargas, probablemente innecesarias, para los obtentores, agricultores y consumidores finales europeos. Se sugiere abordar los problemas identificados en la propuesta sobre plantas editadas genéticamente, así como redactar una nueva propuesta sobre material de reproducción vegetal con el objetivo de reducir sus ineficiencias.

Palabras clave

Fitomejoramiento; Nuevas Técnicas Genómicas; Material de Reproducción Vegetal; Derecho sobre Bioseguridad; Propiedad Industrial.

Summary: I. BRIEF INTRODUCTION. II. THE EUROPEAN COMMISSION'S PROPOSAL ON NGTs. III. THE EUROPEAN COMMISSION'S PRM PROPOSAL. IV. CONCLUSIONS.

I. BRIEF INTRODUCTION

The European Commission adopted two new regulatory proposals, «*on plants obtained by certain new genomic techniques and their food and feed*» («NGTs»)² and «*on plant reproductive material*» («PRM»)³ under the *European Green Deal*⁴ which are expected to have a major impact on plant breeding⁵.

² European Commission, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 (COM(2023) 411 Final)» (Brussels: European Commission, 2023), https://food.ec.europa.eu/document/download/c03805a6-4dcc-42ce-959c-e4d609010fa3_en?filename=gmo_biotech_ngt_proposal.pdf. Henceforth, the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final).

³ European Commission, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Production and Marketing of Plant Reproductive Material in the Union (COM(2023) 414 Final)» (Brussels: European Commission, 2023), https://food.ec.europa.eu/document/download/0f4f74a3-9cce-44dd-93e2-3a2dc8372555_en?filename=prm_leg_future_reg_prm.pdf. Known as the «PRM proposal». European Commission, «Frequently Asked Questions: New Rules for Improved Plant and Forest Reproductive Material» (2023), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_3567.

⁴ «*The proposal is part of the overall policies of the European Green Deal and related strategies: the Farm to Fork and Biodiversity strategies, the Union's Strategy on Adaptation to Climate Change and the planned initiative on a legislative framework for a sustainable food system. It is consistent with these strategies' objectives.*» European Commission, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 (COM(2023) 411 Final)», 4. In addition to such a mention in the «*Explanatory Memorandum*» of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final), other references to the «*European Green Deal*» are found in the recitals of the proposed regulation itself (see, particularly, recitals (3) and (10)). As for the «*Explanatory Memorandum*» of the of European Commission's PRM Proposal (COM(2023) 414 final), the following statement is made in it: «*The proposed Regulation is submitted within this context. It is also part of the overall policies of the European Green Deal^[...] and the related strategies: the Farm to Fork Strategy^[...], the Biodiversity Strategy^[...] and the EU Strategy on adaptation to climate change^[...].*» European Commission, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Production and Marketing of Plant Reproductive Material in the Union (COM(2023) 414 Final)», 3. An additional reference to the «*European Green Deal*» is found in recital (33) of the proposed regulation on PRM.

⁵ Erik Stokstad, «European Commission Proposes Loosening Rules for Gene-Edited Plants», *Science* (2023), <https://www.science.org/content/article/european-commis->

sion-proposes-loosening-rules-gene-edited-plants; Per Henriksson, «The Swedish Presidency – A Time of Anticipation Pending the New Regulatory Texts From COM», *EuropeanSeed* May 31 (2023), <https://european-seed.com/2023/05/the-swedish-presidency-a-time-of-anticipation-pending-the-new-regulatory-texts-from-com/>. Other scientists/scientific organizations, while welcoming the proposal with optimism and praising its benefits compared to the current regulatory framework, remain slightly more critical. See: Hervé Vanderschuren et al., «A New Chance for Genome Editing in Europe», *Nature Biotechnology* 41 (October 14, 2023): 1378-80, <https://doi.org/10.1038/s41587-023-01969-4>; Nature Plants, «EU Rethinks Genome Editing», *Nature Plants* 9, no. 8 (2023): 1169-70, <https://doi.org/10.1038/s41477-023-01505-x>; EPSO, «EPSO First Reaction to the European Commission’s Legal Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed» (2023), https://epsoweb.org/download/23-07-06_epso_1st_reaction_ec_proposal_ngts/?tmstv=1688649797; EPSO, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of He Council on Plants Obtained by Certain New Genomig Techniques Ad Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 [5 Novemeber 2023]» (Brussels, 2023), 1, https://epsoweb.org/download/2023-11-05_epso_statement_ec_legal_proposal_ngts/?tmstv=1699260264; Devang Mehta, «EU Proposal on Gene-Edited Crops Doesn’t Go Far Enough», *Nature* 619 (2023): 437, <https://doi.org/10.1038/d41586-023-02328-8>; European Parliament’s Committee on the Environment Public Health and Food Safety, «DRAFT REPORT on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 (COM(2023)0411 – C9-0238/2023 – (2023)0226(COD))» (2023), 21, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/ENVI-PR-754658_EN.pdf; AFBV and WGG, «AFBV and WGG Welcome EU Proposals for the Regulation of NGTs as a Step in the Right Direction», *Press Release Paris, Frankfurt/Main, July 5* (2023), <https://www.wgg-ev.de/app/download/13228264299/PRESS+RELEASE+AFBV+WGG+on+NGT+plants.pdf?t=1692000859>; AFBV and WGG, «Detailed Comments on the Commission’s Proposal for NGT Plants» (2023), 1, <https://www.biotechnologies-vegetales.com/wp-content/uploads/2023/10/Detailed-comments-on-Commission-proposal-for-NGT-plants-AFBV-WGG-14-October-2023.pdf>; WGG and VBIO, «Neue Genomische Techniken (NGT): VBIO Und WGG Begrüßen Evidenzbasierten Regulierungsentwurf Der EU-Kommission» (2023), https://www.wgg-ev.de/app/download/13228222199/PM_VBIO_WGG_Entwurf+NGT-Pflanzen.pdf?t=1688581412; COPA-CEGECA, «Position Paper on the Commission’s proposal on plants obtained by certain new genomic techniques (NGTs) and their food and feed, and amending Regulation (EU) 2017/625[.] 16th October 2023» (2023), 3, <https://copa-cegeca.eu/Flexpage/DownloadFile/?id=13462320>; Petra Jorasch, «Resurrection of Plant Breeding Innovation in the EU?», *Europeansseed*, October (2023), <https://european-seed.com/2023/10/resurrection-of-plant-breeding-innovation-in-the-eu/>; ARRIGE, «Statement about EC Proposal on New Genomic Techniques Regulation in Plants[.] July 2023», (2023), 3, https://www.arrige.org/wp-content/uploads/2023/07/ARRIGE_SC_statement_NGTs.pdf; Oana Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», *Trends in Plant Science* 28, no. 12 (2023): 1352, <https://doi.org/10.1016/j.tplants.2023.09.014>; Jany Klaus-Diete and Dietz Karl-Josef, «Open Letter to the Federal Minister of Food and Agriculture, Cem Özdemir the Federal Minister for the Environment, Nature Conservation, Nuclear Safe-

This paper provides a preliminary analysis of both regulatory proposals, focusing less on their merits than on those aspects that should be improved to increase their chances of success.

II. THE EUROPEAN COMMISSION'S PROPOSAL ON NGTS⁶

The European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final) aims at overcoming the limitations of the current European Union (EU) regulatory framework on genetically modified organisms (GMOs) with respect to crops modified by means of modern genome-editing techniques, particularly apparent after the Judgment of the Court of Justice of the EU (CJEU) of 25 July 2018⁷ in

ty and Consumer Protection, Steffi Lemke and the Federal Minister of Education and Research, Bettina Stark-Watzinger», (2023), https://www.wgg-ev.de/app/download/13269967099/OpenLetter_BMEL_BMVU_BMBF01.pdf?t=1701014651. Indeed, as noted by Dima et al.: «*The plant science network European Sustainable Agriculture through Genome Editing (EU-SAGE) and many other actors in the agri-food value chain welcome the EC proposal*». However, according to Katsarova: «*Feedback from stakeholders is mixed. While industry interest groups hailed the 'game-changing proposals' bringing innovation in plant breeding, the organic food and farming movement criticised the Commission's plan to take NGTs out of the existing legal framework, as it could leave organic food systems unprotected.*» Ivana Katsarova, «Plants Produced by New Genomic Techniques[.] PE 754.549 – October 2023», *BRIEFING[.] IEU Legislation in Progress* (Strasbourg, 2023), 1, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754549/EPRS_BRI\(2023\)754549_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754549/EPRS_BRI(2023)754549_EN.pdf).

⁶ While this paper was in the process of completion, a «*draft report*» from the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety of the European Parliament was published (see European Parliament's Committee on the Environment Public Health and Food Safety, «DRAFT REPORT on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 (COM(2023)0411 – C9-0238/2023 – (2023)0226(COD)»). Although some references to that document are included in this paper (relevant insofar as they relate to aspects discussed in it), that document is not analyzed in more detail here. Within the legislative process, other documents, of greater or lesser relevance in the context of this paper, have been published since then. This paper focuses on the Proposal adopted by the Commission, not on the legislative process nor on the above-mentioned documents.

⁷ Stokstad, «European Commission Proposes Loosening Rules for Gene-Edited Plants»; Henriksson, «The Swedish Presidency – A Time of Anticipation Pending the New Regulatory Texts From COM» See also Vanderschuren et al., «A New Chance for Genome Editing in Europe», 1378. Also Tomasz Zimny, «New Genomic Techniques and Their European Union Reform. Potential Policy Changes and Their Implications», *Frontiers in Bioengineering and Biotechnology* 10 (September 30, 2022): 2, <https://doi.org/10.3389/FBIOE.2022.1019081/BIBTEX>; Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», 1350; Ying Wang et al., «Regulatory Policies of Genome Editing Products around the World», *Journal of Biomedical*

case C-528/16⁸. Indeed, as the European Commission reminds in its very regulatory proposal:

«(5) *In its judgment in case C-528/16 Confédération paysanne and Others*¹² the Court of Justice of the European Union held that GMOs obtained by means of new techniques/methods of mutagenesis that had appeared or had been mostly developed since Directive 2001/18/EC was adopted could not be considered excluded from the scope of that Directive.

[...]

(8) *It is therefore necessary to adopt a specific legal framework for GMOs obtained by targeted mutagenesis and cisgenesis and related products when deliberately released into the environment or placed on the market.*»

The Proposal expands the current EU regulatory framework on GMOs by adding two new legal «*categories*» of genetically modified plants⁹: «*category 1 NGT plants*» and «*category 2 NGT plants*»¹⁰. It defines a «*NGT plant*» as «*a genetically modified plant obtained by targeted mutagenesis or cisgenesis, or a combination thereof, on the condition that it does not contain any genetic material originating from outside the breeders' gene pool that temporarily may have been inserted during the development of the NGT plant*»¹¹. In turn, a «*category 1 NGT plant*» is described as «*a NGT*

Research & Environmental Sciences 4, no. 10 (2023): 1449, <https://doi.org/10.37871/jbres1817>.

⁸ Judgement of the Court of Justice of the EU (CJEU) of 25 July 2018, *Confédération paysanne and Others*, C-528/16, EU:C:2018:583. On the judgment and its implications, see, e.g., Kai P Purnhagen et al., «EU Court Casts New Plant Breeding Techniques into Regulatory Limbo», *Nature Biotechnology* 36, no. 9 (September 6, 2018): 799-800, <https://doi.org/10.1038/nbt.4251>; Juan Antonio Vives-Vallés and Cécile Collonnier, «The Judgment of the CJEU of 25 July 2018 on Mutagenesis: Interpretation and Interim Legislative Proposal», *Frontiers in Plant Science* 10 (March 3, 2020): 1813, <https://doi.org/10.3389/fpls.2019.01813>.

⁹ «(13) *This Regulation should distinguish between two categories of NGT plants.*» European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final).

¹⁰ See, particularly, recitals (14) and (15) as well as Article 3(7) and (8) of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final).

¹¹ Article 3(2) of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final). The Committee on the Environment, Public Health and Food Safety of the European Parliament proposed to eliminate «*genetically modified*» from that definition, under the «*[j]ustification*» that «*[t]he wording "genetically modified" would indicate that the process of using NGT techniques would change the DNA of an organism by introducing elements of DNA from a different organism. It should therefore be deleted.*» European Parliament's Committee on the Environment Public Health and Food Safety, «DRAFT REPORT on the Proposal for a Regulation of the European

plant that [...] fulfils the criteria of equivalence to conventional plants, set out in Annex I»¹², systematized according to their quantitative or qualitative nature in Table 1¹³. While a «category 2 NGT plant’ means a NGT plant

Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 (COM(2023)0411 – C9-0238/2023 – (2023)0226(COD)), 11 («Amendment 10»). However, it also proposed to change the wording «1. The rules which apply to GMOs in Union legislation shall not apply to category 1 NGT plants» to «1. The rules which apply to GMOs in Union legislation shall not apply to category 1 NGT plants» (European Parliament’s Committee on the Environment Public Health and Food Safety, 13-14 («Amendment 15»)), thus falling into a clear contradiction. According to Katsarova: «The text proposed by the presidency features a new definition of NGT plants excluding the term ‘genetically modified’. Instead, an NGT plant is defined as ‘obtained by targeted mutagenesis or cisgenesis, or a combination thereof, on the condition that it does not contain any genetic material originating from outside the breeders’ gene pool that temporarily may have been inserted during the development of the NGT plant’.» Katsarova, «Plants Produced by New Genomic Techniques[.] PE 754.549 – October 2023», 10.

¹² Article 3(7)(a) of the European Commission’s Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final).

¹³ Rognli on behalf of EPSO raises the following questions:

- «1. Is the maximum number of modifications per haploid/monoploid genome?
2. Do the 20 modifications refer to intended modifications, or do they also include possible off-targets?
3. In the case of the latter, what type of documentation is needed? Where will the burden of evidence lie, i.e. how can you know if any given mutation is off-target or spontaneous?
 - a. What do you mean by similarity, i.e. do you have a threshold in mind? Does this mean all applications must be accompanied by an assembled genome sequence?
 - b. What would, in that case, be the comparator?
4. Is it possible to cross two verified NGT1 plants and retain the NGT1 status even if the number of modifications exceeds 20?
5. In relation to cisgenesis, what do you mean by “targeted”?
 - a. Do you limit targeted to allele replacement, or could it also include a safe “landing pad”?
 - b. How about Agro-mediated insertions that meet the criteria of a safe landing pad? [...]».

Odd Arne Rognli, «Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625», in *4th PlantEd Conference – Faculty of Pharmacy, University of Porto, Portugal, 18-20 Sept 2023* (2023), 3-4. See also EPSO, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 [5 November 2023]», 2. Similarly, although with a more critical view on the matter, see Testbiotech, «New Genetic Engineering: EU Com-

other than a category 1 NGT plant»¹⁴, which is neither considered to be a traditional GMO.

Most importantly, the Proposal excludes «NGT Plants» and «products» from the current EU legal regime on GMOs, either completely (in the case of «category 1 NGT plants»¹⁵) or only partially (in the case of «category 2 NGT plants»¹⁶). Thus, contrary to category 2 NGT plants and products, category 1 NGT plants will be exempted from «risk assessment» and «authorization»¹⁷, and products thereof will also be exempted from a mandatory

mission Proposal for New Regulation Endangers Nature, the Environment and Our Future Livelihoods» (Munich, 2023), 8, https://www.testbiotech.org/sites/default/files/Testbiotech_Background_NGT_Regulation_final_0.pdf. According to Vanderschuren et al.: «It is also unclear whether this refers to separate instances of genome modification –for example, 20 single-base-pair changes– or whether changes of up to 20 consecutive nucleotides are included.» Vanderschuren et al., «A New Chance for Genome Editing in Europe», 1379. The Committee on the Environment, Public Health and Food Safety of the European Parliament proposed changes to «Annex I» of the Proposal. See, respectively, European Parliament's Committee on the Environment Public Health and Food Safety, «DRAFT REPORT on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 (COM(2023)0411 – C9-0238/2023 – (2023)0226(COD))», 18-19 (Amendments 22 and 23). The *Association Française des Biotechnologies Végétales* and the *Wissenschaftlerkreis Grüne Gentechnik e.V.* in a joint statement, COPA-COGECA, Petra Jorasch from Euroseeds, EPSO, and others also insist on the matter. See AFBV and WGG, «Detailed Comments on the Commission's Proposal for NGT Plants», 1-5; COPA-COGECA, «Position Paper on the Commission's proposal on plants obtained by certain new genomic techniques (NGTs) and their food and feed, and amending Regulation (EU) 2017/625[.] 16th October 2023», 4; Jorasch, «Resurrection of Plant Breeding Innovation in the EU?»; EPSO, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of He Council on Plants Obtained by Certain New Genomig Techniques Ad Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 [5 Novemeber 2023]», 1-2; Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», 1350, 1351. Others have noted the lack of sense of some of the criteria set out in Annex I. See especially Testbiotech, «New Genetic Engineering: EU Commission Proposal for New Regulation Endangers Nature, the Environment and Our Future Livelihoods», 4, 5, 6 and footnote 21.

¹⁴ Article 3(8) of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final).

¹⁵ Article 5(1) of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final).

¹⁶ Article 12 of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final).

¹⁷ Eric Meunier, «The European Commission Wants to Put an End to GMOs» (2023), <https://www.infogm.org/7834-european-commission-wants-to-put-an-end-to-gmos?lang=fr>. As stated in recital (20) of the European Commission's Proposal on NGTs

«labelling»¹⁸. The Proposal also creates an *incentivized* (and, in the case of SMEs, financially supported) pathway «for category 2 NGT plants [...] containing traits relevant for sustainability»¹⁹.

(COM(2023) 411 final): «The verification of category 1 NGT plant status is of technical nature and does not involve any risk assessment or risk management considerations and the decision on the status is only declaratory. [...]». See also Stokstad, «European Commission Proposes Loosening Rules for Gene-Edited Plants»; Jorasch, «Resurrection of Plant Breeding Innovation in the EU?»; Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», 1351; Wang et al., «Regulatory Policies of Genome Editing Products around the World», 1449. Also Katsarova, «Plants Produced by New Genomic Techniques[.] PE 754.549 – October 2023», 8-9, and, especially, 10, in which Katsarova reports that: «The verification procedure allowing an NGT plant to be granted Category 1 status has also been modified. Any EU country and the Commission would have the possibility to file reasoned objections instead of simply making comments to the verification report.» Katsarova, 10.

¹⁸ Noted also by Meunier, «The European Commission Wants to Put an End to GMOs». While the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final) has a provision especially devoted to the «[l]abelling of authorised category 2 NGT products» (Article 23), there is no equivalent provision for category 1 NGT products. However, as noted also by Meunier «seed labelling for farmers is planned». Meunier. Indeed, such mandatory labelling for «category 1 NGT plant reproductive material, including breeding material» is covered by Article 10, and mentioned in recitals (21) and (24) of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final). However, the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety of the European Parliament proposed to eliminate such an obligation, under the following «[j]ustification»: «Seed bag labelling for verified conventional-like NGT plants is discriminatory. Conventional-like NGT plants should be treated conventionally, this extra requirement is creating unjustified distinctions and administrative burden. Transparency and consumer choice can be fully ensured by making information about the use of NGTs publicly available (public databases). The additional seed bag labelling provisions create a third category of plant products between conventional and GMOs. This is not in line with the approaches taken in other countries and will create trade issues.» European Parliament's Committee on the Environment Public Health and Food Safety, «DRAFT REPORT on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 (COM(2023)0411 – C9-0238/2023 – (2023)0226(COD))», 6 («Amendment 5»). See also «Amendment 21» in European Parliament's Committee on the Environment Public Health and Food Safety, 17. While breeders appear to be aligned with such a position (see, e.g., Jorasch, «Resurrection of Plant Breeding Innovation in the EU?»), according to Dima et al.: «[...] seed bags will need to be labeled appropriately to enable freedom of choice by farmers.» Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», 1351.

¹⁹ Article 22 of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final). See also Katsarova, «Plants Produced by New Genomic Techniques[.] PE 754.549 – October 2023», 9.

Table 1. «Criteria of equivalence of NGT plants to conventional plants» from Annex I of the NGT Proposal, classified by its quantitative or qualitative nature

Legal provision from the NGT Proposal (Annex I)	«[T]ype» of «genetic modifications»	Quantitative criteria		Qualitative criteria		
		≤ «20 genetic modifications» (applicable to a specific «type» or combinations thereof ²⁰)	≤ «20 nucleotides» ²¹	«[G]enetic modification does not interrupt an endogenous gene»	«[B]reeder's gene pool»	Qualitatively limited (only) by the very «type» of the «genetic modifications»
Point (1)	«substitution or insertion»	√	√			
Point (2)	«deletion of any number of nucleotides»	√				√
Point (3), letter (a)	«targeted insertion of a contiguous DNA sequence»	√		√	√	
Point (3), letter (b)	«targeted substitution of an endogenous DNA sequence with a contiguous DNA sequence»	√		√	√	
Point (4)	«targeted inversion of a sequence of any number of nucleotides»	√				√
Point (5)	«any other targeted modification of any size»	√			√	

Source: Own elaboration.

²⁰ Aligned with Meunier's analysis of this specific matter, in Meunier, «The European Commission Wants to Put an End to GMOs». However, Meunier seems to hold a much more negative view of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final) than the authors of this paper.

²¹ As stated by Vanderschuren et al.: «The threshold of 20 nucleotides that can be replaced or added appears seemingly arbitrary as it is apparently based [...]». Vanderschuren et al., «A New Chance for Genome Editing in Europe», 1378. According to ARRIGE: «The limits of the maximum number of genetic modifications (20) or the number of nucleotide changes/introduced in each modification (also 20) can be criticised as they are completely arbitrary and lack scientific support. Also the difference tolerance between insertions and deletions does not seem to be scientifically justified.» ARRIGE, «Statement about EC Proposal on New Genomic Techniques Regulation in Plants[.] July 2023», 3. In the same vein, see Testbiotech, «New Genetic Engineering: EU Commission Proposal for New Regulation Endangers Nature, the Environment and Our Future Livelihoods», 4, 5; Vanderschuren et al., «A New Chance for Genome Editing in Europe», 1378; newgmo.org, «Open Letter: Serious Concerns about the EU Commission Proposal on New Genomic Techniques» (2023), <https://newgmo.org/2023/11/19/open-letter-serious-concerns-about-the-eu-commission-proposal-on-new-genomic-techniques/>; Christophe Noisette, «GMOs/NGTs: Consumers Want a Choice», *infOGM*, (2023), <https://www.infogm.org/7899-une-large-gamme-d-acteurs-opposes-a-la-dereglementation-des-ogm?lang=fr>. See also Nature Plants, «EU Rethinks Genome Editing», 1169.

As, an «*‘NGT plant’ means a genetically modified plant obtained by targeted mutagenesis or cisgenesis, or a combination thereof, on the condition that it does not contain any genetic material originating from outside the breeders’ gene pool [...]*»²², *transgenesis* is excluded. However, as noted by Meunier²³, the new legal scheme could potentially open the door to *transgenesis*. If «*the ‘breeders’ gene pool’*»²⁴ constraint was to be interpreted *dynamically*²⁵, that could end being the case²⁶. Such an interpretation might in turn

²² Article 3(2) of the European Commission’s Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final).

²³ Meunier, «The European Commission Wants to Put an End to GMOs».

²⁴ According to Article 3 («Definitions»): «(6) ‘breeders’ gene pool’ means the total genetic information available in one species and other taxonomic species with which it can be cross-bred, including by using advanced techniques such as embryo rescue, induced polyploidy and bridge crosses;» (emphasis added). Both the reference to «*advanced*» and «*such as*» are particularly suggestive. The former is indicative of the legislator’s inclination towards an expansive, perhaps even dynamic, interpretation; the latter reinforces the former, by making it clear that the examples given next by the provision are merely just that, examples, and can be extended, probably even with new «*advanced techniques*». Recital (2) goes even further by making clear that such a notion must be understood as entailing «the total genetic information that is available for conventional breeding including from distantly related plant species that can be crossed by advanced breeding techniques. [...]» (emphasis added).

²⁵ I.e., «*in light of their present societal, political, and legal context*». William N. Eskridge, «Dynamic Statutory Interpretation» *University of Pennsylvania Law Review* 135 (1987): 1479, http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3967&context=penn_law_review.

