

# Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

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

Vol. 73/1, enero-junio 2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7312025>

## Sumario

### Estudios

**El caso español de Ahmed Tommohui y la virtualidad de las pruebas de ADN como pruebas de exclusión**

MARIA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

**Reflexiones sobre la libertad de expresión y las prerrogativas e implicaciones en el hacer parlamentario**

M<sup>ra</sup> ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ

**La dirección pública profesional en España: institucionalización incompleta y claves para su consolidación**

MANUEL ARENILLA SÁEZ, JESÚS LLORENTE

MÁRQUEZ

**Determinación y análisis del sistema de responsabilidad y obligaciones de las plataformas de videojuegos en el Reglamento de servicios digitales**

ALBERTO JOSÉ DE NOVA LABIÁN

**Fundamentos para una educación cívica constitucional. Valores constitucionales y derechos fundamentales en liza**

SUSANA DURO CARRIÓN

**El derecho constitucional a la educación y la IA generativa: propuestas para mitigar la exclusión digital educativa**

PABLO GALLEGO RODRÍGUEZ

**La operatividad de la inteligencia artificial aplicada a las resoluciones judiciales**

M. ISABEL GARRIDO GÓMEZ

**De la censura a la legitimidad: las diferentes estrategias de combate a la desinformación en línea frente a la libertad de expresión**

MARCELO MALHEIROS CERQUEIRA

**El derecho a la protección del medio ambiente a través de la judicialización del cambio climático: principios ambientales y activismo judicial**

JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO

**La aplicación de la proporcionalidad del Derecho penal: jurisprudencia constitucional española y una visión comparada**

WENDY PENA GONZÁLEZ

**Modernización o perpetuidad de las administraciones públicas y sus empleados públicos**

ADRIÁN VARELA RODRÍGUEZ

### Jurisprudencia

**Investigación exhaustiva y eficaz y derecho a la vida. Ante la futura resolución del caso Tarajal en el Tribunal Constitucional tras el Auto 338/2023**

DEISLAVA DIMITROVA

### Recensiones



# Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público



# Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 73/1 enero-junio 2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7312025>

## Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: SCOPUS, SJR, DOAJ, FECYT, ERIH PLUS, ÍNDICES-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+, ANVUR classe 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  
2025

## **Estudios de Deusto**

Revista de Derecho Público

Vol. 73/1 enero-junio 2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7312025>

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) <<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](mailto: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)

**Secretaria General:**

Demelsa Benito Sánchez (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, ERIH PLUS, InDICES-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-473/2024

Fecha de certificación: 30 de julio de 2021 (7ª convocatoria)  
Válido hasta: 24 de julio de 2025



# Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 73/1 enero-junio 2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7312025>

## Sumario

---

### Estudios

- María Victoria ÁLVAREZ BUJÁN, *El caso español de Ahmed Tommohui y la virtualidad de las pruebas de ADN como pruebas de exclusión* 15-54
- M<sup>a</sup> Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ, *Reflexiones sobre la libertad de expresión y las prerrogativas e implicaciones en el hacer parlamentario* 55-83
- Manuel ARENILLA SÁEZ, Jesús LLORENTE MÁRQUEZ, *La dirección pública profesional en España: institucionalización incompleta y claves para su consolidación* 85-118
- Alberto José DE NOVA LABIÁN, *Determinación y análisis del sistema de responsabilidad y obligaciones de las plataformas de videojuegos en el Reglamento de servicios digitales* 119-156
- Susana DURO CARRIÓN, *Fundamentos para una educación cívica constitucional. Valores constitucionales y derechos fundamentales en liza* 157-182
- Pablo GALLEGRO RODRÍGUEZ, *El derecho constitucional a la educación y la IA generativa: propuestas para mitigar la exclusión digital educativa* 183-212

|  |         |
|--|---------|
| M. Isabel GARRIDO GÓMEZ, <i>La operatividad de la inteligencia artificial aplicada a las resoluciones judiciales</i>   | 213-239 |
| Marcelo MALHEIROS CERQUEIRA, <i>De la censura a la legitimidad: las diferentes estrategias de combate a la desinformación en línea frente a la libertad de expresión</i>               | 241-268 |
| Juan Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, <i>El derecho a la protección del medio ambiente a través de la judicialización del cambio climático: principios ambientales y activismo judicial</i> | 269-298 |
| Wendy PENA GONZÁLEZ, <i>La aplicación de la proporcionalidad del Derecho penal: jurisprudencia constitucional española y una visión comparada</i>                                      | 299-336 |
| Adrián VARELA RODRÍGUEZ, <i>Modernización o perpetuidad de las administraciones públicas y sus empleados públicos</i>  | 337-365 |

## **Jurisprudencia**

|   |         |
|---|---------|
| Desislava DIMITROVA, <i>Investigación exhaustiva y eficaz y derecho a la vida. Ante la futura resolución del caso Tarajal en el Tribunal Constitucional tras el Auto 338/2023</i> | 369-399 |
|---|---------|

## **Recensiones**

|   |         |
|---|---------|
| Jorge CASTELLANOS CLARAMUNT, <i>DemocraciaIA: un análisis en clave constitucional</i> , por Ciro Milione  | 403-405 |
| Enrique CEBRIÁN ZAZURCA, Carlos GARRIDO LÓPEZ (Dirs.), <i>La iniciativa ciudadana de referéndum y de consultas populares en España</i> , por Miguel Fernández Andújar | 407-415 |
| F. Javier DÍAZ REVORIO, Magdalena GONZÁLEZ JIMÉNEZ (Dirs.), <i>Derechos de los migrantes y discriminación: una mirada constitucional</i> , por Nicolás Pérez Sola     | 417-422 |
| Remedio SÁNCHEZ FERRIZ, <i>Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español</i> , por Jorge Castellanos Claramunt                     | 423-426 |
| Francisco TRUJILLO PONS, <i>Acoso laboral: una guía jurídica a través de casos reales</i> , por Carmen Salcedo Beltrán  | 427-429 |

# Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 73, Issue 1, January-June 2025  
DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7312025>

## Table of Contents

---

### Studies

- María Victoria ÁLVAREZ BUJÁN, *The Spanish case of Ahmed Tommo-hui and the virtuality of DNA tests as exclusion evidences* 15-54
- M<sup>a</sup> Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ, *Reflections on the freedom of speech and its prerogatives and implications in parliamentary activities* 55-83
- Manuel ARENILLA SÁEZ, Jesús LLORENTE MÁRQUEZ, *Senior Civil Servants in Spain: incomplete institutionalization and keys to its consolidation* 85-118
- Alberto José DE NOVA LABIÁN, *Determination and analysis of the liability system and obligations of video game platforms in the digital services Act* 119-156
- Susana DURO CARRIÓN, *Foundations for a constitutional civic education. Constitutional values and fundamental rights at stake* 157-182
- Pablo GALLEGO RODRÍGUEZ, *The Constitutional Right to Education and Generative AI: Proposals to Address Educational Digital Exclusion* 183-212
- M. Isabel GARRIDO GÓMEZ, *The action of artificial intelligence applied to judicial resolutions* 213-239

|   |         |
|---|---------|
| Marcelo MALHEIROS CERQUEIRA, <i>From censorship to legitimacy: competing strategies to tackle online disinformation and their implications for freedom of expression</i>    | 241-268 |
| Juan Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, <i>The Right to Environmental Protection Through the Judicialization of Climate Change: Environmental Principles and Judicial Activism</i> | 269-298 |
| Wendy PENA GONZÁLEZ, <i>The application of proportionality in criminal law: Spanish constitutional jurisprudence and a comparative view</i>                                 | 299-336 |
| Adrián VARELA RODRÍGUEZ, <i>Modernization or perpetuity of public administrations and their public employees</i>  | 337-365 |

### Case Law

|  |         |
|--|---------|
| Desislava DIMITROVA, <i>Effective investigation and right to life. Facing the upcoming resolution of the Tarajal case by the Constitutional Court after Order 338/2023</i> | 369-399 |
|--|---------|

### Book reviews

|  |         |
|--|---------|
| Jorge CASTELLANOS CLARAMUNT, <i>DemocraciaIA: un análisis en clave constitucional</i> , by Ciro Milione  | 403-405 |
| Enrique CEBRIÁN ZAZURCA, Carlos GARRIDO LÓPEZ (Dirs.), <i>La iniciativa ciudadana de referéndum y de consultas populares en España</i> , by Miguel Fernández Andújar | 407-415 |
| F. Javier DÍAZ REVORIO, Magdalena GONZÁLEZ JIMÉNEZ (Dirs.), <i>Derechos de los migrantes y discriminación: una mirada constitucional</i> , by Nicolás Pérez Sola     | 417-422 |
| Remedio SÁNCHEZ FERRIZ, <i>Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español</i> , by Jorge Castellanos Claramunt                     | 423-426 |
| Francisco TRUJILLO PONS, <i>Acoso laboral: una guía jurídica a través de casos reales</i> , by Carmen Salcedo Beltrán  | 427-429 |

# Estudios



# EL CASO ESPAÑOL DE AHMED TOMMOHUI Y LA VIRTUALIDAD DE LAS PRUEBAS DE ADN COMO PRUEBAS DE EXCLUSIÓN

*The Spanish case of Ahmed Tommohui and the virtuality  
of DNA tests as exclusion evidences*

María Victoria Álvarez Buján<sup>1</sup>

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal  
Universidad Internacional de La Rioja, Logroño. España  
<https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

<https://doi.org/10.18543/ed.3324>

Fecha de recepción: 03.03.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

## **Resumen**

El principal objetivo de este estudio es centrarse en la regulación y práctica de las pruebas genéticas realizadas con fines de investigación criminal, con especial énfasis en su potencial como prueba excluyente en procesos penales. El análisis se basa en la situación histórica y actual del ordenamiento jurídico español (pendiente de una reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y los retos que plantean casos reales, como el de Ahmed Tommohui, quien, tras cumplir una pena de prisión durante años, fue finalmente declarado inocente por el Tribunal Supremo, en el marco de un recurso extraordinario de revisión de sentencias firmes. Para la resolución de este recurso excepcional o, mejor dicho, del proceso autónomo de revisión de sentencias firmes, se presentaron cruciales los resultados de las ADN realizadas en su momento e ignoradas en el juicio, ante la falta de ratificación del informe pericial por parte de los técnicos que lo emitieron.

---

<sup>1</sup> Email de contacto: [mariavictoria.alvarezbujan@unir.net](mailto:mariavictoria.alvarezbujan@unir.net)

***Palabras clave***

Pruebas de exclusión, ADN, proceso penal, error judicial, liberación de personas inocentes condenadas.

***Abstract***

The main aim of this study is to focus on the regulation and practice of genetic tests carried out for criminal investigation purposes, with special emphasis on their potential as exclusionary evidence in criminal proceedings. The analysis is based on the historical and current situation in the Spanish legal system (pending a comprehensive reform of the Criminal Procedure Act) and the challenges posed by real cases, such as that of Ahmed Tommohui, who, after serving a prison sentence for years was finally declared innocent by the Supreme Court of Spain, within the framework of an extraordinary appeal for review of final sentences. For the resolution of this exceptional appeal or, rather, the autonomous process of review of final sentences, the results of the DNA made at the time and ignored in the trial were crucial, given the lack of ratification of the expert report by the technicians who issued it.

***Keywords***

Exclusion evidences, DNA, criminal process, judicial error, release of innocent convicts.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN: EL CASO PARTICULAR DE AHMED TOMMOHUI EN ESPAÑA. II. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS PRUEBAS DE ADN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. III. LA BASE DE DATOS DE IDENTIFICADORES GENÉTICOS EN ESPAÑA: RESUMEN DE LA NORMATIVA Y PROBLEMAS ACTUALES. IV. CONCLUSIONES: CUESTIONES CLAVE Y RETOS ACTUALES DE LAS PRUEBAS DE ADN AMBIVALENTES EN EL SISTEMA ESPAÑOL. V. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

---

## I. INTRODUCCIÓN: EL CASO PARTICULAR DE AHMED TOMMOHUI EN ESPAÑA

Los análisis genéticos no solo se pueden emplear para intentar demostrar la autoría/culpabilidad de un sujeto investigado, sino que también pueden resultar más que útiles al objeto de exonerar a una persona sospechosa o investigada, y en este sentido, se vienen utilizando como una herramienta para liberar a condenados inocentes. Así, este tipo de pruebas permite proteger o tutelar a quienes realmente son inocentes y posibilita corregir los errores judiciales que lamentablemente se producen en alguna ocasión. Gracias a la Genética Forense y a la virtualidad de los resultados de ADN, en las últimas décadas ha sido posible revisar asuntos judiciales concluidos por sentencias condenatorias de sujetos que, en realidad, no habían sido los verdaderos autores de los hechos delictivos por los que fueron procesados<sup>2</sup>.

En relación a esta idea destaca el llamado “Innocence Project” del que forman parte Abogados, Fiscales, Jueces, Profesores Universitarios, Senadores, políticos y ciudadanos anónimos. Se trata de una organización sin ánimo de lucro<sup>3</sup>, cuyo objetivo es intentar demostrar la inocencia de personas que fueron condenadas errónea o injustamente y que cumplen pena de prisión<sup>4</sup>.

Las pruebas de ADN ofrecen la posibilidad de revisar las condenas firmes comparando los perfiles genéticos de personas condenadas con los perfiles

---

<sup>2</sup> Vid. entre otros autores, Felicioni, P., «L’Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l’acquisizione e l’utilizzazione probatoria dei profili genetici», *Diritto penale e processo*, 2, 2, 2009, p. 14; Tonini, P., «Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge», *Diritto penale e processo*, 7, 2010. p. 885, nota a pie de página n.º 9 y Johnson, P.; Williams, R., «Post-conviction DNA testing: the UK’s first ‘exoneration’ case?», *Scientific & Justice*, 44, 2, 2004, pp. 77-82.

<sup>3</sup> Fue fundada en 1992 por Peter Neufeld y Barry Scheck en Cardozo School of Law. Sobre el papel de Innocence Project, vid., Hombreiro Noriega, L. *El ADN de Locard: genética forense y criminalística*, Reus, Madrid, 2013, p. 19 y Kobilinsky, L.; Liotti, T. F.; Oesersweat, J., *DNA: Forensic and Legal Applications*, Wiley-Interscience, Hoboken, New Jersey, 2005, pp. 275-276.

<sup>4</sup> Se puede consultar la información disponible en <https://innocenceproject.org/> (Última consulta: 01/03/2025).

genéticos que pueden extraerse de muestras biológicas dubitadas, es decir, aquellas obtenidas en la escena del crimen (o en el cuerpo de la víctima). A modo de ejemplo, Marcellus Williams fue declarado culpable de asesinato en el estado de Missouri<sup>5</sup> y la ejecución de la pena fue suspendida después de que los resultados de una prueba de ADN revelaran que el arma homicida contenía los perfiles genéticos de una persona diferente<sup>6</sup>.

Sin duda, uno de los casos más cercanos y llamativos es el resuelto en España por el Tribunal Supremo, que admitió el recurso extraordinario de revisión (de sentencia firme) interpuesto por Ahmed Tommohui, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 954 y ss. de la LECrim, contra la sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona en 1992.

Este hombre fue condenado por dos delitos de violación y dos lesiones leves y permaneció privado de libertad durante años. En 2023, gracias a la virtualidad de las pruebas de ADN, se pudo confirmar que no cometió estos delitos. Se comprobó que los identificadores genéticos extraídos del semen encontrado en la ropa interior de la víctima (mujer agredida) no correspondían con los marcadores biológicos del ADN del recurrente. Además, la víctima reconoció décadas después que se había equivocado al identificarlo.

Y en relación con los anteriores extremos, cabe señalar que las pruebas de ADN, cuando arrojan un resultado negativo, tienen un valor absoluto; es decir, si al comparar los perfiles no hay coincidencia entre los dubitados y los indubitados, se puede inferir que la exclusión es completa y que, sin lugar a dudas, el sujeto investigado (cuyos perfiles se están comparando con los hallados en el cuerpo de la víctima o en el lugar de los hechos) no pudo haber cometido el delito<sup>7</sup>. Por ello, la propia naturaleza y virtualidad de las pruebas de ADN puede ser una pista importante a la hora de eliminar las sospechas que recaen sobre una persona, sirviendo con fines exculpatorios.

Sin embargo, si existe coincidencia entre los perfiles, el resultado debe interpretarse siempre en términos indiciarios y probabilísticos, teniendo en

---

<sup>5</sup> En la actualidad continúa en el corredor de la muerte. <https://deathpenaltyinfo.org/news/missouri-governor-silent-on-marcellus-williams-case-5-years-after-execution-halted-for-board-of-inquiry-innocence-review> (Última consulta 01/03/2025).

<sup>6</sup> Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 64-67; Iglesias Canle, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, pp. 151-152.

<sup>7</sup> Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 493-519; Iglesias Canle, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, pp. 151-152; Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S., «Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal», *Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 23, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor-Navarra, 2010, p. 37.

cuenta todo el conjunto de evidencias y sin que pueda nunca atribuirse un valor absoluto a este resultado de coincidencia “match”, debido a la propia naturaleza de las pruebas genéticas<sup>8</sup>. En este sentido, “*no hay que olvidar que la prueba de ADN se basa en el análisis de una pequeña secuencia genética de la persona analizada, que se contrasta con la variable poblacional más frecuente en el entorno al que pertenece el sujeto. Y que de esa operación matemática, que acaece después del análisis biológico, se extrae el resultado, siempre estadístico, de si pueden ser el mismo el ADN analizado y el del individuo evaluado*”<sup>9</sup>. Así, si no hay coincidencia entre el perfil dubitado y el perfil indubitado, queda claro que la persona sospechosa/investigada (de la que se han obtenido las muestras biológicas indubitadas) y aquella a la que pertenecen las muestras biológicas dubitadas no son la misma persona, pero si la hay, es preciso determinar la probabilidad.

Contrariamente a la creencia popular, que está en gran parte motivada por la influencia de los “medios amarillistas o sensacionalistas”, incluso si se detecta una coincidencia entre perfiles, lo único que *a priori y per se* demuestra esto es la presencia del sujeto investigado en el lugar del crimen o que ha tenido contacto (físico) con la víctima, lo que por sí solo nunca será suficiente para destruir la presunción de inocencia. La importancia de estos resultados dependerá, por tanto, de los demás indicios y pruebas concomitantes, considerando si apuntan o no en una dirección incriminatoria<sup>10</sup>.

Los agentes de policía encargados del caso por el que fue condenado el ciudadano Ahmed Tommohui analizaron durante la investigación varios restos de semen encontrados en la ropa interior que llevaba la víctima, y el acusado accedió voluntariamente en todo momento a que se comparasen con

---

<sup>8</sup> Vid. De Urbano Castrillo, E. «La investigación en el futuro del proceso penal», *La ley penal: revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, 93, 2012, p. 19; Iglesias Canle, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano...*, op. cit., pp. 149-159; 202 y Kobilinsky, L.; Liotti, T. F.; Oesersweat, J., *DNA: Forensic and Legal Applications...*, op. cit., pp. 273-274.

De Urbano Castrillo, E., «La investigación en el futuro del proceso penal», *La ley penal: revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, 93, 2012, p. 18.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 493-519.

El resultado del test de ADN “*representa sólo un indicio destinado a ser valorado en el contexto de todas las pruebas relativas al desarrollo de los hechos que son objeto de juicio. En esta situación se podrá decir que el indicio ha sido cerciorado con un construívelo grado de probabilidad, pero las conclusiones que pueden ser extraídas del indicio derivan de ulteriores pasos de razonamiento decisorio del juez*”. Taruffo, M., «Le prove genetiche nel processo civile e penale» en Rodotà, S.; Zatti, P. (Dirs.), *Trattato di Biodiritto Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 444-445.

varias muestras de ADN obtenidas de su sangre y saliva. Los resultados del análisis mostraron que el semen no pertenecía a Ahmed Tommouhi. Sin embargo, este hecho no fue conocido por el tribunal porque los peritos que redactaron el informe no comparecieron a declarar, a pesar de que se había propuesto y admitido como prueba<sup>11</sup>.

En el momento en que se realizaron estos análisis aún no se había aprobado en España la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre<sup>12</sup>, por la que se regula la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, ni se había incluido la regulación de las pruebas de ADN en los arts. 326.3 y 363.2 de la LECrim (y obviamente tampoco se había introducido el inciso Segundo del art. 520.6 c) de la LECrim).

La regulación de la práctica de las pruebas de ADN era en aquel momento (y aún hoy, mejorable) más que escasa, insuficiente y carente de garantías. Y así, contrariamente a lo que solicitó el abogado de la defensa en el juicio, el tribunal que juzgó el caso consideró que no era necesario suspender el juicio para que los peritos que realizaron los informes sobre los perfiles de ADN pudieran declarar a fin de explicar por qué Tommouhi no podía ser el autor de los hechos delictivos.

En 1991, cuando se cometieron varias violaciones en las provincias de Barcelona y Tarragona, Ahmed Tommouhi y su compatriota Abderrazak fueron encarcelados como parte de la investigación. Sin embargo, el informe científico de 1993 concluyó que no había pruebas de que los dos hombres se conocieran.

En 1995, la policía arrestó a otro sujeto por varias violaciones similares (en términos de *modus operandi*) a las cometidas en 1991. Este sujeto, Antonio G.C., tenía un parecido físico significativo con Tommouhi. Además, la Guardia Civil confirmó que una de las cuatro violaciones de las que se acusa a Tommouhi había sido cometida efectivamente por Antonio G.C., gracias a pruebas de ADN. Sin embargo, de las otras tres violaciones no se conservaron rastros ni restos biológicos que pudieran ser analizados, por lo que la acusación por estos crímenes quedó apuntando a Tommouhi.

Así, Ahmed Tommouhi pasó años en prisión esperando un indulto que nunca le fue concedido. El Tribunal Supremo lo había recomendado y el entonces Fiscal General de Cataluña, José María Mena, lo había solicitado en

<sup>11</sup> Información al respecto se encuentra disponible en los siguientes enlaces: <https://cadenaser.com/nacional/2023/06/29/el-supremo-anula-una-condena-a-un-hombre-que-estuvo-15-anos-en-la-carcel-por-un-crimen-que-no-cometio-cadena-ser/> (Última consulta: 01/03/2025); <https://www.abc.es/espana/cataluna/anulada-condena-ahmed-tommouhi-paso-anos-prision-20230629105722-nt.html> (Última consulta: 01/03/2025); <http://www.tommouhi.com/Tommouhi-calvario.html> (Última consulta: 01/03/2025).

<sup>12</sup> Un análisis sintético del contenido de esta norma puede consultarse en Iglesias Canle, I. C., «Análisis crítico de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre...», *op. cit.*, pp. 1-9.

1999. Sin embargo, ni el Gobierno (Ejecutivo) del Partido Popular (PP) ni el del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) se atrevieron a conceder el indulto a un hombre condenado por varias violaciones<sup>13</sup>.

Cabe recordar también que en junio de 2000, el Tribunal Supremo denegó a la defensa la autorización necesaria para interponer un recurso extraordinario de revisión, al considerar que las dudas sobre la participación de Tommouhi que podían suscitar las nuevas pruebas no eran suficientes para establecer de forma inequívoca y definitiva la inocencia del sujeto condenado.

¿Por qué falló entonces la maquinaria judicial? La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se basó fundamentalmente en el reconocimiento y declaración de una de las víctimas (que admitió años después que se había equivocado al identificar al sujeto<sup>14</sup>). Esto finalmente resultó en un error o defecto en la interpretación y valoración de la prueba comoetido por el órgano de enjuiciamiento que obvió la relevancia de garantizar el principio de contradicción en la práctica de la prueba pericial.

Tras un largo recorrido (que acabamos de resumir), Ahmed Tommouhi (Nador, 1951), ciudadano de origen marroquí, fue declarado inocente por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España a la edad de 72 años, tras haber cumplido una injusta pena de prisión<sup>15</sup>.

Y a título comparativo, cabe que nos hagamos la siguiente pregunta. ¿Cuáles habrían sido las diferencias sustanciales en relación a la práctica probatoria si el juicio de Ahmed Tommouhi se hubiese celebrado hoy?

Pues bien, en cuanto a la práctica de la prueba científica en el ámbito de la regulación y ejercicio del proceso penal en España, parece que ya no cabe duda de la necesidad de que los peritos que elaboran y firman los informes sobre pruebas de ADN se presenten en el juicio oral con el objetivo de explicarlas, ratificar sus conclusiones y ponerse a disposición de las partes para que estas expresen sus objeciones y, en su caso, determinen si puede haberse producido una ruptura en la cadena de custodia. De hecho, así se propone expresamente en el art. 339 del Anteproyecto de LECrim de 2020.

La ratificación y aclaración por parte de peritos en juicio es fundamental para poder practicar y valorar la prueba con las garantías necesarias. Sin

---

<sup>13</sup> Lo que llama la atención también porque el Partido Socialista había exigido este indulto cuando formaban parte de la oposición en el Gobierno español.

<sup>14</sup> Jamaro, M. "El Supremo anula una condena de 24 años por violación a un hombre tras admitir nuevas pruebas de ADN", *El Debate*, 29/06/2023. Disponible en [https://www.eldebate.com/espana/20230629/supremo-anula-condena-24-anos-violacion-hombre-admitir-nuevas-pruebas-adn\\_124840.html](https://www.eldebate.com/espana/20230629/supremo-anula-condena-24-anos-violacion-hombre-admitir-nuevas-pruebas-adn_124840.html) (Consultado: 01/03/2024).

Montes, P. «El Supremo anula la sentencia de Tommouhi décadas después de conocer su inocencia», *Economist & Jurist* 29/06/2023. <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/el-supremo-anula-la-sentencia-de-tommouhi-decadas-despues-de-conocer-su-inocencia/>

<sup>15</sup> Fue condenado a 24 años de prisión en 1992.

embargo, cuando es necesario ratificar un informe pericial elaborado por un laboratorio oficial (acreditado y cumpliendo con los lineamientos para asegurar la cadena de custodia), como es el caso de una prueba de ADN, en la praxis la jurisprudencia acepta como suficiente que en el acto del juicio comparezca para deponer “*el Jefe de Servicio del Organismo oficial o cualquier otro que le represente, no siendo necesario (STS de 11 de febrero de 2002) que concurren dos peritos<sup>16</sup>, ni quienes realizaron materialmente cada una de las actividades analíticas. La comparecencia del perito diferente al que firmó el informe (STS de 6 de septiembre de 2006) no afecta a su validez probatoria pues se trata de procedimientos estandarizados en los que sólo se podría haber discutido contradictoriamente el método y procedimiento de la pericia para el que los que conforman el organismo están plenamente capacitados*”<sup>17</sup>.

En todo caso, lo relevante es la clara necesidad de la presencia en el juicio oral de un técnico/perito que ratifique el informe, lo explique, lo aclare y pueda someterlo a contradicción efectiva. Esto se relaciona con la propia naturaleza de la prueba pericial, la cual se realiza en diferentes fases y, en este sentido, no es suficiente un informe escrito emitido durante la investigación, que luego se traslade (automáticamente) como prueba al juicio oral; dado que la producción de prueba como tal requiere la declaración del perito en el juicio oral. Y, nuestro entender, lo contrario vulnera no solo el principio de contradicción, sino también el derecho de defensa y las garantías de un juicio justo, particularmente en lo que respecta a las reglas para la producción de prueba válida.

## II. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS PRUEBAS DE ADN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Antes de la reforma del Código Penal del año 2003<sup>18</sup> en el ordenamiento jurídico español no existía regulación expresa de las pruebas de ADN. Por

---

<sup>16</sup> Teniendo en cuenta la arcaica mención en este sentido que todavía se mantiene en relación a la prueba pericial en nuestra anacrónica LECrim, pendiente de una reforma integral. Vid. especialmente art. 459 de la LECrim.

<sup>17</sup> Velasco Núñez, E. «La prueba pericial», *Diario La Ley*, 8258, 25/02/2014, p. 10.

En relación con esta cuestión, consideramos que el Jefe de Servicio o cualquier perito/a, aunque no sea específicamente quien realizó el análisis y plasmó los resultados en el informe, puede asistir al juicio oral y proporcionar allí las explicaciones y aclaraciones oportunas, a la vista del contenido y conclusiones reseñadas en el propio informe, que deberá ser revisado previamente. Ahora bien, creemos que en el caso de que se pusiese en duda la correcta conservación de la cadena de custodia, sí procedería y convendría exigir que comparecieran ante el juicio los/as profesionales que hubiesen realizado materialmente cada una de las actividades analíticas y, más en concreto, aquellas en cuya ejecución se supone que se produjo pudo producir el error.

<sup>18</sup> L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre.

eso y como tradicionalmente ha venido sucediendo también en otros ámbitos, la Doctrina y la Jurisprudencia tuvieron que suplir las lagunas normativas en el sentido de avalar la realización de este tipo de pruebas por medio de autorización judicial motivada, buscando el apoyo a tal efecto en nuestra Carta Magna, pero también en la normativa internacional y las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Más tarde, la L.O. 15/2003 dio nueva redacción a los artículos 326 y 363 de la LECrim. Así, el artículo 326 en su párrafo tercero reguló (con destacable parquedad) la recogida de muestras biológicas dubitadas estableciendo:

«Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282».

El artículo 363, en su párrafo segundo, contempló la posibilidad de realizar medidas de intervención corporal con fines de identificación genética al disponer que «siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad».

Con todo, la realidad fue que el contenido de dichos preceptos continuó sin resultar suficiente. De hecho, el art. 363 de la LECrim provocó diversos y serios problemas de interpretación, ya que, entre otros aspectos, no precisa los sujetos pasivos que pueden ser objeto de una medida de estas características y tampoco ofrece una solución explícita para los casos en que la persona sospechosa/investigada se niegue a someterse a la misma (y facilitar su muestra biológica indubitada).

Por otro lado, la base de datos genéticos integral policial no se reguló hasta la aprobación y entrada en vigor de la L.O. 10/2007, lo que generó un incumplimiento palmario, por parte de España, de las directrices exigidas desde la Unión Europea en lo tocante a esta materia<sup>19</sup>.

Con tal situación, hubo que buscar soluciones para aplicar en la práctica, particularmente en los supuestos en que el sujeto investigado se negaba a

<sup>19</sup> Iglesias Canle, I. C., «Análisis crítico de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN», *Revista General de Derecho Procesal*, 20, 2010, pp. 1-9.

facilitar una muestra biológica indubitada que permitiese practicar el correspondiente análisis de ADN. Simplificando el panorama, se optó, sustancialmente, por derivar de esa negativa un indicio incriminatorio sobre dicho sujeto<sup>20</sup> y, en algunos casos, por imputarle la comisión de un delito de desobediencia o, incluso, por usar este argumento como una suerte de apercibimiento (que pudiera entenderse incluso a modo de amenaza o coacción) a fin de lograr que el sujeto cediese y facilitase su muestra biológica<sup>21</sup>.

Pero la realidad es que estas soluciones no eran ni garantistas ni eficaces, pues no contribuían a avanzar de forma adecuada en la investigación del hecho delictivo ni eran consecuentes con el principio de búsqueda de la verdad material. Tampoco resultaban garantistas con los derechos de la persona investigada, sobre todo si atendemos al carácter ambivalente de las pruebas de ADN y a su alto grado de fiabilidad, razones por las que un importante sector de la doctrina, con el que coincidimos, defendió la necesidad de implementar una previsión legal expresa que autorizase el recurso a la coerción física, de manera proporcionada y atendiendo a las circunstancias del caso<sup>22</sup>.

Además, la comunicación transnacional de identificadores de ADN tiene notoria relevancia en el ámbito de la cooperación judicial internacional y la parquedad normativa existente en España, considerando, especial aunque no únicamente, la imposibilidad legal de conminar al sujeto investigado a que se sometiese a la práctica de una prueba genética, suponía un claro obstáculo para la fluidez y eficacia de esa comunicación y cooperación. Si no es posible recabar los identificadores genéticos de la persona investigada, los mismos tampoco pueden ser incorporados a la base de datos policial y, por extensión, la información que entrañan tampoco puede transmitirse a otros países<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> El principal exponente de la solución relativa a la aplicación de un indicio incriminatorio fue Huertas Martín, I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 410-413.

<sup>21</sup> Asencio Mellado, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 152. Una exposición detallada y clara sobre las distintas posturas doctrinales, puede consultarse en Etxeberria Guridi, J. F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 443-476.

<sup>22</sup> Vid. entre otros, González-Cuéllar Serrano, N., *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999, pp. 294-295 e Iglesias Canle, I.C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, pp. 102-126.

<sup>23</sup> Vid. Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 601-691.

Sobre la relevancia y desafíos de la transmisión de identificadores genéticos en el marco de la cooperación judicial, vid. Cabezudo Bajo, M. J., *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 23-33.

Así las cosas, para tratar de conseguir muestras biológicas indubitadas en el marco de las investigaciones penales, se dictó el Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala II, de 31 de enero de 2006, con el objetivo de permitir que la policía pudiese recoger muestras abandonadas por la persona antes denominada imputada (ahora investigada), como por ejemplo, excrecencias o escupitajos, sin necesidad de recabar su consentimiento ni obtener autorización judicial. Este acuerdo llevó a que, en la práctica, se utilizasen recursos de dudosa licitud en un Estado de derecho, tales como:

- a) Ofrecer un vaso de agua o un cigarrillo a una persona detenida, para que cuando se deshaga de dichos elementos, se pueda recoger la saliva que haya quedado depositada en los mismos, considerándola como una categoría de muestra abandonada y, por tanto, sin consentimiento ni autorización judicial.
- b) Efectuar la recogida de muestras o vestigios mediante una entrada y registro domiciliario acordado previamente por el/la Juez/a de Instrucción competente, interpretando que los vestigios que allí se encuentren (como pelos en un peine o en una alhomada, o restos de saliva en vasos), son también de algún modo efectos “abandonados”.

Hubo muchos reclamos para modificar la normativa y varios intentos de llevar a cabo una reforma integral de la LECrim, de la mano del Anteproyecto para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y del ulterior Borrador de Código Procesal Penal, que no llegaron a ver la luz y sentaron la base para el más reciente Anteproyecto de LECrim de 2020, que también parece haber quedado estancado.

Ahora bien, el primer cambio reseñable, no tuvo lugar hasta que se añadió el artículo 129 bis al Código Penal, mediante la L.O. 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal. En este precepto se estableció una consecuencia del delito en los siguientes términos:

*«si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona*

*y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».*

En resumen, con la inclusión de este artículo se quería dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 37 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y en su redacción se contempló por primera vez y de forma expresa en el ordenamiento jurídico-penal, como venía reclamando parte de la doctrina, el recurso a la coacción física a fin de poder obtener muestras biológicas indubitadas y realizar las subsiguientes pruebas de ADN en el marco de las investigaciones criminales y los procesos penales.

Con todo, hubiese sido más lógico, por razones de sistematicidad normativa, incorporar la previsión del art. 129 bis del Código Penal en la L.O. 10/2007, de 8 de octubre, puesto que es la norma que regula la base de datos de identificadores de ADN en España, pero esta solución implicaría buscar el consenso político necesario para reformar otra Ley Orgánica y emprender todos los trámites que implica la modificación de una norma. Así, a pesar de la dispersión normativa, se aprovechó la reforma del Código Penal, para introducir la citada previsión, que entró en vigor antes que el art. 520.6 c) de la LECrim, precepto de la norma procesal que también avala expresamente el recurso a la vis física.

De hecho, al entrar en vigor en 2015 la reforma parcial de la LECrim, que apuntaremos a continuación, el contenido del art. 129 bis del Código Penal perdió buena parte de su relevancia y sentido, aunque mantiene una utilidad relegada a los supuestos residuales en los que en el seno de la investigación y el proceso penal no se haya realizado la prueba de ADN y la correspondiente inscripción de identificadores, pudiendo practicarse estas actuaciones una vez que la persona acusada haya sido condenada (incluso recurriendo a la vis física).

En cualquier caso, el art. 129 bis del Código Penal fue objeto de críticas por diversos motivos. Al mencionar los delitos graves respecto de los cuales puede practicarse la medida, en lugar de hacer una mera remisión al art. 3.1. a) de la L.O. 10/2007, que habría sido lo más lógico por rigor y sistematicidad normativa, recoge un listado de delitos graves que no son idénticos a los reseñados en el citado precepto de la L.O. 10/2007, lo que produce confusión<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> En general, podríamos decir que se hace mención al mismo elenco de delitos, exceptuando los delitos contra el patrimonio que hayan sido cometidos con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas a los que solo alude el art. 3.1 a) de la L.O. 10/2007.

En otro orden de cosas, el hecho de que el art. 129 bis del Código Penal se refiera específicamente a las personas condenadas no supone ningún avance normativo, visto que ya se contemplaba la posibilidad de obtener perfiles genéticos de personas imputadas (ahora investigadas/encausadas en atención a la concreta fase procesal en la que nos situemos), procediendo a su inscripción en la base de datos y manteniendo la misma hasta que transcurra el tiempo señalado legalmente para la cancelación de los antecedentes penales si se dictase sentencia condenatoria firme o absolutoria por existir circunstancias eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad (salvo resolución judicial en contrario). E incluso está abierta la posibilidad (aunque cuestionable) de obtener e inscribir identificadores genéticos de personas meramente sospechosas, manteniendo la inscripción hasta que se produzca la prescripción del delito. Todo ello, ex art. 9 de la L.O. 10/2007, norma que entró en vigor mucho antes de que el art. 129 bis del Código Penal<sup>25</sup>.

Por su parte, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, modificó, como ya avanzamos, el art. 520 de la LECrim (dedicado a los derechos de las personas detenidas). Y desde entonces, a los efectos que nos ocupan, de especial importancia resulta el tenor del art. 520.6, apartado c, inciso segundo, que determina lo siguiente:

*«Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».*

Ahora bien, este precepto incorpora la previsión específica del recurso a la vis física para la práctica de medidas de investigación consistentes en la obtención de muestras biológicas indubitadas para realizar pruebas de ADN, pero tal y como está redactado y ubicado dentro de la LECrim esconde ciertos problemas. En primer lugar, al referirse solo y específicamente a la persona

---

<sup>25</sup> Sobre las cuestiones aquí comentadas en relación al art. 129 bis del C.P., vid. Etxeberria Guridi, J. F., «Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» en Jimeno Bulnes, M.; Pérez Gil, J. (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, J. M. Bosch, Barcelona, 2016, pp.623-626 y Álvarez Buján, M.V., *La prueba de ADN como prueba científica*, op. cit., pp.364-373.

detenida genera dudas sobre cómo proceder en relación a otras situaciones procesales.

¿Por qué no se refiere la previsión a la persona investigada en general, en la línea contemplada en otras propuestas legislativas previas que no llegaron a ver la luz, como el Anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011, el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 y el Anteproyecto de LECrim de 2020 (todavía en tramitación)?

A nuestro entender, ello debe obedecer a que el hueco que el legislador encontró en el marco de esa reforma parcial para incluir la citada previsión fue curiosamente el precepto que regula los derechos de las personas detenidas. Ahora bien, este matiz puede suscitar problemas prácticos. Por un lado, la previsión puede incrementar el riesgo de que se utilice la detención, que es una medida cautelar privativa de derechos, de un modo abusivo/excesivo/desproporcionado con la mera finalidad de intentar obtener una muestra biológica indubitada para efectuar la ulterior prueba de ADN.

La redacción del precepto también puede llevar a que se realicen pruebas de ADN a personas respecto de los cuales todavía no hayan recaído indicios racionales suficientes de criminalidad (uno de los requisitos comprendidos dentro del principio de proporcionalidad), pero que hayan sido detenidas por la policía como medida cautelar provisionalísima.

Amén de lo anterior, ni el art. 129 bis del Código Penal ni el art. 520.6 c) de la LECrim precisa cuáles son las concretas medidas coactivas que pueden utilizarse ni la forma de proceder en la práctica a tal fin, aspecto que puede sustentar la base de eventuales supuestos de nulidad o ilícito probatoria en relación con la obtención de muestras de ADN indubitadas<sup>26</sup>.

Lo positivo, en todo caso, de estas reformas es que evitan el tener que acudir a los mencionados subterfugios como la obtención de muestras abandonadas. Sin embargo, llama poderosamente la atención que el Anteproyecto de LECrim de 2020, aun cuando mantiene la coerción física y completa la regulación de la misma y de la práctica de pruebas de ADN<sup>27</sup>, avala igualmente estos recursos subrepticios que ponen en riesgo y en entredicho los derechos de las personas investigadas. ¿Dónde queda el reconocimiento de la preceptividad de la asistencia letrada si se ampara la obtención de muestras biológicas atribuidas o abandonadas?

<sup>26</sup> Sobre el significado y alcance de lo previsto en el art. 520.6 c), inciso segundo de la LECrim y las cuestiones aquí apuntadas, vid. Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 345-352 y 365.

<sup>27</sup> Atribuyendo al/a la Juez/a de Garantías la competencia de determinar en su Auto, de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad, la medida de obtención de la muestra biológica indubitada y las medidas para obtener la misma de forma coactiva si fuese necesario.

Parece que el texto prelegislativo trata de salvar sus incongruencias preservando la posibilidad de que la persona investigada facilite una muestra de contraste, ¿pero por qué ha de hacerlo? Si se contempla la vis física, a tal posibilidad debe recurrirse sin usar ningún subterfugio, pues, insistimos, ya no es necesario inventar y justificar vías sibilinas para tratar de recabar muestras biológicas indubitadas. El acuerdo del TS se dictó ante el vacío legal existente, esto es, ante la ausencia de una previsión legal expresa que avalase la coacción física y esto ya se ha contemplado en nuestro ordenamiento en el año 2015, si bien, a la espera de una regulación general más completa de las pruebas de ADN en el marco del texto que logre efectuar la reforma integral de nuestra anacrónica LECrim<sup>28</sup>.

Un problema similar al planteado esconde la previsión del art. 335 del Anteproyecto de LECrim de 2020, al establecer que “salvo consentimiento expreso de la persona investigada o autorización judicial, en ningún caso podrán traerse al procedimiento las muestras o informaciones de la persona investigada obtenidas para otros fines”<sup>29</sup>. Si bien esto se configura como una garantía del derecho a la intimidad –genética– y a la autodeterminación informativa, resulta que el referido precepto recoge una salvedad cuestionable al permitir que en los casos de comisión de un delito grave, cuando concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el/la Juez/a de Garantías pueda autorizar la utilización de muestras obtenidas para un fin diagnóstico, terapéutico o de investigación biomédica. ¿Por qué se va a utilizar un subterfugio de este tipo que además implica el acceso a información ligada a la salud, íntima y ajena a la necesaria para la investigación criminal, cuando ya tenemos la solución de la vis física? ¿Dónde está el espíritu garantista que proclama el texto en su Exposición de Motivos?

Obtener muestras biológicas indubitadas a partir de las bases de datos biomédicos o de salud resulta, a nuestro parecer, un método reprobable que puede redundar en nulidades probatorias, pero no supone un problema novedoso. El debate ya existe desde hace tiempo y ya en su momento MORA SÁNCHEZ aseveró que “*desde el punto de vista de la legalidad vigente no pueden aceptarse, bajo ningún concepto estas muestras o estos datos como prueba en contra de ese sujeto que está inmerso como imputado en un proceso penal*”<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Álvarez Buján, M. V., «El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 y las pruebas de ADN en España», *CEFLEGAL. Revista práctica de derecho*, n.º 247-248, agosto-septiembre 2021, pp. 69-98.

<sup>29</sup> En una línea parecida, ya el art. 263.4 del previo y frustrado Anteproyecto para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 propuso que “salvo consentimiento expreso del investigado o autorización judicial, en ningún caso podrán traerse al procedimiento las muestras o informaciones del investigado obtenidas para otros fines”.

<sup>30</sup> Mora Sánchez, J. M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, 2001, p. 181.

Por su parte, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, consideró esta vía como un uso desviado de una muestra biológica fue obtenida para un fin (notoriamente) diferente y entendió que no bastaría con recabar una autorización judicial que permitiese a las autoridades policiales obtener una muestra biológica (que sería indubitada) de una persona sospechosa que obrase en un determinado banco de datos de ADN en un centro sanitario para hacer más tarde el análisis de cotejo<sup>31</sup>, pues “una resolución judicial no puede conformar a derecho en ningún caso el uso desviado de unas muestras biológicas obtenidas para finalidad distinta de la ulteriormente utilizada, pues faltaría el presupuesto de legitimidad necesario como es el del consentimiento para el uso de la muestra obtenida”<sup>32</sup>.

Al margen de lo anterior y considerando la ambivalencia de las pruebas de ADN, desde la óptica de la defensa, si a su derecho y estrategia conviene, no habría más que solicitar la práctica de una diligencia de toma de muestras biológicas directamente de la persona investigada para realizar el subsiguiente análisis comparativo con los identificadores genéticos extraídos a partir de las muestras biológicas dubitadas (halladas en el cuerpo de la víctima o en el lugar de los hechos) y poder descartar así la implicación del sujeto investigado en los hechos delictivos objeto de investigación. Ahora

<sup>31</sup> Narváez Rodríguez, A., «La prueba de ADN: su normativa procesal», *Jueces para la Democracia*, n.º 51, 2004, p. 74.

<sup>32</sup> *Ibidem*. Cfr. también Silva Rodrigues, B., *Da Prova Penal. A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*, T. I., Rei dos Livros, Lisboa, 2010, pp. 553-554.

Cabe resaltar que, en su momento, el Tribunal Constitucional avaló este tipo de actuación supeditando la misma obviamente a que se dictase una autorización judicial, sin que la policía pudiese tener acceso directamente a ella. Y en relación con este punto, la STC 25/2005, de 14 de febrero cuenta con un voto particular de la magistrada D<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde, en el que argumenta que “el precepto de la Ley de enjuiciamiento criminal en que se fundamenta la resolución impugnada de la Audiencia Provincial, el art. 339, no presta a la incorporación al proceso de la analítica practicada la cobertura legal exigida por nuestra doctrina para todo acto limitativo de los derechos fundamentales. Con independencia de que tal precepto parezca referirse a un tipo de supuestos (medios de “desaparición del cuerpo del delito” o pruebas recogidas “en su defecto”) en el que no es subsumible el analizado, es lo cierto que ni esta norma legal ni la más pertinente contenida en el art. 336 LECrim (relativa a la prueba pericial de “las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida”) suponen, por su carácter genérico, la “previsión legal específica” necesaria “para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física” [STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 b)]. No es una mera habilitación legal genérica la que demanda constitucionalmente la restricción judicial de derechos fundamentales, sino la expresa y concreta previsión de tal restricción”. A este voto particular se adhiere el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes.

bien, entendemos, por lo que expondremos en el apartado siguiente, que los identificadores de esta persona investigada (que además se muestra activa o directamente interesada en realizar la prueba de ADN y facilita *motu proprio* sus muestras biológicas) no deberían inscribirse en la base de datos.

### III. LA BASE DE DATOS DE IDENTIFICADORES GENÉTICOS EN ESPAÑA: SÍNTESIS DE LA REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA PRESENTE

#### 1. *La utilidad y relevancia de las bases de datos*

Las bases de datos genéticas son un mecanismo muy útil en la lucha contra la delincuencia porque permiten realizar comparaciones sistemáticas entre los identificadores de ADN obtenidos de muestras o rastros biológicos recogidos en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima, con los identificadores de ADN introducidos en esas bases de datos en relación con otros casos penales.

Gracias al almacenamiento y comparación de datos, resulta mucho más fácil determinar de forma efectiva quienes son los/as autores/as de hechos delictivos (graves), que de otra manera quedarían impunes y sin posibilidad de esclarecimiento, debiendo archivarlos los respectivos procesos penales iniciados al no poder dirigirse contra ninguna persona en concreto, debido a la falta de medios para lograr su identificación.

En suma, es posible comparar perfiles genéticos dubitados (los encontrados en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima) con otros que previamente están registrados en la base de datos como resultado de otra investigación o proceso penal, ya sean indubitados, es decir, si se registra la identificación de la persona a la que pertenecen, o dubitados<sup>33</sup>, lo que significa que están registrados pero aún no se ha establecido la identidad de la persona a la que pertenecen<sup>34</sup>.

Si se obtiene una coincidencia entre los perfiles genéticos comparados, dicho resultado servirá *a priori* como prueba de cargo en el juicio, salvo que la persona investigada –en la nueva causa penal– cuestione la toma de muestras biológicas realizadas en la causa anterior (aquella por la que se insertaron sus identificadores genéticos en la base de datos), el resultado incriminatorio o la validez y licitud de los datos almacenados. Podría alegar, por ejemplo,

---

<sup>33</sup> Una comparación de perfiles dubitados es útil porque permite comprobar que una misma persona –aunque aún se desconozca su identidad– ha estado presente en el lugar de diferentes crímenes o ha tenido contacto con diferentes víctimas, lo que puede ser una pista clave para la investigación policial/criminal.

<sup>34</sup>

que careció de asistencia letrada cuando prestó el consentimiento o que, en defecto del mismo, no se dictó la autorización judicial pertinente, lo que podría determinar la nulidad de la prueba e inclusive de la inscripción<sup>35</sup>. En efecto, existe una presunción de veracidad (y corrección) respecto de los identificadores obtenidos del ADN y de la información almacenada en la base de datos, pero se configura *iuris tantum*, es decir, salvo prueba en contrario<sup>36</sup>.

La práctica de pruebas de ADN y el uso de bases de datos de perfiles genéticos no solamente ayudan a castigar conductas delictivas (singularmente aquellas de especial gravedad y en las que los/as autores/as son reincidentes), sino que también pueden servir como medida preventiva (elemento disuasorio), para reducir la tasa de criminalidad y proteger los derechos y libertades de los ciudadanos en general, proporcionando en ocasiones, incluso, la clave para una estrategia defensiva que pasa por utilizar los resultados de los análisis de ADN como prueba de exclusión<sup>37</sup>. Y en sentido opuesto o contrapartida, como ya hemos vneido apuntando, pueden también ayudar a descartar la implicación de personas (inocentes) en hechos delictivos que están siendo investigados.

## 2. Síntesis de la regulación española

Con la L.O. 10/2007, de de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, se unificaron los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los que se insertaban los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis genéticos practicados en el marco de las investigaciones penales y los procedimientos de identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas (art. 1).

Se implementó así una base de datos integral, de carácter policial y dependiente del Ministerio del Interior a través de la Secretaría de Estado de

<sup>35</sup> Vid. SSTS 680/2011, de 22 de junio; 827/2011, de 25 de octubre; 709/2013, de 10 de octubre; 948/2013, de 10 de diciembre; 11/2017, de 19 de enero; 854/2010, de 29 de septiembre; 680/2011, de 22 de junio y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, sobre toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN. Cfr. también SAP de Huesca, Sección I, de fecha 4 de Diciembre de 2009 y las consideraciones ofrecidas por Muñoz Marín, Á., «Agresión sexual. Prueba de ADN (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 22 de junio de 2011)», *Revista CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 131, 2011, pp. 165-170.

<sup>36</sup> Vid. Álvarez Buján, M.V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 544-549.

Cfr. también STS 11/2017, de 19 de enero.

<sup>37</sup> Vid. Alonso Alonso, A., «Conceptos básicos de ADN forense», *Estudios Jurídicos*, 2004, p. 1869.

Seguridad (art. 2), punto que fue bastante criticado, puesto que parte de la doctrina entendía que tenía que haberse reservado a la autoridad judicial la decisión sobre si procede o no inscribir los identificadores ADN en la base de datos (considerando los derechos a la intimidad genética a la autodeterminación informativa, así como el derecho de defensa y el derecho al justo proceso). Y la crítica no es gratuita, puesto que la realidad es que la norma permite que se inscriban identificadores de personas meramente sospechosas, que no tienen todavía el estatus de encausadas y, en ocasiones, ni siquiera el de investigadas (antes imputadas), siendo meras sospechosas policiales<sup>38</sup>.

Son los laboratorios forenses del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil, de los Mossos D'Esquadra, de la Ertzaintza, de la Policía Foral de Navarra y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses los que alimentan la base de datos y deben asegurar la autenticidad y veracidad de los identificadores genéticos, así como validar las coincidencias de identificadores (*match*) que detecten al realizar las búsquedas comparativas a través de la base de datos de datos (art. 6).

Los datos obtenidos a partir de los identificadores genéticos solo podrán usarse por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como por las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos enumerados en el art. 3.1 a) de la L. O. 10/2007, de 8 de octubre<sup>39</sup>. Y estos datos únicamente podrán cederse a las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países, con arreglo a lo estipulado en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes, a las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública y al Centro Nacional de Inteligencia (art. 7)<sup>40</sup>.

Ahora bien, en este contexto, hemos de hacernos una pregunta: ¿Cuál es el grado de imputación que debe tener un sujeto para que se puedan contrastar sus identificadores genéticos con los datos e identificadores ya inscritos en la base de datos?<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Vid. al respecto, Caruso Fontán, V., «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética», *Foro. Nueva época*, 15, 1, 2012, p. 161 y Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S., «Los identificadores del ADN...», *op. cit.*, pp. 190-191.

<sup>39</sup> Debe precisarse que (según el apartado 2 del citado precepto), cuando el tratamiento de los datos se realice para la identificación de cadáveres o la averiguación de personas desaparecidas, la información incluida en la base de datos sólo podrá ser utilizada en la investigación para la que fue obtenida.

<sup>40</sup> En los términos indicados en el 7.3 de la citada L.O. 10/2007.

<sup>41</sup> Etxeberria Guridi, J. F. «La identificación de personas mediante pruebas genéticas y bancos de perfiles de ADN: evolución normativa en el contexto europeo», *Revista de*

Pues bien, el art. 3. 1 a) determina que se inscribirán “*los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados*”.

La realidad que marca la L.O. 10/2007 es que engloba dentro de los sujetos pasivos, tanto a la persona sospechosa como, por extensión, a la investigada, a pesar de que todavía no les haya sido atribuida formalmente la comisión de un hecho delictivo. Hemos de considerar que con respecto a estas personas puede no llegar a producirse la imputación formal y puede sobrepasarse (y archivarse) la causa sin llegar a decretarse la apertura del juicio oral, si se producen los supuestos que marcan los arts. 637 y 641 de la LECrim.

Inscribir los datos de personas sospechosas e investigadas ayuda a incrementar el acervo de informaciones de la base de datos para lograr una fuente de comparación de identificadores más completa y, por tanto, más ágil y efectiva, pero ¿dónde quedan las garantías del justo todo proceso? Proceder de este modo no deja de ser una suerte de perjuicio “cautelar”, pues se afectan de forma apresurada (y podríamos entender que desproporcionada) los derechos de una persona (la intimidad y protección de datos de carácter personal)<sup>42</sup>.

Así, debe efectuarse una disquisición. Una cosa es tomar muestras biológicas para realizar las pertinentes pruebas de ADN a personas sospechosas/ investigadas en el seno de un laboratorio oficial acreditado y otra, completamente disímil, es inscribir ya, inmediatamente (sin esperar al menos a que la persona en cuestión alcance el estatus de encausada), sus identificadores genéticos obtenidos en la base de datos. Lo primero se justifica en casos de gravedad delictiva y existencia de indicios racionales de criminalidad, atendiendo a los principios de legalidad y proporcionalidad (con idoneidad,

---

derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada, Nº Extra 1, 2014 (Ejemplar dedicado a: Jornadas del XX Aniversario), p. 155.

<sup>42</sup> Vid. entre otros autores, Caruso Frontán, V., «Base de datos policiales...», *op. cit.*, pp. 160-164; Soletto Muñoz, H., *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 161 y Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S. «Los identificadores del ADN...», *op. cit.*, pp. 190-191.

necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), considerando el interés público en la investigación criminal, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y la realización de la justicia. En cambio, lo segundo se puede demorar porque para el progreso de la investigación en concreto no resulta preciso afectar el derecho a la autodeterminación informativa con la inscripción de los identificadores en la base de datos. Pero claro, si se inscriben ya inicialmente estos datos/identificadores, se rellena más la base de datos y se logra un fichero más operativo, bajo la hipótesis de que las inscripciones quedan supe-  
ditadas, en todo caso, a los plazos de cancelación del art. 9 de la L.O. 10/2007. El problema es que estos plazos revisten deficiencias e incongruencias que apuntaremos más adelante<sup>43</sup>.

¿Por qué no conciliar entonces el interés público en la persecución de los delitos y el ejercicio del *ius puniendi* con el respeto a los derechos a la autodeterminación informativa, a la defensa y a la presunción de inocencia?

Esperar para inscribir los identificadores genéticos en la base de datos hasta que la persona resulte condenada<sup>44</sup> (en virtud de sentencia firme), podría resultar inoperativo, especialmente desde la perspectiva policial, del manejo de las bases de datos como instrumento para la investigación criminal, pero inscribir ya los datos de una persona sospechosa a nivel policial o investigada (sin que tenga el estatus de encausada) resulta demasiado precipitado e injustificado, a nuestro entender. ¿Qué sucede con los supuestos en que no se llega a sostener la acusación porque se dicta un sobreseimiento libre (o incluso un sobreseimiento provisional) y los casos en que, después de las indagaciones oportunas, se descarta a un sospechoso policial que ya ha facilitado sus identificadores genéticos? Si los identificadores genéticos de estas personas no acceden a la base de datos, se preserva su derecho a la autodeterminación informativa y se evitan injerencias injustificadas y el mantenimiento de las inscripciones durante más tiempo del debido por fallos no solo en la redacción del art. 9, sino también en la comunicación entre el Ministerio del Interior y las autoridades judiciales a la hora de proceder a la efectiva eliminación de las inscripciones<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> En relación con esta postura, vid. las conclusiones de Álvarez Buján, M. V., «Prueba de ADN, bases de datos genéticos y proceso penal: panorama normativo en España y Portugal», *Dereito*, 24, 2, 2015, pp. 113-114 y la misma autora en su trabajo *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 549-574.

<sup>44</sup> Línea en la que comenzaron a implementarse regulaciones como la francesa en su momento.

<sup>45</sup> Guillén, M., «El conocimiento como premisa del consentimiento. Una visión crítica de la Ley orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN», en Casado, M.; Guillén, M. (Coord.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Universidad de Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, pp. 293-294 y López Ortega, J. J., «La tutela de la intimi-

Y el hecho de que la persona afectada por la inscripción otorgase su consentimiento a tal efecto no hace que desaparezca el problema planteado, pues salvo que solicite voluntariamente (y por la estrategia defensiva diseñada con su abogado/a) la práctica de la prueba de ADN, la realidad será que habrá mostrado su aquiescencia a partir del requerimiento / apercibimiento de las autoridades policiales y no espontáneamente, por iniciativa propia<sup>46</sup>.

Y si hubiese solicitado la práctica de la prueba de ADN de forma voluntaria para descartarse como persona involucrada en la comisión delictiva, poco o ningún sentido tendría que se incluyesen sus perfiles en la base de datos. Una cosa es que facilite información genética para implementar una estrategia defensiva exculpatoria en el marco de una investigación penal y otra, bien distinta, es que la esponga para su archivo (y realización de ulteriores cotejos) en la base de datos policial.

En sintonía con la problemática planteada, destaca la sentencia del TJUE (Sala Quinta) dictada el 26/01/2023 en el asunto C-205/21, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Penal Especial de Bulgaria, en marzo de 2021, en el contexto de un proceso penal por fraude fiscal. El TJUE afirmó aquí que una regulación nacional que establece la recogida sistemática de datos biométricos y genéticos de cualquier persona investigada por un delito público doloso para su registro es, en principio, contraria a esa exigencia. Una regulación en este sentido puede conducir, de forma indiscriminada y generalizada, a recoger datos de la mayoría de las personas investigadas. En relación con ello, el alto tribunal señala que el concepto de “delito público doloso” que se maneja en la regulación búlgara es notablemente genérico, siendo susceptible de aplicación a un gran número de delitos, con independencia de su naturaleza, gravedad, las circunstancias concretas de esos delitos o la posible vinculación con otros procesos en curso, los antecedentes judiciales del interesado o incluso su perfil individual<sup>47</sup>.

Volviendo a tratar lo relativo a la voluntariedad, el art. 3 de la L.O. 10/2007, en su inciso final, deja abierta la posibilidad de que cualquier persona se someta de forma voluntaria a la práctica de una prueba genética y autorice la inscripción de sus identificadores de ADN en la base de datos.

---

dad genética en la investigación penal. A propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013»; en Casado, M.; Guillén, M. (Coord.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 111.

<sup>46</sup> No pudiendo ampararnos aquí, por tanto, en el tenor del art. 3.2 de la L.O. 10/2007, de 8 de octubre, que examinaremos a continuación.

<sup>47</sup> El asunto ha tenido repercusión, publicándose información al respecto en diversos medios. Moreno R., «El TJUE pone límites a la recogida sistemática y generalizada de datos biométricos y genéticos por la Policía», *Confilegal*, 27/01/2023. <https://confilegal.com/20230127-el-tjue-pone-limites-a-la-recogida-sistemática-y-generalizada-de-datos-biometricos-y-geneticos-por-la-policia/> (Consulted: 10/01/2025).

Con todo, en nuestro país, podríamos decir que la incorporación de identificadores genéticos de personas voluntarias se enfoca más bien enfocada a las inscripciones derivadas de una concreta investigación penal pero relativas a terceras personas diferentes a la/s investigada/s. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a vecinos de la víctima, miembros de la familia, parejas, compañeros/as de piso, personas que hayan mantenido contacto con la víctima antes de los hechos o que hayan estado en el lugar de comisión de los mismos, y que, por tanto, habrán podido dejar, aunque sin intención y por razones circunstanciales, su ADN en la víctima o en la escena del delito. En este concepto de voluntarios, parece que encajaría también el supuesto de grupos de personas que acceden a que les realicen pruebas de ADN (y a inscribir sus identificadores), porque revisten ciertas características ligadas a la investigación, como ya aconteció en los casos del asesinato del Alcalde de Fago o de Eva Blanco. Las pruebas de ADN a las que se sometan estas personas “voluntarias” pueden servir para descartar “sospechosos” o para derivar una posible sospecha sobre familiares de alguna de las personas analizadas, en función del resultado del cotejo de perfiles. En definitiva, estas pruebas “voluntarias” pueden ayudar a centrar la búsqueda e identificación del/de la verdadero/a autor de los hechos<sup>48</sup>.

Pero, insistentemente, una cosa es que se sometan a la realización de pruebas de ADN y otra, totalmente diferente, es que autoricen la inserción de los identificadores en la base de datos. Aunque evidentemente, si acceden a esto último, también ayudarán a incrementar la cantidad de información almacenada en la base de datos y aumentar así su operatividad para la investigación policial.

En otro orden de cosas, aunque en relación indirecta con lo apuntado hasta ahora en este subepígrafe, el art. 9 de la L.O. 10/2007 regula la cancelación, acceso y rectificación de los datos inscritos, establece el sistema de conservación de datos/identificadores inscritos y determina los plazos de tiempo tras los cuales deben eliminarse esos datos. Según el tenor de este precepto, la conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos no superará los siguientes límites:

- El tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito.
- El tiempo señalado en la ley para la cancelación de antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Sobre este tipo de pruebas, vid. entre otros autores, Álvarez Buján, M. V., La prueba de ADN como prueba científica..., op. cit., pp. 696-711.

<sup>49</sup> ¿Y cuáles son los casos y presupuestos por los cuales el órgano judicial podría dictar resolución en contrario? La norma no lo especifica. En todo caso, esta debería ser

- En todo caso, se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas en el epígrafe anterior, una vez que sean firmes dichas resoluciones. En el supuesto de personas sospechosas no imputadas<sup>50</sup>, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito.
- En los casos en que en la base de datos existiesen diversas inscripciones de una misma persona, correspondientes a diversos delitos, los datos y patrones identificativos inscritos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio.
- Los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento.
- Los datos inscritos y relativos a patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.
- Los identificadores obtenidos a partir del ADN respecto de los que se desconozca la identidad de la persona a la que corresponden, permanecerán inscritos en tanto se mantenga dicho anonimato. Una vez identificados, se aplicará lo dispuesto en los puntos anteriores a efectos de su cancelación, según proceda.

Ahora bien, este precepto esconde varias deficiencias, aun cuando contempla la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación de datos inscritos en la base de datos.

En síntesis, podemos apuntar que el art. 9 prevé un plazo de cancelación excesivo para personas sospechosas, a las que no se les ha imputado judicialmente la comisión de un hecho delictivo, es decir, los meros sospechosos

---

una una posibilidad excepcional y debidamente motivada y la resolución que se dicte a tal efecto debería precisar el tiempo que se estima necesario ampliar la inscripción, sin que pueda suponer un período indefinido o indeterminado, ni excesivamente dilatado.

Una razón justificada para proceder en tal sentido podría ser la efectiva existencia de un peligro de reincidencia delictiva, que tendría que valorarse a partir de las circunstancias del hecho, de los antecedentes, de la valoración de la personalidad o la trayectoria y conducta de esa persona durante el tiempo que haya permanecido en prisión, y ello, en una línea similar a lo dispuesto en el art. 129 bis del Código Penal.

Sobre todo lo expuesto en relación a los períodos previstos para la eliminación de identificadores genéticos y lo relativo al art. 9 de la L.O. 10/2007, vid. Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 561-574.

<sup>50</sup> En la L.O. 10/2007 no se ha actualizado la nomenclatura, sustituyendo el término de imputado por investigado/encausado, en atención a la correspondiente fase procesal.

policiales. Sus identificadores genéticos permanecerán inscritos hasta que prescriba el delito, mientras que, paradójicamente, los identificadores de los sujetos investigados / encausados que –tras toda la pertinente tramitación procesal– resulten absueltos finalmente en virtud de sentencia o en relación a los cuales se archive la causa al emitirse un auto de sobreseimiento libre, se eliminarán de la base de datos tan pronto como dichas resoluciones sean firmes<sup>51</sup>. Y este segundo plazo en la práctica puede resultar (y resulta) inferior al primero, lo que no se comprende.

Además, como bien apunta MARGARITA GUILLÉN “*el artículo 9 respecto a los perfiles y el artículo 5 respecto a las muestras, no dejan de ser un cumplimiento únicamente formal de la Recomendación del Consejo de Europa en cuanto se establece un sistema de cancelación. Este sistema no deja de ser un programa de intenciones pero sin establecer los mecanismos efectivos de cancelación y destrucción de la muestra*”<sup>52</sup>.

Por ello, entendemos que el art. 9 debería ser modificado *de lege ferenda*. Y esto se encuentra, a nuestro juicio, en sintonía con las directrices marcadas por la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, que en su art. 4, alerta a los Estados miembros para que fijen plazos apropiados para la supresión de los datos personales o para una revisión periódica de la necesidad de conservación de los datos personales. Y además, en su considerando n.º 31 propugna que “siempre que sea posible, se deben diferenciar claramente los datos personales de distintas categorías de interesados, tales como los sospechosos, los condenados por una infracción penal, las víctimas o los terceros, entre los que se incluyen los testigos, las personas que posean información o contactos útiles y los cómplices de sospechosos y delincuentes condenados”<sup>53</sup>. Asimismo, el citado

<sup>51</sup> Soletto Muñoz, H. (*La identificación del imputado...*, op. cit., p. 161), criticaba ya en su día que “*el sospechoso que no ha sido imputado puede tener que soportar un plazo de cancelación mucho mayor del imputado absuelto, y lo mismo puede ocurrir respecto de las personas que hayan prestado su muestra de forma voluntaria si no son imputados*”. Entiéndase aquí el término “imputado” sustituido por investigado. Cfr. también De Hoyos Sancho, M., «Profundización en la cooperación...», op. cit., p. 179, Sarrión Esteve, J. «La garantía del plazo de cancelación de datos en el intercambio de perfiles de ADN en la Unión Europea», en Cabezado Bajo, M. J. (Dir.), *Las bases de datos policiales de ADN. ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 318-323 y Álvarez Buján, M. V., «El derecho a la protección de datos de carácter personal y la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre: algunos riesgos y defectos» en Bueno De Mata, F. (Coord.), *Fodertics V. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Madrid, 2016, p. 8.

<sup>52</sup> Guillén, M., «El conocimiento como premisa del consentimiento...», op. cit., p. 309.

<sup>53</sup> En sintonía con esta premisa, su art. 6 establece que “los Estados miembros dispondrán que el responsable del tratamiento, cuando corresponda y en la medida de lo posible,

considerando incide en que este tipo de tratamiento de datos habrá de respetar el derecho a la presunción de inocencia garantizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la U.E. y en el CEDH, en los términos interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respectivamente<sup>54</sup>.

Y esa distinción no debe entenderse referida solo a que los datos se archiven de forma separada, atendiendo a la categoría de personas a las que pertenezcan los mismos, sino que también se debe delimitar con precisión, claridad y proporcionalidad, el período durante el cual los datos podrán y deberán figurar inscritos. Así, a nuestro juicio, los datos de víctimas y testigos solo deberían almacenarse con expreso consentimiento de las concretas personas interesadas, lo que resulta acorde a los principios del art. 4 de dicho instrumento y, más en concreto, a la necesidad de que los datos objeto de inscripción y tratamiento sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que se utilizan<sup>55</sup>.

Ahora bien, la referida Directiva no excluye la inserción y tratamiento de identificadores de ADN de personas sospechosas, cuestión que nosotros sí sugerimos —a la vista de las razones ya apuntadas—<sup>56</sup>. Y ello permite inferir que, al final, parece que se priman más los esfuerzos para garantizar la seguridad pública y la prevención delictiva, que para preservar los derechos a la presunción de inocencia, a la intimidad y a la autodeterminación informactiva.

A nuestro parecer, la tendencia desde la regulación europea debería dirigirse más a evitar inscripciones en bases de datos de información relativa a personas meramente sospechosas. Y en todo caso, si tal información se incluye (como se hace), debería quedar sujeta a un estricto y efectivo plazo de cancelación, para que en el momento en que la causa penal deje de

---

establezca una distinción clara entre los datos personales de las distintas categorías de interesados, tales como:

- a) personas respecto de las cuales existan motivos fundados para presumir que han cometido o van a cometer una infracción penal;
- b) personas condenadas por una infracción penal;
- c) víctimas de una infracción penal o personas respecto de las cuales determinados hechos den lugar a pensar que puedan ser víctimas de una infracción penal, y
- d) terceras partes involucradas en una infracción penal como, por ejemplo, personas que puedan ser citadas a testificar en investigaciones relacionadas con infracciones penales o procesos penales posteriores, o personas que puedan facilitar información sobre infracciones penales, o personas de contacto o asociados de una de las personas mencionadas en las letras a) y b)<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 564-566.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

dirigirse contra la persona sujeto de la inscripción, se eliminen inmediatamente, sin fugas ni demoras en la práctica, los datos que sobre ella figuren insertados en la base de datos.

En efecto, las regulaciones y actuaciones en la práctica deberían prorizar más la necesidad de garantizar la licitud y fiabilidad de las pruebas de ADN en todas sus fases (obtención de muestras biológicas dubitadas e indubitadas, análisis en laboratorio y, en su caso, inscripción de los identificadores obtenidos en la base de datos). De nada sirve buscar una mayor operatividad de las bases de datos genéticos con fines de investigación criminal, con la intención de promover una lucha más efectiva y eficiente contra el crimen nacional e internacional<sup>57</sup>, si se hace aumentando de forma indiscriminada o desproporcionada el número de identificadores genéticos inscritos, pues ello supone invadir derechos fundamentales de las personas justificables de forma excesiva, abusiva o desproporcionada y no podemos perder de vista que en un Estado de derecho no todo vale.

### 3. *La relevancia jurídica (en concreto, desde la perspectiva del derecho a la privacidad) del carácter científico de las pruebas de ADN*

El propio carácter científico de las pruebas de ADN presenta particularidades de gran interés. El art. 4 de la mentada L.O. 10/2007, de 8 de octubre, intenta salvaguardar el derecho a la privacidad genética al establecer que “sólo podrán introducirse en la base de datos policial regulada por esta Ley aquellos identificadores obtenidos del ADN, en el marco de una investigación penal, que aporten, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo”.

Empero, la clave para proteger el derecho a la privacidad genética y el derecho a la autodeterminación informativa no reside en la distinción entre ADN codificante y no codificante –que hoy ya no puede enunciarse tan claramente<sup>58</sup>– estableciendo que solamente puede ser objeto de análisis este último, dado que codificante y no codificante no son términos

<sup>57</sup> Y de identificación de personas desaparecidas y cadáveres.

<sup>58</sup> Se ha demostrado que el análisis del ADN no codificante también puede proporcionar información sobre el estado patológico de una persona. Lareu Huidobro, V., «Nuevos polimorfismos de ADN: predicción de origen biogeográfico y características físicas», en Casado, M.; Guillén, M. (Coord.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona (2014), 165-167. Además, mediante el análisis del ADN codificante (en particular el contenido en muestras biológicas cuestionables) es posible obtener información relativa a las características físicas de la persona investigada cuya identidad se desconoce, como el color del cabello o el color de los ojos, características que se refieren a la apariencia externa de la persona y que no afectan su derecho a la privacidad.

correlativamente equivalentes a los de informativo y no informativo<sup>59</sup>. La garantía de los referidos derechos no pasa, por tanto, por prohibir el análisis del ADN codificante, sino que debe referirse a la necesidad de utilizar exclusivamente perfiles de ADN que revelen información relativa a la identidad y al sexo de la persona en cuestión y que no aporten ninguna otra información de carácter íntimo, como la relativa a la salud<sup>60</sup>. Y en este sentido entendemos que L.O. 10/2007 debería ser modificada en el futuro<sup>61</sup>.

Otro aspecto clave (para evitar la vulneración de derechos) es asegurar la cancelación efectiva de los identificadores genéticos y de los datos vinculados a ellos cuando proceda, teniendo en cuenta el plazo previsto para cada caso. Dicha cancelación deberá realizarse de oficio, con la garantía añadida de que, para evitar posibles problemas, también podrá verificarse y solicitarse a petición de parte.

La importancia de eliminar los identificadores genéticos de la base de datos una vez transcurrido el plazo correspondiente no es un aspecto menor ya que, en una futura investigación penal, puede producirse una coincidencia entre los perfiles genéticos obtenidos en el marco de la misma con un perfil registrado en la base de datos que ya debería haber sido cancelado. Y de producirse esta eventualidad, entendemos que se plantearía un problema de nulidad probatoria<sup>62</sup>.

Por otro lado, considerando la naturaleza y la información oculta en las muestras biológicas, el sistema de conservación y destrucción de muestras biológicas reviste también notable importancia. A este régimen se refiere el art. 5 de la citada L.O. 10/2007, que establece que las muestras o trazas tomadas para las que se deban realizar análisis biológicos deberán enviarse a

---

<sup>59</sup> Existen variaciones con significado funcional tanto en el ADN codificante como en el ADN no codificante. Carracedo Álvarez, Á., «Las bases genéticas de la enfermedad» en Agulló Leal, F. L., *Cátedra "Jorge Juan": ciclo de conferencias: curso 2011-2012*, Servicio de Publicacións, Universidade da Coruña, A Coruña, 2013, p. 145.

<sup>60</sup> Sobre cuestiones específicamente científicas, vid. entre otros autores, Carracedo Álvarez, Á., «ADN: la genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal», en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 342 y Hombreiro Noriega, L. *El ADN de Locard...*, op. cit., pp. 281-283.

<sup>61</sup> Estas ideas ya fueron apuntadas en Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 622-623.

<sup>62</sup> Además, no podemos olvidar que a partir de esta comparación de perfiles, la persona en cuestión podría verse inicialmente involucrada en la investigación por la comisión de otro delito penal (independientemente de cómo acabe el nuevo caso), con lo que ello implica desde la perspectiva jurídico-procesal, pero también social y personal, así como, particularmente, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, y podría sufrir daños muy difíciles de reparar.

laboratorios debidamente acreditados. Será la autoridad judicial la que deberá decidir sobre la conservación posterior de dichas muestras o restos. Y solamente los laboratorios acreditados al efecto por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que pasen los controles de calidad periódicos exigidos podrán realizar análisis de ADN para la identificación genética en los casos contemplados en esta Ley.

El problema reside en que esta previsión no establece un régimen claro y completo sobre la conservación y destrucción de muestras y restos biológicos. Así pues, un extremo tan relevante, por su plena implicación con el derecho a la privacidad genética y a la autodeterminación informativa, no tiene apenas tratamiento en la L.O. 10/2007.

La importancia regular, de modo completo y detallado, la conservación y posterior destrucción de muestras y restos biológicos reside en que con las mismas se conforma un biobanco, es decir, otro sistema de almacenamiento diferente y separado de la base de datos, a partir del cual se puede obtener y manejar infinita información ligada a la intimidad y salud de los sujetos a los que pertenecen las muestras.

En principio, las muestras biológicas se conservan para preservar la posibilidad de realizar un análisis de contraste o contraanálisis (garantía necesaria desde la perspectiva del derecho de defensa). El peligro o riesgo reside en que mientras existan y se conserven las muestras biológicas, se podrán realizar análisis genéticos sobre las mismas, con la potencial y consiguiente vulneración del derecho a la privacidad genética, si se manipulan inadecuadamente, posibilitando el acceso a información de carácter íntimo o de salud e (incluso) empleando la misma de forma desviada o abusiva<sup>63</sup>.

La L.O. 10/2007, de 8 de octubre, se limita a mencionar que será la autoridad judicial la que se encargue de dictaminar (mención totalmente genérica e imprecisa) sobre la conservación posterior de las muestras o vestigios. Así, no encontramos con un régimen frágil para la conservación de muestras

---

<sup>63</sup> Caruso Fontán, V., «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN...», *op. cit.*, pp. 64-165; De Hoyos Sancho, M. «Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, Registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos», en Arangüena Fanego, C. (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 177-178 y 181; Nicolás Jiménez, P., *La Protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Comares, Granada (2006), p. 90; Reverón Palenzuela, B., «El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la STEDH, (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y Marper contra Reino Unido)», *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 30, 2009, p. 186 y Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S., «Los identificadores del ADN...», *op. cit.*, p. 63.

biológicas, ya que no se establecen plazos máximos tras los cuales las muestras deban ser destruidas o eliminadas. Esto sorprende especialmente cuando sí existe un régimen en ese sentido en lo que respecta al registro y eliminación de identificadores de ADN en el art. 9 de la mencionada ley (con independencia de que revista los defectos o problemas advertidos)<sup>64</sup>. La L.O. 10/2007 no prevé diferentes periodos de conservación de muestras biológicas, ni atendiendo al tipo de muestras ni al sujeto al que pertenezcan las mismas<sup>65</sup>. Tampoco determina el lugar ni la forma en que se deben conservar las muestras, aunque, en la práctica, suelen almacenarse en laboratorios acreditados para tal fin<sup>66</sup>.

Todos estos aspectos suponen tareas pendientes de *lege ferenda*. Además, habría que exigir la obligación de dejar constancia en el acta correspondiente de la fecha, lugar y personal (del laboratorio correspondiente) que procedió a destruir la muestra biológica previa autorización judicial correspondiente<sup>67</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES: CUESTIONES CLAVE Y RETOS ACTUALES DE LAS PRUEBAS DE ADN AMBIVALENTES EN EL SISTEMA ESPAÑOL

En primer lugar y tras todo lo expuesto, hemos de concluir que, a nuestro juicio, el uso de la coacción física para practicar pruebas de ADN (posibilidad prevista expresamente desde las reformas operadas en 2015 sobre el Código Penal y la LECrim) debe considerarse como un recurso subsidiario a la coacción jurídica, que fue implementada tras la aprobación y entrada en vigor de la L.O. 10/2007, de 8 de octubre.

<sup>64</sup> Caruso Fontán, V., «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN»..., *op. cit.*, p. 165; De Hoyos Sancho, M., «Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 14, 35, 2010, pp. 178 y Etxeberria Guridi, J. F., *Las bases de datos policiales de ADN. ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* Dykinson, Madrid, 2013, p. 117.

<sup>65</sup> De Hoyos Sancho, M., «Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, Registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos...», *op. cit.*, p. 178.

<sup>66</sup> En dichos laboratorios, «se conservan las propias muestras biológicas, al menos hasta que su destrucción sea ordenada por el juez de Instrucción, autorización que raramente se produce». López Ortega, J. J., «La tutela de la intimidad genética en la investigación penal...», *op. cit.*, p. 109.

<sup>67</sup> Sobre los problemas y deficiencias comentados en relación al régimen de conservación y destrucción de muestras biológicas en la L.O. 10/2007, vid. Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, *op. cit.*, pp. 576-582.

Recordamos aquí brevemente que el mecanismo de coerción jurídica consiste en realizar una comparación entre los identificadores genéticos obtenidos a partir de las muestras biológicas dubitadas (encontradas en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima) y los identificadores ya registrados en la base de datos como resultado de investigaciones criminales previas. No obstante, siempre debe respetarse la posibilidad de que el sujeto afectado cuestione los resultados y solicite que se le realice una toma de muestras biológicas indubitadas que permita llevar a cabo un segundo análisis comparativo de perfiles genéticos, en los términos que contempla la STS 948/2013, de 10 de diciembre<sup>68</sup>.

Asimismo, ha de garantizarse la posibilidad de efectuar una prueba de ADN, siempre que la defensa manifieste su interés, para poder utilizar el resultado de la misma como prueba exculpatoria, incluso cuando el delito investigado no se encuadre dentro de la lista de infracciones graves enumeradas en el art. 3.1 a) de la L.O. 10/2007 (y art. 129 bis del Código Penal). Lo contrario sería cercenar las posibilidades reales de defensa de la persona investigada y no podemos olvidar que para garantizar el derecho de defensa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.2 de la Constitución Española (sobre tutela judicial efectiva), debe garantizarse que cualquier persona investigada/encausada pueda emplear, de manera real y efectiva, todos los medios de prueba pertinentes para su defensa.

Cuestión distinta es utilizar recursos estatales y del sistema de justicia para reunir pruebas que puedan conducir a resultados incriminatorios e implicar la limitación/restricción de derechos fundamentales. Aquí, los requisitos deben ser necesariamente otros, requiriéndose, a falta de consentimiento informado prestado con plenas garantías y con asistencia jurídica, la correspondiente autorización judicial motivada para ordenar la prueba de ADN y el registro de identificadores genéticos en la base de datos. Esta autorización judicial debe incluir el ineludible análisis argumentativo del caso

---

<sup>68</sup> Así, según se declara en la referida sentencia del Tribunal Supremo, “*la prueba derivada del contraste de los vestigios hallados en una causa criminal con los datos obrantes en el Registro procedentes de tomas de muestras realizadas en otras causas, es suficiente para la investigación inicial, y puede ser suficiente también como prueba de cargo bastante en el juicio, cuando el acusado se niegue a practicar otra prueba en el proceso enjuiciado, o cuando no cuestione la toma de muestras realizada en otra causa anterior, ni el resultado incriminatorio del contraste realizado entre los vestigios hallados en la causa enjuiciada y las muestras procedentes de la causa anterior*”. La citada sentencia también añade que “*no se puede fundar la condena en la fiabilidad de los resultados del contraste realizado sobre la toma de muestras anterior, contraste que se pretendía cuestionar por la defensa practicando una nueva prueba sobre una toma de muestras actual, realizada en el propio proceso enjuiciado, cuando esta prueba fue solicitada por la defensa, y reiteradamente denegada*”.

concreto para determinar si la medida de que se trata es idónea<sup>69</sup>, necesaria<sup>70</sup> y proporcionada en sentido estricto<sup>71</sup>, considerando la gravedad penal de los hechos investigados en particular y la existencia de indicios racionales y suficientes de criminalidad recaídos sobre la persona investigada.

Con independencia de lo anterior, entendemos que cuando se realiza una prueba de ADN y los resultados del análisis son negativos; la identificación de la persona sospechosa o investigada no debería ingresarse en la base de datos, preservando así la privacidad y autodeterminación informativa de quien claramente no ha cometido un delito, incluso si ha sido o está siendo investigada por el mismo. Ni siquiera deberían registrarse identificadores si el sujeto en cuestión aceptó someterse a la prueba de ADN (tras haber sido debidamente informado como sospechoso/detenido en comisaría o investigado), si lo propuso como parte de su defensa o incluso si tuviera la condición de investigado y la prueba de ADN se hubiera acordado mediante resolución judicial motivada.

Una cosa es realizar el análisis de ADN y otra, bien desemejante, es registrar los perfiles en la base de datos. Así, estimamos que para los supuestos en que los resultados del análisis comparativo sean negativos, no bastaría con establecer un plazo de tiempo reducido para eliminar de la base de datos el registro de los perfiles genéticos, ligado al momento en que se acuerde el sobreseimiento del caso, sino que simplemente no se deberían registrar los datos. La injerencia en el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa que supone el registro de estos datos no está justificada (las sospechas/indicios decaen con el resultado negativo). Y amén de lo anterior, no podemos

---

<sup>69</sup> El principio de idoneidad implica que la medida que restringe los derechos fundamentales debe perseguir un objetivo constitucionalmente legítimo y ser adecuada para promover su consecución. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 693.

<sup>70</sup> El principio de necesidad corresponde a la indispensabilidad de la medida, lo que significa que no puede haber otra medida o alternativa que sea menos lesiva de los derechos y libertades fundamentales y que permita alcanzar los mismos fines. *Ibidem*, p. 740.

<sup>71</sup> De conformidad con lo dispuesto en el art. 588 bis a) de la LECrim (relativo a medidas de investigación tecnológica y extrapolable a otras diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales), las medidas se considerarán proporcionadas cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea mayor que el beneficio que su adopción reportará al interés público y a terceros. Para ponderar los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el alcance tecnológico de la producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado buscado con la restricción del derecho.

olvidar que, debido a los defectos e inconsistencias (ya mencionados) del art. 7 de L.O. 10/2007, podría existir el riesgo de que el registro de perfiles no se elimine hasta que haya prescrito el delito.

Utilizar perfiles de ADN de personas declaradas inocentes (en los términos explicados anteriormente) para alimentar la base de datos y aumentar su número de entradas sería, al fin y a la postre, seguir la tendencia de originar un fichero general poblacional basado en la atractiva idea de que *“cuantos más datos se almacenen, más fácil será proceder a la comparación de muestras”*<sup>72</sup> para, a su vez, identificar a los presuntos autores de delitos con gran rapidez y notable facilidad. No obstante, en el marco de un Estado de derecho no podemos cometer est e error.

Precisamente, MIRANDA ESTRAMPES / NIEVA FENOLL, entre otros autores, ya criticaron el peligro de utilizar este tipo de bases de datos, destacando que *“al someterse a todos los ciudadanos a sospecha, es muy sencillo encontrar falsos culpables, con la total –y falsa– convicción de haber hallado a los auténticos criminales. Siempre puede haber personas que no tengan coartada para el día de los hechos, y ni siquiera para explicar la presencia de su vestigio en el lugar. La gente no va elaborando un diario preciso de su día a día, y desde luego no lo conserva pasados unos años”*<sup>73</sup>. Y en relación con este apunte no se pueden obviar las reglas de la carga de la prueba en el proceso penal, en consonancia con la virtualidad del principio acusatorio y el principio de presunción de inocencia, pues no es la persona acusada quien tiene que explicar dónde se hallaba el día en que ocurrieron los hechos delictivos (rige la presunción de inocencia)<sup>74</sup>, sino que es la acusación quien tiene que acreditar que se encontraba en el lugar que avala la hipótesis acusatoria (la carga probatoria recae en la acusación).

Y más allá de lo anterior, los citados autores señalaron también que *“si activamos un protocolo administrativo en virtud del cual todas las personas deban tener su registro de ADN en una base de datos, la escapatatoria del ciudadano a una eventual represión dictatorial será prácticamente imposible. Ya es peligrosa la existencia de un registro de perfiles genéticos de sospechosos (...)*.

<sup>72</sup> Álvarez De Neyra Kapler, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008, p. 137.

<sup>73</sup> Miranda Estrampes, M.; Nieva Fenoll, J., «Comentario a la Sentencia Maryland vs. King del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América (3-VI-2013) / Comment on the Maryland vs King Ruling of the Federal Supreme Court of the United States of America (3-VI-2013)», *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 39, 2013, pp. 131-132.

<sup>74</sup> Puede hacerlo si opta por facilitar una hipótesis alternativa verosímil a la planteada por la acusación, pero puede mantener una actitud pasiva, limitándose a negar la acusación.

*Generalizar este método identificatorio a toda la población resulta simplemente inaceptable*<sup>75</sup>.

Evidentemente, resulta muy tentador disponer de bases de datos de ADN a nivel de población general, donde se incorpore de forma indiscriminada información relativa a los perfiles genéticos de todos los ciudadanos de un Estado. De facto, esta tarea podría emprenderse de manera relativamente sencilla, mediante la toma de muestras biológicas indudables de los recién nacidos, aprovechando la famosa “prueba del pinchazo del talón”. De esta forma se podrían obtener las huellas genéticas de todas las personas, y sus identificadores quedarían registrados en este fichero general de población. Esto permitiría registrar a toda la población e incluso podría sustituir en poco tiempo el sistema de registro de huellas dactilares por el sistema de registro de huellas genéticas<sup>76</sup>.

La principal ventaja de esta idea sería que si se archivaran los identificadores genéticos de todas las personas después de su nacimiento, en el momento en que se cometió el delito, bastaría con comparar los perfiles obtenidos de la muestra dubitada (encontrada en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima) con los registrados en la base de datos e, inmediatamente, debería aparecer una coincidencia con alguna persona<sup>77</sup>.

En teoría, no habría motivo para alegar discriminación al realizar un análisis comparativo en estos términos porque todos los individuos estarían registrados. ¿Pero es todo válido? ¿Qué pasaría con los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad? Pues como ya señaló MORA SÁNCHEZ, “*si se analizaran y sopesaran los medios que hay que utilizar, que pueden restringir ciertos derechos fundamentales, por un lado; y los fines que se pretenden obtener a través de dichos medios, por otro, (es decir, perjuicios/beneficios) resultaría que no compensa ni es de recibo asumir los altos costes –en todos los sentidos– que conllevaría una base de datos de este tipo*”<sup>78</sup>.

En efecto, este tipo de ficheros entraña importantes inconvenientes, no solo por los altísimos costes que su implementación supondría para los

---

<sup>75</sup> Miranda Estrampes, M.; Nieva Fenoll, J., «Comentario a la Sentencia Marryland...», *op. cit.*, pp. 131-132.

<sup>76</sup> Mestres Naval, F.; Vives-Rego, J., «La utilización forense de la huella genética (secuencia del ADN o ácido desoxirribonucleico): aspectos científicos periciales, procesales, sociales y éticos», *La Ley Penal: revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, 61 (2009), p. 60.

Marfany, G., «Bancos de datos genéticos o ¿qué dice mi ADN de mí?: regulación y privacidad», en Casado, M.; Guillén, M. (Coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Puliacions I Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 211-212.

<sup>77</sup> Vid. Fanuele, C., *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009, p. 185.

<sup>78</sup> Mora Sánchez, J. M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, 2001, p. 302.

Estados sino también porque su uso choca frontalmente con los derechos a la intimidad y, más particularmente, a la intimidad genética y a la autodeterminación informativa de los ciudadanos<sup>79</sup>. Nuestras reglas son las de un Estado de Derecho, no las de un Estado Policial y, por ende, los Derechos Fundamentales gozan de supremacía, de modo que su limitación solamente se justifica si se cumplen los presupuestos necesarios para proteger otros bienes supremos del sistema. Y a tal efecto, habrán de observarse inexcusablemente los principios de legalidad y proporcionalidad (este último entendido en sentido amplio, incluyendo los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)<sup>80</sup>.

Un sistema de base de datos genéticos a nivel general poblacional no cumpliría en modo alguno los requisitos del principio de proporcionalidad, dado que el registro de identificadores genéticos y las comparaciones o emparejamientos automatizados se llevarían a cabo de forma indiscriminada, prospectiva y arbitraria<sup>81</sup>.

Además, aunque pueda parecer que este tipo de sistemas de bases de datos generarían un efecto disuasorio o atemorizador sobre las personas que pretendan cometer un delito, configurándose también como una herramienta de prevención delictiva, lo cierto es que podrían producir a la par un efecto perverso, como que el verdadero delincuente dejara en el lugar del crimen los cabellos de otra persona a la que quería incriminar, de modo que, automáticamente, esta persona pasaría a ser sospechosa y las diligencias de investigación se dirigirían hacia él (sobre todo si no puede demostrar una coartada o no hay otro sospechoso)<sup>82</sup>. Tal situación pondría en riesgo las garantías que deben regir un juicio justo, el derecho a la defensa y el derecho a la presunción de inocencia. Lejos de aumentar la virtualidad de las pruebas de ADN, disminuiría la fiabilidad, eficacia y validez de las comparaciones automatizadas de perfiles genéticos, lo que podría acabar formando pruebas que llevarían a sustentar condenas erróneas<sup>83</sup>.

Finalmente, y teniendo en cuenta el *leitmotiv* de este estudio, no podemos terminar sin antes volver a poner el acento en la idea de que las pruebas de ADN

<sup>79</sup> Álvarez de Neyra Kappler, S., *La prueba de ADN en el proceso...*, op. cit. p. 138.

<sup>80</sup> Estas ideas ya fueron apuntadas en Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 190-216.

<sup>81</sup> Guillén Vázquez, M., *La Prueba del ADN ante los tribunales: especial referencia a las bases de datos de ADN con fines de investigación penal*, Dir. Á. Carracedo Álvarez; J. M. Lorenzo Salgado, Tesis Doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Medicina y Odontología y Facultad de Derecho (2003), 210. Vid. también, Álvarez de Neyra Kappler, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008, p. 138.

<sup>82</sup> Fanuele, C., *Dati genetici e procedimento penale...*, op. cit., pp. 185-186.

<sup>83</sup> Vid. entre otros autores, Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 691-711.

y el registro y comparación de identificadores genéticos a través de bases de datos no son herramientas diseñadas únicamente desde una perspectiva incriminatoria, sino que debemos tener siempre presente que la naturaleza de las pruebas genéticas es ambivalente, pudiendo configurar en muchos casos un instrumento de defensa si los resultados son de exclusión. En efecto, su regulación y uso con cautela, respetando los principios de legalidad y proporcionalidad, así como el procedimiento adecuado, que incluye que el perito ratifique y explique ante el tribunal, como parte de la prueba pericial, los resultados del análisis genético, representa una garantía en el marco de un juicio justo, teniendo en cuenta también que en caso de que se detecte coincidencia (entre perfiles dubitados e indubitados), la misma solamente conformará un indicio a interpretar con el resto de pruebas e indicios existentes en la causa. Así, el hecho de que se verifique una coincidencia entre los perfiles genéticos (dubitados e indubitados) analizados comparativamente no determina sin más (ni mucho menos) la condena automática de la persona investigada/encausada/procesada.

A nuestro parecer y al hilo de lo apuntado al inicio de este epígrafe, resulta menos invasivo recurrir en primer término a la coerción jurídica en los términos reseñados (salvaguardando en todo caso la posibilidad de realizar análisis de contraste), y si no se detectase ninguna coincidencia, sería entonces cuando procedería realizar la prueba de ADN directa<sup>84</sup>, siempre y cuando se den las condiciones necesarias para dictar la autorización judicial motivada habilitante a tal fin (en ausencia de consentimiento de la persona investigada)<sup>85</sup>. Este modelo es, en nuestra opinión, más garantista que recurrir a subterfugios como un análisis de muestras biológicas abandonadas o perder la posibilidad de disponer de una prueba de ADN que ayude a esclarecer los hechos, considerando además que, como hemos visto en relación con el caso de Ahmed Tommohui, las pruebas de ADN permiten descartar sospechosos e, inclusive, revisar casos en los que las condenas firmes se habían fundamentado sobre la base de conclusiones o premisas erróneas.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso Alonso, A., «Conceptos básicos de ADN forense», *Estudios Jurídicos*, 2004.  
Álvarez Buján, M. V., «Prueba de ADN, bases de datos genéticos y proceso penal: panorama normativo en España y Portugal», *Dereito*, 24, 2, 2015, pp. 85-118.

<sup>84</sup> Partiendo de la toma de muestras biológicas indubitadas de la persona investigada, mediante un frotis bucal o una extracción de cabellos (actuaciones que suponen una mínima injerencia física), para obtener sus identificadores genéticos y compararlos, mediante análisis en laboratorio oficial acreditado, con los extraídos a partir de las muestras biológicas dubitadas.

<sup>85</sup> Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 712-713.

- Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Álvarez Buján, M. V., «El derecho a la protección de datos de carácter personal y la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre: algunos riesgos y defectos», F. Bueno de Mata (Coord.), *Fodertics V. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Madrid 2016, pp. 129-140.
- Álvarez Buján, M. V., «El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 y las pruebas de ADN en España», *CEFLEGAL. Revista práctica de derecho*, n.º 247-248, agosto-septiembre 2021, pp. 69-98.
- Álvarez de Neyra Kappler, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008.
- Asencio Mellado, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstruida*, Trivium, Madrid, 1989.
- Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Cabezudo Bajo, M. J., *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica. tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- Caruso Fontán, V., «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética», *Foro. Nueva época*, 15, 1, 2012, pp. 135-167.
- Carracedo Álvarez, Á. «Las bases genéticas de la enfermedad» en Agulló Leal, F. L., *Cátedra "Jorge Juan": ciclo de conferencias: curso 2011-2012*, Servizo de Publicacións, Universidade da Coruña, A Coruña, 2013, pp. 137-150.
- Carracedo Álvarez, Á., «ADN: la genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal», en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 339-366.
- De Hoyos Sancho, M., «Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 14, 35, 2010, pp. 93-116.
- De Urbano Castrillo, E., «La investigación en el futuro del proceso penal», *La ley penal: revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, 93, 2012, pp. 5-26.
- Etxeberria Guridi, J. F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999.
- Etxeberria Guridi, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000.
- Etxeberria Guridi, J. F., «La protección de los datos de ADN en la Unión Europea y en España», M. J. Cabezudo Bajo, (Dir.), *Las bases de datos policiales de ADN. ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 63-93.
- Etxeberria Guridi, J. F. «La identificación de personas mediante pruebas genéticas y bancos de perfiles de ADN: evolución normativa en el contexto europeo», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina*

- avanzada, N° Extra 1, 2014 (Ejemplar dedicado a: Jornadas del XX Aniversario), pp. 135-156.
- Etxeberría Guridi, J. F., «Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» en Jimeno Bulnes, M.; Pérez Gil, J. (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, J. M. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 607-627.
- Fanuele, C., *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009.
- Felicioni, P., «L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici», *Diritto penale e processo*, 2, 2, 2009, pp. 6-24.
- González-Cuéllar Serrano, N., *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999.
- Guillén Vázquez, M. *La Prueba del ADN ante los tribunales: especial referencia a las bases de datos de ADN con fines de investigación penal*, Dir. Á. Carracedo Álvarez; J. M. Lorenzo Salgado, Tesis Doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Medicina y Odontología y Facultad de Derecho, 2003.
- Guillén, M., «El conocimiento como premisa del consentimiento. Una visión crítica de la Ley orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN», en Casado, M.; Guillén, M. (Coord.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Universidad de Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, pp. 283-313.
- Hombreiro Noriega, L. *El ADN de Locard: genética forense y criminalística*, Reus, Madrid, 2013.
- De Hoyos Sancho, M. «Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, Registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos», C. Arangüena Fanego (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 152-181.
- Huertas Martín, I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Bosch, Barcelona, 1999.
- Iglesias Canle, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003.
- Iglesias Canle, I. C., «Análisis crítico de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN», *Revista General de Derecho Procesal*, 20, 2010, pp. 1-9.
- Jamardo, M., «El Supremo anula una condena de 24 años por violación a un hombre tras admitir nuevas pruebas de ADN», *El Debate*, 29/06/2023. [https://www.eldebate.com/espana/20230629/supremo-anula-condena-24-anos-violacion-hombre-admitir-nuevas-pruebas-adn\\_124840.html](https://www.eldebate.com/espana/20230629/supremo-anula-condena-24-anos-violacion-hombre-admitir-nuevas-pruebas-adn_124840.html)
- Johnson, P.; Williams, R., «Post-conviction DNA testing: the UK's first 'exoneration' case?», *Scientific & Justice*, 44, 2, 2004, pp. 77-82.
- Kobilinsky, L.; Liotti, T.F.; Oesersweat, J., *DNA: Forensic and Legal Applications*, Wiley-Interscience, Hoboken, New Jersey, 2005.
- Lareu Huidobro, L. «Nuevos polimorfismos de ADN: predicción de origen biogeográfico y características físicas», M. Casado; M. Guillén (Coord.), *ADN forense:*

- problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 157-169.
- López Ortega, J. J., «La tutela de la intimidad genética en la investigación penal. A propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013», en Casado, M.; Guillén, M. (Coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 99-119.
- Marfany, G., «Bancos de datos genéticos o ¿qué dice mi ADN de mí?: regulación y privacidad», en Casado, M.; Guillén, M. (Coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 211-212.
- Miranda Estrampes, M.; Nieva Fenoll, J., «Comentario a la Sentencia Maryland vs. King del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América (3-VI-2013) / Comment on the Maryland vs King Ruling of the Federal Supreme Court of the United States of America (3-VI-2013)», *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 39, 2013, pp. 119-134.
- Montes, P. «El Supremo anula la sentencia de Tommouhi décadas después de conocer su inocencia», *Economist & Jurist* 29/06/2023. <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/el-supremo-anula-la-sentencia-de-tommouhi-decadas-despues-de-conocer-su-inocencia/>
- Mora Sánchez, J. M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, 2001.
- Moreno R., «El TJUE pone límites a la recogida sistemática y generalizada de datos biométricos y genéticos por la Policía», *Conflegal*, 27/01/2023. <https://conflegal.com/20230127-el-tjue-pone-limites-a-la-recogida-sistemática-y-generalizada-de-datos-biometricos-y-geneticos-por-la-policia/>
- Muñoz Marín, A., «Agresión sexual. Prueba de ADN (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 22 de junio de 2011)», *Revista CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 131, 2011, pp. 165-170.
- Narváez Rodríguez, A., «La prueba de ADN: su normativa procesal», *Jueces para la Democracia*, 51, 2004, pp. 72-80.
- Taruffo, M., «Le prove genetiche nel processo civile e penale» en Rodotà, S.; Zatti, P. (Dirs.), *Trattato di Biodiritto Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 431-446.
- Tonini, P., «Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge», *Diritto penale e processo*, 7, 2010, pp. 883-890.
- Reverón Palenzuela, B., «El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la STEDH, (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y Marper contra Reino Unido)», *Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 30, 2009, pp. 171-192.
- Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S. «Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal», *Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 23, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010.
- Sanz Hermida, A. M. «Notas de Derecho Procesal del Reino Unido», *Revista General de Derecho Procesal*, 18, 2009.

- Sarrión Esteve, J. «La garantía del plazo de cancelación de datos en el intercambio de perfiles de ADN en la Unión Europea», en Cabezudo Bajo, M. J. (Dir.), *Las bases de datos policiales de ADN. ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 297-323.
- Silva Rodrigues, B., *Da Prova Penal. A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*, T. I., Rei dos Livros, Lisboa, 2010.
- Soletto Muñoz, H., *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Velasco Núñez, E. «La prueba pericial», *Diario La Ley*, 8258, 25/02/2014, 10.

# REFLEXIONES SOBRE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS PRERROGATIVAS E IMPLICACIONES EN EL HACER PARLAMENTARIO<sup>1</sup>

*Reflections on the freedom of speech and its prerogatives  
and implications in parliamentary activities*

M<sup>a</sup> Isabel Álvarez Vélez

Profesora Propia Ordinaria de Derecho Constitucional

Facultad de Derecho (ICADE)

Universidad Pontificia Comillas, Madrid. España

<https://orcid.org/0000-0002-1814-1931>

<https://doi.org/10.18543/ed.3325>

Fecha de recepción: 12.03.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

## **Resumen**

En el presente estudio se aborda la libertad de expresión con esencial alcance en un Estado democrático y la conexión que tiene en las prerrogativas parlamentarias de la inviolabilidad y la inmunidad. La libertad de expresión dentro del Parlamento está amparada por la inviolabilidad para garantizar la independencia de los parlamentarios, puesto que es esencial para el ejercicio de la democracia pues permite a los miembros del Parlamento debatir y deliberar fomentando un intercambio abierto de ideas y opiniones. Sin embargo, este derecho también conlleva responsabilidades, ya que debe ejercerse dentro de un marco que respete el orden público y los derechos de los demás, evitando abusos que pudieran deslegitimar el proceso democrático. Finalmente, se plantean también algunos interrogantes sobre

---

<sup>1</sup> Este artículo está elaborado como parte del proyecto de I+D+I PID 2022-141112NB-I00 “La importancia de la independencia del Tribunal Constitucional para la defensa de la democracia”, Financiado por MCIN/AEI.

si existe alguna incidencia entre el derecho de expresión y la inmunidad parlamentaria.

### ***Palabras clave***

Derecho de expresión, inviolabilidad parlamentaria, inmunidad parlamentaria, Tribunal Constitucional.

### ***Abstract***

This study addresses freedom of expression, with its essential scope in a democratic state, and its connection to the parliamentary prerogatives of inviolability and immunity. Freedom of expression within Parliament is protected by inviolability to guarantee the independence of parliamentarians, as it is essential to the exercise of democracy, allowing members of Parliament to debate and deliberate, fostering an open exchange of ideas and opinions. However, this right also entails responsibilities, as it must be exercised within a framework that respects public order and the rights of others, avoiding abuses that could delegitimize the democratic process. Finally, some questions are raised about whether there is any connection between the right of expression and parliamentary immunity.

### ***Keywords***

Right of expression, parliamentary inviolability, parliamentary immunity, Constitutional Court.

---

**Sumario:** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO ESENCIA DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA. II. RELACIONES Y CONFLICTOS ENTRE LA INVOLABILIDAD Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PARLAMENTARIA. III. INMUNIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿EXISTE RELACIÓN? ¿ES UNA RELACIÓN CONFUSA? IV. REFLEXIONES FINALES: ¿SON LAS PREROGATIVAS PARLAMENTARIAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE EXPRESIÓN? V. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO ESENCIA DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

El derecho de expresión, pilar fundamental en las democracias modernas, garantiza la libre comunicación de ideas, pensamientos y opiniones. Es un derecho que se recoge en los textos constitucionales como derecho esencial para el desarrollo de una sociedad pluralista, democrática y tolerante. Y es un derecho que nuestra Constitución recoge entre los fundamentales en el art. 20, proclamando diferentes derechos conectados con la libertad de expresión: libertad de información, libertad de creación y libertad de cátedra.

La libertad de expresión se define como el derecho de todos a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento. Libertad, por una parte, que no queda circunscrita a la expresión de ideologías políticas o similares, sino que se extiende a cualquier expresión del pensamiento con independencia de su mayor o menor, o incluso, nula conexión con el pensamiento político. Libertad, por otra parte, que tampoco queda circunscrita a su forma más habitual, la forma oral o verbal, quedando protegida cualquier otra forma de expresión del pensamiento, cualquiera que sea su soporte y siempre que éste sea apto para expresar el pensamiento. La protección alcanza, por supuesto, aquellas manifestaciones que a priori puedan producir rechazo popular, puesto que de otro modo no tendría sentido esta libertad constitucional, sin que esta afirmación suponga negar la necesidad, también constitucional, de límites.

La libertad de expresión constituye un derecho fundamental, anclado en el marco normativo de los derechos humanos, que permite a los individuos manifestar y comunicar sus ideas, opiniones y pensamientos sin interferencias indebidas. Este concepto se fundamenta en principios democráticos esenciales, como la búsqueda de la verdad, el debate social y la participación ciudadana. De acuerdo con instrumentos internacionales, como el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este derecho abarca no solo la expresión de ideologías políticas, sino que se extiende a todo tipo de contenido comunicativo, incluidas creencias, sentimientos y reflexiones personales.

Desde una perspectiva más amplia, es pertinente destacar que la libertad de expresión no se limita a un ámbito particular de la existencia humana; al contrario, abarca un espectro vasto de manifestaciones del pensamiento. Incluye, pero no se restringe, a la divulgación de pensamientos artísticos, científicos y filosóficos. Esta amplitud subraya la importancia de garantizar un entorno en el que la pluralidad de ideas y opiniones pueda prosperar, lo que a su vez enriquece la vida pública y fomenta un diálogo constructivo en la sociedad.

Asimismo, cabe señalar que la libertad de expresión no se agota en su forma más común, que es la expresión oral o verbal. De hecho, el derecho abarca una multiplicidad de modalidades de comunicación, que pueden incluir, entre otras, la expresión escrita, las artes visuales, la música, la danza y las nuevas tecnologías digitales. Cada una de estas formas de expresión posee sus propias características y matices, lo que exige un enfoque inclusivo al momento de considerar las manifestaciones del pensamiento. En este sentido, el soporte de la expresión, ya sea papel, tela, pantallas digitales o incluso el ambiente sonoro, no limita la protección otorgada a la libertad de expresión; lo crucial es su capacidad para transmitir un mensaje o idea que se considere pensamiento. Al reconocer esta diversidad de formas de expresión, también se pone de manifiesto la necesidad de desarrollar un marco legal que no solo proteja la libertad de expresión en su forma tradicional, sino que dé cuenta de las dinámicas contemporáneas de comunicación. Esto es especialmente relevante en un contexto donde las nuevas tecnologías han transformado radicalmente la manera en que se comparte y se recibe información. La regulación de plataformas digitales, por ejemplo, plantea desafíos significativos en la garantía de este derecho, ya que se interrelaciona con cuestiones de censura, discurso de odio y desinformación.

Finalmente, es importante resaltar que, aunque la libertad de expresión es un derecho fundamental, no es un derecho absoluto. Existen limitaciones que buscan equilibrar este derecho con otros derechos y valores sociales, como la protección de la dignidad humana, el orden público y la seguridad nacional. Estas restricciones han de estar claramente definidas por la ley y deben cumplir con el principio de proporcionalidad para garantizar que la intervención del Estado en la libertad de expresión sea justificada y no arbitraria. La protección de la libertad de expresión debe ser considerada no solo desde una perspectiva legal, sino también desde su impacto real en la construcción de una sociedad plural, democrática y respetuosa de la diversidad de pensamientos.

La libertad de expresión presenta una doble dimensión en cuanto a su fundamento.

En primer lugar, encuentra su cimiento en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad (arts. 9.2 y 10.1 CE). Evidentemente, la dignidad es presupuesto esencial de los derechos fundamentales, pues supone el reconocimiento de que “en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada

en todo caso, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualesquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica” (Sánchez de la Torre, 1968, p. 62). Y en relación a lo que nos ocupa, “privar a un hombre de su derecho a comunicarse libremente lesiona gravemente su dignidad, pues le condena al aislamiento –él, que es un ser locuaz y comunicativo, que puede hablar y le gusta que le hablen– y al empobrecimiento intelectual y moral, al embrutecimiento individual y colectivo” (Solozábal Echavarría, 1988, p. 140).

En segundo lugar, la libertad de expresión constituye también un instrumento del principio de Estado democrático (art. 1.1 CE), ya que sin libertad de expresión no hay verdadera democracia. Y en este punto creemos que “la democracia debe ser entendida como el gobierno a través de la discusión, y las decisiones democráticas como el resultado del consenso obtenido a través de esas discusiones en las que diferentes opiniones e ideas son expresadas y debatidas” (Bouzat, 1989, pp. 89-90). Así pues, libertad de expresión no es un mero instrumento del Estado democrático (garantía de democracia), sino que enlaza directamente con la esencia de la persona.

Existe un claro acuerdo en que la libertad de expresión es esencial en la labor que desarrollan los Parlamentos. Este derecho también promueve el pluralismo, valor superior de nuestro ordenamiento, que es el reconocimiento y el respeto de una diversidad de opiniones y perspectivas dentro de una sociedad. El pluralismo es fundamental para una democracia, ya que permite el debate y el diálogo entre los distintos grupos sociales, ideológicos y culturales. Debate que alcanza su máxima expresión en sede parlamentaria.

De esta forma, la función de representación exige que en los Parlamentos se delibere sobre los diferentes temas de importancia social, jurídica, política y económica para que se puedan tomar las decisiones en cada momento. Un Parlamento es, ante todo, un espacio para el debate y la deliberación. Su función esencial es permitir que se discutan y se contrasten diferentes opiniones, que van a conllevar la toma las decisiones que afectan a la sociedad. Este proceso de debate y deliberación requiere libertad de expresión para garantizar que todas las perspectivas sean escuchadas, respetadas y consideradas. Si los representantes no pueden hablar abiertamente, el Parlamento pierde su esencia como espacio de diálogo y se convierte en un mero órgano administrativo. En el Parlamento están representados los diferentes partidos políticos y no podemos olvidar la importancia de los partidos en un sistema democrático como el nuestro. Los partidos son efectivamente un elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático<sup>2</sup>. El protagonismo de los

---

<sup>2</sup> STC 48/2003, de 12 de marzo, F. J. 5. A este respecto, resultan ilustrativos los términos en los que se expresa la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de

partidos políticos ha sido notorio a lo largo de estos años de democracia, puesto que desde los debates constituyentes quedó claro que la nueva democracia iba a asentarse sobre el pluralismo político que expresan los partidos, que han ido ganando terreno de modo paulatino. En este sentido, “la elaboración de la Constitución española de 1978, y el propio texto, ponen de relieve un auténtico movimiento pendular, en el que los partidos –negados durante el franquismo– pretendieron convertirse en los exclusivos cauces de participación ciudadana” (Fernández Sarasola, 2006, p. 101). En la actualidad, tanto en el orden político como en el orden social, el papel que juegan los partidos es consecuencia de la propia evolución del sistema de partidos. Y asimismo las Cortes Generales, donde están representados los diferentes partidos y formaciones políticas, como es común en los Parlamentos de las modernas democracias representativas, son el órgano central del sistema constitucional por ser el escenario en que se representa la actualización de la soberanía y son un órgano cuya forma de adoptar acuerdos se basa en el principio mayoritario y, paralelamente, en el de respeto a las minorías.

Si bien el derecho de expresión es básico para el funcionamiento de una sociedad democrática y esencial como un derecho dentro del Parlamento, no es ilimitado. Según el art. 20.4 CE la libertad de expresión tiene “su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido reiterada en entender que los derechos y libertades no son ilimitados, y que su ejercicio “está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos”<sup>3</sup>, límites que cumplen así una “función limitadora” en relación con dichas libertades<sup>4</sup>. Y en este sentido señala el Tribunal que “los tribunales han de llevar a efecto un juicio motivado de ponderación para determinar cuál de los derechos en colisión ha de prevalecer, inclinando la balanza a favor de uno u otro, según las específicas circunstancias concurrentes y el valor axiológico correspondiente a cada uno de los derechos en conflicto”<sup>5</sup>.

---

junio, de Partidos Políticos: “aunque los partidos políticos no son órganos constitucionales sino entes privados de base asociativa, forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución”.

<sup>3</sup> STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 3.

<sup>4</sup> STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3.

<sup>5</sup> STS 910/2023, 8 de junio, FJ 3. En esta sentencia el Tribunal Supremo condenó por lo civil a la que en ese momento era Ministra de Igualdad, Irene Montero, a indemnizar con 18.000 euros a un hombre al que acusó de ser un maltratador. Los jueces consideran que la

Y enlazando esta afirmación de nuestro Tribunal con los derechos de los parlamentarios en concreto, toca ahora realizar una breve mención previa a lo que son las prerrogativas parlamentarias. La protección de la independencia y la autonomía del Parlamento es condición necesaria para garantizar que el órgano pueda cumplir, sin mediatizaciones, la tarea que tiene encomendada. Pero la cobertura de la independencia inherente a la función parlamentaria, resultaría incompleta sino alcanzase también a los parlamentarios individualmente considerados. Por ello, los ordenamientos jurídicos dotan a los parlamentarios de una serie de garantías específicas, que no deben ser consideradas como “privilegios” sino como prerrogativas y que constituyen lo que se denomina “el estatuto de los parlamentarios”. En este sentido, son una proyección del art. 66.3 CE en el que se proclama la inviolabilidad de las Cortes Generales. Supone “resguardar al Parlamento de injerencias externas, de perturbaciones del funcionamiento del órgano depositario de la representación popular que atenten no solo contra el espacio físico en el que desarrolla sus funciones, sino también, y principalmente, contra la libre deliberación, conformación y expresión de la voluntad política de los representantes libremente elegidos” (De Miguel Bárcena, 2023, p. 158). Se consagra así “la posición de preeminencia que ocupan las Cortes Generales en relación con las demás instituciones y órganos del Estado”, pues en cualquier caso las Cortes Generales son el único poder del Estado del que se predica la inviolabilidad (González Del Campo, 2022, p. 72).

Se trata de circunstancias jurídicas singulares reconocidas exclusivamente a los parlamentarios en garantía del libre e independiente ejercicio de su mandato representativo. Son normas de protección al Parlamento, a las Cortes Generales y, por extensión, de protección a los parlamentarios frente a posibles abusos. No se trata de un privilegio de naturaleza personal sino de una garantía de naturaleza institucional. Para no devenir en privilegios, el Tribunal Constitucional indica que las prerrogativas parlamentarias deben ser interpretadas estrictamente<sup>6</sup>. Y añade “las prerrogativas parlamentarias no se confunden con el privilegio ni tampoco pueden considerarse como expresión de un pretendido *ius singulare*, pues en ellas no encontramos las notas de la desigualdad y la excepcionalidad”<sup>7</sup>. Las prerrogativas parlamentarias existen con

---

ministra vulneró el derecho al honor de este hombre, al afirmar que era un maltratador cuando no había sido condenado. “Es evidente que las palabras proferidas y la imputación realizada suponen objetivamente un daño moral, como sinónimo de malestar, desasosiego e incluso indignación, en el marco además, de un largo proceso judicial sufrido por el demandante”, señala la STS. Además de pagar la indemnización, fue obligada a borrar un tuit donde difundió estas declaraciones y a publicar el fallo de su condena en su cuenta de Twitter.

<sup>6</sup> Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal desde la STC 51/1985, de 10 de abril.

<sup>7</sup> STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5.

distinto alcance en prácticamente todos los países de nuestro entorno, tienen origen remoto y aunque han ido cambiando de significación jurídica con el paso del tiempo, son objeto de frecuente debate político.

Las prerrogativas parlamentarias establecidas por la Constitución son tres la inviolabilidad, la inmunidad y el fuero especial. Dejando al margen esta última, en las páginas siguientes nos centraremos fundamentalmente en la inviolabilidad y su relación con el derecho de expresión; planteándonos también algunos interrogantes si existe alguna incidencia entre el derecho de expresión y la inmunidad sobreparlamentaria.

## II. RELACIONES Y CONFLICTOS ENTRE LA INVIOLABILIDAD Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PARLAMENTARIA

El art. 71.1 CE establece que los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

La inviolabilidad tiene como finalidad proteger lo que el aforismo británico denomina como *freedom of speech*, y que constituye la base para la libre discusión y decisión. En consecuencia, la inviolabilidad protege la libertad de expresión, opinión y voto del parlamentario, manifestados en el ejercicio de sus funciones, tanto en sede parlamentaria como fuera de las Cámaras y durante su mandato. La prerrogativa le protege por aquellas opiniones y votos emitidos cuando era parlamentario, aún después de haber cesado en su mandato. Las consecuencias de la existencia de esta prerrogativa supone que no se pueda proceder judicialmente contra un parlamentario o ex parlamentario por sus votos u opiniones manifestados en el ejercicio de sus funciones, mediante la inadmisión judicial de toda acción de naturaleza penal, civil, o de cualquier otro orden, que traiga causa de sus opiniones o votos emitidos como parlamentario, quedando por tanto en manos del Juez o Tribunal dicha protección constitucional, ya que no se requiere ninguna decisión de la Cámara para su activación.

Definida la inviolabilidad no cabe duda de su clara relación con la libertad de expresión. El contenido esencial de la libertad de expresión se desarrolla en las Cámaras. Esto es, no hay que olvidar “el hablar como origen del Parlamento, y como característica perdurable del mismo”, lo “convierte en foco esencial de legitimación de todo el sistema democrático” y esto conecta, sin duda, con “la inviolabilidad, o imposibilidad de cualquier tipo de persecución por el hablar y votar en Parlamento” (Pérez-Serrano Jauregui, 2018, p. 600).

El Tribunal Constitucional señala que la inviolabilidad “garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen

en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras, siendo finalidad específica del privilegio asegurar, a través de la libertad de expresión de los parlamentarios la libre formación de la voluntad del órgano al que pertenezcan”<sup>8</sup>. Así, pues, la inviolabilidad aparece configurada, como ha señalado el Tribunal Constitucional como una causa de justificación que excluye la antijuridicidad de la conducta.

Cierto es que, en algunas ocasiones, tanto en la práctica parlamentaria como en el actuar del propio legislador, se ha tendido, de forma consciente o inconsciente, a desnaturalizar esta figura y transformarla, mediante una interpretación forzada del texto constitucional, en un auténtico privilegio personal. Con frecuencia, se han desvirtuado los objetivos que la inviolabilidad parlamentaria persigue y que, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional tras una exégesis de los preceptos constitucionales y legales sobre la materia, congruente con las exigencias impuestas por el principio de igualdad, no pueden ser otros que la protección de la función parlamentaria<sup>9</sup>. La pregunta que subyace es si resulta imprescindible para el ejercicio de las funciones parlamentarias que desde la tribuna se recurra al insulto, a las injurias, a las calumnias, o a los ataques a otros poderes del Estado, actitudes que puedan verse amparadas por la prerrogativa.

En la actualidad, la Constitución concede la posibilidad de establecer un tratamiento normativo diferenciado para los ciudadanos en ciertas circunstancias. Sin embargo, este enfoque plantea un importante desafío legal: determinar cuándo esta desigualdad en el trato puede considerarse legítima y respaldada por el marco jurídico, y cuándo, por el contrario, resulta ilegítima y en contravención del ordenamiento legal vigente. Esta cuestión es fundamental para garantizar que la aplicación de la ley sea justa y equitativa.

En esencia, nos enfrentamos a la necesidad de discernir cuando una acción, independientemente de su origen institucional, puede ser catalogada como arbitraria. Para ello, es preciso analizar criterios claros que nos permitan establecer las fronteras de lo que se entiende como una justificación válida para la desigualdad ante la ley. Esto implica revisar tanto los principios constitucionales que rigen la igualdad como los contextos específicos que podrían justificar un trato diferente a ciertos grupos de personas, ya sea por razones de política pública, desarrollo social o protección de derechos.

Así, la tarea de definir estos límites se convierte en un ejercicio de equilibrio entre el reconocimiento de la diversidad y la vigencia del principio de igualdad, asegurando que cualquier diferencia de trato esté fundamentada en razones objetivas y razonables, de tal forma que se eviten situaciones de arbitrariedad que puedan vulnerar los derechos de los ciudadanos.

<sup>8</sup> STC 243/1988, de 19 de diciembre, FJ 3 y en la STC 9/1990, de 18 de enero, FJ 3.

<sup>9</sup> Entre otras en la STC 90/1985 de 22 de julio.

En otras palabras, las prerrogativas parlamentarias, en concreto la inviolabilidad, han de interpretarse en función de los valores que la Constitución establece y no al margen de los mismos: es por ello inadmisibles un uso arbitrario y discrecional de aquellas. Sobre este punto y, con el fin de evitar que se convierta en un privilegio que suponga que el parlamentario no tiene límites en el ejercicio de su libertad de expresión, tenemos que tener en cuenta la importancia de la disciplina parlamentaria y quizá el seguimiento de los códigos de conducta. Y así, “las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que lesionen derechos fundamentales de terceros”<sup>10</sup>.

Al contrario, por cuanto no están en el patrimonio del supuesto favorecido, sino que se otorgan en beneficio del Parlamento y su función, se explica que las prerrogativas analizadas resulten irrenunciables para el parlamentario, y sea la Cámara, y no cada uno de sus miembros aisladamente considerados, la que cuide de la observancia y mantenimiento de aquellas. Y también por ello no encuentra el Diputado o Senador apoyo alguno en el ordenamiento jurídico para hacer valer la inviolabilidad frente a autoridades y particulares: sólo la Cámara legislativa, tutelando intereses propios y distintos de los personales de cada uno de sus miembros, tiene facultades para hacerla efectiva. Porque, en cualquier caso, “el interés a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias”<sup>11</sup>.

Por tanto, y resumiendo en palabras del propio Tribunal Constitucional, las prerrogativas parlamentarias se confieren “no como derechos personales, sino como derechos reflejados de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara legislativa y que sólo se justifican en cuanto son condición del funcionamiento eficaz y libre de la institución”<sup>12</sup>.

Rechazado el carácter de privilegio personal de Diputados y Senadores que a la inviolabilidad parlamentaria pudiera atribuírsele y afirmada, por el contrario, su naturaleza de garantía de carácter institucional establecida en beneficio de la función parlamentaria, es necesario fijar con toda claridad los límites de la misma a partir de la recta comprensión de su sentido y de sus fines, evitando así una desnaturalización de esta figura fácilmente operable mediante una desvirtuación de sus objetivos.

En cuanto al ámbito material de la inviolabilidad, el art. 71.1 CE, cita expresamente las “opiniones”, de manera que parece la prerrogativa estudiada amparar únicamente declaraciones de juicio o voluntad del parlamentario, ya se produzcan por escrito o de palabra, declaraciones entre las que

<sup>10</sup> STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 6.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> STC 9/1990 de 18 de enero, FJ 3.

hemos de entender incluidos los votos, pues estos no son sino un modo particular de expresar una opinión. En este sentido, nos parece innecesaria, por reiterativa, la previsión contenida en el art. 21 del Reglamento del Senado, en virtud de la cual la inviolabilidad ampara, además de las opiniones, los votos emitidos por el parlamentario en el ejercicio de su cargo, supuesto no recogido ni en el precepto constitucional, ni en el concordante del Reglamento del Congreso.

En cuanto a su ámbito funcional, el mismo art. 71.1 CE establece con validez el nexo entre la inviolabilidad y el ejercicio de las funciones propias de la condición de parlamentario, de modo que tal prerrogativa, como acabamos de apuntar, ampara al miembro de la Cámara respecto de las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones<sup>13</sup>.

En este sentido, una parte, hoy minoritaria, de la doctrina, ha venido manteniendo que la inviolabilidad debe amparar toda la actividad política desarrollada ordinariamente por el parlamentario, pues vincula las “funciones parlamentarias” a todas aquellas actuaciones derivadas del mandato legislativo, de manera que en tales funciones se incluirían cualesquiera actividades que el parlamentario desarrolle en su calidad de representante de un determinado colectivo electoral, con independencia de que tengan lugar dentro o fuera de las Cámaras y se encuentren recogidas en los Reglamentos de las mismas o no (Gómez Benítez, 1982, p. 27).

Señalábamos anteriormente la importancia que tiene la disciplina parlamentaria para no desvirtuar la inviolabilidad y que sea considerada como un privilegio del parlamentario. Entendemos por disciplina parlamentaria las “actitudes y medidas tendentes a preservar y conseguir un determinado orden parlamentario” (Pérez-Serrano Jauregui, 1996, p. 439). Hay múltiples aspectos que hacen referencia a cuestiones de disciplina que no vamos a tocar ahora (sanciones por incumplimiento de determinados deberes parlamentarios). Nos queremos referir con exclusividad a la disciplina en relación al mantenimiento del orden en el desarrollo de los debates parlamentarios. Evidentemente durante los debates es cuando puede suceder que se profieran insultos, palabras malsonantes..., en definitiva, los parlamentarios se excedan en el ejercicio de su libertad de expresión traspasando unos límites que deben ser recordados por el Presidente de la Cámara en uso de sus facultades de mantenimiento de la disciplina. En la inviolabilidad “no pueden encontrar amparo ni las calumnias, ni las injurias, ni conceptos ofensivos contra personas o instituciones, ni la apología para la comisión de delitos, pues tales manifestaciones mal pueden contribuir al ejercicio de las funciones parlamentarias” (Fernández Segado, 2011, p. 28).

<sup>13</sup> STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 6.

Recordando lo que señala el Tribunal Constitucional “dicha prerrogativa se traduce, por tanto, en la imposibilidad de perseguir judicialmente a los parlamentarios por las manifestaciones efectuadas en el ejercicio de sus funciones, pero en ningún caso puede impedir –dada la finalidad que la justifica– la aplicación, cuando proceda, de las reglas de disciplina interna previstas en el respectivo reglamento”<sup>14</sup>. Esto es, “se mantiene el límite genérico propio de la libertad de expresión: no existe un derecho al insulto, dentro del derecho a la inviolabilidad parlamentaria, como no podía ser de otra forma, pues en nada beneficia al fin propio del derecho, esto es, apoyar al parlamentario en el ejercicio de sus altas funciones” (González-Trevijano, 2019, p. 21).

Algunas manifestaciones de los parlamentarios realizadas desde la misma tribuna parlamentaria son en ocasiones claramente sospechosas de ser insultos o descalificaciones dirigidas a otros parlamentarios y que quedan amparados por el ejercicio de su libertad de expresión y, desde luego, por la inviolabilidad. Bochornoso es en esos momentos para el ciudadano tener noticias del desarrollo de algunos debates. Lo hemos visto recientemente por ejemplo en el Congreso en los debates de la ley de amnistía. Esas actitudes deben ser controladas por el Presidente de la Cámara a través de la aplicación de la disciplina.

La disciplina es clave para la cohesión y el óptimo funcionamiento de cualquier cuerpo legislativo. Y así se consigue que “la inviolabilidad por las opiniones vertidas se vea necesariamente contrapesada por la sujeción a la disciplina parlamentaria”<sup>15</sup>. Porque en los debates el parlamentario “puede, cuando olvida las moderaciones éticas y de obligada corrección, ofender, ultrajar a personas e instituciones, denostar a autoridades y particulares, imputar delitos, utilizar falsedades, con lo cual se plantean serios problemas de cara a la defensa de los ciudadanos, especialmente de los particulares” (Fernández-Viagas Bartolomé, 1990, p. 17).

En este último caso, el agraviado no sólo vería frustradas las legítimas expectativas de reparación de su honor a través del correspondiente proceso judicial, sino que tendría que enfrentarse en desigualdad de condiciones respecto del difamador a otro juicio por él no deseado: el de la opinión pública, sobre cuyo fallo es patente que puede influir de manera decisiva el Diputado o Senador aprovechando la publicidad que la tribuna parlamentaria otorga a todas sus actuaciones.

La inviolabilidad “se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado, por ello el

<sup>14</sup> STC 78/2016, de 25 de abril, FJ 3

<sup>15</sup> STC 51/1985, de 10 de abril, FJ. 6.

proceso de libre formación de voluntad del órgano”<sup>16</sup>. Pero no puede ser utilizada como licencia para insultar por parte de los parlamentarios con intención de que su actuar quede impune. En este sentido, es un lugar común en la doctrina la afirmación de que esta potestad disciplinaria reconocida por los Reglamentos constituye un claro límite a la inviolabilidad parlamentaria<sup>17</sup>.

Problema aparte es si la inviolabilidad ampara a los parlamentarios en el ejercicio de su derecho de expresión fuera de la sede parlamentaria o en su caso al margen de sus funciones de parlamentarios.

Por otra parte, nos referíamos a la necesidad de que los parlamentarios actúen conforme a determinados Códigos de Conducta como existen en algunos países anglosajones o en el Parlamento Europeo y tal como están aprobados en nuestras Cortes Generales. Así es, tenemos el Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 1 de octubre de 2020, por el que se aprueba el Código de Conducta de las Cortes Generales. El contenido del Código tiene carácter vinculante y es de aplicación a todos los miembros de las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones y durante todo el periodo de su mandato. En cualquier caso, los códigos de ética parlamentaria buscan definir reglas para que el parlamentario tenga claridad sobre aquellas conductas permitidas o prohibidas, de acuerdo a la moral profesional, que no necesariamente se identifica con la privada.

Estos documentos pretenden, por ello, explicar a la ciudadanía que los parlamentarios, al asumir estas reglas, se regirán por normas suficientemente rigurosas en materia de ética, acordes con las importantes funciones que les corresponden en la defensa del interés público, y que van a poder hacer frente así a las exigencias ciudadanas de que rindan cuentas en su actividad y su situación individual. También se persigue con este texto disuadir a los parlamentarios de que puedan incurrir en conductas contrarias a la ética y buen desempeño de su cargo como miembros de una cámara parlamentaria, e incluso propiciar que eventualmente puedan imponerse sanciones dirigidas a prevenir y, en su caso, combatir algunas prácticas considerables como ilegales o corruptas. Como bien se ha señalado, “la aprobación de Códigos éticos es un signo de autorresponsabilidad y de «madurez» de las instituciones, que va más allá de cumplir con las obligaciones legales” (López Donaire, 2022, p. 440).

No obstante, tal y como consta en el preámbulo del Código, son las exigencias impuestas por las nuevas tecnologías y las demandas de los ciudadanos en

<sup>16</sup> STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 6.

<sup>17</sup> Así, entre otros, Abellán, A. M., *El Estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, 1992; Fernández-Viagas Bartolomé, P., *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores: la crisis de los “privilegios” parlamentarios*, Madrid, 1990.

materia de transparencia, las razones por las que la Mesa «ha querido desarrollar» esta regulación, y “se obvia pues en el preámbulo la recomendación del Grupo de Estados Contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) de aprobar un Código de conducta en cada Cámara y su reiterado incumplimiento, lo que nos permite calificar de poco seria la consideración según la cual la decisión de aprobar el Código de conducta ha partido de la libre voluntad de la Cámara” (Nieto Jiménez, 2020, p. 42). El Código de conducta de los parlamentarios se refiere a cuestiones que tienen que ver con la transparencia parlamentaria y ciertamente fue un requisito del informe GRECO de hace unos años<sup>18</sup>. Desde el primer Informe de evaluación sobre España en 2001, se señala la posibilidad de adoptar un Código Nacional de Conducta para funcionarios públicos que haga referencia además a los grupos de interés. Esta cuestión vuelve a mencionarse en el último informe de cumplimiento sobre España, publicado en abril de 2025. La recomendación a España hacía referencia a “adoptar normas sobre la manera en que el personal con altas funciones ejecutivas entabla contactos con los grupos de interés y otros terceros que buscan influir en el trabajo legislativo o de otro tipo del Gobierno”.

Aprobado el Código de conducta desde 2020, representa el resultado de un proceso participativo e inclusivo, en el que los parlamentarios han evaluado sus responsabilidades éticas y la mejor manera de establecer un marco sólido de integridad para ambas Cámaras. En su preámbulo se subraya que las Mesas de ambas Cámaras han acordado aprobar este Código “con el fin de garantizar que la ejemplaridad y transparencia constituyen hoy en día los principios básicos de la conducta de los parlamentarios y parlamentarias ya que, en cuanto representantes del pueblo, su comportamiento ha de responder a los más exigentes imperativos éticos”. En relación al tema que nos ocupa, el Código de conducta de los parlamentarios se refiere más bien a cuestiones que tienen que ver con la transparencia parlamentaria y, por ello, no es una cuestión que afecte al derecho de expresión, aunque sí a las prerrogativas parlamentarias.

El Código recoge los principios básicos que deben regir el actuar de todo diputado, estableciendo que, en el ejercicio de sus funciones, deben actuar

---

<sup>18</sup> El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) fue creado en 1999 por el Consejo de Europa para supervisar el cumplimiento de los estándares anticorrupción de la organización por parte de los Estados. El objetivo del GRECO es mejorar la capacidad de sus miembros para luchar contra la corrupción supervisando su cumplimiento de los estándares anticorrupción del Consejo de Europa mediante un proceso dinámico de evaluación mutua y presión de pares. El GRECO ayuda a identificar deficiencias en las políticas nacionales anticorrupción, impulsando las reformas legislativas, institucionales y prácticas necesarias. El GRECO también proporciona una plataforma para compartir las mejores prácticas en materia de prevención y detección de la corrupción.

con respeto a la Constitución y a las leyes, especialmente al Reglamento del Congreso; con responsabilidad y en favor del interés general; y con respeto a los demás miembros y a la ciudadanía, manteniendo plena transparencia en su actividad. Asimismo, declara que deben actuar “con integridad, honradez, responsabilidad y de forma desinteresada para la consecución del interés general”. En consonancia con el principio de integridad, que garantiza priorizar el interés general sobre cualquier interés personal, el Código establece que un diputado incurrirá en conflicto de interés si posee un interés personal que pueda afectar su objetividad o independencia en el cumplimiento de sus funciones. Asimismo, se indica que los diputados deben evitar estos conflictos y, si no pueden resolverlos, deberán informar por escrito al Presidente de la Cámara o de la Comisión antes de que se inicie el debate parlamentario. En caso de duda sobre un posible conflicto, el diputado podrá consultar a la Mesa de la Cámara, que resolverá confidencialmente, pudiendo solicitar un informe a la Comisión del Estatuto del Diputado.

Deseable sería que el Código de conducta hiciera referencia a cuestiones de orden, de cortesía o de disciplinas parlamentarias. Así lo hace, por ejemplo, el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña<sup>19</sup>, cuyo art. 7 hace referencia a la obligatoriedad de los parlamentarios de tener una “Actitud ejemplar” en los siguientes términos:

*1. El comportamiento de los diputados del Parlamento debe responder siempre a la confianza pública de la que son depositarios como cargos electos.*

*2. Los diputados del Parlamento deben mantener en todo momento una conducta respetuosa con los demás diputados y con los ciudadanos, y una actitud escrupulosa y ejemplar de acuerdo con el principio de igual-*

---

<sup>19</sup> DOGC n.º 7177, de 4 de agosto 2016, corrección de erratas DOGC n.º 7315, de 23 de febrero de 2017. Otras Comunidades Autónomas también tiene un Código de Conducta de sus propios Parlamentos. El Código de Conducta canario, aunque es similar al catalán, es más breve, más flexible y menos detallado. Así, incluye sanciones menores y no clasifica infracciones por gravedad. También en 2016, se aprobó en las Islas Baleares un Código ético para su Gobierno, en el que se crea una Comisión de ética pública, cuya principal función es supervisar la implementación y el cumplimiento del Código Ético. Además, el Código requiere la firma individual de los cargos públicos como muestra de adhesión al código. El País Vasco también aprobó un Código de Conducta aplicable a los altos cargos y al personal directivo de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Aunque fue aprobado en 2013, se considera uno de los más avanzados por la promoción de valores éticos y sus mecanismos de seguimiento, que son adecuados para su cumplimiento. Asimismo, la Comunidad Autónoma de Galicia adoptó su propio Código ético institucional dirigido mejorar el funcionamiento de su Administración autonómica. Otras Comunidades Autónomas, como Andalucía, Aragón o Navarra están desarrollando iniciativas similares, aunque se encuentran en diferentes etapas de progreso en su implementación.

*dad sin discriminación por razón de género, orientación sexual, creencias, ideología, origen o condición social, etnia, lengua o cualquier otra. Este comportamiento debe implicar siempre la utilización de un lenguaje adecuado, así como un sistema de relación fundado en la interacción constructiva, cordial y dialogante con todas las personas y todos los colectivos sin exclusión.*

*3. Los diputados del Parlamento deben tener un trato adecuado y respetuoso con todas las personas que prestan servicios en el Parlamento. Este trato debe respetar siempre los derechos que los Estatutos del régimen y el gobierno interiores reconocen al personal al servicio del Parlamento.*

En definitiva, la inviolabilidad tiene límites. Como hemos venido indicando la actuación de los parlamentarios en el ejercicio de su derecho de expresión, de sus funciones, tiene que estar modulada mediante la disciplina parlamentario o por los códigos de conducta, formulados por los propios órganos parlamentarios, con los que se pretende preservar unos elementales principios éticos frente a una lógica discursiva que incentiva la descortesía en la expresión de ideas u opiniones (Ridao, 2019, p. 466).

### III. INMUNIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿EXISTE RELACIÓN? ¿ES UNA RELACIÓN CONFUSA?

En lo referente a la inmunidad, el art. 71.2 CE señala que es una prerrogativa que afecta a Diputados y Senadores durante el período de su mandato, de tal manera que solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. Además, tampoco podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva, conocida como suplicatorio<sup>20</sup>.

En palabras del Tribunal Constitucional “ningún límite o exigencia señala la CE a las Cámaras en este punto, por lo que, según la misma opinión, habrá de entenderse que la adopción de tales decisiones es un puro acto de voluntad política, atribuido a dichas Cámaras, y que encierra un juicio, no sobre la culpabilidad, sino sobre la oportunidad de proceder contra un parlamentario, de modo que aceptar la posibilidad de revisar dicho juicio desde otra instancia supondría contradecir la misma figura constitucional de la inmunidad”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> El procedimiento para la solicitud y concesión o denegación de dicha autorización se regula en los arts. 118 bis y 750 a 756 de la LECRIM, en la Ley de 6 de febrero de 1912 declarando los tribunales que han de entender en el conocimiento de las causas contra los Senadores y Diputados, en los arts. 500 y 501 del Código Penal y en los Reglamentos de ambas Cámaras (arts. 11 a 14 RCD y 22 RS).

<sup>21</sup> STC 90/1985, de 14 de agosto, FJ 2.

La inmunidad tiene como finalidad proteger lo que el aforismo británico denomina como *freedom from arrest*<sup>22</sup>, y por lo tanto protege la libertad personal de los parlamentarios como elemento imprescindible para la normal composición y el funcionamiento de las cámaras, frente a cualquier intento de manipulación mediante su detención, inculpación o procesamiento, por cualquier acto de relevancia penal, incluyendo aquellos actos ajenos a su función como parlamentario. La prerrogativa de la inmunidad comienza a aplicarse desde el momento en el que el parlamentario es proclamado electo y, exclusivamente, hasta la finalización de su mandato. Si en el momento de ser proclamado electo el parlamentario estuviese siendo procesado, será imprescindible el permiso de la Cámara para continuar.

La figura de la inmunidad parlamentaria establece un marco jurídico que otorga a los miembros del Parlamento una protección especial en el ejercicio de sus funciones, particularmente en el contexto de las investigaciones judiciales. Este mecanismo no solo preserva la independencia de los parlamentarios en el ejercicio de su labor representativa, sino que también refleja un equilibrio de poderes esencial para el funcionamiento de un Estado democrático.

En primer lugar, es importante destacar que la inmunidad permite a las autoridades judiciales investigar aquellos actos que puedan levantar sospechas sobre la conducta de un parlamentario. Esta fase de instrucción se encuentra sujeta a estrictos estándares legales y debe operar dentro de los límites del Estado de Derecho. Sin embargo, una vez culminada dicha investigación, surgen restricciones significativas para el órgano judicial: la incapacidad para acordar la inculpación o el procesamiento del parlamentario investigado. Esta disposición se fundamenta en la necesidad de proteger la función esencial que los legisladores desempeñan en la representación del pueblo, evitando que sean objeto de persecuciones o represalias que puedan entorpecer su labor.

Adicionalmente, y en segundo lugar, la inmunidad impide que la autoridad competente detenga a un parlamentario, salvo en circunstancias excepcionales como la comisión de un delito en flagrancia. En tales situaciones, la detención debe ser notificada a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dentro de un plazo de 24 horas. Esta medida garantiza que, en caso de que se decida proceder contra un parlamentario, el proceso se realice bajo la supervisión del Tribunal Supremo, lo que añade un nivel de control judicial a la actuación de las fuerzas del orden.

---

<sup>22</sup> Existe alguna polémica sobre el antecedente inmediato de la inmunidad parlamentaria: Vid. por ejemplo Fernández-Miranda Campoamor, A., “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 10 (extra), 1986, pp. 175-206.

Una vez notificada la detención, corresponde al Pleno de la Cámara evaluar la situación y sujetar el proceder judicial a la consideración de un suplicatorio, que es un permiso o autorización para actuar contra el parlamentario. Este análisis no es trivial; se debe valorar la existencia de indicios de persecución política, de atentado a la inviolabilidad de las Cortes Generales que proclama la Constitución, un aspecto que resulta crucial en el contexto actual, donde el uso político de la justicia puede socavar la confianza en las instituciones. La concesión del suplicatorio se realiza mediante un acuerdo motivado del Pleno en sesión secreta, lo que garantiza tanto la confidencialidad del proceso como la necesidad de fundamentar la decisión tomada.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ejerce un papel fundamental en la revisión de estos acuerdos, adoptando un enfoque riguroso respecto a la exigencia de una motivación adecuada. El organismo se asegura de que las decisiones referentes a la inmunidad parlamentaria no solo sean procedimentales, sino que también estén sustentadas en un sólido razonamiento que respete los principios del debido proceso y que evite cualquier tipo de arbitrariedad. De este modo, se contribuye a fortalecer el sistema democrático al garantizar que los derechos de los parlamentarios no sean vulnerados, a la vez que se permite el adecuado control judicial sobre la conducta de los mismos.

Si la Cámara no se pronuncia en un plazo de 60 días naturales, el silencio es negativo y, por lo tanto, se desestima el otorgamiento del suplicatorio. Esencial como finalidad de la inmunidad, en palabras de un autor ya histórico, “evitar que la pasión política o la intriga de los particulares arranque de su escaño al Senador o Diputado, so pretexto de infracciones punibles cuya persecución no se inspire en móviles de pureza y de corrección legal” (Pérez Serrano, 1986, p. 781).

De manera contundente, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de Diputados o Senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de Jueces y Tribunales. La existencia de tal tipo de privilegios pugnaría, entre otras cosas, con los valores de «justicia» e «igualdad» que el art. 1.1 de la C.E. reconoce como «superiores» de nuestro ordenamiento jurídico. La inmunidad, como el resto de prerrogativas que en el art. 71 de la misma Constitución se establecen, se justifica en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto a las que tiene, como finalidad primordial, su protección. De ahí que el ejercicio de la facultad concreta que de la inmunidad deriva se haga en forma de decisión que la totalidad de la Cámara respectiva adopta”<sup>23</sup>. Y de manera clara el Tribunal insiste en que

<sup>23</sup> STC 90/1985, de 14 de agosto, FJ 6.

dicha prerrogativa no había sido establecida por el constituyente “para generar zonas inmunes al imperio de la Ley”, así como que quedaría desnaturalizada como prerrogativa institucional “si quedase a merced del puro juego del respectivo peso de las fracciones parlamentarias”, reiterando, una vez más, que responde “al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición, ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que puedan incoarse frente a sus miembros, por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones”<sup>24</sup>.

Señala el Tribunal Constitucional que “la previa autorización que requiere el art. 71 de la Constitución para inculpar o procesar a Diputados o Senadores no puede exigirse para la admisión, tramitación y resolución de demandas civiles que en nada pueden afectar a su libertad personal y, en consecuencia, que la extensión del ámbito civil de dicha garantía procesal resulta constitucionalmente ilegítima”<sup>25</sup>.

Así, “conviene resaltar que el carácter objetivo de las prerrogativas parlamentarias se refuerza [...] en el caso de la inmunidad, de tal modo que la misma adquiere el sentido de una prerrogativa institucional”<sup>26</sup>. Como ya hemos señalado, “en cuanto expresión más característica de la inviolabilidad de las Cortes Generales, la inmunidad [...] se justifica en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto de las que tiene, como finalidad primordial, su protección [...], de ahí que el ejercicio de la facultad concreta que de la inmunidad deriva se haga en forma de decisión que la totalidad de la Cámara respectiva adopta”. Y “esta protección a la que la inmunidad se orienta no lo es, sin embargo, frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los diputados y senadores, sino frente a la amenaza de tipo político consistente en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada, injustificada o torticeramente, con la intención de perturbar el funcionamiento de las cámaras o de alterar la composición que a las mismas le ha dado el cuerpo electoral en el ejercicio del derecho de sufragio activo (art. 23.1 CE)”<sup>27</sup>.

El gran problema de la inmunidad y el derecho de expresión de los parlamentarios está en el mundo digitalizado que estamos viviendo. Internet y todas las redes sociales ofrecen un espacio ilimitado y sin controles para la expresión, para la comunicación, para la información y para la interacción

<sup>24</sup> STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3.

<sup>25</sup> STC 9/1990, de 18 de enero, FJ 4.

<sup>26</sup> STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3.

<sup>27</sup> STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6; doctrina que reiteran las SSTC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3; 123/200, de 4 de junio y 124/2001, de 4 de junio FFJJ 4).

entre ciudadanos del mundo. En este sentido, el Senado español, concretamente la Comisión especial sobre Redes Informáticas, entendía que “la Red es un espacio de encuentro e intercambio en libertad, sin fronteras ni límites, abierto y universal, en el que se va a desarrollar la sociedad del siglo XXI”<sup>28</sup>. En ocasiones las nuevas tecnologías son novedosas formas de populismo, por lo que sería esencial “una reforma en los partidos políticos que advierta de su papel central de vertebradores de las corrientes de pensamiento y opinión políticas, en vez de que las fuentes de polarización de la opinión externas o internas” sean las que acaben supliendo a los partidos (González de la Garza, 2018, p. 300). Ciertamente, la polarización política, el auge de populismos y el control mediático han generado un ambiente donde la disidencia se silencia y los debates constructivos se convierten en ataques personales. En estos contextos, la dignidad y la eficacia de las instituciones democráticas se ven amenazadas, ya que los ciudadanos perciben a sus representantes como incapaces de actuar de manera independiente, lo que desemboca en un deslegitimación del sistema.

Y hay por ello que dejar claro, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional que la inmunidad no alcanza a las manifestaciones injuriosas que los parlamentarios realicen “en uso —correcto o no— de su libertad de expresión” al margen de sus funciones, pues “resulta claro que el instituto de la inmunidad no tiene como finalidad garantizar la libertad de expresión, ni aun cuando ésta viene ejercida por un representante del pueblo español”<sup>29</sup>.

La prerrogativa de la inmunidad no deja de tener polémicas constantes, pues puede entrar en conflicto con el principio de igualdad, al otorgar un trato especial los parlamentarios. Diseñada para proteger la independencia de las Cortes Generales, a menudo es criticada por ser utilizada como un escudo frente a investigaciones, especialmente en los casos de corrupción. Esto ha generado tensiones en una sociedad democrática como la nuestra, ya que parece contradecir el principio de que todos los ciudadanos deben ser iguales ante la ley. En algunos casos, esta protección se extiende más allá de sus fines originales, debilitando la confianza pública en las instituciones. En este sentido, “en un Estado democrático la mejor garantía para impedir la instrumentación política del procesamiento o detención de un parlamentario consiste en la independencia de los jueces y tribunales. El efectivo sometimiento de la policía a los jueces, la prohibición de las detenciones arbitrarias y la autonomía de los Tribunales son la mejor caución frente a cualquier ataque a la independencia de las Cámaras. Logradas estas circunstancias, la inmunidad se hace superflua” (Santaolalla López, 1983, p. 87).

<sup>28</sup> Informe de la Comisión Especial sobre redes informáticas. BOCG, Senado, n.º 812, de 27 de diciembre de 1999, p. 46.

<sup>29</sup> STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 5.

#### IV. REFLEXIONES FINALES: ¿SON LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE EXPRESIÓN?

Estamos viviendo un tiempo en el que se están poniendo severamente a prueba las instituciones y los procedimientos constitucionales. Y en el que, los Parlamentos democráticos, en particular, están atravesando una fase muy inquietante de su historia. Como ha señalado Astarloa “los parlamentos son hijos de las circunstancias y, que, siendo éstas por definición cambiantes, aquéllos están evidentemente afectados de discontinuidad política, seriamente condicionados por los acontecimientos históricos y por la evolución social de las distintas fuerzas sociales y políticas que entran en cada época y lugar en juego. Sin olvidar tampoco la importancia del factor humano y la repercusión del desigual talento político de los líderes de cada momento” (2017, p. 57).

Los debates están sufriendo un gran declive, por causas diversas, y muy especialmente porque la naturaleza de la confrontación ya no es poner de manifiesto los desacuerdos existentes, sino buscar la descalificación y el descredito. Ya no vemos una reflexión detenida y sólida, intervenciones concienzudas y con entidad, ni el contraste profundo de pareceres. Además, la constante utilización de *fake news* en el debate político conlleva la aparición de una herramienta con un gran riesgo que afecta la calidad del diálogo democrático y distorsiona la percepción pública de la realidad. Las *fake news* son noticias falsas, manipuladas o malintencionadamente inexactas, creadas para desinformar o engañar al público y que son fácilmente difundidas a través de redes sociales llegando a un número elevadísimo de personas en un tiempo récord. Su impacto en el ámbito político es profundo, ya que se utilizan para influir en opiniones, desacreditar oponentes y manipular resultados electorales.

Hemos venido afirmando que la inviolabilidad y, en su caso, la inmunidad tienen como finalidad la de asegurar, a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenecen. El abuso de las garantías parlamentarias puede llevar a situaciones donde la rendición de cuentas se vea comprometida, alimentando prácticas de opacidad y corrupción. Por lo tanto, es imperativo que los sistemas democráticos encuentren un equilibrio que preserve la libertad de expresión de los parlamentarios, al tiempo que se asegure que se mantenga un nivel adecuado de transparencia y responsabilidad.

Pues bien, ¿en qué medida puede perjudicar tales objetivos la interposición de una demanda contra un Diputado o Senador, la tramitación de la pretensión a través del correspondiente proceso civil y la resolución del litigio con la oportuna sentencia? ¿Acaso el temor a un posible procesamiento o los efectos de éste

podrían perturbar gravemente al parlamentario e impedir que se manifestase con la libertad deseable para la recta formación de la voluntad de la Cámara?

La interposición de una demanda civil contra un Diputado o Senador, así como el subsiguiente proceso judicial y eventual sentencia, puede tener repercusiones significativas en el ámbito parlamentario y en el ejercicio de la función legislativa. No cabe duda que es relevante considerar el principio de separación de poderes que sustenta la estructura política de un Estado democrático. Este principio implica que las funciones del poder legislativo deben desarrollarse sin interferencias externas, incluidas aquellas que provienen del poder judicial. La posibilidad de que un parlamentario enfrente un proceso judicial genera incertidumbre que puede afectar no solo su desempeño individual, sino también el funcionamiento general de la Cámara. En este contexto, es plausible que el miedo al procesamiento y sus consecuencias, así como a una eventual condena, interfieran con la capacidad del legislador para actuar con independencia y libertad.

Además, desde una perspectiva psicológica, la presión emocional de una demanda, especialmente si conlleva la pública exposición de la figura del parlamentario, puede resultar en una disminución de su capacidad de concentración y, por ende, en la eficacia de su labor. Esta perturbación podría traducirse en una dinámica legislativa menos productiva, afectando la calidad del debate y de las decisiones adoptadas.

En términos jurídicos, el proceso civil contra un parlamentario podría estar en contradicción con ciertas prerrogativas, como la inmunidad parlamentaria, que protege a los miembros de un poder legislativo de ser perseguidos judicialmente por acciones derivadas de su labor en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, esta inmunidad no es absoluta y su aplicación puede variar dependiendo de la jurisdicción y el contexto del caso. Además, es necesario considerar la percepción pública que puede surgir a raíz de un litigio en curso. Un parlamentario que está enfrentando una demanda podría ser percibido como menos competente o incluso corrupto, lo que podría erosionar la confianza del electorado en la institución legislativa en su conjunto. Esto puede influir en la capacidad de la Cámara para operar eficazmente y en la legitimidad de sus actos. En conclusión, la interposición de una demanda civil contra un parlamentario puede tener efectos nocivos en su capacidad de ejercer sus funciones, tanto a nivel individual como institucional. El temor al procesamiento y sus posibles consecuencias pueden afectar no solo el rendimiento personal del legislador, sino también el manejo y la dinámica de la función parlamentaria, impactando la calidad de la representación y la formación de la voluntad de la Cámara. Por lo tanto, es fundamental encontrar un balance que permita proteger las prerrogativas de los parlamentarios, al mismo tiempo que se garantiza la justicia y se previenen abusos, asegurando la salud del sistema democrático en su conjunto.

Nuestro planteamiento puede ir más allá: ¿hasta qué punto, si desapareciera la inviolabilidad y la inmunidad como prerrogativas se perjudicarían los parlamentarios? Probablemente, la oposición mayor a su desaparición vendría por parte de los parlamentarios o, incluso, en último extremo de los grupos parlamentarios. Parece lógico, que, si la libertad de actuación de los parlamentarios está en entredicho por la existencia del principio aceptado de la disciplina de voto del grupo al que pertenecen, no es descabellado plantear que la inviolabilidad y la inmunidad, esto es, la irresponsabilidad jurídica que ampara la actuación del sujeto, alcanza de forma inequívoca al grupo al que pertenece. Si, por otra parte, existe en nuestra reciente evolución parlamentaria, una clara identificación entre los grupos parlamentarios que se forman en el seno de las Cámaras, con los partidos políticos que se presentan a las elecciones, de tal forma, que son éstos los que en la práctica marcan las directrices de actuación del grupo, la prerrogativa o irresponsabilidad alcanza a los partidos y no a cada uno de los miembros de la Cámara.

Como hemos señalado, las prerrogativas parlamentarias tienen sus raíces en el desarrollo histórico y político del parlamentarismo, que se consolidó en Europa a lo largo de los siglos XIII al XVII. Estas prerrogativas surgen como una respuesta a la necesidad de los Parlamentos, inicialmente compuestos por representantes de las ciudades y estamentos, de proteger su autonomía y asegurar su funcionamiento efectivo en un contexto de monarquías absolutas y conflictos de poder. El origen de estas prerrogativas suele centrarse en la Magna Carta de 1215 en Inglaterra, que, aunque no se refería específicamente a los derechos parlamentarios, sentó las bases para la limitación del poder real y el reconocimiento de ciertos derechos. A lo largo del tiempo, los Parlamentos comenzaron a exigir la inmunidad de sus miembros frente a acciones legales que pudieran interferir en su labor legislativa. Esta inmunidad se consolidó en diversas reformas constitucionales y prácticas políticas, promoviendo un marco en el que los representantes pudieran actuar sin temor a represalias.

Durante el siglo XVII, fenómenos como la Guerra Civil Inglesa y la Revolución Gloriosa contribuyeron a la afirmación de las prerrogativas parlamentarias, reforzando la idea de que el Parlamento no solo representaba al pueblo, sino que también debía ser un contrapeso al poder ejecutivo. Este proceso histórico fue fundamental para la posterior evolución de la democracia moderna y el desarrollo de las constituciones contemporáneas que consagran estas prerrogativas como esenciales para el funcionamiento del sistema parlamentario. A medida que las democracias se expandieron y evolucionaron, especialmente tras las dos guerras mundiales, el marco jurídico que regía el funcionamiento de los Parlamentos se consolidó constitucionalmente. De ahí que las constituciones del siglo XX, particularmente aquellas surgidas en Europa y América Latina, enfatizaron la separación de poderes y la

protección de los derechos fundamentales, lo que incluyó la formalización de las prerrogativas parlamentarias.

El constitucionalismo del siglo XX también propició un enfoque más amplio sobre la rendición de cuentas, la transparencia y la participación ciudadana, aspectos que refuerzan la función del Parlamento como representante de la voluntad popular.

En la actualidad, en el análisis de las democracias contemporáneas, la relación entre los grupos parlamentarios y los partidos políticos es fundamental para entender el funcionamiento del sistema político. La cuasi-identificación se refiere a la relación simbiótica que se establece entre estos dos elementos, donde los integrantes de un grupo parlamentario comparten objetivos, ideologías y, en muchos casos, lealtades partidarias que trascienden la simple afiliación formal al partido político.

Los grupos parlamentarios, constituidos por los miembros de un partido o coalición que se agrupan en el Parlamento, actúan como intermediarios esenciales entre los partidos políticos y el proceso legislativo. Esta integración tiene implicaciones significativas para el ejercicio de las prerrogativas parlamentarias. Los grupos parlamentarios podrían ser definidos como las asociaciones en que se distribuyen e integran todos los miembros de una Cámara según sus afinidades de partido o ideológicas para canalizar una unidad de voto, casi toda la actividad parlamentaria. Los grupos nacen más en la práctica parlamentaria, convirtiéndose en la actualidad en los sujetos con plena capacidad en la actividad de las Cámaras. De ahí que la mayor parte de la doctrina los considere al mismo tiempo órganos de las Cámaras y del respectivo partido político. Así, de entre sus funciones hay que destacar la presentación de mociones, interpelaciones, uso de la tribuna, formar en proporción a su número el resto de los órganos de las asambleas, o incluso votar. Así, la configuración actual del Parlamento como asociación de grupos parlamentarios y de los parlamentarios como miembros de los partidos políticos, nos induce a tratar la prohibición habitual de los textos constitucionales del mandato imperativo. Muestra Constitución en su art. 67, establece que “los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo”, optando así por un mandato representativo, hoy en crisis en los modernos Estados de partidos. Ante esta prohibición surge la lógica pregunta acerca de si la disciplina de voto que vincula a los parlamentarios al grupo que pertenecen, no es una nueva forma de mandato que supone una infracción del precepto constitucional.

Los partidos políticos pueden utilizar su poder para estructurar el acceso a determinadas prerrogativas, como el tiempo de habla en debate o el acceso a recursos legislativos, favoreciendo así a los parlamentarios leales y limitando la disidencia interna. Por lo tanto, esta relación entre grupos parlamentarios y partidos políticos es clave para entender cómo las prerrogativas

parlamentarias se configuran y se ejercen, reflejando la tensión entre la disciplina partidaria y la independencia legislativa. Fiel a esta dinámica, la prohibición del mandato imperativo puede ser visto como un mecanismo que busca garantizar que los intereses del electorado se mantengan en el centro de la actuación política. Sin embargo, en sistemas donde prevalece la disciplina de partido, la implementación de un mandato imperativo puro puede resultar problemática. En este sentido, cada vez con más frecuencia se aprecia la introducción de prácticas parlamentarias que suponen modalidades de mandato imperativo a través de los especiales lazos de unión que ligan a los parlamentarios con los partidos políticos. Entre estas prácticas se suelen mencionar las siguientes: la renuncia por escrito y en blanco de la condición del parlamentario cuando se rompa la disciplina, lo que parece indicar que el escaño es propiedad del partido; la renuncia del escaño cuando el parlamentario se pasa a otro grupo; etc. Es cierto que en ninguno de estos supuestos el parlamentario quedaría obligado jurídicamente a dimitir. La cuestión debe relacionarse con la ya mencionada crisis del mandato representativo.

En España al contrario de lo que sucede en otros países estamos asistiendo a un proceso en virtud del cual se pierde la imparcialidad de los órganos que intervienen en ese proceso y la práctica política, alentada por necesidades de gobierno ha ido desarrollando formas de pensar y de hacer que empiezan a amenazar seriamente las grandes declaraciones constitucionales que construyeron los autores de los primeros textos solemnes del mundo contemporáneo.

Las prerrogativas parlamentarias son más que simples derechos otorgados a los legisladores, son garantías fundamentales que aseguran la libertad de expresión y el funcionamiento efectivo del poder legislativo en una democracia. Estas prerrogativas permiten un debate abierto y honesto, promueven la rendición de cuentas y contribuyen a una cultura política que respete la diversidad de opiniones. La interacción entre el mandato imperativo y las prerrogativas parlamentarias es clave para comprender la dinámica de la representación política. Los parlamentarios deben navegar entre cumplir con las expectativas de sus electores y respetar las decisiones colectivas de su partido, todo mientras se benefician de las garantías que les ofrecen sus prerrogativas. Esta complejidad resalta la necesidad de una cultura política que promueva tanto la responsabilidad hacia los electores como la libertad de acción parlamentaria.

El progresivo fortalecimiento del poder ejecutivo y la influencia de los partidos, como señalábamos antes, están diseñando una nueva democracia orientada hacia la gestión de los acuerdos parlamentarios y extraparlamentarios de las fuerzas políticas. La consecuencia es una actividad política dedicada a la administración de la dinámica consenso-disenso y de aspectos concretos de la acción pública, mientras que los fundamentos constitucionales

de la modernidad se diluyen en frases preparadas para la propaganda política. Por otra parte, los Tribunales Constitucionales están jugando un papel esencial en los sistemas democráticos pues “su desbordada preponderancia en un contexto global de erosión democrática los ha posicionado actualmente como ‘la rama más amenazada’ por los asaltos populistas y autocráticos que muchas instituciones judiciales están sufriendo a nivel global (Bezemek y Roznai, 2023).

En cualquier caso, volviendo a lo que ya hemos señalado la seguridad jurídica constituye un valor esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho, garante máximo de la libertad y, además, un valor vinculado a la estabilidad social. Esto significa que, siendo la libertad la máxima aspiración del individuo y de la colectividad, el Derecho en su conjunto debe afinar sus cualidades formales y sustantivas, sin relegar su eficacia. La seguridad jurídica convierte en valor axiomático esa necesidad y pasa de este modo a inspirar la vida jurídica entera, desde que la norma se proyecta y elabora hasta que se aplica. Durante mucho tiempo, los Tribunales Constitucionales y, por supuesto, también el español, han actuado con cautela al ejercer sus facultades revisoras en este ámbito.

En este contexto, las prerrogativas no sólo pierden su auténtico sentido, especialmente cuando se produzca una utilización abusiva de cualquiera de ellas, lo que supone la existencia de una desconfianza hacia la clase política, que puede llegar a constituir un auténtico ataque al Estado de Derecho (García Morillo, 1994, p. 74). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha observado que el hecho de que los Estados concedan generalmente una inmunidad más o menos extensa a los miembros del parlamento constituye una antigua práctica, que tiene como finalidad la protección de la libre expresión de la Cámara y el mantenimiento de la separación de los poderes legislativo y judicial. Bajo sus diferentes formas, la inmunidad parlamentaria puede servir para proteger un régimen jurídico verdaderamente democrático. Pero también ha entendido el Tribunal que cuanto más amplia sea una inmunidad, más imperiosas deben ser las razones que puedan justificar dicha amplitud.

Por muy relevante que sean los motivos que aconsejen otorgar a diputados y senadores unos márgenes excepcionalmente amplios a su libertad de expresión, en ningún caso y de ninguna forma puede el ordenamiento jurídico amparar, favorecer o permitir el abuso, la extralimitación. Antes bien, la actitud del ordenamiento ha de ser la de proteger y procurar la restitución de los derechos de aquellos que injustamente los hayan visto lesionados, poniendo a su disposición los oportunos mecanismos de defensa y reparación, aun cuando de ello pueda derivarse un recorte de los márgenes de libertad del responsable, incluso si éste es un parlamentario y tales márgenes excepcionalmente amplios.

Sin embargo esa restitución de derechos de los que se sienten lesionados por la libertad de expresión de los parlamentarios es especialmente

complicadas en un mundo digitalizado. Las redes sociales como vías de información son en ocasiones frecuentes vías de desinformación y esa actuación puede claramente minar a las democracias. Especialmente preocupante es esta cuestión para las personas más jóvenes que tienden a no valorar la importancia de la democracia, pues es un sistema que no ofrece los rendimientos que esperan, incluso podría ser un tipo de sistema del que se podría prescindir buscando modelos alternativos en los que vean más rendimiento. La desinformación presenta graves riesgos, pues conlleva además la consecuente manipulación en la opinión pública. La velocidad a la que se difunden determinadas informaciones falsas, erróneas o incluso maliciosas hacia el sistema democrático constitucional supone una amenaza contra la que es muy difícil competir. En este sentido como bien señala Balaguer “son muchos los ámbitos en los que las redes sociales están generando disfunciones desde el punto de vista constitucional y democrático”, y especialmente “desde los derechos fundamentales a los procesos electorales, pasando por la configuración misma del orden constitucional, en un contexto en el que las condiciones del espacio y el tiempo se han transformado como consecuencia de la globalización y del desarrollo tecnológico” (2019).

Las prerrogativas parlamentarias existen con una finalidad objetiva, pues “no obedecen al propósito de proteger a las concretas personas elegidas, aunque se beneficien de ellas, sino que miran a defender la posición del órgano al que pertenecen y del significado que es propio del Parlamento en el ordenamiento del Estado democrático”, y en última instancia, protegen a una institución cuyo carácter esencial se debe, simplemente, a que está integrada por aquellos que los ciudadanos –quienes poseen la soberanía– han votado y autorizado para que, desde ese ente, los representen y legislen en su nombre, fomenten la formación del Gobierno, aprueben su dirección política y supervisen las acciones que este lleve a cabo (Lucas, 2020, p. 174).

Los parlamentarios tienen que tener una defensa clara en el ejercicio de sus funciones y su función es esencial dentro de un Estado democrático. Los ciudadanos conocen la actividad parlamentaria a través de la libertad de expresión de los parlamentarios y conocen así cómo se toman las decisiones políticas, qué leyes se están debatiendo y cómo se ejerce el poder. Es cierto que esa transparencia. La transparencia parlamentaria implica que los ciudadanos tengan acceso a información clara y precisa sobre las actividades, decisiones y postura de los representantes. Si los parlamentarios son transparentes, es menos probable que circulen rumores o desinformación sobre sus acciones, ya que la ciudadanía puede verificar la información directamente. Las informaciones que se difunden a través de las redes actúan como elementos de radicalización, pues hemos visto con frecuencia cómo navegan por ella mensajes que bordean los límites de la Ley, que insultan a los adversarios... Nos encontramos así con gran cantidad de informaciones que menoscaban la

democracia pues tienen en definitiva a producir enfrentamiento social y en cualquier caso político. Parece importante recordar la famosa frase de Sófoles: “Un Estado donde queden impunes la insolencia y la libertad de hacerlo todo, termina por hundirse en el abismo”. Recuperar la cultura democrática, el valor del consenso entre políticos y la importancia del respeto entre los ciudadanos es uno de los retos que tiene pendiente nuestro sistema democrático, maduro no cabe duda, pero tambaleante.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (2017) *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*. Iustel.
- Balaguer Callejón, F. (2019). “Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (32).
- Bezemek, C. y Roznai, Y. (2023). “Introduction: The Most Endangered Branch”, *ICL Journal*, 17 (3), pp. 203-211.
- Bouzat, G. (1989). “Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (3), pp. 87-101.
- De Miguel Bárcena, J. (2023). “La inviolabilidad del rey en el constitucionalismo español”. UNED. *Revista de Derecho Político*, (118), pp. 145-175.
- Fernández Sarasola, I. (2006). “La idea de partido político en la España del siglo XX”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (77), pp. 77-107.
- Fernández Segado, F. (2011). “La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España”, *Foro, Nueva época*, (14), pp. 13-72.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (1986). “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (10 extra), pp. 175-206.
- Fernández-Viagas Bartolomé, P. (1990). *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores: la crisis de los “privilegios” parlamentarios*. Civitas.
- García Morillo, J. (1994) “Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria”. En VVAA, *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional* (pp. 73-116). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gómez Benítez, J. M. (1982). “La inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria”. *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, (64), pp. 219-250.
- González De La Garza, L. M. (2018). “La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el microtargeting y el big data”. UNED. *Revista de Derecho Político*, (103), pp. 257-302.
- González Del Campo, L. (2022). “La inviolabilidad de las Cámaras parlamentarias en el ordenamiento jurídico español: significado y alcance”. *Legebiltzarreko Aldizkaria – LEGAL – Revista del Parlamento Vasco*, (3), pp. 64-107.
- González-Trevijano Sánchez, P. (2019). “La libertad de expresión, una perspectiva de derecho comparado”. *Octubre, EPRS| Servicio de Estudios del Parlamento Europeo*, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/thinktank>

- López Donaire, B. (2022). “Los códigos de conducta en el marco de integridad”. En Gimeno Beviá, J. y López Donaire, B. (cords), *La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al Sector público* (pp. 439-460). Tirant lo Blanch
- Lucas Murillo de la Cueva, P. (2020). “Las garantías parlamentarias en la experiencia constitucional española”. *Revista de las Cortes Generales*, (108), pp. 131-175.
- Nieto Jiménez, J. C. (2020). “La transparencia en las Cortes Generales a la luz de las recomendaciones del GREGO: el Código de conducta de los diputados”. *Revista Española de la Transparencia*, (10), pp. 31-47.
- Pérez-Serrano Jauregui, N. (2018). “La oratoria en el Parlamento”, *Revista de las Cortes Generales*, (103), p. 591-634.
- Pérez Serrano, N. (1986). *Tratado de Derecho Político*, Civitas.
- Pérez-Serrano Jauregui, N. (1996). “La disciplina parlamentaria”. *Anuario jurídico de La Rioja*, (2), pp. 437-453.
- Ridao, J. (2019). “Parlamento y libertad de expresión: ¿dónde están los límites?”. En VVAA, *Una vida dedicada al Parlamento: Estudios en homenaje a Lluís Aguiló i Lúcia*, Valencia (p. 461-472). Corts Valencianes.
- Sánchez De La Torre, A. (1968). *Teoría y experiencia de los derechos humanos*. Gregorio del Toro.
- Santaolalla López, F. (1983). *Derecho Parlamentario Español*. Editora Nacional, Cultura y Sociedad.
- Solozábal Echavarría, J. J. (1988). “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”. *Revista española de Derecho constitucional*, (23), pp. 139-156.



# LADIRECCIÓN PÚBLICAPROFESIONAL EN ESPAÑA: INSTITUCIONALIZACIÓN INCOMPLETA Y CLAVES PARA SU CONSOLIDACIÓN

*Senior Civil Servants in Spain: incomplete  
institutionalization and keys to its consolidation*

Manuel Arenilla Sáez

Catedrático de Ciencia Política y de la Administración  
Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. España  
<https://orcid.org/0000-0002-7533-8896>

Jesús Llorente Márquez

Consultor de organización y de empleo público  
Profesor sustituto. Universidad Complutense de Madrid. España  
<https://orcid.org/0000-0002-4876-3416>

<https://doi.org/10.18543/ed.3326>

Fecha de recepción: 19.05.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

## **Resumen**

La aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público (2007) introdujo la figura del directivo público profesional como instrumento clave para modernizar la Administración española. Su incorporación contribuye a mejorar la eficacia en la ejecución de los programas de gobierno y en la prestación de servicios públicos, así como la legitimidad democrática. No obstante, su desarrollo efectivo sigue dependiendo de la voluntad política, lo que limita su institucionalización. El reconocimiento del valor añadido que aporta a la gestión pública resulta aún desigual. Este artículo analiza cómo ha sido regulada y gestionada la dirección pública profesional en las Administraciones públicas españolas, identifica los principales déficits del modelo vigente y plantea propuestas orientadas a fortalecer su institucionalización y profesionalización dentro del sistema administrativo.

***Palabras clave***

Dirección pública profesional; gestión de empleo público; desarrollo directivo; institucionalización administrativa.

***Abstract***

The approval of the Basic Statute of Public Employees (2007) introduced the figure of the Senior Civil Servant as a key instrument for modernizing public the Spanish administration. “Its incorporation contributes to improving the effectiveness of government programme implementation and public service delivery, as well as enhancing democratic legitimacy. However, its effective development still depends on political will, which limits its institutional consolidation. The added value it brings to public management remains unevenly recognised. This article analyses how different Spanish public administrations have regulated and managed the Senior Civil Service, identifies the main shortcomings of the current model, and puts forward proposals aimed at strengthening its institutionalisation and professionalisation, within the administrative system.

***Key words***

Senior Civil Service, Senior Civil Servant, leadership development, institutionalisation of public administration.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN. III. DIAGNÓSTICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1. Administraciones con regulación legal y reglamentaria. 2. Administraciones con regulación legal. 3. Administraciones sin regulación normativa específica. IV. APRENDIZAJE DEL ESTUDIO. 1. Identificación de la función directiva profesional. 2. Régimen jurídico de la dirección pública profesional. 3. Perfil de acceso a la dirección pública profesional. 4. Evaluación de la dirección pública profesional. 5. Cese en la dirección pública profesional. V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS AL ESTUDIO. VI. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente el ejercicio de funciones directivas en el ámbito público ha sido reservado a personal designado por criterios de confianza política o personal. Como si de un sistema de *spoils system* se tratará, las actividades de esta naturaleza eran y son patrimonializadas por personas que, atendiendo más a criterios clientelares que profesionales, eran y son cooptadas por quienes ejercen el poder político en cada uno de los niveles de gobierno, aunque su intensidad es variable según las Administraciones públicas.

Esta cultura instalada en las Administraciones públicas para cubrir los puestos de trabajo directivos entró en aparente contradicción con la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) que, en su artículo 13, recogía por primera vez la figura del directivo público profesional con carácter facultativo, a la que el artículo 8 de esa ley no considera una clase de personal diferenciada (Fuentetaja 2007, 467; Blanco 2010, 193).

Fue la primera ocasión en la que el legislador la mencionó, ya que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública no ofrecía definición alguna ni de su perfil profesional ni de las personas llamadas a ejercerla.

La primera referencia hay que buscarla en el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado. Esta disposición normativa contemplaba la posibilidad de que determinadas «plazas» destinadas al ejercicio de funciones de dirección y de gestión fuesen cubiertas por funcionarios del Cuerpo Técnico de Administración Civil. A sus aspirantes se les requería la obtención de un diploma de directivos que habría de lograrse mediante la superación de determinadas pruebas selectivas y cursos de formación y capacitación. Este sistema, sin embargo, nunca llegó a establecerse.

Ni el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, ni la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ni la Ley 7/2007, de 12 de abril estimularon de una forma decidida a

las Administraciones públicas para la implantación de la figura. A ello habría que unir que el carácter facultativo establecido en el EBEP para su establecimiento no contribuiría a ello. El peso de la cultura política-administrativa española parecía obrar como una barrera infranqueable.

La histórica falta de implantación de la dirección pública profesional (DPP) entre nosotros no merma la importancia que esta tiene para dotar de eficacia a los programas y acciones de gobierno (Gerson 2020, 6 y 8). Disponer de directivos públicos capacitados no solo exige competencias técnicas o formativas sino también capacidades y aptitudes de liderazgo. Existe un consenso general respecto a que un buen liderazgo y las competencias a él asociadas se traduce en un mejor rendimiento, eficiencia y productividad organizacional (Orazi, Turrini y Valotti 2013, 495; y Van Wart 2013, 528).

La Recomendación del Consejo sobre Liderazgo y Capacidad del Servicio Público (OCDE 2019) invita a que los altos funcionarios públicos llamados a proveer puestos de trabajo directivos se hallen capacitados para asumir funciones de liderazgo, sean seleccionados con transparencia, atendiendo a su mérito y capacidad, y sean formados con las habilidades y competencias necesarias para desempeñar su trabajo eficazmente (OCDE 2023, 24).

El necesario surgimiento de una DPP hay que explicarlo por el alto grado de impacto que tiene en el funcionamiento de las organizaciones públicas; también por la necesidad de garantizar que los directivos públicos dispongan de las capacidades adecuadas para que sean lo más eficaz posible en ámbitos que requieren tratar problemas de una forma innovadora (Gerson, 2020, 10).

El directivo público profesional posibilita y hace factible la estrategia política, la gestión de proyectos, la dirección de personas y de recursos y coadyuva a conseguir un servicio público eficaz. (Jiménez 2009, 104; Gorriti 2010, 56-59; y Carrillo 2020, 59). Arenilla y Delgado (2019, 46) destacan el alto valor público que aportan los directivos públicos profesionales en el apoyo a la toma de decisiones y su ejecución, a las funciones de planificación, coordinación y evaluación de programas, y a la realización de propuestas de mejora.

En cualquier caso, y a pesar del reconocimiento que la trascendencia de la figura tiene para la modernización de las Administraciones públicas, se viene constatando la existencia de obstáculos que dificultan dotarla de mayor amplitud y profundidad. Esto impide su institucionalización efectiva que requeriría un marco claro y una continuidad política que no se observa en la normativa española hasta el momento (Briones 2019, 151).

El decidido interés de los responsables políticos por seguir reservándose una amplia capacidad de nombramiento y de cese en los altos niveles de las Administración fundamentado en criterios de confianza, se ve apoyado por determinados intereses corporativos que no son proclives a su profesionalización, más allá de las declaraciones formales. Nada de esto favorece la consolidación y estabilidad del directivo público profesional (Arenilla y Delgado

2019, 44; Arenilla 2021, 202-203). De esta manera, el peso de la esfera política en las decisiones de contratación de personal sigue siendo la principal barrera al establecimiento de la DPP en nuestro país. Esto conduce a su débil institucionalización (Cortés 2024, 24), lo que tiene implicaciones en la integridad, la profesionalidad, la capacidad de respuesta y la confianza ciudadana (Gerson 2020, 40).

## II. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Con el fin de obtener un conocimiento fehaciente de la situación que presenta la regulación del directivo público profesional en las Administraciones públicas españolas, las fuentes de análisis esenciales que se han utilizado en la investigación han sido el marco normativo vigente en la Administración General del Estado (AGE) y en todas las Administraciones autonómicas. Singularmente, la normativa legal y reglamentaria sobre empleo público y las disposiciones que regulan su régimen de Administración y de Gobierno.

El análisis normativo permitió diferenciar entre Administraciones públicas que regulan la figura a un nivel legal y reglamentario, aquellas que la regulan a un nivel legal pero que no disponen de desarrollo reglamentario y, finalmente, aquellas otras que no han legislado aún de forma específica sobre ello. La tabla n.º 1 ofrece una clasificación de las Administraciones públicas atendiendo a los criterios señalados.

Tabla n.º 1. *Administraciones públicas.  
Regulación de la función directiva profesional*

| <b>Administraciones que regulan la figura a un nivel legal y reglamentario</b> | <b>Administraciones que regulan la figura a un nivel legal</b>                  | <b>Administraciones sin regulación específica</b>  |
|--|---|--|
| Administración General del Estado.<br>Asturias.<br>Castilla-La Mancha.         | Andalucía.<br>Extremadura.<br>Galicia.<br>La Rioja.<br>País Vasco.<br>Valencia. | Aragón.<br>Islas Baleares.<br>Canarias.<br>Cantabria.<br>Castilla y León.<br>Cataluña.<br>Madrid.<br>Murcia.<br>Navarra. |

*Fuente:* Elaboración propia a partir de los textos normativos.

En el aspecto metodológico, y junto con la determinación de las fuentes de información, fue preciso identificar las dimensiones sobre las que habría

de realizarse el estudio comparativo. El marco de ítems quedó definido a partir del contenido que el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) realiza sobre la figura del directivo público profesional. A raíz de su redacción se estimaron como fundamentos y objetivos de la investigación estos aspectos:

- Obtener un conocimiento de la naturaleza de las funciones directivas. Esto exigía identificar la definición que del directivo público profesional realizan las Administraciones públicas, las funciones que desempeñan, las responsabilidades que asumen y el régimen jurídico al que se adscribe.
- Identificar los criterios utilizados en su designación. Para ello el estudio habría de abordar aspectos que permitieran conocer sus fuentes de reclutamiento, los cuerpos, escalas o categoría laboral de origen y el procedimiento de selección y provisión
- Conocer los principios a los que se sujeta la evaluación del personal directivo. Para ello se prestó una especial atención a las posibilidades de progresión profesional y a la incidencia de su actividad profesional en el sistema retributivo.
- Identificar las condiciones de cese.

### III. DIAGNÓSTICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Con el fin de realizar una exposición clara del análisis realizado y de los resultados obtenidos, este apartado se estructura en los tres bloques mencionados con anterioridad en la tabla nº 1.

#### 1. *Administraciones con regulación legal y reglamentaria*

##### 1.1. Administración General del Estado

El artículo 13 del TREBEP en nada ayuda a determinar cuál es el contenido de las funciones directivas realizándose simplemente una definición tautológica: ... *Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales...* Ésta tautología condiciona y determina la definición de principios y criterios que han de regir y guiar su gestión.

##### 1.1.1. Identificación de la función directiva profesional

En el ámbito de la AGE, el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre<sup>1</sup>, realiza una especificación más amplia del directivo público profesional.

---

<sup>1</sup> Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

La disposición normativa concreta, al menos, que el ejercicio de funciones directivas conlleva: el establecimiento de objetivos; funciones de planificación y coordinación; evaluación de objetivos y de resultados; gestión de recursos; y la dirección y coordinación de unidades administrativas. Sin duda, la determinación y definición de estas funciones posibilita establecer criterios más concretos para la gestión del personal directivo profesional.

Inicialmente, la AGE restringe la consideración de directivo público profesional a las subdirecciones generales por lo que todos aquellos empleados que asumen el ejercicio de dichos cargos tendrán el carácter de director o de directora pública profesional. La opción del legislador en este punto ha sido hacer tabla rasa y atribuir a todas las subdirecciones generales este rasgo. Quizá hubiese sido más racional plantear un estudio objetivo de los puestos de trabajo que identificara aquellas subdirecciones que conllevan realmente el ejercicio de funciones directivas profesionales.

La identificación de los puestos directivos ha de ir necesariamente acompañada de una información que permita determinar los empleados públicos que reúnen las competencias y capacidades adecuadas para el ejercicio de funciones directivas con el fin de garantizar la ocupación del puesto por la persona más idónea. En este sentido es importante señalar la creación de un inventario de personal directivo como así establece la Orden, TDF/379/2024, de 26 de abril<sup>2</sup>. Este inventario de personal habría de disponer, no solo de información que permitiera recoger la trayectoria profesional de los empleados públicos sino también del potencial con el que cuentan para ejercer las funciones directivas. No obstante, hay que cuestionar el carácter voluntario de la inscripción de los empleados en el inventario, como así establece la Orden. Una gestión eficaz del empleo público conlleva obtener un conocimiento preciso de todos los recursos humanos con el fin de realizar una adecuada planificación de personal que permita disponer del candidato apropiado para un puesto determinado.

### 1.1.2. Régimen jurídico de la DPP

El Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, indica que para la cobertura de los puestos de subdirector general se requiere ser funcionario de carrera. Ni el personal laboral, ni el personal externo procedente de otros sectores tienen reconocida la posibilidad de acceso a la función directiva profesional.

---

<sup>2</sup> Orden TDF/379/2024, de 26 de abril, para la regulación de especialidades de los procedimientos de provisión de puestos del personal directivo público profesional y las herramientas para su gestión en el marco de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

No obstante, el artículo 3.3 de la Orden, amplía la figura de la DPP al admitir la posibilidad de identificar otros puestos que puedan ser desempeñados por personal laboral<sup>3</sup>.

### 1.1.3. Perfil de provisión de la DPP

La provisión de las subdirecciones generales ha de realizarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales pertenecientes al subgrupo A1 de titulación. Esta apertura, que posibilita la movilidad entre Administraciones públicas, no solo favorece la constitución de una mayor cantera de candidatos para la cobertura de los puestos de trabajo, sino que también promueve la transferencia e incorporación de conocimiento de empleados procedentes de otras Administraciones enriqueciendo el valor público en la prestación de servicios y haciendo a las Administraciones menos endogámicas.

Es preciso significar la importancia que en la selección de los directivos tiene no solo la pertenencia a un determinado subgrupo de titulación sino también hallarse en posesión de determinadas competencias y capacidades. En este aspecto, la Orden TDF/379/2024, de 26 de abril, incide en la valoración de determinadas aptitudes y capacidades<sup>4</sup>.

### 1.1.4. Evaluación de la DPP

Una de las características esenciales con las que definió el EBEP al personal directivo fue el control de su actividad y de los resultados de su gestión. Sin embargo, llama la atención que, siendo uno de los aspectos básicos no se haya incidido de una forma más profusa en la apreciación de su rendimiento o desempeño.

Esta carencia limita, por el momento, profundizar en aspectos significativos que determinan la gestión del personal directivo profesional y que tienen

---

<sup>3</sup> Es importante indicar el carácter limitado con el que el personal laboral podría ejercer funciones directivas en los órganos centrales de la Administración del Estado, dado que el carácter general para el ejercicio de funciones públicas es el régimen estatutario. Más posibilidades podríamos conferir a que estos puestos de trabajo sean ocupados mediante un contrato laboral de alta dirección en el sector público institucional, como así aparece reconocido normativamente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (artículos 100 o 106, entre otros).

<sup>4</sup> La Orden TDF/379/2024, de 26 de abril define cinco áreas competenciales para la selección del personal directivo:

1. Liderazgo transformador.
2. Gestión estratégica de proyectos.
3. Comunicación y relaciones interpersonales.
4. Adaptabilidad y toma de decisiones.
5. Compromiso con el servicio público y ética profesional.

incidencia, tanto en su régimen retributivo, especialmente en la determinación de las retribuciones variables, como en la posibilidad de definir y de diseñar una carrera profesional vinculada al ejercicio de funciones directivas<sup>5</sup>.

#### 1.1.5. Cese en la DPP

De acuerdo con el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, el nombramiento y cese en puestos de personal directivo público profesional en la AGE se realizará por el procedimiento de libre designación. Dada la forma de provisión de estos puestos de trabajo persiste el criterio de confianza en su nombramiento, así como en su cese. Este también es un rasgo presente en la práctica totalidad de las Administraciones autonómicas. Nos encontramos ante un contrasentido al tratar de dotar a esta figura de rasgos profesionales en el acceso para después posibilitar la discrecionalidad en su cese, si bien la citada norma contempla de forma excepcional que el cese se produzca por pérdida de confianza.

### 1.2. Principado de Asturias

#### 1.2.1. Identificación de la función directiva profesional

En Asturias, la Ley 7/2014, de 17 de julio, de medidas en materia de función pública y organización administrativa aborda por vez primera la figura del directivo profesional. Aunque inicialmente esta ley no determina de forma concreta a qué puestos de trabajo les es aplicable dicha condición, con posterioridad la Ley 2/2023, de 15 de marzo, de Empleo Público concreta que son a las subdirecciones generales.

La Ley 2/2023, de 15 de marzo, identifica como funciones directivas: la fijación de objetivos, la promoción, el desarrollo y ejecución de las políticas públicas y la puesta en práctica de propuestas y acciones de mejora. Esto implicaría que todas las subdirecciones realizarían esas funciones.

---

<sup>5</sup> Tal y como indica el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, el nombramiento está inicialmente previsto para un periodo de cinco años que podrá ser renovable por periodos idénticos. Este condicionante temporal determina las posibilidades de carrera horizontal, si fuese contemplada, para definir y delimitar los tramos de progreso en su ejercicio.

Por lo que respecta a la posibilidad de configurar una carrera profesional vertical, solo los puestos de subdirector tienen la naturaleza de directivos públicos profesionales lo que dificulta pensar en esa posibilidad, ya que el resto de los órganos directivos que conforman la AGE se hallan vinculados a un régimen jurídico de designación y de provisión distintos (subsecretarios, secretarios generales, secretarios generales técnicos y directores generales), aunque, salvo para los secretarios generales se requiera formar parte del subgrupo A1 de funcionarios de carrera.

Junto a esta definición cualitativa, es preciso apuntar la limitación que la Ley 7/2014, de 17 de julio establece al número de puestos de trabajo de carácter directivo profesional, indicando que «*los puestos de subdirección general no podrán duplicar el número de puestos reservados a las direcciones generales*»<sup>6</sup>.

A diferencia de otras Administraciones, el marco jurídico asturiano no alude a un inventario específico para el personal de DPP, lo que *a priori* limita disponer de un conocimiento más exhaustivo de empleados públicos que reúnan las capacidades necesarias para el desempeño de los cargos directivos.

El Acuerdo de 8 de marzo de 2024, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la relación de puestos directivos identifica diez puestos de trabajo con el rango de subdirección que tienen atribuido el carácter de DPP<sup>7</sup>.

### 1.2.2. Régimen jurídico de la DPP

En consonancia con el régimen jurídico general de función pública, la Ley 2/2023, de 15 de marzo, circunscribe el acceso a las funciones de subdirección a los funcionarios de carrera, reservando a supuestos tasados su cobertura por parte del personal laboral.

Nuevamente encontramos en la legislación asturiana, concretamente en el Decreto 9/2024, de 2 de febrero<sup>8</sup> una limitación cuantitativa para la ocupación de puestos de subdirección por parte del personal laboral, ya que,

---

<sup>6</sup> El legislador asturiano también incide en las limitaciones cuantitativas para la creación de las subdirecciones generales mediante la Ley 8/1991, de 30 de julio, de Organización de la Administración del Principado de Asturias, ya que solo están autorizadas cuando existan cuatro o más unidades orgánicas con rango de servicio en cada dirección general.

<sup>7</sup> Es significativo que cuando el acuerdo se refiere a puestos de subdirección que han de ser desempeñados por personal funcionario de carrera se refiere a ellos como puestos «reservados», mientras que cuando se trata de valorar la ocupación de puestos de subdirección por personal laboral, se refiere a ellos como «puestos exentos de ostentar la condición de personal funcionario».

Conforme al acuerdo, deberán de ser desempeñados por el personal funcionario de carrera los puestos de: Subdirección General de Reforma de la Administración; Subdirección General de Reorganización y Modernización del Empleo Público; Subdirección General de Presupuestos y Sector Público; Subdirección General de Finanzas y Juego; Subdirección General de Salud Pública y Atención a la Salud Mental; Subdirección General de Prevención de Incendios Forestales; Subdirección General de Infraestructuras.

Mientras que pueden ser desempeñados indistintamente por personal funcionario o laboral los puestos de: Subdirección General para la Estrategia de Modelo de Región y Atracción de Inversiones; Subdirección General de Cambio Climático y Economía Circular y Subdirección General de Política Lingüística.

<sup>8</sup> Decreto 9/2024, de 2 de febrero por el que se aprueba el Reglamento del Personal Directivo Profesional de la Administración del Principado de Asturias.

en ningún caso, el número de puestos de trabajo de subdirecciones generales que puede ocupar el personal laboral podrá ser superior a la mitad del número total de subdirecciones generales existentes en las consejerías.

Las disposiciones normativas no contemplan la posibilidad de que los puestos de subdirector general sean provistos por personal procedente de otros sectores y limita la oportunidad para que pueda concurrir personal de otras Administraciones públicas. Si bien con esta medida se pone en valor el capital humano de la Administración autonómica, condiciona la atracción de recursos humanos que aporten nuevo talento y experiencia a la Administración.

### 1.2.3. Perfil de provisión de la DPP

La cobertura de los puestos de subdirección general requiere la condición de funcionario de carrera o personal laboral perteneciente al subgrupo A1 de titulación o equivalente.

No se encuentra recogida la acreditación de competencias previas, ni la evaluación del desempeño como criterio de selección, ni la posibilidad de evaluar el potencial para la ocupación de los puestos de subdirección. Resulta paradójico que siendo la evaluación del desempeño un criterio que define el puesto de trabajo de la DPP no se tenga en cuenta precisamente en el proceso de provisión.

### 1.2.4. Evaluación de la DPP

La normativa asturiana reconoce de forma clara, a diferencia de otras Administraciones, las implicaciones de la evaluación en la percepción de un complemento de productividad siempre y cuando haya resultado positiva al cumplirse al menos, el setenta y cinco por ciento de los objetivos fijados.

El periodo de duración de ejercicio del puesto se vincula al tiempo previsto para la duración del plan, programa o proyecto. Esta acotación temporal condiciona la articulación de una carrera horizontal en la DPP, que la normativa asturiana no recoge en estos momentos.

Por lo que respecta a la posibilidad de una carrera vertical, el hecho de que solo los puestos de subdirector se integren en la DPP dificulta su viabilidad al encontrarse el resto de órganos directivos (altos cargos) sometidos a un régimen jurídico de selección y designación distintos.

### 1.2.5. Cese en la DPP

A pesar de que en el procedimiento de provisión se introduzcan ciertas notas que permitan reforzar la profesionalidad para la ocupación de los puestos directivos de subdirección, se sigue el procedimiento de libre designación, tanto para proceder al nombramiento como al cese.

### 1.3. Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

#### 1.3.1. Identificación de la función directiva profesional

La Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha y el Decreto 215/2019, de 30 de julio, del Estatuto de la Dirección Pública Profesional de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha confiere a las relaciones de puestos de trabajo la identificación de los que han de ser considerados como directivos públicos.

La normativa señala que el reconocimiento de estos puestos requiere del ejercicio de determinadas funciones como: la participación en la formulación de programas públicos; la planificación, dirección, coordinación, supervisión y evaluación de las actividades y de personas; la propuesta e implementación de medidas de innovación y mejora de servicios y actividades y la rendición periódica de cuentas.

En cualquier caso, resulta significativo que solo se incluyera como de DPP un único puesto de trabajo, el director de la Oficina en Bruselas y que, además, con posterioridad, haya sido objeto de recurso que se ha resuelto despojándole de esta condición<sup>9</sup>.

La normativa adolece de una falta de previsión para la constitución de un inventario o registro de directivos. Esto permitiría disponer de un conocimiento sobre los empleados públicos que potencialmente puedan desempeñar puestos de este carácter y dotar de un mayor grado eficacia a la provisión de estos puestos.

#### 1.3.2. Régimen jurídico de la DPP

Tal y como establece el artículo 14 de la ley, el ejercicio de los puestos directivos queda reservado a funcionarios de carrera, aunque admite que tanto el personal laboral de la Administración castellanomanchega como los empleados procedentes de otros sectores puedan acceder al ejercicio de funciones directivas públicas, si bien estos supuestos tienen un carácter excepcional.

---

<sup>9</sup> Conforme al Acuerdo de 20/07/2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo de personal directivo profesional de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha únicamente tenía esta consideración el Director de la Oficina en Bruselas.

Con posterioridad el Acuerdo de 29/10/2024, del Consejo de Gobierno, en ejecución de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha n.º 190/2024, de 23 de julio, anula el Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 20/07/2021, por el que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo de personal directivo profesional de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. En la actualidad ningún puesto de trabajo tiene la consideración de DPP en la Administración autonómica de Castilla-La Mancha.

### 1.3.3. Perfil de provisión de la DPP

El marco normativo requiere que los funcionarios de carrera que acceden a estos puestos han de pertenecer a uno de los cuerpos o escalas del grupo A de titulación. Esto implica que tanto funcionarios de carrera del subgrupo A1 como del subgrupo A2 son aspirantes potenciales para la cobertura de puestos de trabajo de carácter directivo.

Además, esta vez de forma acertada, el Decreto 215/2019, de 30 de julio, preceptúa que, junto con el requisito de titulación, es necesaria la acreditación de competencias directivas por parte de los empleados que aspiren a ocupar un puesto de esta naturaleza.

### 1.3.4. Evaluación de la DPP

Aunque la normativa autonómica señala diversos criterios de calificación para la cobertura del puesto, la evaluación del desempeño del empleado público en su actividad profesional previa es la gran olvidada. Esto resulta, cuanto menos, disonante con la significación que el decreto otorga a la retribución variable, ya que establece un incentivo del 10 % para los directivos que hayan obtenido un desempeño excelente.

Como en las Administraciones anteriormente mencionadas, la normativa autonómica no establece relación alguna entre los resultados obtenidos de la evaluación del personal directivo y su aplicación a la carrera profesional que tampoco aquí se contempla.

### 1.3.5. Cese en la DPP

Tanto el nombramiento como el cese se realizan de forma discrecional, por lo que los rasgos de profesionalidad con los que se pretende revestir a esta figura se hallan condicionados por este aspecto.

## 2. *Administraciones con regulación legal*

### 2.1. Comunidad Autónoma de Andalucía

#### 2.1.1. Identificación de la función directiva profesional

La Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía concreta el ejercicio de las funciones directivas en: la participación para la definición de políticas; el establecimiento de planes estratégicos; la dirección, gestión y motivación al personal; la colaboración y cooperación con otras entidades; la evaluación de la actividad y la realización de propuestas de mejora.

Un aspecto significativo de la legislación andaluza es que no confiere a la figura del directivo público profesional un carácter uniforme, sino que realiza una diferenciación entre:

- a) Directivos públicos profesionales altos cargos. Tendrán esta consideración los titulares de:
  1. Las secretarías generales técnicas.
  2. Las direcciones generales que tengan como competencias la inspección, el control económico-financiero, los tributos, la asistencia jurídica o los recursos humanos.
  3. Las delegaciones provinciales o territoriales
- b) Directivos públicos profesionales funcionarios de carrera o laborales fijos. En el caso de los puestos a ocupar por este colectivo, la ley no identifica ni concreta qué puestos de trabajo son estos, correspondiendo a las relaciones de puestos de trabajo su determinación.

La norma no se pronuncia por un registro específico de personal directivo público que permita identificar empleados públicos con una acreditada trayectoria profesional en el ejercicio de funciones directivas, lo que constituye un déficit de planificación del personal en este nivel.

### 2.1.2. Régimen jurídico de la DPP

La diferenciación que establece el marco jurídico entre los directivos públicos profesionales altos cargos y el resto de los directivos públicos profesionales requiere, a su vez, distinguir entre sus fuentes de reclutamiento.

En el caso de los primeros, no es imprescindible que tengan la condición de empleados públicos. En el caso de los segundos, sí es preceptivo disponer de la condición de personal funcionario de carrera o personal laboral fijo.

Inicialmente la disposición normativa no contempla la posibilidad de acceso de personal procedente de otros sectores en el caso del segundo tipo de directivos profesionales, lo que si bien, de un lado promueve la carrera de los empleados públicos de la propia organización, de otro limita la entrada en la Administración de nuevas ideas, innovaciones y experiencias.

### 2.1.3. Perfil de provisión de la DPP

Cuando la Ley 5/2023, de 7 de junio se refiere a la selección del directivo público profesional lo hace de forma indistinta tanto para el directivo alto cargo como para el directivo público funcionario de carrera o laboral fijo. Es pues predicable de ambos colectivos que su selección deba realizarse mediante convocatoria pública y obedecer a los principios de idoneidad, mérito, capacidad y publicidad.

Tanto en uno como en otro colectivo es preciso acreditar titulación universitaria y determinadas competencias profesionales.

#### 2.1.4. Evaluación de la DPP

Como en otros marcos regulatorios, es destacable la importancia que la ley andaluza confiere a la evaluación, de forma que los resultados obtenidos pudieran determinar la cuantía retributiva a percibir por los logros alcanzados, si bien este aspecto se halla regulado con carácter facultativo. Hubiera sido más oportuno y deseable establecer su obligatoriedad dada la importancia que en el desempeño de los puestos directivos se otorga a la obtención de logros y de resultados.

La ley no contempla la repercusión que la evaluación del desempeño pueda tener en el desarrollo de la carrera profesional de los directivos, ya que no la prevé.

En el caso andaluz, sí es factible pensar en la articulación de una carrera vertical para los directivos públicos profesionales que les permita un progreso profesional a los puestos de secretarías generales técnicas y las direcciones generales señaladas, dado los criterios objetivos de selección, evaluación y designación que concurren en la provisión de estos.

#### 2.1.5. Cese en la DPP

El cese discrecional solo es contemplado para aquellos empleados que tengan la consideración de directivos públicos alto cargo, por lo que no cabe la discrecionalidad en el cese del resto de los puestos de la DPP.

### 2.2. Comunidad Autónoma de Extremadura

#### 2.2.1. Identificación de la función directiva profesional

La Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura regula la figura del directivo público profesional señalando a aquellos puestos que impliquen funciones de dirección, coordinación, evaluación, mejora de los servicios y de gestión de los recursos y de los programas presupuestarios.

La disposición normativa no determina inicialmente qué puestos de trabajo tienen la naturaleza de DPP, sino que sigue el criterio establecido por otras Administraciones públicas al derivar a las relaciones de puestos de trabajo su identificación. Tampoco establece un registro específico para el personal directivo, lo que limita las posibilidades de disponer de un conocimiento fehaciente de los empleados que cuentan con capacidades y aptitudes apropiadas para el ejercicio de estos puestos.

#### 2.2.2. Régimen jurídico de la DPP

Los puestos podrán ser desempeñados por personal funcionario y laboral, si bien habrá de determinarse el régimen jurídico de adscripción atendiendo

a la naturaleza de sus funciones. La norma, al menos de forma explícita, no abre la posibilidad para que se incorporen a la DPP personal procedente de otros sectores<sup>10</sup>.

### 2.2.3. Perfil de provisión de la DPP

La selección para estos puestos exige que su cobertura se realice por funcionarios de carrera de los subgrupos A1 y A2 de titulación o categoría profesional laboral equiparable, lo que posibilita que un mayor número de empleados públicos pueda aspirar a su ocupación.

El marco jurídico de Extremadura no alude a la acreditación de competencias directivas previas, lo que implica que no se dispone de criterios adecuados que faciliten una mejor selección.

### 2.2.4. Evaluación de la DPP

La ley reconoce la necesaria evaluación de la actividad profesional del personal directivo, aunque el establecimiento de conceptos retributivos variables ligados a la evaluación es de carácter facultativo. Como ya se ha señalado en otros casos, carece de sentido que el ejercicio de esta actividad profesional no se halle acompañada de la aplicación de un sistema de incentivos.

No obstante, la normativa sí señala una cuantía máxima de retribución variable que establece en el 15 % y que puede ser devengada siempre que los resultados que se hayan alcanzado sean los apropiados.

La ley no regula la carrera profesional del directivo público, ni vertical ni horizontal. Por lo que respecta a la primera, la norma establece que los puestos de trabajo que conforman la DPP se sitúan bajo los órganos que asumen la dirección política de gobierno. Esto dificulta la posibilidad de jerarquizar los puestos dentro de la DPP, salvo que se establezca que en el acceso a algunos cargos políticos se sigan los criterios de la DPP.

La carrera horizontal tampoco se halla habilitada. Las limitaciones en la carrera vertical para los directivos públicos profesionales aconsejarían idear un sistema de carrera horizontal que valorase la mejora en sus capacidades y competencias, así como el logro de resultados.

### 2.2.5. Cese en la DPP

Tanto el nombramiento como el cese del personal directivo profesional tienen un carácter discrecional, por lo que, a pesar de tratar de objetivar la

---

<sup>10</sup> Sin embargo, de la redacción del artículo 23.3 puede extraerse dicha oportunidad al señalar que: *La condición de personal directivo de carrera no constituye mérito para el acceso al empleo público*. La ley parece autorizar que empleados de otros ámbitos sean nombrados para el ejercicio de puestos de trabajo de DPP sin que ello justifique su acceso directo al régimen de función pública extremeño.

selección a través del procedimiento de convocatoria previsto, el proceso parece quedar un tanto desvirtuado por esta circunstancia.

### 2.3. Comunidad Autónoma de Galicia

#### 2.3.1. Identificación de la función directiva profesional

La Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia regula la figura del personal directivo profesional. La norma lo define exigentemente, indicando simplemente que es aquel que realiza funciones directivas profesionales y señalando, de forma genérica, que estas suponen el ejercicio tareas gerenciales, o de dirección, o de coordinación de unidades administrativas.

A diferencia de otras normas, la Ley 2/2015, de 29 de abril considera que son puestos de carácter directivo: las vicesecretarías generales, las subdirecciones generales, las secretarías territoriales y las jefaturas territoriales<sup>11</sup>. No obstante, la Ley 5/2024, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas en su artículo 97 suprime estas últimas de la condición de puestos directivos.

Con respecto a otras Administraciones, la ley señala la obligación de disponer en la Administración autonómica de un registro para este personal.

#### 2.3.2. Régimen jurídico de la DPP

La naturaleza y características de estos puestos solo permite su cobertura por personal funcionario de carrera imposibilitando el acceso de personal laboral.

#### 2.3.3. Perfil de provisión de la DPP

De entre el personal funcionario de carrera solo cabe la provisión de estos puestos por aquellos que pertenezcan al subgrupo A1 de titulación.

La normativa gallega exige que los candidatos dispongan de las capacidades y competencias precisas para el acceso.

#### 2.3.4. Evaluación de la DPP

Como la normativa del resto de las Administraciones públicas analizadas, la ley gallega estima preceptiva la evaluación de los resultados alcanzados por el directivo, aunque dispone el establecimiento de retribuciones variables con carácter facultativo, lo que, como ya se ha señalado, no es adecuado.

A diferencia de otras Administraciones analizadas, es reseñable el carácter explícito con el que la ley relaciona la evaluación del desempeño con la

---

<sup>11</sup> La Ley, en su disposición transitoria tercera, establece con carácter transitorio estos puestos hasta un posterior desarrollo reglamentario por lo que habrá que esperar a su determinación definitiva.

carrera directiva profesional del empleado y con su progresión. Acierta la ley en recoger este punto, sin duda importante, para articular con posterioridad un sistema de carrera profesional que reconozca los méritos alcanzados<sup>12</sup>.

### 2.3.5. Cese en la DPP

Por lo que respecta al cese en el puesto de trabajo, la norma establece que este puede ser debido a circunstancias objetivas y también a una pérdida de confianza. Este aspecto condiciona el hecho de que, a pesar de un adecuado desempeño, el empleado pueda verse cesado por la pérdida de confianza de quien efectúa su nombramiento o de quien le sustituya.

## 2.4. Comunidad Autónoma de La Rioja

### 2.4.1. Identificación de la función directiva profesional

La Ley 9/2023, de 5 de mayo, de función pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja regula la figura del directivo público profesional. El legislador autonómico crea dos instrumentos esenciales para la gestión de los puestos directivos. De un lado, la información objetiva acerca de la naturaleza de los puestos, de sus funciones y responsabilidades y que se incluyen en la relación de puestos. De otro, un registro de personal directivo profesional en el que consta la trayectoria de los empleados que han ejercido o ejercen este tipo de actividad.

La consideración de los puestos de trabajo como de DPP implica el ejercicio de funciones que conllevan: el establecimiento de objetivos; el ejercicio de labores de planificación, coordinación, evaluación, innovación y mejora de los servicios y la dirección de personas, la gestión de recursos, o el control y ejecución del presupuesto. El legislador autonómico apunta como función directiva la asunción de un alto nivel de autonomía y de responsabilidad, que implican responder por resultados, no por obediencia jerárquica. En realidad no se trata de una función, sino de un condicionante con el que se ejercen las funciones directivas, y que debe comprender la capacidad para argumentar técnicamente decisiones no viables o que no se ajusten a los planes aprobados.

### 2.4.2. Régimen jurídico de la DPP

La ley abre la posibilidad a ocupar los puestos de DPP al personal funcionario de carrera, al personal laboral de la Administración e, incluso, a personal ajeno a ella si así queda plenamente justificado.

---

<sup>12</sup> Así se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la Ley y en su articulado (art. 35.2.b) donde se vincula el ejercicio de la DPP a la carrera directiva y a la posibilidad de promocionar dentro de ella.

### 2.4.3. Perfil de provisión de la DPP

En el caso de que el acceso al puesto de trabajo requiera la condición de funcionario de carrera, es necesario pertenecer al subgrupo A1 o A2 y tener reconocido, al menos, un nivel 24 y el grado II en la carrera horizontal o una antigüedad de diez años en dicho subgrupo.

Además de la titulación universitaria, la ley establece sistemas que permitan acreditar la experiencia y los conocimientos necesarios que se exijan en las relaciones de puestos. Con ello se garantiza que el funcionario dispone de capacidad y competencia necesarias para el ejercicio de las funciones directivas.

### 2.4.4. Evaluación de la DPP

Junto a un procedimiento reglado de selección, uno de los aspectos que consolidan el carácter profesional de estos puestos es la sujeción de quienes los ocupan a la evaluación periódica de su desempeño. Una cuestión relevante es vincular la evaluación a un sistema de incentivos con el que reconocer la iniciativa, el interés y los logros alcanzados, sin embargo, la ley otorga a este aspecto un carácter potestativo.

No se pronuncia la ley acerca del establecimiento de un sistema de promoción profesional que estimule la carrera del directivo público, tanto vertical como horizontal. No obstante, tiene cabida la primera ya que no se dispone que no puedan existir puestos de la DPP dependientes o situados bajo otros puestos de dicha naturaleza<sup>13</sup>.

Cabría contemplar la posibilidad, además, de establecer un sistema de carrera horizontal, como se contempla para los funcionarios de carrera, que reconozca el compromiso del directivo en el ejercicio de su actividad laboral.

### 2.4.5. Cese en la DPP

La Ley establece que el procedimiento de cese será discrecional, un aspecto este último que puede condicionar la profesionalidad con el que se pretende caracterizar el ejercicio de estas funciones directivas.

---

<sup>13</sup> La Ley 6/2024, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2025 de la Comunidad Autónoma de La Rioja suprime en su artículo 9. Dos la previsión del artículo 30.3 de la Ley 9/2023, de 5 de mayo, de función pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja que señalaba: «No podrán existir puestos de la Dirección Pública Profesional dependientes o situados bajo otros puestos de dicha naturaleza». También suprime en el apartado Uno del artículo de la primera ley la previsión del artículo 10.2 de la segunda que vinculaba los puestos de la DPP a la existencia de un programa, proyecto o plan y la obligación de justificar que no podían satisfacerse los objetivos asignados a estos «con la estructura orgánica y funcional existentes».

## 2.5. Comunidad Autónoma del País Vasco

### 2.5.1. Identificación de la función directiva profesional

Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco incorpora la figura de la DPP.

La norma deja al estudio y al análisis de puestos la determinación de aquellos que deberán de ser calificados de directivos. No obstante, la disposición adicional décima concreta algunos de ellos. Son los puestos de: subdirectores y delegados territoriales, a los que pueden unirse aquellos otros que, a raíz de su estudio, puedan reunir dicha naturaleza.

Para posibilitar su identificación, la ley señala un marco de funciones directivas como: la planificación, la coordinación, la evaluación, la innovación y la mejora de los servicios, pero como ocurre con la regulación de la DPP de La Rioja se define de manera impropia como función: «la asunción de un alto nivel de autonomía y de responsabilidad en el cumplimiento de sus objetivos».

A pesar de que la ley requiere que la identificación de puestos directivos se realice con su análisis y descripción, lo cierto es que consideraciones de voluntad y de oportunidad política se hallan muy presentes en su determinación<sup>14</sup>

Como exige una precisa gestión de personal directivo, es imprescindible unir al perfil objetivo de los puestos, la definición de un perfil subjetivo que concrete los conocimientos, la experiencia, las capacidades y aptitudes exigidas para el ejercicio de la actividad directiva. Es lo que la ley denomina «monografías de puestos directivos».

### 2.5.2. Régimen jurídico de la DPP

La norma admite la cobertura de estos puestos por funcionarios de carrera o personal laboral fijo de la Administración autonómica, empleados públicos procedentes de otras Administraciones o incluso personas que no tengan esta condición y provengan de otros sectores.

### 2.5.3. Perfil de provisión de la DPP

La ley vasca habilita a que la ocupación de puestos directivos se realice entre personas que cuenten con una titulación universitaria de grado, lo que posibilita que sean cubiertos por empleados integrados en los subgrupos A1 y A2.

---

<sup>14</sup> El artículo 33.3 de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco señala: «En todo caso, la inclusión de determinados puestos de trabajo dentro de la dirección pública profesional dependerá, en exclusiva, de la voluntad de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas vascas, en función de los criterios de autoorganización y oportunidad que estimen pertinentes».

La normativa añade la necesidad de acreditar determinadas competencias, capacidades y aptitudes por parte del empleado que aspira a acceder al puesto. De esta manera, no es suficiente disponer de una titulación de grado, sino que es preciso mostrar la capacidad y la competencia necesarias para el ejercicio de funciones directivas.

#### 2.5.4. Evaluación de la DPP

Como otras Administraciones públicas, uno de los rasgos que consolidan la profesionalización de la DPP es la evaluación de resultados y la responsabilidad que les es exigible a los directivos por el ejercicio de dicha función.

Los resultados que se obtengan de la evaluación del rendimiento tienen una necesaria implicación en otros subsistemas del empleo público. La ley faculta para que pueda establecerse un sistema de incentivos vinculados a un complemento de retribución variable en función de la gestión realizada y de los resultados obtenidos. En este caso, el marco normativo señala que su cuantía deberá de situarse en un intervalo de entre el 5 y el 15 % por ciento del total de retribuciones del puesto de trabajo.

La ley determina que no podrán existir puestos de DPP dependientes o situados bajo otros puestos de dicha naturaleza, por lo que impide la carrera vertical. En lo que atañe a la carrera horizontal, la norma no se pronuncia. Sería conveniente plantear un sistema que reconozca el aprendizaje y la adquisición de competencias directivas en el ejercicio de esta función como factor motivante, dada la limitación que existe de forma generalizada para ocupar otros puestos en los órganos superiores de las Administraciones.

#### 2.5.5. Cese en la DPP

En el caso de la Administración vasca la regulación de nombramiento y de cese quedan postergados a un futuro desarrollo reglamentario.

### 2.6. Comunidad Autónoma Valenciana

#### 2.6.1. Identificación de la función directiva profesional

La regulación de la DPP se contempla en la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana.

Vuelve la normativa autonómica valenciana, como lo han hecho otras Administraciones, a incidir en que son rasgos de la función directiva el alto nivel de autonomía y de responsabilidad con la que se desempeña, aunque como ya se ha señalado, constituye una cualidad propia del ejercicio de la función de dirección.

Como otras Administraciones, la disposición normativa confiere al estudio y al análisis de los puestos de trabajo la identificación de aquellos que deberán de ser reconocidos como de DPP.

Junto a las relaciones de puestos, la ley prevé contar con un registro de personal directivo público profesional en el que figurará inscrito todo el personal que ejerza o haya ejercido este tipo de puestos o funciones, con su currículum y demás datos de interés.

### 2.6.2. Régimen jurídico de la DPP

Además de los funcionarios de carrera, la ley admite la posibilidad de que determinados puestos de trabajo de naturaleza directiva sean desempeñados por personal laboral fijo e incluso también reconoce la posibilidad de que concurran a su cobertura personal procedente de otros sectores.

### 2.6.3. Perfil de provisión de la DPP

Un aspecto que distingue la regulación valenciana con respecto a otras es un mayor nivel exigencia a los candidatos para el acceso a estos puestos. Al requerimiento de disponer de un determinado nivel de titulación se unen otros requisitos. En concreto, se les demanda ser funcionarios de carrera pertenecientes a cuerpos o escalas del subgrupo A1 y, a los funcionarios de carrera de la Generalitat, encontrarse desempeñando puestos de trabajo del nivel 24 o superiores, y disponer de un reconocimiento de grado II en el desarrollo de su carrera horizontal.

Este nivel de exigencia es mayor en los casos en los que se posibilita el concurso de funcionarios de carrera provenientes de otras Administraciones públicas. Estos, además de cumplir con el requisito de titulación y nivel competencial establecido para los funcionarios de la Generalitat, deberán de acreditar, además, una antigüedad de 10 años en el subgrupo A1 de titulación.

### 2.6.4. Evaluación de la DPP

Parece incongruente que, admitiendo la ley como obligatoria la necesidad de evaluar los resultados de quienes ejercen funciones directivas, sin embargo, solo reconoce como posibilidad el establecimiento de un sistema de incentivos por los objetivos conseguidos. Se corre el riesgo de que, si no se desarrolla adecuadamente la evaluación, la implantación de la DPP se quede, como en tantas ocasiones en nuestra historia administrativa, en un mero ejercicio formal (Arenilla 2017, 303).

Tampoco la ley se pronuncia ni por la carrera vertical ni por la carrera horizontal de los directivos públicos. La primera se encuentra condicionada por su dependencia directa e inmediata a los órganos políticos. En el caso de la carrera horizontal resulta incoherente que no se halle habilitada cuando precisamente constituye un criterio a valorar en los aspirantes del subgrupo A1 que pretenden acceder al puesto directivo.

### 2.6.5. Cese en la DPP

Como en otras Administraciones, resulta contradictorio que el nombramiento ha de resultar motivado por la necesidad de justificar que la persona seleccionada reúne los requisitos de idoneidad específicos, y que la ley señale que el cese tiene un carácter discrecional.

### 3. *Administraciones sin regulación normativa específica*

En el resto de las comunidades autónomas, encontramos algunas que, si bien no disponen «*stricto sensu*» de un marco jurídico en el que se establezcan principios y normas para la regulación específica de la DPP, han realizado algún aporte para la gestión su personal directivo.

En el caso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, La Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública crea la figura del personal directivo, aunque sin otorgarle el carácter de profesional.

La ley no determina cuál es el perfil de los candidatos destinados a ocupar los puestos de la DPP, aunque establece que deben ser funcionarios de carrera y pertenecer a los subgrupos A1 y A2, además de lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo. A esto hay que añadir que un condicionante ineludible por parte de los aspirantes a cubrir estos puestos es disponer del diploma de personal directivo.

La obtención del diploma requiere superar un programa de aprendizaje en competencias directivas que incluye capacitación en liderazgo de personas y dirección de equipos, comunicación y transparencia, visión, estrategia y planificación, gestión del cambio y conducta ética.

En Castilla y León, la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública, recoge en su Exposición de Motivos la posibilidad de que en las relaciones de puestos de trabajo se determinen aquellos de naturaleza directiva. Una vez identificados los puestos con este carácter, la normativa requiere que quienes los ocupen estén adscritos al grupo superior en que se clasifican los cuerpos, escalas o categorías de personal al servicio de la Administración de Castilla y León.

La calificación de un puesto de trabajo como directivo implica su cobertura por un procedimiento de libre designación y la evaluación del desempeño de quienes los ocupan.

El Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, es el marco normativo principal que regula las relaciones de empleo público en Cataluña. Aunque la disposición normativa se refiere a puestos de trabajo directivo, no identifica qué puestos directivos son estos, ni qué características les hacen acreedores de dicha condición. Tan solo se refiere a ellos en dos casos: al observar el procedimiento de libre designación como procedimiento de cobertura y al indicar

que corresponde a la Escuela de Administración Pública de Cataluña la organización y preparación de cursos destinados a los funcionarios directivos.

En Navarra, el Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones públicas hace mención al complemento de puesto directivo. Este complemento será asignado a las jefaturas de las unidades orgánicas que se determinen y, en ningún caso, puede exceder del 75 % del sueldo inicial del correspondiente grupo de titulación

Finalmente, Cantabria, Murcia, Madrid y Canarias no realizan alusión alguna al personal directivo y a la posibilidad de adquirir un carácter profesional.

#### IV. APRENDIZAJE DEL ESTUDIO

##### 1. *Identificación de la función directiva profesional*

El directivo profesional ha de asumir la dirección y gestión de proyectos estratégicos y diferenciarse claramente de los altos cargos políticos, al igual que del resto de los empleados públicos. Los roles que asumen los altos cargos políticos y los directivos profesionales han de encontrarse bien delimitados, sin que exista confusión entre las responsabilidades y funciones de uno y otro colectivo. Como se ha puesto de manifiesto en varias normas autonómicas, el uso de relaciones de puestos de directivos y su inscripción en un inventario específico de personal directivo permiten delimitar los dos colectivos, articular trayectorias, evaluar el potencial y planificar la provisión futura con criterios objetivos.

Los cargos políticos han de aportar su visión de gobierno, conectar con la realidad social y económica del entorno y definir una estrategia de acción en el marco de los valores y principios que orientan su ideología política y los compromisos de gobierno. Los directivos profesionales han de circunscribir su actuación apoyar a la toma de decisiones políticas, pronunciarse sobre la viabilidad de estas, prever los medios para llevarlas a cabo, gestionar e implementar las directrices políticas y hacerlas viables. Cumpliendo con estas tareas, aportan valor público precisamente al actuar como vínculo entre la dirección política y la organización operativa (Arenilla y Delgado 2019, 45).

La diferenciación del resto de los empleados públicos implica, por ejemplo, que no todos los puestos superiores de las organizaciones públicas ocupados por estos pertenecen a la DPP, sino solo aquellos que desempeñan de forma habitual las funciones de planificación estratégica, gestión operativa, evaluación y redición de cuentas, innovación y mejora, y relaciones y coordinación.

Las Administraciones públicas han optado, bien por atribuir la condición de directivo público profesional a un colectivo profesional específico (AGE, Asturias y Galicia), bien por identificar este rasgo a partir de las relaciones de puestos de trabajo (Castilla-La Mancha, Extremadura, La Rioja y Valencia), bien por establecer un régimen mixto (Andalucía y País Vasco).

Junto a las relaciones de puestos de trabajo, es necesario que se doten de un inventario en el que se inscriban aquellos empleados que desempeñan o han desempeñado funciones públicas directivas de carácter profesional. En ese inventario han de concretarse los conocimientos, la experiencia, las capacidades y aptitudes exigidas para el ejercicio de la actividad directiva.

## 2. Régimen jurídico de la DPP

El régimen general de función pública prefiere que los puestos de trabajo en las Administraciones públicas sean desempeñados por personal funcionario, aunque reconoce como excepción que el ejercicio de algunas actividades profesionales puedan ser realizadas por personal laboral. Esta preferencia debe trasladarse a la DPP en la Administración general, matizarse en algunos sectores funcionales, como el sanitario, y en puestos concretos donde existe competencia real fuera del ámbito público, y abrirse a la competencia externa en el sector público instrumental. Esta diferenciación ya se venía produciendo desde hace tiempo en muchas Administraciones españolas.

Hasta el momento, los puestos de trabajo de DPP que identifican la AGE y Galicia solo admiten su desempeño por funcionarios de carrera, a falta de un posterior desarrollo normativo que permita el ejercicio de funciones directivas por personal laboral. Por su parte, las leyes de Asturias, Castilla La Mancha, Andalucía, Extremadura, La Rioja, País Vasco y Comunidad Autónoma Valenciana abren actualmente esta opción, aunque en supuestos tasados.

La posibilidad de que profesionales procedentes de otros sectores puedan desempeñar puestos de trabajo de DPP mediante un contrato de alta dirección es admisible en varias Administraciones, si bien de forma limitada. Así lo tienen reconocido Castilla-La Mancha, Extremadura, La Rioja, País Vasco, Comunidad Autónoma Valenciana y en algunos supuestos Andalucía.

## 3. Perfil de provisión de la DPP

En el procedimiento de provisión, las Administraciones analizadas recurren a empleados públicos adscritos al subgrupo A1 de titulación, aunque algunas de ellas abren esta posibilidad al subgrupo A2 (Castilla-La Mancha; Andalucía; Extremadura; La Rioja y País Vasco). Esta apertura debería

entenderse más como una solución de índole práctica en casos concretos –ante la dificultad de contar con candidatos suficientes en algunos ámbitos– que como una equivalencia entre ambos subgrupos.

Un aspecto aún más relevante que la titulación requerida, es la exigencia de evaluar las competencias y capacidades de los aspirantes a la ocupación de puestos directivos. Esta evaluación debe asegurar que los candidatos muestren habilidades de liderazgo y de gestión. De esta manera, la elaboración de un diccionario de competencias genéricas y específicas y la agrupación funcional de puestos, entre otros instrumentos, son esenciales para la gestión de una DPP.

La apertura a otras Administraciones y sectores puede enriquecer a la Administración con nuevas perspectivas y experiencias. Acudir a personal externo también ha de hallarse limitado a supuestos concretos si se justifica adecuadamente la especialización del puesto, se acreditan los requisitos generales y se garantizan la equidad en la competencia y la adaptación institucional. Una solución equilibrada pasaría por priorizar el talento interno y abrir el acceso de los puestos directivos a personal externo cuando ello sea necesario, garantizando aporta valor a la organización de recepción.

#### 4. *Evaluación de la DPP*

La evaluación del desempeño es fundamental para garantizar una gestión transparente, eficiente y efectiva; debe incluir indicadores de cumplimiento de objetivos, así como indicadores que permitan evaluar el comportamiento obtenido en las competencias que se vinculan al perfil del puesto.

La evaluación de resultados es reconocida y preceptiva en todas las normas que regulan la DPP, sin embargo, sus efectos en los subsistemas de retribución y de carrera profesional tienen un alcance limitado o inexistente. Andalucía, Extremadura, Galicia, La Rioja, País Vasco y la Comunidad Autónoma Valenciana consideran que es facultativo el establecimiento de retribuciones variables. Resulta cuanto menos contradictorio que el sometimiento de la función directiva al cumplimiento de objetivos no se vincule a un reconocimiento de incentivos por los resultados alcanzados. Sin estos será difícil motivar, retener y atraer talento adecuado (Arenilla, Llorente y Redondo 2023, 29).

Tampoco la carrera profesional de los directivos goza de un reconocimiento preciso. Ni la carrera vertical, ni la carrera horizontal han tenido cabida, a pesar de que resultan claves para fomentar la retención del talento, la motivación, el compromiso con la mejora continua y la profesionalización de la gestión pública.

Las limitaciones temporales vinculadas al cumplimiento de los contratos programas, a la finalización de la función directiva por una evaluación

negativa del desempeño o al cese discrecional del cargo condicionan las posibilidades de carrera. De las comunidades autónomas, tan solo la gallega contempla de forma explícita la limitación temporal, si bien se reconoce de una forma transitoria y hasta un posterior desarrollo reglamentario. También en el caso de la AGE habrá que esperar a un posterior desarrollo normativo.

Otro aspecto que tiene una vinculación directa con los resultados obtenidos de la evaluación del desempeño es la formación. La formación continua es un pilar fundamental para garantizar la mejora de las competencias. Un sistema sólido de formación continua asegura que los directivos no solo mantengan sus capacidades actuales, sino que también adquieran nuevas habilidades que les permitan liderar la transformación de la Administración pública.

La certificación y la acreditación de competencias adquiridas a través de la formación son fundamentales para garantizar que los directivos realmente apliquen lo aprendido y mejoren sus habilidades. El requerimiento de la superación de un curso de formación directiva en Castilla-La Mancha y la obtención del diploma de directivo en el caso de las Islas Baleares van en esta línea.

## 5. *Cese en la DPP*

Ninguna de las Administraciones analizadas garantizan la estabilidad y la permanencia en el ejercicio de funciones directivas ya que el procedimiento de la libre designación en el nombramiento y en el cese es la tónica general. Sin embargo, este debe estar basado en criterios técnicos y objetivos, minimizando los ceses discrecionales injustificados. La evaluación, la renovación y el cese es preciso que dependan del grado de cumplimiento de objetivos, no de la confianza política o personal.

Finalmente la transparencia, la publicidad y unos elevados estándares éticos y de incompatibilidades en la DPP son esenciales para promover la confianza en la Administración pública y garantizar la igualdad de oportunidades. Es preciso establecer mecanismos efectivos que aseguren que los directivos públicos rindan cuentas y se responsabilicen de su gestión con el fin de asegurar la legalidad, la eficiencia y la eficacia en su actuación. Asimismo, deberían recogerse públicamente los planes de gestión y sus resultados principales, en un formato accesible, comprensible y orientado a la rendición de cuentas ciudadana.

## V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

- (1) A partir de que el EBEP hiciera por primera vez alusión en 2007 a la figura del directivo público profesional, las Administraciones

públicas han procedido a su reconocimiento en sus textos normativos, si bien con un escaso grado de entusiasmo, de intensidad, de extensión y de aplicación. Tan solo la AGE, Asturias y Castilla-La Mancha han desarrollado reglamentariamente en los últimos años sus leyes, y solo estas dos últimas han aprobado una relación de puestos de trabajo para este personal. Es una muestra del limitado interés y de la escasa prioridad política que ha tenido el tratamiento de la DPP.

- (2) La principal dificultad para la implantación de la DPP estriba en determinar su frontera con los órganos políticos. Los gobiernos se resisten a ceder parte de su prerrogativa de nombramiento y cese sin ataduras de los puestos del ápice superior de las organizaciones públicas, aunque muchos de ellos tengan un contenido eminentemente directivo de carácter profesional. La cultura político-administrativa española considera estos puestos parte del premio por acceder a los gobiernos, de ahí la permanencia de la libre designación en el nombramiento y el cese de la DPP.