²⁶ Noted by Meunier: «[W]ith the semantics used in this list, it is difficult to see which genetically modified plants would continue to be defined as GMOs. Once a breeder has a transgenic plant in his gene pool, it would be possible for him to claim that transferring this transgene from maize to soybeans is a “targeted modification of any size, on the condition that the resulting DNA sequences already occur (possibly with modifications as accepted under points (1) and/or (2)) in a species from the breeders’ gene pool”. [...] Finally, the only case in which a transgenic plant could be defined as a GMO would be if the inserted transgene did not come from the breeder’s gene pool. But any subsequent insertion in another species would make it a category 1 “NGT”, and therefore excluded.» Meunier, «The European Commission Wants to Put an End to GMOs». Meunier’s interpretation is not the only possible one, nor does it seem to take into account recital (9) of the European Commission’s Proposal on NGTs, but it is within the realm of possibility. In fact, organizations such as EPSO (European Plant Science Organisation) seem to be advocating precisely for dynamic interpretations of the regime under the new European Commission’s Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final): «EPSO notes that standards for evaluating the equivalence between NGTs and conventional crops may need to be clarified on the basis of scientific evidence. Alan Schulman, of the Natural Resource Institute Finland, observes that “genomes are highly dynamic, so sequence-based equivalence needs careful definition.”» (Underlined added). EPSO, «EPSO First Reaction to the European Commission’s Legal Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed», 2. All the above also shows the fierce contest between

be prevented by considering recital (9)²⁷ of the Proposal on NGTs. Thus, while Article 3(6) and recital (2) still rely on the liquid and *sui generis* «breeder's gene pool» concept, recital (9), as the very title of the European Commission's Proposal on NGTs²⁸, reminds that the proposed regulation «only cover plants obtained by certain NGTs», and, more importantly, that «GMOs produced by other new genomic techniques that introduce into an organism genetic material from non-crossable species (transgenesis) should remain subject only to the Union GMO legislation». This way, by resorting to recital (9), Meunier's fears of an expansive interpretation of «the breeders' gene pool» are appeased, and the problem then boils down to demarcating what is meant by «transgenesis» in the context of the proposed regulation, which, given the intricate architecture of the proposal itself and its (intra-systemic) conceptual complexity²⁹, might be not as obvious as it seems. Such reliance on the recitals was in fact the path taken by the CJEU in case C-528/16, with recital (17) of Directive 2001/18/EC³⁰ instead. However,

the two factions against and in favour of GMOs and plant biotechnology in the EU, which has now intensified with the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final).

²⁷ Recital (9) of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final): «[...] this Regulation should only cover plants obtained by certain NGTs: targeted mutagenesis and cisgenesis (including intragenesis) (hereinafter 'NGT plants'), but not by other new genomic techniques. [...] GMOs produced by other new genomic techniques that introduce into an organism genetic material from non-crossable species (transgenesis) should remain subject only to the Union GMO legislation[...]» (emphasis added). It must be noted that while the authors of this paper are not opposed to transgenesis, the very European Commission's Proposal on NGTs is, as shown, e.g., by recital (9). It is therefore a matter of consistency that either the interpretation of the NGT concept and categories, and the empowerment of the EC of Article 5(3) be clarified in the direction of recital (9), or the very regime under Directive 2001/18/EC be reformed to provide more leeway to transgenesis. In fact, in the view of the authors of this paper, both tasks (the clarification of the EC Proposal on NGTs, and a deep reform of Directive 2001/18/EC providing more leeway to transgenesis) should be pursued. Moreover, it would have been preferable to solely opt for deeply reforming the entire Directive 2001/18/EC regime in both respects (i.e., aiming a wise deregulation of both, NGTs and transgenesis) instead of adding new legislation and bureaucracy.

²⁸ «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on plants obtained by certain new genomic techniques and their food and feed, and amending Regulation (EU) 2017/625» (emphasis added).

²⁹ Complexity acknowledged by Dima et al., and also by Zimny (in this last case even well before the very proposal was born). See Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», 1352; Zimny, «New Genomic Techniques and Their European Union Reform. Potential Policy Changes and Their Implications», 6; footnotes 37, 38 and text to footnotes 37, 38.

³⁰ E.g., Purnhagen et al., «EU Court Casts New Plant Breeding Techniques into Regulatory Limbo», 799; Vives-Vallés and Collonnier, «The Judgment of the CJEU of 25 July 2018 on Mutagenesis: Interpretation and Interim Legislative Proposal», 2-3.

under the new Proposal on NGTs the European Commission also decided to vest itself with the authority to «*amending the criteria of equivalence of NGT plants to conventional plants laid down in Annex I in order to adapt them to scientific and technological progress as regards the types and extent of modifications which can occur naturally or through conventional breeding*»³¹. Thus, if the European Commission were to exercise such prerogative, the practical consequence could well be that *genetic modifications* currently leading to GMOs (according to Directive 2001/18/EC) or to *category 2 NGT plants* (according to the Proposal on NGTs) might later result in *category 1 NGT plants*, so equating them to conventional ones³². Whether or not the Commission decides to go down this road, Article 5(3) may also imply that the European legislator actually advocates for dynamic interpretations, so reinforcing the possibility of interpreting «*the breeders' gene pool*» in that manner. Perhaps more importantly, this legal provision suggests that in arguably the most science-driven EU regulatory proposal on plant biotechnology ever³³, there seems to be a widespread readiness, or at least tolerance, for scientific terms being twisted, even perverted³⁴, in the interest of new biotechnology.

³¹ Article 5(3) of the European Commission's Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final).

³² Noted also by Meunier: «*Above all, by means of what are known as delegated acts, the Commission is asking to be given the power to modify alone annex 1 listing the types of genetic modification leading to the legal status "NGT 1". This blank check for the future is seen as a small but necessary measure to avoid hampering industrial competitiveness, should the notion of "conventional techniques" become broader than it is today.*» Meunier, «The European Commission Wants to Put an End to GMOs». However, it must be noted that even COPA-COGECA favours such an *empowerment*: «*Copa and Cogeca support the delegation of power to the Commission to adapt the equivalence criteria to be in line with scientific and technological progress as well as extending the list of permitted modifications regarded as occurring naturally or those produced through old conventional breeding.*» COPA-COGECA, «Position Paper on the Commission's proposal on plants obtained by certain new genomic techniques (NGTs) and their food and feed, and amending Regulation (EU) 2017/625[.] 16th October 2023», 4.

³³ «*EPSO sees the move towards a proportionate, more product-based regulatory environment, with evaluation on a case-by-case basis, as an important step into the future.*» EPSO, «EPSO First Reaction to the European Commission's Legal Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed», 1. As stated by Vanderschuren et al.: «*Compared to current rules, the new law relies more on published scientific evidence, [...]*». Vanderschuren et al., «A New Chance for Genome Editing in Europe», 1378. See also Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», 1350.

³⁴ Observed also by Meunier, «The European Commission Wants to Put an End to GMOs». If the understanding of what is «*natural*» is subject «*to scientific and technological*

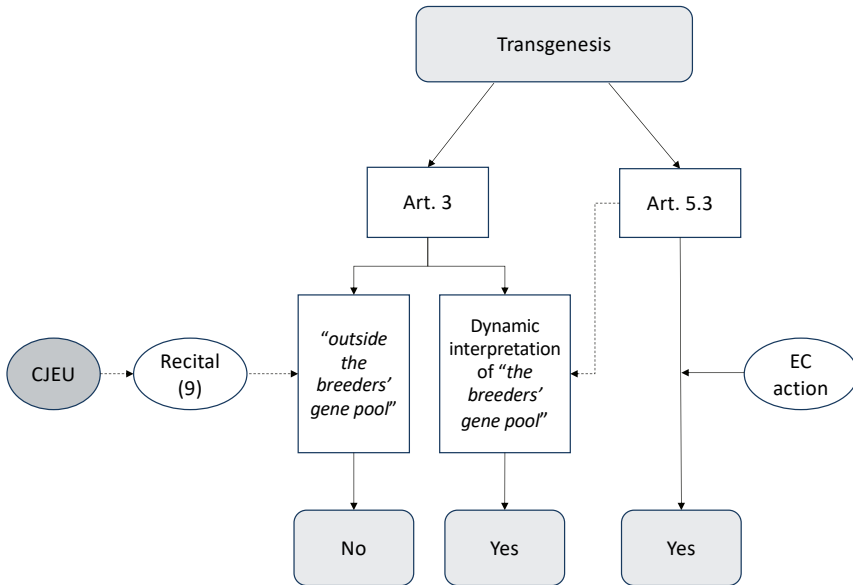
Whatever the case may be, all this ambiguity³⁵ (see Fig. 1) undoubtedly exceeds any desirable margin of flexibility, and if not corrected during the legislative procedure ahead, and as noted by the specialized literature even before the adoption of the Proposal³⁶, is likely to raise controversy and problems in practice.

progress», and, above all, to the will of the European Commission, then it does not even make sense to devote academic efforts to discussing the specifics. This is all the more ironic in view of the fact that for years the scientific community has been objecting to the use of «*natural*» when it was used as a restriction of the GMO concept under Directive 2001/18/EC (see, e.g., Alan McHughen, «Fatal Flaws in Agbiotech Regulatory Policies» *Nature Biotechnology* 25, no. 7 (July 1, 2007): 725-726, <https://doi.org/10.1038/nbt0707-725>). And while the authors of this paper are in favour of plant biotechnology and innovation, and also welcome the European Commission's regulatory proposal, they do acknowledge however that the European Commission has made it easy to criticize it (see, e.g., Meunier, «The European Commission Wants to Put an End to GMOs»; Testbiotech, «New Genetic Engineering: EU Commission Proposal for New Regulation Endangers Nature, the Environment and Our Future Livelihoods»; footnote 42 and the references cited therein).

³⁵ Even scientific organizations, scholars and EU bodies strongly advocating in favour of the Proposal recognize, somewhat and at least to a certain extent, the *ambiguity* and complexity of Annex I. Thus, AFBV and WGG stress that «[i]t is important that these criteria [i.e., the «c[riteria for classifying NGT plants as category 1 (NGT-1) – (Annex I)] be simple, precise and clear.» AFBV and WGG, «Detailed Comments on the Commission's Proposal for NGT Plants», 1. See also AFBV and WGG, 1-5; Roglni, «Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625», 3-4; EPSO, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of He Council on Plants Obtained by Certain New Genomig Techniques Ad Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 [5 Novemeber 2023]», 2; Vanderschuren et al., «A New Chance for Genome Editing in Europe», 1379; European Parliament's Committee on the Environment Public Health and Food Safety, «DRAFT REPORT on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 (COM(2023)0411 – C9-0238/2023 – (2023)0226(COD))», 18-19 (*Amendments* 22 and 23); Testbiotech, «New Genetic Engineering: EU Commission Proposal for New Regulation Endangers Nature, the Environment and Our Future Livelihoods», 8; COPA-COGECA, «Position Paper on the Commission's proposal on plants obtained by certain new genomic techniques (NGTs) and their food and feed, and amending Regulation (EU) 2017/625[.] 16th October 2023», 4; Jorasch, «Resurrection of Plant Breeding Innovation in the EU?»; EPSO, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of He Council on Plants Obtained by Certain New Genomig Techniques Ad Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 [5 Novemeber 2023]», 1-2; Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», 1351; footnote 13 and text to footnote 13.

³⁶ See Zimny, «New Genomic Techniques and Their European Union Reform. Potential Policy Changes and Their Implications», 5 and footnotes 38, 39, and text to footnotes 38, 39.

Fig. 1. Potential coverage of *transgenesis* by the European Commission’s Proposal on NGTs (COM(2023) 411 final) depending on the interpretative pathways adopted and on whether further action is taken by the European Commission. It must be reminded that the interpretative path of Art. 3 favourable to the inclusion of transgenesis is not the most reasonable one, and, in fact, it is limited by the recital (9) of the proposal itself; but it shows the potential cracks existing in the proposed legislation, the exploitation of which, by sectors opposed to the new biotechnology, might end up compromising its success, and, consequently, innovation in this field



Source: Own elaboration.

After the implementation of the Proposal on NGTs, the EU regulatory framework on GMOs will not only be more ambiguous, but also more *«complex»*³⁷ due to the new *categories of NGT plants*³⁸. The risk of confusing

³⁷ According to Dima et al.: «[...] the introduction of the two additional categories of plants creates a relatively complex regulatory situation.» Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», 1352. See also Zimny, «New Genomic Techniques and Their European Union Reform. Potential Policy Changes and Their Implications», 6, and footnote 38.

³⁸ Envisaged by Zimny as early as 2022: «Should the EU succeed in adopting a new legislation [...], the formal situation of researchers will become more complicated than

farmers and, above all, end consumers is not negligible³⁹. Consumer reaction against *NGT plants* and *products*⁴⁰, and, in general, of GM crops, could be an unintended consequence⁴¹, which could in turn hamper innovation in plant breeding and agriculture in the EU, even triggering a backlash against the regulation itself⁴². This, in a context where GMOs' consumer rejection

currently. Instead of having to consider three categories of organisms, as is currently the case [non-GMOs, regulated GMOs and GMOs exempted from legislation (Custers, 2017)] they may need to consider several additional categories—various NGT products that will legally be GMOs with an altered level of regulation.» Zimny, «New Genomic Techniques and Their European Union Reform. Potential Policy Changes and Their Implications», 6.

³⁹ According to Zimny «[t]he adoption of this policy option [i.e., «an exemption of some products from the regulation»; Zimny, 5], even for a limited group of plants, would however have some significant drawbacks. Firstly the official control over such products would be much lower than in the remaining scenarios discussed here. Transparency, particularly perceived by the general population would also suffer, with lack of official oversight and reporting or labelling duties.» Zimny, 5. A Nature Plants' Editorial goes even further, by stating that «category 1 plants pose a threat to markets that have developed around a 'GMO-free' label, as possible contamination is not sufficiently traceable to the production process» (Nature Plants, «EU Rethinks Genome Editing», 1169) and that «[a]s long as the broad public does not agree on the definition of a GMO, markets based on a GMO-free label will try to defend their grounds against any technology» (Nature Plants, 1170).

⁴⁰ As reported by infOGM —«Association loi de 1901, Inf^oGM est une veille citoyenne qui décrypte l'actualité mondiale et propose un service unique d'information francophone sur les OGM, les biotechnologies et, depuis 2013, également sur les semences»; infOGM, «Mission et Valeurs» (2013), https://www.infogm.org/spip.php?page=spipdf&spipdf=spipdf_article&id_article=5517&nom_fichier=infogm-article-5517, some European consumer associations have already spoken out against the proposal. See: Eric Meunier and Hervé Le Meur, «Une Large Gamme d'acteurs Opposés à La Dérèglementation Des» *infOGM* (2023), <https://www.infogm.org/7899-une-large-gamme-d-acteurs-opposes-a-la-dereglementation-des-ogm?lang=fr>; Noisette, «GMOs/NGTs: Consumers Want a Choice».

⁴¹ According to Zimny: «This [such a «policy option»; Zimny, «New Genomic Techniques and Their European Union Reform. Potential Policy Changes and Their Implications», 5 and footnote 39] might lower the trust in the biosafety system as such.» Zimny, 5. In fact, as noted by Vanderschuren et al.: «During preliminary discussions at the European Council^[...], some member states have asked for the ability to ban the cultivation of specific NGT plants in their territories.» Vanderschuren et al., «A New Chance for Genome Editing in Europe», 1379.

⁴² For some critical voices, see the already cited: Meunier and Le Meur, «Une Large Gamme d'acteurs Opposés à La Dérèglementation Des»; newgmo.org, «Open Letter: Serious Concerns about the EU Commission Proposal on New Genomic Techniques»; Noisette, «GMOs/NGTs: Consumers Want a Choice»; Testbiotech, «New Genetic Engineering: EU Commission Proposal for New Regulation Endangers Nature, the Environment and Our Future Livelihoods». Also, IFOAM-Organics Europe, «NGT Proposal a

appears to be declining in the EU⁴³, would be particularly unfortunate. Furthermore, even passing and succeeding also at the implementation level, the Proposal might⁴⁴ block or significantly defer a needed⁴⁵ deep reform of the EU legal regime on GMOs.

III. THE EUROPEAN COMMISSION'S PRM PROPOSAL

In addition to the regulatory regime outlined above, new *NGT plant* varieties will have to comply with further regulatory requirements under the new European Commission's «*PRM proposals*»⁴⁶ (COM(2023) 414 final)⁴⁷. This

Step Backward for Biosafety, Freedom of Choice» 2023, <https://www.organicseurope.bio/news/ngt-proposal-a-step-backward-for-biosafety-freedom-of-choice-and-consumers-information/>.

⁴³ Cf. European Commission, «Special Eurobarometer 334» (Brussels, 2010), https://www.efsa.europa.eu/sites/default/files/corporate_publications/files/reporten.pdf; European Commission, «Special Eurobarometer Wave EB91.3» (Brussels, 2019), <https://doi.org/10.2805/661752>. Such a development is also in line with the «*increasingly positive attitudes towards NGT use [...]*» reported by EPSO, «EPSO First Reaction to the European Commission's Legal Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed», 1.

⁴⁴ A fear apparently shared also by the *Association Française des Biotechnologies Végétales* and the *Wissenschaftlerkreis Grüne Gentechnik e.V.*: «We suggest deletion of the sentence: “Moreover, there is no indication that current requirements in the Union GMO legislation for GMOs obtained by transgenesis need adaption at the present time.” *How transgenesis is regulated is not the subject of the current mandate but this topic remains heavily debated. [...] For many years, many stakeholders and EFSA have been asking for an adjustment of the studies to be carried out depending on the nature of the GM plant. Flexibility must be introduced and the systematic need for animal feeding experiments revisited. The treatment of transgenesis could be the subject of a future specific revision.*» AFBV and WGG, «Detailed Comments on the Commission's Proposal for NGT Plants», 6. Whether the Proposal on NGTs will end working as a catalyst for the loosening of GMO rules in the EU or rather as a brake remains to be seen; but, certainly, the rhetoric used in recital (9) of the Proposal is not an encouraging sign.

⁴⁵ See, generally, Mehta, «EU Proposal on Gene-Edited Crops Doesn't Go Far Enough». Also Vives-Vallés and Collonnier, «The Judgment of the CJEU of 25 July 2018 on Mutagenesis: Interpretation and Interim Legislative Proposal», 13.

⁴⁶ European Commission, «Frequently Asked Questions: New Rules for Improved Plant and Forest Reproductive Material».

⁴⁷ Indeed, as observed by COPA-COGECA: «(6) *The Plant Reproductive Material and the Forest Reproductive Material pieces of legislation are closely interlinked with the NGT regulation. The proposed regulation on NGT plants alone is not sufficient to allow European farmers to obtain access to improved plant and forest reproductive materials (PRM/FRM). PRM and FRM must be tested, certified and registered according to the PRM/FRM Regulation to be placed on the EU market as plant varieties.*» COPA-COGECA, «Position Paper on the Commission's proposal on plants obtained by certain new

proposal turns current «*Value for cultivation and use ('VCU')*»⁴⁸ trials and tests into «*value for sustainable cultivation and use (VSCU)*» ones⁴⁹, which will not be restricted to *agricultural* species, but will also cover *fruits and vegetables*⁵⁰.

As acknowledged by the European Commission, such a reform «*presents considerable economic costs for operators and competent national authorities*»⁵¹. Paradoxically, as the European Commission also points out, «*[p]lant breeders and most competent national authorities recognised that the current VCU requirements for agricultural plant species already contribute to this objective, as they allow for the acceptance of varieties with characteristics such as disease resistance, nutrient efficiency, drought tolerance and increased yield[...]*»⁵². In other words, the new VSCU setting will pose a new barrier to the industry. And, since such a scheme will «*not apply to [...] PRM produced for export to third countries*»⁵³, European farmers and end consumers will pay de price.

IV. CONCLUSIONS

It can be concluded that although the Proposal on NGTs presents interesting advantages⁵⁴, its ambiguity⁵⁵ and complexity⁵⁶ make its implementation

genomic techniques (NGTs) and their food and feed, and amending Regulation (EU) 2017/625[.] 16th October 2023», 3. *See also* COPA-COGECA, 4.

⁴⁸ European Commission, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Production and Marketing of Plant Reproductive Material in the Union (COM(2023) 414 Final)», 6.

⁴⁹ European Commission, 13.

⁵⁰ European Commission, 13.

⁵¹ European Commission, 9.

⁵² European Commission, 6.

⁵³ Article 2(4)(c) of the European Commission's PRM Proposal (COM(2023) 414 final). «*Copa and Cogeca want the NBT plant regulation to pursue the following objectives: [...]*

d) It must avoid distortion within the EU and between the EU and imported products despite the impossibility of analytically detecting the production technique for most of the agricultural products obtained. The regulation must be compatible with third countries' legislation and not lead to significant product divergence, nor cause any market disruption or additional bureaucracy. Divergent legislation must not put the EU at a disadvantage.» COPA-COGECA, «Position Paper on the Commission's proposal on plants obtained by certain new genomic techniques (NGTs) and their food and feed, and amending Regulation (EU) 2017/625[.] 16th October 2023», 3. The fact is that the same could have been said of the European Commission's PRM Proposal, but COPA-COGECA in such a statement only refers to the European Commission's Proposal on NGTs.

⁵⁴ *See* footnote 5.

⁵⁵ *See* footnotes 13, 35 and all the references there acknowledged.

⁵⁶ *See* Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», 1352; Zimny, «New Genomic Techniques and Their European

challenging⁵⁷, especially in terms of consumer acceptance⁵⁸, which, contrary to the widespread enthusiasm within the scientific community, might end hampering the implementation of proposal itself, ultimately affecting innovation in plant breeding and agriculture. Chances of success would be further increased if, as suggested⁵⁹, the Proposal is simplified, especially as regards the «NGT plants» concept and «category 1 NGT plants». Efforts should be devoted to promoting consensus among the different interests in the EU, thus reducing the risks of a backlash from factions against science and biotechnology in plant breeding. The PRM Proposal may exacerbate those risks, by adding new and likely unnecessary costs. Considering the foregoing, an in-depth reform of the EU regulatory framework on GMOs would have been preferable to just patching it, even if significantly, through the Proposal on NGTs. The bright side of it is that there is still room within the legislative procedure ahead to improve the Proposal on NGTs. But what should still be promoted without fail is the drafting of a new PRM proposal, this time with a greater involvement of breeders, farmers, and specialized EU agencies and Member States' bodies, to achieve a PRM regulation with fewer inefficiencies.

V. REFERENCES

AFBV, and WGG. «AFBV and WGG Welcome EU Proposals for the Regulation of NGTs as a Step in the Right Direction». *Press Release Paris, Frankfurt/Main, July 5* (2023). <https://www.wgg-ev.de/app/download/13228264299/PRESS+RELEASE+AFBV+WGG+on+NGT+plants.pdf?t=1692000859>.

——— «Detailed Comments on the Commission's Proposal for NGT Plants» (2023). <https://www.biotechnologies-vegetales.com/wp-content/uploads/2023/10/Detailed-comments-on-Commission-proposal-for-NGT-plants-AFBV-WGG-14-October-2023.pdf>.

ARRIGE. «Statement about EC Proposal on New Genomic Techniques Regulation in Plants[.] July 2023» (2023). https://www.arrige.org/wp-content/uploads/2023/07/ARRIGE_SC_statement_NGTs.pdf.

COPA-COGECA. «Position Paper on the Commission's proposal on plants obtained by certain new genomic techniques (NGTs) and their food and feed, and amending

Union Reform. Potential Policy Changes and Their Implications», 6; footnotes 29, 37, 38 and text to footnotes 29, 37, 38.

⁵⁷ Already foreseen by Zimny, «New Genomic Techniques and Their European Union Reform. Potential Policy Changes and Their Implications». *See*, particularly, Zimny, 5-6; Dima et al., «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach», 1352; footnotes 37, 38, 39, 41 and text to those footnotes in this paper.

⁵⁸ *See* Nature Plants, «EU Rethinks Genome Editing», 1169-1170; footnote 39 and text to footnote 39.

⁵⁹ *See* AFBV and WGG, «Detailed Comments on the Commission's Proposal for NGT Plants», 1; footnotes 13, 35 and all the references therein.