La realidad de nuestras Administraciones públicas muestra que en muchos casos las funciones que definen la DPP son asumidas por órganos de naturaleza claramente política. Los límites entre los dos ámbitos suelen responder más a criterios de interés político que a una racionalidad organizativa y competencial.

- (3) Algunas Administraciones públicas han otorgado el carácter de DPP a todos los puestos de un mismo rango organizativo, como las subdirecciones generales. Es preciso advertir que la denominación del puesto no da cuenta, en ocasiones, de su contenido real. Es más acertado recurrir a un análisis individualizado de los puestos y, una vez conocido su contenido, ordenar la DPP.

Junto al análisis de los puestos, otro instrumento de gestión eficaz es disponer de información acerca de la trayectoria profesional, de los motivos y del desempeño de los empleados que ocupan o han ocupado puestos de DPP. Así encontramos ejemplos de regulaciones de inventarios de personal directivo en los que se indica su capacitación, cualificaciones, competencias, experiencia, intereses y expectativas.

Sería deseable extender la aplicación de este instrumento a los empleados públicos de los subgrupos A1 y A2 con el fin conocer y de identificar sus competencias y su potencial de cara a ocupar los puestos de la DPP.

- (4) El doble régimen jurídico, estatutario y laboral, que caracteriza la gestión del empleo público condiciona la cobertura de los puestos de trabajo. El régimen general de la función pública impide una

adscripción indistinta de la misma actividad profesional a dos regímenes jurídicos diferentes.

En este aspecto, el régimen jurídico limita las posibilidades para que algunos empleados públicos capacitados y con el talento adecuado puedan cubrir puestos de la DPP. La doble adscripción de determinados puestos de trabajo a personal funcionario y laboral ampliaría los candidatos potenciales a ocupar puestos de la DPP; así se primaría el talento y el potencial del conjunto de empleados.

Las normas que regulan la figura de la DPP establecen la necesidad de elaborar un estatuto específico para el directivo público y adelantan la exclusión de la negociación colectiva o la aprobación de relaciones de puestos diferenciadas. Sería conveniente establecer en ese estatuto una adscripción preferente a los funcionarios de carrera sin limitar su acceso a la función directiva profesional al personal laboral, y dar un tratamiento de apertura en determinados puestos y sectores de la Administración y en los entes del sector público.

Ese estatuto debería recoger el tiempo de permanencia en el puesto, su posible renovación, la limitación de las renovaciones y el periodo mínimo de permanencia con el fin de garantizar la estabilidad del servicio. Además, entre las obligaciones de los integrantes de la DPP deberían figurar actuar con neutralidad, transparencia, responsabilidad, eficacia y orientación a resultados.

- (5) Las Administraciones públicas analizadas añaden una serie de criterios para proveer un puesto de la DPP. La titulación universitaria aparece en primer lugar. Con este requisito se exige a los aspirantes el dominio de competencias técnicas ya requeridas en su momento para el acceso a los cuerpos o categoría laboral.

Mayor trascendencia tiene el importante peso que ha de ser demandado a los candidatos para que dispongan de determinadas competencias y capacidades de dirección y de gestión. El ejercicio de la DPP exige unas competencias precisas que requieren su identificación, definición y cuantificación. Resulta necesaria la elaboración de diccionarios de competencias para las agrupaciones de puestos de trabajo o para puestos de trabajo específicos, tanto para evaluar la provisión como para considerar el potencial de los candidatos.

A estos dos criterios de selección hay que añadir la experiencia previa en el ejercicio de funciones directivas. Habitualmente se evalúa atendiendo a los años transcurridos en la ocupación de los puestos previstos en las convocatorias. Sin embargo, la experiencia trasciende el elemento temporal y ha de centrarse más en los logros obtenidos, los problemas resueltos o las dificultades superadas, a lo que ayudaría notablemente contar con los resultados de la evaluación del

desempeño de los candidatos. Esto podría completarse con un registro de un banco de prácticas que incluyese las lecciones aprendidas y las buenas prácticas que han ido adquiriendo los empleados públicos a lo largo de su trayectoria profesional.

Resulta paradójico que ninguna de las Administraciones estudiadas haya realizado una referencia a la evaluación del desempeño de aquellos candidatos que aspiren a cubrir puestos directivos cuando, precisamente, uno de los aspectos más importantes que regulan su figura es este tipo de valoración.

El proceso de selección habría de incluir el ejercicio de funciones de mentoría y orientación por parte del personal directivo experimentado. Este sería un elemento añadido con el fin de garantizar que la ocupación de puestos directivos se produce entre empleados con las competencias requeridas. Mapear el conocimiento existente en la Administración permitiría generar un directorio de expertos y de mentores de los que disponer para transferir su conocimiento a los candidatos a formar parte de la DPP.

El acceso a los puestos de DPP debe articularse mediante procedimientos transparentes y competitivos. Sería deseable que la evaluación correspondiera a una comisión técnica imparcial, que valorará el currículum, los méritos, una entrevista estructurada y una propuesta de plan de gestión. Los resultados finales deben publicarse en la sede electrónica, garantizando en todo momento la trazabilidad del proceso. El nombramiento correspondería a la autoridad política competente. Con el fin de lograr el equilibrio entre competencia y confianza, la comisión técnica podría proponer una terna entre la que elegir a la persona que se fuera a nombrar.

- (6) El estudio realizado muestra que no se reconocen la carrera vertical ni la horizontal en la DPP. Llama la atención que en el contexto normativo de profesionalización de esta figura se obvie el desarrollo profesional de quienes ejercen estas funciones. La progresión en ambos tipos de carrera debe estar vinculada a un mapa de competencias directivas, un sistema de acreditación acumulativa y una adecuada política de movilidad que fomente el aprendizaje interadministrativo.

En la configuración de un sistema de carrera vertical no se trata de generar más puestos de superior jerarquía para satisfacer expectativas de crecimiento profesional, sino de posibilitar el acceso reglado a puestos de mayor nivel solo tras haber demostrado un recorrido profesional satisfactorio y haber superado los filtros de evaluación establecidos. Para que fuera posible, se trataría de que la mayoría de los puestos de altos cargos, al menos los inmediatamente superiores

a las subdirecciones generales o equivalentes, formen parte de la DPP. En este sentido ha apuntado, aunque tímidamente, Andalucía. La carrera horizontal no está definida de forma clara o simplemente no se contempla. Esto sucede a pesar de que las normas estudiadas incluyen una serie de aspectos que deberían desembocar de forma natural en una regulación de la carrera horizontal: la limitación temporal en la ocupación de los puestos de DPP; la evaluación de competencias y del desempeño; la exigencia de la obtención de un grado determinado para acceder a la DPP; la inexistencia de la carrera vertical; la apertura de los puestos de DPP a otras Administraciones o al ámbito privado; o superar cursos de formación concretos. Así, la carrera horizontal debe basarse en tramos progresivos definidos por el desempeño evaluado, la formación acreditada y la asunción de nuevas responsabilidades.

- (7) Nuestra cultura político-administrativa ha rehuído de la evaluación en todas sus consideraciones, aun sabiendo que es una palanca muy efectiva de transformación de las Administraciones públicas. Se podría decir que en esto hay un acuerdo entre los responsables políticos y la alta función pública, ya que podrían considerar la situación actual ventajosa para actuar sin ataduras y desarrollar carreras basadas en el clientelismo o el corporativismo. Esto, claro es, tiene efectos negativos en la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad por los resultados, en las que tampoco destacan nuestras Administraciones.

La evaluación del desempeño y el control de resultados son inherentes al ejercicio de la DPP. La manera más efectiva de implementarlos es vincularlos a los objetivos estratégicos establecidos previamente al nombramiento de cada directivo en un plan de gestión individual. Para ello, resulta imprescindible diseñar un sistema completo que combine indicadores objetivos de cumplimiento con una valoración estructurada del ejercicio de las competencias profesionales. Esto implica una evaluación anual que implique, al menos, la visión de los superiores jerárquicos, los equipos subordinados y de los pares en función del puesto. La evaluación ha de estar vinculada a la continuidad, la renovación o el cese, así como a los incentivos retributivos y al reconocimiento profesional. Debido a las implicaciones de las valoraciones, es preciso que la comisión evaluadora sea técnica, estable, imparcial e independiente.

Los criterios de evaluación deben ser amplios y cubrir todas las áreas clave del trabajo directivo, desde la gestión de recursos hasta la capacidad para liderar equipos, fomentar la innovación y cumplir con los plazos y presupuestos. Han de establecerse indicadores que

determinen el grado de cumplimiento de los objetivos marcados y, a su vez, criterios de evaluación del desempeño acordes con las competencias requeridas para el ejercicio del puesto de dirección.

La sujeción de la DPP al control de resultados hace preceptiva la evaluación del desempeño. Sin embargo, resulta incoherente que algunas Administraciones consideren opcional vincular dicha evaluación a una retribución variable. Si se reconoce que el desempeño es un aspecto central de la función directiva, deberían establecerse incentivos económicos ligados a los resultados obtenidos. Para ser eficaces, estos incentivos deben tener una cuantía suficiente que motive el logro de los objetivos institucionales.

- (8) La formación ha de garantizar que los directivos obtengan capacidades, especialmente de gestión, para responder a los incesantes retos de la Administración pública. Esto implica formar en áreas clave como el liderazgo público, la integridad, la transformación digital, la gestión por resultados, la igualdad de género, la inteligencia institucional, la comunicación estratégica o la innovación en la Administración, así como en competencias blandas.

La participación obligatoria en programas de formación estructurada debe incidir directamente en el acceso, la promoción y la mejora en la carrera dentro de la DPP. No debe entenderse como una mera acumulación de cursos, sino como una mejora efectiva y constatable de las competencias del directivo público. A la vez, la progresión en la carrera debe vincularse a un sistema de incentivos dirigido a aquellos directivos que acrediten una mejora efectiva de sus competencias profesionales. Debido a su trascendencia, es necesario establecer un sistema de acreditación oficial con certificación progresiva, evaluable y vinculada a itinerarios de carrera. Finalmente, los registros de la formación directiva deben integrarse con los sistemas de evaluación y provisión.

En definitiva, las evidencias analizadas en la regulación de la DPP confirman que está débilmente institucionalizada y es incompleta. Su desarrollo normativo es fragmentado, su aplicación práctica desigual y sus fundamentos técnico-funcionales son frágiles frente a la inercia de la libre designación.

A partir del diagnóstico realizado, pueden identificarse algunas condiciones esenciales para avanzar en la consolidación efectiva de la DPP:

- el diseño de una carrera profesional diferenciada, con progresión estructurada y acreditación de competencias;
- la evaluación del desempeño vinculada a resultados y a una retribución variable;

- el acceso mediante procedimientos abiertos, con criterios objetivos y órganos técnicos imparciales;
- la articulación entre la formación continua y la carrera;
- y la delimitación clara de su estatuto jurídico, separado tanto del régimen funcionarial ordinario como del cargo político.

Estos elementos no deben entenderse como propuestas aisladas, sino como componentes interdependientes de una arquitectura institucional coherente. La institucionalización del DPP exige no solo voluntad política y normativa, sino también una visión estratégica capaz de integrar profesionalización y desempeño en el marco de una Administración pública orientada al interés general, a la creación de valor público y a fortalecer la confianza ciudadana y la legitimidad democrática.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arenilla Sáez, Manuel. 2021. “Cuerpos y puestos de la función pública española. Diagnóstico, propuestas y líneas rojas.” En *Continuidad versus transformación: ¿Qué función pública necesita España?*, coordinado por Jesús Cantero, 177-217. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Arenilla Sáez, Manuel. 2017. “Cuatro décadas de modernización vs. reforma de la Administración pública en España.” *Methaodos. Revista de Ciencias Sociales* 5 (2): 302-317. <https://doi.org/10.17502/m.rcs.v5i2.190>
- Arenilla Sáez, Manuel; Jesús Llorente Márquez y Juan Carlos Redondo Lebrero. 2023. “La equidad retributiva en las Administraciones públicas españolas. Un estudio comparado.” *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 20: 95-111. <https://doi.org/10.24965/reala.11043>
- Arenilla Sáez, Manuel y David Delgado. 2019. “Una nueva función pública que favorezca la confianza en las instituciones públicas.” *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 16: 36-53. [https://www.ivap.euskadi.eus/webivap00-a3rvop/es/contenidos/informacion/16\\_revvgp/es\\_def/index.shtml](https://www.ivap.euskadi.eus/webivap00-a3rvop/es/contenidos/informacion/16_revvgp/es_def/index.shtml)
- Blanco Gaztañaga, Carmen. 2010. “La dirección pública profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público.” *Documentación Administrativa*, n.º 286-287: 191-210. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/9669>
- Briones, Óscar. 2019. “La obsoleta función directiva pública en España y su relación con un ¿marco normativo común?” *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* 6 (2): 141-161. <https://doi.org/10.5209/cgap.65913>
- Carrillo Donaire, José Antonio. 2020. “Claves para la definición de un Estatuto del directivo público profesional.” *Documentación Administrativa* 7: 49-62. <https://doi.org/10.24965/da.i7.10891>
- Cortés-Abad, Óscar. 2024. “Situación de la dirección pública profesional en España. Análisis comparado en el sector público estatal y autonómico.” *Documentación Administrativa* 12: 8-27. <https://doi.org/10.24965/da.11386>
- Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel. 2007. “El Estatuto Básico del Empleado Público.” *Revista de Administración Pública* 174: 457-499.

- Gerson, Daniel. 2020. "Leadership for a High Performing Civil Service: Towards Senior Civil Service Systems in OECD Countries." *OECD Working Papers on Public Governance*, n.º 40. Paris: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/ed8235c8-en>
- Gorriti, Manuel. 2010. "Los Directivos Públicos Profesionales (DPP) en AGE (Origen, Ubicación, Funciones, Perfil, Profesionalización y Cambio)." En *La alta dirección pública: análisis y propuestas*, coordinado por Luis Ortega Álvarez, 47-72. Valencia: Tirant lo Blanch. [http://revistas.biblioteca.uvigo.es/libros/La\\_alta\\_direccion.pdf](http://revistas.biblioteca.uvigo.es/libros/La_alta_direccion.pdf)
- Jiménez Asensio, Rafael. 2009. *El personal directivo en la Administración local*. Barcelona: Diputación de Barcelona. [https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/CEMICAL\\_personal\\_directivo\\_cast.pdf](https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/CEMICAL_personal_directivo_cast.pdf)
- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). 2019. *Recomendación del Consejo sobre Liderazgo y Capacidad en el Servicio Público*. París: OCDE. [https://legalinstruments.oecd.org/api/download/?uri=/public/04d28cc0-4ffc-436b-92d7-49cda1d95fb1.pdf&name=OECD-LEGAL-0445%20-%20Spanish%20\(as%20adopted%20on%2017012019\).pdf](https://legalinstruments.oecd.org/api/download/?uri=/public/04d28cc0-4ffc-436b-92d7-49cda1d95fb1.pdf&name=OECD-LEGAL-0445%20-%20Spanish%20(as%20adopted%20on%2017012019).pdf)
- OCDE. 2023. *The Principles of Public Administration*. Paris: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/7f5ec453-en>
- Orazi, Davide, Alex Turrini y Giovanni Valotti. 2013. "Public Sector Leadership: New Perspectives for Research and Practice." *International Review of Administrative Sciences* 79 (3): 486-504. <https://doi.org/10.1177/0020852313489945>
- Van Wart, Montgomery. 2013. "Administrative Leadership Theory: A Reassessment after 10 Years." *Public Administration* 91 (3): 521-543. <https://doi.org/10.1111/padm.12017>

# DETERMINACIÓN Y ANÁLISIS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES DE LAS PLATAFORMAS DE VIDEOJUEGO EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES<sup>1</sup>

*Determination and analysis of the liability system and obligations of video game platforms in the digital services Act*

Alberto José de Nova Labián

Profesor Doctor

Universidad Internacional de la Rioja, Logroño. España

<https://orcid.org/0000-0002-5845-0819>

<https://doi.org/10.18543/ed.3327>

Fecha de recepción: 12.03.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

## **Resumen**

El presente trabajo examina los aspectos más destacados del Reglamento UE 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales, desde la perspectiva de las plataformas de videojuego Online, con especial atención a la prevención de los casos de ciberacoso sexual de menores. Para ello se realiza un análisis del encaje que tienen estas plataformas de videojuegos dentro del Reglamento con el fin de determinar en qué casos les puede resultar de aplicación, cuestión ésta que no está definitivamente resuelta a día de hoy, por lo que resulta aún más necesario. También se

---

<sup>1</sup> El estudio forma parte del proyecto CISEMEVI, ref. SUBV24/00025, financiado por el Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, Dirección General de Ordenación del Juego, en la Convocatoria 2024 de Investigación relacionada con la prevención de los trastornos del juego o los riesgos asociados a esta actividad.

concreta la forma en la que les aplican los criterios de exención de responsabilidad y obligaciones, trasladando dichos criterios genéricos del Reglamento al caso particular de las plataformas de videojuegos Online y la perspectiva de protección de los menores. Además, se da especial importancia a la diligencia debida, como criterio rector de las obligaciones establecidas en el Reglamento.

### ***Palabras clave***

Videojuegos, prestadores de servicios intermediarios, responsabilidad, obligaciones, diligencia debida.

### ***Abstract***

This paper examines the most salient aspects of EU Regulation 2022/2065 on the Single Market for Digital Services, from the perspective of online video game platforms, with particular attention to the prevention of cases of sexual cyberbullying of minors. To this end, an analysis is conducted on how these video game platforms fit within the Regulation, aiming to determine in which cases it may apply to them –a question that remains unresolved to this day, making this analysis even more necessary. The paper also specifies how the criteria for exemption from liability and obligations apply to these platforms, translating the Regulation’s generic criteria to the specific case of online video game platforms and the perspective of child protection. Furthermore, special emphasis is placed on due diligence as the guiding principle for the obligations established in the Regulation.

### ***Keywords***

Video games, intermediary service providers, responsibility, obligations, due diligence.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. HISTORIA Y RELEVANCIA DEL VIDEOJUEGO EN LA SOCIEDAD. III. EL ENCAJE DE LAS PLATAFORMAS DE VIDEOJUEGO EN LA LEY DE SERVICIOS DIGITALES. IV. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. V. OBLIGACIONES. VI. EL PAPEL DE LA DILIGENCIA DEBIDA. VII. EL COORDINADOR DE SERVICIOS DIGITALES. VIII. LA REGULACIÓN EN EEUU. IX. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

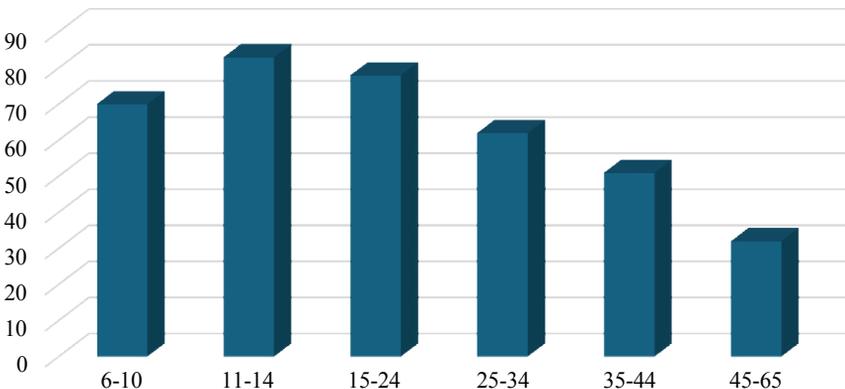
## I. INTRODUCCIÓN

La industria del videojuego es un sector que desde su nacimiento, se encuentra en constante expansión y evolución. Por su propia naturaleza, tiene una vinculación directa con el desarrollo tecnológico y de las comunicaciones, lo que nos ha llevado al momento actual, en el que cualquier persona, ya sea desde una consola, un ordenador, una tablet, un móvil o un televisor, es capaz de jugar a infinidad de videojuegos Online, muchos de ellos incluso gratuitos o al menos en parte.

Esto ha supuesto que el acceso a los videojuegos Online sea extremadamente sencillo y se encuentre al alcance de prácticamente cualquier persona, no quedando por tanto reducido a un nicho de usuarios específico, como sí ocurría en el pasado (Jiménez Vargas, 2021: 293).

Además, nos encontramos con otro fenómeno social que es el acceso de los menores a los dispositivos electrónicos a edades cada vez más tempranas. En muchos casos, incluso favorecido por los propios progenitores que encuentran en estos dispositivos un medio sencillo de “entretener” a sus hijos.

Gráfico 1. *Porcentaje de jugadores de videojuegos por grupos de edad*



Fuente: Informe “2023 All About Video Games – European Key Facts” de VIDEOGAMES EUROPE

Sin embargo, el uso de dichos dispositivos electrónicos por menores de edad no es inocuo. Ya en el año 2017, UNICEF emitió un informe en el que por un lado ponía de manifiesto las oportunidades que brindaba la tecnología digital, como posible motor de un gran cambio de nuestro tiempo, si se utiliza para dar a todos los niños una oportunidad justa, empezando por los más desfavorecidos; pero por otro lado, nos advertía que los niños están especialmente expuestos a los peligros en línea, como la pérdida de privacidad, debido a que tienen menos capacidad para comprender los riesgos y son más propensos a sufrir daños.

De este modo las TIC han intensificado los peligros tradicionales y generado nuevas formas de abuso y explotación infantil, como la creación de material de abuso sexual infantil personalizado, el contenido autogenerado (incluyendo mensajes sexuales o “sexting”) y la transmisión en vivo de abusos sexuales. Lo que lleva a preguntarnos, ¿qué papel juegan los videojuegos en todo esto? Más allá de los efectos positivos o negativos del consumo de tiempo frente a una pantalla, los videojuegos Online suponen una vía más de interacción con otros usuarios. Dependiendo del juego, esa interacción puede ser inocua, porque quede limitada a una actividad neutra, en la que no haya posibilidad de comunicación entre los participantes y simplemente se participa a través de las funcionalidades del personaje o juego en cuestión.

Pero existen otros juegos en línea, en los que no sólo es posible comunicarse con otros jugadores, si no que puede resultar una parte fundamental del propio juego si requiere de un ejercicio colaborativo entre personajes. En esos casos se pueden plantear situaciones en las que haya compañeros de juegos Online de franjas de edades muy distantes, sin que los propios jugadores sean conscientes de ello, debido al anonimato que brinda mostrarse únicamente a través de un mero nombre de usuario.

Al mismo tiempo, este tipo de plataformas de juegos Online donde es posible esconder la identidad bajo un nombre de usuario, son un campo abonado para la aparición de sujetos con intenciones ocultas que buscan crear vínculos con otros usuarios a través del propio juego, a fin de ganarse su confianza para posteriormente cometer determinados actos ilícitos. Estas situaciones, ya siendo graves de por sí, lo son aún más cuando afectan a menores y los agresores puedan ser “depredadores sexuales”.

Todo esto no quiere decir que los videojuegos Online que permitan la comunicación entre usuarios, sean “juegos peligrosos”, ni que la participación de un menor lo exponga a un grave riesgo. De hecho, la gran mayoría de las plataformas de videojuegos Online que permiten la participación de menores de edad, también incluyen la opción de configurar permisos parentales, que permiten administrar las solicitudes de amistad, chat de voz y texto, ratings de contenido y filtros de lenguaje ofensivo. De este modo,

aunque el riesgo cero nunca se pueda excluir, sí es posible aplicar unas medidas de seguridad adecuadas que permitan proteger al menor.

Dada la importancia de la aplicación de este tipo de medidas, así como de la existencia de canales de denuncia que ofrezcan procedimientos ágiles y efectivos, se hace fundamental acudir al reciente Reglamento UE 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales<sup>2</sup> (también denominado Ley de Servicios Digitales, Digital Services Act o DSA), en el cual se establece un marco de responsabilidades, así como una serie de obligaciones armonizadas de diligencia debida para los prestadores de servicios en línea, entre los que valoraremos la inclusión de las plataformas de juego Online, principalmente desde la perspectiva de los eventuales riesgos existentes para los menores de edad, como serían los actos de ciberacoso sexual, por tratarse de los más graves que pueden producirse.

## II. HISTORIA Y RELEVANCIA DEL VIDEOJUEGO EN LA SOCIEDAD

Para ubicar lo que representan los videojuegos a día de hoy, conviene hacer un breve repaso histórico que nos permita ver de dónde venimos y en qué punto nos encontramos.

Aunque existen diversas teorías sobre el origen de los videojuegos, se puede atribuir el inicio de este fenómeno al matemático Alan Turing, quien en 1952 desarrolló un programa de ordenador primitivo capaz de jugar al ajedrez. Posteriormente, otros juegos tradicionales hicieron su transición al mundo digital, como el Nim, implementado en la computadora Nimrod de John Bennet, o el tres en raya, creado por Alexander Douglas, el cual ha sido considerado por muchos como el primer videojuego moderno. Entre los videojuegos limitados al ámbito académico destacan *Tennis for Two* (1958) y *Spacewar!* (1962) (Donovan, 2010: 14).

Aunque en las dos décadas posteriores al programa de Alan Turing se idearon dispositivos innovadores para jugar en televisores, no fue hasta 1972 cuando Ralph Baer logró comercializar la primera consola doméstica: la *Magnavox Odyssey*. Este ingeniero ya había intentado desarrollar y comercializar máquinas de videojuegos desde la década de 1950, pero su visión no se materializó hasta los años setenta. Durante esta misma época, se lanzaron otras consolas emblemáticas, como la *Atari Pong* y la *Atari 2600*, desarrolladas por la entonces emergente empresa Atari. La primera de éstas, *Atari Pong*, era una versión doméstica del popular juego arcade *Pong* (1972), que surgió después de que Bill Pitts comercializara en 1971 la primera máquina

---

<sup>2</sup> Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (DO L 277, de 27 de octubre de 2022).

recreativa, *Galaxy Game*. Este dispositivo ofrecía una adaptación del videojuego *Spacewar!* de 1962.

A partir de *Galaxy Game*, surgieron otras máquinas recreativas durante esa década, como *Computer Space* (1971) y el icónico *Space Invaders* (1978). Este último marcó un hito al consolidar el éxito de la industria japonesa, impulsando definitivamente el interés global por los videojuegos.

Otros hitos destacados de los años setenta incluyen la incorporación de microprocesadores en las máquinas recreativas, lo que permitió modificar el software sin necesidad de alterar el hardware, siendo *Gun Fight* (1975) el pionero en esta innovación. También surgieron videojuegos diseñados para ordenadores, cuyos procesadores de la época no podían soportar juegos de acción, limitándose a propuestas de texto, como el clásico *Ahorcado* o el videojuego de rol *Adventure* (1975). Además, esta década vio el nacimiento de los videojuegos portátiles, con Mattel liderando este avance con títulos como *Auto Race* y *Football* (1976).

En los primeros años de la década de 1980, la industria del videojuego vivió su época dorada. Durante este período surgió Activision, una compañía pionera en desarrollar software para consolas de terceros. También destacó la llegada de *Pac-Man*, un juego que rompió estereotipos al diversificar el público de las consolas y las salas recreativas, desafiando también el dominio masculino en este ámbito.

Por otro lado, Nintendo comenzó a consolidarse como un actor clave en la industria de los videojuegos, destacando con sus propias consolas y el lanzamiento de *Donkey Kong* (1983), que también introdujo al icónico personaje Mario Bros. Sin embargo, los años posteriores estuvieron marcados por una crisis en el sector debido a la saturación del mercado con consolas y un exceso de videojuegos de baja calidad. Esta breve, pero intensa recesión, llevó a la bancarrota a varias compañías (Donovan, 2010: 153).

En 1985 la industria de los videojuegos experimentó una recuperación significativa, liderada por Nintendo, que lanzó su consola NES con un sistema mejorado de 8 bits. Posteriormente en 1989, Nintendo introdujo varias franquicias emblemáticas que siguen siendo rentables en la actualidad, como *Super Mario Bros.*, *The Legend of Zelda*, y *Metroid*. Además, la compañía estableció regulaciones para los juegos de terceros en su consola, garantizando estándares de calidad, y colaboró en la creación de franquicias icónicas como *Mega Man* de Capcom.

Ese mismo año, Nintendo lanzó su primera consola portátil, la *Game Boy*, que rápidamente encontró un competidor en SEGA con su consola Génesis. Aunque la Génesis, con su tecnología más avanzada de 16 bits, superaba técnicamente a la propia NES, no logró competir efectivamente hasta 1991, cuando una estrategia de marketing sólida y el lanzamiento de *Sonic the Hedgehog*, la posicionaron como un rival destacado.

A principios de la década de 1990, se lanzaron grandes títulos para consolas, como *Street Fighter II* (1991), aunque algunos generaron controversia por su nivel de violencia. Esto provocó quejas que llevaron a SEGA a crear un consejo para clasificar los juegos por edades. Un esfuerzo que evolucionó posteriormente en la Junta de Clasificación de Software de Entretenimiento (ESRB)<sup>3</sup>, encargada aún hoy de este proceso.

Durante la misma década, los avances en mundos virtuales y gráficos en 3D revolucionaron la industria, haciendo las experiencias visuales más inmersivas y realistas. Este progreso intensificó la competencia entre grandes compañías como Sony, Nintendo y SEGA. Inicialmente, Nintendo y Sony planearon desarrollar una consola conjunta, pero Nintendo abandonó el proyecto. Como respuesta, Sony creó una división interna, Sony Computer Entertainment, que dio vida a la primera PlayStation, marcando un hito en la historia de los videojuegos.

La primera PlayStation se convirtió en un éxito rotundo, superando a sus competidoras de 64 bits, como la Sega Saturn y la Nintendo 64. Fue a partir de ese momento, que Sony lideraría el sector de los videojuegos en las generaciones siguientes. En los años 2000, lanzó al mercado la PlayStation 2, que se convirtió en la consola más vendida de la historia, logrando además el abandono de SEGA en la producción de hardware y su enfoque en desarrollar software para terceros (Donovan, 2010: 400).

La era moderna de los videojuegos, iniciada alrededor de 1995, fue testigo de una evolución sin precedentes en tecnología, narrativa y alcance global. Este período se caracteriza por el auge de Internet, que ha revolucionado el desarrollo, la distribución y la experiencia de los videojuegos, transformándolos en una industria global interconectada.

Con el avance de la era digital, los videojuegos comenzaron a integrar elementos de realidad virtual y realidad aumentada, ofreciendo experiencias de juego cada vez más inmersivas. Así, con la llegada de dispositivos como el HTC Vive y el Oculus Rift se permitió a los jugadores adentrarse plenamente en mundos virtuales, estableciendo un nuevo estándar en la experiencia de juego.

Durante este período, se han lanzado algunos de los títulos más emblemáticos y exitosos en la historia de los videojuegos. Obras como *Among Us*, *The Legend of Zelda: Ocarina of Time*, *Fortnite*, *Half-Life*, *Minecraft*, *The Elder Scrolls V: Skyrim* y *World of Warcraft*, no solo han influido en generaciones, sino que también han dejado su marca en la cultura popular, consolidando el impacto global de los videojuegos.

De este modo, hemos visto cómo la tecnología ha transformado el mundo de los videojuegos, pasando además de los juegos físicos a los digitales. Plataformas como Steam, Xbox Live, PlayStation Network, GeForce Now y

---

<sup>3</sup> Vid. Junta de Clasificación de Software de Entretenimiento en <https://www.esrb.org/>.

Amazon Luna han hecho que sea mucho más fácil para los jugadores acceder a una gran variedad de títulos sin necesidad de salir de casa. Además, el auge de los juegos para móviles ha creado nuevas oportunidades para la industria.

Los videojuegos han transformado también nuestra manera de interactuar socialmente. Gracias a las plataformas de juegos en línea, se han formado comunidades globales de jugadores que pueden conectarse y disfrutar juntos, sin importar dónde se encuentren. Además, los juegos en línea han introducido nuevas formas de competencia, lo que ha contribuido al auge de los e-sports o deportes electrónicos.

Hoy en día, los videojuegos no son solo una actividad solitaria; muchos se juegan en línea, creando un entorno donde jugadores de todo el mundo pueden competir, colaborar y construir comunidades. Títulos como “World of Warcraft” y “Fortnite” son ejemplos de videojuegos multijugador masivos en línea (MMO) que han dado lugar a comunidades virtuales dinámicas, permitiendo a los jugadores trabajar en equipo y establecer amistades.

Asimismo, los videojuegos han generado nuevas maneras de interactuar socialmente. Plataformas de streaming como Twitch, YouTube Gaming, Facebook Gaming y DLive permiten a los jugadores transmitir sus experiencias de juego en tiempo real, fomentando un diálogo interactivo con los espectadores.

Los videojuegos de hoy en día han dejado también una huella significativa en la cultura popular, influyendo en la música, el cine, la televisión y el arte, y han dado lugar a un nuevo tipo de celebridades: los jugadores profesionales y los streamers.

En definitiva, la era actual de los videojuegos es un período de innovación y crecimiento sin igual. Los videojuegos se han vuelto una parte esencial de nuestra cultura y siguen evolucionando rápidamente, lo que promete un futuro emocionante para la industria. Sin embargo, esto también nos urge a disponer de una regulación clara respecto a la responsabilidad que asumen estas plataformas de videojuegos Online y las obligaciones que permitirán establecer entornos seguros de juego.

### III. EL ENCAJE DE LAS PLATAFORMAS DE VIDEOJUEGO EN LA LEY DE SERVICIOS DIGITALES

Como ya se ha adelantado, el Reglamento (UE) 2022/2065, conocido como la Ley de Servicios Digitales (en adelante el Reglamento), resulta fundamental en el presente estudio, ya que establece un marco legal armonizado en la Unión Europea para regular los servicios digitales, con el objetivo de promover un entorno en línea seguro, transparente y responsable<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Ver a este respecto la iniciativa española a través de la Carta de Derechos Digitales, en Fernández de Soto Blass, 2023: 274-275.

El Reglamento ha transformado además de manera significativa el marco legal establecido por la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico, en cuanto a la regulación del contenido y los servicios ofrecidos por ciertos proveedores de servicios de internet y plataformas en línea.

Para abordar esta tarea, la Comisión Europea ha venido trabajando durante varios años en un proyecto de Reglamento, que finalmente vio la luz el 19 de octubre de 2022, aunque no entraría en pleno vigor hasta el 17 de febrero de 2024. Este Reglamento establece un marco de responsabilidades y una serie de obligaciones para los proveedores de servicios, con el objetivo de crear una regulación uniforme que evite los desajustes que habían surgido y que dieron lugar a numerosos conflictos judiciales en el pasado (Jiménez y Cancela, 2023: 91-95).

El objetivo principal de la norma es garantizar la seguridad de los consumidores y usuarios en el entorno digital, abordando la difusión de contenidos ilícitos dentro de la Unión Europea. Asimismo, busca establecer las bases para la autorregulación en internet, imponiendo una serie de obligaciones y responsabilidades a una amplia variedad de servicios digitales, especialmente en lo que respecta a la moderación de contenidos cargados por los usuarios (Santisteban Galarza, 2022: 159-179).

Además, el Reglamento busca subsanar las deficiencias del marco normativo anterior en relación con los proveedores de servicios de intermediación y refleja la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que había solicitado una mayor responsabilidad de los intermediarios. Aunque como veremos más adelante, en la práctica no supone una revolución respecto a los criterios de responsabilidad establecidos por la Directiva 2000/31/CE<sup>5</sup> sobre el Comercio Electrónico, pero sí es relevante el desarrollo y la actualización que realiza de dichos principios.

Visto el papel que juega el Reglamento regulando el contenido y los servicios ofertados o disponibles por determinados proveedores de servicios de internet y plataformas en línea, cabe plantearse su aplicabilidad a las plataformas de videojuegos Online (Osinaga, Lozano *et al.*, 2024: 16).

Para ello, resulta necesario partir de la definición del concepto de “plataforma en línea” que nos da el propio legislador europeo en el Reglamento (art. 3.i) y que dice así: “un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda

---

<sup>5</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DO L 178, de 17 de julio de 2000).

utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento”.

Dicha definición puede resultar excesivamente genérica, por lo que resulta pertinente acudir al considerando 13 de la propia norma, donde el legislador concreta más el concepto e incluso nos pone ejemplos de servicios que quedarían incluidos y otros que no. Así nos encontramos con la aclaración de que “dentro de la categoría general de prestadores de servicios de alojamiento de datos que se define en el presente Reglamento, habría una subcategoría de las plataformas en línea”. Y cabría definir a las plataformas en línea, “como las redes sociales o las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes [...]”.

Como vemos, el legislador hace una mención expresa a las “redes sociales”, que van a quedar por tanto incluidas dentro de la definición de prestadores de servicios de alojamiento sometidos al presente Reglamento.

Y para mayor abundamiento, por si quedara alguna duda, la Comisión Europea publicó en el 2024 un listado de preguntas y respuestas sobre la Ley de Servicios Digitales (el Reglamento), entre las que se incluye “¿A quién se aplica la Ley de Servicios Digitales?”. La respuesta es muy reveladora, ya que a modo aclaratorio nos pone de nuevo una serie de ejemplos concretos: los mercados en línea, las redes sociales, las plataformas de intercambio de contenidos, las tiendas de aplicaciones y las plataformas de viajes y alojamiento en línea.

Entonces, según esto, ¿podemos considerar las plataformas de videojuegos Online como prestadores de servicios sometidos al cumplimiento del Reglamento? Para tratar de dar una respuesta, podemos tomar como referencia las características comunes de las plataformas de videojuegos, aunque siendo conscientes de que no existe un modelo único de plataforma, por lo que habrá que tener en cuenta las distintas particularidades que pueda presentar cada una de ellas.

La mayoría de plataformas de videojuegos ofrecen dos servicios básicos: por un lado la posibilidad de adquirir juegos digitales de un catálogo que suele ofertar tanto juegos gratuitos como no gratuitos; y por otro la posibilidad de jugar a esos juegos en streaming desde la propia plataforma o incluso desde otras plataformas con las que se permita la vinculación de cuentas.

Esto nos lleva a poder asimilar este tipo de plataformas a los mercados en línea y más concretamente a las tiendas de aplicaciones, por lo que desde la perspectiva del servicio de adquisición de juegos, dichas plataformas entrarían dentro de la categoría de prestadores de servicios a los que les resulta de aplicación el Reglamento.

Pero aún hay otra particularidad más, que resulta de especial relevancia. Se trata de las plataformas de videojuegos que se juegan Online y donde

existe una interacción entre los distintos jugadores, para lo cual el propio juego dispone de un servicio de chat integrado, de voz, de texto o ambos. Se trataría por tanto de lo que se denomina “servicio de comunicaciones interpersonales”.

Dichos servicios de comunicaciones interpersonales vienen definidos en la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, “como los correos electrónicos o los servicios de mensajería privada”. Y tal y como aclara el propio Reglamento en su considerando 14, “quedan fuera del ámbito de la definición de plataformas en línea, ya que se utilizan para la comunicación interpersonal entre un número finito de personas determinado por el remitente de la comunicación”. No obstante, el propio Reglamento nos advierte de que “las obligaciones establecidas en el presente Reglamento para los prestadores de plataformas en línea pueden aplicarse a los servicios que permitan poner información a disposición de un número potencialmente ilimitado de destinatarios, no determinado por el remitente de la comunicación, por ejemplo a través de grupos públicos o canales abiertos”.

Pues bien, existen determinados videojuegos Online, en los que las comunicaciones quedan limitadas a grupos de “amigos” que crean los propios jugadores, de modo que ningún tercero tendría acceso al contenido de las comunicaciones, ni podría participar en ellas sin ser previamente “invitados”. Estos servicios quedarían por tanto excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento.

Pero también existen otros videojuegos Online que son abiertos y cualquiera puede sumarse a una determinada partida y participar de las comunicaciones con desconocidos, de modo que el número de potenciales destinatarios de los mensajes no quedaría determinado por el remitente de la comunicación. En este caso, dichas plataformas de videojuego no quedarían excluidas de la aplicación del Reglamento.

Sin embargo, existe otra salvedad más que nos planteaba el legislador y que debemos analizar. Se trata del precepto que establece que los prestadores de servicios de alojamiento de datos no deben ser considerados plataformas en línea cuando la difusión al público sea tan solo una característica menor o meramente accesoria que esté unida a otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal.

Para ilustrarlo, el Reglamento nos pone como ejemplo la sección de comentarios de un periódico en línea, “cuando no quepa duda de que es auxiliar al servicio principal constituido por la publicación de noticias bajo la responsabilidad editorial del editor. En cambio, el almacenamiento de comentarios en una red social sí debería ser considerado un servicio de plataforma en línea cuando quede claro que no es una característica menor del servicio ofrecido, aunque sea accesorio a la publicación de las entradas de los destinatarios del servicio” (considerando 13).

Por lo tanto, la clave en este caso será determinar si los chats y canales de comunicación abiertos en este tipo de videojuegos Online, son una característica menor o meramente accesoria, o si por el contrario es una parte esencial del propio juego.

Esto, como es evidente, dependerá del videojuego en cuestión, por lo que no parece que podamos dar una calificación que aplique de manera general a todos los videojuegos Online que incorporen algún medio de comunicación interpersonal, con la dificultad que supone no poder afirmar de manera categórica que un determinado modelo de servicio Online esté sometido al Reglamento en todos los casos.

Sin embargo, resulta interesante remitirnos al Anuario del año 2022 de la Asociación Española del Videojuego (AEVI), donde se recogían las principales novedades normativas del momento que aplicarían al sector, y entre ellas mencionaba el Reglamento, poniendo como ejemplos de prestadores de servicios y plataformas Online que se verían afectadas, las redes sociales, plataformas de intercambio de contenido, app stores y servicios de alojamiento, incluyendo también “los chats públicos dentro de un videojuego” (Ramos y Bardaji, 2022: 93). Con lo cual, el propio sector del videojuego vino a reconocer la aplicabilidad del Reglamento a las plataformas de videojuegos que incluyan medios de comunicación interpersonal públicos, con todo lo que ello supone respecto al régimen de responsabilidad y obligaciones que les resultan de aplicación.

#### IV. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Para entender el régimen de responsabilidad establecido en el Reglamento, es fundamental partir de la regulación previa contenida en la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico. Esta Directiva introdujo un régimen de exención de responsabilidad, conocido como “puerto seguro” (Rodríguez García, 2023: 714-735), aplicable a proveedores e intermediarios siempre que no tuvieran conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos (artículos 12 a 15) (Mate Satué, 2023: 111-137). En términos generales, esta Directiva estipulaba que los proveedores de servicios de internet no estaban obligados a supervisar los contenidos que transmiten (art. 15), ni son responsables por contenidos ilícitos, salvo que, al tener conocimiento efectivo de la ilicitud, no actúen para retirarlos o bloquearlos. De no cumplir con esta condición, perderían la protección de la exención de responsabilidad.

Cumpléndose dichos requisitos, no era necesario entrar en el análisis del tipo de responsabilidad, ya fuera en el orden civil, penal o administrativo, ya que el proveedor o intermediario no sería considerado responsable, tal como establecen los considerandos 42 a 44 de la Directiva. No obstante, el incumplimiento de los requisitos para aplicar la exención no implicaba

automáticamente la atribución de responsabilidad. En esos casos, sí se debía proceder a examinar posibles responsabilidades en los ámbitos civil, penal o administrativo.

Una cuestión importante sobre el sistema de exención de responsabilidad establecido en dicha Directiva es que no abarca a quienes realizan actividades completamente gratuitas, sin ingresos directos ni indirectos, como son los casos de servicios sostenidos únicamente por publicidad mediante *banners*. Por lo tanto, si estas actividades no se ajustan a la definición legal de “servicios de la sociedad de la información”, quedan fuera del ámbito de aplicación de la exención de responsabilidad, dado que la Directiva se aplica exclusivamente a “prestadores de servicios” que desarrollan actividades económicas.

Otro problema planteado por la Directiva era la falta de claridad sobre si la exención de responsabilidad se aplicaba a intermediarios que, además de ofrecer servicios de alojamiento, permitían a los usuarios crear y publicar contenido propio.

Este régimen de responsabilidad configurado por la Directiva 2000/31/CE se vio parcialmente modificado con la aparición de la Directiva (UE) 2019/790, relativa a los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. Esta nueva normativa introdujo cambios en la responsabilidad de los proveedores de alojamiento en relación con los contenidos generados por los usuarios, especialmente en casos de posibles infracciones de derechos de autor. Su principal objetivo fue abordar el “value gap” o desequilibrio entre el valor añadido que obtienen los proveedores al alojar obras protegidas y los beneficios que reciben los titulares de derechos (Serrano Gómez, 2019: 60-61).

En cuanto al Reglamento, su aparición no representa una revolución respecto al régimen de responsabilidad previo, sino que se mantienen los principios básicos establecidos por la Directiva de Comercio Electrónico, trasladando los artículos 12 a 15 de esta última, al nuevo Reglamento, aunque con ciertos ajustes.

En primer lugar cabe reseñar el cambio de criterio respecto al ámbito de aplicación de la norma, lo que tiene implicaciones en el alcance de las obligaciones y exenciones de responsabilidad contenidas en ésta. Mientras que en la Directiva de Comercio Electrónico el criterio que había que tener en cuenta era el del lugar de establecimiento de los prestadores de estos servicios (art. 3), en el Reglamento lo relevante es que se presten a destinatarios que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión Europea (art. 2). De esta manera se consigue una armonización en los aspectos fundamentales de los prestadores de servicios de intermediación que ofrecen sus servicios en el territorio de la Unión Europea, con independencia del lugar de su establecimiento o residencia (Jiménez Vargas, 2022: 342). Tal y como afirma la doctrina (Castello Pastor, 2021: 54) “esta medida protegerá por

igual a todos los usuarios en línea y evitará, en particular, las desventajas competitivas que pueden surgir entre los prestadores de servicios de intermediación en función del lugar de su establecimiento”.

Y en cuanto a los requisitos de exoneración de responsabilidad, el Reglamento los agrupa en función del tipo de prestación de servicio.

En relación con los servicios de mera transmisión, el artículo 4.1 del Reglamento establece como condiciones para la exoneración de responsabilidad: que el prestador del servicio no haya generado la transmisión; no seleccione al receptor de la misma, y no modifique ni seleccione la información transmitida.

En lo que respecta al servicio de memoria caché, regulado en el artículo 5.1 de la DSA, los requisitos para la exoneración de responsabilidad incluyen: no modificar la información almacenada; cumplir con las condiciones de acceso a la información; respetar las normas relativas a la actualización de la información, siempre que éstas sean ampliamente reconocidas y utilizadas por el sector; no interferir en el uso legítimo de tecnologías ampliamente reconocidas en el sector para obtener datos sobre la utilización de la información, y actuar con prontitud para eliminar o deshabilitar el acceso a la información almacenada, tan pronto como tenga conocimiento efectivo de que la información original ha sido retirada de la red, ya sea por decisión de su fuente original o por orden de un tribunal o autoridad administrativa.

En cuanto al servicio de alojamiento de datos, regulado en el artículo 6.1 del Reglamento, los requisitos incluyen: no tener conocimiento efectivo de la existencia de actividades o contenidos ilícitos; en caso de reclamaciones por daños y perjuicios, no tener conocimiento de hechos o circunstancias que indiquen la naturaleza ilícita de dichas actividades o contenidos, y actuar con prontitud para retirar el contenido ilícito o deshabilitar el acceso al mismo tan pronto como adquiera conocimiento efectivo de su existencia.

El legislador europeo busca de este modo concretar principios comunes para estas categorías de servicios, que pueden resumirse en los siguientes: neutralidad y no intervención en actividades ilícitas, ausencia de conocimiento efectivo sobre dichas actividades y la obligación de actuar diligentemente cuando se tenga conocimiento de ellas (González y Alegre, 2022: 131-132).

Otro aspecto destacado del Reglamento es la delimitación del concepto de “conocimiento efectivo” que realiza en su exposición de motivos (considerando 22). Según éste, el prestador puede obtener dicho conocimiento a través de dos vías: investigaciones realizadas por iniciativa propia y avisos recibidos de personas físicas o entidades, siempre que cumplan los requisitos de precisión y fundamentación establecidos en el Reglamento. Estos avisos deben permitir a un operador económico identificar, evaluar y,

en caso necesario, actuar frente al contenido presuntamente ilícito de forma razonable.

En contraste, la legislación española, mediante la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), adoptaba un concepto más restringido del “conocimiento efectivo”, limitándolo a tres medios:

- Resoluciones emitidas por órganos competentes que declaren la ilicitud del contenido y ordenen su retirada o bloqueo.
- Notificaciones recibidas mediante procedimientos de detección y retirada de contenidos a los que el proveedor se haya adherido.
- Otros medios establecidos por normas jurídicas o acuerdos entre las partes.

Comparando ambas definiciones, la LSSI restringe el conocimiento efectivo a comunicaciones de terceros “cualificados” y procedimientos determinados. En cambio, el Reglamento amplía este concepto al incluir la iniciativa propia del prestador y la validez de comunicaciones de particulares fundamentadas. Este cambio de paradigma transforma al prestador de servicios en un sujeto activo, que no solo responde pasivamente, sino que debe investigar y actuar frente a avisos razonados.

Es además importante señalar que las exenciones de responsabilidad del Reglamento no imposibilitan que se dicten órdenes contra los prestadores de servicios intermediarios, aun cuando cumplan con los requisitos para dichas exenciones (considerando 25) (Rodríguez de las Heras Ballell, 2023: 25-50). Estas órdenes, emitidas por tribunales o autoridades administrativas, pueden exigir: poner fin a una infracción y retirar contenido ilícito para evitar su difusión.

Por último, aunque los prestadores de servicios desempeñan un papel clave, el Reglamento (considerando 27) recuerda que el problema de los contenidos y actividades ilícitas en línea no debe centrarse exclusivamente en su responsabilidad. Siempre que sea posible, los afectados por este tipo de contenidos deberían buscar soluciones que no involucren a los intermediarios. Además, los propios usuarios pueden ser responsables de los contenidos ilícitos que difundan, conforme a las normativas de la Unión Europea y de los Estados miembros.

Visto lo anterior, si trasladamos estos criterios al caso concreto de las plataformas de videojuegos que incluyen servicios de comunicación interpersonal, podríamos extraer las siguientes conclusiones.

En cuanto al ámbito de aplicación, podemos afirmar que el Reglamento le resultará de aplicación a todas aquellas plataformas de videojuegos que presen sus servicios dentro del espacio europeo, aun cuando tengan su sede o servidores fuera de la UE. Siendo éste el caso de las principales plataformas de videojuegos Online.

A modo de ejemplo, tomemos como referencia dos de los videojuegos Online con servicio de comunicación interpersonal más populares, como son Fortnite y Roblox.

En el caso de Fornite, pertenece a la empresa Epic Games, Inc. con sede en Cary, Carolina del Norte (EEUU). Según las Condiciones de Servicio de su plataforma<sup>6</sup>, “cualquier disputa o reclamación por su parte que surja de, o esté relacionada con, estas Condiciones se regirá por la ley de Carolina del Norte, excluyendo las normas relativas a la elección de fuero”. A pesar de esto, y con independencia de la eventual existencia de sedes territoriales de Epic Games en distintos países europeos, el Reglamento le resulta directamente aplicable, ya que su plataforma de juego es accesible desde los países de la UE.

En el caso de Roblox, nos encontramos con que pertenece a la empresa Roblox Corporation, que es una desarrolladora de videojuegos estadounidense con sede en San Mateo, California (EEUU) Y en sus Términos de Uso establece que “salvo que se disponga lo contrario en el presente documento, los Términos de Roblox<sup>7</sup> se rigen por las leyes del Estado de California sin tener en cuenta los principios de conflicto de leyes”. A pesar de ello, y al igual que en el caso de Fortnite, le serán directamente aplicables todas las disposiciones del Reglamento por tener su plataforma abierta a usuarios del espacio europeo.

Una de las principales consecuencias del sometimiento de dichas plataformas de videojuegos al Reglamento, es que les resultará de aplicación su régimen de responsabilidad. Pero como vimos, éste se configura con ciertos matices, en función del tipo de prestación de servicios, por lo que la primera cuestión será dar encaje a las plataformas de videojuegos en una de dichas modalidades: servicios de mera transmisión, servicios de memoria caché o servicios de alojamiento de datos.

En este caso y atendiendo al servicio de comunicación interpersonal que incorporan estos videojuegos, parece que lo más oportuno es ubicarlos dentro de la categoría de servicios de mera transmisión. Dicha categoría viene definida por el legislador europeo en el art. 4.1 del Reglamento como “un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en conceder acceso a una red de comunicaciones”. Y como vemos, se corresponde con las características de los servicios de comunicación interpersonal que incorporan estas plataformas.

---

<sup>6</sup> Vid. EPIC GAMES, “Condiciones de Servicio”, disponible en <https://www.epicgames.com/site/es-ES/tos> (consultado el 23 de enero de 2025).

<sup>7</sup> Vid. ROBLOX, “Términos de uso de Roblox”, disponible en <https://en.help.roblox.com/hc/es/articles/115004647846-T%C3%A9rminos-de-uso-de-Roblox> (consultado el 23 de enero de 2025).

Por lo tanto, los requisitos de exoneración de responsabilidad para las plataformas de videojuegos serán:

- que la propia plataforma no haya generado la transmisión. Puede que en el propio juego haya personajes autónomos no manejados por usuarios, denominados comúnmente NPCs (Non Playable Character). Su interacción con otros usuarios no entraría dentro de los supuestos de exoneración de responsabilidad, ya que podríamos considerar que las transmisiones e interacciones que realicen con otros usuarios sí han sido generadas por la propia plataforma. De este modo, para que pudiera cumplirse el presente requisito, sería necesario que la interacción de comunicación se realizara entre los propios usuarios y no NPCs.
- no seleccione al receptor de la misma. Por su propia dinámica de juego, estas plataformas no seleccionan generalmente al receptor de las comunicaciones, ya que es el propio jugador el que se dirigirá personalmente a otro usuario o grupo de usuarios, a los que les quiera transmitir un determinado mensaje. Sin embargo, hay que tener presente esta característica para aquellos eventuales juegos en los que se pudieran lanzar mensajes de manera aleatoria y fuera la plataforma la que asignara al receptor del mensaje. En ese caso no se cumpliría este requisito y por tanto habría que excluir la exención de responsabilidad de la plataforma.
- no modifique ni seleccione la información transmitida. Al igual que en el requisito anterior, de manera general las plataformas de videojuegos no modifican ni seleccionan la información que transmiten los usuarios del juego, por el sencillo motivo de que desvirtuaría la propia jugabilidad. Pero, aun así, habría que atender siempre al juego concreto para realizar la verificación del cumplimiento de este requisito, ya que existen múltiples modalidades de juegos y no es descartable de manera categórica la posibilidad de que, en alguno de ellos, la plataforma pueda alterar o seleccionar la información que se va a transmitir, en cuyo caso no se cumpliría el presente requisito para la exención de culpabilidad.

Estos requisitos particulares para la exención de responsabilidad en los servicios de transmisión tendrían cabida dentro de los principios comunes de neutralidad y no intervención en actividades ilícitas antes indicados. Pero el legislador nos remite además a la ausencia de conocimiento efectivo sobre dichas actividades y la obligación de actuar diligentemente cuando se tenga conocimiento de ellas.

En el caso de las plataformas de videojuegos, la forma de obtener dicho conocimiento efectivo vendrá principalmente por las siguientes vías:

- el uso de moderadores con capacidad de identificar eventuales comportamientos ilícitos que se estén produciendo entre los jugadores.

- la implantación de sistemas o algoritmos automáticos que detecten determinadas palabras o conceptos potencialmente vinculados a comportamientos ilícitos, de modo que la plataforma pueda investigar si efectivamente existe alguna irregularidad.
- canales de denuncia que permitan a los propios jugadores o incluso a terceros, poder reportar a la plataforma los potenciales comportamientos ilícitos que se pudieran estar produciendo.
- resoluciones de órganos competentes que pudieran haber declarado la ilicitud de algún comportamiento que se esté produciendo en la plataforma de videojuego.

Pero no todo queda en el conocimiento efectivo del comportamiento ilícito, si no que la plataforma de videojuegos debe actuar diligentemente cuando tenga conocimiento de ello. Por eso resulta tan importante, no solo habilitar los canales que permitan tener conocimiento de estas situaciones, si no establecer también protocolos de actuación que permitan a la plataforma identificar, evaluar y, en caso necesario, actuar frente al contenido presuntamente ilícito, de forma ágil y eficaz.

## V. OBLIGACIONES

Con el objetivo de cumplir los principios del Reglamento y optimizar el funcionamiento del mercado interior, se establecen una serie de obligaciones armonizadas para los prestadores de servicios intermediarios.

De este modo el legislador europeo justifica la necesidad de un marco claro y equilibrado de obligaciones armonizadas que mejoren el mercado interior y garanticen un entorno digital seguro y transparente (Cruz Ángeles, 2022: 303). Estas obligaciones tendrían como objetivos principales:

- Promover la seguridad y confianza de los usuarios, incluidos menores y grupos vulnerables.
- Proteger los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales.
- Garantizar una rendición de cuentas significativa por parte de los proveedores.
- Empoderar a los usuarios y facilitar una supervisión eficaz por parte de las autoridades competentes.

El Reglamento subraya, especialmente, la importancia de la moderación de contenidos y la implementación de mecanismos de diligencia debida. Esto responde a retos como la desinformación, la propagación de contenidos ilícitos y el uso de identidades falsas que conllevan problemas como la difusión de noticias falsas o el ciberacoso, hasta la actividad de cuentas falsas y uso de

bots. Este tipo de comportamientos son utilizados por determinadas empresas que buscan maximizar beneficios a corto plazo a través de clics y viralización, incrementando así el tráfico y los ingresos publicitarios; pero también por individuos que pretenden ocultar su verdadera identidad o crear perfiles falsos con el fin de aproximarse y ganarse la confianza de potenciales víctimas.

Éste último es el caso de los comportamientos de ciberacoso sexual a menores, que habitualmente se producen mediante contactos iniciales en foros o chats abiertos (en ocasiones en plataformas de videojuegos Online<sup>8</sup>), con el fin de tener un acceso inicial a otros usuarios, que por su nick o por su forma de expresarse, pudieran ser menores. Posteriormente, dichos agresores invitan a las potenciales víctimas a chats privados, donde llevar a cabo de forma discreta la acción de ciberacoso sexual.

Para contrarrestar estos riesgos, el Reglamento parte de unas obligaciones generales para los servicios intermediarios, que aplicarían a todos los prestadores de estos servicios, independientemente de su tamaño o alcance:

- Cooperación con autoridades. Responder a órdenes legales relacionadas con la eliminación de contenido ilícito o la provisión de información específica.
- Designación de un punto de contacto. Permitir la comunicación directa con las autoridades y los usuarios.
- Políticas claras de términos y condiciones. Redactar términos y condiciones de manera accesible, transparente y en línea con la normativa europea, explicando cómo se moderan los contenidos.
- Prohibición de la discriminación de destinatarios. Garantizar el acceso no discriminatorio a los servicios, salvo en casos justificados<sup>9</sup>.

De este modo el Reglamento establece obligaciones generales para todos los prestadores, pero también ha previsto la imposición de requisitos más estrictos para plataformas de gran tamaño, ya que éstas generan riesgos sociales de

<sup>8</sup> Véanse al respecto las siguientes noticias aparecidas en prensa: "Detenido un pederasta acusado de abusos a 26 menores a los que captó a través del 'Fortnite'", *La Vanguardia*, 19/05/2022, disponible en <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20220519/8277492/detenido-pederasta-acusado-abusar-26-menores-capto-fortnite-videojuegos.html> (consultado el 23 de enero de 2025).; "El hombre que acosó a 5 niños por el Fortnite se enfrenta a 11 años de cárcel", *El Mundo*, 22/10/2023, disponible en <https://castellonaldia.elmundo.es/sucesos/hombre-acoso-5-ninos-fortnite-enfrenta-11-anos-carcel-GF17302400> (consultado el 23 de enero de 2025).; "Detenido en Málaga un depredador sexual por abusar de 26 menores con los que contactó por Fortnite o Call of Duty", *La Voz de Galicia*, 19/05/2022, disponible en <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2022/05/19/detenido-malaga-depredador-sexual-abusar-26-menores-contacto-plataformas-videojuegos/00031652944318926493223.htm> (consultado el 23 de enero de 2025).

<sup>9</sup> En este sentido ver Fernández de Soto Blass, 2023: 46-47.

mayor alcance. Este enfoque proporcional, considera tanto el impacto social como los recursos de estas plataformas y están dirigidas a aquellas con más de 45 millones de usuarios activos en la UE, dado su impacto significativo:

- Evaluación de riesgos sistémicos. Identificar y mitigar riesgos relacionados con la propagación de contenidos ilícitos, desinformación, protección de menores, discriminación y derechos fundamentales.
- Auditorías independientes. Someterse a auditorías anuales para evaluar el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el reglamento.
- Transparencia en algoritmos. Proporcionar información clara sobre los algoritmos utilizados para la moderación de contenido y las recomendaciones.
- Acceso a datos. Permitir el acceso a investigadores autorizados para evaluar el impacto de la plataforma en la sociedad.
- Medidas contra la desinformación. Implementar mecanismos específicos para abordar el desafío de la desinformación, incluidas colaboraciones con verificadores de hechos.

Sin embargo, una parte de la doctrina (Monjas González, 2022: 59) critica esta estructura piramidal, argumentando que no siempre refleja las especificidades de la moderación de contenidos. Señala que las plataformas emergentes, aunque más pequeñas, pueden presentar riesgos significativos para la dignidad humana y la protección de los menores. Además, existe el riesgo de que usuarios o grupos migrados de plataformas mayores, opten por plataformas más pequeñas para continuar con sus prácticas ilícitas.

En cualquier caso, si nos vamos al supuesto de las plataformas de videojuegos, no resulta difícil que los juegos más populares alcancen la cifra de 45 millones de usuarios en la UE, y por tanto que les resulten de aplicación las obligaciones específicas para las plataformas de gran tamaño. Así por ejemplo vemos como Fortnite cuenta a día de hoy con más de 450 millones de usuarios registrados<sup>10</sup>, gran parte de los cuales corresponden a usuarios de la UE. Y lo mismo podemos observar en Roblox, con más de 250 millones de usuarios registrados<sup>11</sup>.

Pero el legislador europeo no se queda en la mera distinción del tamaño de la plataforma en línea y va más allá estableciendo una serie de obligaciones particulares para las plataformas que conectan a terceros con los usuarios (por ejemplo, redes sociales, mercados en línea o las propias plataformas de videojuegos que integran medios de comunicación interpersonal):

<sup>10</sup> Vid. ACTIVE PLAYER. “Fortnite”. Disponible en: <https://activeplayer.io/fornite/> (consultado el 23 de enero de 2025).

<sup>11</sup> Vid. ACTIVE PLAYER. “Roblox”. Disponible en: <https://activeplayer.io/roblox/> (consultado el 23 de enero de 2025).

- Gestión de contenido ilegal. Implementar mecanismos accesibles para que los usuarios puedan reportar contenido ilegal.
- Transparencia publicitaria. Informar a los usuarios de manera clara cuándo interactúan con contenido publicitario y quién lo financia.
- Protección de menores. Diseñar entornos seguros para menores de edad y restringir la orientación publicitaria basada en perfiles de menores.
- Notificación y acción. Establecer procedimientos efectivos para actuar con rapidez frente a contenidos ilegales reportados.

Como se puede observar, la mayoría de las obligaciones señaladas son en realidad objetivos que debe alcanzar el prestador de servicios, para lo cual podrá adoptar las medidas que considere más oportunas, en función de su modelo de negocio, siempre que permitan alcanzar dichos objetivos.

En el caso concreto de las plataformas de videojuegos, cabe resaltar algunas de las obligaciones que tendrán especial importancia, sin que ello implique la desatención del resto:

- Cooperación con autoridades. Las plataformas de videojuegos deberán configurar mecanismos ágiles de respuesta a eventuales órdenes legales relacionadas con la eliminación de contenido ilícito o la provisión de información específica, ya que de ello puede depender que se consiga impedir o detener comportamientos ilícitos que se puedan estar produciendo en sistemas comunicación interpersonal, como son los posibles casos de acoso sexual a menores.
- Evaluación de riesgos. Resulta fundamental que las plataformas de videojuegos hagan un análisis profundo que abarque desde el propio proceso de registro e identificación de sus usuarios, hasta los distintos formatos de jugabilidad y los propios controles parentales que se pueden configurar, de modo que, entre otras cosas, se consiga un entorno lo más seguro y protegido posible para los menores participantes.
- Transparencia en algoritmos. Aun cuando puedan existir moderadores que hagan labores de vigilancia y control en las interacciones entre usuarios, los grandes volúmenes de jugadores de estas plataformas hacen inviable que todo el control pueda realizarse por personas físicas, por lo que lo habitual será utilizar algoritmos entrenados para funciones de moderación. Por ello resultará importante que las plataformas de videojuegos sean transparentes en cuanto al uso y alcance de dichos algoritmos, lo que permitirá, tanto a la auditoría, como al órgano de control correspondiente, verificar si resulta adecuado y suficiente.
- Auditorías independientes. La forma más efectiva de evaluar la robustez del sistema de cumplimiento del Reglamento implantado es a través de auditorías externas. Aun cuando las plataformas cuenten con equipos de profesionales en el cumplimiento normativo, los auditores

- externos aportan una visión con mayor perspectiva y la posibilidad de comparar el sistema implantado con los de otras empresas auditadas del mismo sector, lo que permite aportar una visión práctica y funcional, con recomendaciones de mejora que pueden resultar de gran utilidad.
- Acceso a datos. Al igual que en el caso de los algoritmos, será fundamental que las plataformas permitan a los investigadores autorizados o a las propias auditoras, el acceso a los datos necesarios para evaluar el impacto de la actividad de la plataforma.
  - Gestión de contenido ilegal, notificación y acción. Una de las cuestiones con mayor relevancia dentro de las obligaciones aplicables a las plataformas de videojuegos es la implementación de mecanismos accesibles para que los usuarios puedan reportar, no sólo el posible contenido ilícito, si no también si se está produciendo algún tipo de comportamiento en las interacciones entre usuarios que pudiera conllevar la comisión de actos ilícitos. Pero, como es evidente, no basta con conocer, sino que también hay que actuar. Por lo que será necesario contar con procedimientos efectivos para actuar con rapidez frente a los comportamientos reportados.
  - Protección de menores. Aunque todas las medidas anteriores se deben abordar desde una perspectiva que dé cabida a la protección de los menores, en el caso concreto de las plataformas de videojuegos resulta de especial aplicación, ya que una gran parte de los usuarios van a ser menores de edad. Por eso es fundamental diseñar entornos seguros para menores de edad, en los que se tenga en cuenta a los progenitores para dotarles de mecanismos suficientes que permitan ejercer un control parental adecuado.

Todo este sistema de obligaciones del Reglamento se apoya en la responsabilidad de los Estados miembros para garantizar que los incumplimientos sean sancionados de manera eficaz y proporcional de modo que tenga un efecto disuasorio (art. 52). Para ello se establece que cada Estado debe designar autoridades competentes para supervisar y hacer cumplir el Reglamento, que las empresas que incumplan puedan enfrentarse a multas de hasta el 6 % de su facturación anual global, así como una supervisión directa de la Comisión Europea a las plataformas más grandes para garantizar su cumplimiento.

No obstante, este sistema de obligaciones podría generar discrepancias entre los regímenes sancionadores de los Estados miembros. Para evitarlo, el Reglamento obliga a los países a informar a la Comisión Europea sobre su régimen sancionador, establecer límites máximos y definir criterios claros de cuantificación, lo que garantiza una armonización mínima. Para ello, en la determinación de las sanciones, se deberán considerar factores como:

- Naturaleza, gravedad y duración del incumplimiento.

- Número de usuarios afectados y la intencionalidad o negligencia del infractor.
- Capacidad económica del proveedor y su actividad en múltiples Estados miembros.

Visto lo anterior, podemos señalar también que a pesar de que el Reglamento es ambicioso, no aborda directamente muchos problemas específicos de la industria del videojuego. Un ejemplo lo encontramos en los denominados loot boxes o “cajas de recompensa”, que consisten en artículos virtuales de un videojuego, el cual puede ser canjeado para recibir artículos de ese juego. Además, aunque todos los jugadores tienen acceso a estas “cajas de recompensa”, son los niños, adolescentes y adultos jóvenes los que se encuentran más expuestos (Sanmartín, 2023: 407-420).

Dichas “cajas de recompensa” no están reguladas explícitamente en el Reglamento. Y aunque se puede interpretar que los criterios que afectan al uso de algoritmos y de transparencia en la monetización podrían resultar de aplicación a este caso, no hay obligación clara de informar sobre las probabilidades de su obtención, ni se protege específicamente a menores de sistemas de apuestas encubiertas.

Por ello, países como Bélgica y Países Bajos han tomado medidas más estrictas que las previstas en el Reglamento, lo que implica que no haya una verdadera armonización a nivel UE<sup>12</sup>.

En el caso de España, en julio de 2022, el Ministerio de Consumo presentó un Anteproyecto de Ley enfocado en la regulación de los mecanismos aleatorios de recompensa vinculados a productos de software interactivo de entretenimiento<sup>13</sup>. No obstante, a comienzos de 2024, el Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 optó por retirar este Anteproyecto del proceso legislativo. La decisión se justificó en base a las posibles repercusiones negativas que dicha normativa podría tener sobre la libertad creativa y el crecimiento económico del sector del videojuego.

Como consecuencia de este paso atrás, persiste una considerable incertidumbre respecto al futuro marco normativo de las loot boxes en España, ya que las medidas inicialmente planteadas quedaron sin aplicación concreta.

---

<sup>12</sup> Vid. Simons & Simons. “New loot box gambling regulations 2023”. Disponible en <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/clgm1i0ko0020upv4ipezwwfz4/status-of-loot-box-regulations-in-europe-q1-2023> (consultado el 25 de abril de 2025).

<sup>13</sup> Anteproyecto de Ley por el que se regulan los mecanismos aleatorios de recompensa asociados a productos de software interactivo de ocio. Disponible en <https://www.dsca.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/BORRADOR%20APL%20Y%20MAIN%20MECANISMOS%20ALEATORIOS%20RECOMPENSA%20010722.pdf> (consultado el 25 de abril de 2025).

A pesar de ello, el Consejo de Ministros aprobó el 11 de junio de 2024 el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de menores en entornos digitales y el 25 de marzo de 2025 remitió a las Cortes el Proyecto de Ley Orgánica<sup>14</sup>. En su artículo 5, se recoge una de las disposiciones más controvertidas que surgieron durante los primeros debates sobre la regulación de las loot boxes: la prohibición del acceso y uso de mecanismos aleatorios de recompensa por parte de menores, equiparando su funcionamiento al de los juegos de azar.

Además, se han seguido promoviendo propuestas que reclaman una normativa firme frente a estos sistemas. La más reciente, anunciada el 12 de septiembre de 2024, proviene de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) junto con otras 21 asociaciones de 17 países integrados en la Organización Europea de Consumidores (BEUC). Estas organizaciones enviaron una misiva a la Comisión Europea<sup>15</sup> y a la Red de Cooperación para la Protección de los Consumidores (Red CPC), en la que denuncian prácticas comerciales abusivas por parte de grandes compañías de videojuegos. En concreto, señalan el uso de monedas virtuales premium y loot boxes como técnicas que fomentan un gasto excesivo en los jugadores, solicitando su retirada del mercado.

Con esta acción, la BEUC llama a las instituciones europeas a establecer una regulación estricta sobre las loot boxes y otros mecanismos de monetización en videojuegos, siguiendo una línea similar a la propuesta española iniciada en 2022.

Otra carencia reseñable del Reglamento es que no hace mención sistemas como PEGI u otros de clasificación por edades, no exigiendo una verificación de edad efectiva, ni sistemas de control parental obligatorio.

De igual modo nos encontramos con una falta de regulación específica de las microtransacciones y monetización agresiva en videojuegos. Aunque la norma recoge prohibiciones sobre los denominados “patrones oscuros” (dark patterns), no se aplica específicamente a prácticas comunes en videojuegos, como las ofertas engañosas o temporales o los diseños que presionan psicológicamente a comprar.

Por último, también cabe señalar que no se recogen pautas específicas sobre los denominados UGC o contenidos generados por los propios usuarios en videojuegos (mods, mundos virtuales, etc.), por lo que habrá que

---

<sup>14</sup> Proyecto de Ley Orgánica 121/000052 para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales. Disponible en [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-52-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-52-1.PDF) (consultado el 25 de abril de 2025).

<sup>15</sup> Vid. Carta de la BEUC a la Comisión Europea en [https://www.azarplus.com/wp-content/uploads/2024/09/BEUC-X-2024-069\\_Letter\\_to\\_CPC\\_network\\_and\\_DG\\_JUST.pdf](https://www.azarplus.com/wp-content/uploads/2024/09/BEUC-X-2024-069_Letter_to_CPC_network_and_DG_JUST.pdf) (consultado el 25 de abril de 2025).

considerarlos incluidos bajo el paraguas general de la regulación del contenido ilícito.

## VI. EL PAPEL DE LA DILIGENCIA DEBIDA

Como se ha podido observar, el sistema configurado por el legislador europeo en el Reglamento, se basa en un sistema de diligencia debida, que resulta aplicable tanto a las plataformas en línea como a los mercados digitales, por lo que resulta importante conocer el alcance de dicho concepto y la forma en la que se puede llevar a efecto.

El concepto de diligencia debida tiene sus raíces en el Derecho Romano (Márquez Carrasco, 2022: 608). Desde entonces, ha permanecido como un estándar de conducta exigible, ajustado a las circunstancias específicas de cada caso.

Actualmente, aunque los Estados miembros de la Unión Europea utilizan terminología diversa para referirse a la diligencia debida, el principio subyacente, que exige actuar con un grado de diligencia razonable para evitar causar daño a otros, sigue siendo ampliamente reconocido en los sistemas jurídicos de estos países (Deringer *et al.*, 2020: 20-21).

En el ámbito del Derecho internacional, se puede ver que la diligencia debida ha jugado un papel clave en la determinación de la responsabilidad de los Estados frente a la actuación de agentes privados (Kulesza, 2016), considerándose, más que una obligación de resultado, una obligación de conducta, lo que implica que el foco se sitúe en el comportamiento del obligado, en lugar de en los resultados obtenidos (Koivurova y Singh, 2022).

En aplicación de la diligencia debida, las empresas tendrían por tanto la responsabilidad de identificar tanto las consecuencias potenciales como las reales, prevenir o mitigar las primeras y resolver las segundas, es decir, aquellas que ya hayan ocurrido.

La implementación de procesos de diligencia debida no es por tanto un concepto novedoso en el ámbito comunitario. Las empresas de la Unión Europea han venido adoptando medidas para identificar riesgos e impactos adversos derivados de sus actividades, demostrando su compromiso principalmente con el respeto a los derechos humanos y la mitigación de su huella ambiental.

Sin embargo, esta tarea se enfrenta a retos sustanciales. Las empresas deben lidiar en determinados casos con falta de claridad jurídica en cuanto a las obligaciones que quedan incluidas dentro de la diligencia debida, así como la escasez de información y los elevados costos asociados. Esto además se agrava por la existencia de casos que han salido a la luz pública, en los que determinadas empresas de la UE han estado vinculadas a violaciones de derechos humanos y daños ambientales significativos.

Como respuesta a este tipo de casos, los ciudadanos de la Unión han exigido una posición más firme y coherente que asegure que la economía europea contribuya a mitigar estos impactos negativos. Estas demandas ciudadanas se han traducido en debates legislativos nacionales, iniciativas normativas sobre derechos humanos y diligencia debida, y en un llamado a la acción por parte del Parlamento Europeo y el Consejo.

Sin embargo, la diligencia debida no ha supuesto una novedad para todos los países comunitarios. Algunos Estados miembros ya habían adoptado previamente leyes de diligencia debida, como Francia con la Ley de Vigilancia de 2017 (*Loi relative au devoir de vigilance*<sup>16</sup>) y Alemania con la Ley de Obligaciones de Diligencia de 2021 (*Sorgfaltspflichtengesetz*<sup>17</sup>). Además, otros países, como Bélgica, Luxemburgo y Suecia, estaban considerando implementar regulaciones similares. Sin embargo, la regulación a nivel nacional no es la solución, siendo necesaria una mayor armonización legislativa en toda la UE para garantizar una aplicación uniforme y efectiva (Galimberti Díaz Faes, 2023: 5-6).

Por otro lado, hay que tener también presente que la implementación práctica de la debida diligencia en las empresas suele materializarse a través de una política que exprese claramente su compromiso. Y para garantizar su efectividad, esta política debe cumplir con los siguientes requisitos (Ruggie, 2011):

- Contar con la aprobación del nivel corporativo más alto.
- Basarse en asesoramiento especializado.
- Establecer objetivos concretos y medibles.
- Ser pública y comunicada tanto interna como externamente.
- Reflejarse en las políticas y procedimientos de toda la organización.
- Tener un alcance global, vinculando a contratistas, proveedores y socios comerciales.
- Identificar los principales riesgos asociados a la actividad empresarial.

Este compromiso resulta fundamental, ya que transforma la intención de la empresa en una política clara y de alcance general. Dicha política no solo guía la manera en que la empresa lleva a cabo sus actividades, sino que también se convierte en un elemento clave para demostrar su responsabilidad y coherencia en la gestión de sus operaciones (Pacto Mundial de la ONU, 2012: 35).

---

<sup>16</sup> Vid. LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1). Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>.

<sup>17</sup> Vid. Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains of July 2021. Disponible en: <https://www.bmas.de/EN/Services/Press/recent-publications/2021/act-on-corporate-due-diligence-in-supply-chains.html>.

Además, esta política debe ser ampliamente difundida en toda la empresa y sus subsidiarias, alcanzando a los altos directivos, empleados, entidades con las que mantenga relaciones contractuales y otros actores directamente vinculados a sus operaciones. Asimismo, las empresas cuyas actividades impliquen riesgos significativos deben informar a las partes interesadas que puedan verse afectadas por dichos riesgos (Amis, 2011).

Por tanto, la responsabilidad empresarial implica evitar que sus actividades generen o contribuyan a generar consecuencias negativas, abordar estas situaciones cuando ocurran y esforzarse por prevenir o mitigar aquellas que estén vinculadas directamente con sus operaciones, productos o servicios, incluso cuando éstas estén asociadas a sus relaciones comerciales. La acción que debe adoptar la empresa dependerá por tanto de la naturaleza de su implicación en dichas consecuencias negativas.

En el mismo sentido la Plataforma por Empresas Responsables, definen la diligencia debida como el proceso mediante el cual las empresas “adoptan todas las medidas necesarias y eficaces para identificar, prevenir, mitigar, rendir cuentas y responder a los impactos negativos, reales o potenciales, derivados de sus propias actividades o de las de su cadena de valor, incluidas filiales, subcontratistas, proveedores y otras relaciones económicas, tanto en su país de origen como en terceros países”.

Por otro lado, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (2023) y sus guías sectoriales, reconocidas internacionalmente, han ampliado la aplicación de la diligencia debida a cuestiones relacionadas con el medio ambiente y la gobernanza. Asimismo, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) incorpora este concepto en sus recomendaciones, destacando su relevancia en el ámbito de la responsabilidad empresarial.

Pues bien, como ya adelantábamos, el legislador europeo ha trasladado los principios de la diligencia debida al Reglamento. Y lo ha hecho además de manera expresa. Así nos encontramos que en su considerando 40 se establece que “a fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento, y en particular de mejorar el funcionamiento del mercado interior y garantizar un entorno en línea seguro y transparente, es necesario establecer un conjunto claro, eficaz, predecible y equilibrado de obligaciones armonizadas de diligencia debida para los prestadores de servicios intermediarios”.

Establece además como fundamental, que las obligaciones de diligencia debida se ajusten al tipo, tamaño y naturaleza del servicio intermediario en cuestión. Por ello, como ya se ha analizado en el capítulo anterior, el Reglamento establece un marco de obligaciones básicas aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios, complementado con requisitos adicionales para aquellos que ofrecen servicios de alojamiento de datos,

plataformas en línea, plataformas en línea de muy gran tamaño y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño.

Estas obligaciones armonizadas de diligencia debida están diseñadas para ser razonables y no arbitrarias, resultando esenciales para alcanzar los objetivos de interés público identificados, como la protección de los intereses legítimos de los usuarios, la lucha contra actividades ilícitas y la garantía de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Cabe por último destacar que las obligaciones de diligencia debida son independientes de la responsabilidad legal de los prestadores de servicios intermediarios y, por lo tanto, deben considerarse de forma separada.

## VII. EL COORDINADOR DE SERVICIOS DIGITALES

Como última característica reseñable del Reglamento, podemos remitirnos a la responsabilidad que asigna a los Estados miembros de garantizar una supervisión adecuada y el cumplimiento de las obligaciones mencionadas. Para este propósito, cada Estado debe nombrar al menos una autoridad encargada de aplicar y hacer cumplir su normativa. No obstante, los Estados miembros tienen la opción de asignar tareas y competencias específicas de supervisión o ejecución a más de una autoridad competente, especialmente en sectores altamente especializados, como la protección del consumidor, siempre y cuando se describa claramente su estructura organizativa y administrativa interna (Cruz Ángeles, 2022: 301).

Además, la designación del Coordinador de Servicios Digitales puede ser a una autoridad nueva o una ya existente, siempre que tenga los recursos y la independencia necesarios para desempeñar sus funciones.

El Coordinador de Servicios Digitales deberá trabajar en estrecha coordinación con la Comisión Europea y otros Coordinadores de Estados miembros, garantizando una aplicación armonizada y eficaz del Reglamento en todo el territorio de la Unión.

Entre las responsabilidades del Coordinador de Servicios Digitales cabe destacar las siguientes:

- Supervisión y control. Supervisar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida y otras disposiciones del Reglamento por parte de los proveedores de servicios intermediarios en su jurisdicción.
- Gestión de infracciones. Investigar posibles infracciones y, en caso necesario, imponer sanciones proporcionales, disuasorias y efectivas.
- Colaboración con otras autoridades:
  - Actuar como el punto de contacto nacional con la Comisión Europea y otros Coordinadores de Servicios Digitales de los Estados miembros.

- Participar en la Junta Europea de Servicios Digitales, un organismo que fomenta la cooperación y la coherencia en la aplicación del Reglamento en toda la UE.
- Recepción y gestión de reclamaciones. Atender las denuncias de particulares, organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas relacionadas con el incumplimiento del Reglamento.
- Interacción con plataformas en línea de gran tamaño. Supervisar, en coordinación con la Comisión Europea, las obligaciones adicionales impuestas a estas plataformas debido a su impacto significativo en el mercado y la sociedad.
- Informes y evaluación. Presentar informes regulares sobre las actividades relacionadas con la aplicación del Reglamento y colaborar en las evaluaciones periódicas.

Sin embargo, esta figura no ha sido ajena a la polémica, ya que hay una corriente doctrinal (Kayali, 2021) que considera que surge con una grave deficiencia. El motivo es que la jurisdicción en el caso de estos coordinadores se limita al país donde la plataforma está establecida. Esto plantea un problema importante, dado que las grandes plataformas digitales suelen tener sus sedes principales en Luxemburgo e Irlanda, que en ocasiones han sido utilizados para escurar casos notorios de situaciones en las que se producía fraude fiscal, manipulación de datos y abuso de competencia (Barrera y Bustamante, 2018: 150-161). Si bien es cierto que la legislación contempla la posibilidad de que la Comisión Europea intervenga directamente, la mayoría de usuarios quedarían sujetos a la autoridad de los Coordinadores de Servicios Digitales de las jurisdicciones de Irlanda y Luxemburgo, o dependerían de las acciones de la propia Comisión (Pérez Galindo, 2022: 41-51).

Por su parte en España, el Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública designó el 24 de enero de 2024 a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) como Coordinador de Servicios Digitales nacional. Sin embargo, no fue hasta el 23 de diciembre, que mediante el Real Decreto-ley 9/2024<sup>18</sup> se dotó a la CNMC de una nueva Dirección de Servicios Digitales que asumiera dichas competencias. Además, como Coordinador de Servicios Digitales, la CNMC ha pasado a formar parte de la Junta Europea de Servicios Digitales<sup>19</sup>. Dicho ente se trata de un

---

<sup>18</sup> Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social (BOE 309, de 24 de diciembre de 2024).

<sup>19</sup> Vid. Consejo Europeo de Servicios Digitales, disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/dsa-board> (consultado el 23 de enero de 2025).

grupo consultivo independiente integrado por todos los coordinadores de servicios digitales, bajo la presidencia de la Comisión Europea.

Por lo tanto, en el caso español es la CNMC la encargada de realizar la supervisión y control de las plataformas de videojuegos que incluyan servicios de comunicaciones interpersonales, así como de investigar y sancionar las eventuales infracciones en las que pudieran incurrir dichas plataformas en caso de no cumplir con las obligaciones anteriormente vistas, ni cumplir con los requisitos de exención de responsabilidad previstos en el Reglamento.

Pero aún hay una cuestión más que resulta de gran importancia, y es que este órgano es el encargado de recepcionar y gestionar las denuncias vinculadas al incumplimiento del Reglamento. Sin embargo, a día de hoy no existe dicho trámite en el portal de la CNMC<sup>20</sup>, lo cual no debe eximirle del cumplimiento de las funciones que le han sido formalmente asignadas, por lo que tendrá la obligación de tramitar todas aquellas denuncias en materia de incumplimiento del Reglamento, que sean presentadas a través del Registro físico o del trámite digital genérico de remisión de “solicitudes, escritos y comunicaciones”.

## VIII. LA REGULACIÓN EN EEUU

Frente a la regulación comunitaria analizada, resulta interesante ver cómo se ha abordado el mismo tema desde la regulación normativa de Estados Unidos.

Así nos encontramos con que la responsabilidad y obligaciones de las plataformas de videojuegos se regulan a través de una combinación de leyes federales, estatales y normativas del sector. No existe una única ley que regule exclusivamente a las plataformas de videojuegos, pero sí hay varios marcos legales clave que les aplican.

En primer lugar, nos encontramos la Children’s Online Privacy Protection Act (COPPA)<sup>21</sup> para la protección de la infancia y privacidad. Dicha norma aplica a las plataformas que recolectan información personal de niños menores de 13 años y les obliga a obtener el consentimiento de los padres antes de recolectar datos de los menores, a informar claramente sobre las prácticas de privacidad y a proteger la información recopilada (Andreu Martínez, 2009: 79-106).

Un caso muy relevante por infracción de esta norma fue el que enfrentó a la FTC (Federal Trade Commission) con Epic Games (Fortnite) en el año

<sup>20</sup> Vid. Sede Electrónica CNMC, disponible en <https://sede.cnmc.gob.es/> (consultado el 23 de enero de 2025).

<sup>21</sup> Children’s Online Privacy Protection Act of 1998, 15 U.S.C. 6501-6505, disponible en <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/childrens-online-privacy-protection-rule-coppa> (consultado el 25 de abril de 2025).

2022. La FTC demandó a Epic por violaciones de la privacidad infantil bajo la norma COPPA antes mencionada.

En este caso Epic Games permitía chat de voz y texto por defecto en niños sin controles parentales y facilitaba compras accidentales con botones confusos.

Como resultado se le sancionó con la multa más grande impuesta a una empresa de videojuegos en EE.UU. por este tipo de prácticas, con una sanción total de \$520 millones (mediante dos acuerdos separados). Además Epic Games fue forzada a implementar cambios en sus interfaces, controles parentales, y prácticas de privacidad<sup>22</sup>.

Por otro lado, nos encontramos la FTC Act<sup>23</sup> de protección al consumidor por la Federal Trade Commission. Dicha norma regula la publicidad engañosa, prácticas comerciales injustas, microtransacciones, loot boxes, etc. De este modo se atribuyen competencias a la FTC para sancionar plataformas, por ejemplo, por no divulgar adecuadamente compras dentro del juego o por prácticas manipuladoras.

Un ejemplo de actuación bajo esta norma lo encontramos en la investigación abierta por la FTC por casos de Loot Boxes en determinados juegos como FIFA, Overwatch y Star Wars Battlefront II, entre otros. Dichas loot boxes (cajas de recompensas aleatorias) fueron consideradas por muchos como una forma de apuesta encubierta, especialmente peligrosa para menores<sup>24</sup>.

La siguiente norma que podemos destacar es la Sección 230 de la Communications Decency Act<sup>25</sup> o Ley de Decencia en las Comunicaciones (CDA). Esta norma proporciona inmunidad a las plataformas respecto al contenido generado por usuarios, pero no exime de responsabilidad por contenido ilegal si la plataforma tiene participación activa en su publicación. De este modo si un usuario publicara contenido ofensivo o ilegal en un juego con

---

<sup>22</sup> FTC. “Fortnite Video Game Maker Epic Games to Pay More Than Half a Billion Dollars over FTC Allegations of Privacy Violations and Unwanted Charges”. Disponible en <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/12/fortnite-video-game-maker-epic-games-pay-more-half-billion-dollars-over-ftc-allegations> (consultado el 25 de abril de 2025).

<sup>23</sup> Vid. Federal Trade Commission Act en <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/federal-trade-commission-act> (consultado el 25 de abril de 2025).

<sup>24</sup> A este respecto la FTC realizó una audiencia en 2019 titulada “Inside the Game: Unlocking the Consumer Issues Surrounding Loot Boxes”. Disponible en [https://mnappg.org/wp-content/uploads/2021/02/ftc\\_loot\\_boxes\\_workshop\\_transcript\\_session-2-3.pdf](https://mnappg.org/wp-content/uploads/2021/02/ftc_loot_boxes_workshop_transcript_session-2-3.pdf) (consultado el 25 de abril de 2025).

<sup>25</sup> Vid. 47 U.S.C. 230 – Protection for private blocking and screening of offensive material. Disponible en <https://www.govinfo.gov/app/details/USCODE-2011-title47/USCODE-2011-title47-chap5-subchapII-partI-sec230/summary> (consultado el 25 de abril de 2025).

funciones sociales, la plataforma normalmente no sería responsable, salvo que incumpliera sus propios términos.

Aquí nos podemos remitir al caso de Roblox que aunque se ampara parcialmente en la Sección 230, ha enfrentado críticas por permitir contenido sexualizado, estafas o grooming dentro de su plataforma. En respuesta, Roblox implementó nuevas políticas de moderación de contenido, herramientas de control parental mejoradas y medidas para que los desarrolladores informen adecuadamente si hay monetización en sus juegos.

Aun así, podemos encontrar cómo recientemente en abril de 2025, una familia presentó una demanda alegando que su hijo de 13 años fue explotado sexualmente a través de Roblox y Discord. La demanda argumenta que ambas plataformas no implementaron medidas adecuadas para proteger a los menores de depredadores en línea<sup>26</sup>.

Otra norma relevante sería la Entertainment Software Rating Board<sup>27</sup> o Clasificación y autorregulación (ESRB). Aunque no se trata de una norma con rango de ley, sí es un estándar de la industria con gran peso y obligatoria en muchas tiendas (como PlayStation Store, Xbox Live), que determina la clasificación de juegos por edad y contenido y ayuda a informar a los consumidores, especialmente a los padres.

Por último, podemos destacar también la regulación de servicios en línea existente en Estados Unidos, por la cual las plataformas deben cumplir también con leyes sobre Seguridad Cibernética<sup>28</sup>, Accesibilidad (ADA)<sup>29</sup> y Derechos de autor (DMCA)<sup>30</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

Dentro de los distintos servicios y funcionalidades que ofrecen las plataformas de videojuegos Online, el riesgo de ciberacoso sexual de menores

<sup>26</sup> Vid. "Anapol Weiss and Girard Sharp File Complaint Against Roblox and Discord by a Minor Sexually Exploited on Their Platforms". Disponible en <https://www.anapolweiss.com/blog/anapol-weiss-and-girard-sharp-file-complaint-against-roblox-and-discord-by-a-minor-sexually-exploited-on-their-platforms/> (consultado el 25 de abril de 2025).

<sup>27</sup> Vid. Entertainment Software Rating Board en <https://www.esrb.org/>

<sup>28</sup> Cybersecurity Information Sharing Act (CISA) en <https://www.cisa.gov/sites/default/files/publications/Cybersecurity%2520Information%2520Sharing%2520Act%2520of%25202015.pdf>.

<sup>29</sup> Conforme a la Americans with Disabilities Act of 1990, si un juego ofrece servicios públicos o sociales (como chat, compras, plataformas multijugador, etc.), podría estar obligado a ser accesible. Disponible en <https://www.ada.gov/law-and-regs/ada/> (consultado el 25 de abril de 2025).

<sup>30</sup> Digital Millennium Copyright Act en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf>.

proviene principalmente de aquellos juegos que ofrecen la posibilidad de interactuar con otros jugadores a través de servicios de chat o de voz que vienen integrados en los propios juegos.

Los servicios de comunicaciones interpersonales definidos en la Directiva (UE) 2018/1972, como correos electrónicos o servicios de mensajería privada, quedan fuera de la definición de plataformas en línea según el Reglamento, al estar limitados a la comunicación entre un número finito de personas determinado por el remitente. Sin embargo, el Reglamento establece que las obligaciones para plataformas en línea pueden aplicarse a servicios que permitan compartir información con un número ilimitado de destinatarios, no determinado por el remitente, como grupos públicos o canales abiertos.

En este contexto, algunos videojuegos en línea limitan las comunicaciones a grupos cerrados de “amigos”, quedando fuera del ámbito del Reglamento. Sin embargo, en videojuegos abiertos donde cualquier usuario puede participar y comunicarse con desconocidos, el número de destinatarios no está determinado, lo que los incluiría dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, siempre y cuando no sea tan solo una característica menor o meramente accesorio que esté unida a otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal.

Los requisitos para que las plataformas de videojuegos estén exoneradas de responsabilidad conforme al Reglamento son:

- No generar la transmisión. Las interacciones generadas por personajes autónomos (NPCs) no estarían exentas de responsabilidad, ya que son creadas por la plataforma. Solo se exige la comunicación entre usuarios humanos.
- No seleccionar al receptor. Generalmente, las plataformas no asignan receptores, ya que los jugadores eligen a quién dirigir sus mensajes. Sin embargo, si la plataforma asignara receptores de forma directa, no se cumpliría este requisito.
- No modificar ni seleccionar la información transmitida. Las plataformas no suelen alterar los mensajes de los usuarios para mantener la jugabilidad. No obstante, en casos donde la plataforma modifique o seleccione información, perdería esta exoneración.

Las plataformas de videojuegos Online pueden obtener conocimiento efectivo de comportamientos ilícitos que se producen en su plataforma a través de:

- Moderadores. Personas encargadas de identificar conductas indebidas entre jugadores.
- Sistemas automáticos. Herramientas que detectan palabras o conceptos asociados a actividades ilícitas para iniciar investigaciones.

- Canales de denuncia. Mecanismos que permiten a jugadores o terceros, reportar conductas sospechosas.
- Resoluciones de órganos competentes. Resoluciones legales que declaren la ilicitud de ciertas actividades en la plataforma.

En las plataformas de videojuegos Online, existen determinadas obligaciones previstas en el Reglamento, que adquieren una especial relevancia:

- Cooperación con autoridades. Implementar mecanismos ágiles para cumplir órdenes legales sobre eliminación de contenido ilícito o suministro de información, crucial en casos como el acoso a menores.
- Evaluación de riesgos. Analizar procesos de registro, jugabilidad y controles parentales para garantizar entornos seguros, especialmente para menores.
- Transparencia en algoritmos. Informar sobre el uso y alcance de algoritmos de moderación para facilitar auditorías y controles externos.
- Auditorías independientes. Realizar evaluaciones externas que ofrezcan recomendaciones prácticas para mejorar el cumplimiento del Reglamento.
- Acceso a datos. Permitir que investigadores y auditores accedan a datos relevantes para evaluar el impacto de la plataforma.
- Gestión de contenido ilegal. Establecer mecanismos accesibles para reportar y actuar rápidamente contra contenidos o comportamientos ilícitos.
- Protección de menores. Diseñar entornos seguros para menores, con controles parentales efectivos y medidas específicas que prioricen su bienestar.

El Reglamento establece que los Estados miembros deben garantizar sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias para los incumplimientos, designando autoridades competentes y permitiendo multas de hasta el 6 % de la facturación anual global de las empresas. Además, la Comisión Europea supervisará directamente a las plataformas más grandes. Y para evitar discrepancias entre regímenes sancionadores, los países deberán informar a la Comisión sobre sus sistemas, establecer límites máximos y definir criterios claros de cuantificación, asegurando así una armonización mínima.

El Reglamento incorpora expresamente los principios de diligencia debida, estableciendo obligaciones armonizadas claras, eficaces y equilibradas para los prestadores de servicios intermediarios. Estas obligaciones, ajustadas al tipo, tamaño y naturaleza del servicio, incluyen un marco básico para todos los intermediarios y requisitos adicionales para servicios específicos como plataformas en línea y motores de búsqueda de gran tamaño. Diseñadas para ser razonables, estas medidas buscan proteger los derechos de los

usuarios, combatir actividades ilícitas y garantizar derechos fundamentales. Además, habrá que tener presente que las obligaciones de diligencia debida son independientes de la responsabilidad legal de los intermediarios.

El Reglamento asigna a los Estados miembros la responsabilidad de supervisar y garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Cada Estado debe designar al menos una autoridad encargada de esta tarea. En el caso de España, la CNMC será responsable de su supervisión, control, investigación y sanción en caso de incumplimientos de las plataformas de videojuegos Online, o de no cumplir los requisitos de exención de responsabilidad previstos en el Reglamento.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- Amis, Lucy. 2011. “Guía para las empresas: Cómo desarrollar una política de Derechos Humanos”. *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 2011 Disponible en [https://pactoglobal.cl/wp-content/uploads/2023/01/Política\\_de\\_Derechos\\_Humanos\\_traducida.pdf](https://pactoglobal.cl/wp-content/uploads/2023/01/Política_de_Derechos_Humanos_traducida.pdf).
- Andreu Martínez, Belén. 2009. “Diez años de aplicación de la “Children’s online Privacy Protection Act” estadounidense: reflexiones para el derecho español”. *Revista española de protección de datos*, n.º 7, 79-106.
- Barrera, Rita y Bustamante, Jessica. 2018. “The rotten apple: Tax avoidance in Ireland”. *The International Trade Journal*, vol. 32(1), 150-161. Disponible en <https://doi.org/10.1080/08853908.2017.1356250>.
- Castelló Pastor, Juan José. 2021. “Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales”. En Castelló Pastor, Juan José (coord.). *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*. Navarra: Thomson-Civitas.
- Comisión Nacional del Mercado y la Competencia. 2024. *El Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública designa a la CNMC como Coordinador de Servicios Digitales de España*. Nota de prensa de 24 de enero de 2024. Disponible en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Notas%20de%20prensa/2024/NdP-CNMC-DSA.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2024/NdP-CNMC-DSA.pdf).
- Comisión Europea. (2024). *Ley de Servicios Digitales: Preguntas y respuestas*. Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/faqs/digital-services-act-questions-and-answers>.
- Cruz Ángeles, Jonatan. 2022. “Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del metaverso”. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, n.º 2, 294-318. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7186>.
- Deringer, Hanna, Salinier, Camile, Torres-Cortés, Francisca, Smit, Lise, Baeza-Breinbauer, Daniela, Bright, Claire, Bauer, Matthias, Tejero Tobed, Héctor, McCorquodale, Robert, Alleweldt Frank y Kara, Senda. 2020. “Study on due diligence requirements through the supply chain”. *Publications Office de la Comisión Europea*. Disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2838/688>.

- Donovan, Tristan. 2010. *REPLAY: La historia de los videojuegos*. Hove: Yellow Ant.
- Fernández de Soto Blass, María Luisa. 2023. “La lucha contra el fraude fiscal desde el punto de vista de la inteligencia artificial”. En Pita Grandal, Ana María, Malvárez Pascual, Luis Alberto y Ruiz Hidalgo, Carmen (dir.). *La digitalización en los procedimientos tributarios y el intercambio automático de información* (pp. 255-277). Pamplona, Editorial Aranzadi.
- Fernández de Soto Blass, María Luisa. 2023. “La aplicación de la inteligencia artificial en la agencia tributaria”. En Marcos Cardona, Marta y Selma Penalva, Victoria (dir.). *El fraude fiscal en un entorno de digitalización* (pp 43-55). Murcia, Ediciones Laborum.
- FTC. 2022. *Fortnite Video Game Maker Epic Games to Pay More Than Half a Billion Dollars over FTC Allegations of Privacy Violations and Unwanted Charges*. Disponible en <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/12/fortnite-video-game-maker-epic-games-pay-more-half-billion-dollars-over-ftc-allegations>.
- Galimberti Díaz Faes, Sandra. 2023. “Debida diligencia en derechos humanos: en camino hacia la legalización”. *Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales, Fundación Universitaria San Pablo CEU, CEU Ediciones*, n.º 135, 4-52. Disponible en <https://repositorioinstitucional.ceu.es/entidades/publication/3da7ad19-5d92-4de1-94a2-84957b15861e>.
- Gabriele, Salvatore. 2023. “La Unión Europea regula el Internet: Contenidos, transparencia y algoritmos en la nueva DSA”. *Gabiley Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 33, 389-478. Disponible en [https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/sites/default/files/2023-05/numero\\_33.pdf](https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/sites/default/files/2023-05/numero_33.pdf).
- González Gordon, María y Alegre Villarroya, Beatriz. 2022. “Principales novedades de la DSA”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 991, 131-132.
- Jiménez González, Aitor y Cancela, Ekaitz. 2023. “¿Es posible gobernar a las plataformas digitales? Análisis crítico de la Ley Europea de Servicios Digitales”. *Teknokultura, Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, vol. 20, n.º 1, 91-99. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/TEKN/article/view/>.
- Jiménez Vargas, Pedro Jesús. 2021. “Los cambios y desafíos que plantea la fiscalidad de la economía digital en el contexto internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 289-328. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6258>.
- Jiménez Vargas, Pedro Jesús. 2022. “La nueva fiscalidad de la economía digital: primer paso para una verdadera armonización fiscal internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(1), 334-369. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6688>.
- Kayali, Laura. 2021. “France’s plan to rein in Big Tech (and Ireland and Luxembourg)”. *Político*, 27-05-2021. Disponible en <https://www.politico.eu/article/france-ireland-luxembourg-big-tech-regulation-apple-amazon-facebook-google-digital-services-act-digital-markets/>.
- Koivurova, Timo y Singh, Krittika. 2022. “Due Diligence”. *Oxford Public International Law*. Disponible en <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034>.

- Kulesza, Joanna. 2016. "Due Diligence in International Law". *Series Queen Mary Studies in International Law, Brill Nijhoff*, vol. 26.
- Mate Satué, Loreto Carmen. 2023. "La responsabilidad de las plataformas de intermediación contractual en línea: de la Directiva de Comercio Electrónico al Reglamento de Servicios Digitales". En Hernández Sáinz, Esther, Mate Satué, Loreto Carmen y Alonso Pérez, María Teresa (coords.). *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales* (pp. 111-137). Madrid: Colex.
- Márquez Carraso, Carmen. 2022. "Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, Octubre 2022, n.º 2, 605-642.
- Monjas González, Sonia. 2022. "Relevancia del reglamento de ley de servicios digitales para las autoridades reguladoras del audiovisual". *Información Comercial Española, ICE, Revista de economía*, n.º 925, 53-65. Disponible en <https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7368>.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. 2023. *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*. *OECD Publishing*. Disponible en <https://doi.org/10.1787/7abea681-es>.
- Organización Internacional del Trabajo. 2023. *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (Declaración sobre las Empresas Multinacionales)*. Disponible en [https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS\\_124924/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm).
- Ollino, Alice. 2022. *Due Diligence Obligations in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Osinaga Lozano, Itziar, Cots, Elisabet y Molina, David. 2024. "Cambios en la era digital: ¿me aplica el nuevo Reglamento Europeo de Servicios Digitales (DSA)?" *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 1004, 16.
- Pacto Mundial de la ONU. 2012. *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. Disponible en <https://www.pactomundial.org/biblioteca/la-responsabilidad-de-las-empresas-de-respetar-los-derechos-humanos-guia-para-la-interpretacion/>.
- Pérez Galindo, Rafael. 2022. "La nueva regulación europea de intermediarios digitales: Digital services act". *Información Comercial Española, ICE, Revista de economía*, n.º 925, 41-51.
- Plataforma por Empresas Responsables. 2021. *¿Qué es la debida diligencia?* Disponible en <https://empresasresponsables.org/que-es-la-debida-diligencia/>.
- Ramos, Andy y Bardaji, Silvia. 2022. "Regulación del sector y retos legales". *La industria del videojuego en España en 2022, AEVI*, 91-93. Disponible en [https://www.aevi.org.es/web/wp-content/uploads/2023/05/AEVI\\_Anuario-2022-DIGITAL.pdf](https://www.aevi.org.es/web/wp-content/uploads/2023/05/AEVI_Anuario-2022-DIGITAL.pdf).
- Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa. 2023. "La fórmula de la DSA para resolver el dilema de la responsabilidad de las plataformas: un equilibrio entre continuidad e innovación". En Hernández Sáinz, Esther, Mate Satué, Loreto Carmen y Alonso Pérez, María Teresa (coord.). *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales* (pp. 25-50). Madrid: Colex.

- Rodríguez García, Nora. 2023. “La cláusula del buen samaritano y el régimen de puertos seguros: a vueltas con la LSSI y la DSA”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 18, 714-735. Disponible en [https://revista-aji.com/articulos/2023/18/AJ118\\_27.pdf](https://revista-aji.com/articulos/2023/18/AJ118_27.pdf).
- Ruggie, John. 2011. “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”. *Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Disponible en <https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/HRC/17/31&Lang=S>.
- Sanmartín, Francisco Javier, Velasco, Judith, Cuadrado, Fátima, Gálvez Lara, Mario, de Larriva Casares, M<sup>a</sup> Victoria, Moriana, Elvira, Juan Antonio. 2023. “El consumo de loot boxes como una nueva forma de azar en los videojuegos”. *Revista de sociodrogalcohol*, vol. 35, n.º. 4, 407-420.
- Santisteban Galarza, Mario. 2022. “Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento Único de Servicios Digitales”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 41, 159-179. Disponible en [https://doi.org/10.18239/RCDC\\_2022.41.3103](https://doi.org/10.18239/RCDC_2022.41.3103).
- SIMONS & SIMONS. 2023. *New loot box gambling regulations 2023*. Disponible en <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/clgm1i0ko0020upv4ipezwfz4/status-of-loot-box-regulations-in-europe-q1-2023>
- Serrano Gómez, Eduardo. 2019. “Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios”. En Serrano Gómez Eduardo (dir.). *Medios de comunicación, contenidos digitales y derecho de autor* (pp. 47-80). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- UNICEF. 2017. *Estado mundial de la infancia 2017: Niños en un mundo digital*. Disponible en <https://www.unicef.org/media/48611/file>.
- Video Games Europe. 2023. *All About Video Games – European Key Facts*. Disponible en <https://www.videogameseurope.eu/publication/2023-video-games-european-key-facts/>.
- Walsh, Alexandra, Gibbons Feden, Kristen y Huyett, Patrick. 2025. “Anapol Weiss and Girard Sharp File Complaint Against Roblox and Discord by a Minor Sexually Exploited on Their Platforms”. *Anapol Weiss*. Disponible en <https://www.anapolweiss.com/blog/anapol-weiss-and-girard-sharp-file-complaint-against-roblox-and-discord-by-a-minor-sexually-exploited-on-their-platforms/>

# FUNDAMENTOS PARA UNA EDUCACIÓN CÍVICA CONSTITUCIONAL. VALORES CONSTITUCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LIZA<sup>1</sup>

*Foundations for a constitutional civic education.  
Constitutional values and fundamental rights at stake*

Susana Duro Carrión

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional  
Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España  
<https://orcid.org/0000-0002-8960-7401>

<https://doi.org/10.18543/ed.3328>

Fecha de recepción: 07.04.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

## **Resumen**

Partiendo de un breve análisis de la problemática en el contexto del derecho a la educación, con una jurisprudencia constitucional que recientemente ha sufrido algunos cambios desconcertantes, en este artículo se analiza un problema relevante en este ámbito, como es la promoción y eficacia de los valores constitucionales por parte de los poderes públicos en la escuela. La educación cívica en España ha generado gran controversia con motivo de las diferencias ideológicas entre los distintos grupos políticos, y existe una falta de acuerdo acerca de su enfoque y los contenidos que debe abarcar, debate centrado principalmente en los valores que habrían de inspirar la organización del currículo y su contenido. Esta falta de consenso conduce a una educación cívica sesgada y fragmentada, descoordinada y, en consecuencia, provoca una constante reestructuración del currículo educativo que afecta a los contenidos,

---

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Educar en valores, construir ciudadanías», Ministerio de Ciencia e Innovación. Agencia Estatal de Investigación. Proyectos de Generación de Conocimiento 2021. Referencia: PID2021-127680OB-I00.

programas, objetivos, métodos y evaluaciones de aquel sistema educativo que se constituye como guía el aprendizaje de los alumnos. Esta constante reconfiguración curricular dificulta que los jóvenes adquieran una visión común sobre la ciudadanía y obtengan una adecuada formación en valores compartidos y principios democráticos, tan importantes para su desarrollo como miembros responsables de una sociedad democrática y convertirse en ciudadanos comprometidos. Se defiende en el artículo la urgencia de plantear una verdadera enseñanza de la Constitución. No solamente la parte orgánica, sino los valores que informan la Norma Suprema de nuestro ordenamiento, valores que identifican nuestro Estado constitucional, y que han de ser promovidos e impulsados por el Estado y sus instituciones como valores superiores de la democracia. La enseñanza de contenidos constitucionales, fomentando y reforzando esos valores constitucionales, es esencial para un duradero mantenimiento de nuestra forma de Estado.

### ***Palabras clave***

Constitución española, Educación cívica, Ideario educativo, valores constitucionales, derecho a la educación, libertad de enseñanza.

### ***Abstract***

Starting from a brief analysis of the problem in the context of the right to education, with a constitutional jurisprudence that has recently undergone some disconcerting changes, this article analyzes a relevant problem in this area, such as the promotion and effectiveness of constitutional values by the public authorities in schools. Civic education in Spain has generated great controversy due to the ideological differences between the different political groups, and there is a lack of agreement about its approach and the contents it should cover, a debate focused mainly on the values that should inspire the organization of the curriculum and its content. This lack of consensus leads to a biased and fragmented, uncoordinated civic education and, consequently, causes a constant restructuring of the educational curriculum that affects the contents, programs, objectives, methods and evaluations of that educational system that is constituted as a guide to student learning. This constant curricular reconfiguration makes it difficult for young people to acquire a common vision of citizenship and to obtain an adequate training in shared values and democratic principles, so important for their development as responsible members of a democratic society and to become committed citizens. The article defends the urgency of proposing a true teaching of the Constitution. Not only the organic part, but the values that inform the Supreme Norm of our order, values that identify our constitutional State, and that must be promoted and promoted by the State and its institutions as superior values of democracy. The teaching of constitutional content, promoting and reinforcing these constitutional values, is essential for the lasting maintenance of our form of State.

### ***Keywords***

Spanish Constitution, Civic Education, Educational Ideology, Constitutional Values, Right to Education, Freedom of Education.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTOS BÁSICOS PARA UNA EDUCACIÓN CÍVICA. 1. Una educación para la democracia, una educación en la escuela al servicio del ciudadano. 2. Breve apunte sobre los orígenes históricos de la educación cívica. 3. Educación cívica, identidad nacional y ciudadanía global. III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS JUSTIFICATIVOS DE UN CONTENIDO CONSTITUCIONAL PARA LA EDUCACIÓN CÍVICA. 1. La enseñanza de la Constitución. Contenidos constitucionales para una educación cívica, una educación en valores constitucionales. 2. La importancia de la neutralidad del Estado en el diseño del currículo educativo. 3. Posibles conflictos con determinados derechos fundamentales. 3.1. Libertad ideológica. 3.2. Ideario educativo. 3.3. El derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Muchos son los retos que en España se plantean para la educación y que necesariamente reclaman una respuesta unificada por parte de las instituciones y los poderes del Estado con la colaboración de todos los grupos políticos y desde todas las perspectivas.

Los desequilibrios entre la “España vaciada” y el descenso de la natalidad frente a los elevados índices de población en determinados núcleos urbanos así como, por otra parte, las altas tasas de abandono escolar, la baja inversión en educación, la calidad educativa, además de la vertiginosa evolución de nuestra sociedad y los vertiginosos avances tecnológicos, la consiguiente necesidad de incorporación a las aulas de las nuevas tecnologías y la deficiente o a veces, carente formación del profesorado en estos temas, son algunos de los problemas que plantea la educación en España con importantes consecuencias en el ámbito educativo.

Uno de los desafíos más importantes en la actualidad para el ámbito educativo es la diversidad cultural y religiosa, reto que en nuestros días ha cobrado mayor relevancia teniendo en cuenta que desde una perspectiva axiológica, y en el marco de la promoción y eficacia de los valores constitucionales por parte de los poderes públicos, es fundamental garantizar el respeto a los principios morales del individuo, así como a los derechos fundamentales involucrados, asegurando la participación y el entendimiento de todos los agentes implicados en el ámbito educativo.

En este contexto, convergen en la escuela pública, alumnos con distintos valores e incluso con diversas culturas y procedencia, con distintos patrones de respuesta. Con una ideología estatal calificada como “neutra” y bajo el paraguas de la integración, la escuela pública ha de enfrentarse a un pluralismo de

valores que tiene que respetar. Paralelamente, en la escuela concertada y privada los que asisten en muchas ocasiones tampoco se identifican con la particular ideología del centro.

Todas estas circunstancias y los consiguientes conflictos de derechos que se suscitan en la práctica conducen a buscar respuesta en unas políticas educativas, que en España lejos de solucionar la “papeleta”, conducen a otro desafío relevante para la educación. Un entorno de inestabilidad política y educativa que experimenta constantes cambios legislativos, con continuas reformas y ajustes y sin una implementación coherente, lo que lejos de solucionar el problema, agrava la cuestión ante una incertidumbre y falta de estabilidad normativa que incide directamente en los alumnos, el profesorado y las familias.

En el fondo de todos estos problemas subyace, en esencia, un debate sobre el artículo 27 de la Constitución Española, cuya controversia sobre su redacción original sigue abierta. Recordemos en que la redacción de la CE, este artículo fue concebido como un compromiso de mínimos para garantizar el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, pero su interpretación ha generado discrepancias que aún persisten.

El Tribunal Constitucional no ha venido a jugar precisamente un papel de moderación ni de racionalización en esta confrontación política al avalar dos modelos educativos completamente distintos. Por un lado, validó en 2018 el modelo de la LOMCE, introducido por la Ley Orgánica 8/2013, a pesar de que se interpusieron siete recursos de inconstitucionalidad en su contra. Por otro, respaldó el modelo de la LOMLOE de la Ley Orgánica 3/2020, que regresa a los principios de la LOE de 2006, en dos sentencias dictadas en abril y mayo de 2023. Mientras que la LOMCE promovía un mayor protagonismo de la educación privada y subrayaba la libertad de enseñanza, la LOMLOE apuesta por fortalecer la escuela pública.

No se trata simplemente de una cuestión de mayorías, sino que perjudica la seguridad jurídica cuando, dependiendo de las inclinaciones del Tribunal Constitucional, se avalan modelos contradictorios sobre el contenido de derechos y libertades.

En todo este contexto, otro de los grandes problemas que enfrenta la educación en España radica en la educación cívica y la falta de acuerdo acerca de su enfoque y los contenidos que debe abarcar. La educación cívica en España ha generado gran controversia con motivo de las diferencias ideológicas entre los distintos grupos políticos. Un debate centrado principalmente en los valores que habrían de inspirar la organización del currículo y su contenido<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> López-Meseguer, R., Aparicio-Herguedas, J.L., “La educación cívica a debate: análisis del discurso de directores y profesores en el contexto escolar”, *Revista Complutense de Educación*, 35(4). Madrid, 2024, pp. 775-777.

Esta falta de consenso conduce a una educación cívica sesgada y fragmentada, descoordinada y, en consecuencia, provoca una constante reestructuración del currículo educativo que afecta a los contenidos, programas, objetivos, métodos y evaluaciones de aquel sistema educativo que se constituye como guía el aprendizaje de los alumnos.

Esta constante reconfiguración curricular dificulta que los jóvenes adquieran una visión común sobre la ciudadanía y obtengan una adecuada formación en valores compartidos y principios democráticos, tan importantes para su desarrollo como miembros responsables de una sociedad democrática y convertirse en ciudadanos comprometidos.

## II. FUNDAMENTOS BÁSICOS PARA UNA EDUCACIÓN CÍVICA

### 1. *Una educación para la democracia, una educación en la escuela al servicio del ciudadano*

El compromiso activo de todos los ciudadanos con la participación y responsabilidad en los asuntos sociales, la vida política y la construcción de una sociedad democrática es la actitud deseable de toda la ciudadanía. La educación cívica debería jugar un papel crucial en este objetivo como formación encaminada a que los ciudadanos se involucren de manera activa, responsable y consciente de sus derechos y obligaciones.

En la actualidad, la desafección hacia las instituciones y la política, especialmente entre los jóvenes, redundan negativamente en una baja participación ciudadana y favorece la proliferación de movimientos populistas. Esta creciente indiferencia ciudadana hacia la política requiere de una respuesta y una solución urgente por parte de una necesaria educación cívica<sup>3</sup>.

La sociedad está marcada actualmente por la indiferencia de muchos ciudadanos que muestran muy poco interés en los asuntos públicos. Sin embargo, cuando surgen momentos de crisis y ante la falta de una educación cívica sólida, estos mismos individuos, desinteresados y mal informados, suelen caer de manera abrupta en el extremo opuesto: el fanatismo. Ni la indiferencia ni el fanatismo son compatibles con una verdadera democracia. Ambos obstaculizan el ejercicio de la razón. Y la democracia se construye sobre la base de la reflexión crítica y el intercambio de ideas en un entorno de paz. Como bien expresó Montesquieu, la democracia es un sistema que se edifica mediante la virtud, sin necesidad de recurrir a cambios revolucionarios. Lo que realmente

---

<sup>3</sup> Vidal Prado, C., “La educación cívica en la última reforma educativa: una (nueva) oportunidad perdida”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIX (2023), pp. 501-504.

la fortalece es la participación y constante de los ciudadanos<sup>4</sup> (Fernández-Santillán, 2016, 85-86).

En este sentido, existe una creciente necesidad de fomentar en el alumnado la capacidad de pensar de manera autónoma, crítica y constructiva, de modo que se vayan convirtiendo en ciudadanos reflexivos y analíticos y se requiere, además, formar individuos competentes, preparados para desenvolverse con eficacia en los ámbitos personal, profesional y social de la vida cotidiana<sup>5</sup>.

En consecuencia, y de acuerdo con las reflexiones de Leyre Burguera sobre la finalidad de la “educación en valores cívicos y éticos”, el objetivo de todo planteamiento educativo ha de ser el educando y por ello, la cuestión es situar la educación al servicio del ciudadano y no viceversa. Es preciso, por tanto, ver qué tipo de educación democrática podemos ofrecer al alumnado. Burguera considera igualmente la necesidad de formar individuos críticos, capaces de desarrollar un juicio moral autónomo fundamentado en unos valores que les permitan cuestionar el orden establecido, y concluye que la educación, enfocada en algo más que la satisfacción del beneficio individual inmediato debe orientarse hacia la búsqueda del reconocimiento mutuo con el fin de que cada persona logre su autorrealización, y que además, como ciudadano, aspire a vivir en una sociedad más justa<sup>6</sup>.

Siguiendo a Ennuschat, la escuela debe cumplir un papel clave en la educación política y la educación para la democracia. En este sentido, el Gobierno Federal alemán subrayó, en noviembre de 2020, la relevancia social de la educación política, cuya misión es transmitir la democracia y sus principios<sup>7</sup>.

## 2. Breve apunte sobre los orígenes históricos de la educación cívica

No vamos a centrarnos en un enfoque de derecho comparado, lo que excedería la extensión de este estudio, sino que nuestra perspectiva se orienta ahora hacia las raíces históricas de la educación cívica para una comprensión más amplia y contextualizada. Este giro nos permite profundizar en su

<sup>4</sup> Fernández-Santillán, J., “Isócrates y los orígenes de la educación cívica. Actualidad de un pensador clásico”. *Revista de Ciencias Sociales*. UAEM, n.º 71, mayo-agosto 2016, pp. 85-86.

<sup>5</sup> López-Meseguer, R., Aparicio-Herguedas, J.L., *op. cit.*, p. 779.

<sup>6</sup> Burguera Ameave, L., “Educación y adhesión a los principios y valores constitucionales” en Díaz Revorio, F. J. y Vidal Prado, C. (Eds.), *Enseñar la Constitución, educar en democracia*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 86-107.

<sup>7</sup> Ennuschat, J., “Educación política y educación en valores democráticos en Alemania” en Díaz Revorio, F. J. y Vidal Prado, C. (Eds.), *Enseñar la Constitución, educar en democracia*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 280-281.

contexto originario y los elementos fundamentales que han dado forma a su evolución.

Si pensamos en aquellos griegos que escribieron sobre cuestiones políticas, tendríamos que recordar especialmente a Aristóteles, pero en el tema que nos ocupa, fue Isócrates el padre de la educación cívica.

Testigo de los enfrentamientos entre griegos y persas, las tensiones entre las ciudades griegas y las crisis internas que sacudían Atenas, su ciudad natal, consideró la cultura y la educación cívica, y especialmente la educación cívica que nutre a la democracia, como el instrumento idóneo y la herramienta de poder y cohesión que uniría a las ciudades griegas para enfrentarse a los persas y devolvería a Atenas todo su esplendor. Creía que era esencial regresar a los principios que hicieron a la polis tan destacada y para ello, la educación debía ser el instrumento principal. Creyó en lo que había sido el gran poder de Atenas: su cultura.

Isócrates concibió una “filosofía deliberativa” como un arte de la educación para educar a los ciudadanos mediante la deliberación y la polémica. La discusión y el intercambio de ideas se convertían en el instrumento ideal para fomentar la reflexión colectiva y e incitar al pensamiento crítico.

Encontró en la educación el camino para revitalizar y reforzar la democracia y consideró que el aspecto clave para el progreso de una sociedad efectivamente, es la educación, especialmente la educación cívica. En esta línea, Isócrates, defensor apasionado de la democracia, entendida como “forma de discurso que no puede ser monopolizado”, abogaba por “reeducar a los gobernantes y gobernados: recuperar el antiguo espíritu de sacrificio, la virtud para bien de la ciudad y dejar en un segundo plano los intereses personales” así como “la promoción del buen gobierno democrático como subordinación a la ley, la honestidad, la formación de una conciencia cívica, el respeto por los bienes ajenos, la rendición de cuentas, la sobriedad en las costumbres...” y la educación en la niñez<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Fernández-Santillán, J., *op. cit.*, pp. 64-87. El autor también expone en estas páginas reflexiones muy interesantes para el presente estudio, en cuanto a las ideas de Isócrates sobre la educación cívica que se pueden comprender como un conjunto de principios fundamentales para la construcción de una sociedad libre y democrática.

Primero, el orador griego Isócrates propuso la educación cívica como vía para fundamentar el cambio de una sociedad violenta a una sociedad con conocimientos, llena de hombres virtuosos, capaces de mantener un orden social de hombres libres. La formación de ciudadanos conscientes de los derechos y obligaciones, con capacidad de participar públicamente en la sociedad de forma libre y activa conforme a nuestra concepción de democracia.

La base de una sociedad fuerte y perdurable debía basarse en la educación cívica. Una buena formación contribuiría a la mejora del bienestar social y al progreso de la comunidad por la contribución de sus ciudadanos.

Desde sus orígenes la educación cívica fue concebida y sigue siendo la herramienta clave para construir una sociedad cohesionada y respetuosa y promover unos valores democráticos esenciales no solo propios de Europa, sino universales y fundamentales para cualquier nación democrática. Amparada por la Unión Europea y el Consejo de Europa, no solo contribuye a fortalecer el sentido de pertenencia a una comunidad política, sino que además promueve los valores esenciales para el desarrollo de una sociedad democrática y desde este planteamiento, preparar a las nuevas generaciones para mantener y actualizar el pacto social que sustenta las constituciones y los sistemas democráticos de cada país, fomentando una ciudadanía comprometida con el bienestar colectivo.

### 3. *Educación cívica, identidad nacional y ciudadanía global*

Un desafío clave para el desarrollo de una sociedad intercultural y por tanto, objetivo clave en educación, es la “construcción de la identidad de las nuevas generaciones”, pero construir una identidad “supranacional” requiere atender previamente la identidad nacional y si bien, sin embargo, contradictoriamente en algunos casos la educación cívica a veces ha fomentado la fragmentación en lugar de la unión.

En este sentido, la educación cívica debe aunar el respeto de las identidades regionales y las identidades nacionales para conseguir una identidad ciudadana global. La construcción de este concepto ciudadanía global, respetuosa con las identidades regionales y nacionales, requiere de una visión inclusiva de la diversidad y el pluralismo, lo que facilitará el sentido de pertenencia de las nuevas generaciones tanto en su comunidad local como de una comunidad global.

Es por ello crucial integrar enfoques transversales que reflejen los valores constitucionales, la historia democrática y los derechos fundamentales para mantener la cohesión social y enfrentar la fragmentación territorial, fortaleciendo la identidad de los ciudadanos a nivel local, regional y nacional.

Del mismo modo, es decisivo establecer unos contenidos mínimos que garanticen coherencia en lo que se enseña, tanto dentro de un país como a

---

El respeto de los distintos pensamientos y el debate constructivo consolida la formación educativa. Los debates deben ser guiados por la razón y no por las emociones. Las polémicas no pueden resolverse acudiendo a la violencia, sino al uso como herramienta resolutoria de la oratoria y el discurso razonado.

Finalmente, la educación debe ser continua desde la infancia, facilitando el desarrollo del razonamiento en los individuos, con capacidad de desarrollar de forma estructurada, clara y coherente sus ideas. El desarrollo de estas habilidades oratorias y escritas capacitan como miembros de esa sociedad democrática a los receptores de esta educación cívica.

nivel europeo, con el fin de evitar la fragmentación del conocimiento o lo que podría considerarse una “atomización educativa”, donde cada centro educativo decida de forma autónoma qué enseñar en temas cívicos<sup>9</sup> (Vidal Prado, 2023a, 504).

Digo esto porque, si bien a nivel internacional, el interés en promover la educación cívica ha experimentado un crecimiento notable que ha llevado a la inclusión de esta materia en los currículos educativos de diversos países, bien de forma explícita o bien de manera transversal, no hay un consenso académico claro respecto a cuál de las fórmulas organizativas es más efectiva que la otra, aunque en la mayoría de los sistemas educativos, se opta por un enfoque transversal para su enseñanza, comenzando con una presencia más moderada en los primeros niveles de educación, y aumentando su énfasis conforme se avanza en los cursos superiores<sup>10</sup>.

### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS JUSTIFICATIVOS DE UN CONTENIDO CONSTITUCIONAL PARA LA EDUCACIÓN CÍVICA

#### 1. *La enseñanza de la Constitución. Contenidos constitucionales para una educación cívica, una educación en valores constitucionales*

Toda la polémica que ha generado la educación cívica se centra en la controversia sobre qué valores, o cuáles son los valores como concepto general, que han de inspirar, por una parte, la organización del currículo y, por otro lado, su contenido en cuanto a los conocimientos, actitudes y habilidades que deben guiar esa educación cívica. Los diversos y diferentes “valores” con los que los individuos y grupos sociales o programas políticos se identifican, condicionan el objetivo que se pretenda alcanzar en educación, desembocando en una diversidad de enfoques de esta.

Como señala Díaz Revorio, encontramos distintas expresiones según qué valores son los buscados en los distintos enfoques de la educación. La “educación cívica”, como concepto más amplio que busca “formar ciudadanos, conscientes de sus derechos y deberes y de su pertenencia a una comunidad social y política” mediante una enseñanza en valores democráticos y una enseñanza constitucional en sentido amplio. La “educación en valores democráticos”, entendidos no solo como contenidos sino, además, como contexto obligado de la educación y a la que se une la enseñanza en derechos fundamentales. La “enseñanza de la Constitución” que, sin perjuicio de su concepción amplia, entendida en un sentido estricto, “implica no solo la transmisión de valores y principios democráticos y los derechos, sino su concreta

<sup>9</sup> Vidal Prado, C., *op. cit.*, p. 504.

<sup>10</sup> López-Meseguer, R., Aparicio-Herguedas, J.L., *op. cit.*, p. 776.

regulación en un ordenamiento constitucional, incluyendo la configuración de los poderes e instituciones fundamentales de ese Estado”<sup>11</sup>.

Hay quienes encuentran en el concepto de buen ciudadano, el criterio para distinguir las “tres concepciones ideales de ciudadanos” que puedan conformar el objetivo educativo; “los que buscan educar ciudadanos responsables, los que buscan formar ciudadanos participativos, y los que buscan orientar a los individuos hacia la justicia” y considerando que si bien liberalismo, republicanismo y comunitarismo continúan incidiendo en este debate, alegan que paulatinamente se ha ido relacionando la educación cívica con otras preocupaciones sociales como el feminismo, el ecologismo o el movimiento LGTBI<sup>12</sup>.

Y es que cuando hablamos de valores, en una sociedad diversa y multicultural como la actual, que ha de ser conforme con el pluralismo que reconoce nuestra Constitución en su artículo 1.1 como valor superior del ordenamiento jurídico, naturalmente las personas, grupos o programas políticos se identificarán con valores distintos y apreciarán unos u otros en mayor o menor grado.

Sin embargo, si toda Constitución democrática implica siempre la existencia de un pacto sobre unos valores fundamentales con los que esa sociedad quiere vivir, sobre un conjunto de valores que identifica nuestro Estado constitucional, los valores de la libertad, justicia, igualdad y pluralismo habrán de ser promovidos e impulsados por el Estado y sus instituciones como valores superiores de la democracia y en esta línea, la adecuada enseñanza de contenidos constitucionales, fomentando y reforzando esos valores constitucionales, es esencial para un duradero mantenimiento de la forma de Estado.

Sobre esta idea se pronunciaba Denninger cuando afirmaba que las más sagradas leyes, producto de la unánime resolución de los ciudadanos, no darán fruto mientras no nos preocupemos de que los individuos sean educados democráticamente en el espíritu constitucional y de hecho, al hilo de estas consideraciones, habría que plantearse un contenido constitucional en educación y el propósito de este estudio no es otro que abogar por la formación en esta materia como algo obligado y necesario para la estabilidad de nuestra democracia y nuestro Estado de Derecho y para la promoción de nuestros valores constitucionales<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Díaz Revorio, F.J., “Los sujetos de la relación educativa y la enseñanza de la Constitución” en Vidal Prado, C. y Díaz Revorio, F.J. (Eds.), *Enseñar la Constitución, educar en democracia*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 381-382.

<sup>12</sup> Sobre esta idea se pronuncia López-Meseguer, R., Aparicio-Herguedas, J.L. *op. cit.*, pp. 776-777.

<sup>13</sup> Denninger, E., «Democracia Militante y defensa de la Constitución» en Benda, E., Maihofer, W., Vogel, H., Hesse, K., Heyde, W., *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1996, p. 450.

Al hilo de estas consideraciones, históricamente la enseñanza se ha entendido en múltiples ocasiones más como un deber que como un derecho. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, recoge el deber de adquirir por lo menos instrucción primaria en el capítulo dedicado a los deberes de la persona<sup>14</sup>.

La educación como instrumento imprescindible para la libertad, aparece consagrada en nuestra Constitución no solo como un derecho fundamental de prestación sino también como un deber constitucional y en concreto, de acuerdo con la redacción del artículo 27.2 CE, se concibe como el más apropiado instrumento para garantizar una formación integral, el pleno y libre desarrollo de la personalidad humana. Como consecuencia de ello, la obligación de la enseñanza obligatoria se configura al servicio del pleno y libre desarrollo de la personalidad del individuo y recae, cuando este no tiene la madurez suficiente, sobre los padres o los tutores como responsables en caso de supuesto incumplimiento<sup>15</sup>.

Nuestro marco constitucional ha reflejado la influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 26.2, e igualmente el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 13.1, que establecen como objetivo de la educación el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y hacen referencia además ambas disposiciones a la finalidad de la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

El derecho (deber) a la educación se contempla en los textos internacionales con un contenido encaminado a unas finalidades y objetivos concretos que vienen fijados desde las primeras declaraciones universales de derechos, y que como señala Díaz Revorio, se centran en la enseñanza de valores democráticos y derechos fundamentales “y no solamente como mero objeto de conocimiento o estudio, sino como elementos axiológicos que en todo caso deben seguirse y respetarse”. De este modo, estos textos internacionales constituyen ya un fundamento jurídico sólido y suficiente para considerar la enseñanza de estos valores no como una opción sino como una obligación<sup>16</sup>.

En España, los poderes públicos no han prestado atención a esta cuestión. La inserción de los contenidos constitucionales en educación no ha recibido su merecida importancia y las leyes educativas que lo han abordado lo han

<sup>14</sup> Regueiro García, M.T., “La libertad de cátedra en el ordenamiento español” en *Revista Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 6, 1994, p. 185.

<sup>15</sup> Valero Heredia, A., “Ideario educativo constitucional y «Homeschooling»: A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre” en *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 94, enero-abril (2012), pp. 425-426.

<sup>16</sup> Díaz Revorio, F.J., *op. cit.*, pp. 380-381.

hecho de modo insuficiente. De este modo, cuando se introdujeron las materias específicas de educación cívica en 2006 y con la posterior reforma de la LOMLOE “se enfocaron básicamente como una educación de tipo ético o filosófico, introduciéndose en el ámbito de las convicciones, las emociones y la autoafirmación personal” abordando cuestiones éticas y filosóficas<sup>17</sup>.

Elósegui Itxaso, si bien reconoce distintos modos de interpretar lo que se ha venido a denominar ética ciudadana o ética cívica, parte de la idea de equiparar valores democráticos y ética cívica en cuanto que sostiene que la ética es una ética común con contenidos sustantivos. Considera la ética como fundamento de la política y el derecho porque son ciencias racionales “que no pueden confundirse con argumentos religiosos, ni con la doctrina social de la iglesia...” en el sentido que, cuando se trata de resolver cuestiones controvertidas, debemos acudir a la razón, a argumentos racionales, al discurso racional y por tanto a una ética objetiva, porque en el caso que recurriésemos como criterio de decisión a una ética subjetiva, se producirían disensos de fondo y se requeriría igualmente la argumentación.

Opina Elósegui en consecuencia, que del mismo modo que la enseñanza de la religión debe tener su espacio propio en el currículum escolar, la formación en valores democráticos o ética cívica, equiparándolos, debe ocupar en todo momento un lugar propio en el currículum escolar, distinto y no sustituible, al que corresponde a la enseñanza de la religión.

Considera que cuando hablamos de Derechos Humanos, estamos ante una ética común, una filosofía política, que debe ser transmitida a todos los estudiantes, sin distinción alguna, tanto en centros públicos como en centros con ideario cristiano, y en estos especialmente ante su vocación laical que les conduce a ocuparse de asuntos como la participación en la construcción del Estado y de los asuntos públicos en las actuales sociedades democráticas.

Una ética con contenidos sustantivos que, como tal, requiere de profesores formados en política y ética cívica, con conocimientos jurídicos y con una buena preparación académica, rigurosa y técnica para impartir los contenidos que deberían de transmitirse en la asignatura de educación política o ética ciudadana, y entre los que Elósegui detalla materias como la democracia como forma de gobierno, el Estado de Derecho, democracia y participación ciudadana, partidos políticos, participación política activa, virtudes políticas, la relación entre ética privada y ética pública, la compatibilidad entre tener firmes convicciones éticas y aceptar las reglas democráticas, humanismo cívico, neutralidad del Estado, valores democráticos constitucionales, relación entre ética y Derecho, etc.<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Vidal Prado, C., “La educación cívica y constitucional en España”, *Revista de las Cortes Generales* n.º 116, Segundo semestre, 2023, pp. 135-140.

<sup>18</sup> Elósegui Itxaso, M., “La educación para la ciudadanía en las escuelas públicas y en los centros con ideario cristiano” en *Scripta Theologica*, vol. 44, 2012, pp. 124-141.

Comparto en general, las premisas y fundamentos de las que parte Elósegui en su planteamiento, pero me planteo varias cuestiones ante el contenido y las materias a impartir en educación cívica que detalla esta autora en su estudio, y en que podemos observar una doble vertiente constitucional y ética en unos casos o en otros, materia constitucional con un trasfondo o enfoque ético.

Por las razones que expongo y en concreto, por una parte, como veremos en el apartado correspondiente, con motivo del conflicto que se pueda plantear con determinados derechos fundamentales, y especialmente la libertad ideológica, y adicionalmente, por otro lado, como señalo a continuación, si valoramos la experiencia que ya tenemos con las legislaciones nacionales que han abordado desde una perspectiva ética los contenidos constitucionales de la asignatura de educación cívica, no parece ser un camino con un final cierto y acertado para el objetivo perseguido, una formación en la que los necesarios conocimientos que se han de transmitir y compartir con la ciudadanía se impartan, expongan o relacionen desde una perspectiva ética y una visión ideológica propia del docente de manera que se manifiesten determinadas posturas o se planteen ciertas cuestiones éticas como base de la exposición para impartir formación en materia constitucional.

Si valoramos la experiencia que ya tenemos con las legislaciones anteriores e incluso con la actual, y pensamos en las materias de educación cívica introducidas en 2006 y con la LOMLOE, asignatura Educación para la Ciudadanía y asignatura de Educación en Valores Cívicos y Éticos<sup>19</sup>, esto sin duda, constituye un error.

Porque en estos intentos de ajustar el contenido constitucional a una “ética con contenidos sustantivos”, impartiendo la materia profesores formados en política y ética cívica, inevitablemente, y por la propia especialización del docente que expone y orienta la materia, esa formación inevitablemente va a estar siempre orientada a su propia especialización, olvidando o restando

---

<sup>19</sup> La asignatura de Educación para la Ciudadanía fue introducida en España con la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), con el fin de formar a los estudiantes en valores democráticos, derechos humanos y principios cívicos. Esta materia se implementó en la enseñanza secundaria obligatoria, buscando cultivar una conciencia crítica y responsable de los alumnos. Sin embargo, la Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE) la redujo significativamente, limitando su presencia en los planes de estudio. No obstante, con la entrada en vigor de la LOMLOE en 2020, la asignatura resurgió bajo el nombre de "Educación en Valores Cívicos y Éticos", retomando su propósito original de promover una formación integral en ciudadanía y valores democráticos. "Educación en Valores Cívicos y Éticos" fue implementada, por tanto, por primera vez, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), sustituyendo a la antigua "Educación para la Ciudadanía", y retomando el enfoque en la formación en valores cívicos, éticos y democráticos, pero con una mayor integración en los contenidos de la enseñanza secundaria.

importancia en este caso, a la materia constitucional, y adicionalmente condicionada por sus propias convicciones y creencias, de modo que esta formación en valores además de incompleta o carente, no podrá ser objetiva.

De hecho, como señala Vidal Prado, en las materias de educación cívica introducidas en 2006 y con la LOMLOE, se presta y se ha prestado una mayor atención a los contenidos éticos y cívicos, mientras que los contenidos constitucionales se exponen brevemente y de modo superficial, sin conexión adecuada con el Derecho Público y Constitucional, y de modo que cuestiones elementales en materia constitucional como los valores superiores del ordenamiento, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, en ningún momento se mencionan, porque resulta alarmante que en nuestro país, muchos de los jóvenes no hayan tenido prácticamente ninguna enseñanza sobre la Constitución en sus aulas, o en el mejor de los casos, lo hayan abordado de forma superficial o apenas marginal.

Incluso los textos que se utilizan en esas asignaturas que hoy se utilizan, como sucedió con la asignatura de Educación para la Ciudadanía, se centran en la filosofía y en la ética, dejando al margen las referencias a los contenidos constitucionales porque suelen ser elaborados por profesores de Filosofía y Ética, en su mayoría, o en algunos casos, de Ciencias de la Educación o Filosofía del Derecho. Sin embargo, rara vez son creados por expertos en Derecho Público o Derecho Constitucional y los profesores encargados de estas materias deberían contar con una formación especializada, preferiblemente juristas o docentes con experiencia en Derecho Constitucional. Desde luego, estamos ante un error significativo porque el objetivo, incluso en la actual asignatura de Educación en valores cívicos y éticos (2020-actualidad), de hecho, no está encaminado a fomentar el conocimiento de la Constitución española, tal y como la propia denominación de la asignatura indica al incorporar la palabra “éticos”.

Por todo ello, es esencial contar con una materia específica de educación cívica que enseñe los valores democráticos, porque, aunque hoy se valora la diversidad y la tolerancia, “primero debemos conocer lo que nos une” y esta tarea no solo corresponde al Estado, sino también a las familias y la sociedad, y si bien el liderazgo debe venir desde la administración pública, con la educación como herramienta clave. Es necesario enseñar principios fundamentales como la libertad, la igualdad y el pluralismo, tal como recoge nuestra Constitución, así como profundizar en los derechos humanos a nivel internacional y europeo y esto ayudará a comprender nuestra pertenencia a una comunidad política, especialmente en un Estado descentralizado como el nuestro<sup>20</sup>.

Por las razones y motivos ya expuestos, además de los fundamentos y justificación expuestos en los apartados siguientes, los contenidos de una

<sup>20</sup> Vidal Prado, C., *op. cit.*, pp. 135-155, 171 y 173.

materia específica de educación cívica deberían centrarse exclusivamente en los aspectos relacionados con nuestra Constitución y la evolución de nuestra historia constitucional democrática, con una transmisión objetiva de estos conocimientos, para que los estudiantes comprendan en profundidad qué es nuestra Constitución y sus principios fundamentales.

## 2. *La importancia de la neutralidad del Estado en el diseño del currículo educativo*

El artículo 27.2 de nuestra Carta Magna es el principio rector o norma directriz de nuestro sistema educativo, una suerte de “cláusula teleológica”. Este artículo y el texto constitucional constituyen el fundamento de la obligación del Estado en la formación de todos los ciudadanos en valores y virtudes constitucionales y cívicas.

Entonces, si los poderes públicos son competentes para incluir dentro de la finalidad constitucional de la educación la formación de ciudadanos, es preciso analizar hasta dónde alcanza esta competencia<sup>21</sup>.

La perspectiva desde la que debe analizarse este punto es la que sitúa en el centro de la cuestión la libertad ideológica del individuo. En este sentido, Roca Fernández expone que, si la escuela pública y su profesorado han de ser neutrales, la sociedad no tiene por qué serlo, y de hecho, no lo es. El individuo no tiene obligación de ser neutral y los padres y los alumnos tienen sus propias convicciones culturales, ideológicas y religiosas. De ahí la necesidad de un pluralismo escolar<sup>22</sup>.

La neutralidad religiosa e ideológica del Estado es el presupuesto necesario para la apertura al pluralismo cultural, ideológico y religioso que genera la libertad ideológica de los ciudadanos y se proyecta esa neutralidad, en el ámbito educativo de forma que se convierte en el contexto pluralista idóneo para el contraste y la interacción a la diversidad sin que ello implique la identificación del Estado con religión o creencia ideológica<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Nuevo López, P., “Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional”, *Revista de Derecho Político UNED*, n.º 89, enero-abril 2014, pp. 217.

<sup>22</sup> Rodrigo Lara, B., “La libertad religiosa y el interés del menor”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 17, 2001, pp. 409 y siguientes. González Del Valle, J.M., *Derecho eclesiástico español*, Madrid 2002, p. 285. Roca Fernández, M. J., “Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 17, 2008, pp. 4-5.

<sup>23</sup> Valero Heredia, A., *Libertad de conciencia, Neutralidad del Estado y Principio de laicidad (Un estudio constitucional comparado)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, p. 160.

Nuestro Tribunal Constitucional, refiriéndose expresamente a todas las instituciones públicas, extendía la aplicación del principio de neutralidad del Estado a todos los ámbitos<sup>24</sup> como requisito necesario para la existencia de pluralismo político, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, cuando manifestaba que “en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente, los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales”.

La neutralidad del Estado es presupuesto necesario para la existencia de un Estado plural y en consecuencia, un Estado pluralista ha de ser necesariamente un Estado neutral, cuya principal característica en el ámbito educativo es la ausencia de ideología que vincule la actividad del docente como expresión más clara de neutralidad ideológica del Estado. Los centros públicos, donde, en principio, no puede existir una ideología oficial, en principio serían el máximo exponente de esa neutralidad estatal.

Si hablamos de ausencia de ideología que vincule la actividad del docente como expresión más clara de neutralidad ideológica, es precisa del mismo modo, la ausencia de ideología y la neutralidad del Estado en los diseños de los programas y currículos educativos, así como en la organización de estos.

Es por ello por lo que, en consecuencia, los contenidos de la materia específica de educación cívica deben quedar limitados a los aspectos vinculados a la Constitución y a nuestra historia constitucional democrática, de modo que el enfoque en la exposición de estas materias sea la mera transmisión objetiva de conocimientos, para enseñar lo que es nuestra Constitución, la historia de la conquista de la democracia y los derechos fundamentales y ello siempre con la mayor objetividad posible, evitando cuestiones que pertenezcan al ámbito de las propias convicciones filosóficas o morales.

El razonamiento literal de la misma sentencia STC 5/81 citada anteriormente es fundamento suficiente para esta afirmación cuando el TC alega que “...La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos ...impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita” (FJ 9).

La neutralidad obliga a que los alumnos, sujetos de derechos prioritarios que deben respetarse, no puede ser objeto de adoctrinamiento ideológico, y ello sin perjuicio y con independencia de las dificultades que pueda entrañar

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 febrero, fundamento jurídico 9 (BOE n.º 47, de 24 de febrero de 1981).

el hecho de que la transmisión de conocimientos inevitablemente pueda en determinados momentos estar vinculada y condicionada por una forma determinada de entender la realidad.

Elósegui Itxaso apunta que “La tarea de educar en democracia debe compartirse entre la familia, los centros educativos y las comunidades religiosas. El Estado tiene derecho a impartir unas instrucciones mínimas sobre la Constitución y las instituciones públicas, así como todo lo relativo al ejercicio de los derechos civiles y las libertades que deben ejercer los ciudadanos”. Coincido plenamente con esta idea, y en este sentido, como concreta Elósegui Itxaso en sus consideraciones “el Estado debe realizar esta función de educar en civismo de un modo subsidiario respetando el derecho a la educación que corresponde primariamente a los padres” y por ello, “la educación política diseñada por el Estado, con una programación aprobada a través de los parlamentos, debe hacerse de un modo instructivo, evitando el adoctrinamiento”<sup>25</sup>.

Lo expuesto sin perjuicio que, en mi opinión, cuando hablamos de neutralidad tanto en la escuela pública, como en la escuela privada sin ideario, debemos remitirnos a aquella referencia de Otaduy Guerin a De Andrés Fernández<sup>26</sup> sobre el término neutralidad en que afirmaba que “Ha de admitirse que la neutralidad, como actitud humana, en cualquier campo de la vida, resulta una postura difícil. El hombre entiende y vive las cosas a partir de su situación, que en buena medida se compone de prejuicios, y en otra buena parte es el resultado de la experiencia que la forzosidad de la vida le ha impuesto. El docente no puede sustraerse a esta situación, menos aun cuando sobre él gravita con un peso nada desdeñable la preparación intelectual, que quíerose o no, le lleva a situar determinados problemas en la óptica de lo que para él es algo ya asumido”. Porque no podemos olvidar que la estricta “neutralidad” no existe pues el docente no puede evitar transmitir de una forma u otra sus propios prejuicios, convicciones y experiencias que le sitúan en una determinada perspectiva de la vida en el desempeño de su función.

Es este un tema con una enorme dificultad práctica que, en definitiva, no permite olvidar y obliga a recordar el objetivo de una obligada ausencia de adoctrinamiento ideológico, con el fin de respetar la libertad ideológica y la libertad de elección de los padres y ello tanto en la actividad docente como en los diseños de los programas y currículos educativos que se configuran como la guía que orienta toda actividad formativa en la asignatura.

<sup>25</sup> Elósegui Itxaso, M., *op. cit.*, pp. 119, 121.

<sup>26</sup> De Andrés Fernández, J., *Sobre la neutralidad de la enseñanza*, Ministerio de Educación y Ciencia. Ejemplar mecanografiado, p. 7. Citado en Otaduy Guerin, J., *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1985, pp. 141-143.

Pero con independencia de las dificultades prácticas que en determinadas situaciones puedan surgir, la neutralidad del Estado en los diseños de los currículos educativos conduce y requiere necesariamente de un contenido constitucional de la materia y una transmisión de estos conocimientos con la mayor objetividad posible.

De otro modo, nos situaríamos ante un adoctrinamiento por parte del Estado con la consiguiente “preponderancia al contenido prestacional del derecho a la educación, en detrimento de su dimensión de libertad” y ello no significa que “el hecho de no poder adoctrinar no implica que se deje de explicar la Historia de un país determinado” sino que es una exigencia esencial para la Administración estatal garantizar que se explique. El pluralismo democrático exige que puedan escucharse diversas voces”<sup>27</sup>.

Porque, aunque el derecho a la educación es un derecho de naturaleza prestacional, y soporte de las libertades educativas en un Estado democrático, el contenido esencial del derecho a la educación debe preservar la autonomía de los particulares, el pluralismo educativo y se debe respetar la prohibición de adoctrinamiento ideológico. No podemos olvidar la autonomía y la libre autodeterminación de la persona.

En este sentido, la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que contempla el contenido del derecho a la educación desde la perspectiva del interés superior del menor, la Declaración Universal de 1948 y los instrumentos internacionales posteriores recuerdan claramente que el Estado y los poderes públicos tienen que respetar ese contenido esencial de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, desde premisas como entre otras, la protección de los ciudadanos, el Estado y las instituciones públicas no pueden inmiscuirse en espacios de libertad. El ejercicio de las libertades conlleva riesgos. Pero las libertades corresponden a los individuos y es una autonomía que el Estado no puede menoscabar. El Estado en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades, debe velar por garantizar el derecho a la educación, pero un exceso en el intervencionismo del Estado conduciría al menoscabo de libertades y derechos reconocidos en nuestra Constitución para la ciudadanía, perjudicando nuestro modelo constitucional.

### 3. Posibles conflictos con determinados derechos fundamentales

Si avanzamos en los motivos y fundamentos que abogan a favor de una educación cívica cuyo contenido sea estrictamente materia constitucional con un diseño curricular objetivo, necesariamente hay que abordar el conflicto con

---

<sup>27</sup> Vidal Prado, C., *op. cit.*, p. 143 y 173.

determinados derechos fundamentales que plantearía en caso contrario, un contenido de la materia de educación cívica que extralimite las cuestiones estrictas de índole constitucional como hemos ya hemos apuntado.

Partimos de la concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos y su carácter de preceptos negativos de competencia, que en cuanto defensa del individuo frente a las intervenciones injustificadas del Estado, marcan el límite de las competencias estatales tanto legislativas, administrativas como judiciales, excluyendo de esa competencia estatal el ámbito que protegen y operando como límite a la acción estatal, tanto en las relaciones de los individuos con los poderes públicos, como en las relaciones entre particulares. De esta vinculación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los derechos fundamentales deriva no solo la obligación negativa del Estado de abstenerse de injerencias en el ámbito protegido por estos derechos fundamentales, sino también una obligación positiva de realizar todo aquello que conduzca a la realización de los derechos fundamentales<sup>28</sup>.

Como apunta Elósegui, “el derecho-deber de los poderes públicos en relación con los programas de enseñanza en Democracia y Derechos Humanos, debe ejercerse dentro de los límites impuestos por la propia Constitución, con una adecuada ponderación de los demás derechos fundamentales en juego, como la libertad de pensamiento, ideología y religión, y los derechos de los padres a la educación de sus hijos”<sup>29</sup> porque si bien el derecho a la educación es un derecho con un papel central en su relación con los demás derechos de la relación educativa, no cabe supeditar unos derechos y libertades a otros, requiriéndose en caso de conflicto una interpretación armonizadora con el menor sacrificio de los intereses y derechos en juego<sup>30</sup> (Díaz Revorio, 2021, 383) dado que hablamos de derechos fundamentales, y como valores ligados al orden público, y a diferencia de los derechos patrimoniales, hablamos de derechos irrenunciables.

### 3.1. Libertad ideológica

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, describe la libertad de pensamiento como “uno de los ejes de cualquier sociedad democrática”<sup>31</sup>. La regulación como derecho fundamental de la libertad ideológica en el artículo 16 de la Constitución, situado en la Sección 1ª, Capítulo Segundo del Título

<sup>28</sup> Hesse, K., «Significado de los derechos fundamentales» en Benda, E., Maihofer, W., Vogel, H., Hesse, K., Heyde, W., *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1996, pp. 91-94.

<sup>29</sup> Elósegui Itxaso, M., *op. cit.*, pp. 122-123.

<sup>30</sup> Díaz Revorio, F.J., *op. cit.*, p. 383.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1993, Kokkinakis c. Grèce.

Primero, otorga a la libertad ideológica un máximo nivel de protección constitucional y una plena eficacia jurídica, sin necesidad de interpretación constitucional, de los que carece la libertad como valor en sí mismo considerado. Esta configuración constitucional de la libertad ideológica como derecho fundamental responde a la necesaria protección constitucional de la libertad abstracta como núcleo de la propia vida humana y que merece el mismo respeto que la dignidad personal.

Cuando la educación cívica aborda cuestiones éticas y filosóficas, extralimitándose de la enseñanza de contenidos objetivos sobre materia constitucional, pueden producirse situaciones de conflicto principalmente con el derecho a la libertad ideológica de aquellos sujetos involucrados en la relación educativa, esto es, tanto es, tan los padres, titulares del centro, el propio alumno o incluso el propio docente.

Al hilo de lo anterior y como paréntesis, de acuerdo con las consideraciones de Rollnert Liern, la dimensión externa de la libertad ideológica se dobla en un haz de derechos y libertades, de manera que las manifestaciones externas de esa libertad ideológica y su ejercicio generan una serie de supuestos de hecho que constituyen objeto de otros derechos fundamentales, y si bien en esa concurrencia de derechos, la libertad ideológica no queda absorbida en ellos sino que conserva su contenido y régimen jurídico, incluso prevaleciendo su regulación sobre la de aquella manifestación externa<sup>32</sup>.

Por ello, toda enseñanza cuyo contenido va más allá de un contenido neutral, imparcial y objetivo como materia, corre el peligro de caer en adoctrinamiento. Y esto es lo que sucede cuando los contenidos de la educación cívica traspasan estos límites de objetividad y neutralidad, como hemos analizado. Es por ello por lo que, con el fin de evitar este tipo de conflictos con los derechos fundamentales, especialmente la libertad ideológica y del que derivan todos los demás, de los sujetos educativos, padres, titulares del centro, el propio alumno o incluso el propio docente, abogamos en este estudio porque lo conveniente es una educación centrada en la exposición objetiva de las cuestiones relativas a la Constitución, las instituciones públicas y los derechos fundamentales.

En aquellas ocasiones en que la asignatura aborda cuestiones éticas y filosóficas, es cuando la materia entra en conflicto con determinados derechos fundamentales, especialmente y entre otros derechos como veremos, con la libertad ideológica de los alumnos y además de los padres que han elegido para sus hijos un determinado centro escolar con una particular ideología. Esto supone un problema siempre. Porque cuando la educación se acerca o

---

<sup>32</sup> Rollnert Liern, G., *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, Madrid, pp. 60 y 79 y 171-172.

interfiere de algún modo en la educación emocional de los alumnos entra en conflicto con la educación y la formación que la familia puede querer para sus hijos, como veremos en siguientes apartados de manera que la educación no debería interferir de ningún modo en ciertas facetas de la personalidad del menor como las emociones o la parte afectiva de los alumnos.

### 3.2. Ideario educativo

Los centros educativos con ideario, como empresas de tendencia<sup>33</sup>, se constituyen en el cauce idóneo para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica del art. 16 CE, por el conjunto de individuos que integran esa comunidad educativa, en concreto, alumnos, padres, titular del centro, docentes. De este modo, confluye la doble dimensión individual y colectiva de su libertad ideológica, vertiente esta última que requiere de la actuación de los poderes públicos de acuerdo con el artículo 9.2 de la Constitución.

La importantísima sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero de 1981, señalaba la libertad de enseñanza como una garantía institucional de la que derivan tres derechos fundamentales y entre ellos el derecho a establecer un ideario educativo propio, como derecho integrado en la propia libertad de creación de centros. De modo que nuevamente en los posibles conflictos que se puedan plantear entre el contenido que se imparta en la educación cívica y el ideario del centro, nos encontramos con que lo que tutela el 27.6 CE es la ideología.

El ideario educativo, como código ideológico que define el proyecto educativo del centro, se constituye como una de las libertades públicas que conforman la libertad de enseñanza e implica una determinada orientación ideológica, religiosa o pedagógica, unos valores axiológicos y un carácter u orientación propios. Es imposible educar sin referencia a unos principios educativos y valores y, por tanto, no hay centro educativo sin ideario.

“Negar que cada centro docente expresa un sistema de valores, creencias y principios es negar la escuela misma. Solo se eliminan las manifestaciones externas del ideario, pues la escuela neutra es una utopía”<sup>34</sup>.

Los contenidos en educación cívica que transgreden los límites objetivos de una materia constitucional, bien se impartan en centros tanto públicos o en

<sup>33</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse entre otros, Duro Carrión, S., “La empresa ideológica. Relación laboral y derechos fundamentales”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Iustel n.º 56*, 2020. También puede consultarse para ampliar sobre este tema Duro Carrión, S., “Ideario educativo versus neutralidad de la escuela pública. Un eterno debate en España”. *Revista de derecho constitucional europeo, ISSN 1697-7890, n.º 36 (Problemas constitucionales de la actividad jurisprudencial)*, 2021.

<sup>34</sup> Otaduy Guerin, J., *op. cit.*, pp. 66, 68 y 69.

centros con un ideario expresamente establecido o no, puede generar situaciones de conflicto ideológico entre ese ideario del centro y el contenido de la materia.

Hablamos de conflicto ideológico centrado en los valores y la percepción o criterio particular que afectan a todos los ámbitos de la vida, incluidos los aspectos religiosos y morales. Y en la medida en que, en estas empresas educativas con ideario, la ideología se sitúa en el centro de la organización como elemento sustancial que las promueve y mantiene, el interés colectivo, objeto de protección constitucional, reside precisamente en la formación global del individuo de acuerdo con un determinado sistema de valores, de manera que entra en el juego también el derecho del titular del centro, que aúna la suma de los derechos de los padres a que los hijos reciban esa educación.

No podemos olvidar que el Tribunal Constitucional reconoce que el derecho de “los titulares de los centros privados para «establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución» (artículo 27.6 CE), forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a éstos de un carácter u orientación propios. Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (artículo 38) consagra.”

### 3.3. El derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos

El artículo 27.3 de nuestra Carta Magna establece otro de los derechos que integran el derecho fundamental a la educación. Concretamente el precepto establece, conforme a los tratados internacionales ratificados por España, el contenido esencial del derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación de acuerdo con sus propias convicciones en cuánto formación religiosa y moral.

La ambigüedad del artículo 27 también se manifiesta en este punto en cuanto que, si bien se garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa acorde a sus convicciones (art. 27.3), el término “convicciones” es impreciso pues conduce a pensar que mientras algunos estarán satisfechos con una asignatura, otros con la orientación general de toda la actividad educativa del centro.

No es intrascendente la imprecisión del término porque la libertad de enseñanza de la que deriva este derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos se refiere al derecho a educar, al derecho a enseñar. De modo, que cuando hablamos libertad de enseñanza, hablamos de algo más que educación, hablamos de algo más que la mera formación académica: la educación integral de la persona: Educar implica la formación en una determinada actitud concreta ante la vida.

La formación de la persona envuelve tanto la formación humana como la académica, no solo los conocimientos académicos sino la transmisión de valores y principios morales que han de hacerse llegar al alumno en un entorno coherente con esos principios, en un contexto en el que el ejemplo sea la mejor enseñanza, también por parte de los docentes y la comunidad educativa, de acuerdo con el propio “sentir” de los padres y como parte de una educación integral de la persona. La transmisión de conocimientos va necesariamente unida a la transmisión de valores<sup>35</sup>.

Por ello, y al hilo de este planteamiento conviene recordar las apreciaciones de Elósegui, en cuanto que “la tarea de educar en democracia debe hacerse de un modo compartido y no excluyente entre la familia, el entorno social, los centros educativos y las comunidades religiosas” de manera que el Estado debe cumplir con su función de educar de modo subsidiario “respetando el derecho a la educación que corresponde primariamente a los padres y estos a su vez tienen derecho a educar a sus hijos según sus creencias, así como la libertad de elegir el centro educativo. El Estado no debe suplantar la voluntad de los ciudadanos ni intervenir más allá de lo previsto en la Constitución y en las leyes” y si bien el derecho de los padres tiene como límite la propia dignidad del menor. Y aclara que “Que la escuela eduque no significa que deba suplantar a los padres, ni tampoco que imponga un único modo de pensar”<sup>36</sup>.

La educación no debería interferir de ningún modo en ciertas facetas de la personalidad del menor como las emociones o la parte afectiva de los alumnos porque educar en convicciones y emociones, acercado la educación a la libertad ideológica del menor y sus padres, genera una serie de conflictos con determinados derechos fundamentales y especialmente la libertad ideológica y de pensamiento del menor y sus padres o tutores, que hay que evitar. Precisamente por ello, reclamamos ese contenido objetivo en materia constitucional para la educación cívica.

Sirva igualmente de fundamento jurídico para este alegato lo establecido en el artículo 13.2 y 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las

---

<sup>35</sup> Duro Carrión, S., “La empresa ideológica. Relación laboral y derechos fundamentales”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel n.º 56, 2020. También Duro Carrión, S., “Ideario educativo versus neutralidad de la escuela pública. Un eterno debate en España”. *Revista de derecho constitucional europeo, ISSN 1697-7890, n.º 36 (Problemas constitucionales de la actividad jurisprudencial)*, 2021.

<sup>36</sup> Elósegui Itxaso, M., *op. cit.*, pp. 120-124.

normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Del mismo modo, nos remitimos al 13.4 en esta misma línea.

#### IV. CONCLUSIONES

Muchos son los retos que se plantean en materia educativa. Pero el desencanto y la decepción generalizada de la ciudadanía con la política, y en términos generales, su falta de interés en el mantenimiento y defensa de nuestra democracia y Estado de Derecho, convierten en urgente y prioritaria una educación cívica que verse exclusivamente sobre materia constitucional.

Es urgente una enseñanza de la Constitución. Cuestiones relativas a la Constitución, las instituciones públicas, los derechos fundamentales o los valores superiores del ordenamiento, libertad, justicia, igualdad y pluralismo político no pueden ser desconocidas por la ciudadanía por las diversas razones expuestas en este estudio a modo de fundamentos básicos para una educación cívica. Pero especialmente porque la formación en esta materia ha de ser algo obligado y necesario para la estabilidad de nuestra democracia y nuestro Estado de Derecho y para la promoción de nuestros valores constitucionales. Más un deber que un derecho. Más un “debe” que un “puede”.

Sin perjuicio de este fundamento que podemos calificar de básico, esencial o prioritario, otros fundamentos jurídicos abogan por un contenido constitucional en la educación cívica.

Por una parte, toda Constitución democrática implica la existencia de un pacto sobre un conjunto de valores fundamentales con los que esa sociedad quiere vivir, valores que identifican nuestro Estado constitucional, y que han de ser promovidos e impulsados por el Estado y sus instituciones como valores superiores de la democracia. La enseñanza de contenidos constitucionales, fomentando y reforzando esos valores constitucionales, es esencial para un duradero mantenimiento de nuestra forma de Estado.

Adicionalmente, la neutralidad del Estado y la ausencia de ideología en los diseños de los programas y currículos educativos, así como en la organización de estos. Esto conduce y requiere necesariamente de un contenido constitucional de la materia y una transmisión de estos conocimientos con la mayor objetividad posible. De otro modo, nos situaríamos ante un adoctrinamiento por parte del Estado.

Finalmente, el conflicto con determinados derechos fundamentales de los alumnos, de los padres, del titular del centro y de los docentes, que plantearía un contenido de la materia de educación cívica que extralimite las cuestiones estrictas de índole constitucional es ya por sí sola justificación suficiente para

una enseñanza objetiva constitucional. Libertad ideológica y de pensamiento de todos los intervinientes en la relación educativa, y como derivadas, la libertad de los padres y el derecho que les asiste de elegir la educación y formación que quieren para sus hijos, el derecho a la libertad ideológica de los titulares de los centros docentes y la libertad de cátedra de los docentes son principalmente los derechos afectados.

Los derechos fundamentales, como derechos subjetivos y su carácter de preceptos negativos de competencia, como “instrumentos” de defensa del individuo frente a las intervenciones injustificadas del Estado, marcan el límite de las competencias estatales.

El Estado en el ejercicio de sus competencias ha de velar por sus responsabilidades en materia de educación, pero un excesivo intervencionismo estatal, limitaría libertades de la ciudadanía reconocidas en nuestra Constitución.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Burguera Ameave, L. (2021), “Educación y adhesión a los principios y valores constitucionales” en Díaz Revorio, F. J. y Vidal Prado, C., *Enseñar la Constitución, educar en democracia*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, pp. 85-108.
- De Andrés Fernández, J. (1985), Sobre la neutralidad de la enseñanza, Ministerio de Educación y Ciencia. Ejemplar mecanografiado, p. 7. Citado en Otaduy Guerin, J., *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, Universidad de Navarra, Pamplona.
- Denninger, E. (1996), «Democracia Militante y defensa de la Constitución» en Benda, E., Maihofer, W., Vogel, H., Hesse, K., Heyde, W., *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- Díaz Revorio, F.J. (2021), “Los sujetos de la relación educativa y la enseñanza de la Constitución” en Vidal Prado, C. y Díaz Revorio, F.J., *Enseñar la Constitución, educar en democracia*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, pp. 379-405.
- Duro Carrión, S. (2020), “La empresa ideológica. Relación laboral y derechos fundamentales”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel n.º 56.
- Duro Carrión, S. (2021), “Ideario educativo versus neutralidad de la escuela pública. Un eterno debate en España”. *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 36.
- Elósegui Itxaso, M. (2012), “La educación para la ciudadanía en las escuelas públicas y en los centros con ideario cristiano”. *Scripta Theologica*, Vol. 44, pp. 124-141.
- Ennuschat, J. (2021), “Educación política y educación en valores democráticos en Alemania” en Díaz Revorio, F. J. y Vidal Prado, C., *Enseñar la Constitución, educar en democracia*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, pp. 279-297.
- Fernández-Santillán, J. (2016), “Isócrates y los orígenes de la educación cívica. Actualidad de un pensador clásico”. *Revista de Ciencias Sociales*. UAEM, n.º 71, mayo-agosto.
- González Del Valle, J.M. (2002), *Derecho eclesiástico español*, Madrid 2002.

- Hesse, C. (1996), «Significado de los derechos fundamentales» en Benda, E., Maihofer, W., Vogel, H., Hesse, K., Heyde, W., *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- López-Meseguer, R., Aparicio-Herguedas, J.L. (2024), “La educación cívica a debate: análisis del discurso de directores y profesores en el contexto escolar”. *Revista Complutense de Educación*, 35(4). Madrid.
- Nuevo López, P. (2014), “Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n.º 89, enero-abril.
- Regueiro García, M.T. (1994), “La libertad de cátedra en el ordenamiento español”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 6.
- Roca Fernández, M. J. (2008), “Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 17.
- Rodrigo Lara, B. (2001), “La libertad religiosa y el interés del menor”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 17.
- Rollnert Liern, G. (2002), *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.
- Valero Heredia, A. (2008), *Libertad de conciencia, Neutralidad del Estado y Principio de laicidad (Un estudio constitucional comparado)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid.
- Valero Heredia, A. (2012), “Ideario educativo constitucional y «Homeschooling»: A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, enero-abril.
- Vidal Prado, C. (2023a), “La educación cívica en la última reforma educativa: una (nueva) oportunidad perdida”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXIX.
- Vidal Prado, C. (2023b), “La educación cívica y constitucional en España”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 116, Segundo semestre.

# EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA EDUCACIÓN YLAIAGENERATIVA: PROPUESTAS PARA MITIGAR LA EXCLUSIÓN DIGITAL EDUCATIVA<sup>1</sup>

## *The Constitutional Right to Education and Generative AI: Proposals to Address Educational Digital Exclusion*

Pablo Gallego Rodríguez

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional  
Universidad de Córdoba, España  
<https://orcid.org/0000-0002-2281-0317>

<https://doi.org/10.18543/ed.3329>

Fecha de recepción: 30.04.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

### **Resumen**

Históricamente, el Derecho a la Educación, condicionado por el estado de la ciencia, ha estado restringido a las clases privilegiadas, generando diversas formas de desigualdad. La acelerada irrupción de la inteligencia artificial generativa, por su capacidad para generar nuevos conocimientos adaptados, representa un salto cualitativo en la superación real de dichas discriminaciones. La experiencia nos ha enseñado que los esfuerzos por hacer accesible una tecnología resultan insuficientes si no se comprende su funcionamiento. El presente artículo analiza las carencias del sistema

---

<sup>1</sup> El presente artículo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación: «RED DE INVESTIGACIÓN»: “Alianzas estratégicas de la Justicia: Educación, Igualdad e Inclusividad” (RED2024-153961-T), coordinada por Sonia Calaza, Programa Estatal de Transferencia y Colaboración del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027 y en las actividades del Grupo de Innovación Docente GID-190 de la Universidad de Córdoba del que el autor es miembro.

universitario público español frente a este desafío y propone directrices de actuación, en línea con la jurisprudencia constitucional y europea, fundamentadas en valores sociales y encaminadas a garantizar una inclusión digital real en el ámbito de la educación superior.

### ***Palabras clave***

Inteligencia artificial generativa, exclusión digital educativa, derecho a la educación, gobernanza universitaria, garantías constitucionales.

### ***Abstract***

Historically, the Right to Education, shaped by the prevailing state of science, has been restricted to privileged social classes, giving rise to various forms of inequality. The rapid emergence of generative artificial intelligence, with its capacity to produce adapted knowledge, represents a qualitative leap toward the real overcoming of such discriminations. Experience has shown that efforts to make a technology accessible are insufficient if its functioning is not properly understood. This article analyzes the shortcomings of the Spanish public university system in addressing this challenge and proposes action guidelines, in line with constitutional and European case law, grounded in social values and aimed at ensuring genuine digital inclusion in higher education.

### ***Keywords***

Generative artificial intelligence, educational digital exclusion, right to education, university governance, constitutional guarantees.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. III. INTEGRACIÓN DE LA IA GENERATIVA EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR. 1. Infraestructura y primeras redes académicas. 2. Gobernanza y estrategias institucionales. 3. Desafíos ético-pedagógicos y normativos. 4. Riesgos y efectos adversos de la IA generativa en la actividad académica. IV. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SU PROYECCIÓN DIGITAL. V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. VI. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Durante siglos, el ideal de conocimiento, debate y transformación social ha descansado sobre la institución de la Universidad. Hoy en día, sin embargo, su función se encuentra comprometida por numerosos factores.

Entre ellos, se destaca en primer lugar la irrupción de la inteligencia artificial generativa (IA gen) por su capacidad insólita para sintetizar información y facilitar la generación de nuevos conocimientos mediante la colaboración con la intervención humana, permitiendo el acceso al conocimiento casi instantáneamente (Cruz Agudo et al. 2024, 4). Sin embargo, esta tecnología no está exenta de sombras; como nos advierte Yoshua (2024, 5), conlleva riesgos y desafíos sociales, políticos y éticos al plantear complejos interrogantes sobre la gobernanza y la seguridad de los procesos en diversos ámbitos, incluido el educativo. En términos similares Córdón (2023, 18) destaca que la adopción de la IA generativa en la educación superior potencia la creación automática de contenidos y la personalización del aprendizaje, al tiempo que plantea importantes desafíos éticos, regulatorios y pedagógicos.

A esta transformación tecnológica se suma, en segundo lugar, la presión del mercado laboral que, por un lado, ha encontrado en el mercado educativo una lucrosa oportunidad de negocio y que, por otro lado, en determinados contextos, o no ve necesario el disponer de un título universitario o prima a los títulos y credenciales del sector privado para ofrecer determinados puestos de responsabilidad. Por su parte, Collins, desde su teoría del credencialismo, ya advirtió que el valor de los títulos educativos reside más en su función de clasificación social que en la acreditación de conocimientos reales, anticipando una lógica de credencialización que hoy se reactualiza bajo nuevas formas tecnológicas (Collins 1989).

Hoy en día, las mejores Universidades privadas del mundo; entre ellas, Harvard, Stanford, Massachusetts Institute of Technology disponen de extensas redes de colaboración internacional, de los fondos necesarios para el diseño e implementación de proyectos de innovación punteros y de una estructura académica que fomenta e incentiva la innovación («World

University Rankings» 2024). De igual forma, es innegable que las Universidades públicas como Berkeley, Michigan u Oxford cuentan estructuras similares pero, por lo general las universidades públicas tienen asignado el desafío de equilibrar la excelencia en la investigación y docencia con la responsabilidad social y acceso equitativo al conocimiento.

No obstante, estas dinámicas de diferenciación institucional y de adopción tecnológica podrían fomentar nuevas formas de exclusión y afectar de manera desproporcionada a las mujeres y a otros grupos históricamente vulnerables, limitando los avances que se han experimentado en los últimos 20 años (UNESCO 2022, 63) y condicionar sus oportunidades tanto en el ámbito académico como en el profesional.

La universidad, especialmente la pública, se está viendo instada a modernizar a marchas forzadas su estructura y organización, así como a repensar su función, legitimidad y modelo de enseñanza en un momento social crítico. Los recientes acontecimientos bélicos en Ucrania han incrementado las preocupaciones sobre la posibilidad de un conflicto bélico a gran escala en Europa. Simultáneamente, el actual escenario económico global, marcado por las tensiones arancelarias, la consolidación de potencias como China y Corea del Sur, y el ascenso de la India, está configurando un nuevo escenario geopolítico y económico de alta complejidad.

Resulta pertinente tener presente que la universidad no ha estado siempre al alcance de todos; con cada avance, se ha democratizado progresivamente su acceso. No obstante, hoy en día este proceso de democratización se encuentra gravemente comprometido, lo que convierte al presente artículo tanto en una señal de alarma ante una situación que no debe pasar desapercibida como en un primer punto de referencia que propone una serie de medidas que, debidamente implementadas, devolverán a la universidad su función de promoción del desarrollo y la cohesión social, a la vez que contribuirá a mitigar una nueva y peligrosa forma de exclusión como es la exclusión digital educativa.

Para lograrlo, es necesario remontarse a las raíces de la institución universitaria y, a partir de esos fundamentos históricos, trazar brevemente la evolución del derecho a la educación, antes de adentrarnos en los desafíos actuales planteados por la IA generativa en la enseñanza superior. Solo de esta forma será posible comprender las profundas transformaciones que ha experimentado y afrontar con éxito los retos que hoy en día amenazan el papel que desempeña en la sociedad.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Antes de abordar el derecho a la educación es pertinente situar el contexto en el que actualmente este se desarrolla y percibe. Vivimos en un país y una

época en la que la educación, desde los 6 hasta los 16 años de edad, es obligatoria a la vez que, si se desea, pública y gratuita.

Aunque la obligatoriedad escolar que se promulgó en artículo 7 de la Ley de Instrucción Pública (1857) no fue hasta 1964 cuando se extendió desde los seis hasta los catorce años. No obstante, nuestra realidad es compleja ya que no fue hasta mediados de la década de los ochenta cuando dicha prescripción se hizo realidad (2006).

La Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa de (1970) supuso el inicio de la superación del gran retraso histórico que aquejaba al sistema educativo español tal y como se desprende del contenido del artículo segundo. Dicho artículo nos indica que la Educación General Básica es obligatoria y gratuita para todos los españoles y para los extranjeros residentes en España. Tanto unos como otros, de no proseguir con sus estudios en niveles educativos superiores, recibirán, también obligatoria y gratuitamente, una formación profesional del primer grado. La educación es considerada como un servicio público de carácter fundamental que exigía tanto a los Centros docentes, a los Profesores y a los alumnos la máxima colaboración. Por ello, la propia ley incluso llegaba a preceptuar que se sancionaría a todos aquellos que incumplieran o dificultasen el cumplimiento del deber de educación obligatoria (1970).

Lo que en sus orígenes surgió de manera espontánea en el seno de la familia o la tribu, limitándose a la transmisión de conocimientos tan elementales como indicar los peligros, cómo defenderse de ellos o dónde encontrar agua y comida, pasó con el tiempo de ser una práctica esporádica y restringida, reservada a las élites, a convertirse, con sus aciertos y deficiencias, en un fenómeno global y en un complejo sistema en el que la sobreinformación o “ruido informativo” lejos de promover una democratización real del conocimiento puede llegar a privar, especialmente a los colectivos más vulnerables, de las competencias y habilidades necesarias para discernir y valorar la información de manera responsable (Hyunjin et al. 2021).

En las civilizaciones antiguas, como Mesopotamia y el antiguo Egipto, la formación se limitaba a escribas y sacerdotes. Por su parte, George (s. f., 1-6) destaca que en la antigua Mesopotamia la educación formal estaba restringida a una élite compuesta por escribas y sacerdotes, concentrada en instituciones denominadas *é.dub.ba.a* o “casas de las tablillas”. Estas escuelas, particularmente activas durante la tercera dinastía de Ur (Ur III), respondían a una necesidad estatal de formar especialistas capaces de sostener la creciente burocracia administrativa. En efecto, bajo el reinado de Šulgi, estas academias imperiales adoptaron una función doble: por un lado, preservar la tradición literaria en sumerio, lengua que ya no se hablada; por otro, servir como instrumento político-cultural para asegurar la transmisión del ideario estatal.

A los efectos de la presente investigación se destaca que la alfabetización, lejos de democratizarse, se institucionalizó como una forma de reproducción de poder, en manos de un reducido grupo de expertos cuya formación requería dominar un corpus complejo de listas, proverbios y composiciones literarias. Con todo ello, podemos afirmar que la formación no era accesible a la población general, y su alto grado de formalización consolidaba un conocimiento excluyente, muy alejado del acceso igualitario al saber (George, s. f., 1-6).

Este ritmo evolutivo contrasta notablemente con el impacto repentino y acelerado de la inteligencia artificial. Su generalización se ha producido en tan solo unos pocos meses desde el lanzamiento. Como ejemplo cabe destacar el caso de ChatGPT, alcanzó 100 millones de usuarios activos mensuales en tan solo dos meses tras su lanzamiento (Reuters 2023).

En la transición del siglo XVIII al XIX, el conocimiento dejó de ser un privilegio reservado exclusivamente a las clases privilegiadas y se transformó en un derecho al alcance de todos. Este proceso culminó con la consolidación de un sistema educativo estatal y en el establecimiento de la enseñanza obligatoria en diversas partes del mundo lo que lo configuró como un servicio público de carácter fundamental.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagró en su artículo 26 que “toda persona tiene derecho a la educación”, estableciendo además que la instrucción elemental y fundamental debe ser gratuita y obligatoria (Nations 1948). Este reconocimiento marcó un hito histórico: por primera vez, la casi totalidad de Estados del mundo afirmaba de forma unánime el carácter universal del derecho a la educación, vinculándolo al pleno desarrollo de la personalidad humana y al respeto de los derechos y libertades fundamentales.

En las décadas siguientes, este derecho sería reafirmado y precisado mediante instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes, que impusieron obligaciones concretas a los Estados para hacerlo efectivo.

Sin lugar a dudas la Convención de la UNESCO contra la Discriminación en la Educación (1962) supuso un importante avance ya que se trata del primer tratado internacional, que prohibió la discriminación en el acceso a la enseñanza por motivos de raza, sexo, origen o situación económica. De igual forma, la convención instó a los Estados a garantizar tanto la gratuidad como la obligatoriedad de la educación primaria (Naciones Unidas 1960).

Más adelante, las Naciones Unidas adoptaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 13 reconoce el derecho de toda persona a la educación y compromete a los países a proporcionar enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos, desarrollar la educación secundaria accesible a todos, idealmente gratuita y hacer accesible la educación superior en función del mérito (1976).

Otros tratados de la ONU ampliaron la protección a grupos vulnerables, reconociendo dimensiones específicas del derecho educativo: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) exigió igualdad de acceso para las mujeres en todos los niveles de enseñanza; la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) consagró el derecho de la niñez a la educación, art. 28, obligando a los Estados a garantizar la primaria gratuita y accesible, y a expandir la secundaria; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) reconoció el derecho a una educación inclusiva para las personas con discapacidades

De esta manera, a finales del siglo XX la gran mayoría de los países del mundo había incorporado el derecho a la educación en sus constituciones nacionales, ya fuera de manera expresa o en el marco de los derechos sociales.

Gracias a estas iniciativas, el acceso a la educación básica se expandió notablemente en muchas regiones en desarrollo: la tasa neta de matriculación en primaria en los países de ingresos bajos y medianos subió del 84% en 1999 al 91% en 2007 (GEM Report UNESCO 2015, 11).

Pese a todos los esfuerzos, las brechas, en el ámbito educativo persistían por lo que en 2015, las naciones adoptaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Asamblea General de la ONU 2015), que incluye el Objetivo de Desarrollo Sostenible 4 (ODS 4). Este objetivo se centra en “garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad, y en promover oportunidades de aprendizaje a lo largo de toda la vida para todos”, estableciendo como meta alcanzar estos fines para el año 2030.

Si bien es cierto que, según los datos disponibles en el Banco Mundial, durante los últimos años se han producido importantes avances a nivel mundial, más del 90% de los niños en edad de primaria están escolarizados y la tasa de alfabetización entre los jóvenes de 14 a 24 años se aproxima al 92% aun restan importantes desafíos (Instituto de Estadística de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) 2025). Según estimaciones de UNESCO, 244 millones («244 millones de niños y niñas no empezarán el nuevo año escolar (UNESCO) | UNESCO» 2025) de niños y jóvenes permanecían fuera del sistema educativo en 2021 por razones sociales, económicas o culturales («Out of School – GEM Report VIEW» 2025).

Es precisamente ahora, cuando parecían mitigarse las distintas formas de exclusión de clase, género, étnicas y geográficas y se atisbaba una creciente democratización del saber cuando irrumpe una nueva tecnología con el potencial de cambiarlo todo y hacernos retroceder hasta la casilla de salida.

Como señala la CRUE, esta nueva forma de exclusión digital se manifiesta, entre otros factores, en el acceso diferencial a las herramientas de IA generativa, muchas de las cuales operan bajo modelos de suscripción o pago. El estudiantado procedente de contextos vulnerables puede quedar excluido de los

beneficios que estas tecnologías aportan en términos de eficiencia, personalización y búsqueda avanzada de información. Por ello, se recomienda implementar mecanismos institucionales que garanticen el acceso universal a estas herramientas dentro del entorno universitario (Cruz Agudo et al. 2024, 17).

En este mismo sentido, resulta especialmente ilustrativa la reflexión de Rodríguez y Magaldi sobre los riesgos estructurales asociados a la transformación digital de los servicios públicos. Los citados autores destacan que los procesos de transformación digital, si bien repletos de potencialidades, han venido acompañados de una paradoja inquietante: la digitalización de los servicios públicos, en lugar de garantizar una mejora en la igualdad de acceso, puede derivar en una nueva forma de exclusión estructural.

De esta forma, subrayan que la revolución tecnológica ha reconfigurado las condiciones materiales del acceso ciudadano a prestaciones públicas, creando una nueva dependencia estructural del individuo respecto de los entornos digitales. De esta forma, se habría producido una reducción del espacio vital dominado que incrementa la vulnerabilidad del sujeto cuando no puede proveerse de las herramientas digitales necesarias para interactuar con las instituciones públicas (2025).

Este fenómeno, al trasladarse al ámbito educativo universitario, exige repensar el acceso al conocimiento no solo como un derecho subjetivo, sino como una forma contemporánea de procura existencial digital, cuya garantía compete de manera indelegable a los poderes públicos (2025).

Desde esta perspectiva, el acceso a Internet y la alfabetización digital no deben considerarse meros recursos técnicos, sino condiciones jurídicas esenciales para la realización efectiva del derecho a la educación, más aún cuando median tecnologías de alto impacto como la IA generativa.

### III. INTEGRACIÓN DE LA IA GENERATIVA EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR

#### 1. *Infraestructura y primeras redes académicas*

Determinar con exactitud el momento en el que las universidades incorporan las denominadas “nuevas tecnologías” no es una tarea sencilla. No obstante, por nuestra parte consideramos que su impulso inicial se sitúa a lo largo de los años 80 cuando surgieron en nuestro país diversas iniciativas como FAENET o EARN que pretenden conectar nuestros sistemas a las redes teleinformáticas internacionales y, con ello, ofrecer soluciones particulares a los problemas de acceso a la información. Con el fin de armonizar nuestras actividades con las de otros países e impulsar la aparición de nuevos servicios y aplicaciones, surge en 1988 el Programa IRIS, dentro del marco del Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico.

Durante una primera etapa poco satisfactoria que abarca desde 1988 hasta 1990, los servicios de la red académica se basaban en protocolos OSI. A partir de 1990 el Programa IRIS cambia de nombre a RedIRIS y se centra en poner en marcha un servicio de interconexión de redes de área local con acceso a Internet con la que se pretendió dar respuesta a las necesidades de las universidades y de los centros de investigación. No es hasta mediados de 1990 cuando se produce la primera conexión plena desde nuestro país con internet y la cual interconectaba cuatro centros: Fundesco, Departamento de Ingeniería Telemática (Universidad Politécnica de Madrid), el Centro de Informática Científica de Andalucía y CIEMAT.

Esta evolución temprana de la digitalización educativa permitió sentar las bases de una universidad conectada, aunque centrada principalmente en el acceso técnico a la información. Sin embargo, la irrupción de la IA generativa plantea hoy desafíos cualitativamente distintos, que afectan no solo a la infraestructura tecnológica, sino también a las garantías constitucionales, la organización docente y la integridad del proceso formativo.

## 2. *Gobernanza y estrategias institucionales*

La CRUE como principal interlocutor de las universidades con el gobierno central y eje central en todos los desarrollos normativos que afectan a la educación superior en nuestro país abordó estas preocupaciones, en pleno auge del temido efecto 2000, en el informe: “Las tecnologías de la Información y las Comunicaciones en las Universidades Españolas” (1997, 23-29).

En dicho informe se analizaba prospectivamente aquellas áreas de la actividad universitaria en las que ya se estaba produciendo o cabía esperar un mayor impacto para que, una vez recopilada la información, se diseñara de forma conjunta, compartida y consensuada una serie de políticas de decisión, directrices, planes, estrategias y acciones que resultasen eficaces desde el punto de vista de los fines propios de las universidades.

Entre los aspectos más destacados, a nuestros efectos, cabe destacar que el informe hace referencia a las capacidades de las redes y de los campus virtuales (Gallego 2010) para integrar los espacios de docencia y estudio, de enseñanza y aprendizaje, y fomentar el contacto entre profesores y estudiantes. Asimismo, representa una propuesta, ante los cambios que se estaban produciendo en el ámbito académico mundial, en el que se asume la necesidad de que las universidades españolas mantengan la competitividad y la capacidad de cooperación con el resto de los centros del mundo desarrollado. De igual forma, el estudio hace referencia a la necesaria contextualización en la sociedad actual de la enseñanza universitaria y su alineación con el imparable avance tecnológico. Del mismo modo, destaca una serie de dificultades

como la falta de equipamiento, la inexistencia, o la falta de claridad, en el organigrama de las Universidades, de la responsabilidad de los recursos TIC, el desaliento que producen las iniciativas aisladas, costosas y limitadas en su eficacia y, en definitiva la ausencia de una planificación racional en su implantación. Además se hace referencia a que buena parte o, quizás la mayoría de los estudiantes y docentes se autocalifican como principiantes o ignorantes.

Por nuestra parte consideramos especialmente relevante una de las cuestiones del informe que se analiza a la hora de abordar el “Estado de la cuestión”. En dicho apartado se indica que la existencia de una infraestructura por sí sola, no garantiza su aprovechamiento. Cuestión esta que, según se indica en el informe, es particularmente cierta en el caso de la explotación con fines de docencia, donde dicha tecnología tiene que ser empleada amplia, eficaz y oportunamente por un colectivo de docentes y un colectivo de estudiantes para contribuir a la transmisión del conocimiento. Tal y como hemos indicado en anteriores trabajos, el éxito del modelo no reside en la tecnología sino en la forma en la que se utiliza esta tecnología.

Junto con este informe es preciso destacar las conclusiones generales a las Primeras jornadas de tecnologías de la información y comunicaciones en las universidades españolas (CRUE 1997). Entre ellas, a nuestros efectos, cabe destacar las recomendaciones primera y cuarta. La primera en tanto en cuanto que hace referencia, entre otros, a la realización de las gestiones necesarias para garantizar el acceso total desde el campus a las redes telemáticas públicas por parte de la totalidad de los universitarios españoles, y especialmente, de los estudiantes; facilitar el acceso a bajo costo de todos los universitarios a las redes telemáticas desde el domicilio y a la consideración del espacio hispanoparlante como un ámbito privilegiado para la difusión y distribución de las actividades y productos generados por las universidades españolas. Por su parte, en el punto 4 se indica la creación de dos comisiones de trabajo dependientes de la CRUE. La segunda de ellas hace referencia a la docencia a través de la red en la que se debatió sobre: la necesidad de una red de aplicaciones de docencia; la producción de material docente; la necesidad de disponer de bases de datos de objetos multimedia reutilizables tales como fotografías, dibujos, textos, fórmulas, animaciones; la creación de cibertecas; la necesidad de herramientas de autor orientadas a la docencia con una estructura claramente definida y el asesoramiento pedagógico necesario; así como el intercambio, venta y cesión de los derechos de propiedad de dichas herramientas de autor.

A lo largo de las últimas décadas hemos normalizado la integración de las TIC en la educación superior y, en este contexto, cabe cuestionarse si estas tecnologías han supuesto una mejora sustancial de la calidad educativa o, si por el contrario han acentuado los problemas preexistentes.

### 3. *Desafíos ético-pedagógicos y normativos*

Marchena, al referirse a la integración de la IA en nuestras vidas nos indica que “existe una IA que ya hemos interiorizado con absoluta normalidad y que se aplica de forma insustituible en nuestra rutina cotidiana” como las que nos permite elegir la película que mejor se a nuestros gustos. En este caso, se trata de un tipo de IA que nos facilita la labor de búsqueda de nuestras películas favoritas pero que no llegamos a comprender. Este hecho, por sí sólo, podría parecer inofensivo e incluso beneficioso ya que nos ahorra la labor crítica de búsqueda en un catalogo prefijado de películas; no obstante, comporta toda una serie de condicionantes subliminales que no debemos dejar al libre arbitrio de las corporaciones empresariales (2022, 13).

En esta línea, Álvarez sostiene que el acceso a Internet debe ser entendido no como un mero servicio prestacional, sino como un derecho sustantivo de nueva generación, estrechamente vinculado con otros derechos fundamentales como la educación, la participación política o la libertad de expresión (2022, 6-14, 22). Su configuración jurídica actual, sin embargo, presenta limitaciones, al no gozar todavía del máximo rango constitucional en el ordenamiento español. Por ello, la autora defiende la necesidad de una reforma estructural que contemple infraestructura suficiente, políticas activas de alfabetización digital, neutralidad de la red y garantías jurídicas efectivas. Desde esta perspectiva, la inclusión digital en el entorno universitario no debe depender únicamente de recursos tecnológicos o de voluntarismo institucional, sino de un verdadero compromiso normativo con la igualdad en el acceso al conocimiento en la era digital.

Por otro lado, la mera disponibilidad de infraestructuras digitales, por sí sola, no garantiza su aprovechamiento; el éxito del modelo no reside en la tecnología, sino en la forma en que esta se utiliza. Este planteamiento cobra especial relevancia ante la irrupción de la IA generativa, que presenta oportunidades sin precedentes pero también riesgos de perpetuar y agravar brechas educativas.

En este sentido, Milione advierte que en las sociedades contemporáneas se corre el riesgo de confundir instrucción con educación, especialmente cuando la lógica de la eficiencia y la productividad permea incluso los sistemas formativos. En lo que denomina la “edad de la técnica”, el pensamiento calculador sustituye al pensamiento crítico, y la educación corre el peligro de transformarse en una herramienta de cosificación del ser humano, reducido a “recurso humano” (2021, 26). Esta alerta es especialmente pertinente ante el auge de tecnologías como la inteligencia artificial generativa: si su implementación no va acompañada de reflexión ética, formación humanista y un enfoque centrado en la persona, la universidad podría convertirse en una

institución al servicio de objetivos ajenos a su vocación democrática y emancipadora.

Partiendo de esta inquietud, en los últimos meses se ha abierto un nuevo horizonte, un hecho que ha revolucionado y, a la vez, ha cuestionado el modelo practicado durante años de enseñanza-aprendizaje. Según el estudio la IA generativa ya ha transformado la educación en una experiencia más personalizada, interactiva y creativa tanto para los estudiantes como para los educadores. El estudio continúa afirmando que la combinación de la IA con el arte de enseñar ha allanado el camino hacia una educación más eficiente. Junto a este hecho, el estudio indica que es de vital importancia abordar los desafíos tanto éticos como pedagógicos y digitales de forma que su utilización sirva para enriquecer el aprendizaje y promover con ello un futuro promotor para la educación de todo el mundo.

Seguidamente el estudio continúa haciendo referencia al potencial de la IA en la consecución del ODS 4; para nuestro estudio resulta sumamente reveladora la reflexión que se realiza sobre los que se debe de enseñar en las escuelas y en las universidades (Gamboa Cruzado 2024, 28-29).

Sin embargo, no todo son buenas noticias, si bien es cierto que en nuestro entorno ha aumentado notablemente el número de alumnos matriculados en estudios superiores (España ocupa la tercera posición en cuanto a número de alumnos matriculados en estudios superiores) y que nuestro sistema universitario proporciona una educación de calidad y apuntala el progreso y la cohesión social, la brecha existente entre la teoría y la realidad persiste incluso en nuestros días, evidenciada en las tasas de abandono asociadas a la pobreza y a la discriminación.

Cotino, al abordar el contenido prestacional del derecho a la educación, hace referencia a la facultad-obligación de los poderes públicos de crear centros docentes públicos. Este hecho, que, como indica, no genera un derecho subjetivo en sí mismo (STS de 16 de mayo de 1990 –RJ 1990/4114– 1990), FJ 2º, está, sin embargo, estrechamente vinculado con la garantía efectiva del derecho fundamental a la educación. La insuficiencia de centros podría suponer una vulneración de dicho derecho, al no poder responder adecuadamente a la demanda objetiva derivada de factores como la población, el número de centros, las distancias y las comunicaciones. Pues bien, según señala el autor, en una reflexión pionera publicada en el año 2012, el potencial de las nuevas tecnologías podría contribuir a mitigar la necesidad de creación de centros físicos, permitiendo así atender la prestación educativa sin que sea necesaria una expansión física proporcional del número de centros docentes (Cotino Hueso 2012, 172-73).

Por ello, no debemos bajar la guardia, ya que nuestro sistema universitario se ve otra vez expuesto a un riesgo que representa una seria amenaza a su misión social.

Recientemente, el Presidente del Gobierno Pedro Sánchez Castejón, ha manifestado que el sistema universitario público español “corre un riesgo evidente”, destacando que, “el acceso universal y la garantía de calidad y excelencia”, están siendo deliberadamente amenazados haciendo referencia a aquellos que pretenden “fragmentar y privatizar” la universidad. El Presidente el Gobierno ha manifestado que “la universidad no puede ser una fábrica de títulos sin garantías” ya que, lo que está en juego no solo afecta al derecho a la educación sino que también afecta a “la confianza de toda una sociedad en su profesionales e instituciones”.

En referencia a las universidades privadas el gobierno ha manifestado que va a “romper una lanza a favor de lo público, sin demérito de aquellas instituciones privadas que sí funcionan bien, con rigor y calidad”. A este respecto declaró que nuestro país cuenta con magníficas universidades privadas, referentes a nivel internacional pero que, “mientras se ahoga desde el punto de vista de la financiación a las universidades públicas, se extiende una alfombra roja a la creación de nuevos centros para hacer caja convertidos en “chiringuitos educativos”. Para el, la fórmula que se está siguiendo con la universidad pública es similar al que, a su criterio, se ha seguido con la sanidad y que no es otra que la de debilitarla y cuestionarla para, acto seguido, privatizarla “Primero recortan recursos, para minar su funcionamiento y después, se cuestiona su servicio y calidad, precisamente afectados por los recursos que se detraen. Y finalmente, cuando el deterioro es evidente, presentan la privatización como única salida”. Asimismo, el jefe del Ejecutivo señaló que este proceso de desprestigio lleva años fraguándose y cita como claro ejemplo a la comunidad autónoma de Madrid que, desde el año 2016, ha recortado casi un 30% de la financiación de las universidades públicas y el caso andaluz en el que el presupuesto universitario lleva seis años completamente congelado.

Para ello, el Gobierno ha anunciado dos importantes medidas. La primera de ellas hace referencia a la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) que será objeto de un novedoso Plan de relanzamiento que estará dotado con 30 millones de euros para el primer año. Esta inversión económica que supone un 35% más de aportación del Gobierno se hará efectiva a través de tres frentes. De entre ellos, a los efectos de la presente investigación, es especialmente relevante el referente al aumento de las capacidades digitales con tecnología puntera y que seguiremos con interés a lo largo de los próximos meses para evaluar su alcance y aplicabilidad real.

Estos datos deben ponerse en relación con el gasto público en educación. Según los datos que se desprenden de la Estadística del Gasto Público en Educación: Resultados provisionales del año 2023. Resultados provisionales (marzo 2025), el Gasto Público en educación en el año 2023 ascendió, para el conjunto de las AA. PP. y Universidades Públicas, de 67.937,9 millones de

euros, cifra que supone un aumento del +7,0% en relación con el año 2022 (2023, 1).

Por otro lado, si se excluyen los capítulos financieros, tal y como se considera en la metodología internacional, el gasto total sería de 67.773,3 millones de euros, y el aumento respecto al año anterior sería del +7,3%. Con todo ello, la mayor parte del Gasto Público en Educación corresponde a las Administraciones Educativas, es decir, a los Ministerios de Educación y FP y de Universidades y a las Consejerías y Departamentos de Educación y de Universidades de las CC. AA., con el 88,5%. La participación de los citados Ministerios en el gasto total en educación es del 8,0%.

Por lo que se refiere a la distribución del Gasto Público entre las distintas actividades educativas, la Educación Infantil y Primaria, incluida la E. Especial, supone el 32,6%, la E. Secundaria y FP, el 30,3%, la Educación Universitaria, el 18,8%, y las becas y ayudas al estudio, el 5,0%

Con estos datos podría interpretarse que el aumento del 35% en la financiación de la UNED, equivalente a 30 millones de euros, supone un impulso significativo. Sin embargo, esta cifra dista de ser realista en un contexto de crónicas deficiencias estructurales: el equipamiento tecnológico obsoleto, la insuficiente digitalización de las aulas virtuales y salarios precarios del profesorado universitario que exigen inversiones claramente superiores.

Una modernización real de la educación a distancia requeriría, como mínimo, una inyección de 100-150 millones de euros, combinando fondos nacionales y europeos, no solo para infraestructuras, sino también para garantizar condiciones laborales dignas y atraer talento docente. De lo contrario, el riesgo es que este ‘relanzamiento’ se quede en un gesto simbólico, incapaz de revertir los años de subfinanciación en el sector público universitario.

Prueba de ello es el lanzamiento del proyecto Europeo OpenEuroLLM con una financiación total de 37.4 millones de los cuales 20.6 estarán destinados al Programa Digital Europeo (2025). Si a esta cantidad le sumamos las aportaciones de otras instituciones europeas involucradas el presupuesto total podría ascender a unos 52 millones de euros.

Esta inversión, que en un primer momento nos puede parecer suficiente, resulta a todas luces insuficiente si lo comparamos con los costes anuales de empresas como OpenAI (ChatGPT). Los 52 millones de euros presupuestados por el conjunto de instituciones de la UE, apenas representan lo que esta empresa se gasta cada dos días.

OpenAI destina, aproximadamente 3.000 millones de dólares al año en entrenar sus modelos y 4.000 millones más en mantener a ChatGPT. A la fecha de finalización del presente artículo, se encuentra en conversaciones para lanzar una ronda de financiación con la que su valoración bursátil sería de unos 340 mil millones de dólares (IV 2025).

Las últimas noticias parecen indicar que Europa ha tomado conciencia de esta urgencia estratégica y prueba de ello es que el pasado 9 de abril la Comisión Europea presentó su ambicioso Plan de Acción “Continente de IA”, orientado a movilizar hasta 200 000 millones de euros hasta 2030 en inversiones públicas y privadas para reforzar la soberanía tecnológica y las capacidades de I+D (2025). Veremos si esta inyección multimillonaria logra recuperar el retraso acumulado frente a los principales actores globales, EEUU y China, y posicionar a la Unión Europea como una potencia emergente en el desarrollo y aplicación responsable de la IA generativa.

#### 4. *Riesgos y efectos adversos de la IA generativa en la actividad académica*

Siguiendo a Milione (2023, 5-7), quien subraya que la educación, lejos de limitarse a una mera transmisión de conocimientos, constituye un instrumento esencial para la realización de la dignidad humana y el desarrollo de una ciudadanía activa y crítica. Desde esta perspectiva ético y constitucional, el autor insiste en que educar es también “preocuparse” y “creer en la persona”, en tanto que sujeto político y moral (2023, 9). Este enfoque se consolida en los cuatro pilares formulados por la UNESCO en 1996, aprender a conocer, hacer, vivir juntos y ser, que Milione reivindica como fundamento de toda política educativa transformadora (2023, 9-11). En el contexto de la digitalización universitaria, estas ideas invitan a concebir la inteligencia artificial generativa no como un fin en sí mismo, sino como un medio al servicio del desarrollo personal, la autonomía intelectual y la cohesión democrática. De lo contrario, se corre el riesgo de reproducir una educación tecnificada, acrítica y desvinculada del humanismo constitucional que debe inspirarla.

En este sentido, la UNESCO (2025) nos indica que la IA se presenta como una herramienta clave para enfrentar los desafíos más acuciantes del sector educativo, pues no solo impulsa la innovación en las metodologías de enseñanza y aprendizaje, sino que también acelera el avance hacia el logro del ODS 4. También nos indica que el vertiginoso ritmo de sus desarrollos genera desafíos y riesgos que, en ocasiones, superan la capacidad de los marcos políticos y normativos actuales. De manera análoga, la UNESCO se compromete a respaldar a los Estados Miembros para que exploten de manera óptima el potencial de la IA en el marco de la Agenda de Educación 2030, asegurándose, al mismo tiempo, de que su aplicación en el ámbito educativo se rija por principios básicos de inclusión y equidad.

A este respecto, el mandato de la UNESCO demanda un enfoque de la IA centrado en el ser humano, orientado a mitigar las desigualdades existentes en el acceso al conocimiento, la investigación y la diversidad cultural. Es esencial que la incorporación de la IA no contribuya a ampliar la brecha

tecnológica, sino que, a través de la premisa de “IA para todos”, permita que cada individuo se beneficie de la revolución tecnológica en curso, especialmente en términos de innovación y generación de conocimiento.

Por su parte, Pérez-Ugena, nos indica que la inteligencia artificial no ha creado problemas radicalmente nuevos desde el punto de vista jurídico, pero sí ha introducido variaciones sustantivas en problemas ya existentes, especialmente en lo relativo a los derechos fundamentales (2024, 309-10). Esta transformación no es superficial ni técnica: altera los cimientos mismos del orden constitucional, lo que exige una reinterpretación del marco normativo vigente a la luz de los desarrollos tecnológicos actuales. En este contexto, la integración de la inteligencia artificial generativa en el ámbito universitario debe entenderse como un fenómeno que afecta directamente a la libertad de enseñanza, al derecho a la educación, a la protección de datos personales y a la igualdad, entre otros. El desafío no reside únicamente en adaptar la normativa educativa, sino en redefinir las garantías institucionales que protegen los derechos de docentes y estudiantes frente a un ecosistema digital cada vez más complejo, autónomo y opaco.

Tal y como advierte Navarro-Dolmestch la integración de aplicaciones generativas de inteligencia artificial en el ámbito universitario transforma radicalmente los procesos de enseñanza y aprendizaje, al propiciar una dependencia que, en última instancia, pone en riesgo tanto la originalidad del trabajo académico como el desarrollo del pensamiento crítico. En concreto, el autor advierte que herramientas como ChatGPT facilitan la externalización de la autoría, una “simulación de autoría” que permite a los estudiantes confeccionar trabajos sin el esfuerzo investigativo tradicional, y, al mismo tiempo, generan una confianza excesiva en respuestas automatizadas que pueden vulnerar la integridad académica. Esta situación, requiere la implementación de medidas mitigadoras, como la reconfiguración de los marcos normativos y la revalorización del pensamiento crítico con el fin de convertir los desafíos en oportunidades para innovar en la metodología pedagógica y fortalecer la evaluación formativa (2023, 235).

Por su parte, Agudo subraya que el principio de seguridad, lejos de una concepción exclusivamente policial o reactiva, debe entenderse como una categoría constitucional estructural, indispensable para la efectividad real de los derechos fundamentales y, en particular, como condición de posibilidad de la dignidad humana (2024, 172-73). Esta visión ampliada incorpora dimensiones educativas, digitales y cibernéticas (2024, 183), lo que la convierte en un criterio clave para evaluar la integración ética de la inteligencia artificial en los entornos universitarios. Garantizar la seguridad en estos espacios implica generar condiciones institucionales que protejan la autonomía personal, el desarrollo crítico y el uso responsable de las tecnologías. La IA generativa, por tanto, no puede desligarse de los fines propios del Estado social y

democrático de Derecho, en el que el conocimiento debe estar siempre al servicio de la libertad, la igualdad y el pleno desarrollo de la personalidad.

En igual sentido, Castellanos destaca que el verdadero factor de exclusión asociado a la IA no reside únicamente en las tradicionales brechas de género, edad o clase, sino en una fractura epistemológica profunda entre los programadores expertos y el resto de la población, que desconoce los fundamentos del funcionamiento algorítmico de la IA (2025, 153). Incluso quienes participan activamente en su diseño pueden sentirse desbordados por su evolución autónoma, lo que revela una peligrosa desconexión entre la capacidad de generación de conocimiento por parte de estos sistemas y el control humano sobre ellos.

Más allá de los riesgos puramente académicos, Montero (2024, 61; 157) sostiene que el derecho a participar no debe entenderse exclusivamente en términos electorales, sino como un derecho humano transversal que garantiza el ejercicio de todos los demás, incluyendo el acceso a información veraz, la deliberación pública y la toma de decisiones fundamentadas. En su análisis, advierte que la inteligencia artificial, si no se regula adecuadamente, puede distorsionar el espacio democrático mediante la polarización, la desinformación y la creación de realidades paralelas (2024, 67; 162). No obstante, también reconoce su potencial para mejorar la calidad del debate y promover decisiones más informadas, siempre que esté al servicio de la ciudadanía y no como sustituto de su capacidad crítica. Esta visión invita a repensar el papel de la universidad como agente democrático, reforzando la alfabetización digital y la formación en pensamiento crítico como condiciones necesarias para una participación responsable y consciente en la era de la inteligencia artificial.

La CRUE advierte, en este sentido, del riesgo de que los estudiantes acepten sin filtro los resultados producidos por sistemas de IA generativa, ya que estos algoritmos no comprenden el significado de sus respuestas. Por ello, se subraya la necesidad de promover una alfabetización digital que no solo enseñe a usar la herramienta, sino que desarrolle capacidades críticas para interpretar, contrastar y corregir sus resultados (Cruz Agudo et al. 2024, 18).

Esta perspectiva refuerza la tesis central de la presente investigación, al evidenciar que no basta con garantizar el acceso material a las herramientas de IA generativa en el ámbito universitario; es necesario comprenderlas y dominarlas críticamente. De lo contrario, nos enfrentamos a una nueva y sutil forma de exclusión digital educativa, en la que el desconocimiento técnico se convierte en un nuevo umbral de marginalidad académica y social.

#### IV. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SU PROYECCIÓN DIGITAL

La Constitución Española (CE) en el artículo 27 consagra el derecho a la educación. Su estructura es, sin lugar a dudas, una de las más complejas de

nuestro texto constitucional y su desarrollo se ha visto reflejado en un conjunto de leyes orgánicas y ordinarias del Estado y de las Comunidades Autónomas puesto que se ha entendido que no coincide la referencia a las normas básicas para el desarrollo del artículo 27, derivado del contenido del artículo 149.1.30ª CE con la reserva del artículo 81 (STC 47/1990, de 20 de marzo 1990). Su elaboración fue de las más difíciles debido al momento de gran polarización ideológica y la disyuntiva entre la escuela pública y la privada.

Su naturaleza de derecho y libertad y su posición como derecho fundamental de carácter prestacional se concreta y precisa en la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica. No obstante, la gratuidad y, en cierta medida, la obligatoriedad se proyectan también sobre la enseñanza no obligatoria, con independencia de que esta no se imponga constitucionalmente (STC 236/2007, de 7 de noviembre 2007). En palabras del propio Tribunal:

“El contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir [FJ 8].”

“Es inequívoca la vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para establecer una sociedad democrática avanzada [FJ 8].”

Junto su naturaleza prestacional, es preciso señalar su carácter social, pues obliga a los poderes públicos a organizar, financiar y garantizar nuestro sistema educativo público, gratuito y de calidad para todos en línea con el contenido de los artículos 27.1 y 27.4 CE. Es por ello que este mandato no se limita a la mera inactividad del Estado, sino que implica un compromiso activo de crear las condiciones materiales: plazas, infraestructuras, docentes y culturales: pluralismo, innovación pedagógica que hagan efectivo el acceso y la permanencia en el sistema educativo, artículos 27.5 y 27.8 CE.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) ha sido decisiva a la hora de perfilar el contenido y alcance de este derecho.

De entre las muchas sentencias se podrían citar haremos referencia a la (STC 5/1981, de 13 de febrero 1981) que marcó el punto de partida al afirmar que el derecho a la educación no puede reducirse a una disponibilidad puramente formal de plazas o a la libertad de enseñanza en abstracto, sino que exige mínimos de calidad y acceso universal que el legislador deberá garantizar: la (STC 155/2015, de 9 de julio 2015) que analizó el acceso de los extranjeros a la educación postobligatoria en condiciones de igualdad; la

(STC 31/2018, de 10 de abril 2018) que abordó el debate sobre la educación diferenciada por sexos, su financiación pública y su compatibilidad con el derecho a la educación en igualdad.

A los efectos de la presente investigación resulta sumamente relevante hacer mención a la (STC 212/2005, de 21 de julio 2005) referida al establecimiento de becas y ayudas al estudio en los siguientes términos:

“Las becas se configuran como un elemento nuclear del sistema educativo dirigido a hacer efectivo el derecho a la educación (art. 27 CE), sistema que ha de tener especial significación cuando se trata de ayudas públicas a discapacitados, los cuales pueden precisar de especiales medidas de orden compensatorio [FJ 4].”

“La fijación del objeto de las ayudas y sus modalidades constituye el elemento esencial de la competencia básica del Estado, que puede determinar la finalidad y orientación de su política educativa en aras de la efectividad del art. 27 de la Constitución, y lo propio ocurre con los requisitos exigibles para su otorgamiento y con la cuantía de las diferentes líneas de ayuda (STC 188/2001) [FJ 9].”

“Las ayudas de educación especial, aun teniendo una orientación asistencial, se conectan con mayor intensidad con la materia educativa, en la medida en que apoyan el acceso a la educación especial de quienes precisan la misma para cursar con normalidad aquellos niveles educativos [FJ 5].”

En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional ha evolucionado marcando las obligaciones activas del Estado para garantizar el derecho a la educación en toda su amplitud, desde la enseñanza básica hasta la postobligatoria, obligando a crear plazas, establecer becas y ayudas, y asegurar la igualdad real entre quienes concurren al sistema.

Aunque todavía no ha emitido un pronunciamiento específico sobre la “exclusión digital educativa”, los principios de universalidad, no discriminación y adaptabilidad que subyacen al art. 27 CE permiten extender su exigencia prestacional al acceso y uso de las tecnologías digitales.

A continuación, pasamos a analizar cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros órganos supranacionales han reforzado esta visión activa mediante la exigencia de medidas positivas y la protección de la igualdad material en entornos educativos cada vez más digitalizados.

En este sentido, el TEDH en *D.H. y otros v. República Checa* (n.º 57325/00, 13 nov. (2007), declaró que la asignación masiva de alumnado romaní a centros de educación especial sin justificación objetiva constituía una “discriminación indirecta” prohibida por el artículo 14 CEDH en relación con el artículo 2 del Protocolo 1, pues, a pesar de ser neutrales en apariencia, las pruebas y criterios aplicados generaban de facto un modelo educativo segregador.

El TEDH subrayó así la obligación positiva de los Estados de adoptar medidas estructurales y correctoras que vayan más allá de la eliminación formal de normas discriminatorias, incluyendo también apoyos y ajustes razonables para asegurar la igualdad material en el acceso y permanencia en el sistema educativo. Este principio que resulta plenamente trasladable al ámbito de la exclusión digital educativa, donde la falta de conectividad o de recursos tecnológicos puede devenir en una barrera estructural tan grave como la segregación escolar.

En esta misma línea, en el caso *Çam c. Turquía* (n.º 51500/08, 23 de febrero de 2016), el Tribunal consideró que la negativa de un conservatorio a admitir a una joven ciega, pese a haber superado el examen de acceso, vulneró el artículo 14 en relación con el artículo 2 del Protocolo n.º 1. El fallo destacó que no se evaluaron en ningún momento sus necesidades específicas ni se ofrecieron medidas de adaptación, lo que supuso una discriminación por discapacidad. Esta resolución refuerza la idea de que el derecho a la educación obliga a los poderes públicos a adoptar medidas individualizadas y activas, incluso en los niveles superiores del sistema educativo. En el marco de nuestra investigación, esta doctrina resulta plenamente aplicable, ya que la ausencia de apoyos específicos puede constituir una barrera tan excluyente como la inaccesibilidad física.

Por su parte, en el caso *G.L. v. Italy* (n.º 59751/15, 10 sept. (2020), el Tribunal declaró la violación del artículo 14 en relación con el artículo 2 del Protocolo 1 al no proporcionarse apoyos especializados a una alumna con autismo. El fallo señaló que G.L. no pudo continuar su escolarización en condiciones equivalentes a las de los demás alumnos debido a la falta de asistencia especializada prevista por la legislación italiana, y subrayó que las restricciones presupuestarias no pueden justificar una medida que genere discriminación directa contra personas con discapacidad. Se reiteró que el margen de apreciación estatal en materia educativa no exime al Estado de garantizar adaptaciones razonables para asegurar la igualdad de oportunidades en la educación de alumnos con discapacidad.

En definitiva, tanto la evolución constitucional como la europea configuran el derecho a la educación no ya como un mero “derecho-libertad” de acceso formal, sino como un verdadero “derecho-prestación”, que exige a los poderes públicos no solo financiar plazas y becas, sino remover activamente todo obstáculo material que impida el ejercicio efectivo de la enseñanza en condiciones de igualdad real.

Desde esta óptica, la ausencia de recursos tecnológicos y/o la falta de competencias y habilidades digitales avanzadas, que permitan comprender su funcionamiento no pueden pasar inadvertidas y deben ser afrontadas de forma decidida por parte de los Poderes Públicos como lo que realmente representan, una novedosa manifestación de desigualdad estructural y, por

ende, un verdadero factor de exclusión educativa que vulnera tanto el artículo 27 CE como el artículo 2 del Protocolo n.º 1 del CEDH.

Estas premisas, junto con otras muchas que hemos analizado a lo largo de la presente investigación, constituyen una base sólida desde la que plantear conclusiones y formular propuestas de mejora orientadas a superar las insuficiencias detectadas en experiencias tecnológicas previas. Conscientes de que la tecnología, por sí sola, no garantiza el logro de los fines educativos, las medidas que seguidamente pasamos a desarrollar persiguen garantizar que la incorporación de la IA generativa contribuya efectivamente a reforzar el derecho a la educación en un entorno digital más inclusivo, crítico y accesible para todos y todas, y no se convierta en una nueva y peligrosa causa de exclusión.

## V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Desde la implantación de los primeros campus virtuales en el sistema universitario español en los años 2000-2001, hasta la actualidad, cada avance tecnológico en la educación superior ha generado una fuerte expectación, “hype” en la jerga tecnológica.

En este contexto, y según nuestro criterio como early adopters, la irrupción de la inteligencia artificial generativa (IA generativa) en el sistema universitario marca un punto de inflexión en la educación superior. Su justificación radica en el potencial transformador de estas tecnologías, comparable a hitos como la imprenta o Internet, capaz de democratizar el conocimiento y personalizar el aprendizaje a gran escala.

Sin embargo, su implementación conlleva el riesgo de profundizar la brecha digital educativa si no se actúa con visión inclusiva.

Por ello, el objetivo central del presente artículo de investigación ha sido analizar cómo implementar la IA generativa en el sistema universitario de forma que se minimice la exclusión digital en línea con lo propuesto por los Objetivos de Desarrollo Sostenible (especialmente el ODS 4 sobre educación de calidad y el ODS 10 sobre reducción de desigualdades).

A continuación se presentan una serie de propuestas a corto y medio plazo. Estas medidas, fundamentadas en nuestra experiencia y en los estudios realizados, reflejan una actitud propositiva y no deben entenderse como planteamientos cerrados, sino como aportaciones abiertas al diálogo y susceptibles de ser enriquecidas colectivamente

Con carácter previo es necesario señalar que las universidades públicas deben disponer de una financiación adecuada y suficiente para el cumplimiento de las funciones que les corresponden, garantizando así la calidad de la enseñanza, la investigación y el compromiso social que las caracteriza. Por ello proponemos la asignación de partidas específicas de los presupuestos

generales del estado, a nuestro criterio, y, teniendo en cuenta que países como Finlandia, Alemania, el Reino Unido y Francia se destinan porcentajes (OECD 2024, 252-72) que oscilan entre el 1% y el 2% del presupuesto de educación superior a iniciativas de transformación digital, debería oscilar entre el 0,77% y el 2,47% del presupuesto actual destinado a la educación superior y, en caso de ser necesario, complementado, con fondos europeos.

### *Acciones a corto plazo (próximos 1-2 años)*

Las universidades deben centrar sus esfuerzos en diagnosticar y establecer las bases de una integración inclusiva de la IA generativa. Para ello, es prioritario realizar una evaluación integral de las competencias digitales tanto del alumnado como del profesorado, identificando brechas de formación y necesidades específicas.

Con ese diagnóstico, se podrán implementar los oportunos programas de capacitación que doten al profesorado y estudiantes de habilidades para usar la IA generativa de forma ética y efectiva. Entre otras, la destaca la necesidad de diseñar una estrategia nacional para guiar al profesorado y alumnado en la elección de las plataformas de IA generativa más convenientes para cada tarea dentro de la gran oferta disponible; entre otras: ChatGPT, en sus distintas versiones, Claude, Perplexity, Gemini, Copilot, Mistral, You.com, Jasper, Replika, Groq, Poe, Notion AI, Cohere, LLaMA, Hugging Face Transformers, Reka, Open Assistant, Tabnine. Su número y diversidad técnica pueden dificultar la elección más adecuada para cada contexto académico, generando más desinformación que conocimiento y, por ende, entorpeciendo los procesos de aprendizaje. A ello debe sumarse la formación experta en el manejo de dichas plataformas que incluya el diseño de “prompts” adecuados, la verificación crítica de la información generada, la protección de datos personales y manejo de sesgos algorítmicos. A estos efectos, resulta sumamente importante tener presente que la IA generativa, a día de hoy, no tiene en cuenta nuestro contexto ni nuestra experiencia humana. Por ello, puede llegar a aplicar el sentido literal de nuestras palabras y ofrecer las mejores propuestas aplicando únicamente criterios estadísticos y datos formales.

De igual forma, resulta urgente aplicar esta tecnología para liberar al profesorado, al personal de administración y servicios y al alumnado de cargas administrativas redundantes y obsoletas. Entre ellas, la necesidad de presentar documentación que ya consta en las bases de datos de la administración; la generación de solicitudes y currículos que deben subirse a múltiples plataformas o la recopilación, anonimización y publicación de fechas de defensa de los TFG. En este sentido, se propone la automatización del 25% de los procesos de gestión en base a indicadores fácilmente medibles con los que

realizar estudios sobre el número de incidencias resueltas antes y después de aplicar la IA generativa, con el fin de, con datos objetivos, evaluar su tasa de eficiencia. De igual forma, automatizar, mediante estándares interoperables a nivel de la Unión Europea, estos flujos de trabajo no solo aumentaría la eficiencia de nuestras instituciones, sino que permitiría al profesorado centrar sus esfuerzos en la investigación y en la formación crítica del alumnado.

Paralelamente, es indispensable crear comisiones específicas en cada Facultad enfocadas a la IA generativa y a la seguridad digital. Estas comisiones deben involucrar a expertos de diferentes áreas. Sus documentos de trabajo deben asesorar sobre buenas prácticas, evaluar los académicos, como la dependencia excesiva de herramientas generativas, y proponer directrices de actuación al menos una vez por semestre dada la rapidez de los avances tecnológicos.

Por otro lado se propone la introducción de metodologías activas de enseñanza que fomenten el pensamiento crítico frente a la automatización, integrando técnicas innovadoras como mapas visuales, al estilo del modelo japonés, y aprendizaje basado en proyectos, de modo que el estudiante participe activamente en su proceso formativo.

La falta de medios, principalmente económicos, no debe ser un impedimento por lo que es imprescindible garantizar que nadie quede excluido. Por ello, las instituciones, apoyadas por programas nacionales, deben facilitar el acceso equitativo a herramientas tecnológicas, bien mediante la dotación de dispositivos (tablets de tinta electrónica) a la vez que habilitar espacios y licencias de software accesibles a todo el alumnado.

De igual forma, se debe prestar una especial vigilancia para corregir cualquier conducta excluyente: desde actitudes que estigmaticen a quienes tienen menos destreza digital hasta prácticas docentes que penalicen injustamente a quienes no pueden utilizar herramientas de inteligencia artificial, ya sea por falta de acceso o formación.

Por ello, resulta urgente poner en marcha planes piloto aplicados a asignaturas específicas, entre el 10% y el 20%, mediante experiencias controladas que permitan comparar el rendimiento y la evolución de competencias entre estudiantes que emplean activamente la IA generativa en sus tareas académicas y aquellos que no lo hacen. Estos planes piloto proporcionarán datos empíricos valiosos para comprender el impacto real de la IA generativa en el aprendizaje, buenas prácticas e identificar con antelación posibles efectos adversos.

De igual forma, se deberían tener en cuenta el número de publicaciones que utilizan la IA generativa y observar si se produce o no un aumento anual; el número de proyectos de investigación financiados que emplean la IA generativa; las colaboraciones entre grupos de investigación o universidades que incorporan estas tecnologías como núcleo central del proyecto. Con ello, se

propone crear un registro público de estas iniciativas y velar por la transparencia de sus resultados, facilitando el acceso a los datos y su análisis.

Además, desde la universidad puede impulsarse un debate académico y social sobre la edad mínima para el uso autónomo de herramientas de IA generativa, promoviendo medidas de protección para los menores. En esta línea, se propone prohibir el uso libre y sin supervisión de IA generativa en el aula antes de los 16 años. No obstante, ello no implica una exclusión total, sino el establecimiento de un modelo educativo (IAg\_E) basado en versiones adaptadas al entorno escolar, supervisadas por el profesorado y orientada a fines pedagógicos concretos. Con ello se pretende evitar que una adopción temprana, sin criterios ni acompañamiento, genere dependencia tecnológica o amplíe brechas de aprendizaje, sentando así las bases para un uso más crítico y maduro en la enseñanza superior.

En este contexto, se propone la creación de un sello educativo IA, concebido como un distintivo europeo que acredite que una determinada herramienta tecnológica cumple con los necesarios estándares éticos, pedagógicos y de accesibilidad requeridos.

En esta línea, la UNED está marcando el camino como modelo de referencia, integrando la inteligencia artificial generativa en sus guías docentes, diseñando herramientas prácticas para su implementación en la enseñanza y apostando por la formación continua de su profesorado. Proyectos como Edubots, Verificatio, y la inclusión activa de la IA en plataformas de aprendizaje evidencian una visión estratégica que conjuga innovación con accesibilidad, convirtiendo a esta universidad en una verdadera punta de lanza en la transformación digital educativa. Su enfoque no solo se orienta al entorno académico tradicional, sino que también incluye programas pioneros como Redprendiendo en tu pueblo, que impulsan la inclusión digital en zonas rurales y refuerzan el papel social de la universidad pública a distancia.

### *Acciones a medio plazo (próximos 3-4 años)*

Una vez se superada la fase inicial y con la experiencia acumulada será necesario acometer importantes reformas estructurales y proyectos de mayor calado.

De entre ellos destacamos la creación de Campus Virtuales Europeos. Esto implicaría desarrollar plataformas de aprendizaje europeas con servidores ubicados en la UE y con un diseño alineado con nuestros principios éticos y jurídicos: privacidad, accesibilidad y seguridad, eliminando la dependencia de soluciones de terceros países y asegurando una soberanía digital educativa.

Estos campus permitirían compartir recursos entre universidades de distintos países, facilitando la movilidad virtual de estudiantes y docentes, y estableciendo estándares comunes inclusivos.

La mera creación de campus virtuales no garantiza por sí sola el éxito educativo. Buena prueba de ello son muchos de los actuales entornos universitarios en línea, que se limitan a funcionar como simples repositorios digitales, donde se suben diapositivas y se recogen trabajos del alumnado, sin un aprovechamiento real de su potencial.

Para diseñar estos campus, debemos partir de la experiencia, no siempre positiva, de los campus virtuales de los años 2000-2001.

A este respecto, un primer paso, será la modernización de las infraestructuras universitarias. Resulta urgente que, especialmente desde las Universidades Públicas, se destinen los recursos necesarios para garantizar una conectividad de alta velocidad y calidad en todos los campus. Asimismo, es fundamental adaptar las aulas a las nuevas necesidades tecnológicas, incorporando elementos como tomas de corriente suficientes y sistemas que permitan proyectar en pantallas integradas lo que cada estudiante visualiza en su dispositivo y contar con aulas inteligentes. Estas inversiones no solo mejorarán la calidad de la enseñanza, sino que reducirán diferencias entre instituciones mejor posicionadas tecnológicamente y aquellas con carencias, evitando una brecha digital interuniversitaria.

Para que los campus virtuales resulten verdaderamente atractivos para el estudiantado, es fundamental que incorporen actividades interuniversitarias y espacios comunes que fomenten la participación. Estos entornos deben permitir la asistencia virtual a conferencias, seminarios y charlas, así como ofrecer puntos de encuentro que favorezcan el intercambio académico y sirvan de apoyo a programas de movilidad nacional e internacional.

Basándonos en nuestra experiencia, podemos afirmar que uno de los principales problemas de este tipo de campus es el alto interés inicial que despiertan entre el alumnado, lo cual genera una sobrecarga para el profesorado, que no siempre puede responder con la rapidez necesaria a todas las solicitudes. Esta demora en la atención provoca que muchos estudiantes abandonen el uso del campus.

Para evitar este efecto de desmotivación, se propone la incorporación progresiva de agentes de inteligencia artificial como tutores adaptativos y asistentes educativos, que complementen la labor docente y mejoren la experiencia universitaria a través de una atención más ágil y personalizada.

Una de las grandes ventajas de los campus virtuales es su capacidad para integrar a personas mayores, desempleadas y otros grupos vulnerables, facilitando su acceso al aprendizaje continuo. Programas como la Universidad para Mayores como la Cátedra Intergeneracional “Profesor Francisco Santisteban en el caso de la Universidad de Córdoba, podrían beneficiarse especialmente de estos recursos, contribuyendo así a cerrar la brecha digital generacional y ofreciendo a los mayores oportunidades reales de actualización y participación activa en la sociedad del conocimiento.

En el terreno normativo, la Unión Europea debería contar con un Reglamento específico sobre el uso de la inteligencia artificial generativa en el ámbito docente. Un marco jurídico común aportaría seguridad jurídica a las universidades, al establecer con claridad tanto los usos aceptables como los riesgos asociados, especialmente en lo relativo a la protección de la privacidad, el tratamiento de datos personales, la equidad en el acceso y la transparencia en los procesos de evaluación.

De igual forma, el reglamento debería establecer límites explícitos a la delegación de funciones educativas en sistemas de inteligencia artificial, definiendo con claridad qué tareas pueden ser automatizadas sin menoscabo de los principios pedagógicos, éticos y jurídicos que rigen la actividad docente. En este sentido, resulta pertinente avanzar hacia la adopción de una carta de principios o “Leyes de la Inteligencia Artificial Educativa”, inspirada en el modelo propuesto por Isaac Asimov, que delimite con claridad el papel subsidiario de estas tecnologías en el proceso formativo.

Una formulación normativa podría adoptar la siguiente redacción:

*“Toda inteligencia artificial educativa deberá actuar siempre en favor del ejercicio universal, equitativo y libre del derecho a la educación, garantizando que ninguna persona ni comunidad sea excluida del acceso, uso y beneficio del conocimiento por razones tecnológicas, socioeconómicas o culturales; en su funcionamiento, no deberá dañar el proceso formativo humano ni, por inacción, permitir que dicho proceso se vea limitado, desfigurado o controlado, y deberá obedecer las decisiones pedagógicas legítimas, siempre que ello no contravenga la equidad, la integridad del aprendizaje ni los principios de justicia social educativa.”*

A nuestro criterio, la cuestión no radica en el desarrollo exponencial que estas tecnologías previsiblemente experimentarán al combinarse con la computación cuántica. En ese momento, o quizás antes, si tenemos en cuenta la labor propagandística promovida por las grandes corporaciones durante el mandato de Donald Trump, ni en el debate sobre si serán capaces de replicar, o incluso superar, ciertas habilidades humanas. El verdadero reto no radica en que las máquinas lleguen a pensar como nosotros, sino en que nosotros dejemos de hacerlo de forma crítica. Por ello la formulación normativa que aquí se propone no debe interpretarse como una mera declaración de intenciones, sino como una exigencia jurídico-educativa dirigida a preservar nuestra autonomía intelectual en un contexto de crecimiento exponencial de los procesos de automatización, donde, a diferencia de otros avances históricos como la imprenta o internet, no dispondremos del tiempo necesario para una integración pausada y reflexiva.