- Regulation (EU) 2017/625[.] 16th October 2023» (2023). <https://copa-cogeca.eu/Flexpage/DownloadFile/?id=13462320>.
- DIMA, Oana, René CUSTERS, Lindsay DE VEIRMAN, and Dirk INZÉ. «EU Legal Proposal for Genome-Edited Crops Hints at a Science-Based Approach». *Trends in Plant Science* 28, no. 12 (2023): 1350-53. <https://doi.org/10.1016/j.tplants.2023.09.014>.
- EPSO. «EPSO First Reaction to the European Commission's Legal Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed» (2023). https://epsoweb.org/download/23-07-06_epso_1st_reaction_ec_proposal_ngts/?tmstv=1688649797.
- «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques Ad Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 [5 November 2023]». Brussels (2023). https://epsoweb.org/download/2023-11-05_epso_statement_ec_legal_proposal_ngts/?tmstv=1699260264.
- ESKRIDGE, William N. «Dynamic Statutory Interpretation». *University of Pennsylvania Law Review* 135 (1987): 1479-1555. http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3967&context=penn_law_review.
- EUROPEAN COMMISSION. «Frequently Asked Questions: New Rules for Improved Plant and Forest Reproductive Material» (2023). https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_3567.
- «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 (COM(2023) 411 Final)». Brussels: European Commission (2023). https://food.ec.europa.eu/document/download/c03805a6-4dcc-42ce-959c-e4d609010fa3_en?filename=gmo_biotech_ngt_proposal.pdf.
- «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Production and Marketing of Plant Reproductive Material in the Union (COM(2023) 414 Final)». Brussels: European Commission (2023). https://food.ec.europa.eu/document/download/0f4f74a3-9cce-44dd-93e2-3a2dc8372555_en?filename=prm_leg_future_reg_prm.pdf.
- «Special Eurobarometer 334». Brussels (2010). https://www.efsa.europa.eu/sites/default/files/corporate_publications/files/reporten.pdf.
- «Special Eurobarometer Wave EB91.3». Brussels (2019). <https://doi.org/10.2805/661752>.
- EUROPEAN PARLIAMENT'S COMMITTEE ON THE ENVIRONMENT PUBLIC HEALTH AND FOOD SAFETY. «DRAFT REPORT on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625 (COM(2023)0411 – C9-0238/2023 – (2023)0226(COD))» (2023). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/ENVI-PR-754658_EN.pdf.
- HENRIKSSON, Per. «The Swedish Presidency – A Time of Anticipation Pending the New Regulatory Texts From COM». *EuropeanSeed* May 31 (2023). <https://european-seed.com/2023/05/the-swedish-presidency-a-time-of-anticipation-pending-the-new-regulatory-texts-from-com/>.

- IFOAM-ORGANICS EUROPE. «NGT Proposal a Step Backward for Biosafety, Freedom of Choice» (2023). <https://www.organicseurope.bio/news/ngt-proposal-a-step-backward-for-biosafety-freedom-of-choice-and-consumers-information/>.
- INFOGM. «Mission et Valeurs» (2013). https://www.infogm.org/spip.php?page=spipdf&spipdf=spipdf_article&id_article=5517&nom_fichier=infogm-article-5517.
- JORASCH, Petra. «Resurrection of Plant Breeding Innovation in the EU?» *European-seed*, October (2023). <https://european-seed.com/2023/10/resurrection-of-plant-breeding-innovation-in-the-eu/>.
- KATSAROVA, Ivana. «Plants Produced by New Genomic Techniques[.] PE 754.549 – October 2023». *BRIEFING[.] IEU Legislation in Progress*. Strasbourg (2023). [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754549/EPRS_BRI\(2023\)754549_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754549/EPRS_BRI(2023)754549_EN.pdf).
- KLAUS-DIETE, Jany, and Dietz KARL-JOSEF. «Open Letter to the Federal Minister of Food and Agriculture, Cem Özdemir the Federal Minister for the Environment, Nature Conservation, Nuclear Safety and Consumer Protection, Steffi Lemke and the Federal Minister of Education and Research, Bettina Stark-Watzinger» (2023). https://www.wgg-ev.de/app/download/13269967099/OpenLetter_BMEL_BMVU_BMBF01.pdf?t=1701014651.
- McHUGHEN, Alan. «Fatal Flaws in Agbiotech Regulatory Policies». *Nature Biotechnology* 25, no. 7 (July 1, 2007): 725-27. <https://doi.org/10.1038/nbt0707-725>.
- MEHTA, Devang. «EU Proposal on Gene-Edited Crops Doesn't Go Far Enough». *Nature* 619 (2023): 437. <https://doi.org/10.1038/d41586-023-02328-8>.
- MEUNIER, Eric. «The European Commission Wants to Put an End to GMOs» (2023). <https://www.infogm.org/7834-european-commission-wants-to-put-an-end-to-gmos?lang=fr>.
- MEUNIER, Eric, and Hervé LE MEUR. «Une Large Gamme d'acteurs Opposés à La Déréglementation Des». *infOGM* (2023). <https://www.infogm.org/7899-une-large-gamme-d-acteurs-opposes-a-la-dereglementation-des-ogm?lang=fr>.
- NATURE PLANTS. «EU Rethinks Genome Editing». *Nature Plants* 9, no. 8 (2023): 1169-70. <https://doi.org/10.1038/s41477-023-01505-x>.
- NEWGMO.ORG. «Open Letter: Serious Concerns about the EU Commission Proposal on New Genomic Techniques» (2023). <https://newgmo.org/2023/11/19/open-letter-serious-concerns-about-the-eu-commission-proposal-on-new-genomic-techniques/>.
- NOISETTE, Christophe. «GMOs/NGTs: Consumers Want a Choice». *infOGM* (2023). <https://www.infogm.org/7899-une-large-gamme-d-acteurs-opposes-a-la-dereglementation-des-ogm?lang=fr>.
- PURNHAGEN, Kai P, Esther KOK, Gijs KLETER, Hanna SCHEBESTA, Richard G F VISSER, and Justus WESSELER. «EU Court Casts New Plant Breeding Techniques into Regulatory Limbo». *Nature Biotechnology* 36, no. 9 (September 6, 2018): 799-800. <https://doi.org/10.1038/nbt.4251>.
- ROGNLI, Odd Arne. «Regulation of the European Parliament and of the Council on Plants Obtained by Certain New Genomic Techniques and Their Food and Feed, and Amending Regulation (EU) 2017/625». In *4th PlantEd Conference – Faculty of Pharmacy, University of Porto, Portugal, 18-20 Sept 2023*, 4 (2023).

- STOKSTAD, Erik. «European Commission Proposes Loosening Rules for Gene-Edited Plants». *Science* (2023). <https://www.science.org/content/article/european-commission-proposes-loosening-rules-gene-edited-plants>.
- TESTBIOTECH. «New Genetic Engineering: EU Commission Proposal for New Regulation Endangers Nature, the Environment and Our Future Livelihoods». Munich (2023). https://www.testbiotech.org/sites/default/files/Testbiotech_Background_NGT_Regulation_final_0.pdf.
- VANDERSCHUREN, Hervé, Patience CHATUKUTA, Detlef WEIGEL, and Devang MEHTA. «A New Chance for Genome Editing in Europe». *Nature Biotechnology* 41 (October 14, 2023): 1378-80. <https://doi.org/10.1038/s41587-023-01969-4>.
- VIVES-VALLÉS, Juan Antonio, and Cécile COLLONNIER. «The Judgment of the CJEU of 25 July 2018 on Mutagenesis: Interpretation and Interim Legislative Proposal». *Frontiers in Plant Science* 10 (March 3, 2020): 1813. <https://doi.org/10.3389/fpls.2019.01813>.
- WANG, Ying, Yong MU, Lihua YAN, Bo TANG, and Fukun JIANG. «Regulatory Policies of Genome Editing Products around the World». *Journal of Biomedical Research & Environmental Sciences* 4, no. 10 (2023): 1447-54. <https://doi.org/10.37871/jbres1817>.
- WGG, and VBIO. «Neue Genomische Techniken (NGT): VBIO Und WGG Begrüßen Evidenzbasierten Regulierungsentwurf Der EU-Kommission» (2023). https://www.wgg-ev.de/app/download/13228222199/PM_VBIO_WGG_Entwurf+NGT-Pflanzen.pdf?t=1688581412.
- ZIMNY, Tomasz. «New Genomic Techniques and Their European Union Reform. Potential Policy Changes and Their Implications». *Frontiers in Bioengineering and Biotechnology* 10 (September 30, 2022): 1810. <https://doi.org/10.3389/FBIOE.2022.1019081/BIBTEX>.

Jurisprudencia

LIBERTAD PERSONAL E INTIMIDAD DE LA MUJER
EMBARAZADA FRENTE A RESOLUCIÓN JUDICIAL
DE INGRESO HOSPITALARIO OBLIGATORIO
(STC 66/2022, DE 2 DE JUNIO)

*Personal freedom and privacy of the pregnant woman
against a judicial decision of compulsory hospital admission
(STC 66/2022, of June 2)*

Antonio Ibáñez Macías

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional

Universidad de Cádiz, España

<https://orcid.org/0000-0002-1152-4630>

<https://doi.org/10.18543/ed.3113>

Fecha de recepción: 23.01.2024

Fecha de aceptación: 08.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

En este trabajo, se realiza un comentario crítico de la STC 66/2022, de 2 de junio. Un juez decreta el ingreso hospitalario obligatorio de una mujer embarazada para que se proceda, en su caso, a la inducción al parto. La mayoría del Tribunal Constitucional considera que la resolución judicial no ha vulnerado la libertad personal ni los derechos a la intimidad y a la integridad física y moral de la mujer embarazada. Sin embargo, entendemos que sí se han vulnerado tales derechos, pues la resolución judicial se dictó sin previa habilitación legal, sin audiencia de la persona afectada y sin la realización de un adecuado test de proporcionalidad. Tanto la resolución judicial como la Sentencia del Tribunal Constitucional, que la convalida, carecen de racionalidad jurídica y de razonabilidad.

Palabras clave

Libertad personal; intimidad; principio de legalidad; audiencia previa; ingreso hospitalario obligatorio.

Abstract

In this paper, a critical commentary is made on STC 66/2022, of 2 June. A judge decrees the compulsory admission of a pregnant woman to hospital for induction of labour, if necessary. The majority of the Constitutional Court considers that the judicial decision has not violated the personal freedom or the rights to privacy and to physical and moral integrity of the pregnant woman. However, we understand that these rights have been violated, as the judicial decision was issued without prior legal authorisation, without hearing the person affected and without carrying out an adequate test of proportionality. Both the judicial decision and the ruling of the Constitutional Court, which validates it, lack legal rationality and reasonableness.

Keywords

Personal freedom; privacy; principle of legality; prior hearing; compulsory hospitalization.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL CASO Y DERECHOS AFECTADOS. II. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU CONTRASTE CON LOS VOTOS PARTICULARES. 1. Una cuestión previa sobre el alcance del derecho a la intimidad en relación con las condiciones del parto. 2. La exigencia de previa habilitación legal para que el juez pueda adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales. 2.1. *Disposiciones constitucionales y convencionales*. 2.2. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2.3. *Examen del caso concreto*. 3. La necesidad de audiencia a la persona afectada por la medida judicial limitativa de derechos fundamentales. 4. La exigencia de que la resolución judicial que limita los derechos fundamentales tenga una motivación reforzada, basada en un test de proporcionalidad. III. CONCLUSIÓN: UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL NI RACIONAL NI RAZONABLE. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL CASO Y DERECHOS AFECTADOS

En este trabajo realizaremos un análisis crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022, de 2 de junio¹. Estamos ante un caso avocado en Pleno, que cuenta con cinco votos particulares: dos concurrentes (los de los magistrados Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón) y tres discrepantes (de Juan Antonio Xiol Ríos, Ramón Sáez Valcárcel e Inmaculada Montalbán Huertas). Lo que se enjuicia es la constitucionalidad del auto de un juzgado de instrucción que ordena el ingreso obligatorio de una mujer embarazada en un centro hospitalario para que se realice, en su caso, la inducción al parto. La razón de esta decisión es el riesgo para la vida del feto (por el tiempo prolongado de gestación), ante la decisión de la gestante de dar a luz en su propio domicilio, asistida por una matrona profesional.

El contenido del auto del juzgado de instrucción, en funciones de guardia, es el siguiente: [Antecedente 2, letra f) de la STC 66/2022]

[El auto, de 24 de abril de 2019] “consideró aplicable al caso el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como los arts. 29 y 158 del Código civil (CC). Asimismo, en atención al informe emitido por el subdirector de servicios

¹ Un comentario sucinto de esta Sentencia puede verse en Lomas 2022. También estudian esta Sentencia, de forma más detallada y especialmente desde el punto de vista del derecho a la intimidad: Matía Portilla 2023, y Cabezuelo Arenas 2023, donde se recoge, además, el conflicto materno-fetal en la jurisprudencia de algunos estados federados de Estados Unidos (2023, 95-99). Por su parte, Rueda Soriano 2023, estudia el principio de legalidad en la STC 66/2022 y en la STS 821/2022.

quirúrgicos y críticos del Hospital Universitario de Asturias, en el que se constataba la necesidad de ingresar a la gestante de 42+3 semanas para su inmediata inducción al parto, estimó procedente acceder a lo interesado, ‘habida cuenta de que pese a que la señora [P] ha sido informada de que el feto presentaba riesgo de hipoxia fetal (deficiencia de oxígeno en la sangre) y de muerte intrauterina a partir de la semana 42, la misma manifestó su voluntad de no acudir al hospital y dar a luz en su domicilio, lo que, sin duda, podría poner en inminente y grave peligro la vida de su hijo’. A tal fin, acordó ‘el ingreso obligado de doña [C.P.], para la práctica, de ser preciso, de un parto inducido’. Igualmente, resolvió oficiar a la Policía Local de Oviedo para que acompañara a la gestante al HUCA, ‘debiendo verificarse el traslado de la misma en vehículo medicalizado’, lo que así se llevó a efecto mediante oficio dirigido a la Policía Local de Oviedo, dando cuenta del acuerdo del ‘ingreso obligado’ de doña C.P., en el HUCA, al subdirector de servicios quirúrgicos y críticos de aquel hospital.”

El ingreso obligatorio en el hospital se efectúa ese mismo día 24 de abril, a las 17:30 horas. A las 18:30 horas, el letrado de la administración de justicia del juzgado se personó en las dependencias hospitalarias para notificar a la paciente el auto del juzgado de instrucción. Al día siguiente (el 25 de abril) los servicios medidos emiten informe, a requerimiento del juzgado, en que sugieren “mantener la medida adoptada”. No hubo inducción al parto. Posteriormente, se emite nuevo informe médico al juzgado en que se puso de manifiesto el nacimiento por cesárea de una niña a las 1:40 del día 26 de abril.

El juzgado acuerda por providencia el archivo de las diligencias el día 28 de abril. Notificada esta providencia, los demandantes presentaron un escrito (de 3 de mayo), en que solicitan personarse en las actuaciones, a lo que el juzgado accede por diligencia de 7 de mayo. Mediante otro escrito solicitaron la nulidad del auto del 24 de abril de 2019 (el de ingreso obligatorio en el hospital), y subsidiariamente, que se tuviera por interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución. El juzgado, mediante auto de 15 de mayo desestimó la nulidad del auto de 24 de abril. Frente a los autos anteriores, los demandantes interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, la cual desestimó el recurso mediante auto de 31 de julio.

Los mencionados autos son impugnados en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), interpuesto por la demandante (la mujer embarazada) y por su hija y su marido. El TC rechaza la legitimación de estos últimos en relación con los derechos alegados: la del marido por no ser afectado en los derechos constitucionales de naturaleza personal (libertad personal y derecho a la intimidad) [FJ 3. A. c)]; la de la hija, además, por tener un interés contrapuesto al de los padres (la vida y salud del *nasciturus* frente a los derechos fundamentales de la madre) [FJ 3. A. b)]. La demandante entiende vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en relación

con los derechos a la libertad personal y a la intimidad. El otro derecho fundamental alegado, el derecho a la integridad física y moral, en relación con el trato inhumano y degradante (a juicio de la recurrente) dado por el personal sanitario durante el parto en el hospital se examinará por el TC en otro recurso de amparo (el número 899-2021, resuelto posteriormente en la STC 11/2023, de 23 de febrero²). [FJ 3 B) c)].

Es criticable que el Tribunal excluyera del examen de constitucionalidad el derecho a la integridad física y moral, alegado por la recurrente. La resolución judicial limita claramente la autonomía de la paciente para determinar las condiciones del parto. Con el auto de ingreso obligatorio, la mujer embarazada no pudo determinar el lugar del parto (en el propio domicilio o en el hospital), ni el personal sanitario que debía atenderla (médicos del hospital frente a matrona profesional elegida por ella), ni tampoco las intervenciones médicas que pudieran realizar sobre su cuerpo a raíz de esta limitación previa. En efecto, el juez autorizó que, llegado el caso, se practicara a la mujer embarazada una intervención médica forzosa, la inducción al parto; aunque finalmente no llegó a efectuarse, debido a que el proceso de parto había comenzado de forma natural en el domicilio de la paciente (a juicio de ella), fue interrumpido por la ejecución de la orden de ingreso obligatorio en el hospital, y continuó naturalmente en el hospital, si bien finalmente terminó en cesárea³. Por tanto, la medida judicial implicaba, en sí misma, una limitación del derecho a la integridad física y moral⁴.

² No realizaremos un examen de la STC 11/2023, de 23 de febrero. Una de las cuestiones principales que se deduce de esta sentencia, a la luz de los votos particulares, es si el consentimiento informado prestado por la mujer embarazada a distintas intervenciones médicas tras su ingreso forzoso en el hospital fue válido, teniendo en cuenta que se había dado en una situación de privación de libertad, y en un contexto que, a juicio de votos particulares discrepantes, podía entenderse como coactivo.

³ Véanse las circunstancias del caso en los antecedentes de la STC 11/2023, de 23 de febrero.

⁴ Véase, en este sentido, Matía Portilla 2023, 266-267. Asimismo, en su VP concurrente, la magistrada María Luisa Balaguer considera que la medida de ingreso obligatorio “incide de manera terminante” en su derecho a la integridad física “por imponerle una actuación médica”. Lo mismo sostiene en VP a la Sentencia 11/2023, donde además se añade que: “No es constitucionalmente respetuoso con los derechos contemplados en los arts. 14 y 15 CE, convertir la protección del *nasciturus* en justificación de todo juicio sucesivo sobre la actuación médica, que pudo ser científicamente correcta, pero que no puede obviar el hecho de que la recurrente en amparo fue conducida por la fuerza al hospital cuando ya había comenzado en su domicilio un proceso de alumbramiento natural. Desconocemos qué habría sucedido si el parto hubiera continuado según el plan previsto por la recurrente, pero lo que sabemos es que la decisión de conducirla al hospital por orden judicial condicionó de forma clara, y desde el punto de vista psicológico y de la integridad moral de la mujer, todo el proceso sucesivo.” En el mismo sentido, la magistra-

Debemos recordar que el derecho a la integridad física y moral “protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo” (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).” [STC 19/2023, de 22 de marzo, FJ 6 C) b) (iv) y STC 94/2023, de 12 de septiembre de 2023, FJ 3 B) b) (i)]. Pero esto es, precisamente, lo que sucede en el caso que examinamos: se utiliza a la mujer embarazada, a la que ni siquiera se le da audiencia, como un medio para un fin.

Los motivos principales de inconstitucionalidad alegados por la recurrente fueron la falta de audiencia a la demandante por la jueza instructora y la falta de motivación reforzada de la resolución judicial que decretó su ingreso obligatorio en el centro hospitalario, y de otras posteriores que la confirmaban. Tampoco se contrastó el informe médico del hospital con el criterio profesional de la matrona que la estaba asistiendo⁵. Ni se ponderaron de manera mínima los derechos en juego; sino que solo se tuvo en cuenta, de forma literal, el informe médico, “pues, si bien se aludía en el citado informe a un incremento de riesgo genérico y abstracto, desde una perspectiva estadística, en función de que se trataba de una gestante con una duración de 42+2 semanas de embarazo, los riesgos descritos no fueron reales y efectivos en su caso.” [Antecedente 3, c) de la Sentencia 66/2022].

Otras cuestiones alegadas y resueltas por el TC son la falta de competencia del juez instructor para dictar la resolución [FJ 6 B) e)], y la inadecuación del procedimiento seguido (cuestiones que no examinaremos). También se alega la falta de previsión legal de la medida judicial acordada.

Por su parte, el Ministerio Fiscal propugnó la desestimación del recurso de amparo.

da Inmaculada Montalbán, en VP a la STC 11/2023 opina: “Y lo cierto es que no es posible llevar a cabo un nítido deslinde entre la actuación judicial y la actuación de las autoridades sanitarias: ambas contribuyeron a conformar, de manera conjunta, la realidad fáctica a que se vio sometida la demandante de amparo en el proceso de dar a luz a su hija, la decisión de hospitalización forzosa estuvo vigente durante todo el tiempo que estuvo hospitalizada hasta que le dieron el alta con diagnóstico de depresión postparto.” Para esta magistrada, los consentimientos realizados por la mujer embarazada a las intervenciones médicas se produjeron en un “contexto coactivo” durante el ingreso y permanencia obligatoria en hospital. En cambio, Juan Carlos Campo Moreno, en VP a la STC 11/2023 considera que el consentimiento no se emitió en un contexto coactivo.

⁵ En el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial se decía, además que: “el juzgado tampoco procedió, con carácter previo a disponer la comprobación del riesgo inminente manifestado por los facultativos del hospital mediante la intervención del médico forense, no haciéndolo después a lo largo de las más de treinta y seis horas de permanencia en el hospital.”

II. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU CONTRASTE CON LOS VOTOS PARTICULARES

1. *Una cuestión previa sobre el alcance del derecho a la intimidad en relación con las condiciones del parto*

Antes de abordar la cuestión principal (los requisitos constitucionales que debe reunir la medida adoptada por un juez, limitativa de derechos fundamentales, y su cumplimiento en el caso concreto (FJ 5 y ss)), el Tribunal Constitucional dedica el FJ 4 a exponer la doctrina general sobre los derechos fundamentales afectados y el bien jurídico protegido (la vida y la salud del *nasciturus*). El TC hace un alegato en favor de la dignidad de la persona, y en particular “de la dignidad de la mujer en un aspecto tan esencial y exclusivo para ella como es el de su decisión de ser madre y de realizar el parto en su hogar familiar, teniendo en cuenta las específicas circunstancias concurrentes en este caso.” [FJ 4.A) a)]. Así, llega a decir que: “Los derechos fundamentales invocados en la demanda son necesariamente una proyección de ese valor inherente a la condición humana que es la dignidad y, desde esta perspectiva, debemos realizar nuestro enjuiciamiento.” (*Ibidem*). Sin embargo, cuando el Alto Tribunal empieza a examinar el caso, parece olvidar esta perspectiva, como tendremos ocasión de ver. Se trata, pues, de un alegato vacío.

Respecto del derecho a la intimidad personal, el aspecto novedoso es que el Tribunal Constitucional recoge y hace suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) “sobre el deseo de las embarazadas de realizar el parto en sus domicilios familiares” [FJ 4. A) b)]. Cita en este sentido, como más relevante, la STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2016, asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*; y también las sentencias de 14 de diciembre de 2010, asunto *Ternovszky c. Hungría*; de 4 de octubre de 2018, asunto *Pojatina c. Croacia*, y de 4 de junio de 2019, asunto *Kosaitė-Čypienė y otros c. Lituania*. Esa jurisprudencia viene a decir que la elección del lugar de parto es una cuestión que está fundamentalmente vinculada a la vida privada de la mujer y está comprendida en ese concepto a los efectos del artículo 8 de la Convención [STEDH de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*, § 163]. Ahora bien, “el derecho a elegir ese modo de parto nunca es absoluto y siempre está sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones médicas.” (§183 de la STEDH, asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*).

Asimismo, en virtud del artículo 10.2 CE, Tribunal Constitucional reconocerá, como parte integrante del derecho a la intimidad personal y familiar, “el deseo de ser padres y la materialización de dicho deseo, que culmina con el parto, (...) alcanzando, igualmente, a todas las decisiones que tienen que ver con la gestación y con ese alumbramiento” [FJ 4. A).d)]

Sin embargo, la parte más importante de la Sentencia, la que examina la medida de ingreso obligatorio en el hospital adoptada por el juez, se contiene en los fundamentos jurídicos 5 y siguientes. La doctrina general del Tribunal Constitucional viene a decir que toda medida limitativa de un derecho fundamental, adoptada por un juez, debe cumplir los siguientes requisitos: a) Una previa habilitación legal; b) dar audiencia previa a la persona afectada por la limitación del derecho fundamental; y c) realizar una motivación reforzada, mediante un juicio de proporcionalidad de la medida limitativa del derecho fundamental en relación con el bien constitucional protegido (en este caso, la vida del *nasciturus*). Es el conocido test de proporcionalidad.