Por último y no menos importante, no debe olvidarse la relación entre la Universidad y la empresa. La actualización de los planes de estudio, especialmente en el caso de las universidades públicas, debe abordarse de forma

dinámica, reduciendo la carga burocrática y fomentando un diálogo constante con el entorno empresarial. Esto permitirá incorporar con agilidad competencias digitales emergentes y responder a las transformaciones del mercado laboral.

A través de convenios, programas de prácticas, hackathons y laboratorios de innovación conjunta se debe consolidar un ecosistema universidad-empresa que contribuya a reducir la exclusión digital en el acceso al empleo y garantice una formación superior en consonancia con las exigencias del tejido empresarial.

### *A modo de síntesis*

La integración de la IA generativa en la educación superior no es simplemente una tendencia tecnológica, sino un compromiso de toda la sociedad. Como hemos visto a lo largo de los años todos los avances tecnológicos han supuesto una cierta democratización del derecho a la educación. Sin embargo, todos estos esfuerzos pueden volverse inútiles y dependen de cómo actuemos hoy para que esta revolución se traduzca en progreso colectivo y no en una nueva forma de desigualdad, lo que hemos venido a llamar: “Exclusión Digital Educativa”.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### *Doctrina*

- Agudo Zamora, Miguel. 2024. «La seguridad en el constitucionalismo actual: condición de posibilidad de la dignidad humana». *Estudios de Deusto* 72 (1): 167-98.
- Álvarez Robles, Tamara. 2022. «Las garantías de los derechos fundamentales en y desde la red: El contexto español». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 11 (1): 5-40.
- Castellanos Claramunt, Jorge. 2025. *DemocraciaIA: un análisis en clave constitucional*. Madrid: Dykinson.153
- Collins, Randall. 1989. *La sociedad credencialista: sociología histórica de la educación y de la estratificación*. Traducido por Ricardo FEITO. Torrejón de Ardoz, Madrid: Akal.
- Cordón García, Oscar. 2023. «Inteligencia Artificial en Educación Superior: Oportunidades y Riesgos». *Revista Interuniversitaria de Investigación en Tecnología Educativa*, diciembre, 16-27.
- Cotino Hueso, Lorenzo. 2012. *El derecho a la educación como derecho fundamental: especial atención a su dimensión social prestacional*. Cuadernos y Debates 221. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cruz Agudo, Francisco; García Varea, Ismael; Martínez Carrasca, Juan A.; Ruiz Martínez, Antonio; Ruiz Martínez, Pedro M.; Sánchez Campos, Alberto y Turró Ribalta, Carlos. 2024. «La Inteligencia Artificial Generativa en la Docencia Uni-

- versitaria. Oportunidades, desafíos y recomendaciones». Digitalización. CRUE. [https://www.crue.org/wp-content/uploads/2024/03/Crue-Digitalizacion\\_IA-Generativa.pdf](https://www.crue.org/wp-content/uploads/2024/03/Crue-Digitalizacion_IA-Generativa.pdf).
- Gallego Rodríguez, Pablo. 2010. E-learning y derecho. Madrid. Reus.
- Gamboa Cruzado, Javier Arturo. 2024. Obtén el máximo rendimiento a la Inteligencia Artificial Generativa. RA-MA S.A. Editorial y Publicaciones. <https://biblio.cydigital.es/info/chatgpt-obten-el-maximo-rendimiento-a-la-inteligencia-artificial-generativa-01654469>.
- George, Andrew R. 2005. «In search of the é.dub.ba.a: The ancient Mesopotamian school in literature and reality» en Sefati, Y, (ed.), “An Experienced Scribe who Neglects Nothing”. Ancient Near Eastern Studies in Honor of Jacob Klein. Bethesda, Md: CDL Press, pp. 127-137.
- Hyunjin, Seo; Blomberg, Matthew; Altschwager, Darcey y VU, Hong Tiene. 2021. «Vulnerable Populations and Misinformation: A Mixed-Methods Approach to Underserved Older Adults’ Online Information Assessment». *New Media & Society* 23 (7): 2012-33.
- Marchena Gómez, Manuel. 2022. «Inteligencia Artificial y Jurisdicción Penal». Real Academia de Doctores de España (Gráfica Apiel SL).
- Milione, Ciro. 2021. «El derecho a la educación como fundamento de la democracia y premisa para el libre desarrollo de la personalidad.» *Revista de educación y derecho = Education and law review*, n.o 24 (Relaciones contractuales en la era Digital), 7.
- Milione, Ciro. 2023. «Educar es creer en la persona. Reflexiones en torno al derecho a la educación.» *DOCENCIA Y DERECHO*, n.o 17 (noviembre), 3-18.
- Montero Caro, María Dolores. 2024. «The human right to participate and its connection to artificial intelligence». *Deusto Journal of Human Rights*, n.o 14 (diciembre), 155-72.
- Navarro-Dolmestch, Roberto. 2023. «Descripción de los riesgos y desafíos para la integridad académica de aplicaciones generativas de inteligencia artificial». *Derecho PUCP*, n.o 91 (noviembre), 231-70.
- Pérez-Ugena, María. 2024. «La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales». *Estudios de Deusto* 72 (1): 307-37.
- Rodríguez Pontón, Francesc y Magaldi, Nuria. 2025. «De la procura existencial al acceso digital equitativo a los servicios públicos». En *El Estado Social Digital. Poderes públicos digitalizados, inteligencia artificial y derechos*. en prensa.
- Yoshua, Bengio, Lequesne, Caroline, Loiseau, Hugo, Maclure, Jocelyn, Powell, Juliette, Solomun, Sonja y Langlois, Lyse. 2024. «Interdisciplinary Dialogues: The Major Risks of Generative AI». *Observatoire international sur les impacts sociétaux de l’intelligence artificielle et du numérique*.

### *Jurisprudencia*

- STC 5/1981, de 13 de febrero. 1981. Tribunal Constitucional de España. ECLI:ES:TC:1981:5.
- STC 31/2018, de 10 de abril. 2018. Tribunal Constitucional de España. ECLI:ES:TC:2018:31.

- STC 47/1990, de 20 de marzo. 1990. Tribunal Constitucional de España. ECLI:ES:TC:1990:47.
- STC 155/2015, de 9 de julio. 2015. Tribunal Constitucional de España. ECLI:ES:TC:2015:155.
- STC 212/2005, de 21 de julio. 2005. Tribunal Constitucional de España. ECLI:ES:TC:2005:212.
- STC 236/2007, de 7 de noviembre. 2007. Tribunal Constitucional de España. ECLI:ES:TC:2007:236.
- STS de 16 de mayo de 1990 –RJ 1990/4114–. 1990. Tribunal Supremo.
- TEDH, sentencia de 13 de noviembre de 2007, caso D.H. y otros c. República Checa, demanda n.º 57325/00 [Gran Sala], ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500.
- TEDH, sentencia de 23 de febrero de 2016, caso Çam c. Turquía, demanda n.º 51500/08 [Sección Segunda], ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD00515008.
- TEDH, sentencia de 10 de septiembre de 2020, caso G.L. v. Italy, demanda n.º 59751/15 [Sección Primera], ECLI:CE:ECHR:2020:0910JUD005975115.

### *Informes y Documentos Institucionales*

#### UNESCO / Naciones Unidas

- Banco Mundial. 2025. “Tasa de alfabetización, total jóvenes (15-24 años)”. <https://data.worldbank.org>
- UNESCO. 2015. Informe de Seguimiento de la EPT en el Mundo 2015: La educación para todos 2000-2015: logros y desafíos.
- UNESCO. 2022. Informe de seguimiento de la educación en el mundo. Informe sobre género: profundizar en el debate sobre quienes todavía están rezagados.
- UNESCO. 2025. La inteligencia artificial en la educación. <https://www.unesco.org/es/digital-education/artificial-intelligence>.
- UNESCO. 2025. 244 millones de niños y niñas no empezarán el nuevo año escolar. <https://www.unesco.org/es/articulos/244-millones-de-ninos-y-ninas-no-empezaran-el-nuevo-ano-escolar-unesco>.
- Naciones Unidas. 1960. Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. <https://www.boe.es/boe/dias/1969/11/01/pdfs/A17070-17072.pdf>.
- Naciones Unidas. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- Asamblea General de la ONU. 2015. Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1976. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/cesr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/cesr_SP.pdf).

#### Comisión Europea / OCDE

- Comisión Europea. 2025. Plan de Acción: Continente de IA. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_25\\_1013](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1013).

Comisión Europea. 2025. A Pioneering AI Project Awarded for Opening Large Language Models to European Languages. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/pioneering-ai-project-awarded-opening-large-language-models-european-languages>.

OECD. 2024. Education at a Glance 2024: OECD Indicators. OCDE.

## CRUE (Conferencia de Rectores de Universidades Españolas)

CRUE. 1997. Conclusiones Generales de las I Jornadas de Tecnologías de la Información y Comunicaciones en las Universidades Españolas.

Grupo de Trabajo de Nuevas Tecnologías de la CRUE. 1997. Las tecnologías de la Información y las Comunicaciones en las Universidades Españolas.

## Ministerio de Educación de España

Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes. 2023. Estadística del Gasto Público en Educación. Resultados provisionales. <https://www.educacionfpydeportes.gob.es/dam/jcr:215bcd48-ec6f-48bd-8fb3-49968c2897a9/notagasto23.pdf>.

## Tratados y Legislación Española

Ley de Instrucción Pública. 1857. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1857/1710/A00001-00003.pdf>.

Ley General de Educación. 1970. <https://www.boe.es/boe/dias/1970/08/06/pdfs/A12525-12546.pdf>.

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2006/05/03/2/con>.

Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc_SP.pdf).

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2006. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1979. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw_SP.pdf).

## Otros recursos estadísticos o de interés

«World University Rankings». 2024. Times Higher Education. <https://www.times-highereducation.com/world-university-rankings/latest/world-ranking>.

«Out of School – GEM Report VIEW». 2025. <https://education-estimates.org/out-of-school/>.

Reuters. 2023. “ChatGPT sets record for fastest-growing user base”. <https://www.reuters.com/technology/chatgpt-sets-record-fastest-growing-user-base-analyst-note-2023-02-01/>.

# LA OPERATIVIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA A LAS RESOLUCIONES JUDICIALES<sup>1</sup>

## *The action of artificial intelligence applied to judicial resolutions*

M. Isabel Garrido Gómez  
Catedrática de Filosofía del Derecho  
Universidad de Alcalá, España  
<https://orcid.org/0000-0002-0216-1874>

<https://doi.org/10.18543/ed.3330>

Fecha de recepción: 08.01.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

### **Resumen**

La información posee un gran valor en la actualidad, esta se ha revalorizado en gran parte debido a que en toda acción jurídica se desenvuelve un proceso informativo desconocido hasta ahora. Lo que hace que la comunicación relativa a los instrumentos de producción y difusión normativa sea el punto central en el que nos tenemos que fijar. Dentro de este marco, la inteligencia artificial y su utilización por los operadores jurídicos ha modificado la estructura del Derecho y los estándares clásicos. En concreto, ha planteado encendidos debates entre sus detractores y defensores, quedando claro que se han de fijar unos límites de lo que puede llegar a hacer dicha inteligencia artificial y lo que está reservado a lo humano. En medio de este contexto, se aprecia que la informática y la lógica jurídicas llevan a cabo un importante papel instrumental, y ello hace que no se deban obviar bajo ninguna

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado dentro del marco del proyecto “La transformación digital de los servicios bancarios y financieros: nuevos retos normativos y modelos de negocio” (PID2021-127594OB-I00), Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

circunstancia. Finalmente, se llega a la conclusión de que necesitamos jueces que se encarguen de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, debiendo ser, a su vez, técnicos que reúnan una buena formación teórica y cualidades que mantengan un equilibrio entre autoridad y comprensión.

### ***Palabras clave***

Inteligencia artificial; Informática jurídica; Lógica jurídica; resoluciones judiciales.

### ***Summary***

Information is currently a highly valuable commodity, its value has increased largely due to the fact that in every field of legal activity information processes are now unfolding at hitherto unrecognisable levels. This means that the central point on which we should be focusing are those communications related to the instruments of normative production and dissemination. Within this framework, artificial intelligence, and its use by legal operators has modified the structure of law and classical standards. Specifically, it has provoked heated debates between its detractors and defenders, making it clear that limits must be set on what said artificial intelligence can be allowed to do and what should be reserved for human activity. Within this context, it can be seen that legal IT and legal logic play an important instrumental role, meaning that they should not be ignored under any circumstances. Finally, the conclusion is reached that we require judges who are in charge of judging and enforcing what has been judged, and who must, in turn, be experts with a good theoretical background and qualities allowing them to keep the balance between authority and understanding.

### ***Keywords***

Artificial intelligence, legal IT, legal logic, judicial resolutions, human reserve.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN Y LA APORTACIÓN DE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA. II. CONSIDERACIONES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA EN LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA PRÁCTICA JURÍDICA. III. EL PAPEL DE LA INFORMÁTICA Y LA LÓGICA JURÍDICA. 1. La Informática jurídica. 2. La Lógica jurídica. IV. ALGUNOS PROBLEMAS QUE HAY QUE SUPERAR Y POSIBLES PROPUESTAS DE SOLUCIÓN. 1. Casos difíciles. 2. La ponderación judicial. 3. Los sesgos y otras cuestiones. V. LA IMPORTANCIA DE LA ÉTICA Y LA RESERVA DE LO HUMANO. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN Y LA APORTACIÓN DE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA

La realidad ha cambiado en la actualidad y ha roto la conexión con los rasgos clásicos mantenidos a través de modelos en los que la información es un referente. El mundo ha transformado los contenidos informativos y los medios gracias a los cuales se produce la transmisión<sup>2</sup>. Así, las nuevas tecnologías han cambiado las relaciones humanas, y dentro de los Estados sociales y democráticos de Derecho se necesitan informaciones que garanticen el equilibrio de poderes para que podamos llegar a hablar de un funcionamiento democrático correcto que sirva de vínculo entre ciudadanos libres e iguales (Pérez Luño 2004: 650).

Estimada la información desde un enfoque socioeconómico, apreciamos el incremento cultural, cómo ha aumentado el espacio informativo, la participación en las decisiones dentro del ámbito público, la tendencia hacia la realización de una descentralización en distintas áreas con datos específicos, etc., en toda acción jurídica se observa un proceso informativo desconocido hasta el momento, que trae nuevos retos y problemas. Si bien también aporta aspectos positivos que hay que valorar.

La comunicación relativa a los instrumentos empleados de producción y difusión normativa es el punto central en el que tenemos que centrar la atención, pero las acciones jurídicas derivadas del cumplimiento de los imperativos contenidos en el Derecho habrían de separarse de las estructuras que sirven de vía comunicativa de hechos jurídicos y premisas normativas (Krawietz 1998: 123 y ss.). Desde este punto de vista, se ha de observar el control de los riesgos surgidos en las sociedades contemporáneas, en los ámbitos público y privado.

---

<sup>2</sup> Propiamente, deberíamos hablar de sistemas o tecnologías de la información. Brauner, J. y Bickmann, R. (1996). *La sociedad multimedia. Las futuras aplicaciones del audio-video, la informática y las telecomunicaciones* (trad. de N. Machain). Barcelona: Gedisa.

Pues bien, si pasamos a analizar la actividad judicial, se advierte que los juicios de valor trabajan a la hora de aplicar el Derecho en la medida en que algunas normas que, conforme a los criterios del sistema de fuentes no serían identificables como parte del Derecho, puedan ser aplicadas; y, contrariamente, se pueden dar casos en los que normas identificadas como Derecho resultan ser inaplicables (Rodenas 2012: 17)<sup>3</sup>.

En sí, la resolución se ha de deducir de las normas vigentes y de los hechos. No obstante, nos podemos encontrar ante la posibilidad de producción judicial de normas generales, teniendo en cuenta diversas normas y elaborando un enunciado. Ahora bien, en este supuesto la duda es si serían parte del ordenamiento jurídico, empleando la respuesta negativa los argumentos de la aplicación y la no-incrustación. Aquí, el primero se remite a que los jueces poseen la competencia aplicativa de normas previas; y el segundo se comprende vinculado a los precedentes judiciales, manteniendo que, aun aceptando que los jueces crean normas, estas no son válidas al faltar la pertenencia (Peces-Barba, Fernández y Asís 2000: 214 y ss.)<sup>4</sup>. De la exposición se infiere que la sentencia tiene, con preeminencia, el rango de una norma que desarrolla el ordenamiento jurídico (Ganuzas 2000: 213 y ss.; Peces-Barba 1983: 20).

Consecuentemente, si el nuevo límite de la tecnología es proyectar y crear máquinas que dejen paso al aprendizaje, razonamiento y elección de opciones sin intervención humana, los juristas serán responsables de indicar las reglas lógicas sobre las que la inteligencia artificial deberá pensar, para más tarde juzgar oportunamente (Errera 2020: 38). Pues bien, la inteligencia artificial ha logrado poseer un gran interés social, institucional y doctrinal. Tal atracción previene en muchos casos de manera positiva frente a los efectos constatados, y ayuda a diseñar formas de mejorar y superar obstáculos. Hablamos de una noción que a todas luces resulta inclusiva y se conforma por principios jurídicos consolidados en nuestros sistemas políticos (Martínez García 2020: 40).

Dada esta situación, el objetivo que pretendemos es detectar los problemas en los que la inteligencia artificial aplicada a las resoluciones judiciales puede conllevar, presentando posibles soluciones. A la par que reflexionar sobre las conexiones y aportaciones de la Informática y la Lógica jurídicas. Y es que los beneficios que posee la inteligencia artificial son muy grandes y

---

<sup>3</sup> Véase también García Figueroa, A. (1999). “Palabras, palabras, palabras: de lo que el Derecho dice a los jueces”. *Jueces para la democracia*, 36, 58-66.

<sup>4</sup> Véase también Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1991). “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 325 y ss.; Asís, R. de (1998). *Sobre el razonamiento judicial*. Madrid: McGraw Hill.

no ofrecen duda, si bien los riesgos sistémicos que encierran precisan atinadas respuestas políticas y legales. La evolución del conocimiento que ha sufrido el hombre sobre la innovación tecnológica se ha visto acrecentada gracias a la transformación digital y la gran cantidad de ayudas recibidas para ello; lo que es más complejo es el vínculo entre la decisión humana y los resultados de la aplicación de la inteligencia artificial (Solar 2018: 101).

La información y el proceso comunicativo hacen que surja una técnica que fije y difunda mensajes por los que la sociedad participa en los distintos campos de la vida colectiva (Garrido 1994: 149-150). De esta manera apreciamos que en el proceso globalizador emerge la sociedad red, constituida por la revolución tecnológica de la información dentro de la cual se reorganiza el capitalismo. Llegados a este nivel, las nuevas tecnologías han modificado las relaciones humanas, han marcado un antes y un después sin marcha atrás. Las funciones que desempeña la información socioeconómicamente, el notable aumento del nivel cultural con la reducción de analfabetismo, el incremento del deseo de participar en las decisiones públicas, en toda acción jurídica manifiestan que estamos dentro de un proceso informativo desconocido por sus signos y fines. La sociedad red indicada redefine los conceptos de “autoridad”, “poder”, “identidad”, “ciudadanía”, “participación” o “propiedad”, por lo que las formas de actuación son muy distintas a las hasta ahora conocidas (Castells 2005: 23; 2004: 3-45).

Desde que en la última parte de los años cuarenta nacieran las tesis sobre la computación legal, y desde que en los setenta surgieran las propuestas sobre los sistemas legales expertos, la tecnología informática se ha usado con la finalidad de tratar la información legal (Cárcar 2019: 266). En cuanto a la inteligencia artificial, la situamos en el contexto del año 1955 en el marco de un congreso en la ciudad de Los Ángeles. Dentro de este marco, McCarthy introdujo la nomenclatura de *inteligencia artificial* en 1956, refiriéndose a máquinas calificadas como inteligentes, interactuantes con las personas (Cortina 2019: 382).

Hoy, esta clase de inteligencia dentro de la práctica jurídica ha cambiado estructuralmente el mercado de servicios del Derecho. Ello se combina con un peligro al actuar la inteligencia artificial jurídica, en concreto en referencia a las aplicaciones que emplean datos sobre la actuación de los profesionales, vinculándose con la protección de datos personales y su ulterior comercialización (Solar 2018: 90-91).

La aplicación de las herramientas de *big data* (como conjunto de información acumulado mediante varias fuentes de datos que, posteriormente, serán objeto de análisis por la inteligencia artificial), el procesamiento del lenguaje natural y el aprendizaje automático a la actividad jurídica está materializando cambios en la forma en que trabajan las profesiones jurídicas, la forma de prestar los servicios y los caminos por los que la ciudadanía puede acceder a

ellos, al igual que la deontología profesional que tiene que producir nuevos principios y criterios para su elaboración. En consecuencia, esta realidad exige una nueva cultura, combinándose los intereses y perspectivas de los juristas con los de los consultores tecnológicos, y compartiendo espacios porque no es dable la actuación de unos sin los otros. Esto hará que se transformen muchas pautas normativas que antes estaban vigentes y ahora son caducas e improductivas (Solar 2018: 90-91).

Por consiguiente, hay que poseer previamente un criterio de lo que es el Derecho para acotarlo bien y no crear confusión con otras esferas normativas. En esta línea, las TIC son un instrumento muy valioso para aportar una visualización clara del panorama, siendo relevante realizar un estudio adecuado de los conceptos jurídicos fundamentales y los problemas que afectan a la técnica jurídica en sentido amplio. Esencialmente, se deben aportar conocimientos que den cuenta de las distintas ramas del Derecho, otorgando un saber provisional convertible en concluyente desde que se aprehendan nociones generales plenas de contenido (Das 2019: 97-101; Pacheco 2021: 3-14).

## II. CONSIDERACIONES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA EN LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA PRÁCTICA JURÍDICA

De lo visto hasta ahora apreciamos que la práctica jurídica está transformándose, al ser los avances tecnológicos los que aportan nuevos métodos de búsqueda documental, gestión y redacción de documentos (Anzalone 2019: 100). Si hablamos de la aplicación de la inteligencia artificial a la práctica jurídica, puede afirmarse que “por escala e impacto en los costes, la revisión asistida por tecnología representa la historia del éxito del aprendizaje automático en el Derecho”. En ese sentido, la codificación predictiva posibilita revisar información sobre un tema que hay que regular o resolver, e identifica la documentación relevante con el fin de determinar los hechos del proceso con agilidad.

La inteligencia artificial en la averiguación procesal ha estado conectada con las exigencias del *discovery* anglosajón, lo que es extensible a los profesionales del Derecho de nuestro país. Ello ocurre, fundamentalmente, porque la codificación predictiva constituye en sí una tecnología de búsqueda, revisión y especificación de algo más global que un ordenamiento jurídico. Además, la interacción experto-algoritmo en relación con la codificación predictiva está examinándose en otras órbitas prácticas. Se está intentando aplicar las herramientas de codificación predictiva sobre lo que respecta al análisis del Derecho en su manifestación normativa. Y, en la gestión interna de los despachos, cada vez aumentan más los que la utilizan como

instrumento básico para obtener información y sostener la adopción de decisiones (Solar 2018: 100-101).

En el sentido de la actuación metodológica, las nuevas tecnologías dejan abierta la posibilidad de aumentar y desarrollar las fuentes de conocimiento e informativas, de lo que se ha inferido que el concepto de información se haya adaptado al cambio de los tiempos y sus necesidades, generando una concepción de la inteligencia en la que pugnan lo artificial y lo natural, debatiéndose la idiosincrasia de cada uno de los casos con sus diversas circunstancias, ya que no hay dos casos idénticos, y apareciendo nuevas modalidades de solución (Guibourg, Alende, Campanella 1996: 294).

Consiguientemente, se ha de configurar una metodología integradora. No obstante, el método ha de ser validado en lo concerniente a la validez de las conceptualizaciones, y a la validez interna y externa. La consecución de una buena conclusión provendrá de la precisión con la que se perfila el problema. Igualmente, actúan las conjeturas que sirven para resolver los conflictos planteados y se muestra la gran diversidad de criterios selectivos para verificarlos (Martínez de Pisón 2022: 383).

En síntesis, la interpretación es una actividad con resultados inciertos ya que condiciona el sentido final de las decisiones judiciales (Ara 1996: 466-467). La interpretación se encuentra condicionada al agente que la realiza, a la situación y los propósitos que se persiguen. En la actividad judicial, son distinguibles diferentes argumentos, por ejemplo, es el supuesto del argumento *a contrario*, analógico o *a simili*, *a fortiori*, *a completudine*, *a coherencia*, psicológico, histórico, apagógico, teleológico, económico, *ab exemplo*, sistemático y naturalista. Todos ellos son formales, aun cuando muchas de las elecciones decisivas del discurso jurídico son valorativas, relacionándose también la analogía y los argumentos *a contrario* con valores ya que la similitud no es neutra<sup>5</sup>.

Tratándose de un juez adherido a una ética de convicción, habrá un ajustamiento o coincidencia con los valores en los que verse la convicción. Y si la interpretación sigue la ética de la responsabilidad, se fijarán interpretaciones posibles de la manera que es exigida por el cumplimiento y, además, se han de determinar las consecuencias probables de cada una de ellas sin excluir las estimaciones de justicia o moralidad que se posean (Schmill y Cossío 2016: 79-87). Por tanto, el juez opera siempre conforme a unos

---

<sup>5</sup> Tarello, G. (1972). "Die juristische argumentation". *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 7, 103 y ss., al que hace referencia Perelman, C. (1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de L. Díez-Picazo). Madrid: Civitas, 78; y Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè. Por otro lado, cfr. Moreso, J. J. (2006). *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*. Barcelona: Universidad Oberta de Catalunya.

métodos de interpretación, obteniendo un resultado u otro conforme al punto de partida (Bennion 1983: 100-101; Redondo 1997: 177-196).

Desde este punto de vista, para determinar las bases de datos que correspondan no hay que reforzar la conexión del tándem teoría-práctica. Por ende, el “método jurídico”, la “práctica profesional”, la “argumentación”, la “aplicación del Derecho” o el “conjunto de derechos fundamentales” necesitan un cambio profundo y adaptativo a la situación. Es más, dado su impacto, se aprecia la aparición de derechos nuevos atinentes a avances científicos y tecnológicos, como son los neuroderechos, o la transformación de otros clásicos, como la del derecho a la intimidad o la libertad de expresión, que precisan nuevas formas de comprensión e instrumentos de garantía, mucho más complejos que los conocidos previamente (Martínez de Pisón 2022: 383)<sup>6</sup>.

A tal respecto sería conveniente considerar en el diseño de los programas de inteligencia artificial si es nítida la política pública sobre la que se construye la norma en cuestión y la resolución que se dictará. Para ello habrá que saber cuál es el problema básico regulado en la norma que se trata de resolver, observando si hay una buena delimitación. Igualmente, habrá que considerar si los objetivos están bien establecidos y son indudables, junto a las soluciones para llegar a obtenerlos y los impactos que se pretenden. Además, es importante ver si las medidas aplicadas son aptas, los ámbitos a los que se refiere la norma o las normas que están llamadas a aplicarse, el conjunto del texto apreciando errores gramaticales o sintácticos, ambigüedad y vaguedad de los términos, antinomias, lagunas, dudas suscitadas, remisiones a otras normas, derogaciones tácitas, y los efectos que produce la aplicación de la norma (Zapatero y Garrido 2022: 143 y ss., 166 y ss.).

A su vez, el desarrollo de la inteligencia artificial afecta al Derecho de forma directa al establecer nuevos paradigmas e identificar nuevas ramas como la Robotética o la Neuroética. Ramas que están llamadas a pretender su autonomía al atender a conceptos y actuaciones propias, cada vez más complejas y difíciles de ordenar metodológicamente, pero que no llegarán a dictar resoluciones judiciales como lo pueda hacer un juez puesto que juzgar es mucho más que conocer Derecho, necesitando también poseer las competencias y habilidades de este arte, aparte de virtudes prácticas, profesionales y personales. Se dice que “juzgar con justicia es juzgar prudencialmente” (Sancho 2023: 446).

### III. EL PAPEL DE LA INFORMÁTICA Y LA LÓGICA JURÍDICA

Pues bien, tras lo expuesto, no podemos llegar a entender la inteligencia artificial sin antes conocer el significado de la Informática y Lógica jurídicas

---

<sup>6</sup> Francis Bennion (1980). *Statute Law*. Londres: Oyez, 100-101; Redondo, M. C. (1997). “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”. *Doxa*, 20, 177-196.

y tener en cuenta las interrelaciones, junto a sus aportaciones al tema que es objeto de estudio.

Primeramente, en cuanto a la Informática jurídica, cabe aseverar que aquí se desenvuelven algoritmos y métodos que hacen posible el razonamiento mediante esas representaciones formales, con vistas a resolver problemas complejos. En este sentido, la inteligencia artificial se presenta, comparativamente, como una ampliación de la ciencia informática dado que pretende que las máquinas razonen y tomen decisiones de forma parecida a la humana, aunque hay cuestiones en los que, como veremos, nunca podrán llegar a actuar de la misma manera que una persona (Barragán 2013: 41 y ss.).

En resumen, podemos afirmar que la inteligencia artificial se apoya en los principios de la Informática y, así, logra programar equipos electrónicos que permitan desenvolver tareas judiciales.

En segundo lugar, por lo que respecta a la relación existente con la Lógica jurídica, la actividad judicial emplea la inteligencia artificial para automatizar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas por lo que su vinculación es necesaria al examinar, desde un enfoque formal, las operaciones intelectuales del jurista y los conceptos y juicios producidos (Fernández Procel 2019: 270 y ss.) Y es que, al menos en un primer estadio, si la inteligencia artificial en el Derecho quiere superar los problemas de naturaleza epistemológica y hermenéutica que comporta la forma de adoptar estas herramientas al razonamiento jurídico, no puede dar la espalda a la Lógica jurídica (Solar 2020: epigr. 3 y 4).

### 1. *La Informática jurídica*

El surgimiento de la Informática jurídica como parte de la Cibernética, proviene de los Estados Unidos, a partir de 1949, cuando Loevinger publicó el trabajo que lleva por título “Jurimetría. El nuevo paso hacia delante”. Anteriormente, el primer ordenador había aparecido en el mismo contexto geográfico en el año 1944, con el objetivo de resolver problemas de cálculo ocasionados por la investigación atómica asociada a fines bélicos, y Wiener había escrito en 1948 su obra “Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas”. En Europa, las primeras aportaciones sobre el tema se publicaron en los años sesenta del siglo XXI, a partir del cual la cuestión en el uso jurídico de los ordenadores sería ver cómo se pueden emplear para obtener unos resultados óptimos (Atienza 1994: 347-348).

Posteriormente, se conoció una renovación de carácter científico-técnico, siendo a partir de entonces desde cuando se desarrollaron de manera progresiva varias áreas especializadas con cierta estabilidad y solidez como es el caso de la Cibernética, la Informática, las teorías de la autoorganización y de los sistemas, la comunicación de masas, la telemática, la inteligencia

artificial, etc. (Castells 2003; Pérez Luño 2018: 378 y ss.). De igual forma, el antecedente de la Informática jurídica es la Jurimetría, en donde se busca ayudar al ámbito judicial, consiguiendo más eficaz y eficientemente información jurídica para resolver los casos (Losano 1987; Pagano 1986; Sánchez Mazas 1978).

Así las cosas, la Informática Jurídica plantea aplicaciones de la computación al ámbito del Derecho, intentando recuperar la información jurídica, los instrumentos que sirvan y estén destinados para llevar a cabo su análisis y procesamiento, los cuales son imprescindibles para la toma de decisiones de naturaleza jurídica. Esta, además, se define como el “conjunto de instrumentos aprovechados por el Derecho para posibilitar el acceso a la información legal a través de internet”, la “creación de bases de datos” o la “comunicación instantánea por medio de redes sociales” (Gutiérrez y Flórez 2020: 66)<sup>7</sup>.

En este sentido, la Informática jurídica se clasifica en varios tipos, siendo una de las clasificaciones más completas la siguiente: la documental, de control y gestión, junto a la metadocumental. La de naturaleza documental viene referida a la producción de bancos de datos conformados por las fuentes del Derecho. La denominada de control se identifica con la acción que realiza la aplicación informática a los trabajos materializados por los operadores jurídicos, gracias a computadores y programas de procesamiento de textos, almacenaje de datos o comunicaciones a través de redes. Y la metadocumental, atinente a sistemas expertos legales y programas informáticos con aplicación al Derecho. Por su parte, la de corte decisional es la atinente a la actividad de los juristas en este tipo de procesos, caso, por ejemplo, de la aplicación normativa, el asesoramiento, la previsión de efectos que puede conllevar una norma nueva, etc. (Anzalone, 2019: 98; Belloso 2022: 66).

Mas, en general, la Informática jurídica se apoya en las investigaciones científicas y técnicas que se remiten a la estructuración y tratamiento informativo, teniendo como objetivo la automatización. Actualmente, la incidencia de la Informática en la práctica del Derecho se ha hecho habitual, y es que la Informática se ha convertido en un banco de pruebas para la Lógica, la formulación lógica es un paso previo a la automatización del Derecho (Ferri 1988).

La conexión entre la Cibernética y las decisiones judiciales ha posibilitado usar la Lógica simbólica. De esta forma, el jurista debe reducir el problema jurídico a su dimensión lógica con la finalidad de sometimiento a un proceso de transformación productor de un Derecho derivado del razonamiento tecnificado. De ello se desprende que hay que evidenciar las

---

<sup>7</sup> Losano, M. (1987). *Curso de informática jurídica*. Madrid: Tecnos; Pagano, R. (1986). *Informatica e diritto*. Milán: Giuffrè; Sánchez Mazas, M. (1978). *Cálculo de las normas*. Barcelona: Ariel.

condiciones generales y abstractas por las que el sistema jurídico hace gala de la coherencia con notas que posibilitan la automatización. Simultáneamente, se pueden analizar las técnicas lingüísticas que abren la posibilidad de que no concurren ambigüedades normativas, constituyente de un gran obstáculo para que los ordenadores se utilicen debidamente sin concurrir en fallos u errores habitualmente (Losano 1991: 20-21).

De esta manera, el desarrollo de los ordenadores ha producido la aparición del Derecho informático como conjunto de normas que regulan el uso de la informática. En este sentido, su positividad es evidente pero la transmisión de los datos que se precisan por el tratamiento electrónico o automatizado de hechos, y por la interconexión de bases, es posible crear dosieres que invadan libertades y derechos fundamentales (Frosini 1982: 28 y ss.; Guibourg, Alende y Campanella 1996: 250 y ss.). Llegados hasta aquí, si nos centramos en la sana crítica, se aprecia que la inteligencia artificial tendrá un gran nivel de dificultad cuando se trate de tomar decisiones que tengan en cuenta aspectos valorativos y decisorios sobre temas sensibles y difíciles.

Por esto, las impugnaciones de ciertos actos jurídicos son relevantes. En este caso, es muy importante que los sistemas expertos contemplen la motivación del fallo de forma adecuada. La discriminación puede surgir en el nivel *pre-processing*, *in-processing*, y *post-processing*, siendo las fases más reseñables las de “diseño y entrenamiento”; de “uso y aplicación”; de “validación”; y de “presentación” (Belloso 2022: 51-53).

A ello habría que añadir que la norma jurídica se caracteriza siempre por ser general y abstracta, expresada por términos que compendian las posibilidades que se puedan dar en la realidad. Por lo que un interrogante más consistiría en preguntarnos si podrían llegar a suplantar las funciones de la Dogmática jurídica. En este sentido, cabe destacar la problemática de los conocidos como casos difíciles anglosajones, porque el interrogante es cómo se puede llegar a automatizar un razonamiento fundado en la *equity* (Anzalone 2019: 108).

## 2. La Lógica jurídica

La lógica ha tenido una gran trascendencia ya que los elementos nucleares de las normas son lingüísticos, pero, para ver su funcionamiento, debemos adentrarnos primero en qué es la Lógica jurídica. Pues bien, primeramente, la Lógica clásica se presentaba como Ciencia de las leyes del pensamiento y estudio filosófico que pretendía visualizar las condiciones de validez de la actividad racional y de los productos objetivados, del conocimiento científico-filosófico y del interés de las leyes y condiciones que garantizan la existencia de una articulación interna de los procesos del conocer y la conexión sistemática de sus resultados (Bochenski 1985). En un sentido muy amplio, la Lógica

señala las reglas del pensamiento y de la forma correcta de actuar, al igual que la investigación de ambas, discerniendo entre Lógica-arte (o técnica) y Lógica-Ciencia. Más estrictamente, por Lógica formal o deductiva se entiende el tratamiento de las relaciones de deductibilidad entre proposiciones.

Por otro lado, el análisis lógico de las normas cualquiera que sea su naturaleza, sin referirnos a las estrictamente jurídicas, y la relación entre las distintas ramas del Derecho es el objeto al que mira la Lógica deóntica, de las normas o del Derecho. Siendo el núcleo de la Lógica de los juristas la exploración de los razonamientos o argumentaciones en el proceso de establecer, interpretar, aplicar y explicar el Derecho<sup>8</sup>.

Clásicamente, tiene el sentido de la Lógica del razonamiento jurídico. Se ha aludido a una actividad de la Ciencia jurídica que aplica las reglas de la Lógica general a la resolución de problemas en un terreno cuya índole fuerza a un tratamiento lógico por lo que la referencia de la metodología a los aspectos lógicos del Derecho se aprecia en tres direcciones que requieren técnicas de razonamiento. Estas direcciones son las de considerar cómo ha de captarse el orden jurídico por la interpretación y la actividad reconstructiva de las fuentes. Estudiar el problema justificativo del Derecho apoyado en la fijación de los hechos jurídicos, así como en la búsqueda de cuál es la normativa aplicable y de realizar la investigación sobre las posibilidades de ejercicio del poder discrecional al solucionar un conflicto, o en imaginar supuestos o normas en situaciones de *lege ferenda*, y auxiliar al jurista (Levi 1991).

Actualmente, están apareciendo medios estructuradores de modelos formales de interpretación jurídica exitosos. Ahora bien, se debe advertir que únicamente se han conseguido formalizaciones abstractas, que no solucionan aspectos materiales cuando se presenta un caso distinto. Los algoritmos precisan de programadores ya que no pueden decidir cuando se encuentren ante hipótesis interpretativas con distintas variantes entre las que haya que optar (Rodríguez Puerto 2021: 75-76). La causa principal es que el razonamiento jurídico solamente se guía por reglas, aparte de que los términos jurídicos son interpretables puesto que las palabras y las cuestiones jurídicas no suelen tener una única respuesta correcta, estando abiertas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas y las distintas concepciones morales que imperan en cada caso (Rodríguez Puerto 2021: 86).

En cuanto a la aplicación del Derecho, la predictividad se emplearía siempre que haya una propuesta para resolver un caso, pudiendo no tener que actuar los jueces o, en caso contrario, actuando en modo de recomendación

---

<sup>8</sup> Perelman, C. (en 1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica* –trad. de L. Díez-Picazo–, Madrid: Civitas), mantiene la calificación de ‘lógica’ para el razonamiento de los juristas, a pesar de su alejamiento de la formalidad. Otros autores hablan de Lógica “vital”, “material” o “razonable” como Recaséns Siches.

para la decisión judicial. Si nos situamos en este contexto de predictividad, se plantea una sustitución, pero en referencia a la segunda cuestión estaremos ante una actuación de asistencia (Asís 2022: 297).

En relación con lo indicado, hay un planteamiento que considera que la razón práctica se opone a la aplicación deductiva y formalista de las reglas. No obstante, en ocasiones, el resultado de la interpretación puede proceder de una intelección gramatical (Rodríguez Puerto 2021: 90). En esta línea, conviene estimar que el razonamiento jurídico está compuesto de dos procesos: el retórico o argumentativo, y el de convicción o deliberación. En todos los Estados de Derecho, las actuaciones judiciales tienen que tener en cuenta y no vulnerar el marco establecido por el principio de legalidad en base al que toda decisión deberá tener como fundamento una norma jurídica vigente, respetando la jerarquía normativa, y la división de poderes. Por esta razón la decisión ha de motivarse y el juez realizará los razonamientos que entienda que son necesarios dentro de la misma resolución (Anzalone 2019: 104, 106).

#### IV. ALGUNOS PROBLEMAS QUE HAY QUE SUPERAR Y POSIBLES PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Cuestiones especialmente relevantes en el estudio de la interpretación judicial y que plantean serios obstáculos en la actuación de la inteligencia artificial son los casos difíciles y los sesgos. En ambos casos, juntamente con la descripción de los problemas se intentarán aportar soluciones.

##### 1. *Casos difíciles*

En este orden de ideas, los casos objeto de las resoluciones judiciales pueden ser de distintas clases, afirmando que un supuesto es fácil o difícil para llegar a conclusiones diferentes en función de la teoría del Derecho desde la que actuemos. Por ejemplo, en relación con el positivismo jurídico los casos fáciles serán en los que no hay más que una pura aplicación del Derecho que está vigente en ese momento concreto; al tiempo que en los difíciles la cuestión no se determina por los estándares jurídicos que existen. Así, para las teorías de la argumentación jurídica, la distinción reside en la justificación sustanciada. Las teorías dworkinianas creen que hay una sola respuesta correcta para cada caso por lo que no se establece la diferenciación. Y el realismo jurídico sustenta que no hay casos difíciles porque nunca es posible identificar una respuesta correcta que ya exista (Lifante 1999: 98 y ss., 251 y ss.). Al lado de estos tipos de casos, aparecen los conocidos como trágicos, caracterizados porque son los que no poseen una respuesta correcta y plantean cuál es el camino a tomar frente a un dilema (Rodríguez Boente 2003: 538-540).

De esta manera, la derrotabilidad puede tener distintos significados basándose, por ejemplo, en el discernimiento entre justificaciones subyacentes y reglas y prescripciones dentro de las formulaciones normativas de las reglas (Ródenas 2012: 36; Rodríguez 1997: 61-85; Rodríguez y Súcar 1998: 403 y ss.). Pero hay que subrayar que la derrotabilidad pertenece en gran medida a la teoría de la interpretación y no es propia solamente de los principios, sino que también es predicable de las normas (Guastini 2019: 181 y ss.)<sup>9</sup>.

Más, la cuestión que nos debe ocupar ahora es la del acometimiento del proceso interpretativo de las normas. En esta línea, un buen procedimiento sería el que se relaciona a continuación (Atienza 2000: 236). En primer lugar, conviene observar cuál es el problema concurrente, siendo cuatro los tipos que se pueden presentar (MacCormick 2003: 95 y ss.): a) Problemas de relevancia derivados de dudas sobre la norma aplicable; b) problemas interpretativos surgidos cuando hay dudas sobre la interpretación de la norma; c) problemas probatorios suscitados respecto al acontecimiento de un hecho; y d) problemas de calificación nacidos de dudas en torno a la calificación de un hecho. En segundo lugar, y si las dudas surgen del Derecho, hay que llevar a cabo la identificación de la causa de la que proviene la duda. En tercer lugar, habrá que construir hipótesis interpretativas con el fin de resolver el problema.

Identificada la causa o causas que afectan perjudicialmente total o parcialmente a la claridad normativa, se han de crear hipótesis posibilitadoras de una aplicación normativa ajustada. Así, los ordenamientos jurídicos suelen aportar soluciones, tales como recursos para solucionar dilemas dimanantes de la vaguedad lingüística; la aplicación de criterios que den solución a contradicciones normativas, o la determinación de medios para integrar lagunas. Y, en el supuesto de que estos instrumentos sean inaplicables o insuficientes, los ordenamientos también ofrecen moldes que contribuyen a solucionar incertidumbres concurrentes (Guastini 1993).

Pero el tema es distinto si el intérprete es un funcionario o un juez que tiene que aplicar la norma, siendo los interrogantes: ¿tiene dicho funcionario o juez suficiente ámbito de libertad para escoger una técnica? De los criterios establecidos por el Derecho vigente ¿alguno de ellos tendrá especial relevancia?

## 2. La ponderación judicial

La técnica de la ponderación de bienes viene unida al reconocimiento de la discrecionalidad judicial, no se puede considerar sin ella, por lo que los bienes constitucionales constitutivos de límites o cláusulas delimitadoras del contenido de los derechos precisan una interpretación no aislada del

---

<sup>9</sup> Véase además Guastini, R. (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 181 y ss.

contenido de los derechos delimitados. Por consiguiente, el problema se centra en los límites de los poderes públicos en el supuesto de tenerse que realizar actuaciones sobre los derechos. De esta manera, el límite viene fijado externamente al derecho que se presentaba abiertamente antes de la ponderación. Si la ley limitadora no supera la ponderación, el contenido definitivo del derecho habrá de ajustarse con el atributo *prima facie*, no obstante, si la ley y el límite se justifican, el contenido definitivo será más reducido que el aparente o *prima facie* (Moreso 2009: 215 y ss.; Prieto 2000: 433-434)<sup>10</sup>.

En síntesis, una sentencia se justifica cuando la lesión que afecta a un derecho aparece como razonable para llevar a cabo la protección de otro derecho o bien, o alcanzar un fin legítimo (Prieto 2000: 442-443). Ello conduce de nuevo al respeto del principio de proporcionalidad, que se contrae al plano de las garantías de racionalidad más acomodadas para fijar el contenido de los derechos fundamentales siendo vinculantes para las actuaciones del legislador, y para fundamentar las decisiones referentes al control de constitucionalidad de las leyes que influyan en esos derechos. Sin obviar que existe una separación entre las competencias materiales del juez constitucional y las de índole legislativa (Rodríguez-Toubes 2000: 188, 200).

Como afirma Alexy, el principio de proporcionalidad es conectable con la resolución de los conflictos estimados como mandatos de optimización, a la par que enlaza con el actual concepto de *Constitución*. La función legitimadora del principio tratado interviene en lo respectivo al legislador en cuanto, dentro del resultado, haya una proporcionalidad; y respecto del juez la legitimación viene dada por un resultado y un procedimiento que se exterioriza al fundamentar la restricción. Finalmente, no hay que abandonar, por el peso que conlleva, la articulación de un sistema de garantías jurisdiccionales de la supremacía constitucional (Alexy 2001: 130 y ss.; Alexy 1998: 29-32; González Beilfuss 2015: 95-97).

Pero el test alemán de proporcionalidad no ha llegado a consolidarse en muchos lugares, puesto que el requisito de la proporcionalidad estricta obliga a ponderar la medida objeto de control y su finalidad (González Beilfuss 2015: 154). El principio examinado se apoya en un presupuesto formal, como el principio de legalidad, y otro material, que es el de justificación teleológica. El primero exige que los instrumentos limitativos de los derechos fundamentales sean previstos en la ley. Lo demandado es que las limitaciones de estos derechos tiendan a conseguir fines que encierren legitimidad, a la par que juegan otros requisitos, los extrínsecos, que se caracterizan por las exigencias de la judicialidad y de la motivación; y los intrínsecos, cuyas notas son las de

<sup>10</sup> Véase también Brage, J. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 251 y ss.; Prieto, L. (2014). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 220-221.

la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (Barnés 1998: 349 y ss.; González-Cuellar 1990: 69)<sup>11</sup>.

### 3. *Los sesgos y otras cuestiones*

El Derecho que hasta ahora hemos manejado y conocido ha de transformarse necesariamente, ya que no será eficiente y contendrá un alto grado de insatisfacción si no se cambia su producción y las actividades interpretativas y aplicadas. Sin olvidar la dejación de la decisión al sistema automatizado. Estas razones giran entre deberse a entender que es más neutral (“argumento de autoridad”); temer que un error pueda llevarnos a consecuencias difíciles si no coincide con la decisión de la máquina (“rechazo a las represalias”); o en razón de una economía denominada “dejadez cognitiva”. A lo dicho sería añadible la “codificación predictiva”, supuesto que recobra vida cuando la justicia predictiva normativa y jurisprudencial se emplea con el objetivo de seleccionar este tipo de material que en un supuesto se entienda relevante (Asís 2021: 301; Solar 2019: 145).

Uno de los aspectos más positivos del uso de la inteligencia artificial es la agilización de la Administración de Justicia. Con ella la apertura, eficacia y eficiencia son subrayables pero, contrariamente, hay sesgos estigmatizadores que amenazan con continuar y empeorar la situación actual. En agregación, podría vulnerarse la intimidad y la protección de datos personales (Asís 2021: 306-307). En este sentido, hay propuestas como las de las de Sunstein, Jolls y Rachlinski, afirmándose la supresión de sesgos mediante el Derecho, y los casos en los que el Estado y las agencias reguladoras pueden llevar a cabo medidas preventivas (Páez 2021: 203-204).

En un principio, se podría tener en cuenta la permisión de *inputs* cuando se diseñan los algoritmos de usuarios grupales y entre los que haya estos sesgos. Otra opción podría ser el diseño y puesta en práctica de contramedidas, centrándose ambas en la acción de controlar (Batista, Navarrete, León, Real, Chiriboga y Estupiñán 2019: 132-133; Belloso 2022: 53). A lo dicho se suma la auditoría de los algoritmos y aparición de nuevos derechos humanos, como los denominados neuroderechos (Belloso 2022: 69). En consecuencia, hay que abordar cuestiones de muy diversa naturaleza: jurídicas, sociales, económicas, políticas y éticas, sin ellas no será posible la autonomía ni la seguridad. Estos temas se consideran en lo que respecta a la condición jurídica robótica, anteriormente no conocida más que a las personas físicas y jurídicas, el régimen especial de derechos y obligaciones, la responsabilidad en cuanto a la realización de acciones y omisiones, o las medidas de naturaleza organizativa, técnica

---

<sup>11</sup> Véase también Barnés, J. (1998). “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades”. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 15 y ss.

y legal (Carcar 2019: 272). Por consiguiente, la transformación digital que ha sufrido y está sufriendo la Administración de Justicia hace que se haya de abordar una dimensión de Derecho global, con el fin de mejorar el sistema judicial, poniendo fronteras a la digitalización (Martínez de Pisón 2022: 384<sup>12</sup>. De ahí que no se deba obviar la ética de la inteligencia artificial, lo que conlleva la presencia de los derechos fundamentales (Cotino 2019: 31 y ss.).

Por su parte, uno de los principios más importantes que caracterizan la actividad de control de la legalidad desde una perspectiva amplia es la exigencia de actuar según el ordenamiento jurídico. Y es mediante la motivación de las sentencias como podemos comprobar que el juez ha obedecido el Derecho y de qué manera lo ha hecho (Asís 2005: 59 y ss.), aparte del significado extraprocésal que tiene (Igartua 2003: 23). La justificación no se logra solamente mostrando la forma de llevar a cabo una decisión, también recae sobre la calificación de los hechos. Lo que hace preciso construir un mecanismo de seguridad basado en valores como la libertad y la igualdad (Atienza 1997: 32).

Mediante la motivación de las sentencias, lo que se quiere es que la persona que juzga transmita las razones de la decisión adoptada conforme al derecho del justiciable y el interés legítimo que concierne a la comunidad, evitando caer en la arbitrariedad; la comprobación de que la decisión se deriva de una exégesis normativa racional; que las partes o la comunidad se informen para presentar el recurso correspondiente contra la decisión; y que los tribunales estén informados para vigilar la interpretación y aplicación del Derecho (Asís 1995: 111)<sup>13</sup>.

Desde este punto de vista, se aprecia que de alguna manera deberá haber una conexión con lo humano, pero las actuaciones de la inteligencia artificial habrían de desenvolverse conforme a unos principios para superar todos los problemas advertidos. La Roboética, como “conjunto de criterios o teorías para dar respuesta a los problemas éticos derivados del diseño, creación, desarrollo y uso de robots”, nos remite a las relaciones del tándem seres humanos-máquinas y al estatus moral de los robots (Cárcar 2019: 271).

## V. LA IMPORTANCIA DE LA ÉTICA Y LA RESERVA DE LO HUMANO

En este sentido, la Declaración del Parlamento de la Unión Europea sobre robótica da cuenta de principios como el de “beneficencia”, “no maleficencia”,

---

<sup>12</sup> Véase también Bini, S. (2022). “Reflexiones sobre justicia, humanidad y digitalización”, en Llano, F. (dir.), Garrido, J. y Valdivia, R. (coords.). *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, Murcia: Laborum, 87.

<sup>13</sup> Cfr. el libro de Igartua, J. (1998). *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas.

“autonomía” y “justicia”. Al igual que ocurre con los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, caso de la “no estigmatización”, la “transparencia”, la “autonomía”, la “responsabilidad individual” y la “responsabilidad social”, el principio de “explicabilidad” o de “transparencia”. El Parlamento de la Unión Europea, dentro del anexo al código de conducta para ingenieros de robótica, considera también los principios de “precaución”, “participación”, “rendición de cuentas”, “seguridad” o “reversibilidad” (Cotino 2019: 37). Ello ha venido completado con la Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia de diciembre de 2018, la Recomendación de la Conferencia General de la UNESCO sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de noviembre de 2021, en calidad de primer instrumento normativo mundial regulador del tema que nos ocupa, y el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial que ha entrado en vigor el 1 de agosto de 2024, con el objeto de fomentar el desarrollo y la implantación segura, ética y fiable de la inteligencia artificial en la Unión Europea.

Partimos de que los órganos jurisdiccionales satisfacen pretensiones con miras a que no se abandonen; el fundamento de su existencia lo conforma su aportación a la paz y a la justicia de la comunidad (Guasp 1968: 102 y ss.; Various Authors 1990). Cuando hablamos de una decisión que es justa debe apreciarse la relevancia de los valores y los derechos, y ponderar las fortalezas y debilidades para que la decisión esté bien motivada. El juez no puede actuar como un autómatas, debiendo recurrir a los recursos y fuentes argumentativas. Por lo expuesto, se discierne entre la informática “auxiliar”, “informativa” y de “valor positivo” garantista de la celeridad y la exhaustividad; de otra “constructiva” y “elaboradora”, centro de críticas (Chamoux 1984: 176 y ss.).

Los parámetros en los que se mueve la actuación judicial en lo relativo a su discrecionalidad encierra una multiplicidad de significados que han de ser actualizados. Así, Iglesias Vila los resume, primeramente, en ciertas cualidades personales de los jueces al desarrollar su función. Pero la doctrina mayoritaria otorga al significado un valor secundario cuando vincula el discernimiento y el juicio con los problemas comprensivos del Derecho y del lenguaje jurídico si se deben aplicar pautas abstractas e imprecisas (Iglesias 1999)<sup>14</sup>. Y es aquí donde toma una gran importancia la argumentación entendida, dice Atienza, como “producir razones a favor de lo que decimos, mostrar qué razones son pertinentes y por qué, y rebatir otras posibles razones que justificarían una conclusión distinta a la nuestra” (Atienza 2005: 37-38)<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Sobre ello, véase el libro de Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga* (trad. de Í. Ortiz de Urbina y M. Iglesias Vila). Madrid: Marcial Pons.

<sup>15</sup> Por otro lado, cfr. Gianformaggio, L. (1993). “La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica”. (trad. de J. Ruiz Manero). *Doxa*, 14, 159-167.

Al respecto podremos decir que, en conjunto, el juez debe tener en cuenta la lógica al elaborar de forma ordenada, clara y coherente todas las argumentaciones. Esto es útil a la hora de producir una expresión lingüística de esos argumentos por medio de un lenguaje preciso, y en lo que se refiere a la congruencia interna de las cadenas argumentativas que articulan el razonamiento judicial y que conforman la exigencia de la motivación de las sentencias (Pérez Luño 2010: 95). Así, cada una de las modalidades de la argumentación jurídica se plantea de una cierta manera el problema de la interpretación, teniéndose que ocupar, según Atienza, de responder a cómo es analizable una argumentación, cómo es evaluable y cómo es posible argumentar (Atienza 2016: 92 y ss.)<sup>16</sup>.

O sea, que la racionalidad legislativa se erige como un presupuesto al hablar de la racionalidad en la aplicación del Derecho, en caso contrario, no es posible que sea un instrumento realizador de la justicia (Aarnio 1991: 251; Asís 1995: 288-289). Consecuentemente, los modelos argumentativos se conciben para llegar a conseguir la teoría más coherente del Derecho y más comprensiva. Esto se une a la gran complejidad de la interpretación e integración de las normas con la finalidad de obtener soluciones, evidenciada en los precedentes judiciales que implantan una tradición acreditada a lo largo del tiempo; la dogmática o lógica jurídica; los instrumentos interpretativos manejados adecuadamente; y el carácter razonable que la sentencia debe mostrar referenciada a la justicia de la vida real y de los casos concretos (Haba 1999: 55).

El método hasta el momento para realizar el trabajo de búsqueda, revisión e identificación informativa se ha identificado con una revisión manual de los documentos. Ahora bien, paulatinamente, han ido creciendo tecnologías de búsqueda y recuperación de la información electrónica (Solar 2018: 81-82). Pero, si bien se ha adelantado mucho con el Derecho de los robots, queda también mucho por hacer todavía en lo relacionado con la dignidad, la libertad y la igualdad en el marco de la inteligencia artificial (Cárcar 2019: 276; Tamayo 2020: 177).

## VI. CONCLUSIONES

En esta línea, el Derecho de los robots produce un cambio de paradigma jurídico, tanto teórico como práctico, sin que nos sirvan ya las coordenadas clásicas empleadas. Conocida la actuación de la inteligencia artificial en relación a las funciones judiciales, el juez al reflexionar sobre los litigios que tiene que resolver, lo hace sin olvidar el juego de las emociones. De esta

---

<sup>16</sup> Para más información, véase Garrido, M. I. (2014). *La función de los jueces: Contexto, actividades e instrumentos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 117.

manera, se reafirma el elemento probatorio, pero los límites entre “algoritmos de auxilio” y “que sugieren una decisión” son muy escasos o confusos en muchos casos (Asís 2021: 300; Sánchez Hidalgo 2021: 354).

De lo reseñado se concluye que el juez opera en base a unos métodos de interpretación, obteniendo un resultado u otro según el que aplique. Dentro de estas coordenadas, si lo que pretendemos es justificar la aplicación judicial de las normas, no se precisará más allá del silogismo judicial. Pero, si lo que deseamos es justificar las resoluciones de los poderes discrecionales, se habrá de ver los criterios productivos de la evaluación de los instrumentos que determinen el medio mejor considerado para efectuar o maximizar el fin que se quiere alcanzar. La actuación habrá de estimar los fines y valores del ordenamiento jurídico y observar las posibles consecuencias (Lifante 2006: 123-126).

En concreto, en el campo de los derechos humanos, se observa que no se reducen a limitar al poder, aparte de legitimar al que los reconoce, respeta y protege, sino que, añadidamente, promocionan condiciones de vida, lo que hace que haya una transformación social. Los criterios de relevancia que rijan la adopción de medidas deben consistir en el respeto a la autonomía individual, en la satisfacción de necesidades básicas, y en la exigencia de los derechos que es producto de la conjunción de demandas conectadas con el logro de planes de vida, no olvidando la ventaja fáctica especificada por la restricción marcada por la libertad de los demás, la posibilidad de iniciar procedimientos y la competencia de disposición (Asís 2006: 73; Rodríguez-Toubes 1997: 29)<sup>17</sup>.

Así, si el Derecho tiene una función de control o motivación, en lo que nos hemos de fijar es en el modo de ejercitarla y en la satisfacción real. En caso negativo, concluiremos que los sistemas normativos son irrelevantes regulando relaciones sociales. De esta forma, la naturaleza del Derecho como técnica de motivación y control puede contemplarse según “las relaciones entre las normas, las razones para actuar y el razonamiento práctico” (Navarro 1990: 83-84).

Desde una perspectiva legalista, el camino a seguir es el de que la competencia legislativa es adjudicada al Estado, ofreciendo un esquema que permite al jurista clasificar sus actos y recoger instrucciones claras de operaciones futuras, confiriendo una legitimación filosófica y antropológica que responde a una reflexión sobre la justicia y los fundamentos del Derecho. Conforme con un modelo descriptivo del lenguaje, en el que la palabra y la realidad sostienen una cadena representativa perfecta, los hechos se acogen en lo que parecen ser y la complejidad normativa de los sistemas jurídicos va

---

<sup>17</sup> En general, tener un derecho es ocupar una posición ventajosa dentro de una relación jurídica, cfr. Ross, A. (2005). *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de G. R. Carrió). Buenos Aires: Eudeba, 211 y ss.

creciendo. En síntesis, es plausible que los sujetos del Derecho deban confluir en la investigación y la mutación de las normas jurídicas y los valores, siendo la jurisdicción una función que influye en la esfera social (Broekman 1993: 172 y ss.).

En definitiva, necesitamos jueces que se encarguen de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, debiendo ser técnicos que reúnan, además de una buena formación teórica, un conjunto de cualidades que mantengan un equilibrio entre autoridad, comprensión y mesura, dignos de ser un buen instrumento de pacificación. Ello se deduce de que la decisión final deberá armonizar objetivamente los aspectos del litigio, resolviendo un conflicto y restableciendo el orden jurídico perturbado. Con lo que el juez es más que un funcionario en el sentido de tener únicamente una carga de presencia física, de cumplimiento más o menos rutinario de su cometido sin interés alguno. *Sensu contrario*, es precisa una figura garantizada con un estatuto de competencia e idoneidad, permanencia, estimación social e imparcialidad, que sea consciente de la primacía de su responsabilidad en orden a la función social que representa (Barcellona 1979: 19 y ss.; Garrido 1991: 109 y ss.).

La figura tratada ha de actuar ajustándose a la idea de independencia y responsabilidad, un poder judicial que administre justicia implica que no encuentre ataduras ni intromisiones en el ejercicio de su tarea. La independencia se constituye en razón de la asunción de responsabilidad de los actos propios, ya sea penal, civil, disciplinaria o patrimonial, pues esta posición nunca puede asegurar la perfección funcional, ni tan siquiera la infalibilidad (Montero 1988). De lo que se induce que la no-arbitrariedad y la motivación de las resoluciones judiciales no son separables: garantizan que la forma de conducirse sea racional (Gascón 2010: 200 y ss.; Igartua 2003: 33). El significado de esa racionalidad indica que muchas veces los jueces han de tomar decisiones sobre cuestiones como qué es y qué implica la dignidad, la responsabilidad o la causalidad, debiendo realizar una elección entre principios defendida con argumentaciones racionales.

En lo atinente a la actividad judicial, el ideal regulativo del Estado de Derecho es que la buena argumentación que descansa en el Derecho es la que tenga que primar en las buenas decisiones, aunque sean de forma errónea desde otros puntos de vista y la norma y su fundamentación guarden una vinculación que no pueda ser olvidada (Atienza 2011: 116 y ss.). En la justificación y fundamentación de tales juicios de valor se manifiestan juicios de “calificación”, “aplicabilidad”, “prueba”, “relevancia”, “adecuación”, “interpretación” o “ponderación”, entre otros (Bonorino 2012; Vega 2023: 435-468). Todos estos rasgos de la práctica judicial definen aspectos básicos del funcionamiento de los jueces, propios de los humanos, y los conflictos que se suscitan entre la esfera social y el Derecho, prevaleciendo en las conexiones entre las decisiones judiciales y las normas justificativas que las rigen.

En este campo, los códigos deontológicos representan una gran ayuda para superar problemas en la elaboración de resoluciones judiciales justas, sobre todo en temas complejos y difíciles en los que la ponderación de las circunstancias es relevante. Dichos códigos se han de focalizar en cuestiones problemáticas (Haba 1999: 49 y ss.)<sup>18</sup>. Los códigos de conducta conforman estandarizaciones de comportamientos, principios o reglas de actuación, sus notas son la voluntariedad, publicidad, confianza, reputación y responsabilidad. Estos códigos están muy demandados en el contexto que hemos tratado ya que se trata de un campo bastante reciente, con un marco no regulado de manera suficiente y, por tanto, con un amplio margen decisorial. Además, pueden tener la función de sensibilizar y aumentar el aprendizaje ético, lo que trae como consecuencia aumentar la confianza despertada en la sociedad (Aznar 1997: 125-131).

Sintéticamente, para resolver muchos de los problemas indicados a lo largo del presente trabajo, es fundamental materializar una educación centrada en el uso correcto de las herramientas informáticas destinadas a juristas, y al conocimiento jurídico para los informáticos (Rodríguez Puerto 2021: 91); y saber que una resolución judicial no solamente debe manejar datos, sino que debe sopesar derechos y valores que concurren en el supuesto objeto de litigio, cuestión que es difícil que pueda hacerse a través de la inteligencia artificial igual que lo haría un buen profesional. Es por lo que hay una corriente que aduce la magnitud creciente de las humanidades para solventar los problemas que hemos intentado trasladar en estas páginas. No se trata de llevar a cabo una actuación meramente técnica sino valorativa, comparativa y conclusiva que solamente puede hacer justamente la persona.

Lo dicho implica un cambio en el equilibrio del estudio de carreras universitarias, en la actualidad más centrado en las carreras técnicas que en las humanísticas. Pero solamente gracias al impulso de esta nueva concepción profesional, teniendo los jueces esta formación complementaria o dual junto a la propiamente jurídica, al igual que los técnicos e informáticos que manejan la inteligencia artificial, se logrará dar un paso adelante profundizando en la obtención de resoluciones judiciales apropiadas conforme al discurso de la justicia.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre justificación jurídica* (trad. de E. Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1991). “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Análisis lógico y Derecho*, 303-328. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

---

<sup>18</sup> Para más información sobre el rol de los jueces tratado en este artículo, véase Garrido, M. I. (2014). *La función de los jueces: Contexto, actividades e instrumentos*, cit.

- Alexy, Robert (1998). *Derecho y razón práctica* (trad. de E. Garzón Valdés). Fontamara, Ciudad de México.
- Alexy, Robert (2001). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Anzalone, A. (2019). “¿Robotización judicial? Breves reflexiones críticas”. *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 1(1), 95-114.
- Ara, Ignacio (1996). *Teoría del Derecho*. Madrid: Ediciones JB.
- Asís, Miguel de (2022). “La justicia predictiva. Tres posibles usos en la práctica jurídica”, en Llano, F. (dir.), Garrido, J. y Valdivia, R. (coords.). *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, 285-312. Murcia: Laborum.
- Asís, Rafael de. (1995). *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons.
- Asís, Rafael de. (1998). *Sobre el razonamiento judicial*. Madrid: McGraw Hill.
- Asís, Rafael de. (2005). *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson.
- Asís, Rafael de. (2006). *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson.
- Atienza, Manuel (1994). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova.
- Atienza, Manuel (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.
- Atienza, Manuel (2000). “Argumentación jurídica”, en Garzón, E. y Laporta, F. J. (eds.), *El Derecho y la justicia*, 231-238. Madrid: Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Boletín Oficial del Estado.
- Atienza, Manuel (2005). *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, Manuel (2011). “Cómo evaluar las argumentaciones judiciales”. *Diánoia*, LVI (67), 113-134.
- Atienza, Manuel (2016). *Cuestiones judiciales*. Ciudad de México: Fontamara.
- Aznar, H. (1997). “El debate en torno a la utilidad de los códigos deontológicos del periodismo”. *Anàlisi. Quaderns de comunicació i cultura*, 20, 125-144.
- B Barcellona, P. (1979). *Stato e Magistratura nella crisi*. Venecia.
- Barnés, J. (1998). “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades”. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 333-370.
- Barragán, J. (2000). “Informática jurídica”, en Garzón, E. y Laporta, F. J. (eds.), *El Derecho y la justicia*, 39-52. Madrid: Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Boletín Oficial del Estado.
- Batista, N., Navarrete, C., León, C., Real, M. de J., Chiriboga, J. A. y Estupiñán, J. (2019). “La toma de decisiones en la informática jurídica basado en el uso de los sistemas expertos”. *Revista Investigación Operacional*, 40 (1), 131-139.
- Belloso, N. (2022). “La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género). ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?”, en Llano, F. (dir.), Garrido, J. y Valdivia, R. (coords.). *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, 45-78. Murcia: Laborum.
- Bennion, F. (1983). *Statute Law*. Londres.
- Bini, S. (2022). “Reflexiones sobre justicia, humanidad y digitalización”, en Llano, F. (dir.), Garrido, J. y Valdivia, R. (coords.). *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, 79-89. Murcia: Laborum.

- Bochenski, J. M. (1985). *Historia de la Lógica formal* (trad. de M. Bravo Lozano). Madrid: Gredos.
- Bonorino, Pablo R. (ed.). (2012). *Modelos argumentativos en la aplicación judicial del Derecho*. Madrid: Bubok.
- Brage, J. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Brauner, J. y Bickmann, R. (1996). *La sociedad multimedia. Las futuras aplicaciones del audio-video, la informática y las telecomunicaciones* (trad. de N. Machain). Barcelona: Gedisa.
- Broekman, J. M. (1993). *Derecho y antropología* (trad. de P. Burgos Checa). Madrid: Civitas.
- Cárcar, J. (2019). “La inteligencia artificial (IA): Aplicación jurídica y regulación en los servicios de salud”. *DS. Derecho y Salud*, 29, 278-290.
- Castells, M. (2005-2003). *La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura*, vols. 1 y 2. México: Siglo XXI.
- Colomer, I. (2003). *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cortina, A. (2019). “Ética de la inteligencia artificial”. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 96 (I), 379-394.
- Cotino, L. (2019). “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica”. *Revista catalana de dret public*, 58, 29-48.
- Chamoux, J.-P. (1984). “New Technologies pose Legal Problems”. *Transactional Data Report* 4.
- Das, K. (2019). “The Role and Impact of ICT in Improving the Quality of Education: An Overview”. *International Journal of Innovative Studies in Sociology and Humanities*, 4 (6), 97-101.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga* (trad. de M. Iglesias Vila e Í. Ortiz de Urbina). Madrid: Marcial Pons.
- Errera, A. (2020). “Entre razón y Derecho: el papel de la lógica en la Ciencia jurídica. De la glosa al computador”. *Revista de Derecho Privado*, 38, 17-47.
- Evans, J. (1988). *Statutory Interpretation. Problems of Communication*, Auckland: Oxford University Press.
- Fayos, A. (2000). *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández Procel, K. (2019). “Importancia de la Lógica en el Derecho”. *Revista Facultad de Jurisprudencia RFJ*, 5, 261-281.
- Ferri, E., Giacobbe, G. y Taddei Elmi, G. (1988). *Informatica e ordinamento giuridico*. Milán: Giuffrè.
- Frosini, V. (1982). *Cibernética, Derecho y sociedad* (trad. de C. A. Salguero). Madrid: Tecnos.
- Ganuzas, F. G. (2000). *‘Iura novit curia’ y aplicación judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova.
- García Figueroa, A. (1999). “Palabras, palabras, palabras: de lo que el Derecho dice a los jueces”. *Jueces para la democracia*, 36, 58-66.
- Garrido, M. I. (1991). “Hacia una justicia racional y efectiva en el orden civil”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 78, 109-143.

- Garrido, M. I. (1994). “La norma jurídica como medio de comunicación social”. *Revista de Ciencias de la Información*, 10, 145-162.
- Garrido, M. I. (2014). *La función de los jueces: Contexto, actividades e instrumentos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- González Beilfuss, M. (2015). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- González-Cuellar, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- Gianformaggio, L. (1993). “La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica” (trad. de J. Ruiz Manero). *Doxa*, 14, 159-167.
- Guasp, J. (1968). *Derecho procesal civil*, t. I (Introducción y parte general). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Guastini, R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione (Trattato di diritto privato)*. Milán: Giuffrè.
- Guastini, R. (2019). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guibourg, R., Alende, J. O. y Campanella, E. M. (1996). *Manual de informática jurídica*. Buenos Aires: Astrea.
- Gutiérrez, A. y Flórez, I. (2020). “Inteligencia Artificial (IA) Aplicada en el Sistema Judicial en Colombia”. *Revista Derecho y Realidad*, 18, (35), 53-80.
- Haba, E. P. (1999). *Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales*. *Doxa*, 22, 49-78.
- Igartua, J. (1998). *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas.
- Igartua, J. (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Iglesias, M. L. (1999). *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Krawietz, W. (1998). *Sistemas jurídicos modernos en transición. Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción* (trad. de D. González Lagier). *Doxa*, 21(I), 123-143.
- Levi, D. S. (1991). *Critical Thinking and Logic*. Salem (Wisconsin): Sheffield Publishing.
- Lifante, I. (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lifante, I. (2006). “Poderes discrecionales”, en García Figueroa, A. (ed.), *Racionalidad y Derecho*, 107-132. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lifante, I. (2013). “¿Qué hacen los jueces? Dos concepciones de la actividad judicial”, en Fernández Ruiz, J. (coord.). *Disertaciones de Filosofía del Derecho*, 117-131. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Losano, M. (1987). *Curso de informática jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Losano, M. G. (1991). *La informática y el análisis de los procedimientos jurídicos* (trad. de A. Elvira). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- MacCormick, N. (2003). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Martínez García, J. I. (2020). “Instituciones inteligentes”, en Solar, J. I. (ed.), *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho*, 23-54. Alcalá de Henares (Madrid); Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo.
- Martínez de Pisón, J. (2022). “Inteligencia artificial y los derechos humanos. Viejos y nuevos retos de la Filosofía del Derecho”. *Revista internacional de pensamiento político*, 17, 377-387.
- Montero, J. (1988). *Responsabilidad e independencia del juez y del Estado por la actuación del poder judicial*. Madrid: Tecnos.
- Moreso, J. J. (2006). *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*. Barcelona: Universitat Abierta de Cataluña.
- Moreso, J. J. (2009). “Conflictos entre principios constitucionales”. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 99-122. Madrid: Trotta.
- Navarro, P. E. (1990). *La eficacia del Derecho. Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Otto, I. de. (1989). *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Pacheco, J. A. (2021). “The ‘new normal’ in education”. *Prospects*, 51, 3-14.
- Pagano, R. (1986). *Informatica e diritto*. Milán: Giuffrè.
- Páez, A. (2021). “Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales”, en Arena, J., Luque, P. y Moreno, D. (eds.). *Razonamiento jurídico y Ciencias cognitivas*, 187-222. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Peces-Barba, G. (1983). “La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico”. *Poder Judicial*, 6, 17-26.
- Peces-Barba, G. (2000). Fernández, E. y Asís, R. de, *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Peczenik, A. (1983). *The Basis of Legal Justification*. Lund: Infotryck.
- Perelman, C. (1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de L. Díez-Picazo). Madrid: Civitas.
- Pérez Luño, A. E. (2004). “El derecho a la intimidad”, en Betegón, J., Laporta, F. J., Páramo, J. R. de y Prieto, L. (coords.). *Constitución y derechos fundamentales*, 639-668. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pérez Luño, A. E. (2010). *Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*. Alcalá de Henares (Madrid): Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo.
- Pérez Luño, A. E. (2018). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Posner, R. A. (2011). *¿Cómo deciden los jueces?* (trad. de V. Roca). Madrid: Marcial Pons.
- Prieto, L. (2000). “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. *Derechos y Libertades*, 8, 429-468.
- Redondo, M. C. (1997). “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”. *Doxa*, 20, 177-196.
- Ródenas, Á. (2012). *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

- Rodríguez, J. L. (1997). “La derrotabilidad de las normas jurídicas”. *Isonomía*, 2, 61-85.
- Rodríguez, J. L. y Sucar, G. (1998). “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho”. *Doxa*, 21(II), 403-420.
- Rodríguez Boente, S. E. (2003). *La justificación de las decisiones judiciales*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Rodríguez Puerto, M. J. (2021). “¿Puede la inteligencia artificial interpretar normas? Un problema de razón práctica”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 44, 74-96.
- Rodríguez-Toubes, J. (1995). *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*. Madrid: Dykinson.
- Rodríguez-Toubes, J. (2000). *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Ross, A. (2005). *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de G. R. Carrió). Buenos Aires: Eudeba.
- Sánchez Hidalgo, A. J. (2022). “Reflexiones en torno a la personalidad electrónica de los robots”, en Llano, F. (dir.), Garrido, J. y Valdivia, R. (coords.). *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, 337-358. Murcia: Laborum.
- Sánchez Mazas, M. (1978). *Cálculo de las normas*. Barcelona: Ariel.
- Sancho, I. (2023). “Judge craft: el oficio o arte de juzgar Ignacio Sancho Gargallo. *InDret Privado*, 3, 446-461.
- Schmill, U. y Cossío, J. R. (2016). “Interpretación del Derecho y concepciones del mundo”, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 79-87. Ciudad de México: Fontamara.
- Solar, J. I. (2018). “La codificación predictiva: inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, XI, 75-105.
- Solar, J. I. (2019). *La inteligencia artificial jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- Solar, J. I. (2020). “La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista”. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 41, 1-27.
- Tamayo, S. (2020). “Los robots como entes jurídicos”, en Solar, J. I. (ed.), *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho*, 175-228. Alcalá de Henares (Madrid): Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè.
- Varios Autores (1990). El Poder judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la sociedad, *Poder Judicial*, XI.
- Vega, J. (2003). “El Derecho como práctica y las dimensiones de la argumentación jurídica”. *Doxa*, 46, 435-468.
- Wróblewski, J. (1983). *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Helsinki: Jurídica.
- Zapatero, V. y Garrido, M. I. (2022). *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*. Alcalá de Henares (Madrid): Universidad de Alcalá.



# DE LA CENSURA A LA LEGITIMIDAD: LAS DIFERENTES ESTRATEGIAS DE COMBATE A LA DESINFORMACIÓN EN LÍNEA FRENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

*From censorship to legitimacy: competing strategies to tackle online disinformation and their implications for freedom of expression*

Marcelo Malheiros Cerqueira

Procurador da República, Ministério Público Federal. Brasil

Profesor y orientador pedagógico, Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-4724-6353>

<https://doi.org/10.18543/ed.3331>

Fecha de recepción: 01.05.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

## **Resumen**

En este artículo exploro los desafíos conceptuales, jurídicos y políticos que involucran la desinformación en el ambiente digital. A partir de la revisión de investigaciones empíricas y ejemplos concretos relacionados con el tema, discuto diferentes políticas y soluciones jurídicas de enfrentamiento a la diseminación de contenidos falsos o engañosos en el escenario europeo y brasileño. Al final, destaco los riesgos de censura e inseguridad jurídica en la imposición de límites a la libertad de expresión con base en la categorización de la desinformación o formulaciones análogas como “noticias falsas” (“fake news”) como ilícito.

## **Palabras clave**

Libertad de expresión. Desinformación en línea. Estrategias de combate a la desinformación. Legitimidad. Censura.

***Abstract***

In this article, I explore the conceptual, legal, and political challenges surrounding disinformation in the digital environment. Based on a review of empirical research and concrete examples related to the topic, I discuss different policies and legal solutions to address the dissemination of false or misleading content in the European and Brazilian contexts. Finally, I highlight the risks of censorship and legal uncertainty in imposing limits on freedom of expression based on the categorization of disinformation or analogous formulations such as “fake news” as an unlawful act.

***Keywords***

Freedom of expression. Online disinformation. Strategies to tackle disinformation. Legitimacy. Censorship.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN: LA CRISIS DE LA VERDAD EN LA ERA DIGITAL. II. DE LAS “FAKE NEWS” EN LAS ELECCIONES BRASILEÑAS A LAS INVESTIGACIONES SOBRE LA DESINFORMACIÓN EN LÍNEA. III. Las dificultades conceptuales que rodean a la desinformación. IV. LA DESINFORMACIÓN SOBRE LA DESINFORMACIÓN. V. EL COMBATE A LA DESINFORMACIÓN. 1. *Prebunking* y *debunking*. 2. La (controvertida) tendencia de categorización como contenido ilícito. 3. Separando el grano de la paja: qué es censurable y qué es legítimo. VI. CONCLUSIONES. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. JURISPRUDENCIA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

La distinción entre verdad y mentira ha sido una espina en las relaciones humanas. Los hechos, doctrinas e hipótesis, además de ser frecuentemente complejos, no siempre son unívocos. Sus múltiples interpretaciones dan lugar a discusiones que se oponen o se complementan mediante fragmentos de la verdad, lo que dificulta discernir lo que es cierto de lo que es erróneo.

Las evidencias empíricas son indicativas de la verdad, pero también pueden ser opuestas o disonantes entre sí, además de estar sujetas a eventual superación con el paso del tiempo. No existe, por lo tanto, monopolio de la verdad. Cualquier intento de arbitrarla coercitivamente en cuestiones bajo debate, ya sea por autoridades públicas o por entidades privadas, resbala en autoritarismo y censura.

Las tecnologías digitales del siglo XXI han permitido que la información –tanto verdadera cuanto falsa– circule de manera ágil, ininterrumpida y masiva, impulsada por sistemas de recomendación y diseños de plataformas que fomentan la interacción compulsiva. Ha habido una amplificación estructural, algorítmica y social en la difusión y el consumo de la información en el entorno digital, lo que ha añadido dificultades a la compleja tarea de discernir lo falso de lo verdadero.

En las redes sociales, los contenidos que se viralizan suelen ser breves o superficiales. Figuras influyentes, movidas por una obstinada preocupación narcisista, política o financiera por obtener “likes” y seguidores, recurren a tácticas retóricas que rechazan la complejidad, la relatividad y la dialéctica. Esto provoca la fragmentación del debate público, con información descontextualizada circulando sin un desarrollo discursivo que contemple todos los matices de una determinada cuestión polémica.

En este mismo escenario, personas malintencionadas utilizan la libertad de expresión como pretexto para difundir información falsa y engañosa. Sus propósitos pueden ir desde ofensas contra individuos hasta ataques dirigidos a instituciones públicas y procesos electorales. En un nivel superior, algunos

actores privados y gubernamentales organizan operaciones con cuentas y perfiles falsos para manipular el debate público en las plataformas digitales –lo que viene siendo tratado bajo las etiquetas de “operaciones de influencia” o “comportamiento coordinado no auténtico” (Gleicher et al. 2021, 3-4, 20-22; Franklin y Torrey 2024).

La proliferación de la desinformación en línea es el fenómeno que representa la crisis de la verdad en el entorno digital. Debido a sus posibles impactos negativos, existe un consenso razonable sobre la necesidad de establecer e implementar políticas para combatirla. Sin embargo, en muchas ocasiones, las estrategias desarrolladas con este propósito han aprovechado un cierto pánico moral ante las noticias falsas o fraudulentas para poner en práctica medidas censoras en asuntos de interés público.

En este artículo abordo los desafíos conceptuales, jurídicos y políticos relacionados con el enfrentamiento de la desinformación en el espacio digital. En el apartado 2, presento investigaciones y ejemplos concretos que demuestran el impacto de los contenidos falsos o engañosos en la vida online y offline, generando una percepción subjetiva negativa en la opinión pública, los medios de comunicación y el ámbito político. En el apartado 3, discuto la polisemia del concepto de desinformación y la dificultad en delimitarlo de manera clara, precisa y consistente; a la luz del debate sobre la confiabilidad de las urnas electrónicas en el contexto brasileño, problematizo los riesgos de censura e inseguridad jurídica en la imposición de límites a la libertad de expresión basados en la categorización de la desinformación como ilícito. En el apartado 4, destaco un conjunto de investigaciones empíricas que cuestionan la existencia o validez de evidencias sobre proposiciones como la de que las falsedades generan más atención o circulan más rápido que la verdad. En el apartado 5, presento diferentes estrategias adoptadas en el escenario europeo y brasileño para disminuir la circulación y la interacción con la desinformación en línea; al final, rechazo aquellas medidas desproporcionalmente restrictivas de la libre manifestación de opiniones e ideas en el debate público, en especial la categorización de la desinformación o formulaciones análogas como “noticias falsas” (“*fake news*”) como ilícito.

## II. DE LAS “*FAKE NEWS*” EN LAS ELECCIONES BRASILEÑAS A LAS INVESTIGACIONES EMPÍRICAS SOBRE LOS PROBLEMAS DE LA DESINFORMACIÓN EN LA ERA DIGITAL: UN ESCENARIO PREOCUPANTE

En septiembre de 2021, camioneros bolsonaristas realizaron manifestaciones y bloqueos en territorio brasileño. Varios videos fueron grabados por los manifestantes, en ese momento, difundiendo de manera emocionada la

(falsa) noticia de que el presidente Bolsonaro habría decretado el estado de sitio<sup>1</sup>.

Aproximadamente un año después, en las elecciones brasileñas de 2022, los partidarios del entonces presidente Jair Bolsonaro salieron a las calles para protestar contra el resultado de la segunda vuelta, en la que el candidato Luiz Inácio Lula da Silva resultó vencedor por un margen de votos muy ajustado. Durante las protestas y concentraciones, los manifestantes difundieron numerosas noticias fraudulentas sobre el proceso electoral y la posibilidad de intervención militar en el gobierno.

En Porto Alegre (RS), un manifestante leyó ante una multitud de bolsonaristas un texto que estaba siendo compartido en grupos de aplicaciones de mensajería. Según él, el ministro Alexandre de Moraes, del Supremo Tribunal Federal, habría tenido su arresto decretado<sup>2</sup>. A pesar de la extrema fragilidad del relato, que era evidentemente falso, la reacción de los manifestantes fue unívoca e inmediata: gritaron como una hinchada en un estadio de fútbol celebrando un gol de su equipo, levantando las manos al cielo, saltando, abrazándose y aplaudiendo. Uno de los vídeos que se viralizó en las redes sociales mostraba a una mujer de rodillas, con las manos al cielo, gritando “¡Brasil es nuestro!” –mientras que otros manifestantes, justo detrás, agitaban una gran bandera de Brasil<sup>3</sup>.

Otra situación inusitada ocurrió frente a una dependencia del Ejército en São Paulo (SP). Uno de los organizadores transmitió a la multitud, por altavoz, un titular falso según el cual habría habido un error grave en el resultado de las elecciones, lo que podría favorecer el candidato Bolsonaro. Tal como en los casos anteriormente citados, los manifestantes presentes inmediatamente estallaron en celebración gritando, saltando, agitando banderas y tocando bocinas<sup>4</sup>. No hubo ninguna preocupación en averiguar cuál sería el supuesto error grave o cuál la credibilidad de la fuente de la noticia. Después,

<sup>1</sup> «Bolsonaristas comemoram falsa informação de fraude eleitoral». *Estado de Minas*, 1 de noviembre de 2022. Acceso el 10 de abril de 2025. [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2022/11/01/interna\\_politica,1415626/bolsonaristas-comemoram-falsa-informacao-de-fraude-eleitoral-veja-video.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2022/11/01/interna_politica,1415626/bolsonaristas-comemoram-falsa-informacao-de-fraude-eleitoral-veja-video.shtml).

<sup>2</sup> El ministro Alexandre de Moraes, que en ese momento también presidía el Tribunal Superior Electoral, fue responsabilizado por los bolsonaristas por la derrota de su candidato en las elecciones por diversos motivos, entre ellos la forma en que actuó en la lucha contra la desinformación durante el período electoral.

<sup>3</sup> «Era fake! Bolsonaro festeggia prisão de Moraes». *Dol – Diário Online*, 1 de noviembre de 2022. Acceso el 30 de abril de 2025. <https://dol.com.br/noticias/politica/779179/era-fake-bolsonaristas-festejam-prisao-de-moraes?d=1>.

<sup>4</sup> «Cenas bizarras em manifestações golpistas viralizam na web». *Dol – Diário Online*, 3 de noviembre de 2022. Acceso el 30 de abril de 2025. <https://dol.com.br/tuedoide/viral/779456/cenas-bizarras-em-manifestacoes-golpistas-viralizam-na-web?d=1>.

vehículos de prensa informaron que el mensaje leído en la camioneta con altavoces contenía un enlace, el cual direccionaba a la imagen de un humorista con la frase “es mentira, tonto”<sup>5</sup>.

Esos ejemplos caricaturescos, entre otros similares que involucran al espectro político opuesto<sup>6</sup>, ilustran cómo noticias fraudulentas pueden ser explotadas para influenciar a las personas y generar comportamiento de manada, incluso en casos en que los mensajes compartidos son notoriamente falsificados.

La desinformación ha sido señalada como una de las principales disfunciones del entorno digital. Son diversos los estudios y reportajes que la responsabilizan por el recrudecimiento de la polarización política, con la consecuente generación de riesgos para los regímenes democráticos y a la integridad del proceso electoral (Allcott y Gentzkow 2017; Suciú 2022). Además, la desinformación está relacionada con la proliferación de discursos de odio y al extremismo online (Efsas, 2021); al mal uso de remedios y otros agentes químicos durante la pandemia de la Covid-19, además de la reticencia en relación con la política de vacunación (Loomba et al. 2021; Enders et al. 2022; European Commission 2020, 4); a la volatilidad del mercado financiero y a pérdidas causadas a los inversores y sus negocios por depreciaciones en valores de acciones (Rapoza 2017).

La percepción subjetiva de la desinformación en la sociedad ratifica los estudios teóricos y empíricos sobre el asunto. En una investigación realizada por el Instituto Reuters en 2024, por ejemplo, se identificó una proporción del 59%, entre las personas entrevistadas en 47 países, que se preocupan por la desinformación en el ambiente digital. Las preocupaciones están menos motivadas por noticias completamente falsas que por opiniones o agendas con las que los entrevistados puedan discrepar. Los entrevistados relataron haber visualizado información falsa o engañosa en temas como política (36%), coronavirus (30%), economía y costo de vida (28%), conflicto entre Israel y Palestina (27%), guerra en Ucrania (24%), cambio climático (23%), inmigración (21%) y otras cuestiones de salud (18%). La proporción de usuarios que alegó dificultad para identificar noticias confiables varió entre plataformas y países, alcanzando el 27% para *TikTok* y el 24% para *X* (anteriormente

<sup>5</sup> «Bolsonaristas comemoram informação falsa de que TSE identificou erro grave nas eleições». *O Povo*, 3 de noviembre de 2022. Acceso el 10 de abril de 2025. <https://www.opovo.com.br/eleicoes-2022/2022/11/03/bolsonaristas-comemoram-informacao-falsa-de-que-tse-identificou-erro-grave-nas-eleicoes.html>.

<sup>6</sup> «Influenciador petista repete “gabinete do ódio”, gera 1 bilhão de views e fatura com desinformação». *Estadão*, 11 de junio de 2024. Acceso el 11 de junio de 2024. <https://www.estadao.com.br/politica/influenciador-petista-repete-gabinete-do-odio-gera-1-bilhao-de-views-e-fatura-com-desinformacao/>.

*Twitter*). A pesar de las preocupaciones externadas, cerca de la mitad de los encuestados que usan cada red afirmaron considerar fácil la distinción entre noticias confiables y falsas –percepción que, así como las demás registradas en la investigación, no necesariamente corresponde a la realidad (Newman et al. 2024, 17).

Este conjunto de ejemplos, evidencias empíricas y estudios de correlación y percepción subjetiva crea un escenario extremadamente favorable al avance de políticas represivas de la desinformación en el mundo online. Sin embargo, es necesario tener cautela tanto en el diagnóstico como en la dosis del remedio, empezando por la comprensión de los riesgos derivados de la vaguedad del término desinformación.

### III. LAS DIFICULTADES CONCEPTUALES QUE RODEAN A LA DESINFORMACIÓN

El concepto de desinformación es esencialmente polisémico. Sus múltiples significados dependen de definiciones previas sobre dos elementos clave: uno de naturaleza objetiva, que abarca la delimitación de lo que debe entenderse como información falsa o engañosa, y otro de naturaleza subjetiva, que envuelve la exigencia o no de intencionalidad en la difusión de dicha información.

En inglés, tres términos buscan delimitar el fenómeno bajo diferentes acepciones técnicas: *misinformation*, que describe la divulgación no intencional de información falsa; *disinformation*, que indica la diseminación de dicha información con el intento de causar daños o engañar; *malinformation*, que corresponde a la información con origen en la verdad, pero propagada de forma deliberadamente exagerada o retirada de contexto, a fin de causar daño (Wardle y Derakhshan 2017, 20). Hay aún la expresión *fake news*, que normalmente es utilizada con menor rigor técnico para describir la fabricación y divulgación de noticias falsas con o sin intención, notablemente en el campo político –en el cual, debo añadir, comúnmente es capturada por políticos y sus apoyadores como una maniobra retórica, con la finalidad de retirar la credibilidad de materias periodísticas que les sean desfavorables.

Gran parte de las investigaciones empíricas aborda el problema de la desinformación desde una perspectiva más amplia (*misinformation*), de carácter predominantemente objetivo. En esta línea de razonamiento, la desinformación puede entenderse como “la información falsa o engañosa que es contradicha por evidencia empírica o que resulta inconsistente con el consenso común o de expertos” (Chuai et al. 2024, 1). Se trata de una opción metodológica que se justifica, por un lado, por la dificultad de evaluar la intención de cada usuario respecto al contenido falso o engañoso que se publica o comparte en las plataformas digitales. Por otro lado, esta opción impone

limitaciones claras a dichas investigaciones, en la medida en que dificulta discernir la magnitud del problema desde una perspectiva cognitiva y qué estrategias deben adoptarse para enfrentarlo.

Si bien este enfoque metodológico puede ser aceptable en el ámbito de la investigación científica, su aplicación resulta inaplicable cuando se trata de definir qué tipo de noticia u opinión informativa puede ver restringida o moderada su difusión por ser considerada desinformación. En un Estado de Derecho, los ciudadanos deben contar con seguridad jurídica respecto a lo que pueden expresar en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, lo que excluye la posibilidad de prohibiciones amplias, vagas o inconsistentes.

El concepto de desinformación, en cualquiera de sus formas (*misinformation*, *disinformation* y *malinformation*), plantea dificultades como categoría limitadora de la libertad de expresión por dos motivos básicos.

Primeramente, como ya mencioné, evaluar la intención en la divulgación de una noticia o información falsa es una tarea extremadamente ardua. Las personas pueden diseminar falsedades sin considerarlas como tales, al mismo tiempo en que pueden ser deliberadamente ambiguas para borrar la línea distintiva entre un error legítimo y una mentira intolerable. Fuera de eso, incluso en casos en los cuales existen evidencias que apuntan de manera consistente a la falsedad de una información, es común que las personas la consideren verdadera. Se trata del fenómeno conocido como “sesgo de verdad” (Pantazi, Klein y Kissine 2020).

A ese conjunto de complejas peculiaridades que giran en torno al elemento subjetivo del concepto de desinformación se añade el segundo problema. Su elemento objetivo (falsedad o veracidad de una información) se encuentra frecuentemente en disputa epistémica, de tal modo que “no podemos presumir que las falsedades señaladas como desinformación sean, en realidad, falsas” (Eduardo y Goldstein 2024).

Explico mejor. Una información en disputa epistémica es un dato, conjunto de datos o conocimiento cuya veracidad o validez se debate debido a diferentes interpretaciones, a la falta de consenso entre especialistas o a la existencia de evidencias conflictivas al respecto –además de la inevitable influencia de aspectos políticos, sociales, culturales o ideológicos. Por ejemplo, cuestiones como los impactos reales de las noticias falsas en las elecciones, la eficacia de los sistemas de verificación de hechos y el origen de la Covid-19 pueden ser consideradas bajo disputa epistémica porque diferentes estudiosos, evidencias e interpretaciones compiten entre sí.

Los casos polémicos que involucran la restricción o moderación de contenido etiquetado como desinformación tienden a ocurrir precisamente en la zona gris de una información en disputa epistémica. Las declaraciones sobre hechos cuya constatación se encuentra fuera de toda duda razonable (ej.: “el sol es caliente”) o que coinciden con la opinión predominante en una época

(ej.: “las democracias son mejores que las autocracias”) no presentan ninguna dificultad. Pero, si un individuo afirma que “las urnas electrónicas son confiables” y otro afirma lo contrario, ambos están emitiendo opiniones sobre un hecho objeto de disputa epistémica. ¿De qué lado está la verdad?

El análisis de los diversos matices que involucran el argumento de una mayor confiabilidad del sistema de votación electrónica en detrimento de los sistemas manuales con papeletas excede los límites de este artículo. En el caso brasileño, por ejemplo, se adoptan múltiples capas de seguridad y transparencia que minimizan no solo los riesgos de fraudes electrónicos, accesos remotos no autorizados o ataques de hackers, sino también aquellos fraudes que eran frecuentes en las votaciones manuales, como la alteración de boletas y los recuentos incorrectos. Por estas razones, particularmente considero que el sistema electrónico es más robusto y seguro que cualquier otro que aún dependa del voto en papel, especialmente en el contexto brasileño, históricamente marcado por una alta incidencia de irregularidades en este tipo de modalidad.

Sin embargo, y aquí está el punto relevante, una mayor confiabilidad de las urnas electrónicas no es sinónimo de infalibilidad. Varios países aún prefieren sistemas de votación manual en lugar de urnas electrónicas por razones relacionadas con la seguridad, la transparencia, la confianza pública, los costos y el contexto político-cultural. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional decidió en 2009 que las urnas electrónicas, en la forma en que se utilizaban, no cumplían plenamente con el principio de transparencia electoral, según lo establecido en el artículo 38 de la Ley Fundamental. La decisión no prohibió totalmente la votación electrónica, pero estableció condiciones estrictas para su implementación –consistentes, en síntesis, en la posibilidad de una verificación confiable y comprensible, incluso sin conocimientos técnicos especializados, de las etapas de votación y del escrutinio de los resultados (Fitzpatrick y Jöst 2022).

Retomando el caso brasileño, es válido recordar la importancia de la dialéctica en situaciones bajo disputa epistémica. Incluso las opiniones populares que se revisten de una presunción de infalibilidad rara vez corresponden a toda la verdad. El choque entre dos posturas antagónicas permite que verdades parciales puedan ser perfeccionadas, ya sea por la incorporación de fragmentos que habían sido ignorados, ya sea por el desarrollo de argumentos más contundentes a su favor. Por todo ello es que Stuart Mill ya decía, hace más de dos siglos, que no existe un juez infalible de opiniones para decidir si una opinión es nociva o falsa; la opinión debe tener “total oportunidad para defenderse” (Mill 2017, 98).

Los cuestionamientos a las urnas electrónicas en el contexto de las elecciones brasileñas, especialmente durante el gobierno Bolsonaro (Ruediger 2022), llevaron a una mejora de la transparencia de los órganos electorales en

cuanto a las medidas de seguridad adoptadas desde la fabricación de esos equipos hasta el conteo de votos (TRE-GO, 2024). Al mismo tiempo, informaciones claramente falsas sobre su funcionamiento fueron sistemáticamente contradichas, tanto por el Tribunal Superior Electoral como por agencias de verificación de hechos, lo que es una estrategia válida y no censora de combate a la desinformación. Incluso con toda la movilización del bolsonarismo en torno al ideario de fraude en las urnas electrónicas, la propuesta de enmienda a la constitución para instituir el voto impreso auditable (PEC n.º 135/2019) fue rechazada en agosto de 2021.

Teniendo todo esto em mente, indago: ¿las críticas a la falta de seguridad de las urnas electrónicas deben siempre ser catalogadas como “*fake news*” o desinformación? ¿Cómo definir qué argumentos sobre el sistema de votación electrónica deben ser considerados intencionalmente falsos o equivocadamente imprecisos? ¿Están legitimadas las autoridades públicas para enfrentar la desinformación electoral –o formulaciones análogas como “noticias falsas” o divulgación de “hechos sabidamente inverídicos”– vía categorización como ilícito y eventual sanción civil o criminal? ¿Suprimir la posibilidad de escrutinio, aunque erróneo, en un tema de interés público no implica una restricción arbitraria de la libertad de expresión?

Estas cuestiones llevan a la discusión sobre los diferentes métodos que deben ser utilizados en el combate a la desinformación –y cómo ellos pueden eventualmente convertirse en mecanismos de censura. Antes de abordarlos más de cerca, no obstante, debo presentar algunos contrapuntos señalados por ciertas investigaciones empíricas frente a la percepción alarmista que se ha consolidado sobre los efectos negativos de la desinformación en el entorno digital.

#### IV. LA DESINFORMACIÓN SOBRE LA DESINFORMACIÓN

Al abordar lo que denomina “infocracia”, Byung-Chul Han afirma de manera inequívoca que “las *fake news*, noticias falsas, generan más atención que los hechos. Un solo tuit que contenga *fake news* o fragmentos de información descontextualizados es posiblemente más efectivo que un argumento fundamentado”. Así, concluye que la actuación de ejércitos de *trolls*, *bots* y cuentas falsas que difunden *fake news* y teorías conspirativas durante campañas electorales expone a los votantes a una influencia indebida y pone en peligro la democracia (Han 2022, 13, 42-43).

Este tipo de narrativa es respaldado, en cierta medida, por estudios que destacan la desinformación como una de las principales disfunciones del entorno digital. Como mencioné en el apartado 2 de este artículo, la difusión de contenidos falsos o engañosos se ha vinculado al agravamiento de la polarización política, la manipulación electoral, la proliferación de discursos de

odio y la reticencia a la vacunación durante la pandemia de la Covid-19, entre otros fenómenos.

La percepción negativa sobre la desinformación online se acentúa fuera del ámbito académico. La opinión pública, probablemente influenciada por el tono alarmista con el que el tema ha sido abordado en los medios de comunicación y en el sector político, ha manifestado preocupaciones relevantes al respecto. En una investigación realizada en Estados Unidos en 2019, por ejemplo, más norteamericanos dijeron que las noticias inventadas son un gran problema que aquellos que afirmaron lo mismo en relación con asuntos como crímenes violentos, cambio climático, racismo, inmigración ilegal, terrorismo y sexismo (Pew Research Center 2019). En Brasil, de manera similar, el 81% de los entrevistados en una investigación realizada en 2024 alegaron que la diseminación de noticias falsas puede impactar “mucho” los resultados electorales; además, el 78% evaluó como “muy importante” el control de noticias falsas en las redes sociales para garantizar una disputa justa en las elecciones (Instituto de Pesquisa Datasenado 2024, 16-19).

En sentido opuesto a esa visión pesimista, varias investigaciones cuestionan la existencia de evidencias empíricas que sustenten el “pánico moral” con la propagación de informaciones falsas o engañosas en el ambiente online. Ellas presentan constataciones en el sentido de que las noticias no confiables (falsas, de baja calidad, partidistas) representan una porción pequeña de las informaciones consumidas por las personas (Allen et al. 2020; Altay, Nielsen y Fletcher 2022); o que la mayor parte de las personas no comparte noticias no confiables (Grinberg et al. 2019; Guess, Nagler y Tucker 2019), considerándolas, en promedio, menos plausibles que las noticias verdaderas (Acerbi, Altay y Mercier 2022, 4); o también que las redes sociales no son las únicas culpables por la desinformación (Benkler, Faris y Roberts 2018, 37-38; Bennet y Livingston 2021, 3-40); o, finalmente, que la influencia de noticias falsas en comportamientos políticos es menor de lo que se imagina, excepto por el aumento de la creencia en afirmaciones falsas (Guess et al. 2020).

En el estudio que inspira el título de este apartado (“*Misinformation on misinformation: conceptual and methodological challenges*”), un trío de investigadores identifica dos conjuntos de equívocos comunes sobre la desinformación en el debate académico. El primero de ellos abarca las siguientes afirmaciones sobre la prevalencia y la circulación de la desinformación: i) se trata de un problema exclusivo de las redes sociales; ii) la internet está repleta de desinformación; iii) las falsedades circulan más rápido que la verdad. El segundo conjunto de equívocos comprende concepciones sobre el impacto y la recepción de la desinformación: iv) la gente cree todo lo que ve en internet; v) muchas personas están desinformadas; vi) la desinformación ejerce una

gran influencia en el comportamiento de las personas (Altay, Berriche y Acerbi 2023).

Varios de estos puntos se correlacionan con el uso de grandes volúmenes de datos digitales (*big data*) como metodología para evaluar la desinformación. Este enfoque tiende a sobreestimar la circulación, la prevalencia, el impacto y la recepción de la desinformación en el mundo online por diversos motivos. El hecho de que la internet permita la medición de datos sobre la difusión de noticias falsas o engañosas no implica que el fenómeno no existiera o haya dejado de existir en el universo offline. En la internet, los números siempre son superlativos, lo que hace necesario analizarlos de forma contextualizada dentro de todo el ecosistema de información, incluyendo los medios tradicionales como la televisión y la radio. También deben ser examinados en perspectiva, lo que significa que miles o millones de compartidos de una noticia falsa no necesariamente indican su predominancia o prevalencia en la dieta de consumo de los usuarios de las redes sociales (Altay, Berriche y Acerbi 2023, 2-4).

En la misma línea de razonamiento, grandes volúmenes de datos sobre noticias no confiables en internet no permiten presuponer que las personas creen en todo lo que ven, o que sean en su mayoría desinformadas, o incluso que la desinformación tenga una fuerte influencia en su comportamiento. Métricas como los “me gusta” y las comparticiones no proporcionan una comprensión precisa sobre cómo los individuos interpretan e influyen en los contenidos a los que acceden. Estos aspectos subjetivos están ligados a matices contextuales como la socialización, la ironía y la expresión de escepticismo o rabia –y no necesariamente implican un respaldo, total o parcial, de aquello que se indica con un “me gusta” o se comparte (Altay, Berriche y Acerbi 2023, 5-8).

Otro problema destacado por los investigadores involucra la definición de la desinformación, lo que puede influir tanto en la escala del problema como en las soluciones que se adopten. La afirmación de que “las falsedades se difunden más rápidamente que la verdad”, por ejemplo, es empíricamente controvertida<sup>7</sup>. Uno de los artículos frecuentemente citados en favor de esta hipótesis no es apto para demostrarla de forma tan generalizada, ya que analizó únicamente noticias contestadas que fueron clasificadas por verificadores de hechos como falsas o verdaderas (Vosoughi, Roy y Aral 2018; Sunstein 2021, 62-63) –lo que, evidentemente, deja fuera un gran número de noticias o publicaciones virales que ni siquiera son cuestionadas. Así, la confirmación o refutación de la tesis puede estar vinculada, respectivamente, a

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, una investigación de 2020 señaló que la información proveniente de fuentes confiables y cuestionables, en relación con el inicio de la pandemia del coronavirus, no presentó patrones de difusión significativamente diferentes (Cinelli et al. 2020).

concepciones más amplias o estrictas de lo que debe entenderse como información y desinformación (Altay, Berriche y Acerbi 2023, 4).

Finalmente, en cuanto a la alegación de que la desinformación ejerce una fuerte influencia en el comportamiento de las personas, los investigadores señalan que los datos correlacionales no indican necesariamente causalidad. Al contrario de lo que se puede presuponer, la exposición a contenido falaz no implica un cambio comportamental; la tendencia es que las personas consuman información con la que ya concuerdan, reforzando sus creencias pre-existentes (Altay, Berriche y Acerbi 2023, 7-8).

La importancia de estos contrapuntos a los efectos negativos de la desinformación en el ambiente digital no radica en negar la existencia del problema. Su complejidad no justifica un escepticismo técnico exacerbado, pero tampoco debe ser motivo para un abordaje excesivamente alarmista. Combatir la diseminación intencional de contenidos falsos o engañosos es necesario, pero no se puede, bajo tal pretexto, legitimar políticas públicas o decisiones judiciales de carácter censorio, que comprometan la libertad de expresión y la esfera pública discursiva.

Em una perspectiva holística, la desinformación debe entenderse como parte de problemas socioeconómicos complejos (Altay, Berriche y Acerbi 2023, 9), entre ellos la mayor propensión de las personas a no estar informadas o a ser ambiguas (Li y Wagner 2020, 656). Así, en lugar de ser vista como una explicación monocausal, la desinformación es más bien uno de los síntomas de estos problemas. Con esta salvedad en mente, trataré en el siguiente tópico las principales estrategias para combatirla.

## V. EL COMBATE A LA DESINFORMACIÓN

### 1. *Prebunking* y *debunking*

Las políticas y soluciones jurídicas de combate a la desinformación pueden dividirse en tres enfoques principales: *prebunking* (“inmunización informativa”), *debunking* (“desenmascaramiento informativo”) y –lo que examinaré en el siguiente tópico– la categorización como contenido ilícito.

El *prebunking* es una estrategia preventiva que busca fortalecer la resiliencia de las personas contra la desinformación antes de que la encuentren. Esto puede hacerse por diferentes métodos de inmunización informativa. Uno de ellos consiste en exponer a los individuos a versiones controladas de falsedad, enseñándoles a reconocer técnicas comunes de manipulación y falacia lógica. En el mismo sentido, pueden realizarse campañas educativas sobre teorías de la conspiración y señales típicas de noticias falsas, como titulares alarmistas y la ausencia de fuentes confiables. El camino opuesto también es posible, preparando las personas con información confiable (teoría de

la inoculación) para que posean un filtro preventivo contra la desinformación subsiguiente.

El *debunking*, por su parte, involucra el conjunto de técnicas destinadas a desmentir o refutar la desinformación después de su diseminación. En lugar de centrarse en la prevención, el *debunking* actúa de manera reactiva, presentando explicaciones y evidencia confiable frente a información falsa o engañosa. Ejemplos de esta estrategia abarcan las verificaciones de hechos por agencias profesionales o por público lego (*crowdsourced*).

Ambas las intervenciones son demostradamente efectivas para disminuir la vulnerabilidad del público objetivo a la desinformación, reduciendo las creencias en alegaciones falsas y la probabilidad de compartirlas (Bruns et al. 2024). Las intervenciones preventivas contribuyen a que los individuos desarrollen resistencia a la desinformación en un contexto más amplio. Sin embargo, no suelen ser adecuadas para neutralizar noticias falsas o engañosas que puedan rápidamente volverse virales y causar preocupaciones por su potencial dañino (Chuai et al. 2024, 2). En estos casos, los mecanismos de *debunking* son imprescindibles –aunque con diversas limitaciones en cuanto a su alcance, rapidez y efectividad, ya sea en las verificaciones implementadas por profesionales (Walter et al. 2020; Graves 2016, Part III), ya sea en las realizadas por público lego, como las notas comunitarias (Drolsbach et al. 2024; Allen et al. 2021; Saed et al. 2022; Zhao y Naaman 2023; Chuai et al. 2024).

En el ámbito de la Unión Europea, el enfrentamiento a la desinformación online involucra principalmente la imposición de obligaciones y la formulación de incentivos a la adopción de mecanismos de *debunking* y *prebunking*. Se parte, para ello, de la premisa de que es necesario conciliar los desafíos planteados por la circulación de información falsa o engañosa a gran escala –que no necesariamente involucra contenidos ilegales– con la garantía de debates públicos libres, plurales e inclusivos en las sociedades democráticas. De acuerdo con la Comisión Europea, “el contenido legal, aunque se trate de contenido supuestamente nocivo, está generalmente protegido por la libertad de expresión y debe abordarse de manera diferente a los contenidos ilegales, en cuyo caso se puede justificar la eliminación del propio contenido” (European Commission 2018, 1). Volveré a este punto específico en el siguiente tópico.

En línea con estas directrices, el Reglamento de Servicios Digitales (*Digital Services Act – DSA*), adoptado oficialmente en 2022, prevé una serie de obligaciones para las plataformas y motores de búsqueda de “muy gran dimensión” relacionadas con el combate a la desinformación (en inglés, *Very Large Online Platforms and Very Large Online Search Engines – VLOP-SEs*). En síntesis, estos servicios deben realizar evaluaciones de riesgos sistémicos involucrando la diseminación o amplificación de contenidos

engañosos, incluso si no son ilegales (artículo 34 c/c considerando n.º 84). Deben, también, implementar medidas de mitigación de estos riesgos (artículo 35) y poseer un mecanismo de respuesta en caso de crisis (artículo 36). Considerando el papel que la publicidad dirigida puede desempeñar en la diseminación de la desinformación, el reglamento limita este tipo de publicidad (artículos 26.2 y 26.3) y exige que las plataformas y motores de búsqueda de “muy gran dimensión” mantengan un repositorio público de anuncios (considerando n.º 95). Finalmente, el reglamento fomenta a las plataformas a adherirse a un código de conducta voluntario sobre desinformación, a nivel de la Unión Europea (artículo 45 y considerando n.º 104).

En su versión de octubre de 2024, el Código de Conducta sobre Desinformación de la Unión Europea, basado en diversos documentos e iniciativas europeas, presenta una serie de medidas que deben adoptar sus signatarios, especialmente las plataformas digitales y los motores de búsqueda en internet (European Union 2025).

En síntesis, la adhesión al Código implica la asunción de compromisos como: el escrutinio de anuncios con el objetivo de desmonetizar y, en consecuencia, reducir la diseminación de contenidos desinformativos en formato de publicidad o junto con ella (compromisos 1 a 3); el establecimiento de mecanismos eficaces para garantizar la transparencia de la publicidad política, etiquetándola y distinguiéndola como contenido de pago (compromisos 4 a 13); la promoción de la integridad de los servicios, implementando o reforzando políticas para abordar acciones manipulativas de agentes maliciosos, como el uso de cuentas falsas, la compra de interacciones, la amplificación dirigida por *bots*, la coordinación de comportamientos inauténticos y la creación de *deepfakes* con inteligencia artificial generativa (compromisos 14 a 16); empoderamiento de los usuarios mediante el aumento de la educación mediática (*media literacy*), con el desarrollo e implementación de herramientas y campañas que fomenten el pensamiento crítico (compromiso 17).

Otros compromisos involucran: la adopción de un “diseño seguro” de la arquitectura de servicios, de modo que los sistemas de recomendación algorítmica estén “proyectados para mejorar la prominencia de información confiable y reducir la prominencia de desinformación” (compromiso 18, medida 18.1); el desarrollo y la aplicación de políticas proporcionales para limitar la difusión de información falsa o engañosa perjudicial, como prohibir, degradar o no recomendarla, de forma adaptada a la gravedad de los impactos y con respeto a la libertad de expresión (compromiso 18, medida 18.2) –asegurando, además, el acceso a un sistema de recursos transparente y ágil (compromiso 24); la garantía de transparencia y opciones disponibles para los usuarios con respecto a los sistemas de recomendación algorítmica (compromiso 19); la facilitación del acceso a herramientas para que los usuarios puedan evaluar la autenticidad y precisión factual de la información, incluyendo

verificaciones de hechos por organizaciones independientes y otras fuentes confiables (compromisos 20 a 23); la construcción e implementación de recursos o iniciativas en aplicaciones de mensajería que capaciten a los usuarios para pensar críticamente sobre la información que reciben y determinar si es precisa, sin debilitar la criptografía y con la debida consideración a la protección de la privacidad (compromiso 25); la divulgación y el acceso a los datos y estudios de los signatarios para la capacitación de la comunidad de investigación sobre desinformación (compromisos 26 a 29); el establecimiento de una estructura de cooperación transparente, estructurada, abierta, financieramente sostenible y no discriminatoria entre los signatarios y la comunidad de verificadores de hechos (compromisos 30 a 33).

Finalmente, el Código prevé mecanismos para supervisar su implementación y monitoreo, como la creación de un centro de transparencia y de un grupo de trabajo permanente, además de la presentación de informes periódicos por los firmantes (compromisos 34 a 43).

## 2. *La (controvertida) tendencia de categorización como contenido ilícito*

La gran polémica en torno al tema de la desinformación se refiere a su categorización como contenido ilícito, lo que puede acarrear diferentes consecuencias, desde la previsión de eliminación de contenido hasta la sanción penal. En este apartado, trazo un panorama de las disposiciones a este respecto en el ámbito de la Unión Europea y sus Estados miembros, así como de Brasil y de las plataformas digitales; en el apartado siguiente, examino críticamente estas restricciones.

En la Unión Europea, varios Estados miembros poseen leyes internas –no necesariamente creadas para el contexto digital– que prevén la desinformación o noticias falsas como contenido ilícito, incluso en el ámbito penal. Entre los ejemplos se encuentran la Ley sobre la Prestación de Información al Público de Lituania, que en su artículo 19 prohíbe explícitamente la difusión de desinformación; el Código Penal de Malta, cuyo artículo 82 criminaliza la divulgación maliciosa de noticias falsas “que puedan alarmar a la opinión pública, perturbar el orden público o la paz pública, o crear conmoción entre el público o entre determinadas clases de la población”; y la Ley sobre la Libertad de Prensa de Francia, que en su artículo 27 prohíbe la diseminación de noticias falsas cuando, “hechas de mala fe, hayan perturbado la paz pública o sean susceptibles de perturbarla”, sujetando a los responsables a una multa de hasta 45.000 euros (Ó Fathaigh, Helberger y Appelman 2021, p. 3, 7-11; Attenborough 2024).

En algunos países de la Unión Europea, la prohibición de la desinformación se dirige a su difusión en contextos específicos, como la pandemia de la Covid-19 o los periodos electorales. Francia, por ejemplo, aprobó en 2018 una ley

destinada al combate de la manipulación de la información durante las elecciones (en francés, *LOI n.º 2018-1202 du 22 décembre 2018, relative à la lutte contre la manipulation de l'information*)<sup>8</sup>. Su texto permite que alegaciones o imputaciones intencionales de hechos imprecisos o engañosos sean eliminadas por orden judicial, siempre que exista el potencial de daño a una elección y su diseminación ocurra de manera artificial o automatizada y masiva.

Estas y otras disposiciones nacionales son objeto de crítica por divergir “considerablemente en términos de alcance, destinatarios y sanciones jurídicas”, con “implicaciones potencialmente amplias para los derechos fundamentales” al considerar contenido falso, engañoso o desinformativo como ilegal (Ó Fathaigh, Helberger y Appelman 2021, p. 7-11). En este sentido, según la Comisión Europea, la desinformación debe ser tratada como contenido perjudicial debido a los riesgos que representa para los procesos políticos democráticos y otros valores (educación, ciencia, educación, finanzas), pero no debe confundirse con formas de contenido ilegales, como la pornografía infantil, la difamación, la incitación a la violencia y el discurso de odio (European Commission 2020a, 3-4; European Commission 2020b). Esta es también la posición adoptada por el Grupo de Expertos de Alto Nivel de la Unión Europea sobre Noticias Falsas y Desinformación en Línea –que excluye no solo la difusión en línea de contenido ilegal del concepto de desinformación, sino también las formas de distorsión deliberada de hechos no engañosas, como la sátira y la parodia (European Commission 2018a, 10-11).

Siguiendo estos parámetros, y buscando la uniformización de las reglas aplicables a los prestadores de servicios intermediarios, el Reglamento de Servicios Digitales europeo no considera la desinformación como ilegal por sí misma; en cambio, la trata como un riesgo a ser gestionado, dado su carácter perjudicial para los individuos y la sociedad en general. Como mencioné en el apartado anterior, el reglamento impone diversas obligaciones a las plataformas digitales para lidiar con contenido desinformativo (cf. considerandos n.ºs 2, 9, 69, 83, 84, 88, 95, 104, 106 y 108, además de los artículos 34 a 36), pero rechaza la influencia del derecho de los Estados miembros en la categorización de la desinformación como contenido ilícito (art. 3º, h) –excepto cuando involucre simultáneamente otras formas de discurso prohibidas por el derecho de la Unión Europea, como difamación, discurso de odio e incitación a la violencia.

Es curioso notar, sin embargo, que el Código de Conducta sobre Desinformación de la Unión Europea establece en su medida 18.2 que sus signatarios deben desarrollar y adoptar “políticas públicamente documentadas y proporcionales para limitar la difusión de información falsa o engañosa perjudicial” –entre ellas, dependiendo del servicio, “prohibir, degradar o no

<sup>8</sup> Acceso el 28 de febrero de 2025. «<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000037847559>».

recomendar dicha información”, según la gravedad de sus impactos, además de tomar “medidas contra páginas web o actores que violen estas políticas de forma persistente” (European Union 2025, 26). Aunque la adopción del Código no sea obligatoria y él contenga un aviso legal en el sentido de que no debe considerarse representativo de la posición oficial de la Comisión Europea, su firma es estimulada por el Reglamento de Servicios Digitales (artículo 45 y considerando n.º 104).

En Brasil, existe una fuerte tendencia represiva de la desinformación en el ámbito electoral. Se considera delito la divulgación, en la propaganda electoral o durante el período de campaña electoral, de hechos que se saben inveraces en relación con partidos o candidatos y que puedan ejercer influencia ante el electorado (artículo 323 del Código Electoral – Ley n.º 4.737/65). Además, tres resoluciones del Tribunal Superior Electoral (TSE) abordan la cuestión de la desinformación y las exigencias impuestas por el órgano a las plataformas digitales: Resolución n.º 23.610/2019 (propaganda electoral), modificada por la Resolución n.º 23.732/2024; Resolución n.º 23.714/2022 (enfrentamiento a la desinformación que afecte la integridad del proceso electoral); y Resolución n.º 23.735/2024 (ilícitos electorales).

A modo de ejemplo de las diversas disposiciones incluidas en estos actos normativos, el artículo 27, § 1º, de la Resolución TSE n.º 23.610/2019 prohíbe “divulgar hechos sabidamente inveraces” en la propaganda electoral, lo que puede dar lugar a la aplicación de una multa (art. 57-D, § 2º, de la Ley n.º 9.504/97). Ya la Resolución TSE n.º 23.714/2022 prohíbe “la divulgación o compartir hechos sabidamente inveraces o gravemente descontextualizados que afecten la integridad del proceso electoral, incluidos los procesos de votación, escrutinio y totalización de votos” –autorizando al TSE a determinar a las plataformas digitales que eliminen el contenido desinformativo, bajo pena de multa, así como a suspender temporalmente perfiles, cuentas o canales mantenidos en medios sociales, en caso de producción sistemática de desinformación.

Las resoluciones del TSE, pese a su carácter general y abstracto, son justificadas por la corte como parte de su poder de policía sobre la propaganda electoral, de acuerdo con lo establecido en el art. 23, IX, del Código Electoral y en los arts. 57-J y 105 de la Ley n.º 9.504/97. Al analizar la constitucionalidad de la Resolución TSE n.º 23.714/2022, el ministro Edson Fachin, del Supremo Tribunal Federal, resaltó que dicho acto normativo formaba parte de un “arco de experimentación regulatoria en lo que respecta al enfrentamiento del complejo fenómeno de la desinformación y sus impactos electorales”. Los potenciales perjuicios de la desinformación para la integridad del proceso electoral constituyeron la justificación central de la decisión<sup>9</sup>:

<sup>9</sup> Supremo Tribunal Federal (Brasil), *Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 7261*, rel. min. Edson Fachin, 6 de marzo de 2024.

“[...] es bien sabido que, en el caso de ‘fake news’ difundidas a través de internet, existe un vacío y un desfase entre el conocimiento del hecho y la eliminación de su contenido (*notice and take down*). De este modo, los perfiles falsos pueden amplificar el alcance de la desinformación, en un claro abuso de poder. Mientras el tiempo de reacción es corto, el daño potencial a la integridad del proceso electoral es inmensurable.

[...] la normalidad de las elecciones está en cuestión cuando la *libertad* se convierte en ausencia de libertad, ya que se encuentra desconectada de la realidad, la verdad y los hechos. Este ejercicio abusivo pone en riesgo a la propia sociedad libre y al Estado de Derecho democrático.

[...] La difusión de noticias falsas, en el corto período del proceso electoral, puede tener la fuerza de ocupar todo el espacio público, restringiendo la libre circulación de ideas.”

El análisis de diversos precedentes del TSE revela su actuación, mediante la imposición de multas, las órdenes de eliminación de contenido y las prohibiciones de nuevas publicaciones con el mismo tenor, frente a la desinformación en línea dirigida: a) a la integridad del proceso electoral, como manifestaciones falsas o engañosas sobre fraude electoral, adulteración de votos, violación o manipulación de las urnas electrónicas y la imposibilidad de ser auditadas; b) a integrantes de la Justicia Electoral, como alegaciones sobre su actuación sospechosa, parcial o abusiva, así como ataques injuriosos, calumniosos o difamatorios; c) a candidatos y partidos políticos, cuando sea capaz de afectar la legitimidad del proceso electoral (por ejemplo, la difusión de un video que inducía a los votantes a creer que un candidato apoyaba el aborto, a pesar de que la prensa ya había informado que la afirmación era falsa) (Lucena 2024, 28, 87-90).

Finalmente, destaco que el tema de la desinformación también es abordado por las plataformas digitales en la esfera privada. Independientemente de la existencia de una ley nacional que regule el asunto<sup>10</sup>, varias de estas plataformas prohíben contenido desinformativo con mayor o menor amplitud en sus términos de uso, lo que les permite la moderación mediante la eliminación de publicaciones o la suspensión de usuarios. Según la política adoptada por Meta, por ejemplo, la desinformación se elimina “cuando existe la posibilidad de que contribuya directamente al riesgo de lesiones corporales inminentes”, así como en los casos en que “pueda contribuir directamente a la interferencia del funcionamiento de procesos políticos” (Meta 2025).

<sup>10</sup> El Código de Conducta sobre Desinformación de la Unión Europea, como se ha visto, enumera entre sus compromisos el que se adopten políticas por las plataformas para prohibir, degradar o no recomendar información falsa o engañosa perjudicial.

### 3. *Separando el grano de la paja: qué es censurable y qué es legítimo*

Las restricciones sobre la desinformación, de orden público o privado, criminales o no, ¿pueden ser consideradas constitucionalmente compatibles con la libertad de expresión? ¿Existen contextos, como el periodo electoral, o situaciones claras de abuso de derecho, como la producción sistemática y masiva de contenido desinformativo, que puedan legitimar limitaciones al derecho de manifestarse libremente? ¿La solución de la Unión Europea, consistente en imponer obligaciones a las plataformas digitales para lidiar con contenido desinformativo sin considerarlo ilícito, puede ser considerada apta para los objetivos deseados y proporcionalmente menos intrusiva a la libertad de expresión?

El primer desafío que se opone a la categorización de la desinformación como contenido ilícito consiste en la dificultad de establecer legalmente, de manera clara y precisa, lo que debe entenderse como falso o engañoso. Como traté en el apartado 3 de este artículo, los hechos y la información están frecuentemente sujetos a disputa epistémica o a revisión con el paso del tiempo, lo que dificulta su clasificación como falsos o verdaderos. Además, incluso si un contenido puede ser considerado desinformativo más allá de toda duda razonable, la verificación de la intención en su divulgación jamás puede presumirse, especialmente para fines penales.

Estas dificultades, que ya son significativamente impeditivas de la prohibición legal de la desinformación, se suman a otro desafío: si noticias e informaciones falsas o engañosas no están protegidas, ¿quién debe controlarlas, arbitrando lo que debe entenderse como verdad?

Las respuestas fáciles oscilan entre la atribución de tales poderes al gobierno, al Poder Judicial, a entidades supranacionales o a las grandes corporaciones tecnológicas propietarias de las plataformas digitales. Sucede que estas opciones son incompatibles con el paradigma del Estado de Derecho, que es un principio fundamental de gobernanza de las democracias liberales.

El reconocimiento de la libertad de expresión como derecho fundamental en los regímenes democráticos fue el resultado de un largo proceso histórico de oposición a la censura y a la intolerancia que eran practicadas por autoridades públicas y religiosas. La legitimidad de los poderes censorios de esas autoridades derivaba de la reivindicación tiránica que hacían, para sí, del monopolio de la verdad. En el Estado de Derecho, diversamente, el carácter relativo de la verdad es uno de los factores de limitación del poder, ya sea en la esfera pública, ya sea en la esfera de las plataformas digitales —que, aunque privadas, funcionan como foros híbridos, de naturaleza público-privada<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Plataformas como *X* y *Facebook*, por su diseño abierto a la interacción y expansión permanente, integrando en sí diferentes foros (públicos y privados), tienen una naturaleza híbrida. Aunque les corresponde moderar contenido con base en sus propias políticas in-

Como consecuencia tanto de la eficacia vertical como horizontal de los derechos fundamentales<sup>12</sup>, los individuos poseen la libertad de manifestarse en busca de la verdad en temas de interés público y contrariamente a cualquier intento de su captura por órganos públicos o privados.

Estos dos argumentos (vaguedad de la desinformación e imposibilidad de control o captura de la verdad) se suman a un tercero, de igual o mayor importancia: la libertad de expresión, como derecho o libertad pública fundamental, ocupa una posición preferente cuando entra en conflicto con otros valores. En el derecho estadounidense, donde se concibió tal doctrina, su formulación no implica una prohibición absoluta de restricciones a la libertad de expresión (Linera y Teruel Lozano 2017, 21-22); significa, más bien, el condicionamiento de eventuales limitaciones a la demostración de un interés estatal imperioso (*compelling interest*), que sea capaz de prevalecer en la situación conflictiva. Más específicamente, la presencia de un interés estatal imperioso (*compelling interest*) es necesaria para que las restricciones legales basadas en el contenido (*content-based*) puedan superar la prueba de razonabilidad en lo que se denomina estándar de escrutinio estricto. Para las restricciones que no afectan el contenido de las manifestaciones, tales como las de tiempo, lugar y modo (*time, place and manner*), el nivel de escrutinio es intermedio (Terra, 2016, 168-181).

La doctrina de la posición preferente, aunque originada en Estados Unidos, influye fuertemente en la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos y de varios tribunales constitucionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiteradamente afirma la libertad de expresión como “uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática”<sup>13</sup>, razón por la cual es menor el margen para restricciones que involucren manifestaciones sobre temas de interés público o político<sup>14</sup>. En ese sentido, en el famoso caso *Handyside c. Reino Unido* (1976), el tribunal estableció el

---

termas (“términos de uso”), su peculiar naturaleza y la eficacia de los derechos fundamentales en la relación entre particulares imponen límites a esas políticas, con el fin de proteger el pluralismo democrático y las libertades de expresión e información (Vázquez Alonso 2021, 141-165; Vázquez Alonso 2022, 115-118).

<sup>12</sup> Aunque no es aceptada en el derecho estadounidense, la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales en la relación entre particulares se ha consolidado en Europa y en varios países, entre los cuales Brasil (Barroso, 2011, 394-395).

<sup>13</sup> *Caso Fressoz y Roire c. Francia*, demanda n.º 29183/95, sentencia de 21 de enero de 1999, § 45. En el mismo sentido, *Caso Observer y Guardian c. Reino Unido*, demanda n.º 13585/88, sentencia de 26 de noviembre de 1991, § 59.

<sup>14</sup> *Caso Sunday Times c. Reino Unido*, demanda n.º 6538/74, sentencia de 29 de abril de 1979, § 65; *Caso of Incal c. Turquía*, n.º 41/1997/825/1031, sentencia de 9 de junio de 1998, § 46; *Caso Lingens c. Austria*, demanda n.º 9815/82, sentencia de 8 de julio de 1986, §§ 41-43.

entendimiento de que la libertad de expresión se aplica no solo a información e ideas que son bien recibidas o inofensivas, sino también a aquellas que “ofenden, chocan o perturban”<sup>15</sup>.

Aplicando estas directrices al combate a la desinformación en línea, la Comisión Europea subraya que los mecanismos diseñados con este propósito “deben respetar rigurosamente la libertad de expresión e incluir salvaguardias que impidan su uso abusivo, como la censura de discursos críticos, satíricos, disidentes o impactantes” (European Commission 2018b, 8). Esta misma orientación se reitera en el Código de Conducta sobre Desinformación de la Unión Europea, al enfatizar que las acciones adoptadas por las plataformas digitales con respecto a los contenidos señalados como perjudiciales, falsos o engañosos deben respetar la libertad de expresión, el derecho a la privacidad y la protección de los datos personales (European Union 2025, 24).

Considerando la vaguedad conceptual de la desinformación, la imposibilidad de controlar o capturar la verdad en un Estado de derecho y la posición preferente de la libertad de expresión en los regímenes democráticos, entiendo que la categorización de contenido desinformativo como ilícito no es constitucionalmente válida, salvo en los siguientes casos: a) cuando el contenido involucre otras formas de discurso prohibido (incitación, difamación, amenazas, etc.); b) cuando sea el resultado de estrategias organizadas con el objetivo de manipular artificialmente el debate público, como el uso de perfiles falsos o automatizados en operaciones de influencia.

La primera excepción no impone una restricción sobre la desinformación propiamente dicha, sino que simplemente reconoce la extensión de contenidos ya prohibidos a aquellas publicaciones o noticias que también sean señaladas como falsas o engañosas.

La segunda excepción, por su parte, tampoco apunta directamente a una restricción sobre el contenido desinformativo, sino más bien al modo (perfiles falsos o automatizados) y al lugar (entorno en línea) por el cual se produce. En las operaciones de influencia y en los comportamientos coordinados inauténticos, como observé, no hay debate público entre usuarios reales. Tampoco se utiliza la libertad de expresión con el propósito de búsqueda de la verdad o en nombre de la autodeterminación de la persona humana. Los objetivos son la manipulación del mercado de ideas para avanzar agendas bien definidas, como las de atacar instituciones e individuos. Por lo tanto, las restricciones a este tipo de conducta no se enfocan en el contenido propiamente dicho, sino en un comportamiento ilícito, con el fin de preservar la integridad del debate público<sup>16</sup>. Esto permite el uso de un criterio objetivo y neutral para la eliminación de

<sup>15</sup> *Caso Handyside c. Reino Unido*, demanda n.º 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, §§ 49.

<sup>16</sup> En el mismo sentido, Vázquez Alonso (2022, 119).

publicaciones y la suspensión o el bloqueo de perfiles, consistente en la comprobación del uso coordinado de cuentas falsas.

Salvadas estas excepciones —es decir, en casos en los que la verdad de una afirmación esté en debate entre individuos reales en el mercado de ideas, tanto online como offline, sin involucrar otras formas de expresiones prohibidas—, el contradiscurso constituye, en regla, una solución preferible a la prohibición o restricción del contenido considerado falso o engañoso.

Las estrategias de *prebunking* y *debunking*, siempre que no impliquen la retirada de contenido o la suspensión de perfiles únicamente por la difusión de desinformación, se consideran modalidades de contradiscurso constitucionales. En esos términos, incluso, no existe obstáculo para que el Estado, dentro de un marco regulatorio del entorno digital como el propuesto por el Reglamento de Servicios Digitales europeo, imponga obligaciones a las plataformas para que adopten estas estrategias y presenten informes periódicos al respecto; lo que no es posible es la censura estatal indirecta, mediante la amenaza de sanciones a las plataformas que no actúen activamente en la supresión de contenido desinformativo.

Una situación más delicada se presenta cuando la ley exige limitar los mecanismos de recomendación algorítmica y el impulso financiero de publicaciones señaladas como falsas o engañosas por sistemas de verificación de hechos. Aunque una disposición de este tipo implique cierto grado de restricción de contenido, en la medida en que afecta su circulación, debe considerarse constitucionalmente válida. La acción combinada de algoritmos y los mecanismos de impulso hace que determinadas ideas y opiniones se difundan artificialmente, sin una correlación necesaria con su sofisticación o calidad. En este contexto, la ausencia de condiciones propias del libre mercado de ideas compromete la efectividad del contradiscurso como medida típicamente menos intrusiva para contener los efectos negativos de la desinformación.

La degradación del posicionamiento de contenido (*downranking*) ciertamente afecta la libertad de promover el alcance de una publicación, pero, como restricción a la libertad de expresión, constituye una medida menos gravosa que la eliminación. En un mercado donde las ideas no compiten en condiciones equitativas, sino a través de recursos monetarios y algorítmicos aplicados de forma desigual, resulta ingenuo sostener que los contenidos desinformativos promovidos de manera dolosa puedan ser combatidos únicamente mediante el contradiscurso. Así, cuando un contenido es señalado como falso o engañoso por sistemas de verificación de hechos, la reducción de posicionamiento puede considerarse proporcional si se observan ciertos criterios: claridad y previsibilidad de las normas de la plataforma (transparencia); notificación al usuario sobre la limitación del alcance de la publicación, con una justificación adecuada que permita evitar una discrecionalidad excesiva; posibilidad de apelación y revisión del acto; y consideración del

contexto en el que se publicó el contenido, a fin de diferenciar entre un error fáctico, una opinión o una desinformación intencional.

## VI. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo, he explorado las complejidades inherentes al tema de la lucha contra la desinformación online en relación con la libertad de expresión. La tenue línea entre la legítima búsqueda de la verdad en el debate público y la imposición de medidas censorias exige cautela, tanto en el diagnóstico como en la implementación de políticas para enfrentar la difusión de contenidos falsos y engañosos.

Aunque investigaciones, noticias y una serie de acontecimientos potencian una percepción subjetiva preponderantemente negativa con respecto a las falsedades en el entorno digital, las evidencias empíricas sobre su prevalencia, circulación, impacto y recepción son conflictivas. Además, problemas socioeconómicos complejos, como la baja educación mediática de parte de la población, son más abarcadores que el de la desinformación propiamente dicha.

En diversas legislaciones nacionales, el asunto se ha tratado con cierto alarmismo, lo que ha llevado a la categorización de la desinformación en línea como contenido ilícito, sujeto a sanción en diversas esferas, incluso la penal. Esta solución es desproporcionadamente intrusiva para la libertad de expresión, generando el riesgo de enfriamiento del debate público libre, plural e inclusivo, algo fundamental para las sociedades democráticas. Tres motivos concurren para tal conclusión: la vaguedad conceptual de la desinformación; la imposibilidad de control o captura de la verdad por órganos públicos o privados; la posición preferencial de la libertad de expresión, especialmente en asuntos de interés público o político.

Por otro lado, son admisibles dos excepciones: contenidos desinformativos que involucren otras formas de discursos prohibidos (incitación, difamación, amenazas, etc.) y expedientes organizados que tengan como objetivo la manipulación artificial del debate público en el entorno digital (uso de perfiles falsos o automatizados en operaciones de influencia, compra de interacciones, amplificación dirigida por bots, etc.). En ambos casos, las restricciones no se dirigen directamente al contenido por su carácter desinformativo, sino, respectivamente, a otras categorías ya prohibidas o a acciones manipulativas de agentes maliciosos contra la integridad del mercado de ideas.

Fuera de estos casos, la lucha contra la desinformación online debe llevarse a cabo principalmente mediante estrategias de *prebunking* y *debunking*, ya que constituyen modalidades de contradiscurso constitucionales que no limitan el derecho a la libre expresión. Las previsiones del Reglamento de Servicios Digitales de la Unión Europea se ajustan a estos parámetros, lo que

lo califica, en este aspecto específico, como un modelo de marco regulatorio de los servicios prestados por intermediarios de internet que debe ser replicado fuera del contexto europeo.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acerbi, A.; Altay, S.; Mercier, H. (2022). «Research note: Fighting misinformation or fighting for information?», *Harvard Kennedy School Misinformation Review*, v. 3 (1): 1-15.
- Allcott, Hunt y Gentzkow, Matthew (2017). «Social media and fake news in the 2016 election», *Journal of Economic Perspectives*, v. 31 (2): 211-236.
- Allen, Jennifer et al. (2020). «Evaluating the fake news problem at the scale of the information ecosystem». *Science Advances*, v. 6 (14), eaay3539: 1-6.
- Allen, Jennifer et al. (2021). «Scaling up fact-checking using the wisdom of crowds». *Science Advances*, v. 7: 1-10.
- Altay, S.; Berriche, M.; Acerbi, A. (2023). «Misinformation on misinformation: conceptual and methodological challenges». *Social Media + Society*, v. 9: 1-13.
- Altay, S.; Nielsen, R. K.; Fletcher, R. (2022). «Quantifying the “infodemic”: people turned to trustworthy news outlets during the 2020 coronavirus pandemic». *Journal of Quantitative Description: Digital Media*, v. 2: 1-29.
- Attenborough, Frederick (2024). Cyprus proposes five-year prison sentences for spreading “fake news”. *The Free Speech Union*. Acceso el 12 de abril de 2025. <https://freespeechunion.org/cyprus-proposes-five-year-prison-sentences-for-spreading-fake-news/>.
- Barroso, Luís Roberto (2011). *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva.
- Benkler, Y.; Faris, R.; Roberts, H. (2018). *Network propaganda: manipulation, disinformation, and radicalization in American politics*. New York: Oxford University Press.
- Bennet, W. L. y Livingston, S. (2021). «A brief history of the disinformation age: information wars and the decline of institutional authority». En *The disinformation age: politics, technology, and disruptive communication in the United States*, editado por Bennet, W. L. y Livingston, S., 3-40. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bruns, Hendrik et al. (2024). «Investigating the role of source and source trust in prebunks and debunks of misinformation in online experiments across four EU countries». *Scientific Reports*, v. 14 (20723): 1-15.
- Chuai, Yuwei et al. (2024). «Did the roll-out of community notes reduce engagement with misinformation on X/Twitter?». *Proc. ACM Hum.-Comput. Interact.*, v. 8, CSCW 2, article 428: 1-52.
- Cinelli, Matteo et al. (2020). «The COVID-19 social media infodemic». *Scientific Reports*, v. 10(1): 1-10.
- Drolsbach, C. P. et al. (2024). «Community notes increase trust in fact-checking on social media». *PNAS Nexus*, v. 3 (7): 1-14.

- Eduardo, Angel y Goldstein, Adam (2024). «Misinformation: a flawed concept». *Quillette*. Acceso el 12 de enero de 2025. <https://quillette.com/2024/10/28/misinformation-a-flawed-concept/>.
- Enders, Adam M. et al. (2022). «On the relationship between conspiracy theory beliefs, misinformation, and vaccine hesitancy». *Plos One*, v. 17 (10).
- European Commission (2018a). *A multi-dimensional approach to disinformation: report of the independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Edición en PDF.
- European Commission (2018b). *Tackling online disinformation: a European approach*. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Acceso el 12 de marzo de 2025. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52018DC0236>.
- European Commission (2020a). *Communication on tackling COVID-19 disinformation – getting the facts right*. Acceso el 20 de marzo de 2025. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020JC0008>.
- European Commission (2020b). *Digital Services Act package: deepening the internal market and clarifying responsibilities for digital services*. Acceso el 20 de enero de 2025. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=pi\\_com:Ares\(2020\)2877686](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=pi_com:Ares(2020)2877686).
- Efsas – European Foundation For South Asian Studies (2021). *The role of fake news in fueling hate speech and extremism online; promoting adequate measures for tackling the phenomenon*. Amsterdam: EFSAS. Edición en PDF.
- European Union (2025). *Code of Conduct on Disinformation [as amended in October 2024]*. Luxembourg, Publications Office of the European Union. Edición en PDF.
- Fitzpatrick, Jasmin y Jöst, Paula (2022). «“The high mass of democracy” – why Germany remains aloof to the idea of electronic voting». *Frontiers in Political Science*, v. 4, 876476: 1-14.
- Franklin, Margarita y Torrey, Mike (2024). *Adversarial threat report: third quarter*. Meta. Edición en PDF.
- Gleicher, Nathaniel et al. (2021). *Threat report: the state of influence operations 2017-2020*. Facebook. Edición en PDF.
- Graves, L (2016). *Deciding what's true: the rise of political fact-checking in American journalism*. New York: Columbia University Press. Edición en PDF.
- Grinberg, N. et al. (2019). «Fake news on Twitter during the 2016 U.S. presidential election». *Science*, v. 363 (6425): 374-378.
- Guess, A. et al. (2020). «“Fake news” may have limited effects beyond increasing beliefs in false claims». *Harvard Kennedy School Misinformation Review*, v. 1 (1): 1-12.
- Guess, A.; Nagler, J.; Tucker, J. (2019). «Less than you think: prevalence and predictors of fake news dissemination on Facebook». *Science Advances*, v. 5 (1).
- Han, Byung-Chul (2022). *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. Petrópolis: Vozes.
- Instituto de Pesquisa Datasenado (2024). *Panorama político 2024: notícias falsas e democracia*. Brasília: Senado Federal. Edición en PDF.

- Li, J. y Wagner, M. W. (2020). «The value of not knowing: partisan cue-taking and belief updating of the uninformed, the ambiguous, and the misinformed». *Journal of Communication*, v. 70 (5): 646-669.
- Linera, Miguel Ángel Presno; Teruel Lozano, Germán M. (2017). *La libertad de expresión en América y Europa: teoría y práctica*. Curitiba: Juruá.
- Loomba, Sahil et al. (2021). «Measuring the impact of COVID-19 vaccine misinformation on vaccination intent in the UK and USA». *Nature Human Behaviour*, v. 5 (3): 337-348.
- Lucena, Marina et al. (2024). *Cartilha orientativa TSE e desinformação: conceitos relevantes e sua compreensão no Brasil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio.
- Meta (2025). *Desinformação: 7 de jan. de 2025*. Acceso el 28 de febrero de 2025. <https://transparency.meta.com/pt-br/policies/community-standards/misinformation/>.
- Mill, John Stuart (2017). *Sobre a Liberdade*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras.
- Newman, Nic et al. (2024). *Reuters Institute Digital News Report 2024*. Oxford: Reuters Institute for the Study of Journalism. Edición en PDF.
- Ó Fathaigh, R; Helberger, N; Appelman, N. (2021). «The perils of legally defining disinformation». *Internet Policy Review*, v. 10(4): 1-26.
- Pantazi, Myrto; Klein, Olivier; Kissine, Mikhail (2020). «Is Justice blind or myopic? An examination of the effects of meta-cognitive myopia and truth bias on mock jurors and judges». *Judgement and Decision Making*, v. 15 (2): 214-229.
- Pew Research Center (2019). *Many Americans say made-up news is a critical problem that needs to be fixed*. Edición en PDF.
- Rapoza, Kenneth (2017). Can 'fake news' impact the stock market? *Forbes*. Acceso el 10 de marzo de 2025. <https://www.forbes.com/sites/kenrapoza/2017/02/26/can-fake-news-impact-the-stock-market/>.
- Ruediger, Marco Aurélio (ed. 2022). *Desinformação on-line e contestação das eleições: quinze meses de postagens sobre fraude nas urnas eletrônicas e voto impresso auditável no Facebook*. Policy paper. Rio de Janeiro: FGV DAPP. Edición en PDF.
- Saeed, Mohammed et al. (2022). «Crowdsourced fact-checking at Twitter: how does the crowd compare with experts?». *arXiv:2208.09214v1 [cs.IR]*.
- Suciu, Peter (2022). Bots and misinformation on social media could undermine the midterm elections. *Forbes*. Acceso el 15 de febrero de 2025. <https://www.forbes.com/sites/petersuciu/2022/11/02/bots-and-misinformation-on-social-media-could-undermine-the-midterm-elections/>.
- Sunstein, Cass R. (2021). *Liars: falsehoods and free speech in an age of deception*. New York: Oxford University Press.
- Terra, Felipe Mendonça (2016). «Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte-americano». *Universitas JUS*, v. 27, n. 1: 163-187.
- TRE-GO (2024). *Entenda por que não é possível fraudar a urna eletrônica*. Tribunal Regional Eleitoral de Goiás. Acceso el 4 de abril de 2025. <https://www.tre-go.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Fevereiro/entenda-por-que-nao-e-possivel-fraudar-a-urna-eletronica>.

- Vázquez Alonso, Víctor J. (2021). «¿Puede @realDonaldTrump bloquearte en Twitter? Foros públicos digitales y libertad de expresión». En *Estudios de casos líderes europeos y nacionales*, v. XIV. Editado por Víctor J. Vázquez Alonso, 141-165. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Vázquez Alonso, Víctor J. (2022). «La censura «privada» de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión». *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, v. 32: 108-129.
- Vosoughi, S.; Roy, D.; Aral, S. (2018). «The spread of true and false news online». *Science*, v. 359 (6380): 1146-1151.
- Walter, N. et al. (2020). «Fact-checking: a meta-analysis of what works and for whom». *Political Communication*, v. 37: 350-375.
- Wardle, Claire; Derakhshan, Hossein (2017). *Information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Strasbourg: Council of Europe. Edición en PDF.
- Zhao, Andy; Naaman, Mor (2023). «Unraveling the potential of crowds: insights from a comparative study on the variety, velocity, veracity, and viability of crowdsourced and professional fact-checking services». *Journal of Online Trust and Safety*: 1-24.

## JURISPRUDENCIA

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Handyside c. Reino Unido*, demanda n.º 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976. ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso The Sunday Times c. Reino Unido*, demanda n.º 6538/74, sentencia de 29 de abril de 1979. ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Lingens c. Austria*, demanda n.º 9815/82, sentencia de 8 de julio de 1986. ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000981582.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Observer y Guardian c. Reino Unido*, demanda n.º 13585/88, sentencia de 26 de noviembre de 1991. ECLI:CE:EC HR:1991:1126JUD001358588.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Incal c. Turquía*, n.º 41/1997/825/1031, sentencia de 9 de junio de 1998. ECLI:CE:ECHR:1998:0609JUD002267893.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Fressoz y Roire c. Francia*, demanda n.º 29183/95, sentencia de 21 de enero de 1999. ECLI:CE:ECHR:1999:0121JUD002918395.
- Supremo Tribunal Federal (Brasil). *Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 7261*, rel. min. Edson Fachin, 6 de marzo de 2024.

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO  
AMBIENTE A TRAVÉS DE LA JUDICIALIZACIÓN  
DEL CAMBIO CLIMÁTICO: PRINCIPIOS  
AMBIENTALES Y ACTIVISMO JUDICIAL

*The Right to Environmental Protection Through the  
Judicialization of Climate Change: Environmental  
Principles and Judicial Activism*

Juan Alejandro Martínez Navarro

Universidad Tecnológica Atlántico-Mediterráneo (UTAMED), Málaga. España  
<https://orcid.org/0000-0002-5705-7097>

<https://doi.org/10.18543/ed.3332>

Fecha de recepción: 12.03.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

**Resumen**

La judicialización del cambio climático ha emergido como un mecanismo clave para exigir la protección del medio ambiente ante la inacción estatal. A través del análisis de principios ambientales como el de precaución, no regresión y desarrollo sostenible, este estudio examina el creciente protagonismo del poder judicial en la gobernanza climática. Asimismo, se abordan los desafíos jurídicos y políticos de esta tendencia, incluyendo la tensión entre activismo judicial y separación de poderes, así como la efectividad de las sentencias climáticas. En este contexto, se plantea la necesidad de consolidar un modelo híbrido de protección ambiental que combine la litigación estratégica con marcos normativos sólidos, garantizando una tutela efectiva del derecho a un medio ambiente sano.

***Palabras clave***

Cambio climático, litigación climática, principios ambientales, activismo judicial, derecho ambiental.

***Abstract***

The judicialization of climate change has emerged as a key mechanism for demanding environmental protection in response to state inaction. Through the analysis of environmental principles such as precaution, non-regression, and sustainable development, this study examines the growing role of the judiciary in climate governance. It also addresses the legal and political challenges of this trend, including the tension between judicial activism and the separation of powers, as well as the effectiveness of climate rulings. In this context, the need to consolidate a hybrid model of environmental protection that combines strategic litigation with robust regulatory frameworks is proposed, ensuring the effective safeguarding of the right to a healthy environment.

***Keywords***

Climate change, climate litigation, environmental principles, judicial activism, environmental law.

---

**Sumario:** I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. RIESGOS GLOBALES Y CAMBIO CLIMÁTICO: UNA PERSPECTIVA DESDE LA TEORÍA JURÍDICA Y SOCIAL. II. UNA BREVE APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL. III. LOS PRINCIPIOS O CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES. CASOS PARADIGMÁTICOS. IV. LA LEGITIMACIÓN EN LOS LITIGIOS AMBIENTALES: CIUDADANÍA Y ACCIÓN SOCIAL. V. HACIA UN MODELO HÍBRIDO DE GOBERNANZA CLIMÁTICA: MARGEN DE APRECIACIÓN Y ACTIVISMO JUDICIAL. VI. DE LA TUTELA REFLEXIVA Y A LA TUTELA EFECTIVA: LA DIFICULTAD DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CLIMÁTICAS. VII. CONCLUSIÓN.

---

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. RIESGOS GLOBALES Y CAMBIO CLIMÁTICO: UNA PERSPECTIVA DESDE LA TEORÍA JURÍDICA Y SOCIAL

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático<sup>1</sup>, define «cambio climático» como «*un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables*» (art. 1.2). Por otro lado, define «efectos adversos del cambio climático» como «*los cambios en el medioambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos*» (art. 1.1).

La propia Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>2</sup> reconoce que el cambio climático influye en los determinantes sociales y medioambientales como: el aire limpio, agua potable, alimentos suficientes y una vivienda segura<sup>3</sup>.

La teoría de la sociedad del riesgo de Ulrich Beck, ampliamente tratada por la doctrina<sup>4</sup>, es una herramienta clave para comprender la relación entre

---

<sup>1</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Naciones Unidas, 1992.

<sup>2</sup> Organización Mundial de la Salud, Centro de Prensa, *Cambio climático y salud*, Nota descriptiva N° 266, Ginebra, 2015.

<sup>3</sup> Sánchez Zavaleta, C. A., “Evolución del concepto de cambio climático y su impacto en la salud pública del Perú”, *Rev. Perú Med. Exp. salud pública*, 33, 1, 2016, p. 132.

<sup>4</sup> Véase Ramos Torre, R., “De la sociedad del riesgo a la sociedad de la incertidumbre”, en Luján López, J. L. y Echeverría, J., *Gobernar los riesgos: ciencia y valores en la sociedad del riesgo*, Biblioteca Nueva, España, 2009, pp. 35-50. También, Serrano More-

el cambio climático y la forma en que la sociedad moderna es capaz de gestionar los riesgos globales. El mencionado autor argumenta, en su obra *‘La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad’*, cómo transitamos por una era que se caracteriza por riesgos asociados al propio desarrollo industrial y tecnológico, riesgos con un enfoque global, invisible y difícil de controlar<sup>5</sup>. El cambio climático es un claro ejemplo de esta dinámica.

De cualquier modo, este pesimismo tecnológico en torno a riesgos y ambivalencias ha sido acogido por otros muchos autores de relevancia como Anthony Giddens<sup>6</sup>, Alain Touraine<sup>7</sup> o Niklas Luhman<sup>8</sup>. Desde este enfoque reflexivo, el riesgo ambiental se posiciona como una característica propia del avance tecnológico y social.

Así pues, la teoría de la sociedad del riesgo se entrelaza con el fenómeno del cambio climático en varios aspectos fundamentales: primero, el cambio climático entendido como riesgo global, imposible de acotar o fijar mediante fronteras; segundo, el cambio climático como fenómeno asociado irremediablemente a incertidumbre, cuyos modelos científicos aún se cuestionan y se debaten, lo que alimenta la persistencia de la negación climática; tercero, la asociación de riesgo al fenómeno climático está generando transformaciones sociales que afectan al sistema de consumo y producción, gestión de residuos, desarrollo industrial, entre otros; y finalmente, el cambio climático está transformando la política y el Derecho. El impresionante despliegue de la ciencia y la tecnología que caracteriza nuestros días obliga al Derecho a desarrollarse para permitirle abarcar situaciones cada vez más numerosas y complejas<sup>9</sup>

El Derecho debe establecer quién adopta las decisiones y bajo qué responsabilidad. Este control sin duda puede suponer una ralentización en el desarrollo tecnológico, pero no presume que todo el proceso deba ser puesto en duda o que se criminalice cualquier avance<sup>10</sup>. Por su parte, la ciencia tiene

---

no, J. L., “La sociedad del riesgo y el derecho de la sociedad”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 21, 2010, pp. 184-201.

<sup>5</sup> Beck, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad* (trad. Navarro Pérez, J.), Paidós Ibérica, España, 1998. También, Beck, U., “Retorno a la teoría de la Sociedad del Riesgo”, *BAGE: Boletín de la Asociación Española de Geografía*, 30, 2000, pp. 9-20.

<sup>6</sup> Giddens, A., “Vivir en una sociedad postradicional”, en Beck, U., Giddens, A., Lash, S., *Modernización reflexiva*, Alianza, Madrid, 1997.

<sup>7</sup> Touraine, A., *La sociedad postindustrial*, Ariel, Barcelona, 1971.

<sup>8</sup> Luhmann, N., “El concepto de riesgo”, en AA. VV., *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Antropos, Barcelona, 1996.

<sup>9</sup> Montano, P. J., “La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogénicas”, *Cuadernos de Bioética*, 1, 1995, p. 81.

<sup>10</sup> Esteve Pardo, J., “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, *Documentación Administrativa*, 265-266, 2003, p. 138.

la función de dar a conocer y valorar los riesgos. No obstante, es el Derecho el que debe decidir sobre la incertidumbre científica. En definitiva, es la ciencia la que informa sobre los posibles riesgos y el Derecho el que debe adoptar decisiones al respecto.

En esta coyuntura, es necesario anticipar que el sistema jurídico en torno al cambio climático es todavía ineficiente y poco exhaustivo. La consecuencia de este déficit, como veremos, es la tendencia a la judicialización del cambio climático. De cualquier modo, ya existen importantes resoluciones judiciales que han incorporado interpretaciones novedosas y expansivas del derecho a la protección medioambiental y nos encontramos ante una importante litigación climática tanto nacional como internacional<sup>11</sup>.

Como consecuencia, el desafío climático es un fenómeno que genera una evidente crisis de legitimidad de las instituciones públicas (gobiernos u organismos internacionales), que manifiestan dificultades para gestionar los riesgos ambientales. Esta situación ha derivado en multitud de litigios climáticos fomentados por la inacción gubernamental y la desconfianza de la ciudadanía<sup>12</sup>.

El objetivo principal de este estudio es analizar la creciente judicialización del cambio climático como mecanismo para exigir la protección del medio ambiente ante la inacción estatal. A través de la revisión de casos paradigmáticos y la jurisprudencia internacional, se examina el papel del poder judicial en la interpretación y aplicación de principios ambientales clave como el de precaución, no regresión y desarrollo sostenible. La novedad de este enfoque radica en su intento de sintetizar la complejidad de la litigación climática en un modelo híbrido de gobernanza, que busca equilibrar el activismo judicial con la separación de poderes y la efectividad de las sentencias climáticas, proponiendo una tutela más reflexiva y efectiva del derecho a un medio ambiente sano.

## II. UNABREVEAPROXIMACIÓNALANATURALEZAJURÍDICA Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

El derecho a la protección del medio ambiente se caracteriza por su amplitud material, por cuanto se aplica, como veremos, a un amplio elenco de materias de diversa índole; tiene una proyección transversal, con influencia en la economía, la tecnología, la ciencia, el derecho y, por supuesto, en el ámbito social; finalmente, se caracteriza por una compleja productividad

---

<sup>11</sup> Fernández Egea, R. M., “Jurisprudencia ambiental internacional”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 13, 2022, p. 2.

<sup>12</sup> Soro Mateo, B., “Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, 54, 2019, pp. 68-69.

normativa, siendo uno de los ámbitos más influidos por el derecho internacional y europeo.

En lo que respecta al alcance de este derecho, la doctrina identifica, cuanto menos, el siguiente contenido<sup>13</sup>: en primer lugar, las medidas de conservación de los recursos naturales<sup>14</sup>, como la agricultura respetuosa, la lucha contra los incendios forestales, la protección de los recursos acuíferos, etc. En segundo lugar, el sector de gestión de residuos (urbanos, industriales, etc.)<sup>15</sup>, que abarca un conjunto de acciones que desarrollan el reciente sistema de reutilización de los residuos sustentando en el principio de economía circular. En tercer lugar, la protección ante la contaminación<sup>16</sup>, especialmente en el medio urbano. Finalmente, las políticas de utilización de recursos energéticos y potenciación de energías limpias<sup>17</sup>.

A la internacional, el derecho a la protección del medio ambiente se caracteriza por ser un derecho enunciativo, con cuestionable normatividad y escasa exigibilidad jurídica directa. Dependiendo del texto internacional, podemos identificar este derecho como declarativo o programático, es decir, como un principio cuya función es promover y orientar políticas, este es el caso de la Declaración de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río de 1992 donde no se prevén obligaciones directas.

En suma, como concluye Jiménez García, «no se ha adoptado ningún instrumento internacional de alcance universal jurídicamente vinculante sobre el derecho al medio ambiente sano aun cuando pueda resultar discutible la existencia de una norma de Derecho internacional general o consuetudinaria al respecto»<sup>18</sup>.

En su vinculación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este derecho no tiene

---

<sup>13</sup> Porras Nadales, A., “Capítulo XXIV. Los principios rectores de la política social y económica”, en Agudo Zamora, M. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Novena Edición, Madrid, 2018, pp. 635-636.

<sup>14</sup> Ley básica 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre.

<sup>15</sup> Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

<sup>16</sup> Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.

<sup>17</sup> Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica. Más reciente, Real Decreto-ley 29/2021, de 21 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito energético para el fomento de la movilidad eléctrica, el autoconsumo y el despliegue de energías renovables.

<sup>18</sup> Jiménez García, F., “Cambio climático antropogénico, litigación climática y activismo judicial. Hacia un consenso emergente de protección de derechos humanos y generaciones futuras respecto a un medio ambiente sano y sostenible”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 46, 2023, p. 37.

consideración de derecho subjetivo, si bien, si se le reconoce una importante conexión con otros derechos como el derecho a la vida o a la protección de la salud. Finalmente, en el ámbito internacional, como en el nacional, este derecho requiere del desarrollo e implementación de políticas nacionales que dependen de la voluntad política de cada país. El ejemplo más evidente es el propio Acuerdo de París de 2015<sup>19</sup>.

Se trata, pues, de un derecho de reciente concepción si atendemos a su regulación constitucional, aunque con un enfoque diverso, lo que le hace disponer de una naturaleza jurídica difusa en el continente europeo. Así, en principio, se trataba de un derecho no regulado en las constituciones europeas de posguerra. Por el contrario, las regulaciones más recientes en países como Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978) sí han otorgado amparo constitucional desde su origen.

Este déficit, sin embargo, ha sido paulatinamente solventado. En Francia, la Carta del Medio Ambiente de 2004, con rango constitucional e incorporada al bloque de constitucionalidad, reconoce el derecho a vivir en un entorno equilibrado y respetuoso con la salud<sup>20</sup>. Asimismo, establece principios clave sobre esta materia, como el principio precautorio y la responsabilidad ambiental, lo que ha permitido al Consejo Constitucional francés la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de normas que vulneren la protección ambiental.

En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn (1949) fue reformada en 1994 en su artículo 20a para establecer que «el Estado protege, en responsabilidad ante las generaciones futuras, los fundamentos naturales de la vida y los animales, dentro del marco del orden constitucional mediante la legislación y, conforme a derecho y a las leyes, mediante la ejecución del derecho y la acción judicial».

En Italia, la reciente reforma de 2022 permitió incorporar a la Constitución Italiana (1947) la protección ambiental en sus artículos 9 y 41 desde una doble perspectiva. El artículo 9 establece el mandato para que la República proteja «el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en

---

<sup>19</sup> Ciertamente, encontramos antecedentes muy recientes de avance en la esfera internacional. El 8 de octubre de 2021, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó la Resolución 48/13 donde se reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano. En efecto, se trata de una resolución con ausencia de obligatoriedad jurídica, que no cuenta con el apoyo de todos los países y que, además, necesitará ser integrada de algún modo en las legislaciones nacionales. No obstante, este pronunciamiento no es baladí, derivando en la posibilidad de una mayor legitimidad y respaldo internacional con un esperanzador impacto en tratados y acuerdos internacionales.

<sup>20</sup> Vera Jurado, D. J. y Galán Vioque, R., “Francia, las nuevas referencias constitucionales y los logros del proceso de Grenelle”, en López Ramón, F., *Observatorio de políticas ambientales 2011*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2011, pp. 136 y ss.

interés de las futuras generaciones». Por su parte, el artículo 41 impone restricciones a la actividad económica cuando cause daños al medio ambiente.

De la diversa regulación europea, prevalece la figura del principio rector, derecho de eficacia limitada (caso de España, Alemania y Reino Unido) o jerarquía reducida (caso de Francia e Italia), supeditado a un desarrollo normativo que determine y delimite su extensión.

En España, de conformidad con las exigencias procedentes de la Unión Europea, el gobierno español se ve obligado a impulsar el Marco Estratégico de Energía y Clima en 2019, integrado por tres medidas: a) la Estrategia de Transición Justa; b) el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima; c) la Ley de Cambio Climático y Transición Energética<sup>21</sup>.

La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (en adelante, LCCTE) supone un hito histórico en el ordenamiento español. Esta norma es el resultado del compromiso alcanzado por los Estados Parte del Acuerdo de París de 2015 sobre cambio climático.

Seguramente, el aspecto más interesante de esta norma es que adopta objetivos ambiciosos y precisos, en distintas fases, para 2030<sup>22</sup> y para 2050<sup>23</sup>. Sin embargo, es una Ley con limitado carácter coercitivo. Aunque, la LCCTE tiene como último fin «asegurar el cumplimiento, por parte de España, de los objetivos del Acuerdo de París» (art. 1), carece de un régimen sancionador aplicable<sup>24</sup>.

### III. LOS PRINCIPIOS O CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES. CASOS PARADIGMÁTICOS

Bajo la perspectiva de crisis climática y degradación ambiental, la ausencia de un marco normativo jurídicamente vinculante a nivel internacional ha generado un vacío regulatorio que compromete la efectividad de la protección ambiental. No obstante, este vacío ha sido parcialmente colmado por la aplicación progresiva de los principios generales del derecho ambiental, tales como

<sup>21</sup> Pallarés Serrano, A., “Análisis del Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética: luces y sombras”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. XI, 1, 2020, p. 39.

<sup>22</sup> LCCTE, artículo 3.1.: «a) Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero del conjunto de la economía española en, al menos, un 23 % respecto del año 1990. b) Alcanzar una penetración de energías de origen renovable en el consumo de energía final de, al menos, un 42 %. c) Alcanzar un sistema eléctrico con, al menos, un 74 % de generación a partir de energías de origen renovables. d) Mejorar la eficiencia energética disminuyendo el consumo de energía primaria en, al menos, un 39,5 %, con respecto a la línea de base conforme a normativa comunitaria».

<sup>23</sup> Para el año 2050, o en el más corto plazo posible, «España deberá alcanzar la neutralidad climática [...] y el sistema eléctrico deberá estar basado, exclusivamente, en fuentes de generación de origen renovable» (art. 3.2 LCCTE).

<sup>24</sup> López Ramón, F., “Notas de la Ley de Cambio Climático”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 114, Sección “Comentarios legislativos”, 2021, p. 8.

el principio de no regresión, el desarrollo sostenible, el principio precautorio y el principio de equidad intergeneracional. Estos principios han adquirido un rol fundamental en la redefinición y reconfiguración del derecho a la protección ambiental, particularmente a través de su incorporación en la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales<sup>25</sup>.

En consecuencia, la carencia de un marco normativo vinculante no ha impedido la evolución del derecho a la protección ambiental. A través de la judicialización del cambio climático y la aplicación de principios ambientales, el derecho ambiental se ha transformado en un campo dinámico y en constante expansión. La labor de los tribunales ha sido determinante en este proceso, al recurrir a estos principios para suplir la falta de regulación y fortalecer la exigibilidad de los derechos ambientales. Esta tendencia confirma el papel central de la jurisprudencia en la consolidación de un marco jurídico más sólido y efectivo para la protección del medio ambiente a nivel global.

Dicho lo anterior, conviene aclarar previamente que no existe consenso en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de las mencionadas cláusulas. Sobre ello, son diversas las referencias que defienden dos posturas enfrentadas: como instrumento de *soft law*; o como valor de principio jurídico<sup>26</sup>.

De este modo, un consenso mayoritario identifica estas cláusulas como principios generales del Derecho Ambiental, y no como meras cláusulas. Su carácter limitador y preservador los delimitan como principios sistémicos<sup>27</sup>. Asimismo, su carácter de principio jurídico se determina en su naturaleza de instrumentos que, en gran medida, nacen de forma más o menos directa de la regulación normativa tanto internacional como nacional, que resulta en crear posiciones jurídicas armonizadoras de la protección ambiental<sup>28</sup>.

En efecto, estos principios delimitan líneas de actuación y definen líneas rojas que no deben ser traspasadas<sup>29</sup>. No obstante, esta postura general es

---

<sup>25</sup> En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) se incluyen muchos de los principios ambientales, como el principio de desarrollo sostenible (Principio 1 y 4), de responsabilidad (Principio 2), de participación pública (Principio 10), o de precaución (Principio 15).

<sup>26</sup> Vordermayer-Riemer, M., “Non-regression in international environmental law: human rights doctrine and the promises of comparative international law”, *Intersentia, Cambridge*, 2020, p. 438.

<sup>27</sup> Prieur, M., “Princípio da proibição de retrocesso ambiental”, en *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*, Senado Federal, Brasília, 2012, p. 14.

<sup>28</sup> Leite, J. R. y Beckhauser, E. F., “Pressupostos para o Estado de Direito Ecológico e reflexões sobre agrotóxicos no contexto de retrocessos ambientais”, *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, 57, 2021, pp. 216-217.

<sup>29</sup> Prieur, M., “Reconhecimento progressivo do princípio da não regressão”, en Machado, P. A y Aragão, M. A. (eds.), *Princípios de direito ambiental*, Editora Podivm, Salvador, 2022, p. 211.

refutada por otra parte de la doctrina que defiende su naturaleza jurídica de instrumento de *soft law*, esencialmente, en la esfera internacional<sup>30</sup> o como normas programáticas<sup>31</sup>. De cualquier modo, es innegable que el valor jurídico de estas cláusulas es cada vez mayor en los litigios climáticos, ocupando espacios indeterminados por el marco normativo regulador aplicable<sup>32</sup>.

Estos principios ambientales han sido invocados en importantes litigios y aplicados en decisiones judiciales:

- **Principio de no regresión**<sup>33</sup>: este principio establece que las normas o políticas de protección ambiental no pueden debilitar los estándares alcanzados, sino por razones imperiosas de interés general. A través de su aplicación se pretende un avance progresivo y constante de las medidas de protección ambiental. De otro modo, enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad<sup>34</sup>.

Este principio se contempla en asuntos como el asunto *Future Generations v. Colombia* (Corte Suprema de Colombia, 2018); el asunto

<sup>30</sup> Vordermayer-Riemer, M., *Non-regression in international environmental law: human rights doctrine and the promises of comparative international law*, *Intersentia*, Cambridge, 2020, p. 438.

<sup>31</sup> Peña Chacón, M., “El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, *Revista Judicial*, 104, 2012, p. 123.

<sup>32</sup> La LCCTE, en su artículo 2, incluye un amplio elenco de principios rectores: «a) Desarrollo sostenible. b) Descarbonización de la economía española, entendiendo por tal la consecución de un modelo socioeconómico sin emisiones de gases de efecto invernadero. c) Protección del medio ambiente, preservación de la biodiversidad, y aplicación del principio «quien contamina, paga». d) Cohesión social y territorial, garantizándose, en especial, la armonización y el desarrollo económico de las zonas donde se ubiquen las centrales de energías renovables respetando los valores ambientales. e) Resiliencia. f) Protección y promoción de la salud pública. g) Accesibilidad universal. h) Protección de colectivos vulnerables, con especial consideración a la infancia. i) Igualdad entre mujeres y hombres. j) Mejora de la competitividad de los sectores productivos y certidumbre para las inversiones. k) Precaución. l) No regresión. m) La mejor y más reciente evidencia científica disponible, incluyendo los últimos informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), de las Naciones Unidas. n) Calidad y seguridad de suministro de energía. ñ) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas».

<sup>33</sup> Prieur, M., *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, 2011. La terminología utilizada para la aplicación de este principio es variada: principio de no regresividad, principio de no retrogresión, antidegradation policy, standstill, cláusula de *status quo*, cláusula de eternidad, cláusula de salvaguardia, intangibilidad de derechos adquiridos, intangibilidad de los derechos fundamentales, normas pétreas, efecto trinquet-antirretorno, entre otros.

<sup>34</sup> Peña Chacón, M., “El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, *Revista Judicial*, 104, 2012, p. 126.

*Urgenda Foundation v. Netherlands* (Tribunal Supremo de los Países Bajos, 2019); el asunto *Neubauer y otros v. Alemania* (Tribunal Constitucional de Alemania, 2021); o el asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz v. Suiza* (TEDH, 2024).

- **Principio de prevención:** el objetivo de este principio es fomentar una actitud proactiva de los Estados para definir y fijar medidas y objetivos anticipados contra un futuro daño ambiental<sup>35</sup>. En virtud de este principio, y bajo la necesidad de prevenir un daño irreversible, en el asunto *Urgenda Foundation v. Netherlands* de 2019, el alto Tribunal de los Países Bajos resolvió estableciendo un mandato al gobierno para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> en un 25 por ciento para el año 2020<sup>36</sup>.
- **Principio de precaución o cautela:** este principio aparece mencionado en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>37</sup>. Según el propio glosario terminológico de la UE, «el principio de precaución es un enfoque de la gestión del riesgo, según el cual, en caso de que una determinada política o acción pudiera causar daños a las personas o al medio ambiente y no existiera consenso científico al respecto, la política o acción en cuestión debería abandonarse»<sup>38</sup>.

En el asunto *Gabcikovo-Nagymaros* de 1997, en relación con la construcción de una represa en el río Danubio y su impacto ambiental, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), aunque no invocó de forma expresa este principio, sí resolvió bajo la consideración del impacto y riesgo de la medida, lo que para algunos juristas supuso la introducción y primer uso judicial de este principio<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Silva Hernández, F., “Principio de prevención y precautorio en materia ambiental”, *Revista Jurídica Derecho*, Vol. 8, 11, 2019, p. 93.

<sup>36</sup> Jiménez García, F., “Cambio climático antropogénico, litigación climática y activismo judicial. Hacia un consenso emergente de protección de derechos humanos y generaciones futuras respecto a un medio ambiente sano y sostenible”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 46, 2023, p. 19.

<sup>37</sup> Exclusivamente desde el enfoque ambiental, este principio se regula en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), Principio 15; en el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (2001); en el Acuerdo de Escazú (2018), artículo 3(f).

<sup>38</sup> Accesible a través del siguiente enlace web: [https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/precautionary-principle.html#:~:text=EI%20principio%20de%20precauci%C3%B3n%20es,acci%C3%B3n%20en%20cuesti%C3%B3n%20deber%C3%ADa%20abandonarse](https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/precautionary-principle.html#:~:text=EI%20principio%20de%20precauci%C3%B3n%20es,acci%C3%B3n%20en%20cuesti%C3%B3n%20deber%C3%ADa%20abandonarse.). [último acceso con fecha de 11 de marzo de 2025].

<sup>39</sup> Viñuales, J. E., “Las cuestiones medioambientales y el concepto de estado de necesidad”, *Vniversitas*, 119, 2009, p. 226.

De un modo más fehaciente, en el asunto *Pulp Mills* de 2010, sobre la instalación de plantas de celulosa en el río Uruguay, la CIJ reconoció el principio de precaución como un estándar del derecho ambiental.

En el asunto *Leghari v. Pakistan* de 2015, el Tribunal de Lahore ordenó al gobierno pakistaní implementar un marco de acción climática, reconociendo que la inacción ante la crisis climática podría generar consecuencias irreparables.

Finalmente, uno de los litigios más recientes, en el asunto *Torres Strait Islanders v. Australia*, sobre la posible vulneración de los derechos humanos de los habitantes de las Islas del Estrecho de Torres por la inacción climática de Australia, el Comité de Derechos Humanos de la ONU reconoció la importancia de las medidas precautorias para evitar riesgos futuros irreparables.

- **Principio de desarrollo sostenible:** este principio se inspira en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972 donde se expone la voluntad de preservar los recursos naturales «en beneficio de las generaciones presentes y futuras». Del mismo modo, ha sido acogido en el artículo 191 del TFUE<sup>40</sup>.

Se trata, sin duda, de uno de los principios más inspiradores y estimulantes de la acción climática, y sobre el que se desarrollan los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 (2015)<sup>41</sup>.

En la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos de 2017, la Corte IDH reconoció el desarrollo sostenible como principio rector de la protección ambiental.

Ciertamente, este es el principio que mayor representatividad tiene en los litigios climáticos<sup>42</sup>. Por ejemplo, en el asunto *Minera Yanacocha v. Comunidad de Cajamarca* (Perú, 2012), donde se resuelve un conflicto entre una minera y las comunidades indígenas afectadas por su actividad, el Tribunal Constitucional de Perú determinó la importancia del

---

<sup>40</sup> Este principio se regula en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), Principio 1 y 4; en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), artículo 3.4; en el Acuerdo de Escazú (2018), artículo 3(c).

<sup>41</sup> Mangas Martín, A., “Unión Europea: derechos humanos y desarrollo sostenible”, en Fernández Liesa, C. R. y Días Barrado, C. M. (Dirs.), *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: paz, justicia e instituciones sólidas / derechos humanos y empresas*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Madrid, 2018, pp. 13 y ss.

<sup>42</sup> Véase Garetto, R., “El principio del desarrollo sostenible en el contexto de la Unión Europea y el plano internacional”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Vol. X, 20, pp. 177 y ss.

avance sostenible en la protección ambiental<sup>43</sup>. De un modo similar, resolvió también la Corte Suprema de Brasil en el asunto *Belo Monte* (Brasil, 2016).

Finalmente, el litigio más paradigmático es el asunto *Shell Nigeria*, sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya del 30 de enero de 2013, en la que se condenó a Royal Dutch Shell por no prevenir el sabotaje de sus oleoductos en el delta del Níger. Es importante destacar que este fallo fue significativo, ya que fue la primera vez que una empresa petrolera fue considerada responsable en su país de origen por vertidos atribuibles a una filial registrada en el extranjero. Aunque el tribunal rechazó otras cuatro demandas similares, esta sentencia sentó un precedente para futuras denuncias contra grandes compañías petroleras por contaminación derivada de sus operaciones en el extranjero<sup>44</sup>.

El acuerdo alcanzado en 2015, en el que Shell pagó 70 millones de euros a los afectados, refleja una judicialización del principio de desarrollo sostenible, al exigir que las empresas internalicen los costos ambientales y sociales de sus operaciones.

- **Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas (RCPD)**: este principio pretende establecer una responsabilidad compartida entre todos los Estados en la protección climática, sin embargo, acota la obligación de cada sujeto internacional según sus capacidades y contribuciones históricas a los problemas ambientales. En particular, atribuye mayor responsabilidad en la lucha contra el cambio climático a los países desarrollados<sup>45</sup>.

Nos encontramos ante un principio que ha generado una importante controversia internacional. Sobre esto, EE. UU. se retiró del Protocolo de Kioto argumentando, entre otras cuestiones, que no imponía obligaciones climáticas y ambientales a países altamente contaminantes como China e India, manifestando la controversia sobre la diferenciación entre países industrializados y en desarrollo<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Kuramoto, J. R., *Las aglomeraciones productivas alrededor de la minería: el caso de la Minera Yanacocha S.A.*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2000, pp. 31 y ss.

<sup>44</sup> Pigrau, A. y Cardesa Salzmann, A., “Acciones entrelazadas contra daños ambientales graves: el impacto de Shell en Nigeria”, *Derecho PUCP*, 70, 2013, pp. 220-221.

<sup>45</sup> Este principio se regula en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), Principio 7; en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), artículo 3.1; en el Acuerdo de París, artículo 2.2.; en el Acuerdo de Escazú (2018), exigiendo cooperación internacional entre América Latina y el Caribe.

<sup>46</sup> Cuevas Tello, A. B., “La postura de Estados Unidos sobre el Protocolo de Kyoto y el cambio climático”, *México y la Cuenca del Pacífico*, Vol. 10, 28, 2007, p. 62.

En el asunto *China v. Unión Europea* de 2012, China demandó a la UE por imponer regulaciones sobre emisiones a aerolíneas extranjeras, argumentando que la medida violaba el RCPD. Aunque el TJUE rechazó la demanda, es un caso de gran relevancia que manifiesta la difícil aplicación y encaje de este principio dentro de las propias medidas ambientales e incluso en adaptación con otros ámbitos como puede ser el comercial<sup>47</sup>. Otro litigio ya citado, es el asunto *Future Generations v. Colombia* de 2018, donde jóvenes colombianos demandan al Gobierno de Colombia por la ausencia de medidas protectoras del Amazonas. La Corte Suprema de Justicia de Colombia ordenó al Gobierno elaborar un plan interinstitucional para reducir la deforestación. En su argumentación, el alto Tribunal colombiano, sin embargo, reconoció la responsabilidad común de todos los países del Amazonas y que no todos tienen la misma capacidad ni contribución sobre este problema.

- **Principio de participación pública y acceso a la justicia ambiental:** sobre su base, se promueve la participación de las personas, colectivos y comunidades en la toma de decisiones ambientales de trascendencia, así como a acceder a mecanismos judiciales y administrativos de impugnación. En pocas palabras, el derecho de acceso a la justicia ambiental requiere que el Estado garantice la existencia formal de los recursos y procedimientos administrativos y judiciales, además de su efectividad y accesibilidad (asunto *Velásquez Rodríguez v. Honduras* de 1988, Corte IDH)<sup>48</sup>.

La principal referencia es el Convenio de Aarhus de 1998 que centra su contenido en tres pilares esenciales: acceso a la información ambiental; participación en la toma de decisiones ambientales; y acceso a la justicia en materia ambiental<sup>49</sup>.

En el asunto *Oposa v. Factoran* (Filipinas, 1993) se reconoce con carácter novedoso el derecho de las nuevas generaciones a participar en la protección del medio ambiente, además de demandar al Estado por daños ambientales.

---

<sup>47</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-366/10, Air Transport Association of America y otros contra Secretary of State for Energy and Climate Change. Sentencia de 21 de diciembre de 2011. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=117193&doclang=ES>.

<sup>48</sup> León Moreta, M. A., “El derecho de la naturaleza al acceso a la justicia: un análisis de la judicialización de los derechos de la naturaleza en Ecuador y Colombia”, en Vargas Morgado, J. y Expósito Gázquez, A., *Inteligencia ambiental y sostenibilidad artificial*, Burgoa Editores, México, 2024, p. 115.

<sup>49</sup> Del mismo modo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, artículo 10; el Acuerdo de Escazú de 2018, artículos 7 y 8; y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, artículo 14.

Un litigio destacable es el asunto *Kichwa de Sarayaku v. Ecuador* en 2012, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la violación del estado demandado por vulnerar el derecho a la participación pública, y sentó como precedente la obligación de consultar a los pueblos indígenas antes de autorizar proyectos con impacto ambiental<sup>50</sup>. Esta doctrina fue reiterada en el asunto *Comunidad Indígena Lhaka Honhat v. Argentina* (Corte IDH, 2020)<sup>51</sup>.

En Europa, el asunto *Greenpeace Nordic v. Noruega* en 2020, donde el Tribunal Supremo de Noruega reconoció el derecho a la participación ambiental. En la misma línea, el asunto *Friends of the Irish Environment v. Irlanda* (Suprema Corte de Irlanda, 2020).

#### IV. LA LEGITIMACIÓN EN LOS LITIGIOS AMBIENTALES: CIUDADANÍA Y ACCIÓN SOCIAL

Al inicio de este estudio, se ha determinado que el derecho a la protección del medio ambiente se caracteriza por ser un derecho incompleto en cuanto a su alcance y exigibilidad. Sobre esta base jurídica, es conveniente analizar qué capacidad tiene cualquier ciudadano, con los instrumentos legales actuales, para exigir la adopción de medidas preventivas o reactivas frente al cambio climático; o demandar el cumplimiento de objetivos y valores previamente predeterminados. Y, adicionalmente, para realizar esta exigencia a través de una acción legal o litigio.

La tendencia actual, como acertadamente identifica Moreno Molina, representa un incremento de litigio climáticos donde los actores pretenden que los jueces condenen al Estado a hacer lo que ellos estiman necesario en base a argumentos de reproducción y emulación que no siempre se ajustan a la realidad normativa y jurisprudencial existente<sup>52</sup>.

En principio, la legitimidad activa tradicional para plantear un litigio debe estar vinculada a la capacidad del demandante para probar como una acción u omisión del Estado afecta o vulnera sus derechos. Asimismo, es exigible que los demandantes se vean directamente afectados por la vulneración de estos derechos.

En los litigios climáticos, este enfoque tradicional ha mutado en los últimos años, aceptando que el cambio climático, como el gran reto global, está

---

<sup>50</sup> Amnistía Internacional, asunto del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, Amnesty International Publications, Reino Unido, 2011, p. 8.

<sup>51</sup> Ronconi, L. y Barraco, M., “La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del asunto Lhaka Honhat vs. Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 50, 2021, pp. 1-27.

<sup>52</sup> Moreno Molina, A. M., *El Derecho del cambio climático. Retos, instrumentos y litigios*, Iustel, Madrid, 2023, p. 581.

provocando efectos de forma directa e indirecta, e individual y colectiva, no sólo en el presente sino con consecuencias futuras<sup>53</sup>. La reciente y trascendental sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros v. Suiza*, ha adoptado un precedente de gran relevancia sobre la legitimidad del individuo o colectivo para plantear un litigio climático y exigir responsabilidad a su Estado por inacción frente al cambio climático.

Estas distintas perspectivas son visibles a nivel internacional, por un lado, cuando la Declaración de Estocolmo limita el acceso a la justicia únicamente a afectados directos, al señalar en su Principio 23 que sólo pueden acceder «[...] quienes tengan como objeto obtener una indemnización». Por otro lado, la Declaración de Río, en su Principio 10, propugna el acceso de toda persona a los procedimientos judiciales y administrativos<sup>54</sup>.

El 25 de noviembre de 2016, la Asociación *KlimaSeniorinnen Schweiz* formuló una solicitud frente al Consejo Federal de Suiza y otras instituciones para elaborar una Orden que adopte medidas de índole legal donde se configuren objetivos climáticos relacionados con el aumento de la temperatura global y las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI), tomando como referencia el Acuerdo de París. El 25 de abril de 2017, la solicitud fue rechazada alegando falta de legitimación, por la ausencia de efectos directos sobre derechos y obligaciones concretas. Recurrida la resolución, el 27 de noviembre de 2018, el Tribunal Administrativo Federal desestimó el recurso reconociendo el interés digno de protección, pero alegando la inexistencia de una vinculación estrecha entre los recurrentes y el objeto del litigio, es decir, por falta de legitimación. El 21 de enero de 2019, los demandantes interponen recurso ante el Tribunal Supremo Federal (TSF), siendo desestimado con fecha de 5 de mayo de 2020 bajo las mismas motivaciones<sup>55</sup>.

El TEDH reconoce el valor fundamental del derecho a la protección del clima, si bien, ante la ausencia de regulación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), reconoce su valor jurídico a través de la obligación del Estado de proteger los efectos adversos del cambio climático en

---

<sup>53</sup> Riquelme Salazar, C., “Los tribunales ambientales en Chile. ¿Un avance hacia la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental?”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IV, 1, 2013, p. 7.

<sup>54</sup> León Moreta, M. A., “El derecho de la naturaleza al acceso a la justicia: un análisis de la judicialización de los derechos de la naturaleza en Ecuador y Colombia”, *o. c.*, p. 114.

<sup>55</sup> Zaballos Zurilla, M., “¿Un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva contra el cambio climático?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 50, 2024, pp. 203 y ss.

vinculación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH<sup>56</sup>.

Sobre la legitimación climática, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoce a la asociación *KlimaSeniorinnen Schweiz* la legitimidad para presentar la demanda. En este sentido, el Tribunal otorga una consideración particular al cambio climático, destacando su carácter global y su impacto transversal en múltiples derechos humanos, calificándolo como una «preocupación común de la humanidad». A partir de esta premisa, concluye que las asociaciones que representan a colectivos específicos pueden ostentar legitimación activa en litigios climáticos.

No obstante, la sentencia no reconoce a la asociación demandante la condición de víctima en los términos del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En efecto, el TEDH establece que las asociaciones, como personas jurídicas, no pueden alegar daños derivados de los efectos del cambio climático sobre la salud, la integridad física o la vida privada de sus miembros<sup>57</sup>.

Por el contrario, en este caso concreto, el Tribunal descarta la legitimación individual de las demandantes. Para ello, establece dos criterios esenciales para la legitimación en litigios climáticos: en primer lugar, la intensidad de la exposición, exigiendo a los demandantes acreditar una afectación clara y directa por los efectos adversos del cambio climático; en segundo lugar, la urgencia de la protección requerida, lo que implica demostrar la necesidad de una intervención inmediata para evitar un daño grave e inminente.

En resumen, este fallo representa un avance importante en la extensión y ampliación de la protección del derecho al medio ambiente, mediante el cual se posibilita la determinación de responsabilidad de los Estados por inacción o ausencia de medidas efectivas para mitigar el cambio climático y sus efectos sobre otros derechos humanos a favor de sus ciudadanos. Desde otra perspectiva, determina que la inacción gubernamental frente al cambio climático puede implicar la vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Adicionalmente, la sentencia del TEDH refuerza la legitimidad de ciudadanos y colectivos para exigir y forzar a su Estado a la adopción de políticas y medidas adecuadas frente al cambio climático<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Díaz Cruces, E. y Méndez Rocosolano, M., “El derecho a un clima estable: análisis de la sentencia *Klimaseniorinnen* y propuestas para fortalecer la Ley 7/2021 de España”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 152, sección “artículos doctrinales”, 2025, p. 6.

<sup>57</sup> Ormaeche Lendínez, I. y Sánchez Borjas, D., “Derechos humanos y litigación climática: la Sentencia del TEDH en el Asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz c. Suiza*, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, 2024, p. 309.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 310.

Ciertamente, esta resolución viene a confirmar tendencias particulares y deslocalizadas, otorgando una mayor envergadura e incremento de valor a la legitimidad ambiental. Así, ya han sido citados litigios judiciales que han podido servir como antecedente para el pronunciamiento del TEDH: en el asunto *Oposa v. Factoran* (Filipinas, 1993) donde se reconoce con carácter novedoso el derecho de las nuevas generaciones a participar en la protección del medio ambiente; el asunto *Kichwa de Sarayaku v. Ecuador* en 2012 y asunto *Comunidad Indígena Lhaka Honhat v. Argentina* en 2020, donde la Corte IDH adopta como precedente la obligación de consultar a los pueblos indígenas antes de autorizar proyectos con impacto ambiental.; el asunto *Greenpeace Nordic v. Noruega* en 2020, donde el Tribunal Supremo de Noruega reconoció el derecho a la participación ambiental; o el asunto *Friends of the Irish Environment v. Irlanda* (Suprema Corte de Irlanda, 2020) con unas conclusiones similares.

Este tipo de litigios han ayudado a establecer un precedente en muchos países, que ha permitido que los ciudadanos con intereses difusos y colectivos, aunque no sean «directamente afectados» en el sentido tradicional, puedan presentar demandas climáticas si pueden demostrar un vínculo con los derechos que se ven vulnerados.

Así pues, el aumento de sensibilidad social sobre los efectos del cambio climático en los derechos humanos se está viendo reflejado en la jurisprudencia internacional y nacional, permitiendo que una gama más amplia de actores demande a los Estados por inacción climática<sup>59</sup>.

En España, el derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable estaría posibilitado por la lesión que la acción o inacción climática de la Administración pudiera haber causado a otros derechos que sí gozan de naturaleza de derecho fundamental y eficacia directa<sup>60</sup>, particularmente el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE) o el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18 CE)<sup>61</sup>.

La viabilidad de la litigación climática en España en relación con la tutela de derechos fundamentales ha suscitado un intenso debate doctrinal. Una parte de la doctrina sostiene que dicha posibilidad resulta admisible cuando se acredita una vinculación directa entre la vulneración de un derecho

<sup>59</sup> Soro Mateo, B., “Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 54, 2019, pp. 71-72.

<sup>60</sup> Setuáin Mendía, B., “El actual alcance de la litigación climática en España a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Setuáin Mendía, B. y Salinas Alcega, S. (Dirs.), *Perspectivas jurídicas sobre clima, agua y energía. Estudios en reconocimiento al magisterio del profesor Antonio Embid Irujo*, Aranzadi, 2024, p. 86.

<sup>61</sup> Yugueros Prieto, N., *Acceso a la justicia y legitimación medioambiental en el proceso español: vertiente teórico-práctica*, Colex, 2023, pp. 50-54.

fundamental y la acción u omisión del poder público en materia climática<sup>62</sup>. En contraste, autores como Moreno Molina cuestionan la existencia de tal conexión<sup>63</sup>.

Ante estas posturas diametralmente opuestas, resulta más acertada la posición de Lozano Cutanda, con la cual se alinea el presente análisis. Este autor, si bien reconoce la consolidada vinculación doctrinal y jurisprudencial entre los efectos del cambio climático y los derechos fundamentales, sostiene que cualquier controversia jurídica derivada de esta relación no puede calificarse estrictamente como litigación climática. Ello se debe a que, en sentido estricto, dicho concepto debe reservarse para aquellos litigios cuyo objeto principal sea la tutela del medio ambiente<sup>64</sup>.

La legitimación activa en litigios ambientales, incluyendo lo relativo al cambio climático, ha sido confrontada en diversas sentencias. No obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo no hay precedente equivalente al asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*.

Sin pretender ser exhaustivo, conviene referenciar la STC 102/1995 donde se reconoce la protección ambiental a través de la acción popular<sup>65</sup>. En la STC 235/2000 se reafirma la postura, identificando a la acción popular como un instrumento clave para la tutela del medio ambiente<sup>66</sup>. En la STC 273/2000, el TC avaló la legitimación de una asociación para impugnar decisiones con efectos ambientales, aun sin perjuicio directo<sup>67</sup>. Por su parte, el TS, en la STS 3186/2017, reconoció la legitimación de Greenpeace para recurrir una decisión relativa a materia energética y climática<sup>68</sup>.

Con carácter reciente, un conjunto de asociaciones conformado por Ecologistas en Acción, Greenpeace, Oxfam Intermón, Fridays For Future y la Coordinadora de Organizaciones para el Desarrollo presentaron una demanda contra el Gobierno español por inacción frente al cambio climático. En julio de 2023, la demanda fue desestimada por el Tribunal Supremo y en junio de 2024, los demandantes plantearon recurso de amparo ante el TC argumentando que la ausencia de medidas específicas supone una vulneración de los derechos fundamentales regulados en la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El recurso fue admitido en diciembre de

<sup>62</sup> Ruiz Prieto, M., “Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina”, *REALE*, 17, 2022, p. 90.

<sup>63</sup> Moreno Molina, A. M., *El Derecho del cambio climático. Retos, instrumentos y litigios, o. c.*, p. 579.

<sup>64</sup> Lozano Cutanda, B., *Derecho Ambiental y Climático*, Dykinson, Madrid, 2023, p. 143.

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio de 1995.

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2000, de 5 de octubre de 2000.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 273/2000, de 15 de noviembre de 2000.

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 3184/2017, de 4 de mayo de 2017.

2024 por el TC al considerar la «especial trascendencia constitucional» en relación con los derechos fundamentales afectados<sup>69</sup>.

El contexto judicial esbozado se asemeja en gran medida a las cuestiones y elementos planteados en el asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*. En cualquier caso, la admisión a trámite es de gran relevancia judicial siendo la primera vez que el TC español va a valorar los efectos que el cambio climático puede tener sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

## V. HACIA UN MODELO HÍBRIDO DE GOBERNANZA CLIMÁTICA: MARGEN DE APRECIACIÓN Y ACTIVISMO JUDICIAL

Los litigios climáticos se están reconfigurando a través de una judicialización estratégica que, no sólo busca resolver conflictos concretos; sino que pretende establecer precedentes de alcance general, es decir, un cambio sistémico en la regulación climática y las políticas públicas.

De este modo, los principios de precaución, no regresión o desarrollo sostenible delimitan la acción gubernamental e incluso definen las políticas actuales. Adicionalmente, la tendencia a vincular el derecho a la protección del medio ambiente con otros derechos humanos implica un mayor alcance y aplicación de este derecho y, por ende, mayor exigencia en su protección y garantía. La misión del poder judicial es otorgar mayor preponderancia a la aplicación de los valores y principios constitucionales, incluso por encima de cualquier otra norma o decisión emitida por instancias como los parlamentos<sup>70</sup>.

Conviene, nuevamente, referenciar sucintamente el asunto *Urgenda Foundation v. Netherlands* (2019) y el asunto *Verein Klimasenioren Schweiz v. Suiza* (2024), como los casos más paradigmáticos cuyas resoluciones han obligado a reformular las políticas climáticas de los estados involucrados.

De este modo, la creciente incidencia de los litigios climáticos en la configuración de políticas públicas está diseñando un modelo híbrido de gobernanza climática. Ahora bien, hasta el momento, la influencia del poder judicial no implica la sustitución de mecanismos legislativos y políticas públicas de ejecución, sino, al contrario, la consolidación de un modelo más complejo de gobernanza climática.

<sup>69</sup> Doreste Hernández, J., “El ‘juicio por el clima’: el litigio climático español”, *AF-DUAM*, 26, 2022, [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-A-2022-10038300406](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2022-10038300406)

<sup>70</sup> Narváez, I. y Narváez, M. J., *Derecho ambiental en clave neoconstitucional*, FLACSO, 2012, p. 123. También, Navas Alvear, M., “Claves metodológicas para la investigación del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Una mirada sociojurídica”, *Revista Culturales Jurídicas*, Vol. 4, 9, 2017.

Este modelo híbrido de gobernanza plantea dos cuestiones jurídicas de gran relevancia. En primer lugar, pone en duda la doctrina del margen de apreciación; y, en segundo lugar, está planteando importantes dudas sobre la intromisión del poder judicial en competencias pertenecientes a otros poderes.

Sobre la primera cuestión, la doctrina del margen de apreciación ha sido desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y otros tribunales de orden internacional. A través de esta cláusula se permite cierto grado de flexibilidad a los Estados para interpretar y aplicar derechos y libertades, especialmente de carácter social, en función de su condición interna<sup>71</sup>. Es decir, se otorga al Estado la capacidad para determinar cómo cumplir compromisos internacionales, dentro de ciertos límites y bajo supervisión judicial<sup>72</sup>.

Por consiguiente, los litigios climáticos están afectando de forma crucial a la discrecionalidad de los Estados para definir e implementar sus políticas ambientales. Tradicionalmente, el Estado ha aplicado este margen discrecional, para adaptar sus políticas a sus circunstancias económicas, sociales o políticos. Sin embargo, las mencionadas resoluciones han delimitado este margen de apreciación, estableciendo límites estrictos a la actuación gubernamental<sup>73</sup>.

En lo referente a la segunda cuestión, la judicialización del cambio climático está generando tensiones con el principio de separación de poderes. Este activismo judicial proyecta dudas sobre el alcance y el papel del poder judicial a la hora de delimitar el contenido legal y las políticas públicas, funciones reconocidas al poder legislativo y ejecutivo. Estas tensiones se manifiestan en diversos aspectos.

La determinación por parte de los tribunales de medidas concretas, como la reducción de GEI o prohibir proyectos de riesgo ambiental, pueden ser percibidos como una invasión de poderes. Asimismo, el incremento de litigios está generando que los tribunales se pronuncien sobre cuestiones como estrategias de mitigación o regulación energética. En definitiva, el activismo judicial puede redundar en una extralimitación de su rol al invadir competencias de los poderes públicos.

---

<sup>71</sup> STEDH asuntos *Fredin v. Suecia* (1991); *Hamer v. Bélgica* (2007); *Debutska y otros v. Ucrania* (2011); *Hardy y Maile v. Reino Unido* (2022).

<sup>72</sup> Véase García Roca, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007, pp. 117-143. También, Salcedo Camacho, A. E., “El margen de apreciación nacional como instrumento efectivo para la aplicación de sentencias de la corte interamericana en escenarios de justicia transicional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27, 1, 2023, pp. 87-120.

<sup>73</sup> STEDH asuntos *Verein Kimasenioreninnen Schweiz y otros v. Suiza* (2024); *Duarte Agostinho y otros v. Portugal* (2024); *Carême v. Francia* (2024).

En España, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 24 de julio de 2023, brevemente referenciada con anterioridad, ha rechazado las pretensiones de la acción climática de las ONG demandantes (Greenpeace, Ecologistas en Acción, Oxfam y Coordinadora de ONGS para el desarrollo), entre otros argumentos, en base al principio fundamental de separación de poderes<sup>74</sup>.

El argumento principal esbozado por el Tribunal Supremo es el escaso margen de normatividad vinculante de los instrumentos internacionales, pues las pretensiones que aportan los reclamantes supondrían una extralimitación del poder judicial en la potestad reglamentaria, legislativa y de acción exterior que corresponde al gobierno y la administración conforme al artículo 97 de la Constitución española<sup>75</sup>.

A tal efecto, se pronuncia en los siguientes términos:

«Lo que no podrán los Tribunales es, una vez declarada dicha nulidad, determinar cómo han de quedar redactados los preceptos en sustitución del declarado nulo, porque con ello se estarían arrogando los Tribunales la potestad reglamentaria de la Administración, que se integra de una importante faceta de discrecionalidad, que no puede ser sustituida por los Tribunales, que solo podrán controlar la legalidad de la norma. En suma, se procedería a la alteración de la misma separación de poderes consagrada en la Constitución como una exigencia del Estado de Derecho, por más que ese axioma se minusvalore en los argumentos de la demanda. Obviamente ello será siempre y cuando no exista un precepto de superior rango que imponga a la Administración la aprobación de una norma reglamentaria en un concreto contenido, omitiendo la potestad discrecional [...]».

En suma, este activismo judicial plantea luces y sombras, aspectos positivos y negativos a tener en consideración. Como valor positivo, los tribunales están actuando como contrapeso ante la inacción de los gobiernos. Las sentencias climáticas han demostrado su capacidad para forzar la acción gubernamental y evitar deficiencias regulatorias<sup>76</sup>, así como para reconocer la

<sup>74</sup> Galera Rodrigo, S., “Transición energética en tiempos de policrisis (2021-2022)”, *Anuario. Observatorio de Políticas Ambientales*, 2023, pp.407-448

<sup>75</sup> Jiménez García, F., “Cambio climático antropogénico, litigación climática y activismo judicial. Hacia un consenso emergente de protección de derechos humanos y generaciones futuras respecto a un medio ambiente sano y sostenible”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 46, 2023, p. 21.

<sup>76</sup> La judicialización ha impulsado cambios normativos en múltiples jurisdicciones: en Colombia, el asunto *Future Generations v. Colombia* (2018) llevó a la adopción de un plan integral contra la deforestación del Amazonas. La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania del 24 de marzo de 2021 (publicada el 29 de abril de 2021) declaró parcialmente inconstitucional la Ley Federal de Protección del Clima (Klimaschutzgesetz o KSG) de 2019. El Tribunal argumentó que la ley no establecía

influencia de los factores climáticos sobre otros derechos humanos. Finalmente, está posibilitando una gobernanza climática más integradora que nunca, permitiendo que múltiples actores, como la sociedad civil, el sector privado y las organizaciones internacionales, sean parte integrada de este modelo híbrido. Desde esta óptica, los litigios climáticos, no sólo presentan una función correctora, sino también posibilita el ejercicio activo de la sociedad civil en la defensa climática.

Como valor negativo, el activismo judicial plantea dudas sobre la extralimitación de su rol<sup>77</sup>; resta legitimidad democrática a las decisiones climáticas cuando son determinadas por los propios jueces; y puede generar resistencia política en la implementación de las sentencias. Esta última apreciación será analizada en el epígrafe siguiente<sup>78</sup>.

## VI. DE LA TUTELA REFLEXIVA Y A LA TUTELA EFECTIVA: LA DIFICULTAD DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CLIMÁTICAS

En el contexto analizado, es necesario establecer un diálogo institucional sólido entre los distintos poderes públicos. Así, la interacción e interdependencia entre jueces, legisladores y gobiernos debe posibilitar que las decisiones judiciales sean implementadas de manera efectiva, sostenible y plena.

La tutela reflexiva o de rebote es un concepto que se refiere a la protección indirecta de derechos no reconocidos expresamente en una norma, a través de su vinculación con otros derechos que sí están garantizados en el texto. Esta práctica ha sido asumida por tribunales internacionales como el TEDH, la Corte IDH, el Tribunal Penal Internacional, e incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

objetivos de reducción de emisiones suficientemente detallados para el período posterior a 2030, lo que podría comprometer los derechos fundamentales de las generaciones futuras. El Tribunal basó su decisión en el artículo 20a de la Ley Fundamental de Alemania.

<sup>77</sup> Uno de los casos más destacados en Estados Unidos que aborda la cuestión de la separación de poderes en el contexto de la regulación climática es *West Virginia v. Environmental Protection Agency* (EPA). En esta sentencia de junio de 2022, el Tribunal Supremo de Estados Unidos limitó la autoridad de la EPA para regular las emisiones de gases de efecto invernadero de las centrales eléctricas. El Tribunal argumentó que decisiones de tal magnitud y alcance económico deben ser tomadas por el Congreso, no por una agencia administrativa, enfatizando así la importancia de la separación de poderes. [https://climatica.coop/tribunal-supremo-limites-emisiones/?utm\\_source=chatgpt.com](https://climatica.coop/tribunal-supremo-limites-emisiones/?utm_source=chatgpt.com)

<sup>78</sup> Santos Valdés, A., “El activismo judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: un análisis de los amparos en revisión con relación al libre desarrollo de la personalidad”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 49, 2023, pp. 353 y ss.

La cuestión es que estos tribunales no tienen la capacidad para reconocer nuevos derechos fuera de la normativa reguladora que aplican y sus propios protocolos. Por el contrario, emplean una interpretación evolutiva y extensiva para proteger derechos no explícitamente mencionados, derivándose de derechos existentes.

A modo de ejemplo, el TEDH ha vinculado el derecho a la protección del medio ambiente con otros derechos como el derecho a la vida (art. 2 CEDH)<sup>79</sup> o el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)<sup>80</sup>. La Corte IDH, a través de la Opinión Consultiva OC-23/17 reconoció la conexión entre el derecho a un medio ambiente sano con el derecho a la vida (art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH en adelante), la integridad personal (art. 5 CADH) y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26 CADH).

Este activismo judicial es particularmente interesante ante la ausencia de un marco regulador exhaustivo y armónico. No obstante, como argumentan autores como Heiskanen, este predominio del enfoque antropocéntrico presenta dos grandes limitaciones<sup>81</sup>:

Por un lado, a través de la tutela reflexiva sólo se protege el medio ambiente en la medida en que su deterioro pueda afectar a las personas y otros derechos, es decir, sin reconocerlo como un bien jurídico autónomo. Por otro lado, este enfoque puede limitar la protección efectiva del medio ambiente puesto que, el daño ecológico, en sí mismo, no es motivo suficiente para la intervención de un tribunal internacional.

Sobre esta protección indirecta y limitada descrita, conviene hacer mención a la tutela efectiva de las sentencias climáticas<sup>82</sup>. En efecto, las sentencias climáticas presentan problemas de efectividad práctica que, bajo valoración personal, pueden agruparse del siguiente modo:

- Las sentencias climáticas, en ocasiones, no son vinculantes o carecen de mecanismos coercitivos que garanticen su cumplimiento. En el citado asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz v. Suiza* de 2024, el TEDH no determina sanciones concretas ni obliga a un plan específico de reducción de emisiones<sup>83</sup>. Sin embargo, para considerar que la Sen-

<sup>79</sup> STEDH asunto *López Ostra v. España* (1994).

<sup>80</sup> STEDH asunto *Fadeyeva v. Rusia* (2005).

<sup>81</sup> Heiskanen, H. E., *Towards greener human rights protection*, Tampere University Press, Tampere, 2018, p. 20.

<sup>82</sup> Véase Bartlett Castellá, E. R., “Una mirada al futuro del derecho ambiental, desde el recuerdo del pasado vivido”, en Vargas Morgado, J. y Expósito Gázquez, A., *Inteligencia ambiental y sostenibilidad artificial*, Burgoa Editores, México, 2024, p. 15.

<sup>83</sup> Ormaeche Lendínez, I. y Sánchez Borjas, D., “Derechos humanos y litigación climática: la Sentencia del TEDH en el Asunto Verein Klimaseniorinnen Schweiz c. Suiza”, *o. c.*, p. 313.

tencia cumple de forma efectiva, obliga al Estado a aplicar medidas comprometidas, que deberán remitirse al Comité de Ministros del Consejo de Europa para su control y seguimiento.

De este modo, el TEDH otorga discrecionalidad al Estado para la adopción de medidas que respeten el CEDH, y otorga la capacidad al Comité para la revisión y determinación del cumplimiento efectivo de la resolución. Por ende, es el Comité el legitimado para instar ante el TEDH que se declare el incumplimiento de la Sentencia<sup>84</sup>.

Otras sentencias se centran en adoptar medidas sancionadoras sin pretender cambios estructurales en las políticas ambientales. En el asunto *Tătar v. Rumanía* (2009), el TEDH reconoció el impacto del desastre ambiental en Baia Mare, pero solo otorgó una reparación simbólica, sin ordenar reformas ambientales.

- Los Estados pueden argumentar que la regulación climática es una cuestión de soberanía nacional, y bajo potestad legislativa y reglamentaria, no pudiendo los tribunales internacionales imponer políticas específicas. Un ejemplo aplicable es el asunto *West Virginia v. EPA* de 2022, donde el Tribunal Supremo de EE.UU. limitó la capacidad de la Agencia de Protección Ambiental para regular políticas de emisiones sin la aprobación del Congreso.
- La extralimitación de competencias por parte del poder judicial, sin la conveniente cooperación entre los diferentes poderes, puede derivar en una falta de voluntad política o estrategias dilatorias o insuficientes para implementar las resoluciones judiciales.
- Finalmente, no existen organismos internacionales con poder suficiente para supervisar el cumplimiento de sentencias climáticas. La excepción más evidente es la propia Unión Europea, que sí tiene capacidad para hacer efectivas las resoluciones del TJUE a través de sanciones. En el asunto *Leghari v. Pakistan* de 2015, se creó una comisión de supervisión para comprobar la implementación de medidas climáticas urgentes, pero con limitada capacidad al no contar con mecanismos de sanción.

## VII. CONCLUSIÓN

La judicialización del cambio climático se está constituyendo como un relevante mecanismo de actuación frente a la inacción estatal en la protección ambiental. De este modo, la actividad judicial está permitiendo consolidar un

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 314.

marco de protección progresivo en materia climática ante la ausencia de una regulación exhaustiva y vinculante en el ámbito internacional.

Bajo este déficit regulador, los principios ambientales han desempeñado un papel fundamental, esencialmente a través de su carácter programático y la fuerza jurídica sustantiva otorgada por algunos tribunales internacionales.

No obstante, este contexto plantea una cuestión de especial trascendencia: la posibilidad de que el poder judicial desborde sus competencias e invada el rol del legislador en la definición de las políticas públicas climáticas.

Cuanto menos, se vislumbra un progresivo debilitamiento del margen de apreciación estatal, impulsado por aquellas decisiones judiciales que han pretendido imponer obligaciones climáticas de carácter específico a los Estados. Este fenómeno plantea interrogantes sobre la compatibilidad del activismo judicial con el principio de separación de poderes, especialmente cuando los tribunales adoptan decisiones que exceden el control de convencionalidad y obligan a los gobiernos a reformular su estrategia climática con base en criterios jurisdiccionales. Esta redefinición de la función jurisdiccional puede, a su vez, generar resistencias institucionales y dificultades para implementar las resoluciones judiciales.

En todo caso, los avances en la consolidación de una tutela judicial del medio ambiente son evidentes y destacables, sin embargo, la eficacia de las resoluciones climáticas continúa asociada a la ausencia de mecanismos coercitivos que garanticen su cumplimiento y su impacto real.

Uno de los principales desafíos en la gobernanza climática actual es avanzar desde una protección ambiental indirecta, basada en la tutela reflexiva, hacia un modelo de tutela efectiva que garantice verdaderos mecanismos de exigibilidad. La progresiva vinculación del medio ambiente con derechos humanos reconocidos ha permitido reforzar su defensa en el ámbito jurídico, pero este enfoque sigue siendo insuficiente para la salvaguarda integral de los ecosistemas y los derechos de las generaciones futuras. Para lograr una protección que no dependa de interpretaciones expansivas del derecho, resulta esencial el reconocimiento expreso del derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo con plena eficacia jurídica. Este cambio no solo exige una reforma normativa a nivel internacional, sino también una reconsideración del papel del poder judicial en el diseño de políticas climáticas, evitando que su intervención implique un desplazamiento del legislador y fomentando una colaboración estructurada entre los distintos poderes del Estado.

La judicialización del cambio climático ha demostrado ser un mecanismo clave para subsanar lagunas regulatorias y exigir a los Estados la adopción de medidas concretas en materia de mitigación y adaptación. Sin embargo, para que este fenómeno se consolide como una herramienta estructural en la protección del medio ambiente, es imprescindible reforzar la efectividad de las

sentencias, clarificar el papel del poder judicial en la formulación de políticas públicas y afianzar la integración del derecho ambiental dentro del marco normativo de los derechos humanos. Solo mediante un modelo de gobernanza climática que combine la acción judicial con el desarrollo normativo y la actuación de los poderes públicos se podrá garantizar una respuesta sólida, coordinada y eficaz frente a la crisis climática.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Amnesty International Publications, Reino Unido, 2011. <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/07/amr280012011es.pdf>
- Bartlett Castellá, E. R., “Una mirada al futuro del derecho ambiental, desde el recuerdo del pasado vivido”, en Vargas Morgado, J. y Expósito Gázquez, A., *Inteligencia ambiental y sostenibilidad artificial*, Burgoa Editores, México, 2024, pp. 1-26. <https://merit.url.edu/es/publications/una-mirada-al-futuro-del-derecho-ambiental-desde-el-recuerdo-del->
- Beck, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad* (trad. Navarro Pérez, J.), Paidós Ibérica, España, 1998. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=113853>
- Beck, U., “Retorno a la teoría de la Sociedad del Riesgo”, *BAGE: Boletín de la Asociación Española de Geografía*, 30, 2000, pp. 9-20. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1122543>
- Cuevas Tello, A. B., “La postura de Estados Unidos sobre el Protocolo de Kyoto y el cambio climático”, *México y la Cuenca del Pacífico*, Vol. 10, 28, 2007, pp. 61-71. <https://mexicoylacuencadelpacifico.cucsh.udg.mx/index.php/mc/article/view/286/285>
- Díaz Cruces, E. y Méndez Rocasolano, M., “El derecho a un clima estable: análisis de la sentencia Klimaseniorinnen y propuestas para fortalecer la Ley 7/2021 de España”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 152, sección “artículos doctrinales”, 2025, pp. 1-32. [https://www.researchgate.net/publication/387964310\\_El\\_derecho\\_a\\_un\\_clima\\_estable\\_analisis\\_de\\_la\\_Sentencia\\_Klimaseniorinnen\\_y\\_propuestas\\_para\\_fortalecer\\_la\\_Ley\\_72021\\_de\\_Espana](https://www.researchgate.net/publication/387964310_El_derecho_a_un_clima_estable_analisis_de_la_Sentencia_Klimaseniorinnen_y_propuestas_para_fortalecer_la_Ley_72021_de_Espana)
- Doreste Hernández, J., “El ‘juicio por el clima’: el litigio climático español”, *AF-DUAM* 26, 2022, pp. 383-406. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-A-2022-10038300406](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2022-10038300406)
- Esteve Pardo, J., “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, *Documentación Administrativa*, 265-266, 2003, pp. 137-150. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/download/5596/5649/5827>
- Fernández Egea, R. M., “Jurisprudencia ambiental internacional”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 13, 2022, pp. 1-22. <https://raco.cat/index.php/rcda/article/view/414365/509181>
- Galera Rodrigo, S., “Transición energética en tiempos de policrisis (2021-2022)”, *Anuario. Observatorio de Políticas Ambientales*, 2023, pp. 403-446. <https://>

- [www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-O-2023-10040300446](http://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-O-2023-10040300446)
- García Roca, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007, pp. 117-143. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2520040.pdf>
- Garetto, R., “El principio del desarrollo sostenible en el contexto de la Unión Europea y el plano internacional”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Vol. X, 20, pp. 173-186. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6857105.pdf>
- Giddens, A., *Vivir en una sociedad postradicional*. en Beck, U., Giddens, A., y Lash, S., *Modernización reflexiva*, Alianza, Madrid.
- Heiskanen, H. E., *Towards greener human rights protection*, Tampere University Press, Tampere, 2018.
- Jiménez García, F., “Cambio climático antropogénico, litigación climática y activismo judicial. Hacia un consenso emergente de protección de derechos humanos y generaciones futuras respecto a un medio ambiente sano y sostenible”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 46, 2023, pp. 7-61. <https://burjcdigital.urjc.es/server/api/core/bitstreams/b712fd50-3f6d-4c2d-a3c7-bc3088a75369/content>
- Kuramoto, J. R., *Las aglomeraciones productivas alrededor de la minería: el caso de la Minera Yanacocha S.A.*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2000.
- Leite, J. R. y Beckhauser, E. F., “Pressupostos para o Estado de Direito Ecológico e reflexões sobre agrotóxicos no contexto de retrocessos ambientais”, *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, 57, 2021, pp. 208-228. <https://revistas.ufpr.br/made/article/download/73757/44101>
- León Moreta, M. A., “El derecho de la naturaleza al acceso a la justicia: un análisis de la judicialización de los derechos de la naturaleza en Ecuador y Colombia”, en Vargas Morgado, J. y Expósito Gázquez, A., *Inteligencia ambiental y sostenibilidad artificial*, Burgoa Editores, México, 2024, pp. 103-125.
- López Ramón, F., “Notas de la Ley de Cambio Climático”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 114, Sección “Comentarios legislativos”, 2021, pp. 1-22. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2021/07/2021-07-19-Lopez-Ley-cambio-climatico.pdf>
- Lozano Cutanda, B., *Derecho Ambiental y Climático*, Dykinson, Madrid, 2023.
- Luhmann, N., “El concepto de riesgo”, en AA. VV., *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Antropos, Barcelona, 1996.
- Mangas Martín, A., “Unión Europea: derechos humanos y desarrollo sostenible”, en Fernández Liesa, C. R. y Díaz Barrado, C. M. (Dirs.), *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: paz, justicia e instituciones sólidas / derechos humanos y empresas*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Madrid, 2018, pp. 13-26. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6410255>
- Moreno Molina, A. M., *El Derecho del cambio climático. Retos, instrumentos y litigios*, Iustel, Madrid, 2023.

- Narváez, I. y Narváez, M. J., *Derecho ambiental en clave neoconstitucional*, FLACSO, 2012. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/52643.pdf>
- Navas Alvear, M., “Claves metodológicas para la investigación del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Una mirada sociojurídica”, *Revista Culturales Jurídicas*, Vol. 4, 9, 2017, pp. 1-23. <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/articulo/download/44948/28821/151606>
- Organización Mundial de la Salud, *Centro de Prensa. Cambio climático y salud.*, Septiembre 2015, Nota descriptiva N° 266, Ginebra, 2015. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs266/es/>.
- Ormaeche Lendínez, I. y Sánchez Borjas, D., “Derechos humanos y litigación climática: la Sentencia del TEDH en el Asunto Verein Klimaseniorinnen Schweiz c. Suiza”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, 2024, pp. 302-316. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/9141/documento/ajum-66.pdf?id=13887&forceDownload=true>
- Pallarés Serrano, A., “Análisis del Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética: luces y sombras”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. XI, 1, 2020, pp. 1-42. <https://www.raco.cat/index.php/rcda/articulo/download/376507/469758>
- Montano, Pedro J., “La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogénéticas”, *Cuadernos de Bioética*, 1, 1995, pp. 81-91. <https://aebioetica.org/revistas/1995/1/21/81.pdf>
- Peña Chacón, M., “El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, *Revista Judicial*, 104, 2012, pp. 121-157. [https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/revista%20104/PDFs/07-principio\\_no\\_regresion.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista%20104/PDFs/07-principio_no_regresion.pdf)
- Pigrau, A. y Cardesa Salzmán, A., “Acciones entrelazadas contra daños ambientales graves: el impacto de Shell en Nigeria”, *Derecho PUCP*, 70, 2013, pp. 217-240. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/articulo/view/6752>
- Porrás Nadales, A., “Capítulo XXIV. Los principios rectores de la política social y económica”, en Agudo Zamora, M. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Novena Edición, Madrid, 2018, pp. 626-648.
- Prieur, M., *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, 2011, pp. 59-121. [https://honoris.unizar.es/sites/honoris/files/2024-11/discurso\\_michel\\_prieur.pdf](https://honoris.unizar.es/sites/honoris/files/2024-11/discurso_michel_prieur.pdf)
- Prieur, Michel, “Princípio da proibição de retrocesso ambiental”, en *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*, Senado Federal, Brasil, 2012.
- Ramos Torre, R., “De la sociedad del riesgo a la sociedad de la incertidumbre”, en Luján López, J. L. y Echeverría, J., *Gobernar los riesgos: ciencia y valores en la sociedad del riesgo*, Biblioteca Nueva, España, 2009, pp. 35-50. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7118234>
- Riquelme Salazar, C., “Los tribunales ambientales en Chile. ¿Un avance hacia la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental?”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IV, 1, 2013, pp. 1-43. <https://raco.cat/index.php/rcda/articulo/download/272079/360221/371271>
- Ronconi, L. y Barraco, M., “La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 50, 2021, pp. 1-27. <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n50/2301-0665-rfd-50-e105.pdf>

- Ruiz Prieto, M., “Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina”, *REALE*, 17, 2022, pp. 78-93. <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/download/11063/12224/19239>
- Salcedo Camacho, A. E., “El margen de apreciación nacional como instrumento efectivo para la aplicación de sentencias de la corte interamericana en escenarios de justicia transicional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27, 1, 2023, pp. 87-120. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-06/4014003salcedo-camacho.html>
- Sánchez Zavaleta, C. A. “Evolución del concepto de cambio climático y su impacto en la salud pública del Perú”, *Rev. Perú Med. Exp. Salud Pública*, 33, 1, 2016, pp. 128-138. <http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v33n1/a17v33n1.pdf>
- Santos Valdés, A., “El activismo judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: un análisis de los amparos en revisión con relación al libre desarrollo de la personalidad”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 49, 2023, pp. 347-390. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/18588/18814>
- Serrano Moreno, J. L., “La sociedad del riesgo y el derecho de la sociedad”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 21, 2010, pp. 184-201. <https://turia.uv.es/index.php/CEFD/article/view/274/3015>
- Setuáin Mendía, B., “El actual alcance de la litigación climática en España a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Setuáin Mendía, B. y Salinas Alcega, S., (Dir.), *Perspectivas jurídicas sobre clima, agua y energía. Estudios en reconocimiento al magisterio del profesor Antonio Embid Irujo*, Aranzadi, 2024, pp. 81-116. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9612182>
- Silva Hernández, F., “Principio de prevención y precautorio en materia ambiental”, *Revista Jurídica Derecho*, Vol. 8, 11, 2019, pp. 95-108. [http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v8n11/v8n11\\_a06.pdf](http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v8n11/v8n11_a06.pdf)
- Soro Mateo, B., “Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, 54, 2019, pp. 57-140. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7445519.pdf>
- Touraine, A., *La sociedad postindustrial*, Ariel, Barcelona, 1971.
- Vera Jurado, D. J. y Galán Vioque, R., “Francia, las nuevas referencias constitucionales y los logros del proceso de Grenelle”, en López Ramón, F., *Observatorio de políticas ambientales 2011*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2011, pp. 135-147. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3765114>
- Viñuales, J. E., “Las cuestiones medioambientales y el concepto de estado de necesidad”, *Vniversitas*, 119, 2009, pp. 223-250. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14493/11692>
- Vordermayer-Riemer, M., *Non-regression in international environmental law: human rights doctrine and the promises of comparative international law*, Intersentia, Cambridge, 2020.
- Yugueros Prieto, N., *Acceso a la justicia y legitimación medioambiental en el proceso español: vertiente teórico-práctica*, Colex, 2023.
- Zaballos Zurilla, M., “¿Un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva contra el cambio climático?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 50, 2024, pp. 202-215. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9573772.pdf>

# LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y UNA VISIÓN COMPARADA<sup>1</sup>

*The application of proportionality in criminal law: Spanish  
constitutional jurisprudence and a comparative view*

Wendy Pena González

Investigadora postdoctoral García Pelayo  
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. España  
<https://orcid.org/0000-0001-9204-8711>

<https://doi.org/10.18543/ed.3333>

Fecha de recepción: 25.02.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

## **Resumen**

El principio de proporcionalidad aparece como consolidado tanto en la doctrina como en la práctica de nuestro entorno. Pese a que su reconocimiento –salvo en las constituciones más jóvenes– no suele ser expreso en el texto constitucional, los

---

<sup>1</sup> Investigación realizada en un contrato a tiempo completo en la Universidad Europea de Madrid y durante el disfrute de un contrato FPU en período de orientación postdoctoral (FPU 19/02358) en el marco del proyecto Análisis Crítico del Derecho penal de la plutofilia (PLUTOPENAL), con referencia PID2022-142211NB-C21 (IIPP: Ana I. Pérez Cepeda y Miriam Ruiz Arias), y del Berkeley Center for Comparative Equality. El trabajo ha sido posible gracias al disfrute de dos estancias de investigación, respectivamente desarrolladas en Penn Law School (University of Pennsylvania Carey) bajo la dirección del profesor Paul H. Robinson (con la financiación de Fulbright España y el Ministerio de Universidades), y en la Sapienza Università di Roma bajo la tutela de Massimo Donini (con financiación del Ministerio de Universidades).

tribunales constitucionales han reconocido su estatus de principio constitucional. No obstante, al tratarse de una institución abstracta y no explícitamente articulada en el texto de la ley, sus contornos no están claros. Por ello, interesa desarrollar un análisis del estado de la cuestión del principio de proporcionalidad penal en España, tratando de evaluar qué nivel de protección garantiza, qué grado de desproporción exige el principio para actuar sobre una medida penal, si se distinguen claramente las variantes de proporcionalidad de la intervención penal y proporcionalidad del castigo, si en la práctica legislador y juzgadores están sujetos al principio y qué elementos se comparan para determinar que la medida es proporcionada. Para ello, en esta sede es idóneo el desarrollo del estudio de Derecho comparado, por lo que se complementará el examen de la jurisprudencia constitucional en España con un análisis de la situación del principio en Italia –cuna del constitucionalismo penal y que responde a la tradición de Derecho civil–, y en EE. UU. –origen del retribucionismo y donde se encontraron los primeros desarrollos del principio, que responde a una tradición de Derecho común–.

### ***Palabras clave***

Proporcionalidad en Derecho penal, proporcionalidad de las penas, jurisprudencia constitucional.

### ***Abstract***

The principle of proportionality appears to be consolidated both in doctrine and in practice in our context. Although its recognition – except in the youngest constitutions – is not usually explicit in the constitutional text, the constitutional courts have recognized its status as a constitutional principle. However, as it is an abstract institution and not explicitly developed in the text of the law, its contours are not clear. Therefore, it is of interest to develop an analysis of the state of the art of the principle of criminal proportionality in Spain, trying to assess what level of protection it guarantees, what degree of disproportionality the principle requires to act on a criminal measure, whether the variants of proportionality of criminal intervention and proportionality of punishment are clearly distinguished, whether in practice legislators and judges are subject to the principle and what elements are compared to determine that the measure is proportionate. For this purpose, the study of comparative law is of interest here, so the study of constitutional jurisprudence in Spain will be complemented with an analysis of the situation of the principle in Italy – the source of criminal constitutionalism and which responds to the civil law tradition –, and in the USA – origin of retributivism and where the first developments of the principle were found, which responds to a common law tradition –.

### ***Keywords***

Proportionality in criminal law, proportionality of punishment, constitutional jurisprudence.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROPORCIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL TEDH. 1. Prohibición de penas gravemente desproporcionadas. 2. Vulneración de la proporcionalidad por exceso. 3. Vulneración de la proporcionalidad por defecto (las obligaciones positivas de protección penal). 4. Conflicto con otros derechos y libertades. III. LA PROPORCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL EN ESPAÑA. 1. La proporcionalidad del Derecho penal en sentido amplio en España. 2. La proporcionalidad entre delitos y penas en España. IV. LA PROPORZIONALITÀ EN EL COSTITUZIONALISMO ITALIANO. 1. Fundamento. 2. Amplitud de la discrecionalidad del legislador penal. 3. Tipos de control. 4. Elementos de la proporción. V. EL CONTRASTE CON EL DERECHO ANGLOSAJÓN: PROPORCIONALIDAD EN ESTADOS UNIDOS. 1. Fundamento y reconocimiento. 2. Aplicación. 3. Discrecionalidad del legislador. 4. Elementos. 5. Exigencia de desproporción. VI. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Usualmente se entiende que los ordenamientos penales contemporáneos se rigen, en líneas generales, por la lógica del principio de proporcionalidad<sup>2</sup>, y es cierto que expresa o tácitamente los ordenamientos constitucionales reconocen, generalmente, la vigencia de este principio en sus dos vertientes –proporcionalidad de la intervención penal en general y proporcionalidad de las penas en particular<sup>3</sup>–.

Sin embargo, el seguimiento del principio de proporcionalidad se hace de forma más intuitiva que lógica y sistemática, y en algunos casos no se respeta en absoluto la proporcionalidad<sup>4</sup>. Se trata de un principio que tiene antecedentes en la Antigüedad (con referencias, por ejemplo, en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles) y que se enraíza en la Ilustración –donde ya fue reivindicado por la doctrina penal y reconocido en las declaraciones, constituciones y cartas de derechos (como la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, el Bill of rights, o la Constitución de Philadelphia)–. No obstante y precisamente por ello, dados los imprecisos contornos del principio y la vaguedad de su contenido y aplicación, conviene estudiar cuál es la situación real del principio de proporcionalidad penal.

De hecho, con respecto a este principio los académicos hacen referencia o ponen énfasis sobre cuestiones diversas. Algunos hacen alusión al principio de proporcionalidad penal en relación con la racionalidad de las leyes penales<sup>5</sup> o de la selección

<sup>2</sup> VON HIRSCH, Andrew. 1998. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, p. 142.

<sup>3</sup> NIETO MARTÍN, Adán. 2019. «Saudade of the constitution: The relationship between constitutional and criminal law in the European context». *NJECL*, 2019, Vol. 10 (I), pp. 28-33.

<sup>4</sup> ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. 2018. «Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos». *Derecho PUCP*, nº 81.

<sup>5</sup> Díez Ripollés, José Luis (2003). *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta; Paredes Castañón, José M. 2013. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

criminalizadora del legislador<sup>6</sup>; otros se refieren, en cambio, al principio de proporcionalidad en sentido amplio<sup>7</sup> –y con distinta extensión, según quien escribe<sup>8</sup>–, con un corte de Coste-Beneficio de mayor o menor margen<sup>9</sup>; hay quienes le dan un contenido estrictamente medial o finalista<sup>10</sup>; mientras otras propuestas parecen circunscribirse más a la proporcionalidad en sentido estricto<sup>11</sup>. En cualquier caso, todos los análisis ponen el énfasis en la dificultad de conciliar la relevancia del principio con el equilibrio y separación de poderes, lo que genera una tónica de control que se revela muy deferente con el legislador<sup>12</sup>.