2. La exigencia de previa habilitación legal para que el juez pueda adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales

2.1. Disposiciones constitucionales y convencionales

La exigencia de previa habilitación legal específica para que un juez pueda adoptar medidas que limiten derechos fundamentales se deduce directamente de las disposiciones constitucionales y de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10. 2 CE)

El art. 53.1 CE dispone que: “Sólo por ley (...) podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. El precepto se refiere a los derechos y libertades del Capítulo II del Título I de la Constitución, entre los que se encuentran el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), y el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), alegados en la demanda. Pero, además, el artículo 81.1 CE exige ley orgánica para “el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas” de la Sección 1 del Capítulo II, entre los cuales se incluyen los dos citados⁶. Por su parte, el artículo 17.1 CE dispone claramente que: “Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y *en los casos y en la forma previstos en la ley*”.

Por otro lado, el art. 8.2 CEDH, respecto del derecho a la vida privada y familiar, establece que: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia *esté prevista por la ley...*”. Y respecto del derecho a la libertad y a la seguridad, el art. 5.1 CEDH preceptúa: “Nadie puede ser privado de su libertad, *salvo en los casos siguientes y con al arreglo al procedimiento establecido por la Ley*”. Entre los casos citados no se incluye el ingreso hospitalario obligatorio de una mujer embarazada para proteger la vida del feto. Pero el supuesto b) dice: “Si ha sido (...) internado, conforme a derecho (...) para asegurar una

⁶ En este sentido, véase: Matia Portilla 2023, 253.

obligación *establecida por la ley*". Sin embargo, este supuesto solo puede darse si, y solo si, está previsto en la ley.

La lectura conjunta de estas normas constitucionales y convencionales lleva a la conclusión de que es necesaria previa habilitación legal para que la autoridad pública (incluida la judicial) pueda limitar el derecho a la intimidad o el derecho a la libertad personal. Estas normas no admiten excepciones de ningún tipo⁷.

2.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La doctrina general del Alto Tribunal se puede resumir en el siguiente párrafo de la STC 217/2015, de 22 de octubre (FJ 2):

“De modo general, hemos señalado que ‘la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional’, afirmación que hemos proyectado específicamente sobre el derecho a la intimidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4), el derecho a la integridad física [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3 B), y 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2], el derecho a la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4), el derecho al secreto de las comunicaciones (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, y 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7), el derecho a la libertad de elección de residencia y circulación (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3) y, muy especialmente, sobre el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 6).” (STC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2).

En este sentido, respecto al derecho a la intimidad personal, la STC 66/2022, que comentamos, declara que: “(...) El derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en *una previsión legal* que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada (...)”. [FJ 4 A) c), donde se cita en este sentido las SSTC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14; y 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 2⁸].

Respecto del derecho a la libertad personal, la exigencia de previa habilitación legal es más exigente, si cabe. En la interpretación del artículo 17.1

⁷ Sobre la finalidad de la reserva de ley en la CE, véase: Rubio Llorente 1993, 25. Sobre la importancia de la ley para el desarrollo de los derechos y principios constitucionales, véase, entre otros: Díez-Picazo 1985, 9-23; García de Enterría 1997, 90; Aragón Reyes 1997, 192.

⁸ Se sobrentiende, a lo largo de este trabajo, que las cursivas no son del texto original.

CE, el TC ha dicho que “toda restricción a la libertad ha de ser *cierta y previsible*, pues en otro caso la Ley perdería su función de garantía del propio derecho fundamental al que afecta y sometería el ejercicio del derecho a la voluntad de quien ha de aplicar la Ley.” (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 7). También ha declarado que: “la Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o *que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva* y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad.” [STC 66/2022, FJ 4 B) a)].

Esta exigencia de previa habilitación legal es aplicable para la limitación de cualquier derecho fundamental. En la Sentencia 66/2022 la doctrina general sobre la previa habilitación legal se contiene en el FJ 5, letra a). EL TC cita expresamente la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, según la cual “por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”. Esta Sentencia se refiere al secreto de las comunicaciones (art. 18.4 CE), en relación con la intervención telefónica de unas comunicaciones en el curso de una investigación por un delito contra la salud pública.

En el FJ 5 de la STC 49/1999 se constata la vulneración del derecho fundamental por insuficiencia de la ley: “ha de subrayarse que estamos en presencia de una vulneración del art. 18.3 C.E., autónoma e independiente de cualquier otra: la insuficiencia de la ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental.” Pero a continuación, en el mismo fundamento jurídico se dice algo sorprendente, al proclamar que se puede prescindir del requisito de la legalidad si el juez ha realizado debidamente el test de proporcionalidad. El TC cita las Sentencias del TEDH de 6 de septiembre 1978, asunto *Klass y otros contra Alemania* (n.º 41); de 12 de julio de 1988, asunto *Schenk contra Suiza* (fundamento jurídico I, A); y de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela Contreras contra España* (fundamento jurídico I), para decir a continuación que:

En efecto: *si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica*, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, *no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.*

Esta conclusión es contradictoria con lo manifestado en el FJ 4 de la misma sentencia, en el sentido de que toda intervención en los derechos fundamentales requiere habilitación legal⁹.

No es posible ninguna excepción a la regla general, porque ambos requisitos, la previsión legal y la proporcionalidad de la medida, son *acumulativos*. Ambos están unidos por la conjunción “y”. En lógica consecuencia, no se puede prescindir de ninguno de ellos. Esto se desprende de la propia STC 66/2022 (F5, al inicio). Al resumir la jurisprudencia constitucional dice: “Además de obedecer a la preservación de fines o de bienes constitucionalmente legítimos, *la limitación del derecho fundamental debe estar prevista en la ley y, tanto en su formulación como en su aplicación, debe respetar el principio de proporcionalidad*”.

El carácter acumulativo de ambos requisitos se deduce también del art. 8.2 CEDH, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia. Este precepto exige, para que una autoridad pública pueda realizar una injerencia en tales derechos, que “esta injerencia esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Precisamente, las Sentencias del TEDH citadas por la STC 49/1999 para justificar su desvío de la regla general, vienen a contradecir tal conclusión, y a confirmar el carácter acumulativo de ambos requisitos. En efecto, la Sentencia de 6 de septiembre 1978 (asunto *Klass y otros contra Alemania*), constata, primero, que la medida legislativa de intervención en el

⁹ La finalidad práctica de esta desafortunada afirmación del TC parece ser, una vez constatada la insuficiencia legal de la actuación judicial, poder seguir analizándola y comprobar también su falta de proporcionalidad. Pues a continuación del párrafo arriba transcrito, el TC afirma: “Por ello, para dar respuesta a la pretensión de amparo, resulta obligado pasar al análisis de las restantes vulneraciones aducidas por los recurrentes.” En cambio, en su voto particular, el magistrado Pedro Cruz Villalón entiende que “esta vulneración la produce ya la sola deficiencia de ley, sin que sea necesario, para confirmar dicha vulneración, el examen y valoración que se hace en la Sentencia de la actuación judicial”. Como dice Matia Portilla, en comentario a la STC 49/1999: “Esta forma de proceder por parte del Tribunal Constitucional no deja de ser sorprendente por varias razones. La primera, y más relevante, porque si se afirma que la actuación judicial no estaba ordenada por una Ley de suficiente calidad, parece claro que la lesión constitucional se ha producido en todo caso, con independencia del sujeto que la haya causado. La segunda porque, en este punto se separa, al menos de forma aparente, de la doctrina Valenzuela Contreras, que, una vez establecida la insuficiencia de la ley, declara sin más vulnerado el derecho recogido en el artículo 8.1 CEDH.” (Matia Portilla 2000, 265). Sobre el caso *Valenzuela Contreras*, véase, asimismo: Rodríguez Ruiz 1999.

secreto de las comunicaciones, cumple con el requisito de la habilitación legal (párrafo 43); y después examina los demás requisitos del art. 8.2 del CEDH (párrafo 44 y ss.), llegando a la conclusión de que no se violó el artículo 8 de la Convención.

En la Sentencia de 12 de julio de 1988 (asunto *Schenk contra Suiza*), sobre el secreto de las comunicaciones telefónicas, la cuestión no se examina desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio, sino desde el derecho a un proceso justo. El TEDHs concluye que, aunque las escuchas telefónicas pudieran ser ilegales por carecer de autorización judicial, las mismas no vulneran el derecho a un proceso justo, porque el demandante tuvo la oportunidad de impugnar dichas escuchas ante los tribunales suizos (párrafo 47), y, segundo, porque la grabación telefónica no fue el único medio de prueba utilizado para justificar la condena (párrafo 48). Por último, en la Sentencia de 30 de julio de 1998 (caso *Valenzuela Contreras contra España*), sobre la autorización judicial de unas escuchas telefónicas, el TEDH constata la insuficiencia de la previsión legal al efecto (párrafo 61), por lo que: “no estima necesario entrar a examinar, en el presente caso, el respeto de los demás requisitos del apartado 2 del artículo 8.” (Párrafo 62)¹⁰.

Basándose en la STC 49/1999, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 66/2022 llega a la siguiente conclusión, a todas luces errónea: “De lo que cabe entender que la *ausencia de una concreta previsión legal no afecta a la legitimidad de la medida*, siempre que se respete el principio de proporcionalidad inherente a la necesaria ponderación de otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (en este caso, los relativos a la vida y salud del *nasciturus*)”. [FJ 5 a)].

Esta conclusión no solo va contra el carácter acumulativo de ambos requisitos (la previa habilitación legal y el principio de proporcionalidad), sino que se basa únicamente, y de forma parcial, en la jurisprudencia sobre el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. Deliberadamente, se omite cualquier referencia al segundo derecho fundamental afectado por la actuación judicial, el derecho a la libertad personal. Respecto de este derecho, la exigencia constitucional de previa habilitación legal es todavía más taxativa: “Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y *en los casos y en la forma previstos en la*

¹⁰ La Sentencia 66/2022 trae también a colación la STC 173/2011, de 7 de noviembre, especialmente un párrafo del FJ 2. Pero no hay nada en dicha Sentencia, sino antes al contrario, de la que se pueda concluir que se puede prescindir del requisito de la previa habilitación legal, si hay proporcionalidad, en la limitación de un derecho fundamental por resolución judicial.

ley”. Estamos ante una regla clara y precisa, que no puede ser contradicha por la jurisprudencia constitucional¹¹.

Por otro lado, no parece coherente que el TC pretenda prescindir, en su doctrina general, del requisito de la previa habilitación legal cuando, al examinar el caso concreto, sí lo tiene en cuenta, llegando a decir, como veremos a continuación, que existe “una razonable cobertura legal”.

2.3. Examen del caso concreto

El Tribunal Constitucional constata que la medida judicial limitativa de los derechos fundamentales no estaba prevista en la ley: “*prima facie*, este tribunal advierte que la decisión judicial de acordar el ingreso obligado en un centro hospitalario para la realización de un parto calificado de riesgo para la vida del feto, no tiene una previsión específica en la ley.” [FJ 6 B) c)]. Esta verificación hubiera sido suficiente para concluir que la medida es inconstitucional y vulnera los derechos alegados.

En efecto, el TC comprueba que los preceptos legales en los que el juzgado de instrucción apoya su decisión no regulan el caso, y son, por tanto, claramente insuficientes. Estos preceptos son los artículos 158.6 y 29 del Código Civil (en adelante, CC); y 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.

El artículo 158 CC dispone:

“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, *en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.*”

¹¹ La jurisprudencia constitucional es clara respecto a la exigencia de previsión legal específica para adoptar medidas de privación de libertad. Véase, entre otras, las SSTC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2; y 84/2018, de 16 de julio, FJ 3.

No podemos compartir la opinión de Matia Portilla 2023, 258-259, en el sentido de que, en casos como el que examinamos, en que no hay una previsión legal, se aplicarían directamente los derechos y bienes constitucionales en conflicto, de modo que “los poderes públicos o los particulares deban limitar incluso en supuestos no legalmente previstos el ejercicio de un derecho fundamental para preservar ese orden público constitucional”. Por el contrario, en supuestos como el que examinamos, hay una determinación normativa constitucional clara (como la específica reserva de ley del art. 17.1 CE) que impide al juez limitar derechos fundamentales en ausencia de previsión legal.

Respecto de este precepto el TC dirá que: “Sin embargo, no puede ser considerada una previsión legal que preste cobertura a la actuación judicial que aquí se enjuicia, en la que ni existía aún la relación paterno-filial, ya que todavía la hija no había nacido, ni, por consiguiente, había adquirido aún la condición de sujeto titular de derechos al que hubiera que apartar de un riesgo o evitarle perjuicios”. Por el contrario: “Lo que aquí se dilucida es un conflicto entre los derechos fundamentales de la madre y el bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del *nasciturus*, situación que no tiene propiamente encaje, ni en el ámbito, ni en las medidas del art. 158.6 CC, por lo que este precepto no ha sido establecido para prestar habilitación legal a la actuación aquí desarrollada por el juzgado.” [FJ 6 B) d)].

Por su parte, la Ley 41/2002, sobre la autonomía del paciente, dispone en el apartado 6 del artículo 9, el cual versa sobre los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación, lo siguiente:

“6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse *atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente*, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.”

Respecto de este precepto, declara el Tribunal Constitucional [FJ 6 B) c)]: “Dentro de los supuestos a los que se refiere el art. 9.6, la decisión judicial parece acogerse a las eventuales intervenciones que afecten a menores de edad, en las que deba prestar su consentimiento su representante legal. *Pero este no es un supuesto de menor de edad que se encuentre en dicha situación (porque la hija aún no había nacido)*”. Además, por otro lado, “*la paciente era la madre gestante y, por consiguiente, era ella quien debía prestar el consentimiento para cualquier actuación médica que le afectara*, en los términos del art. 8 de la misma Ley 41/2002, y de conformidad con el derecho a la integridad física reconocido en el art. 15 CE, a cuyo haz de facultades nos hemos referido anteriormente”.

La alegación de este precepto de la Ley de autonomía del paciente, primero por parte del fiscal en su informe, y después por parte de la jueza de instrucción en su auto, es sintomática de determinados prejuicios de género¹².

¹² En este sentido, en su voto particular (punto 1), la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas, considera que: “la decisión del juzgado de instrucción de guardia –y de la

Para ambos, el paciente es el feto, no la mujer embarazada. Había que salvar la vida del feto (en supuesto peligro) a toda costa. No se tuvo en cuenta a la mujer embarazada, que era la verdadera paciente, a la que no se dio audiencia, ni se tomaron en consideración sus derechos fundamentales, que ni siquiera fueron mencionados en el auto de ingreso obligatorio en el centro hospitalario.

Por último, el artículo 29 CC dispone que: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente [nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno]”. Respecto de esta disposición declara el TC que: “se trata de un precepto que está referido principalmente a los casos regulados por el Código civil y, en concreto, a los efectos favorables de carácter patrimonial que le puedan reportar al concebido y no nacido, pero que no podemos extender sin más al ámbito de un conflicto entre derechos fundamentales y bienes o valores a los que la Constitución otorga protección¹³.”

Una vez constatada la insuficiencia de la ley, y de los preceptos legales invocados, lo lógico hubiera sido estimar el amparo solicitado y apreciar que el auto judicial de ingreso obligatorio en el hospital vulneraba los derechos invocados por la recurrente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no hace esto, sino que justifica la actuación del juez con base en los siguientes argumentos [FJ 6 B) c)], que iremos refutando al hilo de su exposición:

Audiencia Provincial al ratificar aquella— están ausentes de perspectiva de género y contaminadas con prejuicios de género.”

¹³ Esta es la opinión en la doctrina civilista mayoritaria. Así, Verda considera que: “En la doctrina española la explicación comúnmente aceptada a propósito del art. 29 del Código civil (en particular, en el ámbito sucesorio) es la que, una vez producida la concepción, los derechos a los que se encuentra llamado el *nasciturus* se encuentran en una situación de pendencia o de indeterminación transitoria de su titular; por el contrario, verificado el nacimiento (extremo éste que integra una *conditio iuris*), la adquisición del derecho se retrotrae al momento de la concepción” (Verda 2016, 26). En el mismo sentido, Cazorla opina que: “En el Código civil cuando se mencionan derechos a favor de los concebidos éstos son de carácter patrimonial, *inter vivos* o *mortis causa*, y se le atribuyen siempre que se produzca su nacimiento. Por lo que más que la atribución de una titularidad se está produciendo una reserva de la titularidad de estos derechos.” (Cazorla 2017, 5). Por su parte, Cabezero Arena critica la interpretación restrictiva del art. 29 CC realizada por el TC, concluyendo que “esos beneficios [los del concebido no nacido] pueden ser estrictamente personales, no estar residenciados en el CC e incluso no tener por destinatario directo al nonato” (2023, 103). No obstante, consideramos que dicho precepto no habilita a defender los intereses del *nasciturus* (incluso su salud o su vida) contra los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

1º) *La obligación del juez de resolver sobre lo pedido.*

Según el TC, el juez “debía resolver sobre lo pedido, dando satisfacción a una previsión constitucional de protección de un bien jurídico derivado del art. 15 CE”. Pues bien, el juez tiene la obligación de juzgar y, al mismo tiempo, tiene prohibido limitar derechos fundamentales sin una habilitación legal específica. Por tanto, la decisión del juez podría ser cualquiera que no limitase los derechos fundamentales de la mujer embarazada: desde desestimar la sugerencia-solicitud del servicio médico de ingreso hospitalario obligatorio hasta tomar medidas cautelares para que el parto en el domicilio de la mujer se produjera en condiciones de seguridad y minimizando el peligro para el feto. Por tanto, el juez no estaba obligado a dictar el ingreso obligatorio en el hospital de la mujer embarazada.

2º) *La aplicación directa de los derechos constitucionales.*

“Por otra parte –dice el TC–, también conviene recordar que los preceptos que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (STC 39/1983, de 16 de mayo, FJ 2). La respuesta de la juez, en todo caso, debía ser una respuesta jurídica, que se atuviera a nuestro ordenamiento jurídico.”

A este argumento hay que responder que, en ausencia de habilitación legal específica, no se puede tomar la protección constitucional de un bien (en este caso la vida del *nasciturus*, artículo 15 CE) como “habilitación legal”. Porque esa simple protección constitucional no ofrece ninguna certeza ni seguridad jurídica sobre las medidas a adoptar por el juez¹⁴.

3º) *La aplicación analógica de los preceptos legales previstos para la protección del menor de edad.*

“Por tal razón, y ante la obligación de resolver que pesaba sobre él, [el juez] ha realizado una labor de *integración* de esa insuficiente habilitación legal acudiendo a los preceptos legales que ha entendido que podían otorgar cobertura a la actuación de que se trataba. Consideró que se trataba de *una situación similar* a las que en ellos se contempla, en las que existe una actuación o decisión de quienes ejercen la patria potestad o tienen la representación legal del menor que pueden perjudicar a este o ponerlo en peligro.”

A este argumento, cabe replicar que no se puede usar la analogía para limitar derechos fundamentales. Debe haber una previsión clara y cierta en la ley. Las normas limitativas de derechos fundamentales deben ser objeto de

¹⁴ Véase, en este sentido, el voto particular de Ramón Sáez Valcárcel.

interpretación restrictiva y, por tanto, no admiten la analogía para cubrir lagunas legales o constitucionales¹⁵. Esto es evidente respecto del derecho de libertad personal, de modo que una interpretación analógica es “incompatible con las exigencias de nuestra doctrina sobre la habilitación legal de la injerencia en la libertad” (STC 217/2015, FJ 4).

Pero además, no hay identidad de razón entre la protección del *nasciturus* y la del menor de edad. Como dice el magistrado Ramón Sáez Valcárcel, en su voto particular, “ninguna de las previsiones invocadas [se refiere a los arts. 158.6 CC y 9.6 de la Ley 41/2002] tiene presente la situación de dependencia del feto respecto de la madre y la incidencia que en los derechos de esta tiene toda medida dirigida a la protección de aquel. Cuando los derechos y bienes en conflicto son diversos, no hay semejanza y no puede apreciarse analogía para solucionar posibles lagunas.”

En efecto, cuando hay una diferencia fundamental entre los supuestos que se comparan, no puede aplicarse la analogía. La protección del menor, incluso contra los intereses de los padres, no tiene por qué afectar a los derechos constitucionales de la madre. En cambio, la protección del *nasciturus* frente a la mujer embarazada incide directamente en los derechos fundamentales de ésta, limitándolos. Este es el motivo por el que se reconocen derechos sucesorios al *nasciturus* (para el caso en que nazca con vida) pero no un derecho absoluto a la vida, al entrar en conflicto con los derechos fundamentales de la mujer embarazada. El *nasciturus* ni siquiera es, en sentido estricto, titular del derecho a la vida. La vida prenatal es un bien constitucionalmente protegido¹⁶.

4º) *El riesgo cierto para la vida del nasciturus.*

Considera el TC que la vida del *nasciturus* “podía correr un riesgo cierto ante aquella decisión de la gestante, tal y como indicaron los servicios médicos que habían realizado el seguimiento del embarazo”. Y, por tanto, “desde esa perspectiva, la forma en que ha suplido esa ausencia de previsión legal específica el juzgado, aunque pueda resultar discutible, ha de ser admitida por este tribunal (...).”

En respuesta a este argumento se puede decir que no estamos aquí ante algo discutible. Es indiscutible, en garantía del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, que se requiere habilitación legal específica, y que al no haberla, la medida acordada por el juzgado es contraria a la Constitución. Por tanto, la obligación del Tribunal no es la de “admitir” la resolución judicial, sino la de anularla por inconstitucional.

¹⁵ Véase en este sentido: Ibáñez Macías 2023, 281 y 282.

¹⁶ STC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 5 y 7; STC 66/2022, de 2 de junio, FJ. 4. C). Asimismo, STC 44/2023, de 9 de mayo, FFJJ 3. C) y 7.A).

El riesgo para la vida del *nasciturus* –de ser cierto, lo cual es cuestionable– debería haberse armonizado con los derechos fundamentales de la mujer embarazada. El juez no estaba obligado a decretar el ingreso obligatorio en el hospital como única respuesta posible.

El Tribunal Constitucional concluye:

“En consecuencia y, desde este exclusivo planteamiento interpretativo, podemos concluir que el marco normativo al que sometió su actuación el órgano judicial, ante la ausencia de una previsión legal expresa, *ofrecía, sin embargo, una razonable cobertura legal*, justificada por el juzgado para efectuar la ponderación que se le había pedido entre los derechos fundamentales de la gestante y el bien jurídico constitucionalmente protegido que representa la vida del *nasciturus*, en cuanto encarna –como hemos reiterado– el valor fundamental de la vida humana, garantizado por el art. 15 CE”.

En contraposición a esta conclusión, hay que decir que, como el propio TC había constatado previamente, en este caso no había cobertura legal; por consiguiente, el intento de integración mediante la analogía no podía ser razonable, por las consideraciones arriba expuestas. Frente a los preceptos alegados por la jueza de instrucción, el TC, a su vez, propuso como norma habilitadora el artículo 17.9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (FJ 6 b) d)¹⁷; pero lo cierto es que dicha norma no autoriza una medida privativa de libertad como es el ingreso hospitalario obligatorio y, por consiguiente, no cumple las exigencias del art. 17.1 CE¹⁸. La cobertura legal no es razonable porque no existe.

3. *La necesidad de audiencia a la persona afectada por la medida judicial limitativa de derechos fundamentales*

El Tribunal Constitucional parte de la doctrina sobre la necesidad de audiencia previa:

“La tutela de los derechos fundamentales exige del órgano judicial, previamente a la adopción de una resolución limitativa o restrictiva del

¹⁷ Cabezuelo Arenas (2023, 103-106) propone la misma norma.

¹⁸ Por su parte, el VP concurrente del magistrado Cándido Conde Pumpido considera que hay cobertura legal, si bien de deficiente calidad. Cita en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, pero sin mencionar ningún precepto legal de la misma. También cita los artículos 157 y 158 del Código penal, aunque reconoce que “la embarazada no puede ser penada a tenor de estos preceptos”. Considera que la falta de previsibilidad y certeza de la ley “es plena y exclusivamente imputable al legislador” y que el TC debería haber “instando al legislador a desarrollar con prontitud el ejercicio del derecho fundamental afectado”.

ejercicio de aquellos, que haya de cumplir el requisito de la audiencia del titular de tales derechos, como garantía procesal de la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, para así evitar la existencia de desequilibrios entre ellas que pudieran originar situaciones de indefensión.” [FJ 6 C) b)]

El TC analiza las circunstancias del caso para comprobar si la falta de audiencia previa vulneró los derechos fundamentales alegados [FJ 6 C) d)]. Constata que, en efecto, no hubo audiencia previa: “Procedería, pues, en este supuesto, la estimación de la queja y la concesión sin más detallado discurso argumentativo del amparo solicitado, toda vez que la decisión judicial habría sido adoptada sin haber oído a la gestante, causándole indefensión.” [FJ 6 C) d)].