La necesidad de que el ordenamiento no se aleje de la realidad impone el estudio de la aplicación del principio en la práctica jurisprudencial. Y, dada la relevancia constitucional de este principio penal, es fundamental conocer la aplicación del principio en el contexto de la jurisprudencia constitucional. Además, en esta sede conviene incorporar un enfoque de Derecho comparado<sup>13</sup> –especialmente al tener en consideración la extensión prácticamente global del reconocimiento del principio–. Por ello, se contrastará el estado de la cuestión de la proporcionalidad penal en España con su situación en dos países (uno de tradición de derecho civil y pionero en

<sup>6</sup> Esta denominación se toma de la propuesta de RECCHIA, Nicola (2020). *Il principio de proporzionalità nel diritto penale*. Torino: Giappichelli. *Vid.* también RECCHIA, Nicola (2018). «Giudizio di proporzionalità e principi penalistici: identità, complementarità o alternatività?». En DODARO, Enrico/MANCUSO, Giandomenico (Coord.). *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, Reggio di Calabria: Edizioni DipLap, pp. 101-108; y RECCHIA, Nicola (2015). «Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della corte costituzionale», *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, pp. 55-70.

<sup>7</sup> AGUADO CORREA, Teresa (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: EDERSA.

<sup>8</sup> Es reseñable la propuesta de PRIETO DEL PINO, Ana M<sup>a</sup>. 2016. «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad». En NIETO MARTÍN, Adán et al. (Dir.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.

<sup>9</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (2007). *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. 1998. «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho público*, 5, septiembre-diciembre, pp. 160-189.

<sup>10</sup> V. gr. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, p. 120.

<sup>11</sup> BASSO, Gonzalo. 2019. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. Madrid: Marcial Pons; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. 1999. *Prevención general e individualización de la pena*. Salamanca: Ed. USAL.

<sup>12</sup> En este sentido, por ejemplo, *vid.* PONTEPRINO, Gabriele. 2024. «La “storia infinita” del sindacato sulla proporzionalità della pena: I recenti tracciati della giurisprudenza della Consulta nelle pronunce sull’appropriazione indebita e sulla rapina di lieve entità», *Sistema Penale*, pp. 49-50; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. 2012. «¿Restrictivo o diferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *Indret*, pp. 15-16.

<sup>13</sup> En relación con la proporcionalidad de la pena, esto plantea BASSO, Gonzalo. 2019. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Op. Cit., p. 45.

el constitucionalismo penal, y otro perteneciente a la tradición de derecho común y pionero en el reconocimiento del principio de proporcionalidad penal), y, previamente, en el contexto del Consejo de Europa (con base en el reconocimiento por el TEDH), dada la influencia que tiene el nivel europeo para la aplicación del principio en España.

Por ello, en este artículo se analiza de modo sucinto la aplicación constitucional del principio de proporcionalidad en Derecho penal en España, y se contrastará brevemente con la aplicación en el TEDH, Italia y Estados Unidos. La selección de Italia como objeto del análisis se debe tanto a la fuerza que cobra en ese país el Derecho penal constitucionalista, como, por otra parte, la prolija aplicación jurisprudencial que ha obtenido allí el principio de proporcionalidad en el Derecho penal. El análisis del TEDH permite también el contraste con la jurisprudencia supranacional más relevante en la materia para España –fundamental, ya que en este nivel supranacional se reconocen con más claridad las distintas variantes del principio, y dado que la aplicación del principio en España nuestro Tribunal Constitucional continuamente alude a la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo–. La selección del análisis de la aplicación estadounidense se debe fundamentalmente a la fuerte consolidación del principio de proporcionalidad en el marco de la doctrina y jurisprudencia estadounidenses –vinculada al retribucionismo como teoría predominante de justificación del castigo–. La introducción de dicho análisis permite observar si existen o no contrastes entre la doctrina de Derecho civil y de Derecho común (teniendo en cuenta que en estos sistemas se relativiza la incidencia de los principios y no existe una sistematización teórica como la de la teoría del delito).

Salvo en los sistemas constitucionales más jóvenes, el principio se ha reconocido normalmente a través de los tribunales constitucionales y no expresamente en el texto constitucional. Así sucede en España e Italia, donde el principio se ha reconocido como constitucional por sendas cortes como emanación de otros principios que sí aparecen expresamente en el texto, como se verá a lo largo de este trabajo. En el caso de EE. UU., se suele considerar emanación de la prohibición de la Octava Enmienda de las penas o tratos crueles o inusuales y multas o fianzas excesivas. En los Estados sí aparece, en ocasiones, un reconocimiento expreso. Así, el Pennsylvania Criminal Code (Título 18 de los Pennsylvania Consolidated Statutes) en el § 104 establece que es objetivo del Título «salvaguardar a los delincuentes contra castigos excesivos, arbitrarios o desproporcionados». Por tanto, en los tres países objeto de análisis, el reconocimiento del principio se ha derivado del de otros derechos. En España, el TC lo ha vinculado al valor de la justicia, al Estado de Derecho, a la interdicción de la arbitrariedad, la dignidad de la persona, y a la legalidad. En cambio, en Italia, se ha vinculado a la igualdad y a la reinserción social y, en EE. UU. –como se acaba de adelantar– se vincula a la Octava Enmienda.

En todo caso, la Unión Europea se erige como la sede principal en la que expresamente se reconocen los principios de proporcionalidad de las penas y del Derecho penal separadamente, lo que contribuye a clarificar su contenido. Ello plantea la cuestión de si tras este reconocimiento –más claro– de sendos principios se plantea una aplicación más sistemática y eficaz del principio.

El objetivo de este estudio es analizar la aplicación de la proporcionalidad penal en España, lo que se complementa con un breve estudio comparado de otras sedes

(UE, Italia y EE. UU.). La metodología empleada es el análisis de jurisprudencia. En cualquier caso, el trabajo no pretende plantear de modo pormenorizado todas y cada una de las cuestiones que la proporcionalidad del castigo penal ha planteado en las sedes analizadas, que merecen un análisis más amplio, propio de una monografía. En cambio, el objetivo –más humilde– es evaluar las cuestiones más relevantes que el análisis de la jurisprudencia en los contextos seleccionados ha planteado y evaluar cuál es, en consecuencia, el nivel de protección del principio en dichas sedes –si funciona o no como un derecho fundamental o si se plantea dicha posibilidad–, qué se compara con la intervención penal o pena para determinar que estas son proporcionadas, a qué supuestos se circunscribe su aplicación, si se diferencian con alguna claridad la proporcionalidad en sentido amplio y la proporcionalidad de las penas, qué conflictos plantean en casos extremos (como la prisión perpetua y otros afines) y si se han planteado conflictos, por ejemplo, cuando entran en juego otros elementos –tales como la libertad de expresión, el efecto desaliento, etc.–. Esbozadas, *grosso modo*, estas cuestiones, se abre la puerta a otros análisis sobre cada uno de estos extremos.

La estructura del trabajo es la que sigue. Se estudiará primero, brevemente, la situación del principio de proporcionalidad en el contexto de la Unión Europea y el Consejo de Europa, tanto por la mayor claridad en el reconocimiento de los principios de proporcionalidad penal como por su influencia en los dos países de la tradición de derecho civil estudiados. A continuación, se analizará la situación del principio de proporcionalidad penal en España, distinguiendo la proporcionalidad en sentido amplio y la proporcionalidad en sentido estricto. Por último, se esbozará el estado de la proporcionalidad penal, respectivamente, en Italia y en EE. UU.

## II. LA PROPORCIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL TEDH

El principio de proporcionalidad del Derecho penal es objeto de un sólido reconocimiento en la Unión Europea, y también en la UE en sentido amplio –incluyendo instituciones que van más allá de ella, como el Consejo de Europa y el TEDH–. De hecho, es en el ámbito de la UE el único donde se reconocen expresamente las dos variantes del principio de proporcionalidad de la intervención penal. *Id est*, por una parte, se hace referencia a la proporcionalidad de la acción pública –incluida la penal– y, por otra, se recoge expresamente el principio de proporcionalidad de las penas. De esta manera, mientras en el artículo 5(4) del Tratado de la Unión Europea (donde se establece que en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de acción de la UE no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado) y en el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (donde se establece que nada de lo dispuesto en esta se puede interpretar en el sentido de derogar o limitar los derechos humanos y libertades fundamentales) se hace referencia a la proporcionalidad en sentido amplio de las intervenciones, el artículo 49 de la misma Carta reconoce expresamente que la severidad de las penas «no debe ser desproporcionada con respecto a la infracción» (principio de proporcionalidad en sentido estricto). En el marco del Consejo de Europa, y aunque la CEDH no reconoce expresamente el principio de proporcionalidad, el TEDH lo reconoce y aplica de modo indubitado.

Pese a todo, el TEDH se ha pronunciado en pocas ocasiones sobre el principio de proporcionalidad en relación con la materia penal –pese a que no son escasas las ocasiones en que la jurisprudencia nacional toma el aprendizaje de dicha institución–.

### 1. *Prohibición de penas gravemente desproporcionadas*

De la jurisprudencia del TEDH es fundamental el reconocimiento de la prohibición de penas gravemente desproporcionadas, lo que fundamenta el tribunal sobre la base de que son penas contrarias al art. 3 CEDH<sup>14</sup> (prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes) –situación que sólo se reconocerá en casos extremos–.

### 2. *Vulneración de la proporcionalidad por exceso*

Siguiendo la estela clásica del ámbito de protección propio del principio de proporcionalidad, lo habitual en la jurisprudencia del TEDH –igual que sucede en el ámbito nacional– es estimar que el principio se corresponde con la prohibición de exceso. En este sentido, por ejemplo, en la STEDH Vinter v. Reino Unido se determina que podría vulnerarse el art. 3 TEDH por las condenas a penas de prisión permanente sin posibilidad de reducción, siempre que se confirme tanto la imposibilidad de revisión y la falta de perspectivas de salida de prisión (en el caso, se confirma que no hay mecanismo de revisión y que no hay claridad sobre la posibilidad de liberación del condenado)<sup>15</sup>.

### 3. *Vulneración de la proporcionalidad por defecto (las obligaciones positivas de protección penal)*<sup>16</sup>

No obstante, el ámbito supranacional europeo no restringe la proporcionalidad a la prohibición de exceso en el ámbito penal. El TEDH, en el caso Gäfgen contra Alemania, condenó a Alemania por violar la obligación procesal derivada del artículo 3 CEDH por no haber sancionado con una pena suficientemente severa a dos oficiales de policía que habían amenazado con torturar a un arrestado para obtener información necesaria para liberar a un niño privado de libertad por el detenido<sup>17</sup>. Se afirma que

---

<sup>14</sup> TEDH. Grand Chamber. Vinter v. Reino Unido. S. 9 de julio de 2013 (“*Gross disproportionality*” 102. *The Chamber found that a grossly disproportionate sentence would violate Article 3 of the Convention. The parties accepted that proposition in their submissions before the Chamber and have continued to do so in their submissions to the Grand Chamber. The Grand Chamber agrees with and endorses the Chamber’s finding. It also agrees with the Chamber that it will only be on rare and unique occasions that this test will be met [...].*)

<sup>15</sup> TEDH. Grand Chamber. Vinter v. Reino Unido. S. 9 de julio de 2013.

<sup>16</sup> Sobre las obligaciones positivas de protección, vid. VALVERDE CANO, Ana B. (2022). *Más allá de la trata*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 377 y ss.

<sup>17</sup> TEDH. Grand Chamber. Gäfgen v. Germany. 3 de junio de 2010: “*Such punishment, which is manifestly disproportionate to a breach of one of the core rights of the*

Alemania ha violado el art. 3 CEDH, no sólo por la conducta policial en sí, sino también por no haber otorgado una reacción penal suficientemente severa para esas conductas. Afirma la Gran Cámara que no es deber del TEDH determinar la responsabilidad individual ni la pena apropiada para un reo, cuestiones reservadas a los tribunales nacionales, pero también que la CEDH tiene por objetivo garantizar que los derechos no sean sólo teóricos e ilusorios, sino también prácticos y efectivos<sup>18</sup>. Por esta razón, se concluye, el TEDH debe asegurar que los Estados cumplan sus obligaciones de tutelar los derechos de quienes están situados en su jurisdicción, y, pese a que se reconoce que la selección criminalizadora de las sanciones adecuadas para maltratos cometidos por agentes estatales es competencia del Estado, el TEDH debe intervenir en caso de manifiesta desproporción entre la gravedad de la conducta y la pena infligida<sup>19</sup>. Este reconocimiento de la protección frente a la infraprotección penal –que no se produce en las tres sedes nacionales analizadas más adelante en este artículo– abre la puerta a preguntarse qué subprincipio (o subprincipios) del de proporcionalidad en la intervención penal jugarían en esta protección –. ¿Se trata del principio de proporcionalidad en sentido estricto o proporcionalidad de las penas, que demanda un mínimo de castigo?, ¿o se está hablando, en cambio, de que la necesidad de pena o la adecuación exigen la proscripción de la desproporción por defecto?–. Por encontrarse fuera del objeto del presente artículo no se pretende dar respuesta, desde aquí, a estas preguntas, pero sí poner sobre la mesa la necesidad de plantearlas.

#### 4. *Conflicto con otros derechos y libertades*

Por otra parte, el TEDH, sobre la premisa de que la libertad de expresión no es ilimitada, ha declarado en varias ocasiones la nulidad de condenas por vulneración de la libertad de expresión. En la STEDH se condena a Rumanía (asunto *Cumpănă and Mazăre v. Romania*) por haber condenado por difamación e injurias a dos periodistas por la publicación de un artículo difamatorio en relación con una gobernante rumana. El TEDH concluye que la sanción no era proporcional al delito imputado, y que producía un efecto disuasorio sobre la libertad de expresión<sup>20</sup>. En la misma línea, el TEDH dictó sentencia en 2018 en el asunto *Stern Taulats v. España*, condenando a España por haber dictado sentencia de condena por injurias a la Corona por la quema de una fotografía del Rey. El TEDH considera que, en las circunstancias de este caso concreto, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político, por cuanto representa la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento, constituye una injerencia en la libertad de expresión que no era proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni necesaria en una sociedad democrática<sup>21</sup>.

*Convention, does not have the necessary deterrent effect in order to prevent further violations of the prohibition of ill-treatment in future difficult situations”.*

<sup>18</sup> Sobre este caso, véase también VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*. Torino: G. Giappichelli Editore, pp. 96 y ss.

<sup>19</sup> TEDH. Grand Chamber. *Gäfgen v. Germany*, Op. Cit.

<sup>20</sup> TEDH. Grand Chamber. *Cumpănă and Mazăre v. Romania*. 17 de diciembre de 2004.

<sup>21</sup> TEDH. Sección Tercera. *Stern Taulats y Roura Capellera v. España*. 13 de marzo de 2018.

La jurisprudencia del TEDH ha sido fundamental en la aplicación del principio por parte de los tribunales constitucionales nacionales –particularmente, siempre que entran en conflicto el efecto desaliento y la libertad de expresión–. Este es el caso de España y también de Italia, países que se estudian a continuación.

### III. LA PROPORCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL EN ESPAÑA

En este análisis se estudian por separado el desarrollo jurisprudencial del principio de proporcionalidad penal en sentido amplio (apartado 1) y en sentido estricto (2), dado que los pronunciamientos del TC hacen referencias –con algún grado de nitidez– entre ambas instituciones, lo que permite diferenciar los elementos esenciales de ambas (cuestión que no sucede en relación con las otras sedes analizadas).

En nuestra jurisprudencia, el TC ha atribuido el origen del principio a su relación con numerosos principios diferentes, afirmándose en la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3:

El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza [...]. Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia [...], del principio del Estado de Derecho [...] o de la dignidad de la persona [...], se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos<sup>22</sup>.

En todo caso, se debe tener en cuenta que no todas las penas desproporcionadas son degradantes<sup>23</sup> (siguiendo la doctrina del TEDH<sup>24</sup>), requiriendo, para reconocerlas como tales, que la pena, por su naturaleza, acarree sufrimientos humillantes o que provoquen una sensación de envilecimiento de un nivel muy superior al de la condena. También el TC expresamente ha determinado que los principios de igualdad y

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 55/1996, de 28 de marzo (Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer), FJ 3.

<sup>23</sup> En este sentido, la STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4; STC 120/1990, de 27 de junio (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 120/1990, FJ 9 [Ponentes: Magistrados Ponentes D. Fernando García-Mon y González-Regueral, D. Eugenio Díaz Eimil y D. José V. Gimeno Sendra] –caso de alimentación forzosa a presos en huelga de hambre–); y STC 150/1991, FJ 2 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 150/1991, de 4 de julio [Ponente: D. Luis López Guerra]).

<sup>24</sup> ECHR. Chamber. Sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer v. Reino Unido), II, 28 (Application n.º 5856/72), II, 28 y ss.

proporcionalidad tienen cierta cercanía y están vinculados<sup>25</sup> pero que no son equiparables, pudiéndose apreciar una vulneración de ambos principios en ciertos casos pero no siempre (concluyéndose que no hay vulneración del art. 14 CE por parte del legislador al establecer penas distintas para los delitos de apropiación indebida y de malversación<sup>26</sup>). Ha afirmado, en este sentido:

[...] el principio constitucional de igualdad del artículo 14 CE sólo opera entre personas y proscrib[e] tratarlas de modo injustificado, sin que esa prohibición de trato jurídico desigual, de él dimanante, pueda extenderse al trato diferente que en materia penal reciben determinadas conductas, sean o no equivalentes. De manera que las diferencias en la sanción de conductas que, desde una perspectiva material, pudieran ser consideradas iguales habrían de enjuiciarse desde la perspectiva del principio de proporcionalidad<sup>27</sup>.

### 1. *La proporcionalidad en Derecho penal en sentido amplio en España*

Se distinguen dos etapas en el tratamiento jurisprudencial del principio de proporcionalidad en sentido amplio. En una primera etapa, los primeros quince años de jurisprudencia constitucional permiten un desarrollo del principio de proporcionalidad (tras unos años de uso informal del principio), exigiéndose que la medida estatal cumpla los requisitos del hoy conocido como principio de proporcionalidad en sentido amplio. Sin darles expresamente esta calificación se hace referencia al cumplimiento de los siguientes requisitos: la existencia de una finalidad de relevancia constitucional (adecuación), la necesidad de la medida (ausencia de medidas menos drásticas para el mismo fin) y, posteriormente, el equilibrio entre medida y finalidad. En una segunda fase, que comienza con la STC 66/1995, de 8 de mayo –en relación con el Derecho penal a partir de la STC 55/1996, de 28 de marzo–, se puede considerar que el análisis jurisprudencial del principio ya ve consolidado el examen del triple test y sus elementos<sup>28</sup>. En todo caso, el Tribunal Constitucional español acogió desde sus primeras sentencias la concepción amplia del principio de proporcionalidad. Inicialmente, la fundamentó vinculada a la justicia y a la dignidad humana, y después pasó a concebirlo como un criterio de interpretación aplicable sobre el contenido, limitación y colisiones entre derechos fundamentales<sup>29</sup>. A partir de la STC 55/1996

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 50/1995, de 23 de febrero. Ponente: D. Rafael de Mendizábal y Allende.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 65/1986, de 22 de mayo. Ponente: D. Ángel Latorre Segura.

<sup>27</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 166/1998, de 15 de julio. Ponente: D. Julio Diego González Campos, FJ 8.

<sup>28</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. 2007. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 40 y ss.

<sup>29</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. 2015. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (tomo 1). Madrid: Iustel, p. 89.

se reconoce ya de modo consolidado<sup>30</sup> el carácter constitucional del principio de proporcionalidad en Derecho penal<sup>31</sup>.

### 1.1. Canon de constitucionalidad no autónomo

En España, el TC, siguiendo la estela del BVerfG alemán, parte de la idea de que el principio no determina un canon de constitucionalidad autónomo. Esta estimación se deriva ya de la citada STC 62/1982, en la que se afirma que «el Tribunal Constitucional ha de circunscribirse a determinar si el principio de proporcionalidad ha quedado infringido, desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio, por ser las medidas adoptadas desproporcionadas para la defensa del bien que da origen a la restricción»<sup>32</sup>. Con posterioridad, en la también citada STC 55/1996, de 28 de marzo, se afirma también que «debe advertirse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros criterios constitucionales»<sup>33</sup>, requiriéndose siempre la relación con otros preceptos constitucionales que serán normalmente relativos a derechos fundamentales:

Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza<sup>34</sup>.

Se reconoce la vinculación del principio con el principio de legalidad<sup>35</sup>, el valor de justicia, el Estado de Derecho, la interdicción de la arbitrariedad, o la dignidad de

<sup>30</sup> Se refieren las sentencias del TC usualmente al TEDH en relación con el reconocimiento del principio. Así, por ejemplo, en la STC 136/1999, FJ 20, se afirma: «la exigencia de proporcionalidad de la reacción penal, incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión e información, ha sido declarada no sólo por este Tribunal (por todas, STC 85/1992), sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, Sentencia del T.E.D.H. Tolstoy Miloslavsky, de 13 de julio de 1995)».

<sup>31</sup> En la sentencia se resuelven (con carácter desestimatorio) las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la pena por el delito de negativa a cumplir la prestación social sustitutoria del servicio militar obligatoria, al estimar que esta no integra el derecho a la libertad ideológica (sólo la objeción de conciencia al servicio militar *stricto sensu* lo hace), que la finalidad de la pena no es de mero cumplimiento de un mandato administrativo y que el legislador tiene un amplio margen de libertad para delimitar los fines perseguidos con la pena, así como para determinar el tipo y cuantía de sanciones penales (*Vid.* los FFJJ 6 a 9).

<sup>32</sup> STC 62/1982, ya citada, FJ 5.

<sup>33</sup> STC 55/1996, FJ 3.

<sup>34</sup> STC 136/1999, FJ 22.

<sup>35</sup> SSTC 136/1999, FJ 29 y 122/2021, FFJJ 9 y ss. (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 122/2021, de 2 de junio. Ponente: D. Juan José González Rivas).

la persona, y se ha planteado su vulneración constitucional en relación con los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17 CE), de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19 CE)<sup>36</sup>, libertad ideológica (art. 16 CE)<sup>37</sup>, de expresión e información (art. 20 CE)<sup>38</sup>, de reunión (art. 21 CE)<sup>39</sup> y participación en asuntos públicos (art. 23 CE).

En relación con el ejercicio concomitante a la acción delictiva de la libertad de expresión, se afirma que hay que tener en cuenta, en particular, el efecto desaliento que puede provocar en su ejercicio su penalización. En este sentido, en la STC 47/2022, FJ 8, se hace un resumen de la jurisprudencia constitucional al respecto:

La STC 177/2015 ha puesto de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión, por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desalentador que ello puede generar para el regular ejercicio de los derechos fundamentales (en el mismo sentido STC 112/2016). Por ello, tanto el legislador al definir la norma penal, como el juez al aplicarla, no pueden “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal”.

La afirmación de que el control de proporcionalidad no constituye un canon de constitucionalidad autónomo se reitera en posteriores SSTC, como (sin ánimo de exhaustividad) las SSTC 161/1997, FJ 8; 136/1999, FJ 22.

## 1.2. Triple exigencia: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta

El TC incorporó desde sus primeros análisis del principio de proporcionalidad la exigencia del triple examen en el marco del principio de constitucionalidad. En la STC 55/1996 se incorpora el triple examen al análisis de la proporcionalidad de medidas penales, y en ella se afirma que se debe proceder al análisis de la concurrencia de un *prius lógico* (la existencia de un fin legítimo perseguido por la medida), y posteriormente a analizar los elementos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>40</sup>. A partir de la STC 60/2010 se afina el canon<sup>41</sup>. Sin embargo, como se verá a continuación, el análisis del TC no ha sido más que trivial en la mayoría de los supuestos, dando por supuesta la concurrencia de los requisitos, haciendo únicamente una mención a estos o haciendo un análisis formal y banal del contenido

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 60/2010, de 7 de octubre. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, FJ 8.

<sup>37</sup> Así en la STC 55/1996.

<sup>38</sup> SSTC 136/1999, FFJJ 20 y ss.; 112/2016; 35/2020, y 122/2021, FJ 10.

<sup>39</sup> STC 122/2021, FJ 9.

<sup>40</sup> STC 55/1996, FFJJ 7-9. Reiterado posteriormente en la mayoría de sentencias sobre el principio de proporcionalidad (v. gr. en la STC 161/1997, FJ 10).

<sup>41</sup> STC 60/2010, FFJJ 10 y ss.

de los mismos, con independencia de la ausencia de motivación del legislador, la claridad de la justificación y la objetividad de la misma.

### 1.3. Alcance del análisis del TC en la práctica: análisis de los fines perseguidos, idoneidad

En cuanto a los fines perseguidos y los bienes jurídicos seleccionados, apenas se realiza control a causa de la reconocida libertad del legislador (en este sentido, *vid.* la STC 136/1999, FJ 27). En los casos en que formalmente se han controlado los fines (en supuestos contados), sólo se hace de modo aparente, bastando con la confirmación superflua de una justificación (cualquiera que sea) por el legislador<sup>42</sup>.

En todo caso, el control limitado que en teoría debería realizarse, no se realiza. De hecho, no se realizan realmente análisis más allá de declarar que se debe realizar el control, dándolo por hecho, aunque no existan estudios suficientes sobre la idoneidad de las penas. Por ejemplo, en la STC 55/1996, FJ 8, se afirma: «no existiendo en efecto elementos para dudar de ella»; en la STC 161/1997 no se analiza la concurrencia de la idoneidad; y en la STC 136/1999, FJ 27, se afirma que «tampoco cabe dudar de la idoneidad de la sanción prevista», aunque luego estimen el amparo por estimación de desproporción relativa al principio de proporcionalidad en sentido estricto. Más recientemente, en la STC 169/2021 –relativa a la PPR– también se afirma que la idoneidad «de la agravación de la prisión para producir un

<sup>42</sup> En la STC 169/2021, FJ 6, se afirma simplemente al respecto que: «La justificación la encontramos en el apartado II del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 donde se afirma que “podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión”, destacando más adelante su pertenencia a un modelo extendido en el Derecho comparado europeo [...] El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 justifica la introducción en nuestro ordenamiento de esta nueva modalidad de pena de prisión apelando a la extraordinaria gravedad de los hechos a los que se aplicará, a exigencias retributivas especiales y a una suerte de homologación con países democráticos de nuestro entorno, consideraciones de política criminal que aunque hayan suscitado opiniones discrepantes en amplios sectores de la doctrina española e incluso en la propia jurisprudencia [*vid.* SSTS, de la Sala Segunda, 716/2018, de 16 de enero de 2019, FJ 4.1, y 678/2020, de 11 de diciembre, FJ 4.2], no resultan axiológicamente incompatibles con la Constitución, pues tratan de hacer patente el extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad que representa la vulneración de bienes jurídicos del más alto rango –singularmente la vida humana– y la necesidad de compensarlo mediante una respuesta penal más intensa que permita mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de Justicia». Por esta razón, en el FJ 7 se afirma que el fin legítimo es el reforzamiento de la protección de los bienes jurídicos tutelados y la necesidad reforzada de inoquización del delincuente en casos de extraordinaria gravedad.

efecto reforzado de disuasión no parece discutible»<sup>43</sup> (afirmación que cierra la cuestión de la idoneidad).

En cuanto a la necesidad, se afirma, en la STC 55/1996: «sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento» (FJ 8, reiterado en la STC 161/1997, FJ 11; STC 136/1999, FJ 27). Afirma el TC, en este sentido, que la indagación entraña el peligro de arrogarse el carácter de legislador imaginario (SSTC 161/1997, FJ 11, 136/1999, FJ 28, 169/2021, FJ 7). Así, por ejemplo, en la STC 136/1999 (caso HB), se afirma que, dado que las conductas de HB se encuadran (en una fase inicial de ejecución) en la promoción de los métodos terroristas de una banda armada, «atendiendo a la importancia de los bienes que se pretenden tutelar con el precepto penal, así como a la falta de argumentación de los recurrentes y el concreto control de constitucionalidad reservado a este Tribunal en este ámbito, no cabe concluir que la reacción penal resulte innecesaria y que las medidas no penales tendrían un grado de “funcionalidad manifiestamente similar”». En la STC 169/2021 (caso PPR) se afirma que el control de constitucionalidad tiene un alcance muy limitado pese a que se puede discutir si las penas existentes antes de la PPR otorgaban una protección suficiente (y con ello se cierra el examen de necesidad):

Se puede discutir si estos límites [las penas máximas de 20, 25 y 30 años] proporcionaban ya en su momento una respuesta suficiente para afianzar el ordenamiento jurídico y el sentimiento colectivo de Justicia, consideración que queda extramuros del objeto de este procedimiento, pero no que la pena de prisión permanente revisable no haya contribuido a reforzar la finalidad disuasoria del sistema de Justicia penal. En la constatación de este incremento, que permite descartar la existencia de medidas alternativas menos gravosas pero «de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada», se agota el juicio de necesidad que corresponde a este estadio en el que «el control de este Tribunal Constitucional “tiene un alcance y una intensidad muy limitadas”, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido» (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11; en el mismo sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28)<sup>44</sup>.

Los datos empíricos, como se observa, no se contrastan en ninguno de los supuestos, cuando precisamente la idoneidad y la necesidad dependen de esos datos. Sin

<sup>43</sup> STC 169/2021, FJ 7.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

embargo, se dan por supuestos. En contraste, en la propia STC 136/1999, ya se afirma que la proporcionalidad estricta suscita más problemas (es decir, es más susceptible de hacerse efectiva, poniendo en jaque la decisión del legislador)<sup>45</sup>.

#### 1.4. Libertad del legislador en la selección de los fines y los medios

El TC español ya ha afirmado en numerosas ocasiones que el principio de legitimidad democrática otorga al legislador constitucional un amplio margen de discrecionalidad para determinar las conductas típicas y las sanciones que se les asignan<sup>46</sup>.

Ya en la STC 55/1996 se hace referencia que el estudio de proporcionalidad debe partir de la premisa de la potestad exclusiva del legislador penal para configurar los bienes penalmente protegidos y los comportamientos reprobables, así como «el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas»<sup>47</sup>, teniendo el legislador un amplio margen de libertad para determinar la selección de los bienes jurídicos, conductas penalizadas y sanciones necesarias para preservar el modelo de convivencia<sup>48</sup>. De este modo, la relación de proporción de un comportamiento típico y a la sanción que le es asignada «será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador», al que los límites constitucionales no le imponen una solución precisa y unívoca, teniendo un margen dentro de la Constitución para determinar distintas opciones políticas<sup>49</sup>.

La inclusión en esta sentencia de la referencia no sólo a la discrecionalidad del legislador para seleccionar los bienes y comportamientos punitivos, sino también para determinar la cuantía y la proporción de las penas deja absolutamente desprovisto de contenido al principio de proporcionalidad. Si es cierto que el legislador tiene cierto margen de selección de las conductas criminalizadas, los bienes protegidos y los fines perseguidos con la pena, emanado del principio

<sup>45</sup> STC 136/1999, FJ 27.

<sup>46</sup> Afirma la Sala Segunda en la STC 65/1986, FJ 3: «En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanar de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución unívoca y precisa».

<sup>47</sup> STC 55/1996, FJ 5.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

democrático. Pero también es cierto que desde luego la proporcionalidad se configura como un límite constitucional a la libertad del legislador, no pudiéndose admitir concepciones que entiendan que corresponde al legislador esa delimitación.

Esta característica es reiterada en las sentencias del TC relativas al principio de proporcionalidad (SSTC 161/1997, FFJJ 9 y 10; 136/1999, FJ 23; 99/2008, FFJJ 3 y 4<sup>50</sup>; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8; 153/2009, de 25 de junio, FJ 6<sup>51</sup>; 60/2010, FJ 7; 122/2021, FFJJ 9 y 10; 169/2021, FFJJ 6 y 7). En esta última, que se ocupa del examen de constitucionalidad de la PPR, afirma el Pleno:

El examen de la justificación criminológica de una pena debe partir de una adecuada consideración de las limitaciones que presenta la función de control abstracto de la ley que compete a este tribunal, limitaciones en las que hemos incidido en numerosos pronunciamientos anteriores, al señalar que «[l]os procesos de auténtica criminalización y descriminalización, o de aumento o reducción de penas, responden a una serie de circunstancias que generalmente afectan a la sensibilidad social, frente a determinados comportamientos que al ser captada por el legislador en cada momento histórico, da lugar a una distinta reacción del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva penal que es la que ahora nos interesa» (STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4), de modo que «si en un sistema democrático la ley es “expresión de la voluntad popular”, como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución (STC 108/1988, de 26 de julio), quien alega la arbitrariedad de una determinada ley o precepto legal se halla obligado a razonarla con detalle y ofrecer una demostración que en principio sea convincente (SSTC 239/1992, de 17 de diciembre, y 73/2000, de 14 de marzo)» (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3)<sup>52</sup>.

### 1.5. Legislador y juzgador como sujetos a la proporción, pero en distinta medida

El mencionado margen de libertad asignado al legislador hace que para el TC el control constitucional del mismo tenga lugar de forma «cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes». El legislador no dispone de una guía fija para determinar las conductas criminalizadas y las penas aplicables, pero el intérprete/juzgador debe seguir la guía que a tal efecto establece el legislador, teniendo un margen de actuación mucho menor<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 99/2008, de 24 de julio. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas.

<sup>51</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 153/2009, de 25 de junio. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.

<sup>52</sup> FJ 6.

<sup>53</sup> STC 55/1996, FFJJ 5 y 6.

## 1.6. La relevancia de la motivación

En la STC 54/2007, por ejemplo, se otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por no responder a las alegaciones de desproporción del recurrente<sup>54</sup>, por lo que se aprecia una relación esencial entre la proporcionalidad penal y la necesidad de motivación, lo que se podría vincular con la relación entre aquella y la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos.

Esta doctrina, que es unánime desde el comienzo de la actividad del Tribunal Constitucional, deja sentado con claridad: (i) que la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables han de ser consideradas de por sí lesivas del derecho fundamental y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada; (ii) que han de quedar equiparadas las consecuencias de esa omisión a los supuestos en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento; y (iii) que ese examen preliminar también corresponde hacerlo al juez penal en el caso de sanciones penales como cuestión previa a la aplicación del tipo penal (así, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 18 de marzo, FJ 1; 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; 115/2004, de 12 de julio, FJ 2; 127/2004, de 19 de julio, FJ 2; 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3; 41/2011, de 11 de abril, FJ 4; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2)<sup>55</sup>.

## 2. La proporcionalidad entre delitos y penas en España

Un indicio del carácter más garantista del principio específico de proporcionalidad entre delitos y penas o proporcionalidad estricta lo da el que el foco de análisis en la jurisprudencia constitucional ha estado en este elemento<sup>56</sup>, mientras que en los

<sup>54</sup> Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 54/2007, de 12 de marzo. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, FJ 4.

<sup>55</sup> STC 35/2020, FJ 4.

<sup>56</sup> Así sucede, por ejemplo, en las sentencias del caso Procés (SSTC 91/2021, FJ 11; 106/2021, FJ 11; 121/2021, FJ 12; 122/2021, FJ 10; 184/2021, FJ 12, 25/2022, FJ 7). Referencias completas: SSTC 91/2021 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 91/2021, de 22 de abril. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez); 106/2021 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 106/2021, de 11 de mayo. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho); 121/2021 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 121/2021, de 2 de junio. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García); 122/2021 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 122/2021, de 2 de junio. Ponente: D. José González Rivas); 184/2021, de 28 de octubre (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 184/2021, de 28 de octubre. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho); 25/2022 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 25/2022, de 25 de febrero. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez).

principios de idoneidad y necesidad usualmente se hacen meras menciones a la libertad del legislador, justificando así la ausencia de una profundización adicional. Otro indicio es que en la única sentencia en que se considera que una pena es inconstitucional ello se estima sobre la base de la proporcionalidad estricta.

## 2.1. También libertad del legislador

También en este ámbito se hace referencia a la libertad del legislador en la determinación del tipo y cuantía de sanciones y la proporcionalidad (v. gr., se afirma en la STC 55/1996 y en la 60/2010<sup>57</sup>). En la STC 161/1997 también se afirma que la relación valorativa de la proporcionalidad estricta es fruto de un complejo análisis político-criminal que corresponde al legislador<sup>58</sup>), lo que no tiene vacía absolutamente de contenido el principio.

En la STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8, el TC no entra a analizar la cuestión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, porque no persigue un fin que se pueda ponderar, y el TC «no ha de hacer las veces de legislador ni puede, específicamente, considerar arbitrarias las determinaciones de éste cuando las mismas, no expresamente prohibidas por la Constitución, tienen su fundamento, como en el presente caso ocurre, en la previa apreciación de la responsabilidad criminal de quien quebrantó la ley penal, sin que –como se dijo– sea aquí posible, por las propias características de la norma enjuiciada, ponderar la proporción entre la medida legalmente prevista y el daño inferido en el bien penalmente tutelado»<sup>59</sup>.

## 2.2. Confusión

Además del carácter banal del análisis de los tres elementos de la proporcionalidad, interesa, en relación con el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas, el hecho de que el TC ha mostrado desde los inicios una suerte de confusión conceptual. En ocasiones, en este sentido, se ha hecho referencia a que la proporción en sentido estricto se refiere a «si la pena prevista es necesaria y proporcionada para asegurar [...] el bien jurídico protegido por la norma»<sup>60</sup> pero en la misma sentencia se hace referencia a la proporcionalidad estricta como la relación «entre la entidad del delito y la entidad de la pena» y –en el mismo fundamento jurídico en el que se afirma esto último– se presenta también como una relación «medio-fin»<sup>61</sup>. Otro

<sup>57</sup> SSTC 55/1996, FJ 6; 60/2010, FJ 16.

<sup>58</sup> STC 161/1997, FJ 12.

<sup>59</sup> STC 19/1988 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 19/1988, de 16 de febrero. Ponente: D. Díez-Picazo y Ponce de León).

<sup>60</sup> STC 54/2007, FJ 6 («Así, pues, las presentes cuestiones de inconstitucionalidad confrontan la sanción impugnada con dos de las condiciones que este Tribunal ha considerado (SSTC 50/1995 y 66/1995) que, junto a la idoneidad de la medida para alcanzar el fin propuesto, rigen la aplicación del principio de proporcionalidad, a saber: la necesidad de su existencia y su proporción en sentido estricto o, en el presente caso, como dicen los Autos, "si la pena prevista es necesaria y proporcionada para asegurar" el bien jurídico protegido por la norma»).

<sup>61</sup> *Ibidem*, FJ 9.

ejemplo se encuentra en la STC 161/1997, en la que en el mismo fundamento jurídico se hace alusión a la proporcionalidad estricta como la comparación directa entre el desvalor del comportamiento tipificado y la cuantía de la sanción, pero también como criterio que mide la relación entre la magnitud de los beneficios obtenidos por una norma penal y la magnitud de la pena<sup>62</sup>. Esta mención a nociones que no son compatibles y son opuestas entre sí deja entrever que la noción de proporcionalidad estricta no está clara, razón por la que tampoco su análisis lo es en la jurisprudencia constitucional.

### 2.3. Sujetos a la proporción

La STC 184/2021 hace referencia a que la proporcionalidad de las penas tiene incidencia tanto en relación con el legislador, como en relación con los juzgadores (acogiendo las nociones de proporcionalidad abstracta y concreta, respectivamente), aunque, en coherencia con lo ya expresado, reconoce un mayor margen de actuación del legislador, en el marco de aplicación del principio de proporcionalidad de las penas<sup>63</sup>.

### 2.4. Elementos

Entre los elementos de la comparación se tienen en cuenta –en relación con la severidad de la pena– la comparación con los principios y derechos afectados por la norma penal, y –en relación con la severidad del delito– diversos (y cambiantes) elementos. Se integran los fines de la norma penal y los fines de la pena en general, se integran también elementos más amplios de ponderación coste-beneficio (incluyéndose, por ejemplo, el efecto desaliento) o de comparación medio-fin.

En la STC 55/1996 se afirma que el legislador al establecer las penas ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección de la norma, sino también a otros fines legítimos que se pueden perseguir con la pena, las diversas funciones o fines inmediatas, y a su vez a factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena<sup>64</sup>. De igual modo, en la STC 60/2010 se dice que la comparación tiene por objeto ponderar «el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otros»<sup>65</sup>. Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio. Es decir, se hace referencia a que debe contrastarse una relación entre medios y fines (que son variados e integran también ciertos elementos objetivos –posibilidades de detección, restricción de derechos– y subjetivos –como las percepciones sociales de adecuación–).

<sup>62</sup> STC 161/1997, FJ 12.

<sup>63</sup> STC 184/2021, FJ 12.

<sup>64</sup> STC 55/1996, FJ 6.

<sup>65</sup> STC 60/2010, FJ 16.

También en las sentencias relativas al Procés se aprecia que los argumentos desestimatorios giran alrededor de la comparación<sup>66</sup> entre medios y fines<sup>67</sup>, aunque también se hace referencia —en reflejo de esa confusión terminológica— a la relación entre el desvalor de la conducta penal y las sanciones a ella asociadas:

En conclusión, entendemos que, en términos absolutos, las penas asociadas al delito de sedición no incumplen los postulados establecidos por nuestra doctrina en materia de proporcionalidad. Tampoco presentan tal déficit las concretamente impuestas al recurrente. Con independencia del grado de eficacia o acierto técnico del legislador, aspectos que son ajenos al enjuiciamiento de este tribunal, no se constata que la regulación penal cuestionada comporte un desequilibrio manifiesto, excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta penal y las sanciones a ella asociadas, de modo que la penalidad que cuestiona el recurrente produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 136/1999, FJ 23). En atención a la gravedad de los intereses jurídicos tutelados en el caso presente, a los que reiteradamente hemos hecho referencia, la conclusión expuesta es plenamente trasladable a las concretas penas impuestas al recurrente<sup>68</sup>.

En cambio, una posición distinta se incorpora en la STC 136/1999, donde se afirma que el juicio estricto de proporcionalidad compara la gravedad del delito —y los efectos benéficos de la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— con la gravedad de la pena —y en general los efectos negativos de la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— (v. gr., ahí incluye el tribunal los costes sobre el efecto

---

<sup>66</sup> SSTC 91/2021, FJ 11; 106/2021, FJ 11; 121/2021, FJ 12; 122/2021, FJ 10; 184/2021, FJ 12, 25/2022, FJ 7.

<sup>67</sup> Así, v. gr., en las SSTC 91/2021, FJ 11, y 106/2021, FJ 11, se estima que del hecho de que el delito de sedición no persiga como finalidad evitar cuestiones violentas en el marco de una subversión política, se puede deducir que la pena no es desproporcionada: «Tampoco cabe estimar la lesión que el demandante aduce con base en el principal parámetro que este emplea para calibrar la proporcionalidad: que no se produjo una grave afectación del orden público, porque el día 20 de septiembre de 2017 nadie resultó lesionado, tampoco se esgrimieron armas y, finalmente, la diligencia judicial se llevó a cabo; mientras que el día 1 de octubre de 2017, en numerosos colegios electorales los efectivos policiales impidieron que se efectuaran las votaciones, dando efectivo cumplimiento a lo ordenado judicialmente. Ninguna de las circunstancias referidas justifica la desproporción punitiva que se denuncia, pues no se aprecia el desequilibrio manifiesto y no justificable entre la sanción impuesta y la finalidad de la norma punitiva a que anteriormente se ha hecho referencia. El delito de sedición no prevé, en el tipo básico o en su modalidad agravada, la causación de lesiones o el empleo de armas; de manera que la ausencia de estas circunstancias no impide apreciar la comisión del referido delito» (similar argumentación en la STC 121/2021, FJ 12.4).

<sup>68</sup> STC 122/2021, FJ 10.

desaliento de la expresión de ideas e informaciones y de participación política<sup>69</sup>). Ello se reitera en posteriores sentencias<sup>70</sup>. En esta interpretación se va más allá de la idea de una relación medial con ciertas finalidades, y se integra una visión más amplia de contraste entre costes y beneficios. Se aprecia, en fin, inestabilidad y fluctuación en los contenidos que nuestro TC estima que se integran la comparación de la proporcionalidad de las penas.

## 2.5. La libertad de expresión, la lesividad y el efecto desaliento

El TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la proporcionalidad de las penas relativas a conductas que están relacionadas con la libertad de expresión, partiendo de que existe una zona intermedia que difumina las conductas legítimas de las delictivas<sup>71</sup> y de la afirmación de que nuestro sistema no es un sistema de democracia militante, por lo que la Constitución protege a quienes la niegan<sup>72</sup>.

En particular, en la STC 235/2007, el Pleno analiza la constitucionalidad de la tipificación de la negación y de la justificación del genocidio. Se afirma en esta sentencia que para que las conductas relacionadas con la libertad de expresión se puedan sancionar penalmente de modo legítimo se requiere que la conducta represente un peligro cierto de generar un clima de hostilidad o violencia hacia los actos de discriminación<sup>73</sup>. Sin embargo, aunque para el Pleno ello excluye la constitucionalidad de la mera negación del genocidio por ser desproporcionada, al no ser idónea para generar ese incremento de hostilidad, sí es proporcionada la penalización de la justificación del genocidio, al entender que presenta un peligro cierto de generar un clima de hostilidad o violencia que puede traducirse en actos concretos de discriminación<sup>74</sup>, lo

<sup>69</sup> En este sentido, afirma el Pleno que no se trata de que el ejercicio sancionado de dichas libertades fuese legítimo; en cambio, fue ilícito, pero se debe tener en cuenta que son indudablemente expresiones, informaciones y opiniones las que estaban en juego, y, por ello, que pueden producir un efecto desaliento sobre el ejercicio de tales libertades, especialmente cuando se castigan con penas desproporcionadas (FJ 29).

<sup>70</sup> V. gr. en la STC 169/2021, FJ 7.

<sup>71</sup> La regulación de conductas apoloéticas amplias, como el enaltecimiento o justificación de ciertos delitos, emerge en nuestra normativa penal tras varias sentencias del TC en que se declaraba inconstitucional la penalización del elogio o defensa de ideas o la expresión de ideas subjetivas sobre acontecimientos históricos o actuales, y tras la previsión expresa en el Código penal de 1995 que establece que la apología «solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. 2015. *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 592; GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín. 2007. «Arte. 571 a 580». En CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. *Comentarios al Código penal*. Barcelona: Bosch, pp. 3706-3707.

<sup>72</sup> V. gr. STC 35/2020 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 35/2020, de 25 de febrero. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos).

<sup>73</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, FFJJ 8 y 9.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

cual no está suficientemente justificado (no se ha demostrado que las palabras de quienes desgraciadamente piensan de esa manera generen un riesgo de violencia, y menos de la violencia intrínseca en los crímenes internacionales).

En la STC 177/2015, del mismo modo, partiendo de esa limitación –siquiera abstracta y amplia– de exigencia de incitación al odio, se concluye que la quema en público del retrato de los monarcas comporta una incitación al odio, que no es sólo ofensivo, sino que expresa que aquellos son «merecedores de exclusión y odio»<sup>75</sup>, razón por la que se desestima el amparo solicitado por los condenados por injurias a la Corona.

Con posterioridad, en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo, se ha pronunciado el TC en dos ocasiones. En la primera, en el marco de un recurso de amparo en relación con la condena de Tasio Erkizia por un acto de homenaje a Argala (uno de los antiguos dirigentes del grupo terrorista ETA). El Pleno afirma, en la STC 112/2016, que se incorpora a la sanción penal de las conductas vinculadas a la libertad de expresión la exigencia de que las conductas, como una manifestación del discurso del odio, generen «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades». Se parte así, de una exigencia de lesividad específica (aunque, de nuevo, amplia y abstracta) de las conductas. Sin embargo, la interpretación que hace el propio TC en la sentencia ignora en la práctica esa afirmación, dando prácticamente por supuesto que la conducta de enaltecimiento o justificación del art. 578.1.i CP supone una legítima injerencia en la libertad de expresión «en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (pero sin fundamentar por qué, la mera exaltación o justificación genera ese riesgo)<sup>76</sup>. Por último, es fundamental la STC 35/2020 (caso Strawberry), en la que el Pleno pone límite a una tendencia de nuestra jurisprudencia a interpretar de forma amplia el delito de enaltecimiento del terrorismo, que había conllevado condenas por enaltecimiento de personas que expresaban públicamente ideas de protesta, irónicas, sarcásticas o humorísticas. El TC incorpora una exigencia adicional, la de la necesidad de valoración por los tribunales sentenciadores de si la conducta enjuiciada era manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, teniendo en consideración, en concreto, la intención comunicativa del encausado, que determinaría la ilegitimidad de la sanción penal si la conducta era irónica, provocadora o sarcástica<sup>77</sup>. Por esta razón, se concede el amparo por la falta de valoración de la intención comunicativa por parte del TS<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 177/2015, de 22 de julio. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos, FJ 4.

<sup>76</sup> STC 112/2016, FFJJ 4-6 (Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 112/2016, de 20 de junio. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos).

<sup>77</sup> STC 35/2020, ya citada, FJ 5.

<sup>78</sup> Se estima el amparo del recurrente, César «Strawberry», por el contenido de unos tuits, aunque el TC perdió la oportunidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad para analizar la legitimidad del delito de enaltecimiento del terrorismo.

## 2.6. Tipos de control

Como el contenido del principio estricto es confuso en la jurisprudencia constitucional, también lo es la comparación (cuando se entra en ella), pero se pueden apreciar mecanismos de control de la proporcionalidad absolutos (la gravedad en sí de la pena con la gravedad de la sanción, o entre costes y beneficios<sup>79</sup>) –en las que la entidad del control es muy leve, casi inexistente–, y también relativos (comparándolo con otros tipos penales)<sup>80</sup>.

Así, por ejemplo, en la STC 136/1999, se hace un ejercicio de comparación de la pena mínima prevista para el delito de colaboración con banda armada con la pena mínima prevista en el ACP para los integrantes de bandas armadas, los ejecutores de una sedición, el aborto doloso inconsciente, las mutilaciones de miembros o el robo con tortura, entre otros delitos<sup>81</sup>. En la STC 169/2021 se justifica la no arbitrariedad de la pena de PPR acudiendo a normativas de nuestro entorno cultural semejantes<sup>82</sup>.

Por otra parte, en las sentencias relativas a tipos que se encuadran en la noción de violencia de género ha sido muy habitual el empleo del método de control relativo<sup>83</sup> (comparativo, entre delitos), concluyéndose que existe un desvalor adicional en los casos de violencia de género. Por ejemplo, en la STC 99/2008, de 24 de julio, se comparan las diferencias punitivas entre varios el delito en cuestión y su regulación

<sup>79</sup> V. gr. en la STC 60/2010 (relativa a la imposición de la medida de alejamiento del art. 57.2 CP para los supuestos en que la víctima lo sea de violencia de género), FJ 16 se afirma: «de la comparación de la entidad de esos efectos con el grado de satisfacción de los fines que con él persigue el legislador penal no resulta un exceso o desequilibrio como el requerido para constatar su estricta desproporción; y menos aún cabe afirmar que este exceso sea una falta de proporcionalidad “evidente” o “manifiesta”» (a este fundamento se remite también la STC 119/2010, de 24 de noviembre –Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 119/2010, de 24 de noviembre. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, FJ Único–).

<sup>80</sup> *Vid.*, por ejemplo el FJ 13 de la STC 161/1997, donde se compara el delito de negativa a sometimiento a las pruebas de alcoholemia con otros delitos relativos al tráfico (aunque la comparación también es bastante banal, pues se acaba afirmando que el legislador en ocasiones considera que para el legislador en ocasiones los comportamientos de incidencia más lejana sobre el bien protegido son menos graves o merecedores de menos protección que los que afectan a los bienes jurídicos de modo más inmediato y que «el peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo menor que el próximo»); también se compara con el delito de desobediencia genérica (por ejemplo, se comparan los elementos subjetivos y la cuantía de pena) y otras opciones legislativas no indagadas (donde se estima que es una opción libre del legislador). En esta sentencia, tras un análisis más bien banal de los elementos de la proporcionalidad penal, se acaba por desestimar su vulneración, y, con ello, el recurso de inconstitucionalidad.

<sup>81</sup> STC 136/1999, FJ 29.

<sup>82</sup> STC 169/2021, FJ 7. También se comparan las restricciones temporales para el acceso al tercer grado y la libertad condicional con los límites penológicos en los supuestos de acumulación de penas (en el mismo FJ).

<sup>83</sup> Así, en las STC 99/2008, FJ 4; 127/2009, FJ 6; 153/2009, FJ 6 (en relación con las amenazas en el marco de la violencia de género).

anterior<sup>84</sup>. En la STC 127/2009, de 26 de mayo, se comparan las penas de los arts. 172.2 y 173.2 CP (aunque se interpreta que las penas no son desproporcionadas, al existir un desvalor adicional relativo al desvalor social objetivo y la lesividad de las conductas para la seguridad, libertad y dignidad de las mujeres)<sup>85</sup>.

Por último, en la reciente STC 122/2021, el Pleno rechazó el empleo del mecanismo de control comparado o relativo (en relación con otros tipos) para determinar la proporcionalidad de las penas, sobre la base de que respondían a otros propósitos o intereses:

Desde un punto de vista abstracto, este entendimiento restrictivo del tipo penal, en atención a la mayor necesidad de tutela que deriva del interés que protege, impide valorar como desproporcionadas las penas previstas en la ley. En tal sentido pierden cualquier fuerza de convicción los argumentos de tipo sistemático que en la demanda ponen en relación el delito de sedición con otros recogidos en el título vigésimo segundo del Código penal, pues, en ninguno de ellos se exige ni el propósito que la impulsa, ni el modo de actuación tumultuario que la caracteriza ni, en fin, se produce esta especial afección al interés protegido definido como paz pública.

En consecuencia, debemos rechazar que pueda fundadamente ponerse en cuestión la proporcionalidad de la pena a través de un análisis comparativo del delito de sedición con el resto de los tipos que integran el título vigésimo segundo del Código penal, que encabeza como conducta más grave, tanto en atención al medio comisivo como al interés<sup>86</sup>.

En todo caso, el TC ha incorporado a la argumentación relativa, usualmente consideraciones comparadas con ordenamientos ajenos, aunque en ocasiones también se ha hecho ignorando el resultado de la comparación<sup>87</sup>, en particular de la CEDH y la

<sup>84</sup> STC 99/2008, ya citada, FJ 4 (que no estima que la diferencia sea sustancial). La sentencia resuelve cuestiones de inconstitucionalidad relativas al art. 153 CE (maltrato de obra sin causar lesión). Gran parte de la argumentación de los recurrentes giraba alrededor de la idea de que la pena asignada correspondía a una falta y no a un delito, cuestión desechada por el TC considerando la ubicación sistemática en el libro relativa a los delitos.

<sup>85</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 127/2009, de 26 de mayo. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, FFJJ 7 y 8. En esta sentencia, el TC afirma que ese método de control comparado corresponde al principio de igualdad y no de proporcionalidad (FFJJ 7-8), pero en realidad corresponde a una intersección de ambos, y, de hecho, pese a esta afirmación el TC lo analiza también en sede de proporcionalidad estricta (FJ 8 *in fine*).

<sup>86</sup> STC 122/2021, Op. Cit.

<sup>87</sup> Resulta ilustrativa la STC 19/1988, FJ 7: «Aunque por muy evidentes razones la mera comparación legislativa no puede servir para fundamentar aquí nuestro juicio, sí conviene advertir, para mejor entender esta última referencia a un ordenamiento extranjero, que el llamado "arresto sustitutorio" por impago de multa es expediente legal que, con unas formulaciones u otras, aparece recogido en otros ordenamientos inspirados en principios constitucionales que pueden decirse próximos, en cuanto a este punto, a los nuestros (así, como ejemplo, art. 43 del Código Penal y arts. 459.e y 459.f de la Ordenanza

doctrina del TEDH (así, por ejemplo, en las SSTC 112/2016, FJ 4 o 35/2020, FJ 4, en relación con la proporcionalidad de las penas aplicadas a delitos de enaltecimiento del terrorismo y el efecto desaliento). No obstante, más recientemente se ha rechazado el empleo de la comparación con ordenamientos extranjeros sobre la base de la potestad exclusiva del legislador penal. Así, en la STC 122/2021, se afirma que:

Tampoco es posible fundar ni apreciar la falta de proporción de la regulación legal atendiendo a la propuesta de comparación que se formula con las elegidas figuras afines extraídas del Derecho extranjero. Sin perjuicio de que esta concreta alegación no fue planteada con anterioridad en la vía judicial, cabe subrayar de principio que, conforme a nuestra doctrina, «el control de la ley penal que este tribunal tiene asignado debe venir presidido, en todo caso, por el reconocimiento de la competencia exclusiva del legislador para el diseño de la política criminal, correspondiéndole un amplio margen de libertad, dentro de los límites de la Constitución, para la configuración tanto de los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, como del tipo y la cuantía de las sanciones penales, o la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 163/1999, de 20 de julio, FJ 23; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8; 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7)» (STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 2). Cada sistema penal responde a su propia estructura interna. La dosimetría penal entre sus previsiones responde en cada sociedad a características históricas y sociales singulares que no la hacen apta para ponerla en relación con otros modelos punitivos distintos vigentes en otras sociedades, por más que compartan valores similares en su organización. Tampoco se toman en consideración en la propuesta de comparación las formas de ejecución de las penas, los beneficios penitenciarios, las formas de agravación de las conductas o la existencia de otros preceptos que se refieran a conductas afines y pueden dar cuenta de la proporcionalidad de la reacción penal. En definitiva, en términos constitucionales no cabe sustentar el juicio de proporcionalidad en tan exiguos datos, sin poner en cuestión toda la dosimetría del Código penal<sup>88</sup>.

Sin embargo, ello es incoherente con las comparaciones con otros tipos delictivos (relativos a otros bienes jurídicos), e incluso otros ordenamientos penales (pretéritos o de otros ordenamientos u otros países) que habitualmente ha venido realizando el TC en las sentencias sobre proporcionalidad de las penas. Se aprecia, en fin, una

---

Procesal Penal de la República Federal de Alemania, art. 10 del Código Penal austriaco y art. 49 del Código Penal suizo). Y tampoco sobraría reseñar, en el mismo orden de consideraciones, que el sistema legal en este punto previsto en el ordenamiento de la República italiana –finalmente invalidado por la Sentencia antes citada– difiere de nuestro actual, al menos en dos aspectos de trascendente importancia...» (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 19/1988. Ponente: D. Luis Díez Picazo y Ponce de León, FJ 7).

<sup>88</sup> STC 122/2021, FJ 10.

utilización incoherente del principio de proporcionalidad de las penas, sin poderse prever siquiera los mecanismos de control aceptados por el tribunal.

## 2.7. Nivel de desproporción exigido

El nivel de desproporción exigido para las conductas requiere, para el TC, un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» entre sanción y finalidad de la norma<sup>89</sup>, de tal modo que se atente contra el valor fundamental de la justicia del Estado de Derecho y la prohibición de arbitrariedad pública y de actuaciones públicas no respetuosas con la dignidad de la persona<sup>90</sup>.

## 2.8. Nivel de protección

Como es sabido, igual que se estima que no hay un derecho fundamental a la reinserción social, tampoco se deriva a favor del reo un derecho a la proporcionalidad de las penas previstas por el legislador, deducible del art. 25 CE (STC 65/1986, FJ 3; 169/2021, FJ 7). La afirmación verificada en su momento por este tribunal de que «no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito» (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 3, STC 169/2021, FJ 7).

Todo ello hace que quede sin contenido –prácticamente– el principio de proporcionalidad y su vigencia. El Pleno del TC consideró incluso compatible con la proporcionalidad estricta la pena de PPR, al no estimarla arbitraria a la luz del ordenamiento de países de nuestro entorno y que no hubiese riesgo de desproporción por los períodos temporales previstos para el acceso al tercer grado y la libertad condicional, así como no poder achacarse a la norma que la prisión se prolongue más allá de la subsistencia de todo motivo legítimo de política criminal, al preverse expresamente los mecanismos de suspensión de ejecución de las condenas y la obligación de revisión bianual<sup>91</sup>.

De hecho, en nuestra práctica jurisprudencial, tras más de cuatro décadas de jurisprudencia, sólo ha sido declarado contrario al principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas el art. 174 bis. a) ACP, en el que se castigaba una serie de conductas omnicomprendidas de colaboración con banda armada. Así, en la STC 136/1999, ya citada (caso HB), se considera que el precepto es contrario a la Constitución por la desproporción de la

<sup>89</sup> STC 55/1996, FJ 9; STC 161/1997, FJ 12; STC 60/2010, FJ 16.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> STC 169/2021, FJ 8. De hecho, se afirma que no se puede aplicar el reproche de la STC 136/1999 (que se analiza a continuación en el texto principal), porque en aquel caso concurría un marco de conductas muy amplio y un marco penal muy estricto, pero en el caso de la PPR las conductas están muy estrictamente delimitadas, y además no se conectan con derecho fundamental alguno. Asimismo, considera que existen mecanismos para reducir la reacción penal, en los arts. 70.4 y 92.1.c) CP).

pena, dada la severidad de la pena de prisión y el efecto desaliento potencial<sup>92</sup>, con la gravedad de las conductas sancionadas. En ella se enjuiciaba el amparo de algunos condenados por colaboración por banda armada por haber brindado espacios (públicos y también de medios de difusión) a un video de ETA en el marco de una campaña electoral. El TC encuadra la norma en el carácter excepcional de la normativa antiterrorista y, por ello, afirma que se deberían haber previsto mecanismos para determinar la menor gravedad de la pena («no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo<sup>93</sup>»). Por todo ello, concede el amparo a los recurrentes. El TC no entra a revisar la pena que habría de ser aplicable a la clase de conductas como las sancionadas, misión que delega en el legislador (tampoco se eleva en el caso cuestión de inconstitucionalidad, al ya estar derogada la norma)<sup>94</sup>.

A nivel comparado, se puede decir que el reconocimiento del principio de proporcionalidad está extendido a lo largo del globo, aunque, como se ha dicho, sólo las constituciones más jóvenes insertan expresamente la previsión de proporcionalidad penal en su texto. A continuación se esbozarán los elementos del principio de proporcionalidad penal en Italia y en EE. UU.

#### IV. LA *PROPORZIONALITÀ* EN EL CONSTITUCIONALISMO ITALIANO

##### 1. *Fundamento*

Igual que en España, en Italia no se reconoce expresamente en la Constitución de 1947 el principio de proporcionalidad. El control de constitucionalidad de las penas sobre la base de la proporcionalidad estuvo ausente durante las dos primeras décadas, vinculándose entre la segunda mitad de los años 70 y los años 80 exclusivamente al principio de igualdad (es decir, en relación con semejanzas de pena entre delitos diferentes), y posteriormente se comenzó a vincular también a la función reeducativa

<sup>92</sup> En cambio, la influencia del efecto desaliento en relación con la libertad ideológica, de expresión, el derecho de reunión y participación se descarta en las SSTC 91/2021, FJ 11; 106/2021, FJ 11, 121/2021, FJ 11: «Si lo ya expuesto sirve para rechazar que la actuación del recurrente pudiera acogerse a la exención de responsabilidad penal que proclama el art. 20.7 CP, tampoco cabe apreciar el denominado “efecto desaliento”, bajo el alegato de que las penas impuestas desincentivan el ejercicio de esos derechos. La conducta del recurrente no constituye un mero exceso o extralimitación en el ejercicio de derechos fundamentales pues, como así se recoge en la sentencia, lo que aquel pretendía era neutralizar las decisiones adoptadas por este tribunal y los órganos judiciales sirviéndose de la movilización ciudadana para ese propósito. Por ello, tal conducta queda al margen del ejercicio de los mencionados derechos, de manera que no puede ampararse en un eventual “efecto desaliento” para tildar de desproporcionadas las penas impuestas».

<sup>93</sup> STC 136/1999, FJ 29.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

de la pena (al afirmarse que las penas desproporcionadas con la gravedad del delito también son contrarias a la reinserción social), así como a la responsabilidad por el hecho propio y la personalidad de las penas<sup>95</sup>.

## 2. *Amplitud de la discrecionalidad del legislador penal*

Igual que sucede en España, la Corte Costituzionale italiana ha ubicado el límite de irracionalidad para afirmar que el legislador no es árbitro de sus selecciones criminalizadoras, por lo que debe, en lugar de anclar cada tipo delictivo a un daño social real, circunscribir, en la medida de lo posible, el ámbito de lo penalmente relevante—teniendo en cuenta el rango constitucional de la libertad personal que se sacrifica con la pena—<sup>96</sup>. Como afirma Donini, no todo lo que es iliberal viola las garantías constitucionales del Derecho penal: «el aumento de penas, incriminaciones y cárcel hacen que la sociedad sea más intolerante, violenta y menos liberal por definición, pero ello podría tener lugar observándose *todas las reglas del juego*»<sup>97</sup>.

## 3. *Tipos de control*

En Italia, como mecanismo de contraste de la proporcionalidad penal, la Corte ha aplicado tanto el método de control absoluto como el relativo, es decir, tanto una comparación entre la gravedad estricta del delito con la pena, como una comparación con otros delitos:

La amplia discrecionalidad de que dispone el legislador en la cuantificación de las penas encuentra su límite en la manifiesta desproporción de la elección sancionadora, tanto en relación con las penas previstas para otros tipos de delitos [...], como respecto de la gravedad intrínseca de la conducta cometida por un delincuente [...]. El límite en cuestión excluye, más concretamente, que la gravedad de la pena impuesta por el legislador pueda ser manifiestamente desproporcionada con respecto a la gravedad objetiva y subjetiva del delito; lo que ocurre, en particular, cuando el legislador fija una pena mínima demasiado elevada, obligando así al juez a imponer penas que podrían ser, en el caso concreto, claramente excesivas en comparación con su gravedad<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., pp. 52-53.

<sup>96</sup> Corte Costituzionale Italiana. Sentencia de 6 de julio de 1989. En *Giur. Costituzionale*, 1989.

<sup>97</sup> DONINI, Massimo. 2019. «Garantismo penale oggi», *Criminalia*, p. 29. Traducción propia, cursiva en el original.

<sup>98</sup> Se resume así la jurisprudencia de la Corte en la S. 28 de 2022, de 1 de febrero: «l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene incontra il proprio limite nella manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria, sia in relazione alle pene previste per altre figure di reato (sentenze n. 88 del 2019, n. 68 del 2012, n. 409 del 1989, n. 218 del 1974), sia rispetto alla intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato (sentenze n. 136 e 73 del 2020, n. 284 e

El control de proporcionalidad relativo fue el primero en aplicarse. El delito con el que se comparaba (*tertium comparationis*) determina la pena aplicable en caso de que la del delito en cuestión se declare inconstitucional<sup>99</sup>. La Corte siempre busca un parámetro de otra previsión en la que se pueda apoyar la pena que sustituye a la previsión inconstitucional<sup>100</sup>, y, en caso de no hallarlo, debe remitirse al legislador<sup>101</sup>.

La primera sentencia en la que se declaró la inconstitucional una pena fue la 218 de 1974. En ella se recuerda que forma parte de la discrecionalidad del legislador establecer qué comportamientos deben ser castigados y cuál debe ser la calidad y medida de la pena, sin embargo, se declara inconstitucional la norma que determinaba la misma pena para dos comportamientos de gravedad diferente (el ejercer la caza sin seguro y ejercerla asegurado, pero no pudiendo demostrarlo al agente que lo requiere)<sup>102</sup>. También, en la sentencia 176 de 1976, se declara inconstitucional la norma que prevé una pena más severa que la prevista para un delito más grave (se castigaba el portar un fusil de caza por una zona de repoblamiento, cuando en aquel momento la caza abusiva era sólo objeto de sanciones administrativas)<sup>103</sup>. Con posterioridad, se comienza a declarar expresamente la exigencia de «proporción de la pena» sobre la base del principio de igualdad<sup>104</sup>. Por ejemplo, en la sentencia 409 de 1989 se declara inconstitucional que se trate la negativa a realizar el servicio militar por motivos de conciencia igual que los supuestos en que se produce la negativa sin justificación<sup>105</sup>.

Se destaca que el riesgo del control relativo se encuentra en que no exista, para el caso en cuestión, un *tertium comparationis* idóneo, por lo que no se pueda controlar la proporcionalidad. Por ello surge también el control absoluto, entre gravedad del delito y gravedad de la pena del caso concreto (sobre los fundamentos de reinserción social y del principio de personalidad de las penas<sup>106</sup>). En este contexto, se declara inconstitucional una pena de ultrajes a oficiales públicos (doce veces superior a la de injurias), teniendo en cuenta el valor de la libertad del condenado y el bajo desvalor del delito<sup>107</sup>. También se declara inconstitucional la pena prevista para el secuestro

---

40 del 2019, n. 222 del 2018, n. 236 del 2016, n. 341 del 1994). *Il limite in parola esclude, più in particolare, che la severità della pena comminata dal legislatore possa risultare manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato: il che accade, in particolare, ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata, vincolando così il giudice all'inflazione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità»* (Corte Costituzionale. S. n. 28 de 2022, de 1 de febrero).

<sup>99</sup> VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., pp. 78 y ss.

<sup>100</sup> V. gr., *vid.* la citada sentencia n. 28 de 2022, de 1 de febrero.

<sup>101</sup> VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., p. 82.

<sup>102</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 218 de 1974, de 30 de mayo.

<sup>103</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 176 de 1976, de 15 de junio.

<sup>104</sup> En profundidad, sobre este análisis, *vid.* VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., pp. 53 y ss.

<sup>105</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 409 de 1989, de 18 de julio.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 341 de 1994, de 11 de mayo.

con fines de extorsión, por control relativo (ya que preveía un mínimo de 25 años de privación de libertad y no preveía atenuación para hechos de leve entidad, como sí lo hacían otros delitos de secuestro) y absoluto (al estimarse que al sufrir una pena claramente desproporcionada, el reo no podría reeducarse)<sup>108</sup>. El control absoluto también se aplica en la sentencia 236 de 2016, en la que se considera que la leve gravedad del hecho y la función reeducativa son incompatibles con la gravedad de la pena (en el caso, es incompatible la pena de un delito de falsificación de actas de nacimiento con el fin de reeducación), y en la sentencia 40 del 2019, en que se considera inconstitucional el mínimo de pena previsto para el tráfico de estupefacientes ordinario (de 8 años, demasiado elevado para la función reeducativa)<sup>109</sup>. Recientemente, la sentencia 28 de 2022 declara inconstitucional el máximo de pena de multa prevista como sustitutiva de la pena de prisión, al estimar que es demasiado elevado para la mayoría de los ciudadanos<sup>110</sup>.

#### 4. Elementos de la proporción

En el elemento de *gravità del fatto* que aparece en el art. 133 CPI, la modalidad del hecho, su naturaleza, especie, medios, objeto, daño o peligro ocasionado, intensidad del dolo o imprudencia, tiempo y lugar del hecho, y en general todas las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho criminal<sup>111</sup>. La jurisprudencia de la Corte Costituzionale ha derivado de la proporcionalidad de la pena la necesidad de que la medida de la pena refleje no sólo la peligrosidad subjetiva del autor, sino también la gravedad del hecho del delito<sup>112</sup>.

En la sentencia 103 de 1982 se declara inconstitucional la pena del Código penal militar de paz de un acto preparatorio respecto a la pena prevista para otros delitos que ya suponían la lesión al bien jurídico tutelado (se compara la posesión injustificada de medios de espionaje con, por ejemplo, la revelación de noticias secretas), graduándose la pena según el grado de afectación al bien jurídico<sup>113</sup>. También, como se ha visto, en la sentencia 409 de 1989 se declaró inconstitucional la pena que no

<sup>108</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 68 de 2012, de 23 de marzo.

<sup>109</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 236 de 2016, de 10 de noviembre; Corte Costituzionale italiana. S. n. 40 de 2019, de 8 de marzo. En esta también se compara la pena prevista para supuestos de leve entidad.

<sup>110</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 28 de 2022, de 1 de febrero.

<sup>111</sup> «*Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente [164, 169, 175, 203], il giudice deve tener conto della gravità del reato(1), desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole [103, 105, 108; c.p.p. 220], desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo*».

<sup>112</sup> VIGANÒ, Francesco (2021). *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., p. 87.

<sup>113</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 103 de 1982, de 24 de marzo.

distinguía entre la negativa al servicio militar por objeción de conciencia o injustificada, al entenderse que no había el mismo grado de culpabilidad<sup>114</sup>.

En esa misma sentencia se introduce una suerte de comparación coste-beneficio, afirmándose que no pueden ser constitucionales las incriminaciones que producen a través de la pena daños al individuo o a la sociedad desproporcionadamente mayores que las ventajas obtenidas o que se fuesen a obtener<sup>115</sup>. Asimismo, en la sentencia 313 de 1990 se introduce una evaluación conjunta del principio de reeducación y el de proporcionalidad, concluyéndose que el juez debe poder valorar la pena en relación con los fines y con los límites del art. 27 de la Costituzione italiana (relativo a la educación como fin de la pena)<sup>116</sup>. Esto es, dentro de la comparación, también se introducen valoraciones coste-beneficio y relativas a la finalidad de reeducación.

El desarrollo jurisprudencial italiano del principio, que –como se ha visto– sigue una dinámica muy casuística, tampoco ha servido, en fin, para excluir la legitimidad de penas tan controvertidas por la doctrina como la pena de *ergastolo*. En cualquier caso, lo que es evidente es que la jurisprudencia italiana es ejemplo –en número, extensión e intensidad– de una aplicación y reconocimiento significativos del principio de proporcionalidad de las penas, muy superiores al ejemplo español.

## V. EL CONTRASTE CON EL DERECHO ANGLOSAJÓN: LA PROPORCIONALIDAD EN ESTADOS UNIDOS

Se puede decir que Estados Unidos es la cuna y hogar del retribucionismo, al que muchos autores han vinculado la existencia del principio de proporcionalidad<sup>117</sup>. Aunque no necesariamente el principio de proporcionalidad requiere, para fundamentarse, de ideas retributivas, sí es cierto que el origen de su desarrollo doctrinal se vincula a las teorías de la retribución, razón por la cual el estudio del país angloamericano se hace especialmente interesante. Además, los primeros desarrollos jurisprudenciales del principio tuvieron lugar en dicho país, como se verá a continuación.

### 1. *Fundamento y reconocimiento*

Como ya se ha mencionado, el fundamento del principio se suele vincular a la Octava Enmienda de la Constitución de Philadelphia (1787), que establece que no se

<sup>114</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 409 de 1989, de 18 de julio.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 313 de 1990, de 26 de junio.

<sup>117</sup> En este sentido, VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., p. 135. ROBINSON, Paul H. 2013. *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*. Oxford: OUP, y ROBINSON, Paul H. 2008. *Distributive principles of criminal law*. Oxford: OUP, *passim*, parece sostener que las perspectivas de disuasión del Derecho penal, en contraste con las retributivas, son contrarias a la proporcionalidad de las penas (a excepción del merecimiento empírico, como regla general); BERMAN, Mitchell. 2021. «Proportionality, Constraint, and Culpability», *Criminal Law & Philosophy*, Vol. 15, p. 373; TONRY, Michael (Ed.). 2020. *OF ONE-EYED AND TOOTHLESS MISCREANTS*, Oxford: OUP.

pueden requerir fianzas ni imponer multas excesivas, ni infligir castigos crueles e inusuales. La Corte Suprema de EE. UU. ha reconocido un verdadero derecho fundamental a no sufrir penas desproporcionadas a la gravedad del delito cometido, aplicable a las penas pecuniarias –pero también a penas de otra naturaleza–; un derecho que estima derivado de la Octava Enmienda. En cualquier caso, la aplicación de la proporcionalidad no ha sido uniforme.

## 2. Aplicación

El origen se encuentra en el caso *O' Neil* contra Vermont, en el que se afirma que la Octava Enmienda concierne también a las penas que por su excesiva severidad o duración son desproporcionadas al delito<sup>118</sup>, conclusión que es reafirmada en el caso *Weems v. United States*, en el que se concluye que el contenido de la Octava Enmienda debe verse a la luz de la actualidad y no del siglo XVIII, por lo que se debe entender que excluye las penas desproporcionadas con la gravedad del delito<sup>119</sup>.

En *Robinson v. California* se declara la inadmisibilidad de una pena de noventa días de reclusión prevista por el mero estatus de tóxico-dependencia del sujeto, pues se entiende que es excesiva<sup>120</sup>. Se trata de la primera sentencia en la que se anula la criminalización de una conducta (no sólo la desproporción de la pena con la conducta).

El principio, con posterioridad, se ha ido aplicando fundamentalmente en relación con la pena capital –que, en 2023, se mantiene formalmente en 27 Estados, aunque sólo 16 la mantienen materialmente– y las penas de prisión permanente sin posibilidad de revisión. En relación con la primera, se ha declarado por ejemplo que es desproporcionada en relación con delitos sexuales –pues la gravedad de la muerte es muy superior a la de los delitos sexuales<sup>121</sup>–; en relación con un partícipe en un robo con violencia en el marco del cual se comete un homicidio<sup>122</sup>, o, en general, para los delitos distintos del homicidio<sup>123</sup>. Parece, entonces, que la Corte deduce del principio una relación de equivalencia y no de mera correspondencia.

En *Rummel v. Estelle*, se estima que es conforme a la Constitución la pena de prisión permanente para una condena por un delito de estafa (relativa a un equipo de aire acondicionado por valor de \$130<sup>124</sup>) a causa de la situación de reincidencia del

<sup>118</sup> Corte Suprema Estados Unidos (1892). *O' Neil v. Vermont*, 144 US 323, 339-340 (el caso se refería a una condena por un delito de multa elevadísima por la venta ilegal de bebidas alcohólicas).

<sup>119</sup> Corte Suprema Estados Unidos (1910). *Weems v. United States*, 217 US 349 (aunque, de hecho, la pena que se anula es una de trabajos forzados que lleva consigo el encadenamiento del condenado por las muñecas y tobillos –por haber falsificado documentos públicos–, por lo que incluso dentro de la prohibición de castigos crueles queda comprendida su prohibición).

<sup>120</sup> Corte Suprema Estados Unidos (1962). *Robinson v. California*, 370 US 660.

<sup>121</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1977). *Coker v. Georgia*, 433 US 584.

<sup>122</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1982). *Edmund v. Florida*, 458 US 782.

<sup>123</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (2008). *Kennedy v. Louisiana*, 554 US 407.

<sup>124</sup> ROBINSON, Paul H. y ROBINSON, Sarah M. 2022. *American Criminal Law*, New York: Routledge, pp. 21-23.

sujeto<sup>125</sup>. En cambio, en *Solem v. Helm* se considera inconstitucional la pena de prisión permanente sin posibilidad de libertad anticipada por la emisión de un cheque a partir de una cuenta ficticia y que también era reincidente (era la séptima condena por un delito grave no violento)<sup>126</sup>. En la sentencia, el magistrado L. Powell desarrolló un test de elementos objetivos para determinar cuándo las penas eran desproporcionadas en vulneración de la Octava Enmienda. El test consta de tres elementos, debiéndose contrastar: a) la gravedad del delito y la seriedad de la sanción (control absoluto); b) comparar las demás penas impuestas a otros delincuentes en la misma jurisdicción, de tal modo que se evalúe si los delitos más graves están sujetos a la misma pena o a penas diferentes (control relativo, en relación con otros delitos); y c) comparación con las penas impuestas a otras jurisdicciones por la comisión del mismo delito (control relativo, en relación con delitos similares)<sup>127</sup>. Tras realizarse el control tanto absoluto como relativo (como se ha descrito), se concluyó que la pena era inconstitucional.

Sin embargo, unos años después, en el caso *Harmelin v. Michigan* se rechazó que la prisión permanente sin posibilidad de liberación condicionada por la posesión de más de 650 gramos de cocaína fuese desproporcionada<sup>128</sup>. En esta sentencia, el juez Scalia rechaza el test de proporcionalidad de Powell, al estimar que es muy difícil evaluar objetivamente si una sanción es objetivamente desproporcionada en relación con la gravedad de un delito, así como que no existe un parámetro objetivo para comparar con las jurisdicciones de otros Estados, afirmando que cada Estado tiene el derecho de castigar severamente un determinado comportamiento al cual otros Estados pueden sancionar de manera más blanda o directamente no castigarlo.

A partir del caso *Harmelin*, pasaron más de 10 años hasta que la Corte se volviese a pronunciar sobre la proporcionalidad de las penas. Fue en el caso *Ewing v. California*, cuando se evalúa una ley de los tres *strikes* que determinó que una pena de prisión permanente no revisable por una condena por hurto en un supuesto de reincidencia (se habían hurtado tres palos de golf pero concurría la reincidencia del sujeto)<sup>129</sup>.

### 3. *Discrecionalidad del legislador*

La jurisprudencia de la Corte Suprema de EE. UU. sobre la proporcionalidad penal está también marcada por la tensión entre el derecho a la proporcionalidad de las penas y la libertad del legislador. En el caso *Harmelin v. Michigan* (donde se rechazó que la prisión permanente por la posesión de más de 650 gramos de cocaína fuese desproporcionada), el juez Scalia rechaza el test de proporcionalidad de Powell, al estimar que es muy difícil evaluar objetivamente si una sanción es desproporcionada en relación con la gravedad de un delito, así como que no existe un parámetro objetivo para comparar con las jurisdicciones de otros estados, afirmando que cada Estado tiene el derecho de

<sup>125</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1980). *Rummel v. Estelle*, 445 US 263.

<sup>126</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1983). *Solem v. Helm*, 463 US 277.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 279.

<sup>128</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1991). *Harmelin v. Michigan*, 501 US 957.

<sup>129</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (2003). *Ewing v. California*, 538 US 11.

castigar severamente un determinado comportamiento al cual otros Estados pueden sancionar de manera más blanda o directamente no castigarlo<sup>130</sup>.

#### 4. Elementos

El Model Penal Code (tras la reforma del ALI de 2018) establece que las penas deben encontrarse, en todo caso, en el rango de severidad proporcionado a la gravedad de los delitos, los daños hechos a las víctimas y la responsabilidad subjetiva de los delincuentes (§ 1.02). Se incluyen –pese a que el concepto de proporcionalidad de las penas estadounidense ha estado históricamente más centrado en la gravedad objetiva del delito que en elementos subjetivos del ofensor– los elementos subjetivos de responsabilidad del delincuente<sup>131</sup>. En todo caso, también se admite que dentro de los límites de la proporcionalidad se intenten alcanzar finalidades preventivas, generales y especiales<sup>132</sup>.

#### 5. Exigencia de desproporción

Como es propio del sistema de derecho común, la jurisprudencia es esencialmente casuística, pero la tónica general para todos los casos ha sido de exigir –para que intervenga el principio y aparezca como vulnerado– que la pena se presente como gravemente desproporcionada.

En el caso *Harmelin v. Michigan*, el juez Kennedy afirmó que sólo se debía entender que quedaban protegidos por la Octava Enmienda los supuestos en que se verificase una grave desproporción entre delito y sanción. Por ello, en aplicación del test de Powell, sólo se debía proceder a la verificación de los requisitos de control relativo cuando se hubiese verificado esa grave desproporción absoluta. En el caso *Ewing v. California* se afirmó que no era desproporcionada la condena a una pena de prisión permanente con un mínimo de 25 años de cumplimiento obligatorio por los tres *strikes*. Se considera que no es desproporcionado porque, como expone la magistrada O'Connor, el principio de proporcionalidad sólo protege ante casos de penas de prisión gravemente desproporcionadas –como sería una pena de reclusión perpetua por sobrepasar el tiempo de aparcamiento–<sup>133</sup>. Los jueces Scalia y Thomas, de hecho,

<sup>130</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1991). *Harmelin v. Michigan*, 501 US 957.

<sup>131</sup> ROBINSON, Paul H. (2020). «Mitigations: The Forgotten Side of the Proportionality Principle». *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 57, 2020, p. 221.

<sup>132</sup> «*The general purposes of the provisions on sentencing, applicable to all official actors in the sentencing system, are: (a) in decisions affecting the sentencing of individual offenders: (i) to render sentences in all cases within a range of severity proportionate to the gravity of offenses, the harms done to crime victims, and the blameworthiness of offenders; (ii) when reasonably feasible, to achieve offender rehabilitation, general deterrence, incapacitation of dangerous offenders, and restitution to crime victims, preservation of families, and reintegration of offenders into the lawabiding community, provided these goals are pursued within the boundaries of proportionality in subsection (a)(i)*».

<sup>133</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (2003). *Ewing v. California*, 538 US 11.

afirman que la Octava Enmienda no determina ninguna exigencia de proporcionalidad<sup>134</sup>. Por último, en el caso *Lockyer v. Andrade* se entiende que no es inconstitucional la condena a un sujeto a dos penas de prisión permanente con cumplimiento mínimo de 25 años cada una por una tentativa de sustracción de cintas de video (cuyo valor era de \$153,54). En la sentencia se afirma que la Corte Suprema había derivado el principio de proporcionalidad de la Octava Enmienda, pero que los precedentes no son claros y no establecen un contorno preciso del contenido del principio de proporcionalidad, por lo que se deduce que sólo actúa en caso de penas de prisión gravemente desproporcionadas (sólo en casos extremos)<sup>135</sup>.

En todo caso, tras la reforma de 2017 del Model Penal Code, se ha deducido que el modelo ha optado por un modelo a favor de la proporcionalidad del delito en todo caso, no que excluya solamente las penas gravemente (*grossly*) desproporcionadas<sup>136</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Como se había adelantado, no es el objetivo de este trabajo el estudio pormenorizado de todas las cuestiones que se plantean en la práctica en relación con la proporcionalidad del castigo penal (lo que sería más propio de una monografía o una tesis doctoral), sino exponer las cuestiones más relevantes que pone sobre la mesa el análisis de la jurisprudencia española y comparada en los contextos seleccionados.

Por lo que se ha visto, todas las sedes analizadas insisten en la libertad del legislador penal como un área de tensión que reduce los contornos de garantía que el principio de proporcionalidad penal otorga. Por otra parte, y aunque sólo se reconoce expresamente en el texto de la ley la división entre la proporcionalidad penal general y la proporcionalidad de las penas en el nivel de la UE, es cierto que en España el TC ha articulado de modo más o menos nítido esta distinción –con la incorporación del análisis tripartito de origen alemán a sus juicios sobre proporcionalidad penal–, manteniendo matices para sendas instituciones.

En relación con los elementos de comparación que se contrastan para determinar la pena proporcionada, en España la jurisprudencia constitucional no es constante y clara, manteniéndose visiones que oscilan desde que sólo se deben contrastar los elementos de gravedad del delito hasta (principalmente) posiciones que hacen referencia a las finalidades de la pena o contrastes coste-beneficio. En Italia, la letra de la ley sólo hace referencia a contrastar elementos del delito (objetivos y subjetivos), pero la jurisprudencia ha ido incorporando una visión de coste-beneficio. En EE. UU. sólo se contrastan elementos de gravedad del delito para determinar la pena proporcionada, pero se aclara que dentro de la proporcionalidad se permite perseguir finalidades preventivas –pese a la tradición retribucionista del país–. También se realizan fuertes esfuerzos por incorporar nuevos elementos en relación con la proporcionalidad, como el efecto desaliento, la afectación de la libertad de expresión, etc., en España (siguiendo con la línea del TEDH).

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (2003). *Lockyer v. Andrade*, 538 US 63.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 225.

En todas las sedes analizadas, igual que en España, se exige la convergencia de un desequilibrio patente, manifiesto, excesivo, desproporcionado o irrazonable, dejando fuera del ámbito de protección del principio las pequeñas desproporciones y excluyendo que la proporcionalidad tenga un sentido positivo (determinando la posibilidad de exigir una pena proporcionada), y reduciéndolo al negativo (excluyendo la legitimidad de las penas gravemente desproporcionadas). Además, sólo el TEDH introduce la posibilidad de hacer alusión a una pena desproporcionada por defecto, y no sólo por exceso.

Por último, en cuanto al método de comparación empleado, en España se suelen utilizar los mecanismos absoluto y relativo (aunque en alguna ocasión se rechazan versiones de estos de forma incoherente), y en Italia también se emplean ambos (pese a que originalmente sólo se utilizaba el método de control relativo, basado en el *tertium comparationis*). En EE. UU., el test de Powell aparecía como un mecanismo útil para aplicar con lógica el principio, pero no se puede decir que haya triunfado en su aplicación.

De todo lo evaluado hasta ahora se extraen las siguientes conclusiones:

En primer lugar, se ha observado que el mayor desarrollo (y más garantías) del principio ha tenido lugar en la jurisprudencia italiana, si bien todavía en Italia se mantiene la pena de *ergastolo* (prisión permanente) y en general no existe una sistematización fuerte que garantice el principio. En España, el principio es reconocido pero la falta de concreción, las restricciones que se imponen a su control, y la falta de voluntad que demuestra nuestro TC en analizar sus elementos, han reducido mucho su carácter garantista, manteniéndose también la proporcionalidad de la prisión permanente revisable. En EE. UU., pese a la contundente afirmación de que es un derecho fundamental y su larga aplicación, se puede concluir que la aplicación es mucho más tibia, aceptándose fórmulas tan claramente desproporcionales como la de los tres *strikes*, la pena de muerte o la prisión perpetua. En fin, pese al carácter reconocidamente constitucional del principio en los tres países (y a que en los EE. UU. se ha llegado a mantener que es un derecho fundamental), no funciona en ninguno como tal derecho.

En segundo lugar, y pese a la diversidad de los sistemas y también de los fundamentos que se otorgan tanto al principio de proporcionalidad en el Derecho penal como a la institución del Derecho penal en general, no se aprecian diferencias muy claras entre la aplicación en el entorno del sistema estadounidense, de tradición de derecho común, y el sistema de Italia y España, de tradición de derecho civil, y en todos ellos se observa una aplicación bastante escueta.

Por último, se puede observar la mayor virtualidad práctica del principio de proporcionalidad en sentido estricto sobre las nociones de proporcionalidad en sentido amplio, idoneidad, necesidad o racionalidad de la selección criminalizadora del legislador estatal. Estas últimas nociones, al depender de elementos más abstractos, difusos, y finalísticos, terminan siendo más deferentes con el legislador y tienen, en consecuencia, menor virtualidad para censurar sus decisiones.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguado Correa, Teresa. 1999. *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*. Madrid: Edersa.

- Basso, Gonzalo. 2019. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Pérez Cepeda, Ana Isabel y Zúñiga Rodríguez, Laura. 2015. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (tomo 1). Madrid: Iustel.
- Berman, Mitchell. 2021. «Proportionality, Constraint, and Culpability», *Criminal Law & Philosophy*, Vol. 15.
- Bernal Pulido, Carlos. 2014. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: UEC.
- De La Mata Barranco, Norberto J. 2007. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, José Luis. 2003. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta.
- Demetrio Crespo, Eduardo. 1999. *Prevención general e individualización de la pena*. Salamanca: Ed. USAL.
- Donini, Massimo. 2019. «Garantismo penale oggi», *Criminalia*.
- Giménez García, Joaquín. 2007. «Arts. 571 a 580». En Conde-Pumpido Tourón, Cándido. *Comentarios al Código penal*. Barcelona: Bosch, pp. 3706-3707.
- González Beilfuss, Markus (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Lascuráin Sánchez, Juan A. (Coord.). 2019. *Introducción al Derecho penal*. Madrid: Ediciones B.O.E.
- Lascuráin Sánchez, Juan A. 2012. «¿Restrictivo o diferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *Indret*.
- Lascuráin Sánchez, Juan A. 1998. «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho público*, 5, septiembre-diciembre, pp. 160-189.
- Muñoz Conde, Francisco. 2015. *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, Adán. 2019. «Saudade of the constitution: The relationship between constitutional and criminal law in the European context». *NJECL*, 2019, Vol. 10 (I).
- Paredes Castañón, José M. 2013. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ponteprino, Gabriele. 2024. «La “storia infinita” del sindacato sulla proporzionalità della pena: I recenti tracciati della giurisprudenza della Consulta nelle pronunce sull’appropriazione indebita e sulla rapina di lieve entità», *Sistema Penale*.
- Prieto del Pino, Ana M<sup>a</sup>. 2016. «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad». En Nieto Martín, Adán et al. (Dir.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.
- Recchia, Nicola. 2020. *Il principio de proporzionalità nel diritto penale*. Torino: Giappichelli.
- Recchia, Nicola. 2018. «Giudizio di proporzionalità e principi penalistici: ¿identità, complementariedad o alternatividad?». En Dodaro, Enrico/Mancuso, Giandomenico (Coord.). *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, Reggio di Calabria: Edizioni DipLap, pp. 101-108.
- Recchia, Nicola. 2015. «Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della corte costituzionale», *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, pp. 55-70.

- Robinson, Paul H. y Robinson, Sarah M. 2022. *American Criminal Law*, New York: Routledge, pp. 21-23.
- Robinson, Paul H. 2020. «Mitigations: The Forgotten Side of the Proportionality Principle». *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 57, 2020, pp. 219-271.
- Robinson, Paul H. 2013. *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*. Oxford: OUP.
- Robinson, Paul H. 2008. *Distributive principles of criminal law*. Oxford: OUP.
- Tonry, Michael (Ed.). 2020. *Of one-eyed and toothless miscreants*, Oxford: OUP.
- Valverde Cano, Ana B. (2022). *Más allá de la trata*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Viganò, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Von Hirsch, Andrew. 1998. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, p. 142.
- Zúñiga Rodríguez, Laura 2018. «Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos». *Derecho PUCP*, nº 81.

# MODERNIZACIÓN O PERPETUIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SUS EMPLEADOS PÚBLICOS

*Modernization or perpetuity of public administrations  
and their public employees*

Adrián Varela Rodríguez

Doctorando en el Programa de Doctorado en Unión Europea (UNED), España  
Funcionario Público. Especializado en Unión Europea y Administraciones Públicas  
<https://orcid.org/0009-0003-8781-1892>

<https://doi.org/10.18543/ed.3334>

Fecha de recepción: 29.04.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

## **Resumen**

Objetivos: Este artículo parte de un estudio analítico jurídico comparado y reformista de la Administración Pública, priorizando como primera medida la reforma del empleo público. En dicho ámbito se han llevado a cabo reformas legislativas, que en su inmensa mayoría han resultado ser insuficientes para lograr un empleo público sólido y capaz de ejercer las potestades públicas y salvaguardar los intereses de los ciudadanos. El objetivo no es contrastar una hipótesis sino aportar una lectura crítica y propositiva basada en el análisis doctrinal y normativo. Metodología: Todo ello, parte de un estudio analítico jurídico comparado de los principales problemas que se han detectado, un estudio comparativo con la función pública europea como institución. Conclusiones: En definitiva, se ha llevado a cabo un análisis de medidas organizativas y administrativas que conllevan cambios y propuestas innovadoras que logren esa transformación del empleo público más que necesaria en estos tiempos.

### ***Palabras clave***

Modernización, Reforma, Administraciones Públicas, empleados públicos, Unión Europea.

### ***Abstract***

**Objectives:** This article is based on an analytical and reformist study of the Public Administration, prioritizing public employment reform as a first measure. Legislative reforms have been implemented in this area, but the vast majority have proven insufficient to achieve a solid public employment system capable of exercising public powers and safeguarding citizens' interests. The aim is not to contrast a hypothesis but to provide a critical and constructive reading based on doctrinal and normative analysis. **Methodology:** This is based on an analytical legal study of the main problems identified, a comparative study with the European civil service as an institution. **Conclusions:** In short, an analysis has been carried out of organizational and administrative measures that entail changes and innovative proposals that achieve the transformation of public employment that is so necessary in these times.

### ***Keywords***

Modernization, Reform, Public Administrations, public employees, civil servants, European Union.

---

**Sumario:** I. CONTEXTO ACTUAL DEL EMPLEO PÚBLICO Y SU REFORMA COMO PUNTO DE PARTIDA. II. IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA FIGURA DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL. III. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO Y POLÍTICA GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS COHERENTE E INNOVADORA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. IV. INNOVACIÓN EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE EMPLEADOS PÚBLICOS. V. LA UNIÓN EUROPEA Y SU EMPLEO PÚBLICO COMO PUNTO DE REFERENCIA. LA EUROPEIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. VI. EL SISTEMA RETRIBUTIVO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. VII. LA MOVILIDAD ADMINISTRATIVA; UN EJE OLVIDADO DEL EMPLEO PÚBLICO. VIII. A TENOR DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. IX. CONCLUSIONES. X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

## I. CONTEXTO ACTUAL DEL EMPLEO PÚBLICO Y SU REFORMA COMO PUNTO DE PARTIDA

Partiendo del objetivo principal de este estudio que es aportar una lectura crítica y propositiva basada en el análisis doctrinal y normativo de la situación actual del empleo público. La reforma de las Administraciones Públicas ha sido y es una de las grandes pretensiones de casi todas las recién estrenadas organizaciones gubernamentales. Además, esta condición no atiende a niveles administrativos centrales ni descentralizados, sino que cada gobierno central, estatal y autonómico aborda esta cuestión al principio de la legislatura, dejando perecer dicha idea a lo largo del desarrollo de su mandato en la mayoría de las ocasiones, ya sea tanto por cuestiones políticas variadas como por presiones externas e internas de actores sociales y económicos.

Partiendo de una perspectiva constitucional, el sistema competencial nos revela quien, en primera instancia, debería abordar una reforma de tanta envergadura como la de la Administración Pública. Si atendemos al esquema constitucional de competencias, es el art. 149.1.18 del Título VIII donde se dispone que: “será de la competencia exclusiva del Estado, las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas...”<sup>1</sup>.

De este artículo se deduce que es el Estado quien debe llevar la labor de impulso y desarrollo de una posible reforma de la función pública. Todo ello, en el marco de la legislación básica estatal. Y no por ello se debe obviar la importancia de las regulaciones normativas de las funciones públicas

---

<sup>1</sup> Vid. art. 149 Constitución Española. Competencias exclusivas del Estado.

regionales y sus especialidades en las distintas administraciones autonómicas, donde la mayoría son anacrónicas y su idiosincrasia ha llegado a evolucionar de tal manera que su redacción ha quedado obsoleta en muchos de sus aspectos. Estado y Comunidades Autónomas deberían legislar simultáneamente sin presentar un desacompañamiento de tiempos ni de contenido. De lo contrario, la diferencia entre empleados públicos de un mismo Estado miembro puede hacerse notable e incluso discriminatoria.

Por ello, un gran avance en la Administración supuso la entrada en vigor de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público y la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común. Se consolidó como pilar básico la implementación de la Administración electrónica y su proceso de desarrollo lo cual ha supuesto un avance en la gestión administrativa. Aunque, si bien es cierto, su puesta en funcionamiento fue altamente compleja y tardía.

Sin embargo, el tema a desarrollar en el presente artículo es la reforma del empleo público, no como una mera norma legislativa refundida, como hasta ahora, sino como una reforma sustanciosa que aborde los grandes problemas que giran en torno a la función pública.

Tanto es así que, ya sea por presión sindical, a través de adopción de medidas de conflicto colectivo, o mediante críticas y sugerencias abordadas por los sectores doctrinales especializados en la materia, o incluso, por interés político específico, como ocurrió en la última reforma realizada por el Gobierno, a lo largo de estos diez últimos años sólo se han producido pequeñas modificaciones y reformas que han dado como resultado una función pública prácticamente en el mismo lugar que en sus orígenes, respecto a su estructura burocrática y organización administrativa, aunque si bien es cierto, también se han producido avances en los derechos de los empleados públicos.

Este artículo parte de un contexto actual del empleo público que requiere de una reforma expresa, integral y transversal de la función pública que conlleve como pilares básicos para reforma; por un lado, la figura del directivo público profesional tan valorada y puesta en práctica recientemente en la Administración General del Estado (en adelante, AGE). Además, por otro lado, se deben incentivar los procesos selectivos en el empleo público como fórmula de atracción del talento. A esto último, le sigue la movilidad administrativa como eje transformador del empleo público globalizado y condicionado por grandes bloques socioeconómicos, incluyendo la cooperación técnica europea, que garantice unos estándares universales de la función pública alineados con otros países europeos, todos ellos con una finalidad específica. La revitalización y reforma del empleo público de toda la Unión Europea debería ser uno de los principales objetivos de la organización, pudiendo así, salvaguardar los intereses públicos que nos afectan a todos los ciudadanos, ya que en este contexto geopolítico están cada vez en mayor peligro y amenazados.

## II. IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA FIGURA DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL

La modernización de la Administración Pública ha comenzado por aludir a figuras destacadas e innovadoras en las Administraciones como la figura del directivo público. Partiendo de la base del empleo público español predominantemente como sistema bicéfalo, caracterizado en mayor medida por la dualidad existente entre funcionarios y personal laboral, ha ido cobrando relevancia la figura del *Directivo Público Profesional*. Esta figura ha sido desarrollada a día de hoy solamente en la AGE como un elemento esencial para la modernización administrativa con el objeto de avanzar en la reforma y transformación de la administración. Sin embargo, en otras administraciones la figura del Directivo Pública no está regulada ni profesionalizada, como ocurre mayormente en las Administraciones Autonómicas y locales.

En el ámbito de la AGE, tiene su base jurídica y competencial en el componente “11” sobre la modernización de las Administraciones públicas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, el cual incluyó entre las medidas de reforma para la modernización y digitalización de la Administración el Hito número 148 de la Decisión de Ejecución del Consejo del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, entre cuyos elementos se incluye la regulación del acceso a puestos de directivo público profesional.

En este marco, se aprobó posteriormente el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, donde en su libro segundo, de medidas legislativas urgentes en materia de función pública, tiene por objeto ordenar y definir un modelo que sienta la base de una reforma de la función pública para la Administración del siglo XXI, que debe pivotar sobre cuatro elementos fundamentales: 1) La planificación estratégica. 2) El acceso al empleo público. 3) La selección del personal, la evaluación del desempeño y carrera profesional. 4) La figura del directivo público profesional. En este último punto, es donde se adoptó un modelo de directivo público orientado a garantizar que la gestión profesional y que su desempeño estén sujetos a estándares de eficacia, eficiencia, responsabilidad y control de resultados basados en los objetivos asignados.<sup>2</sup> No son meros principios abstractos sino que se ha tratado de llevarlos a su puesta en práctica.

---

<sup>2</sup> Cfr. Orden TDF/379/2024, de 26 de abril, para la regulación de especialidades de los procedimientos de provisión de puestos del personal directivo público profesional y las herramientas para su gestión en el marco de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del

Sin embargo, esta puesta en práctica de este Directivo Público Profesional, (en adelante, DPP), está aún en desarrollo y su implementación está siendo progresiva tanto en la AGE, como en la Administración Local. En lo relativo a los requisitos de acceso a estos puestos, si bien es cierto que por norma general se requiere la condición de funcionario nivel A1 de la Administración, existe una especialidad en este ámbito local, ya que en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, distingue entre las Diputaciones y los municipios como se expresa en los siguientes apartados. Mientras que en su artículo 32 bis señala al Personal Directivo de Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares, y dispone los requisitos y criterios de acceso a dichos puestos. Es posteriormente, en el art. 130.3, aplicable para los municipios, donde se expone que “salvo que el Reglamento orgánico Municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario”. Circunstancia que ha pasado de ser una mera excepcionalidad, a utilizarse indiscriminadamente como si fuera un puesto de designación política que no requiere la condición intrínseca de ser funcionario. Por lo que su revisión y análisis debe abordarse para que las Administraciones municipales no se conviertan en agencias de colocación ficticias.

La figura del personal directivo público profesional, en general, se contempla a partir de elementos esenciales tales como un rol protagonista en el desarrollo de políticas y programas públicos, que actúa de acuerdo con los criterios e instrucciones directas de la dirección política pero con una clara separación entre la instrucción política y la salvaguarda de los intereses públicos y la legalidad, así como la asunción de responsabilidad por su gestión y un exhaustivo control del cumplimiento de los objetivos propuestos en desarrollo de los planes de actuación de la organización en la que desarrollen sus funciones. Esto se aborda desde una profesionalización de la función directiva de la función pública y el no sometimiento del empleo público a instrucciones políticas ilimitadas carentes de control, al incorporar elementos e instrumentos como son la responsabilidad por su gestión y control de cumplimiento de objetivos.

Esto constituyó un marco básico que ha supuesto un cambio de paradigma en la selección de directivos públicos. Especialmente práctico, a tenor de algunos autores, ya que el nombramiento, si es un funcionario resulta ser un valor más seguro y garante de los intereses generales que la de una persona contratada. Por lo tanto, se requiere una figura directiva adaptada a los constantes cambios y evolución de las Administraciones Públicas. No figuras

---

Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2024-8609>

estancas y políticas que perpetúan los intereses partidistas. Hoy en día, este planteamiento no se está desarrollando plenamente, pero puede ser una propuesta eficaz que encaje dentro de los principios de buena gobernanza que deseamos para la Administración.

Esta progresiva incorporación de la figura de directivo público ha sido uno de los grandes avances de la reforma del empleo público hasta la actualidad. Aunque se vislumbra claramente insuficiente para una reforma de tal envergadura, destaca por ser un impulso de la Administración hacia esa sensación de modernización y reforma que la Administración requiere. Sobre todo, porque una gran parte de los empleados públicos se ha quedado huérfano de una reforma legislativa “ad hoc” que regule una función pública en claro deterioro, pero más que necesaria para garantizar el Estado de Bienestar en el que vivimos. Y, ciertamente, los servicios públicos son los que garantizan los niveles de calidad de vida de las sociedades, y por ello, la regulación de sus empleados públicos adaptándose a un mundo globalizado y oscilante sea hace más que necesario y evidente cada año.

### III. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO Y POLÍTICA GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS COHERENTE E INNOVADORA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Otro supuesto avance, muy polémico y debatido, que no ha sido apenas desarrollado; es la *evaluación del desempeño*. En relación con la modernización de la Administración la evaluación es un pilar esencial, sin embargo, la ambigüedad de las diversas normativas en la materia hace que se perpetúe dicho problema intrínsecamente en la Administración Pública. Tras la reforma del empleo público a partir del Real Decreto-Ley mencionado anteriormente, tiene un carácter obligatorio para los funcionarios que se encuentren en situación de servicio activo. La citada evaluación produce como efectos prácticos; el cobro de retribuciones complementarias y la propia continuidad en el puesto de trabajo desempeñado. Adentrándonos un poco más en la cuestión suscitada, el propio Ministerio de Hacienda y Función Pública, afirmó que las nuevas evaluaciones del desempeño se plantean en positivo, fomentando una mejora de la productividad de los funcionarios que redunde en una mejor prestación del servicio público y que en ningún caso, implicarán la pérdida de la condición de funcionario para quienes no las superen, pues en caso de no pasar esa evaluación se fomentarán las medidas de formación para dotarles de herramientas que les permitan un mejor desempeño. Lo que, en suma, ha provocado una cierta inquietud administrativa que, más que producir un avance en el empleo público, ha sido anunciando como una medida de ataque generando la oposición de los propios empleados públicos y de los sindicatos.

Atendiendo a la doctrina respecto al tema en cuestión, en palabras de Jiménez Asensio (2018, 23), se dispone que: “la primera medida que deben impulsar todas las organizaciones públicas es disponer de un correcto diagnóstico que defina claramente cuál es la pirámide de edad de sus empleados públicos, qué puestos de trabajo ocupan quienes van a salir de forma mediata o inmediata, cuáles de esos puestos son estratégicos y cómo debe prepararse cuidadosamente un proceso de relevo y de gestión o transferencia del conocimiento en los casos que sea necesario, así como cuáles serán las medidas más apropiadas para llevar a cabo ese proceso de forma ordenada y sin que la organización sufra menoscabo alguno en la prestación de sus servicios.”<sup>3</sup> La evaluación del desempeño no puede ir en consonancia con una Administración obsoleta. Por ello, es necesario y determinante una auditoría y análisis demográfico y social sobre las nuevas demandas ciudadanas en sus relaciones con las Administraciones Públicas, así como un estudio de los principales perfiles de puestos de trabajo que necesitará la Administración Pública como punto de partida innovador en los próximos años, así como sobre cuáles de los puestos de trabajo actualmente existentes serán claramente prescindibles o que están claramente en desuso o infrautilizados, por lo que deberían ser amortizados, ya sea por causa de los procesos de revolución tecnológica o por su inutilidad de cara a garantizar un servicio público a la sociedad.

En dicho texto, da suma importancia para la política de gestión de recursos humanos como herramienta principal de incentivación y cumplimiento de objetivos de la Administración, se dispone que es el momento adecuado, debido al envejecimiento de los empleados públicos, para llevar a cabo una transformación real y profunda de la Administración Pública. No habrá avance ni modernización en la Administración sin una regulación exhaustiva de la evaluación del desempeño. De lo contrario, estará perpetuándose el sistema actual de desincentivación.

#### IV. INNOVACIÓN EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE EMPLEADOS PÚBLICOS

Partiendo de este análisis, la modernización de la Administración abarca una posible reforma de la selección del empleado público y el abordaje reformista de las técnicas anacrónicas de selección. Jiménez Asensio (2021, 98)

---

<sup>3</sup> El término empleados públicos hace referencia a los colectivos de funcionario, laborales y estatutarios, incluyendo a perfil directivos públicos profesionales. Esto es algo que el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público diferenció en dos capítulos para distinguir los distintos tipos de personal en las Administraciones Públicas. Otra distinción relevante para entender más el concepto, es la diferencia existente entre el directivo público profesional y los altos cargos, ambos con regulación y normativa diferente.

señala que los procesos selectivos son los instrumentos utilizados por la Administración para seleccionar a sus empleados, por ello, es vital que fomente la atracción del talento. No se puede obviar la Administración debe escoger a los mejores perfiles profesionales. Se trata de una de las grandes empresas del país, y como en cualquier organización que aprecie su desarrollo evolutivo a medio o largo plazo, su gestión y política de personas debe abarcar un proceso de selección innovador, atractivo y adaptado al puesto de trabajo, traduciéndose en una mayor productividad del trabajador. Y lo que es también relevante, la selección debe ser realizada por auténticos órganos especializados y permanentes en las Administraciones Públicas. Otros autores, como Fondevila (2017, 582) afirman que: “Solo mediante la selección de los mejores podremos garantizar una administración eficaz y unos servicios públicos eficientes, por ello, una de las medidas esenciales es la regulación normativa y desarrollo de técnicas que garanticen de forma inequívoca la objetividad y profesionalidad de los mismos, es decir, es preciso garantizar la exclusión de toda clase de interferencias o clientelismo en los procesos selectivos y asimismo, una obligada actualización y mejora de los tipos de pruebas pero siempre de carácter objetivo, y esto en ningún caso puede suponer la sustitución o eliminación del procedimiento más objetivo, en concreto, la oposición, que no hay que confundir con los tipos de pruebas que se puedan exigir...”. Ciertamente, existe un falso mito de que el problema son las oposiciones, lo cual, como se ha señalado anteriormente, pero hay que matizarlo y analizarlo, ya que el sistema de oposición concuerda plenamente con los principios constitucionales de mérito y capacidad, si bien es cierto que el modelo de pruebas a exigir puede y debe renovarse, y así mismo, actualizarse y adaptarse al contexto social, económico y laboral.

En definitiva, la fase de oposición como sistema de acceso es acorde con los principios constitucionales de mérito y capacidad del art. 103.3. CE. Sin embargo, eso no indica que el tipo de pruebas a desarrollar por los aspirantes no deba abordarse y avanzar hacia tendencias más actuales de selección. Como ya se puede observar, la Unión Europea para la selección de sus empleados públicos, realiza a través de la Oficina de Selección de Personal (EPSO) diversas pruebas que, en ciertos aspectos tienden a seleccionar a un candidato en base a aptitudes y habilidades competenciales, sin olvidarse de la adquisición de conocimientos teóricos.

No obstante, esta tendencia, que ha sido un *leit motiv* de distinción entre la Administración Europea y Administraciones Públicas de los Estados Miembros, ha empezado de nuevo a derivarse hacia procesos selectivos más específicos con pruebas más concretas adaptadas a los puestos de trabajo.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Procesos Selectivos EPSO. Enero 2025. Consultado en <https://eu-careers.europa.eu/es/competition-model-permanent-officials>

Todas estas se basan en función de la categoría a ingresar en diversas pruebas tales como pruebas de razonamiento, otras de conocimiento de la UE con cuestionarios de opciones múltiples relacionado con el ámbito laboral a desarrollar. Todo ello, seguido de unas segundas pruebas de capacidades digitales y una última prueba escrita destinada principalmente a evaluar las capacidades de comunicación escrita que sustituye al caso prácticos generalistas a partir de 2024.

Estos procesos selectivos han evolucionado desde su inicio; sin embargo, hay que señalar que se encuentran en constante evolución, dado que en el momento que haya estancamiento, hay pérdida de valor y, por consiguiente, afecta negativamente a la organización, como si de un círculo vicioso se tratase.

También en este punto, resulta interesante las reciente modificaciones instauradas en la selección de empleados públicos a nivel autonómico, en especial de los precisos avances realizados a través de leyes autonómicas en Andalucía y País Vasco. En concreto, en Andalucía (Gil Blázquez, 2024, 78) la reciente Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de la Administración de Andalucía, indaga en algunas novedades importantes en la selección el empleo público. En su art. 105 aptdo. e) incluye como novedad junto con otros principios de procedimientos de selección el principio de fiabilidad y validez predictiva de los instrumentos y procesos de reclutamiento y selección, de forma que guarden íntima relación con los conocimientos, competencias y aptitudes que son necesarios para poder desempeñar adecuadamente los puestos de trabajo a los que se refieren las convocatorias y a través de previsiones específicas. Circunstancia que revela importancia del vínculo y la conexión entre el puesto de trabajo y la prueba de selección a desarrollar, ya que muchos expertos señalan este problema de adecuación de los puestos como uno de los principales obstáculos en la selección de empleados públicos aptos para el puesto y por ende, suponen un obstáculo para el avance de la Administración. De esta forma, se consigue en última instancia el logro de una mayor eficiencia, consiguiendo también un equilibrio óptimo entre conocimientos, competencias y aptitudes.

Por establecer una perspectiva comparada con otras Comunidades Autónomas con leyes autonómicas de función pública reciente, es preciso aludir a la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco. El Título VI, artículos 76 a 84, se refiere a la selección y formación del personal empleado en el sector público vasco. El Capítulo I se refiere a los procesos y sistemas de selección del personal empleado en el sector público vasco. En particular hay que realizar un énfasis en el art. 71.2 en el cual se establece que “asimismo, y de manera excepcional, podrán realizarse procesos selectivos a puestos de trabajo y a áreas funcionales o sistemas alternativos de agrupaciones de puestos de trabajo, sin perjuicio de que previamente a la realización

del proceso se adscriba el puesto o los puestos de trabajo a un determinado cuerpo, escala, agrupación profesional sin requisito de titulación o grupo profesional de personal laboral, en función de la identidad funcional que exista y siempre de acuerdo con lo que se establece en esta ley. En este caso, en los procesos selectivos a puestos de trabajo o a agrupaciones de puestos de trabajo se deberán prever una o varias pruebas comunes para todos aquellos puestos que se adscriban a un determinado cuerpo, escala o especialidad". La Administración autonómica abre la posibilidad de establecer proceso selectivo específico para un puesto ad hoc, si bien es cierto, lo determinada como una excepcionalidad, como ocurre por ejemplo en el desarrollo de los puestos de trabajo digitales e informáticos.