Ahora bien, el Alto Tribunal justifica la falta de audiencia a la mujer embarazada por una serie de razones, las cuales son contestadas por los votos particulares. Dedicó especial atención a este asunto el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. Por tanto, al hilo de la exposición de los argumentos del TC, iremos intercalando los contraargumentos o respuestas de este magistrado.

1º) Por razones de “extrema urgencia”.

“El presente caso, sin embargo, es excepcional por las circunstancias de *extrema urgencia* en que llegó al juzgado de guardia la comunicación médica del estado de riesgo grave para la vida del feto, y por la celeridad con que el órgano judicial se vio en la tesitura de tener que tomar una decisión en relación con la solicitud de ingreso obligatorio en centro hospitalario que habían presentado los servicios médicos especializados del HUCA de Oviedo, que son los que habían atendido a doña C.P., desde el inicio del período de gestación hasta el día inmediatamente anterior al de aquella comunicación.” [FJ 6 C) e)]

En cambio, el magistrado Xiol Ríos considera que hubo urgencia, pero no extrema urgencia. Pues hubo tiempo para dar un trámite de audiencia al Ministerio Fiscal “antes de tomar una decisión al respecto sin indicar un plazo para ello”. De modo que: “la ausencia de este mismo trámite respecto de la persona directamente afectada por la petición añade también una sediente lesión de los principios de igualdad de armas y de contradicción.” (Punto 9 del VP)¹⁹.

¹⁹ En el mismo sentido, véase el VP de la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas, apartado 3, donde se afirma, basándose en el relato de los hechos, que: “Las ‘razones de extrema urgencia’ construidas en la sentencia para justificar la ausencia del trámite de audiencia, en mi opinión, no se corresponden con el relato fáctico ni fueron determinantes de la omisión de dicho trámite esencial.” Por su parte, Granero Ferrer opina que: “De

Como dice Xiol Ríos, el trámite de audiencia previa puede ser omitido en supuestos de urgencia siempre que se den dos requisitos que no se cumplieron en las circunstancias del caso: (1) “Que en la propia resolución judicial se dé razón motivada justificativa de esta actuación inaudita parte” y/o (2) “que con carácter inmediato se otorgue un trámite de audiencia para revocar o confirmar esa decisión”²⁰.

Así, ante la adopción de una medida de internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico, el TC ha establecido que: “El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento. Además, y conforme recoge expresamente el art. 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.” (SSTC 141/2012, de 2 de julio, FJ 6, o 22/2016, de 15 de febrero, FJ 4).

En las circunstancias del caso, el auto judicial de 15 de mayo de 2019 sostiene que la medida de ingreso obligatorio de la mujer embarazada en el hospital se adoptó aplicando los trámites procesales previstos en el apartado 2 del art. 733 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) para las medidas cautelares acordadas inaudita parte. Sin embargo, esto no es cierto. El art. 733 LEC dispone que: “cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, *en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.*” Esta exigencia no se cumplió en el auto de ingreso obligatorio en el hospital, de 24 de abril, como se desprende de su contenido (transcrito más arriba).

Además, el artículo 763 LEC regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Pues bien, en su apartado tercero dispone que: “Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal *oír a la persona afectada por la decisión*, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, *el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo*

acuerdo con la sentencia: ‘el parto se inicia de forma espontánea sin administración de oxitocina en ningún momento’, premisa que, por tanto, pone en cuestión el carácter de urgencia” (Granero Ferrer 2023, 171).

²⁰ En sentido similar, véase el voto particular del magistrado Sáez Valcárcel, punto III; y de la magistrada Montalbán Huertas, apartado 3.

internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de *representación y defensa* en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley”. Estas garantías podrían ser aplicadas, de forma analógica, y en defecto de regulación específica, a la persona ingresada obligatoriamente en un hospital para practicarle la inducción al parto, tal como proponían los recurrentes²¹.

Por su parte, la fiscal ante el TC (antecedente 8, letra d), consideró procedente “la realización de ‘un posterior control y ratificación de esa medida de ingreso urgente, con el cumplimiento de las garantías de audiencia de la afectada e información de derechos que eran exigibles *ex art.* 17 de la CE y 18.1 CE, para corroborar esa medida’, como se prevé en el art. 763 LEC para los internamientos involuntarios”. Sin embargo, la fiscal consideró que “tampoco se habrían infringido las garantías constitucionales de los derechos afectados ‘dado que la medida acordada dejó de tener efectividad antes del transcurso de setenta y dos horas del ingreso obligado, al nacer la hija de la señora [C.P.] a la 1:40 horas del día 26 de abril, habiendo estado informado el órgano judicial hasta ese momento de la necesidad de mantener el ingreso, y dado que además la recurrente tuvo tras su ingreso una amplia libertad de movimientos, careciendo de custodia, y consintió las actuaciones e intervenciones médicas de cuya necesidad fue informada previamente por los facultativos’.” Los argumentos de la fiscal no son convincentes: hubo una efectiva privación de libertad, no importa que fuese por menos de setenta y dos horas, fue el tiempo suficiente para el proceso de alumbramiento; y tampoco importa que, dentro del hospital, en que había sido internada a la fuerza, la recurrente tuviera cierta libertad de movimientos. Estos débiles argumentos ponen de manifiesto la dejadez del juzgado de instrucción, al no haber dado audiencia a la mujer embarazada en ningún momento, ni antes ni después de la orden de ingreso hospitalario.

2º) *Los servicios médicos que emitieron los informes y la solicitud al juez fueron los que estuvieron atendiendo a la mujer embarazada.*

“(…) Porque los servicios médicos que presentaron la comunicación al juzgado son los mismos que habían supervisado el seguimiento facultativo del curso del embarazo de doña C.P., justo hasta el día inmediatamente anterior al de los hechos de los que traen causa las resoluciones ahora enjuiciadas. Esta circunstancia permite extraer como consecuencia que eran, conforme a las exigencias del rigor científico, los servicios sanitarios ade-

²¹ Sobre los derechos del enfermo mental en la fase judicial del internamiento obligatorio, véase, entre otros: Julve 2017, 230 y ss. Destacamos los derechos de audiencia y examen de la persona afectada, y de informe del médico forense.

cuados para poner de manifiesto al juzgado la situación clínica de la gestante y el riesgo vital que corrían, tanto ella como el bebé que iba a alumbrar.”

3º) *Los servicios médicos ya habían advertido a la mujer embarazada de la situación de riesgo para la vida de la gestante y del feto.*

“(…) Porque esos mismos servicios médicos ya habían advertido previamente a doña C.P., y a su pareja, en consulta médica tenida el día anterior al de la comunicación, de la situación de riesgo para la vida de la gestante y del feto en que se encontraba el embarazo, por haberse excedido en varias semanas (entre dos y tres se señala en las actuaciones judiciales) del período ordinario de gestación, conforme a los protocolos médicos de actuación establecidos.”

Respecto de los argumentos segundo y tercero del TC, el magistrado Xiol Ríos considera que: “no acaba de apreciarse la conexión lógica entre estas afirmaciones y el hecho de la omisión del trámite de audiencia”. Y, en segundo lugar, muestra su preocupación por que pueda aceptarse, de manera consciente o inconsciente, “que es de tal preponderancia la opinión del servicio sanitario público en este tipo de situaciones que es innecesario un trámite de audiencia a la afectada porque no es potencialmente concebible que pueda aportar nada relevante desde el punto de vista de alegaciones o de prueba realizada por otros profesionales sanitarios como para revertir su fuerza de convicción.”

En efecto, en el recurso de apelación ante la audiencia provincial, los recurrentes alegaron que “el juzgado tampoco procedió, con carácter previo a disponer la comprobación del riesgo inminente manifestado por los facultativos del hospital mediante la intervención del médico forense, no haciéndolo después a lo largo de las más de treinta y seis horas de permanencia en el hospital”.

En el auto de 15 de mayo de 2019, por el que se desestima la nulidad del auto de 24 de abril, el juzgado se dice que se accedió “a la medida interesada desde los servicios médicos especializados del HUCA, cuya profesionalidad y rigor, no podía cuestionarse judicialmente”. Pues bien, este fue el error del juzgado de instrucción, tomar la opinión del servicio sanitario del hospital como una prueba irrefutable, sin contrastarla con la del médico forense o la de otro profesional aportado por la mujer embarazada, para lo cual debió dar audiencia a esta última. Esto parece denotar falta de imparcialidad por parte del juzgado de instrucción, y el mismo sesgo pudo afectar al Tribunal Constitucional, a raíz de los argumentos segundo y tercero arriba transcritos²².

²² En este sentido, Corbella ha dicho que: “Se pone de manifiesto que, en este caso, las resoluciones impugnadas no han respetado el trámite de audiencia, y parece muy arriesgada, y voluntarista, la decisión de la mayoría del Tribunal de convalidarlo por la

En relación con este argumento, para la magistrada Montalbán Huertas, la falta de audiencia pudo deberse a la existencia de estereotipos negativos para las mujeres embarazadas:

“Del relato de hechos se puede deducir que la omisión del trámite de audiencia pudo obedecer a estereotipos e ideas preconcebidas perjudiciales para los derechos de las mujeres. Las expectativas asociadas al rol maternal están condicionadas, todavía hoy, por el modelo tradicional de la maternidad, basado en la entrega, cuidado y la emotividad; de manera que la ausencia de audiencia a la mujer pudo deberse a que se apartó del rol de sumisión y obediencia a los servicios médicos –optando por intentar el parto en casa con ayuda de matrona– y se juzgó como obstinada e irrazonable su postura, por negarse a cumplir lo que el día anterior le habían recomendado los servicios médicos, y entenderse que la madre no se sacrificaba respecto al bien superior del no nacido²³”.

4º) *El peligro inminente de perder la vida el feto.*

“(…) Por el constatado peligro inminente de perder la vida el feto, puesto de manifiesto en la comunicación dirigida al juzgado, en la que se expresaba el “riesgo de hipoxia fetal” en que se encontraba el mismo, lo que obligaba a una celeridad extrema en la respuesta judicial a aquella solicitud.”

Este argumento es contestado por el VP de Sáez Valcárcel, en el sentido de que el riesgo era “estadístico” (punto III.2). También la magistrada Montalbán Huertas advierte de que la resolución judicial se adopta de manera preventiva y sobre la base de datos estadísticos (VP, apartado 4).

En definitiva, el magistrado Xiol Ríos considera “perturbador” el proceso argumental desarrollado por el TC para desestimar este motivo de inconstitucionalidad de la medida judicial²⁴. Destaca la importancia de la

información asistencial facilitada a la recurrente por el hospital, con intervención de los servicios jurídicos, inmediatamente antes de solicitar su ingreso obligado al órgano judicial.” (Corbella 2023). En el mismo sentido, Granero Ferrer considera que: “Esta decisión sienta un peligroso precedente para la protección de los derechos fundamentales de las personas embarazadas al implicar que la toma de decisiones está supeditada a la autoridad médica sin que esta deba o pueda ser contrastada.” (Granero Ferrer 2023, 167).

²³ En este sentido, Granero Ferrer opina: “Se podría concluir pues, que la ausencia de audiencia en el caso Oviedo estuvo determinada por un estereotipo negativo que configura las mujeres en los contextos de salud sexual y reproductiva como sujetos de baja validez epistémica.” (Granero Ferrer 2023, 178). De modo que en este caso se produce una “injusticia epistémica testimonial” (Granero Ferrer 2023, 181).

²⁴ En el mismo sentido, la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas declara que: “Resulta inquietante y perturbador, dicho con el máximo respeto a la mayoría, que sin la concurrencia de las garantías configuradas por la doctrina constitucional, de manera clara

audiencia “como principio general y constitucional de proceso judicial” (punto II), y como “una de las garantías fundamentales del derecho a un proceso justo” (punto II. 4), que “encuentra un encaje natural en el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE” (*Ibidem*).

En cuanto a los efectos del incumplimiento del trámite requerido, considera Xiol Ríos que la falta de audiencia a la mujer embarazada supone una “cosificación de la mujer en el debate judicial”, de tal modo que la misma “ha sido objeto del sistema de justicia, pero no sujeto de este sistema”, lo cual “resulta inadmisibles por imperativo del principio de dignidad que, como se ha destacado anteriormente, está vinculado con el derecho a ser oído en el marco de un proceso judicial en el que se dilucidan derechos e intereses propios, máxime cuando estos afectan a un ámbito tan personalísimo como los que se planteaban en ese caso.” (punto 11).

En el mismo sentido, el VP de Sáez Valcárcel considera que la omisión de audiencia afectó a la dignidad de la demandante:

“De hecho, la autoridad judicial le dispensó un tratamiento procesal propio de una persona en situación de incapacitación o de incompetencia para decidir. Y al limitar en esas condiciones las expectativas de conducta que amparaban su derecho a decidir sobre el proceso de parto y sus condiciones, la trató como si fuera únicamente el soporte biológico de la vida de su hija no nacida, por lo tanto, solo como un medio y no como un fin en sí misma, como un agente moral.”

Asimismo, la magistrada Montalbán Huertas considera, en su voto particular (apartado 1) que:

“La conclusión a la que llega la sentencia podría permitir la disociación del cuerpo de la mujer embarazada de los derechos de los que es titular como persona, como si fuera un recipiente que alberga al *nasciturus* o vasija, en metáfora creada por el movimiento feminista contrario a la gestación subrogada (también conocida como ‘vientres de alquiler’). Ello implicaría admitir que la mujer embarazada es un mero instrumento para la consecución del fin de preservar un eventual riesgo al bien jurídico del *nasciturus*, con anulación de la dignidad que a aquella le corresponde como persona.”

La magistrada añade que: “La invisibilización de la mujer como sujeto de derechos resulta evidente tras la lectura de hechos que contienen los antecedentes de la sentencia.”

y taxativa, pudieran convalidarse decisiones judiciales tan restrictivas de derechos fundamentales como las que aquí se adoptaron, al amparo del denominado concepto jurídico indeterminado de ‘razones de urgencia’.”

No es preciso insistir en la idea. Con la actitud del juzgado de instrucción, confirmada por la Audiencia Provincial, y por el Tribunal Constitucional, se cosifica a la mujer embarazada, se le considera como un medio para un fin, como un mero recipiente o incubadora, y no como a una persona que tiene dignidad propia, capacidad de autodeterminación y derechos fundamentales.

4. *La exigencia de que la resolución judicial que limita los derechos fundamentales tenga una motivación reforzada, basada en un test de proporcionalidad*

En el FJ 5, letra b), la STC 66/2022 viene a recoger la doctrina general del test de proporcionalidad aplicable a las medidas limitativas de derechos fundamentales:

“Pues bien, la aplicación de este canon supone el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido –idoneidad–; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad–; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre –proporcionalidad estricta– (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).”

La propia Sentencia que examinamos declara que: “Por tanto, cuando se trata de aplicar medidas que afectan a estos derechos y que conllevan su limitación, en aras de preservar aquellos intereses generales o bienes jurídicos constitucionalmente legítimos y susceptibles de protección, *los órganos judiciales que acuerden su aplicación tendrán que realizar un previo juicio de proporcionalidad*, que ha de plasmarse en la resolución de modo específico y no mediante frases abstractas o estereotipadas.” De modo que la resolución judicial ha de contener: “la conclusión a favor o en contra de adoptar la medida aplicando al efecto el ‘*test de proporcionalidad*’”. [STC 66/2022, FJ 6 D) a)].

Resulta chocante que el TC exija en este caso a la resolución judicial “hilvanar en términos lógicos el razonamiento que conecta el enunciado de esas circunstancias [las que concurren en el afectado] con la norma habilitante” (*Ibidem*); puesto que en este caso no hay norma legal que habilite al juez para el ingreso obligatorio en el hospital de la mujer embarazada en caso de riesgos para la salud o vida del feto.

También es sorprendente que el TC admita que: “Ya desde la primera aproximación al estudio de la citada resolución, advertimos que la misma contiene *una fundamentación por remisión*, pues el órgano judicial hace

suyos los razonamientos de la comunicación recibida de los servicios sanitarios del centro hospitalario para adoptar su decisión.” [FJ 6 D) c)]. En cambio, en supuestos como éste, en que se exige al juez una motivación reforzada de la medida restrictiva de derechos fundamentales, basada en la realización de un test de proporcionalidad, no debería admitirse la fundamentación por remisión a actos de órganos administrativos externos (como la remisión que se hace a la comunicación e informe de los servicios sanitarios del Principado de Asturias), sino que toda la fundamentación debería contenerse en la resolución judicial, para garantizar de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva²⁵.

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que la resolución judicial contiene un adecuado test de proporcionalidad, aunque “con motivación sucinta” [FJ 6 C) c)]. Pues bien, consideramos que en estos supuestos tampoco debería permitirse una motivación sucinta, pues podría resultar insuficiente para contener una adecuada ponderación de los derechos y bienes en juego²⁶.

No obstante, el TC afirma que se identifica en el auto el fin constitucionalmente legítimo y la adecuación de la medida: “Aunque, con motivación sucinta, el auto describe, pues, el fin perseguido con la medida adoptada, justifica la idoneidad de esta para preservar la vida y salud del *nasciturus* y, por ende, de la propia madre, pues el ingreso hospitalario era una medida adecuada al fin perseguido, que era la realización del parto en condiciones seguras”. Se razona su necesidad: “igualmente, ofrece argumentos para justificar que aquella medida era necesaria, frente a la alternativa de que tuviera lugar un parto natural en el domicilio, aun cuando lo fuera con asistencia de profesional (matrona), por la excesiva prolongación del período de embarazo”. Y también se realiza en el referido auto el juicio estricto de proporcionalidad: “toda vez que limita la medida al traslado e ingreso en el centro hospitalario, poniendo como prevalente la preservación del bien constitucionalmente legítimo de la vida y salud del *nasciturus* sobre el derecho de la madre a su libertad personal y a elegir libremente el lugar del parto y la forma en que este tuviera lugar” [FJ 6 D) c)].

Sin embargo, basta leer el referido auto (se reproduce más arriba, al relatar brevemente los hechos) para darse cuenta de que el mismo no hace mención alguna a los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Si no los menciona, difícilmente podría realizar un test de proporcionalidad en su limitación. El juicio de proporcionalidad es reconstruido ahora por el Tribunal Constitucional para convalidar la resolución judicial.

²⁵ En este sentido, véase: Colomer 2003, 411.

²⁶ En este sentido, Colomer 2003, 434 y ss.

Lo mismo hizo la fiscal ante el TC: suplir el inexistente test de proporcionalidad del auto de ingreso hospitalario por el suyo propio. Por su parte, la Audiencia Provincial consideró “la motivación del auto recurrido es sucinta, pero suficiente para conocer las razones que fundamentan la decisión adoptada; y cualquier posible déficit en este punto se habría visto sobradamente subsanado con el posterior auto de 15 de mayo de 2019, dictado al resolver el recurso de reforma”. Ahora bien, la falta de motivación reforzada del 24 de abril no puede quedar subsanada por un auto posterior, de 15 de mayo, dictado cuando ya había concluido hacía tiempo la situación de ingreso hospitalario forzoso.

A nuestro juicio, no se valoraron, en ningún caso, los derechos fundamentales de la mujer embarazada, que brillan por su ausencia en el referido auto²⁷. Precisamente porque no hubo audiencia previa a la mujer embarazada, no se tomaron en consideración sus derechos fundamentales, y solo fue tenido en cuenta el informe médico y el del fiscal. Esto impidió que se realizara un adecuado test de proporcionalidad²⁸.

Para la magistrada Montalbán Huertas, la decisión judicial fue arbitraria, “porque no ponderó ni tuvo en cuenta los derechos de la mujer embarazada”; y desproporcionada, “porque el ingreso hospitalario forzoso supuso una excesiva intervención en la libertad personal e intimidad de la mujer, sin evaluar ni la adecuación, ni la idoneidad ni la proporción en sentido estricto de la medida” (VP, apartado 1).

En efecto, la medida no era necesaria ni proporcionada, pues había alternativas menos gravosas para proteger la vida del feto sin limitar los derechos de la mujer embarazada. Como dice Montalbán: “[La resolución judicial] no valora la circunstancia de que la mujer estaba asistida por una matrona profesional y tampoco la posibilidad o imposibilidad de adoptar otras medidas menos lesivas (por ejemplo, asistencia y seguimiento médico domiciliario con posibilidad de traslado en ambulancia caso de ser necesario)”. De modo que: “La conclusión es que el juzgado de instrucción de guardia, concede una absoluta prevalencia a los intereses y bienes jurídicos del *nasciturus* y realiza

²⁷ Véase, en este sentido, el VP de Sáez Valcárcel, apartado III.2; y el de Montalbán Huertas, apartado 4. En cambio, el TC sostiene, contra lo que se desprende de la lectura del propio texto del auto, que el mismo “incluye la identificación de los derechos y bienes en conflicto.” [FJ 6 D) c)].

²⁸ Al respecto, véase el VP (apartado III. 2) del magistrado Sáez Valcárcel En el mismo sentido, la magistrada Montalbán Huertas dirá en su voto particular (apartado 3): “En segundo lugar, debo resaltarlo, la audiencia y escucha a la mujer, desde un punto de vista material y no procedimental, era un elemento necesario e imprescindible para formular el correcto juicio de proporcionalidad que constitucionalmente se exige para restringir derechos fundamentales.”

una postergación, igualmente absoluta, de los derechos fundamentales de la madre gestante o de sus intereses” (VP, apartado 4)²⁹.

En nuestra opinión, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional, respecto del juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, cuando hay dos bienes y/o derechos en aparente conflicto (en este caso, la vida del *nasciturus* frente a los derechos a la libertad personal y a la intimidad y a la integridad personal de la mujer embarazada), la primera obligación del juez es intentar armonizarlos, de modo que se hagan efectivos ambos bienes o derechos³⁰. Solo si la armonización no es posible, hay que dar preferencia a un derecho o bien sobre el otro. Por tanto, el juzgado de instrucción pudo haber intentado armonizar ambos derechos, poniendo un vehículo medicalizado a disposición de la mujer embarazada en su domicilio para el caso en que, de ser necesario, se trasladara esta al hospital (prevalencia, en caso de conflicto efectivo, de la vida del *nasciturus*). Este trato respetuoso y deferente a la recurrente era imprescindible para no vulnerar sus derechos fundamentales.

Para dar a entender que la medida adoptada fue necesaria el TC argumentó, además, que el parto “finalizó con práctica de cesárea.” [FJ 6 D) c)]. Sin embargo, el TC incurre en cierto sesgo retrospectivo al enjuiciar el auto del juez en virtud de hechos posteriores al mismo. La necesidad de cesárea pudo deberse al estrés sufrido por la mujer en una situación de ingreso y permanencia obligatoria en hospital. No se sabe qué hubiera sucedido si se hubiera permitido el parto en el propio domicilio, poniendo a disposición de la embarazada un vehículo medicalizado para, en caso de que fuese necesario, su traslado urgente al hospital.

En definitiva, no hubo un verdadero test de proporcionalidad en el auto de ingreso obligatorio, se absolutizó la vida del *nasciturus* y, en consecuencia, no se tomaron en consideración los derechos de la mujer embarazada³¹.

²⁹ La magistrada aprecia en la resolución judicial una discriminación directa por razón de sexo (VP, apartado 6)

³⁰ Como ha dicho el TC, “(...) cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia y se ve obligado –como dice la STC 53/1985– a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos” (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 215/1994, de 14 de julio, FJ 2)” (STC 23/2022, de 21 de febrero, FJ 3).

³¹ Esta absolutización de la vida del *nasciturus* es compartida por la fiscal ante el TC, la cual llegó a decir que “el derecho a la vida del *nasciturus* ‘tiene, en sí mismo, un valor absoluto’, no predicable de los demás derechos de la persona, y que, en la ponderación realizada por el juzgado, se apreció la necesidad de la medida de ingreso urgente ‘ante la

III. CONCLUSIÓN: UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL NI RACIONAL NI RAZONABLE

Opina la magistrada Inmaculada Montalbán que la decisión del juzgado de instrucción fue arbitraria. Una resolución judicial es arbitraria no solo cuando no se razone (siendo así, se podría esgrimir cualquier argumento, por irrisorio o peregrino que fuera, para evitar la arbitrariedad); sino cuando no se razone *conforme a Derecho*. En opinión de Igartua, una decisión puede ser arbitraria por ilegal (Igartua 1996, 7). Por su parte, Atienza considera que una decisión jurídica es estrictamente racional si y solo si: “1) Respeta las reglas de la lógica deductiva (...); 2) Respeta los principios de la racionalidad práctica (...) a saber, los principios de: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) Se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante. 4) No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico.” (Atienza 1987, 193-194). Pues bien, en el caso que hemos examinado, la resolución judicial no cumple el requisito 3), porque la decisión vulnera, al menos, el art. 17.1 CE, el cual dispone que: “Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y *en los casos* y en la forma previstos en la ley”. Y no existía ninguna norma legal que previera el ingreso obligatorio de una mujer embarazada en el hospital para que se le practicara, en su caso, la inducción al parto.

La decisión del juez no fue racional, esto es, conforme a Derecho, por cuanto el juez no estaba habilitado por la ley para restringir los derechos fundamentales de la mujer embarazada (libertad personal, intimidad e integridad física y moral); asimismo, porque se vulneró la garantía procesal de la audiencia de la persona afectada para la adopción de toda medida limitativa de derechos fundamentales. Por último, a nuestro juicio, el juez no realizó un adecuado test de proporcionalidad, de acuerdo con lo que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La decisión judicial tampoco fue razonable. Según Atienza: “Una decisión es razonable en sentido estricto si y solo si: 1) se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión; 3) es aceptable por la comunidad” (Atienza 1987, 192-193).

El primer requisito no parece aplicable al caso que hemos estudiado, donde precisamente lo inaceptable es que el juez haya tomado una decisión

situación de grave e inminente riesgo que había para la vida de la hija’, que lo hacían inaplazable.”

que no es conforme a Derecho (carente de racionalidad jurídica)³². El segundo requisito no se cumple en nuestro caso, pues la decisión del juez, con independencia de su falta de previsión legal, no se adoptó armonizando los intereses en juego, sino dando una preferencia absoluta a la vida del *nasciturus* sobre los derechos fundamentales de la mujer embarazada, a la que ni siquiera se le da audiencia. Por lo que se refiere al tercer requisito, la aceptación por la comunidad, podemos entenderlo en el sentido de que “la decisión satisface el código de valores dominantes” (Aarnio 1991, 288). Pues bien, la decisión no es aceptable, pues si bien cumple con el valor “vida”, no satisface los valores libertad (art. 1.1 CE) y dignidad (art. 10.1 CE), en que se concretan los derechos constitucionales a nuestro juicio vulnerados (libertad personal, intimidad e integridad física y moral) y la exigencia de audiencia de la persona afectada.

En definitiva, la decisión judicial no fue racional ni razonable y, en consecuencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional que la convalidó tampoco lo fue. En el caso concreto que hemos examinado, el TC ha dejado de ser un garante de los derechos fundamentales para convertirse en una pieza más, la última, de la maquinaria estatal (jurisdiccional) que acabó vulnerando los derechos constitucionales de la mujer embarazada.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis. 1991. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ATIENZA, Manuel. 1987. «Para una razonable definición de “razonable”». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 4: 1189-202.
- ARAGÓN REYES, Manuel. 1997. «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*: 179-202.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. 2023. «El derecho de la mujer a decidir sobre el parto como vertiente de su intimidad. STC 66/2022, de 2 de junio (RTC\2022\66)». *Derecho Privado y Constitución* 43: 89-120. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.43.03>
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, María del Carmen. 2017. «La protección jurídica del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico español». *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 15: 1-11.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. 2003. *La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORBELLA I DUCH, Josep. 2023. «Incidencia de la STC 66/2022 en el ámbito sanitario». *Diario La Ley* 10257.

³² Sobre las diversas posiciones doctrinales acerca de la relación entre racionalidad y razonabilidad jurídicas, véase: Nieto 2000, 341-345; Colomer 2003, 308 y ss.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. 1985. «Constitución, ley, juez». *Revista Española de Derecho Constitucional* 15: 9-23.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 1997. «La democracia y el lugar de la ley». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*: 79-95.
- GRANERO FERRER, Rebeca. 2023. «La judicialización del parto. Un ejercicio de injusticia epistémica testimonial». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 24: 163-183. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7660>
- IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. 2023. «Las lagunas normativas constitucionales: su integración mediante argumentos lógicos y cuasilógicos». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 48:271-313. doi: <https://doi.org/10.7203/CEFD.48.25208>.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. 1996. «Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial». *Revista Vasca de Administración Pública* 46: 1-25.
- JULVE HERNÁNDEZ, María del Mar. 2017. «La protección jurídico-civil de la persona que sufre enfermedad mental: El internamiento urgente no voluntario». Tesis Doctoral en Xarxa. Universitat Jaume. doi: <https://doi.org/10.6035/14108.2017.86044>
- LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente. 2022. «STC 66/2022, de 2 de junio: el derecho de la gestante a elegir el lugar de nacimiento de su hijo». *Diario La Ley* 10119.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier. 2000. «Legislador, derechos fundamentales y proceso (comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril)». *Revista Española de Derecho Constitucional* 58: 245-275.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier. 2023. «¿Puede un órgano judicial acordar el ingreso hospitalario de una mujer embarazada sin oír a la afectada y al margen de sus competencias legales? (STC 66/2022, de 22 de junio)». *Revista Española de Derecho Constitucional* 128: 239-268. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.08>
- NIETO, Alejandro. 2000. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. 1999. «El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional* 56: 223-250.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. 1993. «El principio de legalidad». *Revista Española de Derecho Constitucional* 39: 9-42.
- RUEDA SORIANO, Yolanda. 2023. «El principio de legalidad en cuestión a propósito de las STC 66/2022 y STS 821/2022». *Jueces para la democracia* 107: 45-56.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. 2016. «La protección jurídica del concebido en el Derecho español». *Revista Boliviana de Derecho* 22: 16-33.

Recensiones

CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge, *La cultura de la cancelación y su impacto en los derechos fundamentales. Especial análisis de su afectación a la libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2023, 232 pp., ISBN 978-84-19773-01-2.

<https://doi.org/10.18543/ed.3114>

Fecha de recepción: 01.02.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Empecemos por poner de manifiesto que la obra del profesor J. Castellanos Claramunt que reseñamos no es una obra jurídica al uso, sino un manifiesto contra la cancelación, una obra militante en contra de la llamada “cultura de la cancelación”, una “cultura” –utilizamos este término tan solo porque, significativamente, la expresión ha hecho fortuna, pero no nos resistimos al menos a las comillas– que se sitúa en el polo opuesto a la célebre expresión de la escritora británica Evelyn Beatrice Hall en su biografía sobre Voltaire “estoy en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé a muerte tu derecho a decirlo”.

Convencionalmente, y siguiendo la propia definición acogida por el autor, podemos considerar como “cultura de la cancelación” “el acoso grupal por denuncias de comportamientos racistas, homofóbicos, machistas, que llevan al ostracismo” o “la práctica de

boicotear o dejar de apoyar a personas o empresas debido a su comportamiento o expresiones consideradas inapropiadas u ofensivas”. Se trata de un fenómeno que, como tantos otros, tuvo su origen y ha conocido su “esplendor” en los Estados Unidos de América, y de ahí se ha expandido, en mayor o menor medida, a todo Occidente. Las manifestaciones son de todo tipo: abucheos en el espacio público real, acoso en el virtual, rescisión de contratos, despido o fuerce a la renuncia de profesores, bloqueo de publicaciones en las redes sociales –incluso si se trata de un párrafo de la Declaración de Independencia americana–, retirada de estatuas de padres fundadores y presidentes de la nación, cambio de la rotulación de edificios y calles... No se trata de un fenómeno nuevo, pero sí facilitado, acelerado y magnificado por las redes sociales. Los ejemplos son innumerables y

afectan a todas los movimientos, instituciones y colectivos sociales. En el relato con el que nos ilustra el autor, aparecen “movimientos” (*me too*, *black lives matter*), universidades (Harvard, Yale, Berkeley, De Paul), empresas (Dolce & Gabbana), asociaciones (Asociación Nacional del Rifle, Boy Scouts de América), expresidentes (T. Jefferson), escritores (J. K. Rowling), académicos (A. Zaera-Polo, J. Errasti y M. Pérez, P. de Lora, J. Gallego), pensadores y comunicadores (J. B. Peterson), deportistas (K. West), cineastas (W. Allen), actores (K. Spacey), deportistas (T. Woods), directores de opinión de medios de comunicación (J. Bennet) e incluso personas sin relevancia pública (por ejemplo, el caso de Heidi, una madre estadounidense acusada de apropiación cultural y racismo por organizar para su hija de cinco años un cumpleaños temático japonés y colgar una foto en una red social; o el de Carson King, un héroe de la captación de fondos para un hospital, acusado de racismo por dos tuits “posteados” cuando tenía dieciséis años...)

– El autor comienza analizando en el capítulo primero sus orígenes y evolución. Expone que la “cultura de la cancelación” se presenta por sus defensores como una manifestación de la libertad de expresión, caracterizada por la crítica de unas reglas establecidas por una élite ajena a las necesidades del resto de los ciudadanos que serían sus víctimas históricas. Su fuerza radica en el uso de acusaciones culturalmente destacadas, como el racismo, el sexismo o la transfobia, que suponen violaciones del valor estatal fundamental de la igualdad. Ahora

bien, para el profesor Castellanos Claramunt, abiertamente opuesto a esta “cultura”, se trata de una práctica de ida y vuelta, en la que el verdugo se convertirá en víctima tarde o temprano, y que no tiene límites, ya que siempre habrá un colectivo o una persona que se sentirá ofendida.

– Para el profesor Castellanos Claramunt, y ese es el espíritu que recorre toda la obra, se trata de una “cultura” que supone una grave amenaza para los derechos fundamentales. No por casualidad, el capítulo segundo dedicado a analizar el impacto de la cancelación en los derechos fundamentales es el más extenso. El autor parte la constatación de que la sociedad a través de redes sociales puede afectar a los derechos fundamentales igual o más que las autoridades públicas. De hecho, en la doctrina internacional se ha generalizado la idea de que la “censura” ha desbordado su concepto clásico que la vincula en exclusiva al control previo llevado a cabo por una autoridad pública condicionante de la posibilidad de emisión de una información u opinión, concepto originario que, paradójicamente, se ha proscrito prácticamente de los ordenamientos occidentales. Baste para constatar que hay en ello un notable consenso consultar la reciente obra *Censure et Arts*, dirigida por el profesor S. Saunier, en la que catorce profesores franceses de Derecho público analizan el fenómeno de la censura (véase, en particular, el trabajo del profesor D. Truchet “La censure, quelle définition juridique?”, pero la idea está presente también en las demás colaboraciones).

A falta de una sentencia estrella sobre el tema que sirva de referente

general sobre las relaciones entre cancelación social y derechos fundamentales, el autor emprende el análisis de todos y cada uno de los derechos que pueden ser afectados por estas prácticas. La relación, ejemplificada en cada caso con supuestos reales, es abrumadora y pone de relieve la gravedad de estas prácticas para el libre desarrollo de la personalidad de los afectados. En algunos casos, nos parece, algo forzada, dado que el autor, como decimos, hace un repaso por todos los derechos de los artículos 14 al 29, tratando de anularlos todos con la práctica de la cancelación. En todo caso, hay algunos que están muy directamente afectados, por no decir amenazados. Así, el derecho al honor (con los insultos y descalificaciones vertidos en redes o la imputación de hechos delictivos incluso cuando ha habido sentencia absolutoria). O el derecho a la intimidad (piénsese, en los escraches frente a domicilios, o en la publicación en redes de números de teléfono o direcciones). O los propios principios que presiden la esfera penal, de presunción de inocencia, irretroactividad o de finalidad de reinserción social, pisoteados en la práctica por la cancelación de personas por conductas en las que incurrieron hace mucho, en no pocas ocasiones cuando no tenían desvalor social o que, teniendo desvalor penal, fueron absueltas o ya cumplieron su condena –lo que, por cierto, también contradice el llamado “derecho al olvido” acogido en la normativa europea como integrante del derecho a la protección de datos para posibilitar el libre desenvolvimiento del individuo en sociedad–.

Pero la libertad más afectada es, sin duda, la libertad de expresión. Observamos aquí la paradoja de que las redes sociales, que han hecho viable la conversión de cualquier ciudadano con un móvil con conexión en emisores públicos de opinión ha supuesto, también, un medio por el que se ejerce la mayor censura por parte de los usuarios –que a menudo recuerda a la actuación de las pandillas o de la psicología de las masas de las que dejaban constancia G. Le Bon o J. Ortega y Gasset– y por los propios administradores de algunas de las redes sociales fuertemente ideologizadas en el mismo espíritu censor-. Esta censura lleva a una restricción *de facto* de la libertad, como constatan las propias encuestas en Estados Unidos, país cuna de la “cultura de la cancelación”. Con ello se empobrece el debate y el conocimiento. Al respecto resultan imperecederas las reflexiones de J. S. Mill en *De la Libertad* (*On Liberty*, 1859), que pone de relieve como todo conocimiento empezó con una afirmación que ofendió a alguien, y explica que “(l)a peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posterioridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error”. En ese sentido, nos parece que

la actual política de X (antes Twitter), de contextualizar la información, esto es, someterla a contradicción, manteniendo el original y la réplica y dando así cuenta del debate sobre hechos y opiniones, respeta mucho mejor la esencial del debate democrático y la libertad de expresión que otras formas de censura de la expresión por las que parece optar el regulador europeo, en la misma línea de lo que postulara, por traer a otro “apóstol” de la libertad de expresión, el admirable L. D. Brandeis, al afirmar que “el discurso ofensivo exige más discurso, no silencio forzado” (en su voto concurrente en *Whitney versus California*, 1927, recogido por el propio autor en el libro que reseñamos). El profesor Castellanos Claramunt se encuadra en esta visión y apunta lúcidamente que “[...] el hecho de que la “cultura de la cancelación” pretenda imponer opiniones universalmente aceptadas y respaldadas por el Estado la hace aún más sospechosa, en lugar de menos. La libertad de expresión existe, precisamente, para proteger la expresión de las minorías.”.

A juicio del autor, y es una de las ideas que nos parece centrales de este trabajo, y de mayor guía para el jurista, la ley debe cumplir 3 funciones: establecer un estándar de tolerancia, no promoviendo la cultura de la cancelación, porque las sanciones legales refuerzan el estigma social; prohibir las peticiones de cancelación difamatorias o acosadoras y proteger la privacidad; e imponer obligaciones a las instituciones y a los intermediarios para que puedan oponerse a las peticiones de cancelación injustificadas,

sin interferir con la libertad de expresión. Y ello, máxime en la actualidad, en que los medios de comunicación son ahora más dependientes de suscriptores de sus ediciones digitales y, por ello, de presiones de lectores afines ideológicamente hasta el punto de “comprometirse” mediante el pago de una suscripción.

– En el capítulo tercero el profesor Castellanos Claramunt hace un análisis (muy) crítico de la cultura de la cancelación. Pone el dedo en la llaga al evocar la doctrina del *chilling effect*, esto es, el cómo la censura social organizada –a menudo por activistas, y en no pocas ocasiones de forma concertada e incluso utilizando *bots*– genera una espiral de silencio provocada por el miedo a las consecuencias de la expresión libre del pensamiento, lo que es “particularmente relevante en contextos en los que existe una falta de claridad de las leyes o en los criterios de aplicación, o en situaciones en las que se ha utilizado la ley o la acción legal para sancionar o intimidar a personas que han ejercido sus derechos de manera legítima.” Se llega así a una censura preventiva, un “control de daños”, denunciada en Estados Unidos por PEN y por la Asociación Nacional contra la Censura. Y, lo que resulta paradójico, la Universidad, en especial en los Estados Unidos, que fue cuna del pensamiento libre y que actualmente está dominada por una abrumadora hegemonía de izquierdas en el profesorado (*liberal*, en el sentido americano), como de nuevo muestran las encuestas, y en sus dirigentes, se ha convertido en lo contrario, con los “espacios seguros”, los cursos de

sensibilización sobre expresiones políticas de identidad, las *trigger warnings* para que estudiantes sensibles puedan abandonar el aula antes de que se inicien exposiciones o debates “incómodos”... En España, no hace falta decir que hemos sufrido ya no pocos casos groseros de boicots a conferenciantes por parte de activistas, y, en ocasiones, con la connivencia por acción u omisión de las propias Universidades.

Para el profesor Castellanos Claramunt, y en ello convenimos, este fenómeno es la derivación natural y deformada hasta el extremo (“de aquellos polvos estos lodos”) de lo “políticamente correcto”, y supone en muchas ocasiones una reescritura de la historia con ojos actuales que acaba en la retirada de estatuas de padres fundadores... y, en no pocas, un puro desprecio por la verdad. Otra faceta de la “cultura de la cancelación” se relaciona con la llamada “apropiación cultural”, que ha llevado al acoso en redes a ciudadanos y empresas anónimas, por conductas tan asociales como organizar un cumpleaños de disfraces para una niña o modificar una receta culinaria. La “cultura de la cancelación” genera o traviste, en realidad, señala el autor, una “cultura del odio”, por cuanto “darle voz a las presuntas víctimas de la injusticia es algo a lo que nadie se opone, pero organizar todo un sistema normativo con base en cómo cada colectivo se siente afectado por las percepciones sociales es diferente.” Se genera, así, un problema casi irresoluble y a una espiral de victimizaciones.

– El trabajo del profesor Castellanos Claramunt se cierra con un

capítulo dedicado a las alternativas a la cultura de la cancelación, que no son, a juicio del autor, sino la tolerancia, el diálogo, la empatía, la educación, la lucha contra la hipocresía...

En fin, como advertimos, el libro es todo un “manifiesto por la libertad” que llama a la “cancelación de la cancelación”, una llamada a superarla como se ha superado el fascismo, el nazismo y el comunismo soviético, tal y como proclama el autor.

Como puede verse, este trabajo desborda lo jurídico, para analizar las raíces y las manifestaciones de la “cultura de la cancelación” y llamar al combate en su contra. Entronca, por así decirlo, con los autores moralistas ilustrados a la francesa. También, claro está, aborda una inicial y panorámica aproximación a su incidencia en los derechos fundamentales y abre el camino para que estudiosos de otras disciplinas jurídicas continúen analizando el salto se ha producido cuando el fenómeno de la cultura de la cancelación recibe el respaldo público. Así, cuando se juridifica en forma de introducción de la lábil categoría de los “delitos de odio”, muy discutible en su propia existencia –teniendo en cuenta que ya el Derecho penal conoce de diversas formas de autoría y de participación en los delitos y de una tipificación de delitos como las amenazas, las injurias...– y tan propicia al recurso abusivo, provocando así un aterrador *chilling effect* ante la amenaza penal, y un uso y abuso en forma de querellas y en la propia actuación del Ministerio Fiscal. Pero también, a su mucho menos estudiada juridificación en el Derecho

administrativo sancionador en toda una batería de leyes, en las que las de comunicación audiovisual han sido la avanzadilla, pero que se ha extendido

a aquellas que persiguen generar un relato incontrovertido de la Historia o de la propia genética o de la sexualidad humana.

Emilio Guichot Reina

Catedrático de Derecho administrativo

Universidad de Sevilla, España

<https://orcid.org/0000-0001-8945-4604>

FERRI, Delia, PALERMO, Francesco y MARTINICO, Giuseppe, *Federalism and the rights of persons with disabilities: the implementation of the CRPD in federal systems and its implications*, Hart Studies in Comparative Public Law, Vol. 29, Hart Publishing, United Kingdom, 2023, pp. 393. ISBN-13: 978-1509962433.

<https://doi.org/10.18543/ed.3115>

Fecha de recepción: 20.01.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Este libro, de brillante factura, es altamente recomendable para cualquier persona, en la academia y en la praxis, con interés y vocación por los estudios sobre el federalismo, el constitucionalismo, y el marco normativo relativo a las personas con discapacidad, particularmente a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos.

Estos tres ámbitos de análisis son lo que la obra expresamente busca conjugar (pp. 2 y 15). Con la guía de su editora y editores, Delia Ferri, Francesco Palermo y Giuseppe Martinico, de gran prestigio, profundo conocimiento y reconocida experiencia, este trabajo colectivo se centra en identificar el impacto de la implementación de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) en la

estructura y funcionamiento de los Estados federales. El ejercicio no es, pues, puramente teórico, sino que cumple también un dirigido objetivo práctico en cuanto a explorar en qué formas y dimensiones concretas la adopción de medidas nacionales para el cumplimiento de la CDPD como tratado internacional, ha afectado la relación, coordinación y ejecución de competencias entre poder federal y poderes de las entidades subnacionales de los sistemas federales bajo estudio (p. 3-4, 15, 20).

De los capítulos de las y los 23 excelentes participantes en la obra, emana un fascinante estudio comparativo que nos lleva a un viaje histórico, geográfico, intelectual y técnico desde la Unión Europea (como entidad *sui generis* ‘cuasi-federal’, p. 25) hasta Sudáfrica, pasando por varios países del

propio espacio europeo, Asia y América Latina. Así, en el libro se examina la pregunta núcleo referida respecto de los siguientes sistemas federales: Austria, Bélgica, Alemania, Italia, España, el Reino Unido, la UE, Canadá, México, Brasil, Argentina, India, Sudáfrica y Etiopía.

Además de la propia riqueza de este amplio, sólido y variado análisis comparativo, el libro es sumamente novedoso y original al menos en tres frentes.

Primeramente, porque traza la conexión entre la CDPD y el federalismo en sistemas constitucionales, temas que no se estudian normalmente en consonancia, llenando con ello una laguna en la literatura académica jurídico-política.

En segundo lugar, el libro utiliza como punto de partida, acertadamente en mi opinión, el análisis de las virtudes y valor añadido de la CDPD como el eje alrededor del cual se desarrolla el estudio. Bajo este lente, se destaca de entrada la forma en que la CDPD ha cambiado el modelo de entender conceptualmente y de abordar la situación de las personas con discapacidad y su relación con el resto de la sociedad en donde viven, en este caso, en entidades de corte federal. Así, en la Introducción de la obra se revela el ‘potencial transformador’ de la CDPD y el camino que ha abierto e impulsado para transitar del modelo médico, al social y asistencialista, hasta arribar al paradigma de derechos humanos (pp. 4-10) y su aplicabilidad en sistemas federales que, como uno de los criterios de selección, lleven al menos diez años de haber ratificado o accedido a la Convención (p. 17). Este

tránsito y cambio de paradigma explicado con gran claridad expositiva al inicio, se convierte en uno de los hilos conductores que permean el examen de todo el libro y se proyecta en el examen de cada uno de los casos nacionales estudiados hasta las conclusiones de cierre de la obra (*inter alia*, pp. 31, 73, 79, 108, 137, 152, 185, 201, 239, 247, 267, 293, 306 y 325).

El tercer punto novedoso es que además de los casos nacionales incluidos, se incorpora un análisis sobre el caso de la Unión Europea como organización internacional *sui generis* y como entidad que es parte de la CDPD, de forma separada y en adición a todos sus Estados Miembros, con lo cual la CDPD constituye un acuerdo mixto para la Unión (pp. 23-42 por Delia Ferri y Neža Šubic). Como es bien sabido, se ha desarrollado una vasta literatura de análisis del proceso de integración europea a la luz del lente del federalismo. Esta monografía, sin embargo, presenta el primer acercamiento de un análisis comparativo de los principios del federalismo en relación tanto con la UE como miembro de la Convención y las implicaciones que eso tiene para la UE misma y para sus Estados miembros, como en lo que toca al análisis comparativo entre la UE y otros sistemas federales o de práctica ‘federal’ (como España o Reino Unido, ‘cuasi-federales’ como India, o federales ‘anacronísticos’, como Argentina).

En cuanto a la estructura de cada uno de los capítulos, presumiblemente sugerida con acierto por la editora y editores, resulta sumamente útil la división y organización armonizada de

la parte central de cada capítulo. Con esa visión esquemática, se analiza el papel de las entidades federales respecto de las unidades subnacionales dividiendo en subapartados temáticos: el concepto de discapacidad; la igualdad y la no discriminación; la accesibilidad; la participación; y la aplicación del artículo 33 de la CDPD. Después de esa estructura básica hay distintos aspectos que se estudian de manera diferenciada en cada capítulo, por ejemplo, el acceso y la proporción de servicios públicos, la educación, la salud y el transporte para las personas con discapacidad, y distintos retos y puntos particulares sobre la interrelación entre sujetos en cada ámbito federal a raíz de la aplicación de la CDPD. Destaca de forma principal y transversal, el examen crucial del artículo 33 de la CDPD, relativo a la obligación de los Estados (y sujetos) Parte de implementar la propia CDPD a través de organismos de aplicación nacional.

A través de la extraordinaria investigación tanto de cada caso nacional individual como del puente comparativo que se ofrece, podemos descubrir las respuestas a la pregunta de raíz y conocer a fondo la influencia de la aplicación de la CDPD en las interacciones institucionales, jurídicas y también más cotidianas entre entidad nacional y unidades subnacionales. Me parece también muy sugerente la propuesta contenida en varios de los argumentos vertidos, de que la CDPD ha desempeñado (y puede ejercer) una suerte de fuerza centrípeta y actuación centralizadora en torno a su implementación en sistemas federales (pp. 15 y 19, y notablemente en los capítulos de Italia, por Paolo Addis y

Matteo Monti, y España, por Maribel González Pascual).

Sin pretender realizar una revisión exhaustiva, de manera ilustrativa y paradigmática se presentan ‘fotografías’ de algunos aspectos notorios de los distintos sistemas federales abordados que, además, se espera, puedan despertar el interés y curiosidad del lector/a de esta reseña por conocer más el detalle de todos los casos nacionales incluidos en la monografía.

El caso de Reino Unido (Kasey McCall-Smith, pp. 147-168), aun manteniendo una separación entre la normatividad en materia de igualdad y no-discriminación y la relativa a los derechos humanos (pp. 154), es especialmente relevante. Esto es así por la doble peculiaridad de no ser el Reino Unido formalmente un Estado federal y de contar con un sistema particular de naciones descentralizadas o ‘devueltas’ (‘UK devolved nations’), que da pie al examen de la autora de la característica relación entre estas entidades y del compromiso de cada una de ellas en materia de igualdad y derechos humanos. Al respecto, hago notar como dato de interés que Escocia ha sido reconocida, por ejemplo, por académicas como Martha F. Davis (Northeastern University), como uno de los mejores ejemplos de adopción de políticas públicas con perspectiva de derechos humanos.

El caso de México (pp. 305-324) es interesante también porque como bien refiere la autora, Irene Spigno, es federal ‘en papel’ aunque en la práctica bastante descentralizado (p. 323). Asimismo, se ha movido de ser un Estado proteccionista que reforzaba el modelo médico, a adoptar (aún con el camino

que queda por recorrer) esfuerzos en varios niveles para abordar la discapacidad entendida en clave de derechos humanos. Como nota menor, quizá haya ciertos términos que se podrían revisar, como el de ‘Carta Constitucional’ (‘Constitutional Charter’, p. 313, posiblemente adaptado del uso de ‘carta o texto constitucional’ en español), que pudiera resultar confuso porque daría la idea (imprecisa) de que además de la Constitución, existe otro texto constitucional o una Carta de Derechos y Libertades Fundamentales separada de/incorporada a la Constitución, como existe en el caso de Canadá (pp. 171-172).

En el examen precisamente de Canadá y de Brasil, resulta muy útil la inclusión de gráficos y cuadros para poder ubicar de manera más visual la relación entre la normatividad e instituciones federales y los distintos aspectos de la aplicación subnacional de la CDPD (pp. 180-181; y 289-290). En general en toda la obra, se aprecia una perspectiva de género y de discapacidad (notoriamente en el caso de Brasil, México, India y Etiopía) que en algunos casos se complementa con la mirada etno-racial, de pobreza y de desigualdad socioeconómica (Bélgica, Canadá, India, Brasil, Sudáfrica y Etiopía), que en ciertos países juega un papel significativo tanto en la relación distributiva y fiscal de estructuras federales-subentidades nacionales, como en las experiencias de discriminación interseccional de las personas con discapacidad.

A ese respecto, es una excepcional aportación a los estudios constitucionales y de derechos humanos, y a las metodologías inclusivas y

colaborativas, que en la obra se estudien casos fuera de Europa y también del ‘Sur Global’, además, por personas expertas en cada caso nacional individual. Como nota de reflexión, el hecho de que el criterio diferenciador para hablar del Sur Global se refiera, con base en la obra de Russell West-Pavlov (p. 18, nota al pie 90) a los ‘territorios post-coloniales’, despertaría dos preguntas que, como originaria de ese ‘Sur Global’, me planteo: cuál es el marco temporal post-colonial que puede emplearse como denominador común, es decir, hasta cuánto atrás vamos en el tiempo, habida cuenta de que México, por ejemplo, obtuvo su independencia de España en 1821 e India la obtuvo del Reino Unido en 1947. Y dos, si el criterio es territorios post-coloniales, también entraría Estados Unidos (aún sin ser aplicable en este libro concreto, por no ser parte de la CDPD), que entiendo que en términos de desarrollo socioeconómico como uno de los indicadores tradicionalmente utilizados, no se consideraría como país del Sur Global. Al mismo tiempo, es verdad que todas las taxonomías tienen sus ventajas y límites, y pensando en hacer una propuesta alternativa constructiva para la editora y editores, me topé también con las dificultades de hacerlo; de modo que simplemente comparto la reflexión con la esperanza de poder intercambiar ideas con ella y ellos, pues tengo la certeza de que podrán iluminar esta conversación.

Como posibles recomendaciones a futuro, si la editora y editores deciden buscar una segunda edición y/o una traducción de la obra al español (¡ambas muy deseables!), sería estupendo

que pudiera incluirse el estudio de otros sistemas que, aunque no sean formalmente federales, sí cuentan con niveles altos de descentralización o competencias delegadas. En el caso de Estados de organización central, pero con entidades subnacionales con fuerte grado de autonomía jurídica y político-administrativa dentro del Estado, como el caso de España que se incluye, los retos y estrategias para la debida implementación de la CDPD en todo el territorio nacional son muy similares a los de un Estado federal (como queda ilustrado, por ejemplo, en la *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030*, especialmente pp. 64 y 97).

Quisiera destacar, por último, uno más de los muchos aspectos de valor añadido del libro. Es cierto que el análisis de la aplicación de la CDPD a sus destinatarias no es el objetivo principal de la obra. Sin embargo, es de resaltar que del capitulado también se desprende un rico bagaje informativo y analítico sobre los avances, retos y asignaturas pendientes en relación con la implementación misma de la CDPD en tanto que instrumento de derechos fundamentales respecto de la experiencia vivida y el disfrute de derechos por parte de las personas con discapacidad.

Como puede observarse, además de su indudable valor académico, el libro resulta de tremenda utilidad práctica. Sirve de orientación, mirada comparativa, anclaje crítico y ejemplo de medidas exitosas, tanto para practicantes jurídicos y sociales como para funcionarios públicos en el campo de la política pública, el área legislativa y la esfera judicial, así como para las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la cuestión de la discapacidad y las propias personas con discapacidad. Al final, son ellas, las personas con discapacidad como titulares de derechos, las destinatarias de nuestra reflexión conjunta como sociedad y el centro de acción e inspiración de todo lo que en este relevante libro se analiza.

Esta obra se encuentra destinada a ser de referencia obligada en el ámbito tanto de los estudios federales y constitucionales, como en el de los derechos de las personas con discapacidad. Por su amplio lente comparativo a cargo de personas académicas y profesionales de primer nivel, por su excelente comprensión de los principios que sustentan las disciplinas, y por las valiosas pistas sobre su probable evolución futura, la editora y editores, y las autoras y autores de esta obra merecen un gran elogio.

Dorothy Estrada Tanck

Universidad de Murcia, España

<https://orcid.org/0000-0002-9863-8576>

GARRIDO LÓPEZ, Carlos, *Del centralismo a la generalización de las autonomías. La práctica del principio dispositivo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, 457 pp, ISBN: 978-84-1163-351-2.

<https://doi.org/10.18543/ed.3116>

Fecha de recepción: 26.02.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

No hay trabajo académico firmado por Carlos Garrido que no se caracterice por la rigurosidad analítica y por una redacción estimulante, y cuidada, que acompaña al lector de principio a fin. Esta monografía, la cuarta firmada por el autor, no es, evidentemente, una excepción.

El profesor Garrido aborda en esta ocasión los siete años electrizantes en los que España transitó del centralismo a las autonomías y, simultáneamente, de la dictadura a la democracia —una dimensión que, si bien no constituye el objeto del trabajo, lo impregna inevitablemente—. Garrido logra, en todo caso, pese al trepidante ritmo al cual se sucedieron los acontecimientos en los albores de la democracia, construir un discurso sereno que le permite detenerse, pormenorizadamente, aunque sin perder la panorámica general, en los detalles del proceso autonómico: en sus condicionantes jurídicos y, muy especialmente, en los

político-institucionales, tal y como exige una concepción comprensiva, y no meramente descriptiva, de la metodología constitucional. Con ello, el autor ofrece a quien se acerque a la obra valiosas claves para comprender el dinamismo que, todavía en la actualidad, caracterizan a nuestra forma de Estado. En un momento de verdades líquidas, la solidez del análisis del profesor Garrido sirve como antídoto contra la desmemoria, que no es sino la antesala del abuso.

Desde el punto de vista estructural, la obra cuenta con seis capítulos y una vasta bibliografía, con más de trescientas entradas, a las que deben añadirse las fuentes documentales —periódicas e institucionales— en las que se apoya el autor para construir el pormenorizado relato que presenta. El mismo arranca en las postrimerías del franquismo, y en la toma de conciencia de las disfuncionalidades administrativas y desequilibrios territoriales

provocadas por el centralismo. La lectura de estos primeros compases de la monografía resulta especialmente elocuente para quienes quieran hacer resonar los tambores de la recentralización.

Garrido subraya cómo la integración del mercado nacional y la mejora de las comunicaciones en la década de los sesenta, comportó que aquellas regiones incipientemente industrializadas experimentasen un sólido desarrollo, a diferencia, y en detrimento, de las demás. En consecuencia, el principal desencadenante de la conciencia regional en la mayor parte de los territorios españoles fue la percepción del grave deterioro económico y la sensación de expolio. Y, ante el inmovilismo franquista, que pese a algunos tímidos intentos no logró superar el centralismo, el antifranquismo asoció la democracia con el autogobierno de las comunidades regionales. La reivindicación territorial en España, si bien contaba con perfiles propios en cada territorio –de los que da cuenta Garrido–, distaba de estar circunscrita a los territorios singularizados por el arraigo del nacionalismo. Se trataba de una reivindicación general y mayoritaria, siendo reflejo de ello el rechazo del modelo centralista del franquismo, ya durante la Transición, por parte de todas las formaciones políticas. El panorama, desde luego, era muy diferente al vivido en 1931, donde los principales partidos disentían sobre la organización territorial más deseable que debía adoptar la II República.

El segundo capítulo arranca con la celebración de elecciones generales el 15 de junio de 1977 y la inmediata exigencia, desde los nacionalismos

periféricos y la izquierda vasca y catalana, del restablecimiento inmediato de sus Estatutos de autonomía aprobados durante el periodo republicano. En ambas regiones se constituyeron asambleas de parlamentarios, pero éstas se extendieron inmediatamente a otros territorios y desembocaron en la generalización de entes preautonómicos en trece de ellos –cuya naturaleza, organización y funciones analiza el autor con cuidado–. Las preautonomías, apunta Garrido, si bien encauzaron las demandas de autogobierno regional y proporcionaron rodaje administrativo a las élites regionales, cerraron igualmente el ciclo de la movilización popular a favor de la autonomía, pues la reivindicación quedó institucionalizada, actuando desde ese instante los partidos como mediadores. Y, además, no fueron óbice para la constitucionalización del principio dispositivo por el que el constituyente renunció, *de facto*, a dibujar el mapa autonómico.

Sobre la teoría y práctica del principio dispositivo en los procedimientos constitucionales de acceso a la autonomía versa, precisamente, el tercer capítulo de la monografía. La constitucionalización de este principio quiso compatibilizar la inmediata satisfacción de las demandas de los nacionalismos periféricos con el derecho de las demás regiones a lograr, en un horizonte temporal menos apremiante, similar grado de autonomía. Sin embargo, como apunta Garrido, este acceso asimétrico y gradual pretendió lograrse previendo unos procedimientos de iniciativa tan prolijos que provocaron que el proceso de formación de la mayoría de

Comunidades Autónomas fuese un laberinto jurídico-político.

Este capítulo, tras analizar desde el punto de vista normativo los interrogantes que abrían las diferentes vías constitucionales de acceso a la autonomía, estudia los cambios producidos en la composición de los entes preautonómicos como consecuencia de las elecciones, generales y municipales, de marzo y abril de 1979. Como recuerda el autor, la composición de estos órganos era determinante por múltiples motivos entre los que destaca, especialmente, la privilegiada posición política de estos órganos que, con base en el la DT 2ª de la CE, podían sustituir con su mayoría la iniciativa autonómica de las diputaciones provinciales y los órganos interinsulares correspondientes. Teniendo ello presente, el capítulo concluye analizando los primeros supuestos de aplicación de las normas referidas al proceso autonómico, comenzando por la negociación y aprobación de los Estatutos de autonomía de Euskadi y Cataluña, que estuvieron caracterizadas, como subraya el autor, por la divisa napoleónica “*on s’engage et puis on voit*” y fueron un reflejo muy señalado de la improvisación que caracterizó todo el proceso autonómico. En cualquier caso, pese a que los textos finalmente aprobados fueron depurados durante la tramitación parlamentaria para garantizar su encaje dentro del marco de la Constitución –frente a las pretensiones iniciales de los impulsores–, las fuerzas nacionalistas, quizás con la salvedad de ERC, quedaron satisfechas del resultado, que comportaba alcanzar un nivel de autogobierno sustancialmente superior al

previsto por el constituyente republicano en 1931.

El Capítulo 3, por último, da cuenta de la apertura del proceso autonómico en Galicia, con base también en la DT 2ª CE; en Andalucía, País Valenciano, Canarias y Aragón por la vía del artículo 151 CE; y en buena parte del resto de territorios por la vía del artículo 143 CE, con la salvedad de Baleares, Extremadura, Murcia, Castilla-La Mancha y Madrid, por motivos diversos expuestos por Garrido. El caso navarro discurriría por el cauce de la DA 1ª CE. El sistema, no obstante, otorgaba un protagonismo indiscutible a los representantes locales de los partidos políticos en todos los casos, quienes “imprudentemente” –denuncia el autor– crearon unas expectativas sobre el resultado del proceso que no estaban en condiciones de satisfacer.

El Capítulo 4 se dedica al estudio del giro territorial de la UCD tras la aprobación de los estatutos vasco y catalán, cuando trató de rectificar la dinámica emuladora activada en otras regiones provocando el bloqueo, en consecuencia, del resto de procesos autonómicos. La rebaja de contenidos del proyecto estatutario gallego destaca por ser el primer síntoma de este giro. A ello hay que sumar que, a los ojos de los centristas, el resto de los territorios debían acceder a la autonomía por la vía del artículo 143 CE, pues la discreta participación en los referéndums de aprobación de los estatutos vasco y catalán hacía que la generalización de este instrumento no resultase políticamente atractiva. UCD emprendió esta empresa en solitario, pues, aunque buscó la complicidad de la dirección socialista, no la encontró

por motivos más organizativos que estratégicos. Y su decisión impactó, de lleno, en el proceso autonómico andaluz –este ya muy avanzado, y donde UCD propugnaría la abstención en el referéndum de acceso a la autonomía– y en los procesos autonómicos valenciano, canario y aragonés. En estos tres últimos casos, la forma de vehicular normativamente esta decisión política fue la introducción en la Ley Orgánica reguladora del referéndum de requisitos adicionales en la vía de acceso del artículo 151 CE, pese a la dudosa constitucionalidad de la decisión, tal y como se denunció en los informes elaborados por los departamentos de Derecho Político de las universidades de Zaragoza y Valencia. La paralización de los procesos autonómicos devino en crisis de Estado, que cristalizó en la presentación de una moción de censura donde el candidato alternativo, Felipe González, abogó por la equiparación del estatuto gallego al vasco y catalán, por una nueva modificación de la Ley Orgánica reguladora del referéndum para superar el resultado insuficiente de la provincia almeriense en el referéndum de acceso a la autonomía, que impedían la constitución de Andalucía por la vía del artículo 151, y por desbloquear “sin imposiciones” la situación de bloqueo creada en los procesos de País Valenciano, Canarias y Aragón.

El penúltimo capítulo de la monografía, el quinto, aborda, tras la rectificación de UCD, el desbloqueo de los procesos autonómicos en Galicia y Andalucía; la reconducción con acuerdo de los socialistas de la iniciativa autonómica en Canarias, País Valenciano y Aragón y, en definitiva, la

reactivación de los procesos en el resto de las comunidades: bien iniciando la tramitación parlamentaria de los proyectos estatutarios, como fue el caso de Asturias, Cantabria, Canarias, Murcia y La Rioja; bien elaborando proyectos estatutarios en Aragón, País Valenciano, Extremadura y Baleares –o negociando el amejoramiento foral en Navarra–; bien, por último, iniciando la andadura en Castilla y León, Castilla-La Mancha y Madrid, donde el proceso había encallado especialmente. En el caso castellanoleonés, por la negativa segoviana a integrarse en la Comunidad Autónoma y por la revocación de los acuerdos locales en la provincia de León; en el caso manchego por la vinculación afectiva y funcional de Albacete y Guadalajara a Murcia y Madrid, respectivamente; y en el caso madrileño porque los socialistas de la capital, con el alcalde Tierno Galván a la cabeza, abogaban por la integración en Castilla-La Mancha: una decisión que posiblemente habría alterado algunas de las dinámicas actuales del Estado autonómico.

Sin embargo, en los primeros compases de 1981, aunque los procesos autonómicos más conflictivos se habían logrado encauzar, el tira y afloja entre la UCD y el PSOE no se había superado por completo. El 23-F constituyó, sin duda, un punto de inflexión y propició la concentración entre las dos principales fuerzas políticas, que desembocaría –asumiendo los postulados del Informe de la Comisión de Expertos– en los Acuerdos autonómicos de 31 de julio de 1981. Garrido se detiene a analizar el contenido de dicho Informe, que se dirigió, fundamentalmente, a corregir los problemas organizativos derivados de

la utilización incondicionada del principio dispositivo, así como a estudiar la naturaleza y alcance del subsiguiente Acuerdo entre partidos, que desplegó efectos en el plano político, pero no en el jurídico, donde continuaba rigiendo el principio dispositivo. Solo la democracia de partidos, evidencia el autor, hizo posible trasladar a la esfera de lo jurídico lo pactado en el ámbito estrictamente político, y uno a uno fueron aprobándose los Estatutos de autonomía de igual manera que caen las piezas de dominó: La Rioja, Murcia y la Comunidad Valenciana primero; Aragón, Castilla-La Mancha y Canarias, después; tras la celebración de las elecciones generales de octubre de 1982, y certificado el desplome de la UCD, los Estatutos de Extremadura, Baleares y Madrid y, por último, el Estatuto de Castilla y León, siendo necesario para ello la tramitación previa de un proyecto de ley con base en el artículo 144 CE, respecto a Segovia, que daría lugar a la –no exenta de controversia, desde el punto de vista interpretativo– STC 100/1984, de 8 de noviembre.

En definitiva, frente a la tesis de la existencia de dos tipos de comunidades autónomas de naturaleza diversas, tras los Acuerdos autonómicos prosperó la idea de un solo tipo de comunidad autónoma, con idéntica organización institucional, aunque con diferentes ritmos temporales de asunción de competencias. En este sentido, el techo competencial valenciano y canario –no así el aragonés, atendiendo a su menor

peso político–, se vio incrementado desde un primer momento gracias a la LOTRAVA y a la LOTRACA. Garrido también analiza, en el marco del artículo 150 CE, aunque con diferente sentido, el contenido del proyecto de LOAPA y los –escasos– efectos que tuvo su declaración de inconstitucionalidad por STC 76/1983, de 5 de agosto, pues buena parte de su contenido normativo fue asumido como acervo jurisprudencial por parte del TC, lo que dio el pistoletazo de salida –aunque eso sea ya harina de otro costal– a lo que ha terminado por ser el Estado jurisdiccional autonómico.

Pese a las dificultades analizadas, o quizás precisamente porque las mismas fueron superadas con ingenio y generosidad, el balance que realiza el profesor Garrido de la etapa de construcción del Estado de las Autonomías es “extraordinariamente positivo”. La culminación del proceso autonómico, en efecto, permitió vislumbrar con nitidez un nuevo horizonte donde existirían los mimbres jurídicos necesarios para alcanzar la integración y dinamización territorial. Para todos aquellos que consideren que hoy este horizonte se ha desdibujado, la lectura de la monografía del profesor Garrido resulta alentadora, pues acerca con detalle al lector a un momento –más próximo que lejano en términos históricos– en el que fuimos capaces, pese a no pocos avatares, de terminar afrontando el debate político, en su dimensión territorial, con racionalidad.

Pablo Guerrero Vázquez

Profesor Permanente Laboral de Derecho Constitucional

Universidad de Zaragoza, España

<https://orcid.org/0000-0003-2632-1489>

SIMÓN CASTELLANO, Pere, *La evaluación de impacto algorítmico en los derechos fundamentales*, Aranzadi, 2023. pp. 160. ISBN: 978-84-1124-621-7.

<https://doi.org/10.18543/ed.3117>

Fecha de recepción: 09.02.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

La obra de cuya recensión me ocupo con gustoso interés jurídico es de la autoría individual del Prof. Dr. Pere Simón Castellano, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Internacional de La Rioja y cuenta con el excelente prólogo del Prof. Dr. Fernando Miró Linares, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Miguel Hernández de Elche.

Este trabajo es fruto del concienzudo estudio que sobre inteligencia artificial y protección de datos de carácter personal ha venido desarrollando el autor de la obra, como investigador jurídico, en los últimos tiempos¹. El libro

combina un enfoque teórico y práctico, centrándose en examinar los criterios a considerar para el diseño y utilización de las herramientas normativas que, en el futuro –muy– próximo, deberían orientar el avance e implementación de sistemas que operen con inteligencia artificial, los cuales ponen sobre la mesa un importante desafío en lo que

Además, su publicación se integra como parte del proyecto TED2021-129356B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y la Unión Europea “Next-GenerationEU”/PRTR. Y con mayor precisión, esta monografía es producto del proyecto intitulado «Sobre las bases normativas y el impacto real de la utilización de algoritmos predictivos en los ámbitos judicial y penitenciario», con acrónimo Ius-Machina, referencia (TED2021-129356B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en la Convocatoria 2021 – «Proyectos de Transición Ecológica y Transición Digital», en el que el autor participa como investigador del grupo de investigación.

¹ De hecho, este trabajo nace como resultado principal de una estancia de investigación que el investigador realizó en el *Istituto di studi penalistici* “Alimena” – ISPA Centro interdepartimentale dell’Università della Calabria, en el marco del proyecto intitulado *Diritto penale e identità nel metaverso*, acrónimo DIRITTOEMETA.

conciene a la salvaguarda de los conocidos como derechos fundamentales, especialmente, derecho a la intimidad, derecho a la autodeterminación informativa y derecho al entorno virtual.

El autor parte del análisis de la naturaleza jurídica de las evaluaciones de impacto algorítmico en nuestro ordenamiento jurídico, prestando especial atención a cómo se efectúa la recepción de una práctica habitual en los modelos del derecho común que, al margen de las pautas éticas a las que obedecen, se sustentan en un traspaso de la responsabilidad y el deber de ponderar, una labor que ahora se requiere a las empresas y administraciones públicas involucradas.

La monografía, que demuestra un magnífico dominio de la metodología investigadora y un excelso manejo de fuentes doctrinales, legales y jurisprudenciales, se encuentra perfectamente estructurada en dos partes bien diferenciadas, situadas tras una introducción, a modo de análisis del estado de las cosas, y colocadas de forma lógicamente previa a las conclusiones y al epílogo (habiendo sido este último redactado por el Prof. Dr. Mario Caterini, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de la Calabria y Director del *Istituto di Studi Penalistici* “Alimena” – ISPA).

Adentrándonos ya en el contenido de la monografía, hemos de reseñar que la primera parte lleva por título “La evaluación de impacto algorítmico (EIA) y la ponderación de derechos fundamentales”. En la misma, inicialmente y como una suerte de introducción o composición de lugar, se toma como punto de partida el estudio de los antecedentes y el origen del

principio de responsabilidad proactiva para descender a continuación al análisis de la ponderación *ex ante* de los derechos fundamentales que entran en juego. En este contexto y como no podía ser de otra forma, se alude al principio de proporcionalidad en el marco judicial y como límite interno a la función del legislador, teniendo en cuenta que este parámetro conforma, al fin y a la postre, el límite a los límites de los derechos fundamentales.

De manera más concreta, también en esta primera parte, se pone el acento en los particulares y las administraciones públicas con funciones de evaluación y ponderación de derechos *ex ante*. Asimismo, se comenta el precedente de la Agencia Española de Protección de Datos y su expansión de competencias. Amén de lo anterior, el autor no deja de lado los aspectos más palpables de la práctica jurídica y así analiza el llamado derecho al olvido, sugiriendo (como objeto de cuestionamiento) la siguiente hipótesis: ¿un falso derecho, a juzgar por un falso tribunal? De igual modo, analiza la Ley de Inteligencia Artificial tratándola como una norma basada en el enfoque de riesgo.

Seguidamente desciende al estudio del contenido de la evaluación de impacto algorítmico (EIA) y el juicio de proporcionalidad, donde se deben tener en cuenta determinados presupuestos que va desgranando en diferentes subapartados:

1. El objeto de evaluación (decisión algorítmica automatizada) y los límites de los sistemas de IA (Inteligencia Artificial) en función de la tecnología concreta.

2. La publicidad de los informes EIA (Evaluación del Impacto Algorítmico) y la obligación de registro público.
3. La gestión interna de (auto) evaluaciones de impacto algorítmico, dirigida en la línea de lograr la construcción de un modelo de Inteligencia Artificial confiable que resulte acorde a las exigencias del debido proceso, la justicia y la equidad.
4. El acceso significativo por parte de desarrolladores, investigadores y auditores, que debe conducir a la continua revisión y mejora del sistema².
5. La evaluación de impacto dispar.

El broche a esta primera parte lo ponen, de un lado, el examen de la naturaleza jurídica y el papel de las EIA en la protección efectiva de los derechos fundamentales y, de otro lado, la consideración de las EIA como herramienta esencial para la minimización de riesgos, sesgos y daños (elementos que precisamente constituyen las principales afrentas que los modelos algorítmicos plantean para los derechos fundamentales).

La segunda parte se expone bajo el título “Metodología para la evaluación

de impacto algorítmico (EIA). Modelos en perspectiva comparada”. Y el autor concentra aquí su atención, primeramente, en proporcionar una definición para el contexto, alcance y naturaleza del sistema de Inteligencia Artificial (IA), lo que se configura como punto de partida para la Evaluación del Impacto Algorítmico (EIA). Acto seguido, examina la perspectiva de la EIA, haciendo especial hincapié en los siguientes puntos: consecuencias, derechos e intereses legítimos potencialmente empleados, tecnología utilizada, terceros implicados (como proveedores, clientes, vendedores, auditores y desarrolladores –resaltando la mención al denominado *Third Party Risk Management*–) y principales riesgos (entre los que destacan fundamentalmente: la desinformación, la discriminación –y la evaluación del impacto dispar–, la indefensión, así como el fenómeno de segunda oportunidad algorítmica).

Ulteriormente, el investigador se detiene en el examen de los elementos de la EIA, la motivación y la ponderación, explicando los criterios para constatar que se cumplen debidamente el juicio de necesidad (relativizado), el juicio de idoneidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Por último, se facilita una visión de derecho comparado, que enriquece notablemente la obra y en la cual se comentan, desde una óptica de análisis crítico, los aspectos esenciales de distintos modelos de EIA y, en particular, los que se relacionan a continuación:

El canadiense *Algorithmic Impact Assessment*

² En relación con este extremo, el autor, con acertado criterio, asevera que “*como en cualquier sistema de cumplimiento normativo, las EIA deberán ser objeto de revisión e incluso reevaluación de forma periódica y recurrente, incluidas las medidas, controles y requisitos técnicos u organizativos que se hayan establecido para minimizar los riesgos inherentes, alcanzando por ende unos niveles de riesgo residual que estén dentro del umbral de aquello considerado aceptable o tolerable*”.

La herramienta AIA del Gobierno de Estados Unidos

El modelo FRAIA de Países Bajos

OEIAC. El modelo PIO (Principios, Indicadores y Observables)

Igualmente, se hace referencia al *Ada Lovelace Institute* y al *Model Rules* del European Law Institute

Llegados a este punto y tras haber resumido el contenido sustancial de la obra, no podemos hacer otra cosa más que aconsejar su manejo como libro de cabecera en el marco de la denominada nueva era digital. Sin duda, se trata de un referente en lo que respecta al uso y aplicación garantista de los algoritmos en el ámbito jurídico, pues, si bien resulta absurdo e inútil situarse de espaldas a los avances tecnológicos y de la IA, tampoco cabe tolerar que los mismos deriven en la pérdida de la salvaguarda de los derechos fundamentales.

La obra, de extensión adecuada, resulta amena y clarificadora. La lectura de sus distintos apartados permite ilustrarse acerca de prácticamente todos los extremos controvertidos y de relevancia en materia de IA aplicada al campo jurídico. Asimismo, proporciona respuestas a diversas cuestiones de incidencia y repercusión práctica y social.

Los juristas no podemos permanecer ajenos a este nuevo paradigma y hemos de concentrar nuestros esfuerzos en comprender, como bien señala, SIMÓN CASTELLANO, los efectos del principio de responsabilidad proactiva, tratando de definir, con criterios jurídicos estables, los elementos que deben formar parte de ese juicio y cómo deben interpretarse los resultados. No podemos eludir los avances que vienen de la mano de la tecnología y la Inteligencia Artificial, pero hemos de aprender a utilizarlos de manera fidedigna y garante. Precisamente, a esta labor contribuye la monografía que nos ocupa.

Además, coincidiendo con la tónica que mantiene el autor, no podemos perder de vista, en esta temática que supone un claro desafío jurídico-práctico, que *“existen tantos modelos de EIA como tipos de IA, posibles usos y actores implicados. Sin embargo, no es imposible y, de hecho, es más que aconsejable, hacer un esfuerzo por tratar de sistematizar y categorizar una serie de cuestiones, factores, parámetros y elementos que deben analizarse en todo caso y que, en función de la respuesta, permitirá establecer unos niveles de riesgo inherente muy cercanos a la realidad”*.

María Victoria Álvarez Buján

Profesora Contratada Doctora.

Universidad Internacional de La Rioja, España

<https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

VILLALBA CLEMENTE, Francisco Gabriel, *El modelo constitucional de organización y financiación territorial en la República Federal de Alemania: Aportaciones al modelo español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, 537 pp., ISBN 978-84-1169-523-7.

<https://doi.org/10.18543/ed.3118>

Fecha de recepción: 13.03.2024

Fecha de aceptación: 08.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

La innegable inspiración de la Constitución española en la Ley Fundamental de Bonn se constata, en particular, en la configuración de muchas de las instituciones propias de nuestra descentralización política. No es casual que tanto Alemania como España se compongan de entes subestatales con competencias de carácter legislativo, ejecutivo, administrativo y financiero (lo que los convierte en los más autónomos de la Unión Europea¹), pues la evidente eficacia del

primer modelo ha estado presente en la construcción (estatutaria y jurisprudencial) del segundo, que llega hasta nuestros días².

de Navarra y del País Vasco por el parcial traspaso de sus competencias a Álava, Vizcaya y Guipúzcoa. *Vid.*, desde 1950 a 2010, para 81 Estados, en Liesbet Hooghe *et al.*, «Measuring Regional Authority. A Post-functional Theory of Governance», vol. I (Oxford: Oxford University Press, 2016). Una actualización parcial de 45 Estados hasta 2016 en Arjan H. Schakel *et al.* «Final Report on Updating the RAI (2010-2016)» (Bruselas: Comisión Europea, 2018).

² En palabras de Hernández Lafuente, Director General de Cooperación Territorial entre 1988 y 1996, en la fijación de los elementos definitorios del Estado autonómico no concretados por la Constitución se asumieron categorías del federalismo alemán “no solo por ser una experiencia de funcionamiento muy desarrollada, sino por la evidente eficacia del mismo” (Adolfo Hernández Lafuente, «La participación de las comuni-

¹ De acuerdo con el Índice de Autoridad Regional (RAI), elaborado por la Universidad de Oxford, que evalúa los niveles de autonomía y gobierno de los entes territoriales de casi un centenar de Estados democráticos, los *Länder* alemanes son las regiones más autónomas del mundo. En segundo lugar se encuentran los cantones suizos y, tras ellos, la Comunidad Foral de Navarra y los Estados australianos. En el puesto duodécimo el resto de las comunidades autónomas a excepción

Con esta premisa, Francisco Gabriel Villalba Clemente aborda en *El modelo constitucional de organización y financiación territorial en la República Federal de Alemania: Aportaciones al modelo español*, libro resultado de su investigación doctoral, la concreta influencia del modelo territorial alemán en España en cuanto a la organización y financiación se refiere.

El trabajo comienza con una parte I destinada a realizar un concienzudo análisis de la forma de Estado en Alemania. En él sobresale el examen sobre los principios constitucionales reguladores de los niveles de organización territorial, así como el detenido repaso por la distribución vertical y horizontal de competencias, a lo largo del cual se presta particular atención a las distintas reformas de la Constitución alemana y a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional Federal en interpretación de la norma suprema del ordenamiento germano. Es especialmente reseñable en este punto la atención prestada por el autor a la principal bibliografía alemana sobre la materia, que está siempre contextualizada y en consonancia con la evolución y las sucesivas enmiendas de la Ley de Bonn. Tras ello, el trabajo enfatiza en la distribución vertical de las competencias legislativas, donde a partir de un detallado examen de las distintas competencias

en función de su tipo legislativo se hace hincapié en los mecanismos de resolución de conflictos previstos por la Ley Fundamental, que varían en función de las concretas características de cada uno de ellos y, en palabras del autor, están tan desarrollados en la Ley de Bonn que “dejan muy poco espacio para los vacíos o las lagunas competenciales”, a diferencia de lo que sobre esto estipula el Título VIII de la Constitución española.

La parte II del libro se orienta al modelo de financiación territorial alemán en sentido estricto. En tal sentido, Villalba Clemente comienza por exponer brevemente los tres caracteres básicos del sistema de financiación alemán: su plena constitucionalización, su uniformidad y simetría financiera, y la solidaridad como base de la igualdad material. Tras examinar de modo sucinto lo que disponen los artículos 105, 106 y 108 de la Constitución sobre el reparto de competencias tributarias y los criterios de distribución del gasto público entre la Federación y los Estados, el autor procede a desarrollar la evolución histórica del sistema de financiación territorial a partir de sus seis reformas: la de 1955, la de 1967, la de 1969, la de 2006, la de 2009 y la de 2017. Con base en la sucesiva configuración de todas ellas se extrae la regla general del sistema de financiación, que, plasmada en el artículo 104.^a 1 de la Ley Fundamental, ha sido objeto de muy divergentes interpretaciones: “La Federación y los *Länder* asumen por separado los gastos que resulten del cumplimiento de sus tareas, siempre que la presente Ley Fundamental no disponga otra cosa”. Esta regla se complementa con

dades autónomas en los asuntos comunitarios europeos», editado por Ministerio para las Administraciones Públicas, «*La participación de las comunidades autónomas en los asuntos comunitarios europeos*» (Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1995, 162).

lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 106.3 y se exceptúa en cuatro contextos bien señalados por el autor: cuando los *Länder* actúan en régimen de administración por encargo de la Federación; en los casos de ayuda financiera federal; en los supuestos de financiación de las llamadas “tareas comunes”; y cuando la Federación, por iniciativa propia, prevea la creación de instituciones que supongan una carga financiera para un *Land*. Sentado lo anterior, el Profesor de la Universidad de Alicante analiza con detalle los tres principios fundamentales del sistema de financiación alemán: la materialización de los principios de unidad y de lealtad federal en la autonomía financiera, la autonomía presupuestaria, la responsabilidad financiera, la transparencia financiera y la prohibición de la doble imposición; el aseguramiento de la homogeneidad en las condiciones de vida en todo el territorio nacional; y el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria como premisa para mantener la funcionalidad en el seno del Estado en el contexto de la forma ordinal de la germana.

Lo hasta aquí reseñado es el sustento que permite al investigador trazar tres grandes ejes para comprender el modelo alemán y, eventualmente, trasladar sus disposiciones al español.

El primer eje tiene que ver con los precitados artículos 105, 106 y 108 de la Ley de Bonn. Al respecto, el doctor Villalba Clemente se centra en dos cuestiones: primero, el marco jurídico vigente del sistema de distribución de ingresos y del reparto de competencias legislativas a nivel tributario entre la Federación y los

Länder; y, segundo, su evolución y las reformas de los preceptos referidos a ello. Tras un detenido examen, concluye con una propositiva recapitulación sobre el reparto de las competencias tributarias y la distribución del gasto público.

El segundo de los ejes se centra en el sistema de compensación interterritorial de Alemania, donde el principio de solidaridad, elemento nuclear, se analiza también desde la doble óptica normativa y evolutiva; en este caso, resaltando sobremanera los datos históricos, económicos y políticos que complementan y enriquecen el examen jurídico.

Finalmente, el tercer eje se centra en los límites al endeudamiento público, una vez más estudiados desde el plano normativo e histórico; a lo que se añade una comparativa con el modelo español que resulta de especial interés tanto por el conocimiento plasmado por el autor sobre los dos regímenes como por la sistematicidad de los cinco puntos estudiados.

Por último, el trabajo finaliza con 15 conclusivas reflexiones que ponen de manifiesto las convergencias y divergencias entre el modelo alemán y el español. Sintetizando la óptica del autor, la configuración sobre la materia en ambos Estados parece estar orientada a alcanzar unas “condiciones de vida similares” para sus ciudadanos, pero mientras que en Alemania los cambios en el sistema se producen mediante reformas constitucionales, en España se abordan a nivel legal.

En este preciso contexto, como acertadamente sostiene Camisón Yagüe en el prólogo de la obra, todo

estudio que analice el modelo constitucional alemán, en tanto inspiración del español, debe ser bienvenido. Ello sucede en todavía mayor medida si, como en este caso, el estudio

goza de una calidad, reflexión, profundidad y naturaleza propositiva que, sin lugar a dudas, consagra al libro de Villalba Clemente como una luminosa referencia en la materia.

Miguel Ángel Sevilla Duro

Profesor e investigador posdoctoral FPU en Derecho Constitucional
Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, España
<https://orcid.org/0000-0002-6759-0020>

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 DinA 4.
 - Los párrafos estarán en interlineado sencillo (1), justificado y primera línea sangrada en un tabulador.
 - Ejemplo:
«La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) ha sido la operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y ...»
 - El tipo y el tamaño de la letra será Times New Roman 12. En las notas a pie de página el tipo y tamaño de la letra será de Times New Roman 10.
 - El título del artículo en Times New Roman 14, mayúscula, negrita y centrado.
 - Ejemplo: **LAS CAUSAS DE CONEXIÓN PENAL**
 - Los títulos de los distintos apartados:
 - Primer rango de apartado: Times New Roman 12, mayúscula y negrita.
 - Ejemplo: **I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS**
 - Segundo rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y negrita.
 - Ejemplo: **1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva**
 - Tercer rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y cursiva.
 - Ejemplo: *1.1. La llamada conexión objetiva o instrumental*

- Cuarto rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula.
 - Ejemplo: 1.1.1. La conexión subjetiva
 - Los siguientes rangos de apartados si fuese necesario en Times New Roman 12, minúscula y precedidos primero por una letra en mayúscula seguido por un paréntesis, y segundo por una letra en minúscula seguido por un paréntesis.
 - Ejemplo: A) La conexión indirecta
 - a) Una de las perspectivas de la conexión indirecta
 - El sumario que deberá figurar antes del texto principal deberá incluir un apartado de conclusiones, así como de bibliografía.
 - Ejemplo: SUMARIO: I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS. 1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva. 2. Razones para acumular o no el enjuiciamiento de delitos conexos. II. LOS NEXOS DE CONEXIÓN TRAS LA REFORMA. 1. Nexos de conexión que se mantienen: las llamadas conexión subjetiva y conexión objetiva. 1.1. La llamada conexión subjetiva. 1.2. La llamada conexión objetiva o instrumental. 1.2.1. Los nuevos nexos de conexión. 1.2.2. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.
4. **Normas de edición.** Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán siguiendo el manual de estilo de Chicago (CMOS), preferentemente usando el sistema ‘Autor-fecha’.

Notas y bibliografía: ejemplos

Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada. En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

¹ Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

¹⁸ Duch, *Mito...*, 15.

²¹ Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

²² Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

² Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

Tres autores

³ Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

⁷² Natalia Ojeda et al., *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

¹⁰¹ Ojeda et al., *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

² Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

³ Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

Editor, traductor o compilador además de autor

¹ Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

¹⁸ Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

Capítulo u otra parte de un libro

¹ Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

¹⁹ Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

¹ James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

² Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI–XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

¹ Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

¹⁴ Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

¹ Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

² Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

³ Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.

⁴ Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

¹ María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.

³⁴ Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

Artículo en una revista en línea

¹ Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

¹⁵ Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

² Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

⁴ Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

4. Reseña del libro

¹ David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

² Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

5. Tesis o tesina

¹ Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

³ Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

² Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).

⁴ Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

² «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

³ José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

Blog de Lengua española. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía.

² Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

⁷ Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar.

⁸ Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

⁹ Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos.

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty».

Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

Norma jurídica

² Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (*BOJA* núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).

³ Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (*BOE* núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).

Jurisprudencia

Debe citarse haciendo referencia al órgano que la dicta, el número —si lo hay— y la fecha, usando abreviaturas para el término *sentencia* y la mención del órgano que la dicta.

El texto de la STC 185/2012, de 17 de octubre, se refiere, en sus Antecedentes...

Autor-fecha: ejemplos

Los siguientes ejemplos ilustran las citas que se utilizan en el sistema autor-fecha. Cada ejemplo de una entrada de la lista de referencia va acompañado de un ejemplo de su correspondiente cita entre paréntesis en el texto. En las entradas de la lista de referencia se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En los casos en los que el sistema autor-año se complementa con notas a pie de página o final de capítulo, la mención de la fuente en las notas se realiza igual que cuando se hace en el cuerpo del texto. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 15 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*. Para ver ejemplos de las mismas citas utilizando el sistema de notas y bibliografía, véase el capítulo 14.

1. Libro

Un autor

Duch, Lluís. 1998. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder.

Segura, Santiago. 2012. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.

(Duch 1998, 99-100)

(Segura 2012, 74-76)

Dos autores

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. 1993. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.

(León y Montero 1993, 25)

Tres autores

Borrego Nieto, Julio, José J. Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.
(Borrego Nieto, Gómez Asencio y Prieto de los Mozos 1986)

Cuatro o más autores

En la entrada de la lista de referencias se incluye a todos ellos. El orden y la puntuación son los mismos que en el caso de los libros con dos o tres autores. En el texto se da solo el apellido del autor que aparece en primer lugar, seguido de *et al.*
(Ojeda et al. 2009, 128-129)

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

Notario Ruiz, Antonio, ed. 2005. *Contrapuntos estéticos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
(Notario Ruiz 2005, 24)

Editor, traductor o compilador además de autor

Fernández Ramírez, Salvador. 1985. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros.
(Fernández Ramírez 1985, 112-23)

Capítulo u otra parte de un libro

Gómez Mendoza, Josefina. 2009. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España.
(Gómez Mendoza 2009)

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

Rieger, James. 1982. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press.
(Rieger 1982, XX-XXI)

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.
Austen, Jane. 2008. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics. Edición en PDF.
(Austen 2008)

Libro consultado en línea

Gutiérrez Ordoñez, Salvador. 1981. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.
Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. 1987. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.
(Gutiérrez Ordoñez 1981)
(Kurland y Lerner, cap. 10, doc. 19)

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

En el texto, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la entrada de la lista de referencias, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

Hernández Guerrero, María José. 2011. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1: 101-118.

(Hernández Guerrero 2011, 115)

Artículo en una revista en línea

Indique el DOI (*Digital Object Identifier*, «Identificador Digital de Objetos»), si la revista utiliza alguno. En caso contrario, señale el URL y la fecha de acceso.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. Acceso el 2 de febrero de 2015. http://www.revistalatinacs.org/11/art/941_Alicante/20_Feliu.html.

(Feliu Albadalejo 2011, 470)

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010, ...»), y, normalmente, se omiten en la lista de referencias. El siguiente ejemplo muestra una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. 2010. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

(Stolberg y Pear 2010)

4. Reseña del libro

Kamp, David. 2006. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

(Kamp 2006)

5. Tesis o tesina

Hernández Rubio, Francisco José. 2010. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

(Hernández Rubio 2010)

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

Rodríguez Vázquez, Silvia. 2012. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre.

(Rodríguez Vázquez 2012)

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...»).

Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación.

Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir la fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

McDonald's Corporation. 2008. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>. (McDonald's 2008)

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012, ...») y, generalmente, se omiten en la lista de referencias. Si es necesaria una entrada en la lista de referencias, cite la entrada del blog, pero mencione los comentarios solo en el texto. (Si se requiere una fecha de acceso, añádala antes del URL).

Ramírez, José Luis. 2012. «Hacer los deberes». *Blog de Lengua española*. Acceso el 17 de marzo. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>. (Ramírez 2012)

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») y raramente se incluyen en la lista de referencias.

(Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011)

Nótese que la cita de una comunicación personal o entrevista puede también complementarse con una nota a pie de página o final de capítulo.

(«Según señala Benjamin Spock en una entrevista realizada por Milton J. E. Senn el 20 de noviembre de 1974,⁸ ...»).

⁸ Spock, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

(Spock, entrevista por Senn, 20 de noviembre de 1974)²

² Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

10. Obra registrada en bases de datos

Para documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de dicha base y, entre paréntesis, el número de identificación recomendado en la misma.

Choi, Mihwa. 2008. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

La mayoría de los escritos legales y públicos citan la documentación en el propio cuerpo, más que en notas, y prácticamente no incluyen bibliografía. Todo escrito legal que necesite algo más que mencionar una fuente en el texto tendrá que recurrir a notas a pie de página o final de capítulo. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 14 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*.

5. **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 72, Issue 1, January-June 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7212024>

Table of contents

Special Issue: Unity and independence of the judiciary in current constitutionalism

Rule of Law and the Right to Judicial Independence: An Inseparable Combination

CIRO MILIONE

The Robot-Judge and its compatibility with the Spanish Constitution. The use of artificial intelligence in the decision-making process by the courts

ELENA PINEROS POLO

The democratic judiciary, a representative power

OLIVER ROALES BUJÁN

The relationship of the judicial branch with executive branch in the Courts Act of 1870

CARMEN RODRÍGUEZ RUBIO

On judicial independence and the governing body of judges: the genuine case of the High Council for the French Judiciary

CECILIA ROSADO-VILLAVEDE

Studies

The security in current constitutionalism: condition of possibility of human dignity

MIGUEL AGUDO ZAMORA

Digital identity theft: towards a necessary criminal protection

GEMMA MARTÍNEZ GALINDO

Sexual harassment at work and criminal liability of legal persons after organic law 10/2022

JOSEFA MUÑOZ RUIZ

The Commonwealth of Cataluña: a first step towards the construction of Spain as a composite State

IGNACIO NATES ALONSO

Artificial Intelligence: Definition, Regulation, and Risks to Fundamental Rights

MARÍA PÉREZ-UGENA COROMINA

Programs for men as a response to gender-based violence in Chile: limits and progress

BARBARA SORDI STOCK

Housing as a fundamental right. International commitments beyond the governing principle

DARÍA TERRÁDEZ SALOM

Legal-constitutional analysis of the family in the national and international sphere. Proposals for a future regulation on the family institution

BEATRIZ VILA RAMOS

May the new EU regulatory proposals on plant breeding compromise innovation? Between the prospects of the NGTs' proposal and the nonsense of the PRM proposal

JUAN ANTONIO VIVES-VALLÉS, LAURA RIESGO

Jurisprudence

Personal freedom and privacy of the pregnant woman against a judicial decision of compulsory hospital admission (STC 66/2022, of June 2)

ANTONIO IBÁÑEZ MACÍAS

Book reviews