Después el art.80 alude a los instrumentos de selección donde además de los habituales incluyen alguna novedad como son los de los apartados d) Pruebas relacionadas con las tecnologías de la información y la comunicación y, particularmente, las pruebas de acreditación de tales materias a través de los sistemas que se determinen por las respectivas administraciones públicas. e) La acreditación reglamentaria de conocimientos relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación, y, por último, el f) La comprobación, mediante sistemas de acreditación o pruebas realizadas al efecto, del dominio de lenguas extranjeras. Esto coincide con el apartado de este artículo donde trae a colación la importancia de las tecnologías de la información y la inteligencia artificial. Se trata de puestos de trabajo, aun sin desarrollo, que no tardaran en ser necesarios, e incluso imprescindibles en la Administración.

Finaliza dicho Capítulo recogiendo en su artículo 82 la posibilidad de creación de órganos permanentes de selección, previsión que se desarrollará reglamentariamente, teniendo en cuenta los criterios que establezca la Comisión de Coordinación, previa negociación con la representación del personal. Esto es algo que también aluden otras Administraciones, pero definitivamente no termina de implantarse. Se trata de una medida totalmente esencial para el progreso de la Administración, ya que debería de tratarse de órganos especializados la selección de empleados públicos.

Por lo tanto, si se requiere una modernización de la Administración, es necesario una reforma de la selección del talento en el empleo público. De lo contrario, se perpetuará el sistema sin cambios reales en la misma.

## V. LA UNIÓN EUROPEA Y SU EMPLEO PÚBLICO COMO PUNTO DE REFERENCIA. LA EUROPEIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Modernizar la Administración implica adoptar ciertas medidas reformistas a todos los niveles, comenzando por la puesta en práctica de medidas ya

tomadas por otras organizaciones administrativas con alta tasa de éxito. Y esto debe priorizarse, tomando como punto de referencia a los funcionarios de la Unión Europea. Esto no significa reproducir idénticamente todas sus características y organización administrativa, sino que debe analizarse como un modelo a seguir. La Administración europea, en ciertos aspectos, como en el ámbito de los recursos humanos, presenta unos avances muy innovadores que han supuesto una revolución en la materia. Asemejar el funcionamiento de las Administraciones de los Estados miembros y de la función pública en términos generales, debería ser una prioridad de la UE como institución, teniendo en cuenta que a lo largo de la UE existen diversos modelos de función pública, divididos principalmente en el modelo continental y el modelo anglosajón. Pero que coinciden en temas elementales y esenciales como derecho y obligaciones básicas, régimen administrativo, ética pública etc.

Respecto a estos tipos de empleados públicos, el primero, conocido como continental, se caracteriza por ser más rígido en la contratación que el segundo, situándose con una mayor flexibilidad y dinamización de sus procesos administrativos y de contratación. En el caso español, al igual que en Francia, Bélgica o Italia, entre otros, quizá esta perspectiva sea más controvertida dada la rigidez del sistema. Sin embargo, la finalidad misma de la reforma no es abordar las condiciones laborales de los mismos, sino establecer una homogeneidad de criterios que unifique materias y conceptos de todos los Estados Miembros abogando por una dirección o iter concreto. Siempre buscando una convergencia de puntos en común.

Por otra parte, sobre el sistema británico es relevante la visión que aporta Fuentetaja Pastor (2013, 64), al señalar que: “los principios jurídicos por que se rige el funcionariado británico siguen siendo los tradicionales que, de tomarlos al pie de la letra, impedirían hablar de la existencia de un régimen jurídico de función pública, pues nada, ciertamente, está más lejos de la estabilidad que sugiere el concepto de funcionario que la regla secular de que el *Civil Servant* depende enteramente de la Corona a la que debe el empleo, el cual puede serle revocado *at pleasure* por la simple voluntad del soberano, sin que pueda ser esgrimido ningún derecho contractual, ni ejercitada acción alguna ante los Tribunales.” En definitiva, un concepto totalmente anacrónico y antiquísimo de la función pública que se desvirtúa en mayor medida que los principios, derechos y obligaciones que de manera unificada se quieren instaurar en la UE. Sin embargo, este tipo de empleo público ha evolucionado adoptando versiones más actualizadas de la función pública en función de su contexto social y cultural.

Volviendo al *modelo de la UE*, los funcionarios empleados directamente en las instituciones de la UE, son funcionarios rígidos por una normativa especial en forma de Estatuto que se adopta a partir de un instrumento legislativo europeo como es el Reglamento. En comparación con otros

funcionarios nacionales que trabajan para los Estados miembros de la Unión Europea, el análisis señala varias analogías relativas al estatus de funcionario de la UE y de funcionario nacional de los Estados miembros. Estas son: las condiciones relativas a los deberes y derechos de los funcionarios de la UE, la estabilidad profesional, la protección contra el lobby y presiones políticas a partir de la ética pública; y tras todo esto, un nivel adecuado de remuneración, para protegerse de la corrupción con ciertas reglas rígidas que deban establecerse en procedimientos disciplinarios. Pero lo que sí se puede señalar de manera general es que el estatus de funcionario de la UE es más beneficioso que el de un funcionario nacional en los diversos intervalos; a corto y medio plazo. Sobre todo, en lo referente a conciliación familiar, derechos económicos y ayudas sociales.

Por ello, es necesario como medida a desarrollar, una unificación de criterios sobre pruebas y procesos selectivos de acceso a las Administraciones Públicas. Esto es algo que debe realizarse a nivel supranacional, ya que, si analizamos esta cuestión a nivel interno de Estado miembro de la UE, no es normal ni debiera de parecerlo que los procesos selectivos sean muy diferentes y en muchos casos desproporcionados en base a la Administración y al Cuerpo o Categoría profesional a la que se aspira a ingresar. Esto es algo que debería solventarse a corto plazo si realmente se pretenda reformar y modernizar la Administración Pública, ya que de lo contrario nos encontraremos avocados a una perpetuidad de la Administración tal y como se está desarrollando. Este es un pilar básico de reforma de las Administraciones, la modificación de dichos procesos; pero, sin embargo, no deben ser las únicas reformas a desarrollar, ya que otros ejes vertebradores del empleo público estarían incompletos. Una Administración moderna, transparente y adaptada al contexto actual conlleva un cambio de mentalidad en muchos ámbitos, pero esencialmente en los procesos selectivos.

Se considera conveniente un análisis también de los órganos evaluadores o Tribunales. Siguiendo con lo dispuesto en el Real Decreto legislativo 5/2015, por el que se prueba el Texto Refundido Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP), se regula la figura de un órgano especializado y permanente de selección, pero que sea creado *ad hoc* para este cometido con funciones de especialización en la materia. Circunstancia que se encuentra muy alejada de la realidad y aún en desarrollo. En base a este planteamiento, señala Moratinos Echevarría (2022, 121) que: “las Administraciones se deberían desligar de los procesos de selección y deberían centrarse en la competencia para el diseño de los puestos, sus características, denominación y retribución y también para determinar los requisitos exigibles y las competencias deseables de cara a la selección.” Dejando a los órganos especializados y permanentes dicha tareas de evaluación.

Es el artículo 55 del TREBEP el que hace referencia a órganos administrativos especializados y permanentes y les define como imparciales, profesionales, técnicos e independientes del órgano que los nombra, algo que sólo ocurre en raras ocasiones en las distintas Administraciones. Y que ha sido desarrollado en mayor escala por el Instituto Nacional de Administración Pública, en adelante INAP. Sin embargo, la mayoría de los Institutos de Administración Pública autonómicos no han sido utilizados para tal fin. La idea que debería instaurarse e implementarse es la de un ente externo, independiente y especializado. Esto podría ser llevado a cabo por los Institutos y Escuelas de Administración Pública autonómicos que asumirían la labor de evaluación, certificación y selección de personal, con personal permanente y especializado en dichos procesos selectivos en sus relaciones de puestos de trabajo, a la vez que con perfeccionamiento constante en dichas materias. Estas agencias se dotarían de herramientas y metodologías más eficientes para desarrollar estas funciones, la adopción de criterios técnicos comunes y homogéneos, la seguridad jurídica compartida y trabajando sobre una plataforma tecnológica común para todas las Administraciones Públicas. Se propone una coordinación con la Oficina de Selección de Personal de la UE y la escuela de formación europea EIPA.

Volviendo a la Administración Europea y teniéndola como un referente cambio, es interesante el análisis de *las listas de reserva* utilizadas por las Instituciones, una vez finalizados los procesos selectivos, con el fin de captación de los aspirantes que han superado el proceso en base a sus necesidades y a los perfiles de los puestos de trabajo. En palabras de Fuentetaja Pastor (2002, 176): “la existencia de las listas de reserva es común en todas las Instituciones, pues al fin y al cabo es un sistema que ampara el Estatuto y es sumamente cómodo para una Administración. Las diferencias, en cambio, nos las encontramos a la hora de su elaboración y, sobre todo, de su explotación. De ahí que sea importante destacar los principios acordados por todas las Instituciones. En primer lugar, la validez de las listas de reserva será de dos años, si bien podrá prorrogarse en función de las necesidades de las Instituciones. ... Constarán de tres o cuatro «grupos de mérito», aunque no se especifica su número. Dentro de cada grupo, los nombres de los candidatos figurarán por orden alfabético y las Instituciones gozarán de una libertad de elección total. Se pretende conciliar así un cierto margen para la Administración en el momento de elegir”. Esta es la forma de proceder de la Administración Europea para la selección de sus empleados públicos, lo cual produce por sí sola una mayor adecuación del empleo público al puesto de trabajo o perfil específico que demanda la Administración Pública. Sin embargo, el análisis de este sistema conlleva ciertas ventajas y desventajas a analizar en comparación con el sistema nacional aplicado.

En un primer análisis, difiere en gran medida del sistema aplicado en España, donde se adquieren plazas para puestos específicos y la Administración no tiene margen discrecional para la selección de sus funcionarios, sino que se accede en base al orden de prelación de superación del proceso. Así, esta herramienta de la UE utilizada como sistema objetivo, transparente y eficiente debería tener una aplicabilidad práctica excepcional en el sistema actual, ya que, de lo contrario, y como desventaja principal, sólo conseguiría seguir perpetuándose un clientelismo propio de cualquier Estado fallido, al dejar excesivo margen discrecional a la Administración. Por ello, se hace necesario la publicación de criterios homogéneos y objetivos para la selección. En definitiva, podría ser aplicable como propuesta, pero con unos baremos y perfiles objetivos en los cuales el margen de discrecionalidad sea limitado y aplicado a unos criterios claros y objetivables.

Volviendo al tema de la modernización o perpetuidad de la Administración Pública y de sus empleados públicos, todos los planteamientos alegados en el presente estudio señalan que una gran reforma de la Administración tiene que ir ligada a una imperiosa reforma de la función pública, lo cual conlleva una lógica coherente. Sin embargo, para ello no basta con simples reformas legislativas a modo de parches de innovación, sino que debe ser una reforma integral e innovadora. Con ello, no nos referimos a cambiar todos y cada uno de los tipos de características y categorías profesionales propias de nuestras Administraciones, pero sí a un cambio de paradigma que posea reformas innovadoras adaptadas a los tiempos actuales donde la transformación tecnológica, la internacionalización de la función pública como perfil profesional, integrando movilidades interadministrativas y las cooperaciones técnicas, no puedan ser descartadas ni llevadas al ostracismo administrativo, sino que deberían ser incentivadas e impulsadas por la propia Administración por ser la principal beneficiaria de dicha cooperación.

En palabras de los Arenilla y Delgado (2019, 48): “los grandes retos de la Administración y de sus integrantes tienen que ver con la redefinición de su relación con la sociedad y la construcción de una nueva legitimidad. Esos retos implican adquirir nuevas competencias profesionales, especialmente las digitales, y una función pública que incorpore y mejore el talento innovador y que refuerce los valores de inclusión, diversidad y representatividad. Para ello precisa de una forma de trabajar en equipo y en coalición con numerosos actores. Esto lo tienen que hacer las personas que hoy trabajan en el ámbito público, porque los retos y demandas sociales no admiten más demora y requieren un enfoque disruptivo que remueva de raíz las bases y modos de actuación habituales.” O lo que es lo mismo, grandes cambios para fomentar mejores servicios públicos eficientes en la utilización de recursos públicos y eficaces en el cumplimiento de los objetivos fijados. Es labor de todos los funcionarios públicos auspiciar este cambio, aprovechando la coyuntura socioeconómica actual.

En términos generales, tras un análisis pormenorizado de la función pública europea, se considera relevante tomar como punto de referencia para un desarrollo evolutivo de la función pública, la progresiva europeización de la misma. No sólo del sistema en sí, sino de la función pública de toda la UE en su conjunto. Existen diversos expertos que analizan este proceso como Massey (2004, 21) cuando señala que: “a pesar de las diferentes tradiciones británicas y de europea continental, existe una convergencia cada vez mayor en las estructuras y procedimientos de formulación de políticas y de toma de decisiones institucionales de sus administraciones públicas. En su forma más grandiosa, la europeización rescita parte de la dinámica neofuncionalista del supranacionalismo a través de la integración institucional, siendo el derecho de la UE representado a través del propio tribunal de la Unión y el cumplimiento de los tribunales nacionales un elemento clave. Una implicación de esto no es que la europeización sea inevitable, sino que depende de las interacciones sociales, políticas y económicas, al tiempo que se da primacía al impacto de los acontecimientos europeos a nivel interno”. Además, es imprescindible la adaptación de las Administraciones Públicas al ordenamiento jurídico europeo, en palabras de Sarrión Esteve, (2020, 234); la Administración Pública y las entidades del sector público están vinculadas por la primacía y efectividad del Derecho de la Unión Europea. En definitiva, por todo ello, es de obligada aplicación las disposiciones internas de conformidad con las disposiciones comunitarias, y esto debe adaptarse o trasponerse al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro, que también tiene sus propias características específicas en forma de autonomías. Por lo que esta uniformidad legislativa y judicial va acorde al ámbito competencial europeo de la cooperación administrativa.

Este proceso de adaptación progresiva a las instituciones europeas se hace inevitable en la actualidad. No debemos olvidar las principales diferencias gubernativas e institucionales de las distintas Administraciones Públicas de los Estados Miembros, pero se deben poner en común diversos puntos de unión que promuevan este nexo que fomente una Unión Europea sólida, garante de Estado de Derecho y de Bienestar, que preste unos servicios públicos de calidad e interconectados.

Partiendo del punto anterior y desde una perspectiva comparada con otros Estados Miembros respecto a su forma de gobierno, depende el modelo de gobierno si está centralizado o no. Por ejemplo, el sistema francés es complejo, pero está altamente centralizado al contrario que España que está descentralizada. Francia ha presentado cierta tendencia a la europeización de su función pública, como se ha podido observar en su Ley 2019-828, de 6 de agosto, de transformación de la función pública francesa. Se trata de una norma novedosa que trata de lograr un mayor encaje del empleo público a las reformas administrativas que se pretendían lograr. Sin embargo, también se

abordó con una clara tendencia a la laborización del empleo público y la movilidad del personal funcionario, dentro y fuera del sector público. Donde incluso en el artículo 76 de dicho cuerpo legal (Boto Álvarez, 2020) alude a medidas de “acompañamiento profesional” para los funcionarios en caso de reestructuración interna, pero también en casos de externalización de servicios, con la posible adscripción temporal a entidades instrumentales y empresas contratistas en régimen de contrato laboral privado. Desde un punto de vista público, este tipo de actuaciones supone una huida del derecho administrativo hacia una liberalización de la función pública en casos excepcionales, algo que realmente tampoco resulta halagüeño en términos generales. Es decir, flexibilidad y adaptación sí en una previsible reforma pero que en ningún caso pueda suponer una desvirtuación de la función pública. Un punto de referencia de las medidas abordadas por la Administración francesa ha sido el acercamiento de la Escuela de Administración Nacional Francesa donde se forman y selección los altos funcionarios franceses a la ejecución conjunto de políticas europeas.

Otra circunstancia que está llevando a cabo una europeización de la función pública española, es la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en particular, donde más se ha consolidado, es en el abuso de temporalidad de las Administraciones Públicas en la contratación de personal. Por lo que ha sido polémico a la vez que mediático el conflicto jurisprudencial entre el derecho europeo y los principios del acceso al empleo público en España, tildados de cierto conflicto de constitucionalidad.

Si seguimos un orden cronológico de las propias sentencias, es imprescindible atender a la jurisprudencia evolutiva del TJUE desde hace varios años, sin embargo va a ser señaladas las más recientes. La primera es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 referente a C-59/2022, C-110/2022 y C-159/2022, la cual resolvió cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y la que dio una posible argumentación jurídica donde dio como una posible opción la conversión de contratos temporales en indefinidos como medida alternativa a otra que se pudiera realizar de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional. La segunda, con un componente algo más clarificador, es la sentencia TJUE de 13 de junio de 2024 referente a los asuntos C-331/22 y 332/22 la que si bien es cierto que sigue en la misma dirección que la anterior, no establece la conversión en fijo como medida única y necesaria, sino que siendo una medida apropiada, se utiliza otra medida siempre que dicha medida no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

Si se aborda desde una perspectiva judicial nacional, la sentencia más reciente es la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2025 (4436/2024), que va a crear jurisprudencia a nivel nacional, donde ha puesto de manifiesto su oposición a la conversión automática en fijos ya que va en

contra de los principios constitucionales del art. 103.3 de la Constitución española, y en nuestro ordenamiento jurídico nacional dicha medida no se permite. Lo que permite reconocer que, en este caso, no se trataría de un *contra legem* sino de que una medida inconstitucional, lo que abre una premisa difícil de aplicar en nuestro ordenamiento. Sin embargo, sí que se ha valorado abrir la oportunidad a posibles indemnizaciones.

Por ello, es necesario una europeización en los términos señalados y desarrollados, logrando un avance y reforma de la Administración y del empleo público, modificando estructuras y procedimientos, y en definitiva, logrando una simplificación administrativa sin que eso conlleve en contraposición un debilitamiento progresivo de la función pública como de sí un mal intrínseco se tratase. Si bien es cierto, que aunque no sea suficiente, las Administraciones Públicas en España han realizado intentos de reducir dicha temporalidad, ya sea a través de procesos de estabilización y a través de reformas legislativas como la limitación en tiempo de interinos en plazas vacantes.

## VI. EL SISTEMA RETRIBUTIVO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Otro punto de referencia que no se debe olvidar es el sistema retributivo de la UE sobre sus funcionarios, que varía en gran medida respecto al interno. A tenor del hilo argumental seguido en el presente estudio acerca de la modernización o perpetuidad de las Administraciones, un punto importante a analizar y desarrollar es el sistema retributivo de los empleados públicos a lo largo de la UE. Partiendo del contexto actual nacional, se está poniendo énfasis en la desigualdad retributiva actual entre los funcionarios españoles, sobre todo en función de la Administración donde prestan sus servicios o bien en función del puesto de trabajo en comparativa con el sector privado.

Partiendo del primer argumento, la realidad es que cuanto más esté descentralizada la Administración, más retribución se percibe. Esta es una cuestión paradójica, ya que las Administraciones Locales, en mayor medida las capitales de provincia, perciben un mayor salario por los mismos puestos de trabajo y funciones equiparables. Esto no es una cuestión baladí, sino que debe abordarse desde un estudio comparativo que señale existela razón de esta diferencia y por qué no existe una tabla de equivalencias a nivel estatal. Y es que, como bien se observa, la principal diferencia radica en los complementos específicos, ya que el salario base y el complemento destino está recogidos en los Presupuestos Generales del Estado con carácter básico.

Así, como explica algún autor, “El solapamiento retributivo en los niveles bajos correspondientes al subgrupo A1, que se comprueba en algunas comunidades autónomas y en la AGE, muestra un deficiente diseño de las necesidades de la organización, una escasa definición del análisis y de las relaciones

de puestos de trabajo, así como de la política de gestión de personal en general. No hay que olvidar que en esos niveles se sitúan una buena parte del grupo A. El efecto de esta situación no puede ser otro que la confusión y la desmotivación que pueden verse agravadas por la concurrencia en un mismo puesto de trabajo en los niveles superiores de más de un subgrupo de titulación. De esta manera, el desempeño de un mismo puesto de trabajo no se corresponde con una retribución igual por los complementos manejados en este estudio”. (Arenilla y Llorente 2022, 151). Como se puede observar, carece de sentido que, en la actualidad, existan y se sigan manteniendo estas situaciones. Gran parte de la problemática funcional y de su prestigio radica en políticas de recursos humanos de las distintas Administraciones que ni modifican como se debiera las relaciones de puestos de trabajo, ni en muchos casos están interesados en reformarlas. Si en las Administración Públicas se requiere atraer talento, sobre todo el talento objetivo, alejado de servilismos políticos o nepotismos marcados por redes clientelares se debe abordar una profunda e integral reforma que elimine radicalmente este tipo de prácticas que siguen vivas en multitud de Administraciones.

Analizando el trabajo de Arenilla se señala que: “existe una gran dispersión de los abanicos salariales retributivos, desde el 1,86 en el Ayuntamiento de Bilbao y el 1,88 en la Comunidad Autónoma del País Vasco hasta el 5,78 en la AGE. El resto de los casos estudiados se mueve entre el 3,19 y 3,83, salvo las diputaciones que presentan un abanico más estrecho. ... La conclusión no puede ser otra, a la luz de los datos expuestos en la investigación realizada, que la responsabilidad no está bien compensada, lo que justifica la movilidad entre algunas Administraciones y el blindaje retributivo en la élite administrativa de algunas de ellas”. Lo que es lo mismo, sólo esto favorece la carrera administrativa vertical basada en una politización de la misma, y no de la profesionalización del puesto de trabajo. Buen estudio realiza también, por su parte, Peters (2010, 18) sobre la politización de la Administración partiendo de las causas que lo fomentan.

Parece especialmente interesante y significativa en este punto, una reciente noticia, donde se indica que los grupos más altos de la Administración desde todos los niveles territoriales prefieren prestar sus servicios en el Ayuntamiento de Madrid, indicando que “entre los principales resultados obtenidos en el estudio hay que destacar que las retribuciones de los complementos de destino de las Administraciones vascas y del Ayuntamiento de Madrid son superiores al resto; la AGE es la que presenta un mayor abanico salarial si se tienen en cuenta el complemento de destino y el complemento específico de los puestos; la moda, la media y la mediana de estas retribuciones muestra un valor inferior para los cuerpos de la AGE; finalmente, el promedio obtenido de estos complementos para cada uno de los niveles de los puestos revela que los funcionarios de la AGE perciben una menor

remuneración... Este hecho podría facilitar, por ejemplo, la fuga de talento de los funcionarios de carrera de los cuerpos superiores de la AGE al Ayuntamiento de Madrid” (Arenilla, Llorente y Redondo 2023, 40).

Esta falta de equiparación y discriminación salarial “puede suponer una importante descapitalización profesional e intelectual, así como la pérdida de talento y de empleados públicos que disponen de una amplia formación y de capacidades y competencias precisas para cubrir puestos de trabajo de carácter directivo en sus respectivas Administraciones públicas” (Arenilla, Llorente y Redondo 2023, 40). Pagar más o menos por un mismo puesto de trabajo en diferentes Administraciones provoca desigualdad y desincentivación en el empleo público. Todos estos estudios parecen predecir un descenso de la calidad directiva pública sino se aúpan los esfuerzos suficientes para profesionalizar la función pública.

Respecto al segundo argumento, también es evidente la discriminación salarial al y el descontento funcional generalizado, respecto al ámbito retributivo en términos comparativos con el sector privado, donde a medida que se asciende en la categoría profesional funcional se hace más notoria la variación salarial con sus homólogos privados, llegando en ocasiones hasta duplicarse por cinco las retribuciones con una menor gestión presupuestaria. La toma de medidas en este punto merece un especial análisis y consideración. Por ejemplo, si observamos la mayoría de excedencias por interés particular se dan en mayor medida en los niveles A1 de las Administraciones.

En una perspectiva comparada con la UE, los funcionarios que objetivamente consigan objetivos y resultados, son promocionados a un grado más alto<sup>5</sup>, y, por lo tanto, reciben un aumento en el salario. Por lo general suelen pasar de tres a seis años en cada grado. Y, como curiosidad, la evaluación del desempeño abarca un proceso anual de evaluación y promoción del funcionario en su carrera profesional. A tenor de la desarrollada carrera profesional de los funcionarios europeos, cfr. Casado García-Hirschfeld (2015, 82) dispone que los asistentes pueden convertirse en administradores, si su evaluación lo respalda, y si han aprobado un examen de calificación a través de promoción interna equiparable al sistema español denominado proceso de certificación.

## VII. LA MOVILIDAD ADMINISTRATIVA; UNEJE OLVIDADO DEL EMPLEO PÚBLICO

Otro pilar básico muy poco desarrollado, incluido a nivel nacional es la movilidad administrativa. En la actual regulación interna española, el

<sup>5</sup> Categorías de Personal de la Unión Europea. Enero 2025. Oficina de Selección de Personal. <https://eu-careers.europa.eu/es/eu-careers/staff-categories>

TREBEP hace referencia casi anecdótica a la movilidad administrativa, marcando pautas generales pero sin desarrollar elementos clave de la misma que deja a decisión de cada una de las Administraciones, dejando en muchas ocasiones, con falta de regulación o regulación muy obsoleta el futuro de muchos funcionarios y empleados públicos, lo cual no favorece ni la motivación ni el incentivo de estos, ni en el mejor de los casos, la transformación del empleo público.

Volviendo al concepto de movilidad administrativa, las Administraciones deben dejar su estancamiento continuo y fomentar la movilidad interadministrativa en su más amplio concepto, incluyendo experiencias profesionales, ya sea mediante concursos o mediante comisiones de servicio con experiencias profesionales en otras administraciones públicas a lo largo de la UE o incluso dentro del territorio nacional. Ciertamente, está en auge las experiencias de cooperación técnica internacional, como el programa de Experto Nacional Destacado de la UE y la Representación Permanente de España en la UE. Para ser honestos, una evolución a este tipo de medidas requiere un cambio de mentalidad de los dirigentes políticos, ya que en la mayoría de las ocasiones, la solicitud de este tipo de programa es visto más como un perjuicio para la propia administración que como un gran beneficio. Se debe recordar como punto de inflexión las ventajas que este tipo de programas tienen no sólo con los funcionarios sino con su institución de origen.

La Administración Pública del futuro, según señala Ramió (2017, 382): “debe responder a un gran cambio organizativo y a la implantación de una agenda de nuevos valores que va más allá de clamar por la innovación o la equidad social e incluye valores como: la sostenibilidad, la salud, la vigilancia ante la corrupción, la transparencia y rendición de cuentas (no solo para las Administraciones públicas sino también para las empresas), el fomento del aprendizaje, la coherencia política, la igualdad de género, la sostenibilidad intergeneracional, el big data, la regulación equilibrada, la identidad digna o la privacidad personal”. En definitiva, lo que propone es un diseño organizativo basado en unidades centrales de carácter político y de inteligencia, formada por los nuevos funcionarios públicos de origen político pero con conocimientos sobre gestión pública, valores públicos e inteligencia estratégica y los directivos públicos profesionales; en segundo lugar, parques logísticos de servicios públicos, parecidos a parques industriales o ciudades corporativas o campus universitarios, donde se organicen por sectores de políticas y servicios públicos agencias públicas independientes.”

No le falta razón en su planteamiento, ya que los funcionarios públicos son y deben seguir siendo un pilar básico de cualquier Administración que fomente como principios básicos el respeto a los derechos humanos, la garantía de un Estado social de bienestar y la prevención del fraude y la corrupción pública.

Con el objeto principal de fomentar la movilidad interadministrativa entre funcionarios intracomunitarios, en concreto, a través de nuestra Administración Pública española se está intentando incentivar este tipo de movilidades a través de diversos órganos e instrumentos. En primer lugar se analiza el trabajo constante de la Representación Permanente de España ante la UE, a través de la Unidad de Apoyo para la presencia de españoles en las Instituciones UE, conocidamente comúnmente bajo su acrónimo UDA, quien desarrolla principalmente actividades de información sobre oportunidades de empleo y prácticas profesionales diversas en la administración de la UE, de orientación para la mejor preparación de los procesos selectivos y de gestión de los programas dirigidos a los empleados públicos españoles dispuestos a trabajar temporalmente en las Instituciones.<sup>6</sup> Todo ello, facilitar a través de la divulgación e información las posibilidades de empleo y vacantes en la Unión Europea. Esto se complementa con el trabajo de las Oficinas de las Comunidades Autónomas a través de seminarios especializados etc. Si bien es cierto, tienen su misión divulgativa más orientada a la ciudadanía propiamente dicha que a los funcionarios y sus posibilidades en las instituciones europeas.

Tras esto, es necesario abordar otro instrumento utilizado como son los Convenios para los intercambios de funcionarios donde las movilidades interadministrativas de los empleados públicos se realizan no a instituciones o agencias comunitarias sino a administraciones nacionales de otros estados miembros de la UE. El instrumento utilizado son los convenios, sin embargo, más que una labor que deben realizar las administraciones nacionales, debería ser una labor propia de coordinación y ejecución común por parte de la Comisión Europea, ya que se debe recordar la competencia de apoyo y complemento en materia de cooperación administrativa. Si se analiza este tipo de proyectos de manera específica, el Ministerio de Función Pública indica que actualmente, España tiene firmados convenios para el intercambio de funcionarios con Reino Unido y Suecia<sup>7</sup>. Sin embargo, solo hacen referencia y son aplicables a la Administración Estatal. El objeto de intercambio puede realizarse por cualquier Departamento o Agencia mediante la correspondiente firma de un acuerdo previo sobre el puesto o cometido adecuado y sobre la persona idónea para desempeñarlo. Respecto a la limitación temporal, los intercambios podrán tener una duración de entre dos y seis meses, en términos generales. En términos más específicos, en concreto, Suecia donde en el 2007 se firmó un memorándum de entendimiento entre la Agencia Sueca

---

<sup>6</sup> Funciones de la REPER. Consulta realizada en marzo 2025. <https://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/EspanaUE/es/TrabajarenUE/Paginas/TRABAJA-RENLAUE.aspx>

<sup>7</sup> Datos analizados y obtenidos en la web del Ministerio de Función Pública. Marzo de 2025. Disponible en: <https://funcionpublica.digital.gob.es/funcion-publica>

para el Desarrollo Administrativo y el Ministerio de Administraciones Públicas de España.<sup>8</sup> Además de otro concepto muy interesante para el sector público y aún poco abordado como es la cooperación técnica internacional.

## VIII. A TENOR DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Para finalizar el presente artículo, antes de analizar las conclusiones, es preciso aludir a dos conceptos que pueden desempeñar y agregar valor añadido a esta reforma de los empleados públicos y que deben tenerse en cuenta. La primera es la buena administración y, en segundo lugar, la inteligencia artificial. Para ello, y de manera más global, se analiza la perspectiva de la UE y su influencia en las mismas.

En primer lugar, la buena administración regulada en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE es y debe ser un modelo a seguir por todas las Administraciones que existen a lo largo de la UE. No sólo como referente, sino como pilar básico que garantice una Administración con derechos y obligaciones que respete también, como no podía ser menos, los derechos de los ciudadanos. En definitiva, son las Administraciones las que prestan los servicios públicos a los ciudadanos, incluyendo implícitamente una nueva codificación de normas relativas al procedimiento administrativo a nivel europeo en forma de Reglamento, y así armonizar criterios a lo largo dicho procedimiento en función del Estado miembro que se trate. En palabras de Fuentetaja, el “derecho a la buena administración reconocido en la Carta constituye el fundamento material de una norma general de procedimiento administrativo para la Administración europea...”. Fuentetaja Pastor (2008, 152). Se trataría de una gran reforma que lleve aparejada una revolución de la Administración pública en sus dobles vertientes: el procedimiento administrativo y sus empleados públicos.

Por otra parte, la revolución de la inteligencia artificial va a afectar a las Administraciones Públicas. Esta es una cuestión notoria, y ciertamente la Inteligencia Artificial se está consolidando como un pilar básico de transformación del sector público. Esto tiene como finalidad y objetivo ofrecer alternativas de mejora en la eficacia en el cumplimiento de objetivos, la eficiencia en la asignación y la utilización de procesos productivos, un aumento de acierto y objetividad en la toma de decisiones y la prestación de servicios públicos de manera más dinámica y ágil. Además, la UE también ha dado pasos firmes y grandes en materia de IA con la nueva regulación de la misma

---

<sup>8</sup> Datos analizados y obtenidos en la web del Ministerio de Función Pública. Marzo de 2025. Disponible en: <https://funcionpublica.digital.gob.es//funcion-publica/organos-colaboracion/relaciones-internacionales/movilidad-internacional.html>

a través del último Reglamento publicado. Y a medida que la tecnología avanza, la implantación de la IA en todos los ámbitos, ya sea económico, social, cultural o administrativo se hace más evidente y necesaria. Las Administraciones Públicas están inmersas en un proceso continuo de exploración y adopción de mecanismos de IA para abordar desafíos complejos y proporcionar servicios más efectivos a los ciudadanos siempre con un denominador común como es el de prestar dicho servicio público al servicio de los intereses generales. Circunstancia que no debe pasar por alto, ya que es el fin último de toda Administración.

Atendiendo a casos prácticos de reciente actualidad, una cuestión relevante es la automatización de procesos administrativos como pilar fundamental de revolución administrativa, no aplicable únicamente al procedimiento administrativo común *per se*, sino al total de procesos administrativos. Aplicando esto, junto a lo analizado a lo largo del artículo, puede ser introducidas ciertas técnicas de la IA a los procesos selectivos, con una clara tendencia a la objetivación de las mismas que limite la discrecionalidad técnica y que de manera profunda agilice la tramitación y procesos.

Otra técnica IA, utilizada es la mejora del proceso de toma de decisiones basada en el procesamiento y bases de datos. Los algoritmos pueden realizar combinaciones absolutamente complejas que ayuden a complementar las decisiones administrativas.

Otro campo que abarca y en el que se está invirtiendo en gran cantidad es el ámbito de la salud Pública. Los recientes acontecimientos han provocado numerosas investigaciones en la materia para ayudar a los directivos y personal sanitario a minimizar riesgos durante la pandemia como, por ejemplo, a través de procesos que incluyen la personalización del tratamiento, donde supone un aumento de la efectividad en el tratamiento del paciente, además de una rebaja significativa en el coste de los tratamientos al abordar de manera individual y personalizada. Además, se ha dado espacio a una técnica innovadora como es la telemedicina, ya consolidada en el sector privado pero que también está en proceso en el sector público.

## IX. CONCLUSIONES

- A lo largo del estudio se ha realizado un análisis del empleo público desde una perspectiva comparada de la función pública española teniendo como punto de referencia las instituciones europeas. No se buscaba con ello más que ofrecer una visión individual de cada una de ellas, con sus aciertos y desventajas, en ningún caso con la intención de crear una dicotomía entre una y otra. Se pretendía una visión integradora de ambas, avanzando hacia una reforma real de las Administraciones Públicas y comenzando con el pilar más básico que es sus empleados públicos.

- Las reformas legislativas han supuesto parches a problemas innatos de la función pública, sin suponer una auténtica reforma de avance en el empleo público que acabe con un problema intrínseco de la Administración. Quizá sería injusto afirmar que no se han realizado esfuerzos en mejorar la Administración, pero sin lugar a duda estos han sido claramente insuficientes.
- La clara deriva del empleo público hacia un estancamiento burocrático y la politización del mismo obligan a llevar a cabo una reforma del empleo público hacia procesos selectivos más ágiles, objetivos y adaptados a los puestos de trabajo a través del sistema de oposición, el cual es el más idóneo por su objetividad y meritocracia, pero adaptando las pruebas selectivas a las funciones, aptitudes y competencias del puesto a desarrollar.
- Por ello, la UE y su influencia en el empleo público es algo a tener en cuenta en ese proceso de transformación de la UE como Administración y también en la de cada Estado Miembro. Y, ciertamente, este proceso no es que sea algo voluntario o que deje margen de reforma en un intervalo a medio plazo, sino que se debe abordar con celeridad dados los acontecimientos mundiales que están aconteciendo. Sin embargo, tampoco hay que pasar por alto los intentos de reforma que se han realizado por distintos gobernantes y que han dado resultados infructuosos. Si bien es cierto es que es una cuestión compleja, como señala el estudio de la propia Administración realizado *ad hoc* “a pesar de realizarse no pocas apuestas modernizadoras y diferentes ensayos de reforma del empleo público en nuestro país (cuyo paradigma hasta ahora inacabado en su desarrollo ha sido el Estatuto Básico del Empleado Público), el empleo público en España sigue ofreciendo muchos rasgos propios de un sistema burocrático de factura clásica. Es decir, con muy escasa cultura de gestión de resultados; baja productividad; bolsas de ineficiencia; una deficiente inversión en temas organizativos; una carencia prácticamente absoluta de una dirección pública profesional; una escasa o nula penetración de la cultura de la evaluación del desempeño; unos sistemas de encuadramiento de los funcionarios públicos de factura decimonónica; sistemas de selección de trazado muy tradicional y con contenidos escasamente predictivos; unos deficientes sistemas de carrera profesional anclados en premisas alejadas de las propias competencias de los empleados públicos; y, en fin, un sistema retributivo injusto que retribuye igual por el desempeño de tareas diferentes<sup>9</sup>”.

<sup>9</sup> Memoria final del grupo de investigación para el estudio del empleo público del INAP de 2009-2011. Disponible en: <https://www.inap.es/documents/10136/1687400/MemoriaINAP2011.pdf/8ddf728c-6619-2cb2-e181-64745ca1ecd1>

- La europeización<sup>10</sup> de las Administraciones nacionales que se ha comentado a lo largo del artículo, “es la manera en que las instituciones de la UE construyen una cultura común, teniendo en cuenta las diversas nacionalidades de sus propios funcionarios y la diversidad de las sociedades de los Estados miembros. Demuestra cómo la Comisión muestra su europeidad e ilustra las tensiones entre las identidades europea y nacional. La atención se centra en el desarrollo de entendimientos interculturales, el proceso de hibridación que está surgiendo en las instituciones de la UE y la progresiva europeización de las elites nacionales.” Bellier (2000, 153). Lo cual, en suma, supone un cambio de paradigma de las Administraciones a lo largo de la UE. Esto no supone una reforma absoluta de las Administraciones en todos sus términos y características, pero sí una adaptación de sus estructuras organizativas y una ampliación de sus procesos administrativos de selección, movilidad administrativa, etc... que requerirán en el menor de los casos reformas legislativas de sus Estatutos públicos. Esto es algo que coincide con los estudios doctrinales de los expertos en la materia cuando señalan, como problema intrínseco de la Administración, las estructuras y supresión de duplicidades. En palabras de Vidal Prado y Delgado Ramos (2017, 45) “dado el fuerte cuestionamiento de que fue objeto, una de las reformas estructurales de mayor calado que se debía acometer era la de las Administraciones Públicas, en un doble sentido: el de la racionalización de estructuras y supresión de duplicidades y el de la reducción en el número de empleados públicos. Ello sin olvidar las relativas a la reducción de cargas administrativas y el impulso de la Administración Electrónica, concebida esta última como un instrumento para modernizar la eficacia y la eficiencia de la acción administrativa.»”
- Por ello, la Administración y sus dirigentes deben abogar por una transformación del concepto de la función pública y avanzar hacia tendencias innovadoras y transformadoras adaptadas a un contexto internacional dinámico y flexible.
- También se aboga por la profesionalización y no politización de la figura del directivo público profesional, ya que, en definitiva, supone el

<sup>10</sup> A medida que cada vez se hace evidente un desplazamiento del globalismo como movimiento geopolítico característicos de estos últimos años hacia un modelo unilateral, proteccionista y nacionalista del mundo geopolítico. La Unión Europea está en un dilema, no exento de complejidad, de avanzar en su propia organización *sui generis* hacia un modelo de Unión Europea con más competencias y relevancia a nivel estructural, que le dote de una fuerza y estructura relevante para consolidar su posición hegemónica en la geopolítica actual. Y para ello, se debe comenzar con una tendencia a la europeización de la Administración Pública y de sus empleados públicos.

límite fronterizo entre las decisiones técnicas y el ámbito político. No puede haber un reforzamiento del empleo público sin las consolidación e importancia de esta figura. Esto es algo en lo que se coincide en la mayoría de estudios.

- Otra cuestión de valoración necesaria es la técnica de evaluación del desempeño como modo de incentivación los empleados públicos, ya regulada pero no puesta en práctica. La mayoría de actores sociales siempre que sea en sentido positivo están de acuerdo con ponerla en funcionamiento, pero sigue habiendo reticencias.
- A esto, le siguen el fomento, impulso e incentivación de la movilidad administrativa nacional y europea y la cooperación internacional técnica. Una circunstancia que no se puede obviar es la globalización del mundo a la vez que su división en bloques geopolíticos estratégicos, por todo esto, supone un factor decisivo que los empleados públicos tengan un papel técnico importante en la toma de decisiones globales, y esto tiene su base en la movilidad administrativa interdepartamental. Ya se sabe que realizar eficazmente sus funciones es la principal finalidad de los funcionarios públicos, pero ésta, se realiza de mejor manera a través de un conocimiento profundo y especializado. Para ello, la obtención de una perspectiva comparada desde otras organizaciones públicas es necesaria y conveniente en la ejecución de las propias políticas públicas.
- A esto se le añade la revolución administrativa internacional en materia de IA y la adopción de cuestiones europeas, reguladas y consolidadas jurisprudencialmente como es el derecho de buena administración.
- Es preciso añadir la importancia de la uniformidad de criterios en torno al empleo público, donde la descentralización administrativa e institucional produce desequilibrios en la función pública, ya sea en los sistemas retributivos, ya sea en oportunidades de promoción. Esto es algo que verdaderamente debe ser modificado en aras de garantizar un empleo público sólido, uniforme, con garantías para sus empleados y para los administrados, que, en resumidas cuentas, son los que reciben los servicios públicos. Por lo tanto, descentralización no puede ni debe suponer discriminación.

En definitiva, del análisis realizado en el presente artículo, y en relación con una evolución inmediata del empleo público, se puede señalar que la evolución del empleo público es muy necesaria en este contexto temporal en el que nos encontramos. Se ha podido observar a través del análisis realizado que la europeización de las Administraciones Públicas ha pasado de ser una idealización de la función pública a una necesidad perentoria donde la jurisprudencia evolutiva del TJUE influye directamente en nuestro empleo público y donde muchas de las políticas ejecutadas por la Comisión en

Bruselas afectan directamente a la vida administrativa nacional. Y esto ha producido un aumento de consideración de instrumentos administrativos como la movilidad administrativa intercomunitaria como una prioridad estratégica de las Administraciones, ya sea a través de proyectos específicos en la materia o a través de Convenios con otras Administraciones. Por lo que en aras de garantizar una modernización de las Administraciones Públicas y de sus empleados se deben acometer reformas en estos apartados descritos, de lo contrario estaremos perpetuados en un sistema administrativo obsoleto abogado al continuismo burocrático e inoperante.

## X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arenilla Sáez, M. y Delgado Ramos, D. (2019). “Una nueva función pública que fortalezca la confianza en las instituciones públicas.” *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 16, pp. 36-53 <https://doi.org/10.47623/ivap-rvpgp.16.2019.03>
- Arenilla Sáez, M. y Llorente Márquez, J. y Redondo Lebrero, J.C. (2022). “Las retribuciones de las Administraciones públicas españolas. Un estudio de su equidad interna.” *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma* Nº18. <https://doi.org/10.24965/reala.11120>
- Arenilla Sáez, M. y Márquez, J. y Redondo Lebrero, J.C.R. (2023). “Las retribuciones de las Administraciones públicas españolas. Un estudio comparado.” *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (33), 24-43 <https://doi.org/10.24965/gapp.11043>
- Bellier, I. (2000). A Europeanized elite? An anthropology of European Commission officials. *Europeanization*. Brill, 135-156. [https://doi.org/10.1163/9789004333369\\_008](https://doi.org/10.1163/9789004333369_008)
- Casado García-Hirschfeld, M. (2015). *Función Pública de la Unión Europea: (auto) Regulación Institucional* INAP. Madrid.
- Fondevila Antolín, J. (2017). *Un empleo público objetivo y eficaz*. Tesis Doctorales. Universidad de Alicante. Disponible en <http://hdl.handle.net/10045/98988>
- Fuentetaja Pastor, J.A. (2013). *Pasado, presente y futuro de la función pública*, Civitas/Thompson Reuters, pp. 64
- Fuentetaja Pastor, J.A. (2008). “El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.” *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1(15), 137-154. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12534>
- Fuentetaja Pastor, J.A. (2002). “Las reformas de la Administración y de la Función Pública comunitarias”. *Revista de derecho de la Unión Europea*. 3.143-178. Disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12360>
- Gil Blázquez, Á. (2024). “Innovación en materia de selección del personal empleado público en el ámbito local.” *Documentación Administrativa*, 13, 71-94. <https://doi.org/10.24965/da.11456>
- Güemes, C. (2018) y Ramió, C. (2017). “La administración pública del futuro (horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la Información.” *Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad*, (14), 379-384. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4178>

- Jiménez Asensio, R. (2018). “Repensar la selección de empleados públicos. Momento actual y retos de futuro”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. N.º Extra 2, 2018, pp. 8-29. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/6560618>
- Jiménez Asensio, R. (2021). “El (inaplazable) relevo generacional en las Administraciones públicas: desafíos en un entorno de revolución tecnológica y de crisis fiscal como consecuencia de la pandemia de 2020”. *Anuario De Derecho Municipal*, (13), 85-131. Disponible en: <https://www.revistasmarcialpons.es/anuarioderechomunicipal/article/view/inaplazable-relevo-generacional-en-las-administraciones-publicas>
- Massey, A. (2004). Modernisation as Europeanisation: The impact of the European Union on public administration. *Policy Studies*, 25(1), 19-33. <https://doi.org/10.1080/0144287042000208215>
- Moratinos Echevarría, J. L. (2022). “¿ Es el momento de cambiar el sistema de acceso a la función pública?: una alternativa integral al actual sistema de oferta de empleo público.” *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (23), 114-127. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvvgp.23.2022.06>
- Peters, G., B. Pierre, J. (2010). Capítulo 1. La politización de la función pública: concepto, causas, consecuencias. *La politización de la función pública en una perspectiva comparada*, INAP, Madrid. Disponible en <https://www.inap.es/documents/10136/1722765/PagInicia-La%2520politizacion-de-la-funcion-publica.pdf/95e23e24-8b47-426f-9403-9b1a57e5763c>
- Sarrión Esteve, J. “La Administración Pública ante la primacía y efectividad del derecho de la unión europea.” *Revista Estudios de Deusto*. Vol. 68/2, julio-diciembre 2020, pp. 231-255. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp231-255](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp231-255)
- Vidal Prado, C. y Delgado Ramos, D. (2017). “La reforma de las Administraciones Públicas y el Estado Social en la crisis económica (2012-2015)”. *Gestión y análisis de políticas públicas*. 17. INAP. pp.45 <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i17.10400>



# **Jurisprudencia**



INVESTIGACIÓN EXHAUSTIVA Y EFICAZ Y  
DERECHO A LA VIDA. ANTE LA FUTURA  
RESOLUCIÓN DEL CASO TARAJAL EN EL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL TRAS EL AUTO 338/2023<sup>1</sup>

*Effective investigation and right to life. Facing the upcoming  
resolution of the Tarajal case by the Constitutional Court  
after Order 338/2023*

Desislava Dimitrova  
Investigadora predoctoral  
Universidad de Málaga. España  
<https://orcid.org/0000-0002-3927-4872>

<https://doi.org/10.18543/ed.3335>

Fecha de recepción: 05.02.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

**Resumen**

Análisis desde el Derecho Constitucional español y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes. Contenido del ius ut procedatur y su posible desplazamiento a la resolución motivada de la Audiencia Provincial que acuerda el archivo de una causa, previo

---

<sup>1</sup> Esta publicación es parte del proyecto de excelencia “La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (IUSGÉNE-SIS)”, ProyExcel\_00457 del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) – Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía, y del proyecto de I+D+i “La génesis de nuevos derechos fundamentales en el constitucionalismo global” PID2021-126875OB-I00R, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ “FEDER Una manera de hacer Europa”.

acuerdo de su apertura por el Juzgado de Instrucción. Perspectiva procesal y material del derecho a la vida a través del TEDH y su posible alcance en el Tribunal Constitucional en relación con delitos de lesiones u homicidios consecuencia de acciones u omisiones cometidas por agentes dependientes del Estado. Estudio de las aristas a través del asunto Tarajal y las posibles vías interpretativas a la luz del ATC 338/2023, de 3 de julio.

### ***Palabras clave***

Investigación exhaustiva y eficaz, Derecho a la vida, Doctrina Constitucional, Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Inmigración.

### ***Abstract***

Analysis of the prohibition of torture through the Spanish Constitutional Law and the doctrine of the European Court of Human Rights. Essence of the *ius ut procedatur* and its possible transfer to the resolution of the Audiencia Provincial that agrees to the file of a case, prior agreement by the Juzgado de Instrucción to its opening. Procedural and substantive perspectives of the right to life through the European Court of Human Rights and its possible impact in the Constitutional Court in relation to homicides resulting from actions or omissions committed by agents dependent by the State. Study of the edges through the Tarajal case and the possible interpretative paths in light of the ATC 338/2023, of July 3.

### ***Keywords***

Effective investigation, right to life, Constitutional doctrine, doctrine of the European Court of Human Rights, Immigration.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. ASUNTO TARAJAL. III. ADMISIÓN A TRÁMITE DEL ASUNTO TARAJAL EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. IV. INVESTIGACIÓN EFICAZ: CUESTIONES PRELIMINARES. V. DERECHO A LA VIDA: DIMENSIÓN PROCESAL Y MATERIAL VI. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL CASO TARAJAL. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El 6 de febrero de 2014 catorce personas murieron ahogadas en la playa de Tarajal en la frontera entre Marruecos y España. Nueve de los cuerpos aparecieron el mismo día en Marruecos y los otros cinco en Ceuta en los días sucesivos. Estos hechos motivaron la apertura de una causa penal a instancia de varias asociaciones contra los agentes de la Guardia Civil que actuaron aquel día y a quienes se imputaban, entre otros, los delitos de homicidio imprudente y denegación de auxilio. La Audiencia Provincial de Cádiz acordó el sobreseimiento libre de la causa tras la resolución del juzgado de instrucción que acordaba la apertura del juicio oral. El Tribunal Supremo archivó definitivamente el caso tras un recorrido de casi diez años.

Este caso nos dará la oportunidad, pasados más de diez años desde que tuvieron lugar los hechos, de analizar la relación entre el concepto “investigación exhaustiva y eficaz” y el derecho a la vida. En el contexto de una época de desconcierto en la política migratoria europea, el estudio viene motivado por la admisión a trámite por parte del Tribunal Constitucional del recurso de amparo presentado por las asociaciones que componían la acusación popular, que establecen en sus alegaciones un vínculo entre el derecho a la vida e integridad física y la investigación llevada a cabo por parte de las autoridades. Este enfoque es un ya asentado estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”), quien establece una doble vertiente de estos derechos, procesal y material, entiendo que el derecho a la vida puede ser vulnerado desde sus dos dimensiones al no darse una investigación exhaustiva. Con el Auto 338/2023, de 3 de julio, el Tribunal Constitucional admitía a trámite la causa Tarajal, que abre la posibilidad a un pronunciamiento sobre este último extremo: si bien ya ha decidido sobre la relación entre la investigación suficiente y el derecho a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes acunada por el TEDH, es esta la primera ocasión en que el derecho que se denuncia como vulnerado en conexión con la investigación insuficiente es el de la vida. Además, se planteará si es posible aplicar los parámetros constitucionales ya establecidos sobre el *ius ut procedatur* a los casos en los que lo que se cuestiona no es la suficiencia o no de la investigación llevada a cabo por el juzgado de instrucción, sino la motivación

de la resolución de la Audiencia Provincial que deniega la apertura de la fase intermedia ya acordada, momento procesal que se da en este caso.

En este trabajo de estudio mayoritariamente jurisprudencial, estudiaremos la recepción de este tipo de asuntos en el TEDH, así como el avance del Tribunal Constitucional en la materia. En primer lugar, estudiaremos la jurisprudencia del TEDH donde se origina la relación entre la investigación exhaustiva y eficaz y la vulneración del derecho a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes en su dimensión procesal y, consecuentemente, la recepción del Tribunal Constitucional de esta interpretación hasta la actualidad. Expondremos entonces las dimensiones procesal y material del derecho a la vida y cómo el TEDH las ha interpretado en asuntos de personas que murieron intentando llegar al territorio de un país en un contexto de la actuación de sus autoridades. Pondremos estas cuestiones en relación con el caso Tarajal para analizar las posibles vías interpretativas en el pronunciamiento pendiente del Tribunal, atendiendo también al voto particular suscrito por dos de los magistrados con el que cuenta el auto por el que se admite a trámite el recurso.

## II. ASUNTO TARAJAL

### 1. *Hechos*

Como ya adelantamos en la introducción de este trabajo, el asunto Tarajal se inició con la muerte de catorce personas migrantes en un intento de llegar a la costa española desde Marruecos. Dieciséis agentes de la Guardia Civil fueron investigados por un delito de homicidio por imprudencia grave con resultado de muerte previsto y penado por el art. 142 CP y un delito de denegación de auxilio previsto y penado en el art. 412.3 CP.

Se empleó material antidisturbios –145 pelotas de goma y 15 botes de humo– en el perímetro fronterizo tratando de disuadir a las personas y frustrar su intento de acceder al territorio español. El caso dio lugar a una serie de pronunciamientos que abrían y cerraban la causa, que expondremos sucintamente a continuación.

### 2. *Pronunciamientos sobre la causa*

Iniciada la causa, los materiales que se tomaron en consideración por el juzgado de primera instancia e instrucción fueron dos. El primero de ellos, el informe que elaboró la ONG Ca-minando Fronteras con el apoyo de peritos médicos forenses, fue valorado por el juzgado de primera instancia e instrucción como una interpretación subjetiva y concluyó que tanto este como otro informe pericial presentado por la Asociación Coordinadora de Barrios para

el Seguimiento de Menores y Jóvenes *carecen de valor incriminatorio, siendo notoriamente insuficientes para sostener la continuación del procedimiento ni siquiera relacionándolos con el resto del material instructor (atesados, informes forenses, informes periciales, grabaciones, audios, declaraciones exculpatorias de los agentes...)*<sup>2</sup>. El otro material relacionado con la instrucción, *que ocupa un lugar privilegiado pero con valor limitado*, es una grabación aportada por la Guardia Civil con escasa calidad de las imágenes y ángulos de visión cuya gestión dependía del agente operador que se encontraba entonces de servicio. Se descartó toda duda de manipulación de estas grabaciones por un informe elaborado por la Policía Nacional<sup>3</sup>. En el FJ 8 de la sentencia, el juzgado consideró que no se observa indicio alguno para afirmar que los agentes hicieron uso inadecuado del material antidisturbios, *máxime cuando no existe un protocolo que regule la utilización de dicho material en el medio acuático*. Se acordó el sobreseimiento provisional de la causa por los delitos de homicidio y lesiones imprudentes y sobreseimiento libre de la causa por delito de prevaricación.

Contra esta resolución se presentó recurso de reforma –que fue a su vez desestimado por auto del día 12 de diciembre de 2015– con los motivos que posteriormente recoge la resolución de la Audiencia Provincial sección nº6 de Ceuta previo recurso de apelación<sup>4</sup>: *no se había agotado la actividad instructora, estando pendiente de practicarse las diligencias, por lo que no cabía ordenar el sobreseimiento, debiendo postergarse cualquier decisión al respecto hasta que se hubiesen practicado*. Se alegaba que *nada se había hecho para identificarlos y averiguarlos [a los supervivientes que dieron su testimonio], el no agotamiento de todas las vías de investigación en el seno de delitos contra la vida, la integridad física y la integridad moral de ciudadanos sometidos a una relación de especial sujeción con las fuerzas de seguridad del Estado, constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de investigación oficial suficiente y efectiva (...)*. Entre las pretensiones de las tres asociaciones se interesaban las siguientes en relación con el examen forense de los cuerpos: no haber sido realizados estudios químico-toxicológicos que podrían evidenciar la inhalación de gases; tampoco un estudio histopatológico; como tampoco han sido realizadas las autopsias conforme a lo establecido en los Protocolos del Instituto Nacional de Toxicología, entre otras. Se acordó llevar la causa como diligencias previas en procedimiento abreviado, pues no se identificó a dos de las personas muertas ni tampoco se esperó respuesta por parte de Marruecos en relación a la petición de auxilio

<sup>2</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº6 de Ceuta, de 15 de octubre de 2015.

<sup>3</sup> *Ibid.* FJ 6.

<sup>4</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Ceuta (sección 6ª), de 12 de enero de 2017, H5.

judicial que les fue remitida. *Se partió, por lo tanto, no de unas diligencias indagatorias que, una vez ordenadas, han devenido imposibles de realizar exitosamente por una u otra razón, lo que puede ocurrir, lógicamente, y justificaría que se pusiera término a la causa si no hubiera de continuarse con las investigaciones, sino de que no se tenía certeza de que pudiera culminarse o, al menos, si se haría en un plazo más o menos cercano* (FJ 8).

Se acordaron las diligencias de prueba por parte del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción sección 6 de Ceuta. A la Brigada de Extranjería de la Policía Nacional le fue encomendado oficio a fin de que informen sobre el posible paradero de las personas relacionadas con el inicial informe de la ONG Ca-minando Fronteras. A su vez, se intentó nuevamente el cumplimiento de la comisión rogatoria a Marruecos, remitiendo el Magistrado de Enlace de Marruecos oficio indicando que las autoridades marroquíes o bien no contestan, o bien invocan razones de soberanía nacional para no admitirlas. Hay dos pruebas testificales interesadas por las partes. Una, la propuesta por la Abogacía del Estado, en la persona de un señor que trabajaba en un quiosco cerca del lugar de los hechos. De este testimonio no se dedujo comportamiento reprochable desde lo penal de los agentes de la Guardia Civil. La otra prueba testifical, interesada por una de las asociaciones, era la declaración por videoconferencia de dos personas que decían ser testigos presenciales y víctimas del incidente, que en aquel momento se encontraban en un estado administrativo irregular en Alemania. Mediante providencia dictada por el mismo juzgado se interesó a la Guardia Civil para que investigara si existe constancia del paso de los dos testigos por territorio español. Resultado de esta labor de investigación, se concluyó que no había constancia de que estas dos personas hayan pasado por territorio español en la fecha correspondiente o una cercana. Por todo ello, se acordó el sobreseimiento libre y archivo de la causa<sup>5</sup>.

Contra esta última resolución se presentó recurso de apelación interpuesto por el grupo de asociaciones que consideraban *no ajustada a derecho la valoración del Juzgado respecto de las pruebas que se han llevado a cabo y su negativa a practicar aquellas diligencias ordenadas y no realizadas y que se cerró en falso* el procedimiento<sup>6</sup>. También reclamaron que haya quedado descartada *sin motivación alguna* la posibilidad de que los dos testigos residentes en Alemania arriba referenciados presten declaración mediante videoconferencia. La Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes interpeló que el oficio sobre el paradero de los

<sup>5</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (Sección 6ª), de 26 de enero de 2018.

<sup>6</sup> Auto de la Audiencia Provincial sección de Ceuta (Sección 6ª), de 30 de agosto de 2018, FJ 1.

dos testigos no tuvo que ser llevado por la Guardia Civil, como fue el caso, sino por la Brigada de Extranjería de la Policía Nacional. También fueron invocadas aquí las vulneraciones de los artículos 2 y 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 15 de la Constitución Española. El Tribunal resolvió ordenando la continuación de la causa como diligencias previas del procedimiento abreviado: al descartar la práctica de la prueba testifical *sin haberse realizado el más mínimo intento de oír a los testigos propuestos y admitidos*, se atentó contra el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales.

Mediante Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº6 de Ceuta se acordó continuar con la causa en lo referente a los posibles delitos de homicidio por imprudencia grave con resultado de muerte y por delito de denegación de auxilio; y se decretó el sobreseimiento provisional respecto las lesiones y sobreseimiento libre en relación al delito de prevaricación que se imputaban<sup>7</sup>.

A raíz del recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra esta última resolución, se decreta el sobreseimiento provisional de la causa por la aplicación de la “doctrina Botín” al no personarse acusación particular ni haber presentado acusación el Ministerio Fiscal<sup>8</sup>.

Contra el auto que acuerda el sobreseimiento provisional de la causa respecto a la totalidad de los investigados por los delitos de homicidio imprudente y denegación de auxilio presentaron recurso todas las partes. El capitán de la Guardia Civil, los investigados, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, en tanto que pedían el sobreseimiento libre de la causa; y la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes, la Asociación Observatori de Drets Humans, Asociación Sociedad Humana y Asociación Pro-Derechos Humanos de España, que insistían en la apertura del juicio oral. La Audiencia Provincial<sup>9</sup> dejó sin efecto el sobreseimiento provisional acordado por la instructora y acordó el sobreseimiento libre del delito de homicidio imprudente y delito de denegación de auxilio.

Contra esta última resolución se interpuso recurso de casación por parte de las cuatro asociaciones. Las alegaciones se basaron en dos motivos: primero, al amparo de los artículos 852 LECrim y 5.4LOPJ por infracción del art. 15 CE en relación con el art. 24 CE y 2 CEDH; y, segundo, al amparo del art. 849.1 LECrim, la infracción por inaplicación indebida de varios artículos del Código Penal. Puesto que el procedimiento fue iniciado con anterioridad

---

<sup>7</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (Sección 6ª), de 24 de septiembre de 2019.

<sup>8</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (Sección 6ª), de 29 de octubre de 2019.

<sup>9</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Ceuta (Sección 6ª), de 27 de julio de 2020.

a la reforma procesal que tuvo lugar en 2015, el asunto no era susceptible de casación. Así, el recurso fue desestimado al ser la norma que permitía su interposición posterior a la apertura del procedimiento<sup>10</sup>.

### III. ADMISIÓN A TRÁMITE DEL ASUNTO TARAJAL EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional admitió mediante auto del 3 de julio de 2023<sup>11</sup> el recurso de amparo 5165-2022 promovido por la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes, la Asociación Pro-Derechos Humanos de España y la Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Como adelantamos, la especial trascendencia constitucional concurre porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina y porque el recurso puede dar ocasión para aclarar o cambiar su doctrina. El auto cuenta con un voto particular discrepante suscrito por dos de los magistrados. Anticipada la admisión a trámite, veamos a continuación lo que conocemos por lo expuesto por la demandante.

#### 1. *Vulneración del derecho a la vida y a la integridad física en su dimensión procesal y material*

Los demandantes alegan una lesión al derecho de la vida en su dimensión procesal, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y argumentando la analogía en el caso con lo establecido en relación con el artículo 2 del Convenio relativo al derecho a la vida, recogido en el art. 15 de la Constitución Española en su dimensión procesal. En base a las exigencias derivadas de los arts. 2 y 3 CEDH, la demanda enumera seis motivos: 1) La ausencia de una *verdadera y genuina actividad probatoria*; 2) la no apertura del juicio como imposibilidad de practicar la actividad probatoria; 3) insuficiencia de motivación; 4) la existencia de un *deber de motivación reforzado* por estar la muerte de las personas posiblemente vinculada a la actuación de las fuerzas de seguridad del Estado; 5) la valoración de la actividad de investigación se hizo sin ponderar el contexto en el que se dieron las muertes y el interés constitucional de conocer la verdad acerca de los hechos y sin emplear todos los medios posibles para reprimir y sancionar las violaciones del derecho a la vida; 6) por producirse la decisión de sobreseimiento libre en el

<sup>10</sup> STS 2095/2022 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de mayo de 2022.

<sup>11</sup> Tiene aquí cabida mencionar que el recurso fue admitido a trámite por providencia de 27 de junio de 2023, rectificando posteriormente el Tribunal –a través del mismo auto– el error material, dejando dicha providencia sin efecto.

marco de una instrucción que *denota una renuencia al esclarecimiento de los hechos* y que *fue desarrollada por los mismos agentes a los que se les imputaban los hechos*.

Dicho en otras palabras, lo que alegan las asociaciones demandantes es que la resolución por la que se acuerda el sobreseimiento libre incumple la obligación de proporcionar una investigación exhaustiva y eficaz. Dicho incumplimiento no se debe en sí a la insuficiencia de la instrucción, sino al impedimento judicial de poder desarrollar la actividad probatoria una vez concluida esta fase.

## 2. *Concurrencia de la especial trascendencia constitucional*

Son tres los argumentos que presenta la demandante para justificar la existencia de la especial trascendencia constitucional. En primer lugar, el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre la que no hay doctrina en el sentido de que la relación entre los arts. 15 y 24.1 CE presenta en este caso una singularidad al (i) referirse a la terminación anticipada de un proceso en relación con un derecho sustantivo como es el derecho a la vida, que no cuenta aún con un concreto parámetro de control de constitucionalidad del deber reforzado de motivación, y (ii) al producirse, en su caso, la lesión procesal invocada al impedir la apertura del juicio oral. Ambos presupuestos son inéditos en la jurisprudencia constitucional. En segundo lugar, el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar su doctrina en vista de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien sí se ha pronunciado sobre asuntos parecidos atendiendo tanto a la dimensión procesal como a la material del derecho en cuestión. En tercer lugar, el asunto tiene una relevancia más allá del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica, al tener relevancia en *la política de control migratorio en relación con determinados accesos irregulares a territorio español, que están provocando ciertas actuaciones de las autoridades españolas*<sup>12</sup>.

El Tribunal aprecia que concurre la especial trascendencia constitucional a razón de los dos primeros motivos alegados, sin pronunciarse sobre el tercero.

## 3. *Voto particular*

Una arista relevante a la que atender es el voto particular formulado por dos de los magistrados, que discrepa de la admisión del recurso de amparo

<sup>12</sup> Auto del Tribunal Constitucional 338/2023, de 3 de julio de 2023.

por dos motivos: (i) la ausencia de lesión del *ius precedatur* y (ii) la falta de trascendencia constitucional.

El primer extremo discute que se haya producido lesión del *ius precedatur* porque, explican, no existe un derecho a obtener condenas penales, la resolución judicial está motivada y la asociación demandante no es titular del derecho a la vida. En segundo lugar, aprecia la falta de especial trascendencia constitucional por haber una incoherencia entre los dos motivos de admisión —o bien existe esa doctrina, o bien no existe—, pues ya existe doctrina suficiente sobre el alcance del *ius et procedatur*, como también en relación con el art. 3 del CEDH, fácilmente equiparable al caso. Finalmente, la demandante no alega una falta de investigación propiamente, sino se limita a mostrar su desacuerdo con la resolución de la Audiencia Provincial de Cádiz.

#### IV. INVESTIGACIÓN EFICAZ: CUESTIONES PRELIMINARES

##### 1. *Doctrina sobre la investigación eficaz en relación con delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*

La prohibición de la tortura es común tanto a los ordenamientos internacionales como nacionales. Para hacer posible esta garantía es necesaria una prohibición objetiva que abra, a su vez, la puerta a la reclamación subjetiva de la víctima (Canosa Usera, 2018). El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “CEDH” o “el Convenio”) es de los pocos preceptos contenidos en este texto que no incorpora en su redacción excepciones en su cumplimiento, es decir, es una prohibición de carácter absoluto. La importancia de la protección del individuo frente a los comportamientos lesivos prohibidos por este artículo supone no solo la sanción de los hechos, sino impone además la realización de una investigación efectiva y eficaz cuando hubiese duda razonable de haber sido cometidos. En virtud del art. 10.2 CE, el canon europeo ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional y la prohibición de torturas y tratos degradantes en España ha sido interpretada en consonancia con el estándar de las obligaciones procesales positivas derivadas del artículo 3 del Convenio.

##### 1.1. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Iniciaremos este sucinto recorrido jurisprudencial con el TEDH, cuya interpretación al matizar el concepto “investigación eficaz” desembocará en la doctrina constitucional de nuestro Tribunal. Esta dimensión procesal del derecho a no sufrir torturas y tratos inhumanos o degradantes se concibió originariamente en relación con el derecho a la vida, posteriormente aplicado también en casos que versaban sobre el artículo 3 CEDH (Queralt Jiménez,

2013). Comenzamos con el asunto *Martínez Sala y otros c. España*<sup>13</sup>. El caso versó sobre la denuncia de una manifestante que alegaba haber sido golpeada, empujada y humillada por agentes de la policía. El Tribunal declaró entonces la vulneración del art. 3 del Convenio (prohibición de torturas) en su aspecto procesal al no haber sido llevada a cabo una investigación exhaustiva y eficaz por parte de las autoridades competentes en tanto que no identificaron ni interrogaron a los policías implicados como tampoco evaluaron adecuadamente la proporcionalidad de sus acciones respecto a la demandante.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la dimensión procesal del art. 3 del Convenio ha quedado, desde entonces, consolidada. Así, en el asunto *B.S. c. España*<sup>14</sup>, la demandante reclamaba haber sufrido lesiones y haber recibido insultos por parte de dos agentes de la Policía Nacional en varias ocasiones. Llevado el caso por la vía penal, finalmente se acordó el sobreseimiento de la causa por no aparecer debidamente justificada la perpetración de un delito. El TEDH consideró que se había dado una violación del art. 3 del Convenio en su aspecto procesal, al no haber sido lo suficientemente profundas y efectivas las investigaciones. Concretamente, indica: (...) *cuando un individuo afirma, de manera defendible, haber sufrido, por parte de la policía o de otros servicios similares del Estado, malos tratos contrarios al art. 3, esta disposición (...) requiere, por implicación, que haya una investigación oficial efectiva. (...) Si no fuera así (...) sería, en la práctica, ineficaz por lo que sería posible a los agentes del Estado, pisotear los derechos de los sujetos sometidos a su control, disfrutando de una cuasi impunidad en algunos casos* (§40). La demandante había solicitado la práctica de varias pruebas para poder identificar a los policías que estaban de servicio en los dos días en que ella sufrió las lesiones. Ante ello, los juzgados de instrucción competentes se limitaron a solicitar informes de la Dirección General de la Policía y *se basaron, exclusivamente, en el informe de ésta para decidir el sobreseimiento* (§43). Tampoco tomaron en consideración los informes médicos proporcionados, quedando como un extremo que ni los juzgados de instrucción ni la Audiencia Nacional investigaron de una manera correcta. *Los elementos contenidos en estos informes justificaban la investigación de los hechos por parte de las autoridades judiciales* (§45). Además, tampoco se dio lugar a identificar ni oír a los testigos que habrían asistido a los altercados (§46).

En el asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*<sup>15</sup>, el TEDH declaró que se había vulnerado el art. 3 del Convenio en ambos aspectos

<sup>13</sup> STEDH, de 2 de noviembre de 2004, asunto *Martínez Sala y otros c. España*.

<sup>14</sup> STEDH, de 24 de julio de 2012, asunto *B. S. c. España*.

<sup>15</sup> STEDH, de 13 de febrero de 2018, caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*.

material y procesal, por primera vez desde el asunto *Iribarren Pinillos c. España*<sup>16</sup>. Los dos demandantes alegaron haber sido arrestados por miembros de la Guardia Civil, que les golpearon, insultaron y amenazaron. El TEDH determinó que la investigación debe ser lo suficientemente extensa como para permitir que se tome en consideración el conjunto de circunstancias del caso y que, además, debe ser exhaustiva (§88); que es el conjunto del procedimiento el que debe cumplir con la prohibición establecida en el art. 3 del Convenio. *De esta manera, las instancias judiciales internas no deben en ningún caso mostrarse dispuestas a dejar impunes los atentados a la integridad física y moral de las personas* (§89).

## 1.2. Doctrina constitucional

La idea contenida en el artículo 3 del Convenio se desprende también del art. 15 de nuestra Carta Magna: *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. (...)*. Como dijimos al inicio de este apartado, es consecuencia del artículo 10.2 CE que la interpretación efectuada por el TEDH se integre dentro de los preceptos constitucionales. En los casos en los que se alega su vulneración por el hecho de considerar insuficiente la investigación de la instructora y, por tanto, estando el asunto en el seno de un proceso judicial, no podemos sino hablar del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>17</sup>, y no propiamente y de manera autónoma del derecho a no sufrir torturas. Así, la insuficiente investigación por parte de los órganos judiciales de unos tratos que supuestamente fueron sufridos por una persona supone una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el art. 15 CE. Al tratarse de un derecho fundamental especialmente garantizado, un derecho fundamental sustantivo, es doctrina constitucional que las resoluciones judiciales que incidan en su contenido han de cumplir un canon de motivación reforzado. El art. 15 CE exige agotar todas las posibilidades razonables de investigación que resulten útiles para aclarar los hechos. Dentro de las consecuencias de integrar al art. 15 CE la obligación de una investigación eficaz se encuentra quizás *el mensaje que de este modo se haría llegar a instituciones públicas y particulares* (Montesinos Padilla, 2018).

<sup>16</sup> STEDH, de 8 de enero de 2009, caso *Iribarren Pinillos c. España*.

<sup>17</sup> Es relevante aquí mencionar que existen otras teorías que justifican la lesión a través del propio art. 15 CE. Siguiendo la interpretación del TEDH, el Ministerio Fiscal ha mantenido en la mayoría de los asuntos que se trata de una vulneración del art. 15 CE en la vertiente procesal. Sobre la posición mantenida por el Ministerio Fiscal, *vid.* Villalibre Fernández (2012).

Entre otras, el Tribunal Constitucional ha acogido la interpretación establecida por el TEDH en el asunto *Martínez Sala y otros c. España*, entendiéndose que (...) *cabe apreciar la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el art. 15 CE cuando, rechazando las alegaciones y peticiones de diligencias presentadas, los órganos judiciales no investigan suficientemente unos malos tratos supuestamente infligidos con ocasión de la custodia policial de una persona*<sup>18</sup>.

Así, en la STC 224/2007, de 22 de octubre, declaró la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 15 CE en un caso en que el informe médico del servicio de urgencias difería del posteriormente elaborado por el forense en el seno de un proceso judicial iniciado por las alegaciones de unos malos tratos supuestamente sufridos bajo custodia policial. El juzgado se había negado a practicar la pericial que hubiese aclarado el origen de las lesiones y pudo haber sido practicada con facilidad. Así, rechazó de manera incongruente y en ausencia de motivación la solicitud del ahora demandante para practicar la prueba solicitada.

En el asunto abordado por la STC 34/2008, de 25 de febrero, el Tribunal apreció la vulneración del mismo derecho, aunque se inició la investigación judicial y tuvo cierto recorrido, porque se clausuró cuando aún existían sospechas razonables acerca de la comisión de los hechos. Dice entonces el Tribunal que la tutela del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes *puede exigir así que se inicie o avance en una investigación allí donde quizás en otro tipo de supuestos podría advertirse una base insuficiente*<sup>19</sup>.

Según lo establecido en esta doctrina, podemos resumir los elementos esenciales para apreciar la vulneración de la tutela judicial efectiva en estos casos en lo siguiente: (i) se han denunciado unas agresiones que, de ser ciertas, alcanzarían la gravedad suficiente para ser considerados tratos inhumanos o degradantes; (ii) Si perviven en el momento de cierre de la instrucción sospechas razonables de la comisión de estos hechos; (iii) si existían aún medios razonables y eficaces de investigación que pudiesen despejar las sospechas. Por el contrario, estas exigencias no suponen la apertura de la instrucción en todo caso ni impiden su clausura temprana. Tampoco imponen la obligación de practicar todas las diligencias propuestas, pudiendo prolongar indebidamente el proceso.

Este mismo canon ha sido aplicado en numerosas ocasiones desde aquellos primeros pronunciamientos en casos de detenciones por agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad, supuestos especiales en los que es necesario acentuar las garantías por encontrarse el ciudadano provisionalmente bajo la

<sup>18</sup> STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 4.

<sup>19</sup> STC 34/2008, de 25 de febrero, F7.

custodia física del Estado<sup>20</sup>. El Tribunal Constitucional aplicó los mismos criterios en un asunto del ámbito de la violencia de género que abordó en la STC 87/2020, de 20 de julio. En este caso, una mujer había denunciado a su marido ante un juzgado de violencia sobre la mujer, que acordó el sobreseimiento provisional de las diligencias previas. El TC declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante porque la investigación se limitó a recoger la declaración de las dos partes del conflicto, obviando la realización de otras posibles diligencias *que, bien interesadas por las partes, bien deducibles de oficio, pudieran presentarse como idóneas a resultad de esos mismos testimonios*<sup>21</sup>.

La STC 53/2022, de 4 de abril, otorgó el amparo a un menor de edad que denunció haber sufrido lesiones tras ser atropellado por un furgón policial en el contexto de una manifestación. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH en *López Martínez c. España*, el Tribunal constató que no existió una investigación judicial suficiente de la conducta policial *en tanto no facilitó el adecuado esclarecimiento de los hechos denunciados*. Se había solicitado la declaración del perjudicado, y también el visionado de una grabación de vídeo que se aportó, pero esta prueba no fue atendida. Para acordar el sobreseimiento, el Juzgado de Instrucción atendió únicamente al informe policial elaborado por el propio cuerpo de policía al que pertenecía el agente implicado en el atropello del menor. Es más, el Tribunal Constitucional determina: *No se practicó por el órgano judicial diligencia alguna cuya génesis fuera ajena al cuerpo de policía afectado por la denuncia (...)*<sup>22</sup>.

Incluso, con la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha aplicado este criterio en casos de suicidios de personas que se encontraban bajo custodia de las autoridades<sup>23</sup> y denuncias de malos tratos que se dicen sufridos bajo custodia policial<sup>24</sup>.

Podemos resumir los aspectos esenciales de esta doctrina en tres puntos: (i) Se exige un parámetro de control constitucional reforzado de las resoluciones que acuerden el sobreseimiento y archivo de la causa; (ii) el análisis sobre la suficiencia de la investigación judicial deberá hacerse desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, siendo importante atender a la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba en este tipo de delitos;

<sup>20</sup> Véase, entre otras, SSTC 34/2008, de 25 de febrero; 52/2008, de 14 de abril; 63/2008, de 26 de mayo; 69/2008, de 23 de junio; 107/2008, de 22 de septiembre; 123/2008, de 20 de octubre; 40/2010, de 19 de julio; 63/2010, de 18 de octubre; 131/2012, de 18 de junio.

<sup>21</sup> STC 87/2020, de 20 de julio, FJ 4.

<sup>22</sup> Por todas, STC 53/2022, de 4 de abril, FJ 4.

<sup>23</sup> STC 1/2024, de 15 de enero.

<sup>24</sup> SSTC 33/2024, de 11 de marzo y 35/2024, de 11 de marzo.

(iii) en los casos en los que un ciudadano se encuentra bajo la custodia física del Estado —como es estar bajo control efectivo de agentes de cuerpos y fuerzas de seguridad—, existe una especial exigencia de desarrollar una exhaustiva investigación en las denuncias relacionadas con el art. 15 CE.

Lo que debemos esgrimir de todas estas resoluciones, en resumen, sería, que, en el caso de en un procedimiento iniciado en virtud de una denuncia por tratos degradantes en el que concurra una sospecha razonable, se exigirá una investigación de lo denunciado que sea suficiente y efectiva —en los parámetros de cada caso— para entender que se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva. Este mandato exige también una motivación reforzada de la resolución que acuerde el archivo de la causa<sup>25</sup>. En relación con el alcance del fallo, en todas las resoluciones en que se ha apreciado la vulneración a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes se ha declarado la nulidad, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a aquel en que se produjo la lesión. Esto se debe a que la resolución absolutoria ha sido dictada en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las garantías procesales de las partes<sup>26</sup>.

### 1.3. Ius ut procedatur en la doctrina constitucional y la acción popular

Es preciso hacer unas breves consideraciones sobre alcance del *ius ut procedatur*, esto es, el derecho a la jurisdicción penal, o también, ejercicio de la acción penal. Este es concebido en los inicios del Tribunal Constitucional como una concreción del derecho a la tutela judicial efectiva y en virtud del cual se deben practicar las actuaciones necesarias de investigación *cuando la resolución judicial no excluya ab initio en los hechos denunciados las notas caracterizadoras de lo delictivo*<sup>27</sup>. Es doctrina constitucional consolidada que este no otorga a sus titulares un *derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal*<sup>28</sup>, como tampoco incluye el derecho a obtener una condena<sup>29</sup>, ni supone la apertura de la instrucción en todo caso, ni existe un derecho a la práctica ilimitada de diligencias de instrucción<sup>30</sup>. En

<sup>25</sup> Algunos casos en los que el Tribunal Constitucional ha considerado que las resoluciones judiciales impugnadas en este contexto respetan las exigencias de motivación son los abordados en las SSTC 63/2008, de 26 de mayo; 123/2008, de 20 de octubre; 182/2012, de 17 de octubre; y 12/2013, de 28 de enero.

<sup>26</sup> SSTC 215/1999, de 29 de noviembre; 12/2006, de 16 de enero.

<sup>27</sup> STC 148/1987, de 28 de septiembre.

<sup>28</sup> STC 176/2006, de 5 de junio.

<sup>29</sup> SSTC 157/1990, de 18 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 34/2008, de 25 de febrero; 26/2018, de 5 de marzo.

<sup>30</sup> SSTC 34/2008, de 25 de febrero; 63/2010, de 18 de octubre; 131/2012, de 18 de junio.

cambio, el titular del *ius ut procedatur* sí tiene el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho<sup>31</sup>. El derecho a la acción penal no es parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino una *manifestación específica del derecho a la jurisdicción*<sup>32</sup>.

Cuando la acción penal es ejercida a través de la acusación popular, se entiende de la misma manera y, a pesar de no ser las asociaciones titulares del derecho a la vida, sí pueden acceder al amparo constitucional (Díez-Picazo, 2008).

## V. DERECHO A LA VIDA: DIMENSIÓN PROCESAL Y MATERIAL

Si bien las quejas relativas a las resoluciones judiciales en el seno de procedimientos en los que se discute la investigación insuficiente han sido encuadradas en el derecho a la tutela judicial efectiva en nuestra doctrina constitucional, estimamos conveniente estudiar cómo ha abordado el problema el TEDH. Este ha ido reconociendo una doble obligación del derecho a la vida en sus aspectos procesal y material, dos dimensiones que expondremos a continuación.

### 1. Dimensión procesal

Las obligaciones procesales del art. 2 del Convenio fueron acunadas en el año 1995 con el asunto *McCann c. Reino Unido*<sup>33</sup>. El caso abordado versaba sobre tres ciudadanos británicos e irlandeses que fueron disparados en Gibraltar por agentes de las autoridades británicas en el contexto de un posible atentado terrorista. Entonces, el Tribunal recordó que la protección de los derechos humanos exige que los preceptos sean interpretados y aplicados de una manera que los haga efectiva. Insistía, que un precepto legal que se limite a prohibir la matanza por parte de los agentes del Estado carecería de efectividad si no existiese un procedimiento que examine la legalidad del uso de fuerza letal por parte de las autoridades del Estado. Dice entonces que para hacer efectivo el derecho a la vida es necesario llevar a cabo una investigación eficaz (§161).

La investigación insuficiente fue también juzgada en el asunto *Kaya c. Turquía*<sup>34</sup>. En este caso, el demandante alegaba que la muerte de su hermano

<sup>31</sup> Entre otras, SSTC 120/2000, de 10 de mayo; 12/2006, de 16 de enero.

<sup>32</sup> STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3.

<sup>33</sup> STEDH, de 27 de septiembre de 1995, asunto *McCann y otros c. Reino Unido*.

<sup>34</sup> STEDH, de 19 de febrero de 1998, asunto *Kaya c. Turquía*.

fue a causa de los disparos efectuados por soldados de las fuerzas de seguridad turcas. El Tribunal estimó la vulneración del artículo 2 CEDH en su vertiente procesal considerando, entre otras, que el informe forense estaba incompleto en el sentido de que obviaba elementos importantes, como es el número de balas que impactaron con la víctima ni la distancia desde la que fueron disparadas. La autopsia fue deficiente incluso para el caso de un homicidio legal, dejando demasiadas cuestiones importantes sin responder. El Ministerio Fiscal asumió, sin haber efectuado más indagaciones, que la persona era un terrorista que resultó muerto en un encuentro con soldados, tomando en consideración únicamente la versión de los hechos de estos últimos (§89). El Tribunal señala que las obligaciones positivas derivadas del artículo 2 CEDH no pueden ser desplazadas ni al tratarse de enfrentamientos armados violentos ni al darse una alta incidencia de muertes (§91).

En el asunto *Önerlyidiz c. Turquía*<sup>35</sup>, el Tribunal se pronunció sobre la muerte de nueve personas que fue provocada por una explosión de metano. Sus casas, situadas en el terreno que rodeaba un vertedero, fueron sepultadas por los desechos desprendidos. El Tribunal apreció la violación del artículo 2 CEDH en su dimensión procesal, indicando que *el procedimiento en su conjunto, incluida la fase de juicio, debe cumplir los requisitos de la obligación positiva de proteger vidas a través de la ley* (§95).

La obligación del Estado de llevar a cabo una investigación eficaz se aplica también en los casos en los que la vida del individuo está amenazada por los actos criminales de otros. Así, en el asunto *Belkiza Kaya y otros c. Turquía*<sup>36</sup>, el Tribunal apreció la violación del artículo 2 CEDH en su vertiente procesal en un caso en el que varias personas fueron disparadas mientras las autoridades policiales les llevaban a comisaría.

En el asunto *Leonidis c. Grecia*<sup>37</sup> se abordó el caso de una persona que, durante un intento de ser reducida tras haber escapado de las autoridades policiales, fue disparada accidentalmente por el arma de un policía que no llevaba el seguro, estaba cargada y no había sido guardada correctamente. Entonces el Tribunal confirmó la vulneración del derecho a la vida en su vertiente procesal y recordó que las circunstancias de la muerte son a menudo restringidas al conocimiento de las autoridades, condicionando todo el procedimiento y medios probatorios de las víctimas y sus familias a la investigación llevada a cabo (§67).

---

<sup>35</sup> STEDH, de 30 de noviembre de 2004, asunto *Önerlyidiz c. Turquía*. En este caso, se trataba de la muerte de varias personas y destrucción de bienes a raíz de una explosión de metano en el vertedero municipal de la ciudad. Los demandantes alegaron que las autoridades nacionales eran responsables de los hechos.

<sup>36</sup> STEDH, de 22 de noviembre de 2005, asunto *Belkiza Kaya y otros c. Turquía*.

<sup>37</sup> STEDH, de 8 de enero de 2009, asunto *Leonidis c. Grecia*.

En el asunto *Anna Todorova c. Bulgaria*<sup>38</sup>, se estableció que el art. 2 del Convenio no solo recoge los casos de muertes por el uso de fuerza de los agentes del Estado, sino refleja la obligación de los Estados miembros a tomar las medidas pertinentes para salvaguardar las vidas de quienes estén bajo su jurisdicción (*Todorova*, §72). Además, en este caso la investigación llevada a cabo no satisfizo las obligaciones pertinentes al demorarse por más de seis años y medio el asunto (§76) y no aparentaba *que las autoridades encargadas del procedimiento desplegaran esfuerzos razonables para reunir las pruebas y establecer los hechos* (§77). Sobre la demora en la investigación se pronunció también el Tribunal en el asunto *Igor Shevchenko c. Ucrania*<sup>39</sup>, donde estimó la violación al derecho a la vida por la prolongación excesiva de las diligencias, a menudo interrumpidas, tratándose de un asunto no complicado que pudo haber sido investigado de una manera más efectiva.

En suma, podemos definir a la investigación eficaz como la obligación del Estado de llevar a cabo una investigación oficial efectiva y eficaz en los casos donde se ha dado el resultado de muerte de personas bajo su jurisdicción. Como hemos visto, los casos en los que se ha aplicado este canon se han ido ampliando, pudiendo exigirse este aspecto procesal del derecho a la vida en situaciones en las que el uso de la fuerza no ha sido perpetrado por agentes del Estado (Chevalier-Watts, 2010). Es esta una obligación *ex officio* cuando se trata de una muerte violenta (O'Boyle, 2015), debiendo agotar las autoridades todos los medios a su alcance para esclarecer los hechos y asegurar la obtención de pruebas. Es importante señalar que este deber no conlleva la obligación de llevar a cabo todas las diligencias solicitadas por las víctimas o sus familias como tampoco se puede considerar exigencia derivada del artículo 2 CEDH el acceso al expediente de la investigación a lo largo de todo su desarrollo.

## 2. Dimensión material

En el auto por el que admite la causa Tarajal, el Tribunal Constitucional se refiere de forma expresa a la dimensión procesal del derecho a la vida contenido en el Convenio, y no a la material, sobre la que nunca se ha pronunciado<sup>40</sup>. Es este un aspecto que, no obstante, consideramos interesante abordar a continuación. Lo haremos a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este aspecto positivo del derecho a la vida en, entre otros, los asuntos *Osman c.*

<sup>38</sup> STEDH, de 24 de agosto de 2011, asunto *Anna Todorova c. Bulgaria*.

<sup>39</sup> STEDH, de 12 de enero de 2012, asunto *Igor Shevchenko c. Ucrania*.

<sup>40</sup> Auto del Tribunal Constitucional 338/2023, de 3 de julio de 2023, FJ5.

*Reino Unido*<sup>41</sup> y *McCann y otros c. Reino Unido*. Así, establece dos criterios base para apreciar su violación: (i) que las autoridades sabían o deberían haber sabido en ese momento de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o individuos; (ii) que no tomaron medidas en el ámbito de sus competencias que pudieran haber evitado ese riesgo. Además, en los casos en los que los hechos litigiosos quedan limitados al conocimiento de las autoridades, se invierte la carga de la prueba y corresponde a éstas demostrar que la muerte no le es imputable al Estado y no al demandante probar lo contrario (Casadevall, 2012).

Trabajaremos esta dimensión desde dos asuntos del TEDH recientes y en los que se abordaban casos relacionados con personas migrantes: *Safi y otros c. Grecia*<sup>42</sup> y *Alhowais c. Hungría*<sup>43</sup>.

## 2.1. Safi y otros c. Grecia

El 20 de enero de 2014 una pequeña barca de pesca que llevaba 27 personas a bordo se hundió, causando la muerte de once de ellos en el mar Egeo. El accidente se produjo en frente de la isla de Farmakonisi, Grecia, en el contexto de una actuación de los guardacostas quienes intentaron remolcar el barco. Las personas que sobrevivieron denunciaron que las muertes de sus familiares (los demás pasajeros) se debían a la intervención de los guardacostas, y que, además, no fueron tomadas medidas de rescate para salvar a los pasajeros del barco pesquero. El Tribunal constató la violación del artículo 2 en su aspecto procesal, artículo 2 en su aspecto material, y artículo 3 del Convenio. Dejaremos fuera del ámbito de este estudio lo respectivo al artículo 3, limitándonos a decir que el Tribunal apreció esta violación por el trato que algunos de los demandantes recibieron tras su llegada a la isla de Farmakonisi (§193-198). En lo relativo al aspecto procesal del artículo 2, nos encontramos con los ejes mantenidos en la jurisprudencia del Tribunal y ya expuestos anteriormente en este trabajo: (i) el Estado debe garantizar, por todos los medios a su alcance, una respuesta adecuada para que lo establecido por la ley con el propósito de proteger la vida sea efectivamente implementado (§115); (ii) el Estado tiene una obligación de medio y no de resultado, debiendo tomar las medidas razonables a su alcance para asegurar la obtención de pruebas (§118); (iii) el artículo 2 no impone a las autoridades la obligación de cumplir con cualquier solicitud de medidas de investigación que pueda presentar la víctima o un familiar cercano de esta durante la investigación (§125). No obstante, toma en consideración la solicitud de algunas

<sup>41</sup> STEDH, de 28 de octubre de 1998, asunto *Osman c. Reino Unido*.

<sup>42</sup> STEDH, de 7 de julio de 2022, asunto *Safi y otros c. Grecia*.

<sup>43</sup> STEDH, de 2 de febrero de 2023, asunto *Alhowais c. Hungría*.

pruebas no practicadas e insiste en el hecho de que el caso presenta aspectos muy complejos que solo pueden ser conocidos por las autoridades (§126). Además, las manifestaciones expresadas por los demandantes sobre los hechos no fueron atendidas y no se llevaron a cabo las vías de investigación necesarias, lo que comprometió su capacidad para aclarar las circunstancias del hundimiento (§127).

Ahora bien, centrémonos en el aspecto material del artículo 2. El Tribunal comienza recordando lo ya mantenido sobre la primera frase el artículo 2.1, explicando que el Convenio exige que el Estado no sólo se abstenga de *causar la muerte de manera intencional e irregular*, sino que también adopte las medidas necesarias para proteger la vida de las personas dentro de su jurisdicción (§149). Aclara, que esto no debe interpretarse en el sentido de imponer una carga *insoportable o excesiva a las autoridades* (§150). Especifica que, para concluir que existe una obligación positiva al respecto, *se debe establecer que las autoridades sabían o debían haber sabido en ese momento que un individuo específico estaba bajo amenaza real e inmediata y que no tomaron, dentro del marco de sus competencias, las medidas que, desde un punto de vista razonable, podrían considerarse capaces de mitigar este riesgo* (§150). Además, explica que es una exigencia del artículo 2 que en este tipo de casos deben tomarse en consideración no sólo los actos de los agentes estatales, sino también todas las circunstancias que los rodean, en particular su preparación y el control ejercido sobre ellos (§152). Recuerda el Tribunal el criterio de la “duda razonable”, en el sentido de que la prueba puede resultar un conjunto de indicios o de presunciones no refutadas que sean lo suficientemente serias, precisas y coherentes (§153).

Siendo esta la base jurisprudencial que el Tribunal establece, podemos esgrimir lo siguiente de su aplicación en el caso concreto:

En primer lugar, no es posible un pronunciamiento sobre algunos extremos en vista de la falta de pruebas suficientes para establecer algunos de los hechos (como es la alegación de los demandantes de haber sufrido el naufragio por un intento de devolución a la costa turca por parte de los guardacostas griegos). Esto se debe a una secuencia lógica de la precedente conclusión sobre el aspecto procesal del artículo 2 y el Tribunal subraya que *esta imposibilidad se debe en gran medida a la falta de una investigación exhaustiva y eficaz por parte de las autoridades nacionales* (§155).

Para solucionar el caso y pronunciarse sobre el aspecto material de un caso en el que ha habido insuficiencia de investigación, quedando algunos hechos no establecidos, el Tribunal examina la demanda en base a los hechos no controvertidos. Estos son, la llegada de los guardacostas al lugar donde estaba el barco pesquero, su hundimiento, la muerte de las personas, y la posterior actuación de las autoridades.

Así, indica el Tribunal que no puede esperarse que los agentes del Estado rescatasen con éxito a cualquier persona en peligro en el mar, recordando que se trata de una obligación de medios y no de resultado. No obstante, después de llegar al lugar, *los guardacostas tenían a su disposición un abanico de opciones en cuanto a las acciones que tomar* (§157). Insiste, el capitán y tripulación implicados en una operación así *deben tomar a menudo decisiones difíciles y rápidas en el contexto de tal operación y que, por regla general, estas decisiones caen dentro de la discreción del comandante. Sin embargo, al mismo tiempo es necesario demostrar que estas decisiones fueron inspiradas por el esfuerzo primordial de garantizar el derecho a la vida de las personas que se encuentran en peligro* (§158). Sabiendo estas autoridades del peligro en que se encontraban las personas, entre las que había mujeres y niños, el mal estado del barco pesquero y las condiciones meteorológicas desfavorables, nada explica la actuación de los guardacostas. Ni cómo planeaban poner a salvo a las personas trasladándoles a un barco que no estaba equipado con medios de salvamento, ni por qué no informaron a las autoridades competentes para enviar un barco más adecuado para una operación de salvamento, ni por qué insistieron en un segundo intento de remolque a pesar del pánico de los pasajeros que ya se notó la primera vez (§159-162). Si bien es cierto que la gestión de la situación era difícil, teniendo en cuenta las llegadas de refugiados por mar que estaban el aumento, y que las obligaciones derivadas del artículo 2 no pueden imponer una carga insoportable, el Tribunal constató que las autoridades no hicieron todo lo que razonablemente se podía esperar de ellas para ofrecer a los solicitantes y a sus familiares el nivel de protección requerido por el artículo 2 del Convenio (§163-166).

## 2.2. Alhowais c. Hungría

En un intento de cruzar la frontera entre Hungría y Serbia en barca, el demandante, su hermano y otras personas fueron interceptados por las autoridades húngaras. En esta situación, el contrabandista que operaba la barca la desvió y el demandante y su hermano decidieron intentar ir a nado hasta la orilla serbia. El hermano del demandante desapareció, posteriormente encontrado fallecido. El demandante alegó que los agentes de seguridad les habían tirado piedras; que las personas que iban en el bote quisieron entregar sus hijos a los agentes quienes en ese momento les tiraron gas lacrimógeno; y que, en un intento de devolver a los migrantes, los oficiales habían hecho uso de la fuerza. Insistía en la relación de causalidad entre la muerte de su hermano y la actuación de los agentes de seguridad. Aportados los testimonios de los pasajeros, estos coincidían con lo alegado por el demandante. Mientras tanto, el Gobierno alegaba que la muerte del fallecido se debió a su incapacidad de nadar y agotamiento. El Tribunal constató la violación del artículo 2

y 3 del Convenio en su aspecto material. Nos centramos en lo referente al aspecto material del artículo 2, limitándonos a mencionar que se estimó la vulneración del artículo 3 como consecuencia de la insuficiente investigación llevada a cabo por las autoridades por la que no se podía determinar si hubo uso de fuerza por parte de los policías.

Aplicando la doctrina sentada en el asunto *Giuliani y Gaggio c. Italia*<sup>44</sup>, el Tribunal explicó que, en ciertas circunstancias, cuando los eventos están en total o gran parte a disposición de únicamente las autoridades (como es el caso de muertes bajo su custodia), la carga de la prueba corresponderá a estas, teniendo que aportar *una explicación satisfactoria y convincente de las causas de la muerte de la persona detenida* (§106, 107), debiendo ser ellas quien refute las alegaciones hechas por el demandante aportando prueba sólida. Recuerda también el Tribunal que la ausencia de responsabilidad directa del Estado no supone que el artículo 2 no se aplique. Además, recuerda que se aplicarán estos principios en los casos en los que la actuación negligente ha llevado al resultado de muerte (asunto *Dodov c. Bulgaria*<sup>45</sup>). La obligación positiva de proteger el derecho a la vida variará según el caso y su contexto concreto y se aplica tanto en (i) presupuestos en los que las mismas autoridades han creado y autorizado la actividad que originó el riesgo (*Paşa and Erkan Erol c. Turquía*<sup>46</sup>); (ii) casos en los que es otro individuo quien actúa criminalmente; (iii) cuando uno atenta contra sí mismo (*Nicolae Virgiliu Tănase c. Rumanía*<sup>47</sup>). En el contexto de actuaciones policiales, el Tribunal debe analizar, atendiendo a las circunstancias de cada caso, si las autoridades actuaron con la diligencia apropiada para asegurar *que el riesgo de perder la vida es minimizado y que no fueron negligentes en la manera en que eligieron actuar* (§115). Además, *las operaciones policiales deben ser suficientemente reguladas por la legislación nacional, en el marco de un sistema de garantías adecuadas y efectivas, no arbitrarias y que no hagan uso de la fuerza intentando evitar los accidentes* (§115). El examen de las operaciones de salvamento se hará en distintos grados aplicados según el nivel de control ejercido por las autoridades (§116) y cada vez en que el Estado tome o autorice actividades peligrosas, deberá asegurar a través de un sistema normativo que el riesgo es reducido al mínimo (§117).

Establecida esta base interpretativa, el Tribunal estructura su análisis a través de los hechos indiscutibles, tal y como lo vimos en el asunto anterior. Así, los hechos no controvertidos entre las partes son, en suma, que el hermano del demandante se ahogó en la frontera tratando volver nadando desde Hungría hasta Serbia y que las autoridades estaban presentes.

<sup>44</sup> STEDH, de 24 de marzo de 2011, asunto *Giuliani y Gaggio c. Italia*.

<sup>45</sup> STEDH, de 17 de enero de 2008, asunto *Dodov c. Bulgaria*.

<sup>46</sup> STEDH, de 12 de diciembre de 2006, asunto *Paşa and Erkan Erol c. Turquía*.

<sup>47</sup> STEDH, de 25 de junio de 2019, asunto *Nicolae Virgiliu Tănase c. Rumanía*.

El Tribunal inicia su valoración constatando que el material aportado no puede confirmar que se haya hecho uso de la fuerza contra su hermano (el demandante refería que fue usado gas lacrimógeno, que fueron soltados perros en su búsqueda y fueron tiradas piedras sobre su hermano). Y esta imposibilidad de afirmar conclusión alguna en este aspecto depende en gran parte de la insuficiencia de la investigación llevada a cabo por las autoridades competentes (§123). El Tribunal insistió en que no puede determinar si la muerte del hermano del demandante fue provocada por la policía fronteriza, como tampoco puede afirmar que fue responsabilidad de las víctimas lo ocurrido (§125).

Seguiremos el análisis del caso llevado a cabo por parte del Tribunal que estructuramos en dos ejes. El primero (§127-129), que las autoridades conocían la peligrosidad del punto de cruce de ese río, también que había personas migrantes que intentaban cruzarlo y que las personas interceptadas estaban en el agua, donde eran aún más vulnerables. Queda esto confirmado por unos de los pasajeros, una familia iraquí, que fue rescatada del agua e hospitalizada por hipotermia, con uno de los niños en estado crítico. Además, cuando ocurrió el incidente las autoridades húngaras estaban llevando a cabo una operación de control de fronteras. Es más, fueron estas mismas quienes llevaron a cabo una actuación que puso en aún más peligro la vida de las personas. En definitiva, quedó confirmado que las autoridades tenían conocimiento pleno del riesgo real e inminente que los migrantes estaban afrontando y que era necesario proteger sus vidas.

Constatado esto, se debe estudiar si las autoridades hicieron todo lo posible para proteger la vida del hermano del demandante en estas circunstancias peligrosas (§131-145). Esta responsabilidad supone (i) la obligación de tomar medidas preventivas para evitar un riesgo real e inmediato sobre la vida sobre el que tenían o deberían haber tenido conocimiento; (ii) que las dificultades que el Estado pueda enfrentar gestionando el flujo migratorio no pueden justificar el uso de prácticas que no sean compatibles con el Convenio, a pesar de tener el derecho de controlar quién entra, reside y es expulsado de su territorio. Si bien los intentos irregulares de cruzar la frontera por parte de los migrantes es un desafío para el Estado que el Tribunal no ignora, es precisamente este hecho el que demuestra que las autoridades debieron haber tenido conocimiento sobre la llegada de personas a través de ese punto. Pues no se trataba de una situación excepcional ni espontánea, sino más bien rutinaria, bien conocida y que las autoridades tenían suficiente conocimiento para evaluar los peligros al intentar cruzar el río. A pesar de eso, no llevaron plan operacional alguno para asegurar la vida de las personas que llevaban a cabo esos intentos. Las autoridades no hicieron todo lo razonablemente posible para interceptar a las personas migrantes de una manera segura para evitar el riesgo por sus vidas del que tenían conocimiento, ni iniciaron una

operación de búsqueda y salvamento. Finalmente, y en cuanto a la muerte del hermano del demandante, el Tribunal concluye que no hubo gestión de la actuación en la que se priorizó el salvamento de la familia iraquí, ni esfuerzo alguno por localizar a la víctima.

## VI. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL CASO TARAJAL

Tras el recorrido jurisprudencial del TEDH sobre el derecho a la vida en sus vertientes procesal y material, y previo resumen del asunto Tarajal, abordaremos el problema constitucional del caso concreto para estudiar si es posible aplicar lo establecido. Si bien el encauce podría divergir (siendo nuestra doctrina construida a través de la tutela judicial efectiva puesta en relación con el derecho a la vida y valiéndose la europea de una doble dimensión de los derechos) es a través del art. 10.2 CE que el canon europeo puede ser integrado al nacional. En este sentido, no podemos obviar el diálogo fructífero entre los dos tribunales y la interpretación evolutiva de preceptos que ha dado lugar a sentencias revolucionarias (Casas Baamonde, 2024), adecuadas a las exigencias de la realidad social.

### 1. *Dimensión procesal del derecho a la vida*

De lo expuesto sobre la interpretación del TEDH de la dimensión procesal del derecho a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes y del derecho a la vida, podemos hacer varios apuntes sobre el asunto Tarajal. Haremos un examen preliminar de distintas aristas de la propia instrucción antes de llegar a la cuestión que nos atañe, esta es, el sobreseimiento de la causa en la Audiencia Provincial, una vez acordada la apertura del juicio oral. Este análisis nos permitirá exponer la razón de ser de todas las garantías previstas cuando se trata de vulneraciones graves de estos derechos, para después desembocar en el momento procesal que se discute. Si seguimos lo establecido hasta el momento por nuestra doctrina sobre la investigación eficaz en relación con tratos inhumanos o degradantes, debemos partir de las siguientes consideraciones: (i) lo denunciado alcanza la gravedad suficiente como para ser considerado delito contra la vida; (ii) pervivían en el momento de cierre de la instrucción sospechas razonables de la comisión de los hechos; (iii) existían medios razonables y eficaces de investigación que hubiesen podido despejar las sospechas.

Atendemos a varias diligencias. El informe forense (que entraba en contradicción con lo expuesto por los informes periciales aportadas por la acusación particular y en el que faltaba un análisis químico-toxicológico y un estudio histopatológico, entre otras cuestiones alegadas); la prueba testifical propuesta y no practicada; y las grabaciones aportadas por la Guardia Civil.

Sin entrar a valorar individualmente estos hechos, los pondremos en relación con lo hasta aquí expuesto.

En el caso abordado por la STC 224/2007, que también estudiaba la suficiencia del examen forense (aunque en el contexto de la alegación de tratos inhumanos o degradantes), el Tribunal decía *la denuncia inicial resultaba verosímil a la vista de las lesiones reseñadas en los informes médicos emitidos...*, y en el mismo sentido refería que la pericial solicitada y no practicada (...) *resultaba a todas luces pertinente para la indagación sobre el origen de las lesiones y podía practicarse con extrema facilidad*<sup>48</sup>. Como dijimos, el derecho al ejercicio de la acción penal no supone la práctica ilimitada de diligencias, pero sí la que resulte razonablemente adecuada para esclarecer los hechos. El órgano judicial debe motivar la denegación de las pruebas teniendo en cuenta que el contexto que se alega es de unos malos tratos comprendidos en el art. 15 CE que suponen la acen tuación en la protección del derecho a obtener una resolución motivada. Es sencillo aplicar estos criterios al derecho a la vida, contenido en el mismo artículo. En el plano europeo, vimos en el asunto *Kaya c. Turquía* que, para apreciar la vulneración del aspecto procesal del art. 2 CEDH, el Tribunal tuvo también en cuenta la insuficiencia del informe forense. Conviene entonces interrogarse si las diligencias de examen químico-toxicológico y estudios histopatológicos, entre otras, eran razonablemente adecuadas para esclarecer los hechos en el contexto de unas actuaciones en las que es hecho probado que fueron arrojadas 145 pelotas de goma y 15 botes de humo.

Otra prueba no practicada fue la solicitada por la acusación popular en relación con los testigos propuestos, limitándose las autoridades a afirmar que no había constancia de que estas hubiesen pasado por el territorio español en la fecha del incidente. Habría aquí que establecer si los testimonios de las personas que sobrevivieron al mismo incidente hubiesen aportado algo relevante para el esclarecimiento de los hechos.

En el procedimiento sobre la causa Tarajal se hacía referencia a una grabación aportada por la Guardia Civil con escasa calidad de imágenes, a pesar de tener las cámaras un campo de visión de 360 grados, estas dependían *de la manipulación que de las mismas haga el agente operador que en esos momentos se encuentre de servicio*. En el mismo sentido, de las imágenes aportadas de otra de las cámaras *no se puede extraer la forma en que fue lanzado el material antidisturbios por todos y cada uno de los agentes intervinientes, la distancia en la que impactó en el agua o si impactó sobre algún inmigrante. Es decir, de las imágenes no se deduce ningún atisbo de un uso*

<sup>48</sup> Por todas, Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº6 de Ceuta, de 15 de octubre de 2015, FJ4.

*imprudente del material antidisturbio*<sup>49</sup>. También en estos casos ha determinado el TEDH que la imposibilidad de constatar conclusión alguna sobre la comisión o no de los hechos depende en gran parte de la insuficiencia de la investigación llevada a cabo por las autoridades competentes (*Safi y otros c. Grecia* §126; *Alhowais c. Hungría*, §123). La omisión de datos relevantes en los hechos, como es la distancia desde la que fueron disparadas las balas, ha sido referida en, entre otras, *Kaya c. Turquía* (§89).

Con todo, lo dicho hasta aquí sería suficiente para concluir que había una duda razonable sobre los hechos en su conjunto. Pero este análisis preliminar, como adelantamos, es más bien referido al desarrollo de la instrucción, y no es esta la que nos ocupa ni sobre la que se pronunciará el Tribunal. Recordemos, que la vulneración que aquí se alega no nace en la interrupción de la instrucción, sino en el hecho de que, una vez concluida esta y acordada la apertura del juicio oral, la Audiencia Provincial acuerda el sobreseimiento de la causa.

La pregunta que debe resolver el Tribunal es, en suma, si puede la Audiencia Provincial acordar el sobreseimiento de una causa originada por una sospecha razonable de haber sido cometidos delitos contra la vida que hubieran sido perpetrados por agentes dependientes del Estado. En virtud de lo estudiado hasta el momento y todas las garantías expuestas en relación con el derecho a la vida y la investigación eficaz, sería ilógico dejar de aplicarlas llegado el punto del juicio oral. Mas al contrario, consecuencia de todas estas garantías, cabría exigir un canon reforzado de motivación para la resolución que ponga fin a un procedimiento cuando la instructora ya ha acordado la apertura para ser estos *derechos efectivos y no ilusorios* (Carrillo Salcedo, 2003). Ello no puede entenderse como una sustanciación incondicionada del proceso, sino una garantía que mediará en la resolución (que podrá acordar o no el sobreseimiento), siempre que cumpla con los requisitos del canon reforzado de motivación.

Si el propósito de la interpretación llevada a cabo por ambos tribunales es la protección de los derechos más allá de su mera literalidad, resultaría contradictorio disminuirlos a una resolución que, sin ir más allá y tras diez años de procedimiento<sup>50</sup>, impide la apertura del juicio oral.

## 2. Dimensión material del derecho a la vida

Lo que podemos esgrimir de los dos casos estudiados es, en primer lugar, que la ausencia de investigación suficiente en casos en los que son las

<sup>49</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº6 de Ceuta, de 15 de octubre de 2015, FJ6.

<sup>50</sup> La demora en el procedimiento ha sido declarada lesiva al derecho a la vida en su dimensión procesal en, entre otras, las ya citadas SSTEDH en los asuntos *Anna Todorova c. Bulgaria* e *Igor Shevchenko c. Ucrania*.

autoridades quienes pueden aportar información sobre lo ocurrido, determina en cierto punto la interpretación sobre la vulneración del aspecto material del derecho a la vida –así como del derecho a no sufrir torturas ni tratos degradantes–. Analizaremos los elementos comunes en estas resoluciones en relación con el caso Tarajal. Así, ambas parten, a pesar de las diferencias insalvables entre los relatos de las dos partes, de los hechos que no son controvertidos.

Para determinar cuáles son estos en el caso Tarajal, atendemos a lo que recoge la resolución de la Audiencia Provincial, siendo estos los siguientes:

*De lo actuado resulta indiciariamente que el seis de febrero de 2014, cientos de personas se lanzaron al mar con el propósito de llegar a España a nado y de entre ellas, quince fallecieron en la playa ceutí de El Tarajal, y un número indeterminado de otras resultaron lesionadas, mientras los agentes de la Guardia Civil investigados utilizaban material de dispersión para disuadirlos, disparando en consecuencia bolas de goma y botes de humo al mar en que nadaban, en defensa de las fronteras españolas (...)*<sup>51</sup>.

Sigamos lo pautado por el TEDH: Existe obligación positiva respecto al derecho a la vida si las autoridades saben o deberían haber sabido que un individuo estaba bajo amenaza real e inmediata y que no tomaron, dentro del marco de sus competencias, las medidas que podrían haber mitigado el riesgo desde un punto de vista razonable. Dicha obligación no puede imponer una carga insostenible o excesiva a las autoridades. Debemos determinar entonces, en primer lugar, si las autoridades tenían conocimiento del peligro en el que se encontraban las víctimas. El lugar donde tuvieron lugar los hechos es Tarajal, la playa situada en la ciudad autónoma de Ceuta, uno de los dos territorios, junto a Melilla, que el Reino de España tiene en el continente africano. Las fronteras de las dos ciudades son objeto de constantes intentos de entrada de personas migrantes, y este medio de entrada no es sorprendente ni inusual. En las resoluciones del asunto Tarajal se recoge en repetidas ocasiones este contexto, bien conocido tanto por los agentes que desempeñan sus funciones en la frontera, como por el Gobierno. Expresamente, recoge la sentencia de la audiencia provincial que hay un hecho incontrovertido, *que se produjo un intento de trasvasar la línea fronteriza bordeando por el mar el espigón donde termina la valla desordenada aglomeración que hizo intervenir en el lado marroquí a las fuerzas auxiliares (“mehanis”) quienes con el empleo de medios violentos y a base de pedradas y palos, consiguieron impedir el avance de unos cien, de manera que los otros aproximadamente doscientos, casi en su totalidad, se arrojaron al mar, en una evidente e incontestable auto puesta en peligro antes de que iniciara su actuación la Guardia Civil*

<sup>51</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (Sección 6ª), de 29 de octubre de 2019, FJ 3.

que se hallaba al otro lado de la frontera<sup>52</sup>. La resolución recoge también que el intento de rebasar la valla evitándola por vía marítima *se produjo en la oscuridad de la noche, por una aglomeración de personas con distintos niveles de experiencia en la natación, con indumentarias excesivas y no adecuadas, como se desprende de los informes de la autopsia, y con rudimentarios flotadores improvisados con botellas de plástico y cámaras neumáticas, en una evidente situación de ansiedad, después de haber caminado durante unas horas y corrido durante unos 25 minutos, tras superar una violenta contención realizada por las fuerzas marroquíes que también intentaban cerrarles el paso con una embarcación, y es en ese momento cuando se encuentran con una actuación de las fuerzas de seguridad españolas que, como no podía ser de otra forma, tenían que disponerse a cumplir con su deber de impedir el acceso de estas personas al territorio español*<sup>53</sup>. Es en todo caso contradictorio que en el mismo relato la sentencia recoja que las autoridades españolas tuviesen que *improvisar sobre la marcha con los medios de que disponían en ese momento*, cuando en el mismo fundamento jurídico se expone una serie de normativas que prevén el uso de material anti-disturbios en un medio acuático<sup>54</sup>. De todo esto podemos esgrimir que las autoridades españolas tenían el pleno conocimiento del riesgo real e inminente que las personas en el agua estaban afrontando y conocían la necesidad de tomar medidas para proteger su vida.

Constatado este primer punto, abordaremos el siguiente, que sería establecer si las autoridades satisficieron las obligaciones positivas del derecho a la vida, es decir, si tomaron medidas para proteger la vida de las personas en las circunstancias descritas, manifiestamente en riesgo.

Es importante recordar aquí la jurisprudencia relativa a la potestad de los Estados miembros de controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros de su territorio (*Hirsi Jamaa y otros c. Italia*<sup>55</sup>) y el hecho de que los problemas a los que se enfrenten las autoridades al gestionar los flujos migratorios no pueden justificar el uso de prácticas contrarias al Convenio

<sup>52</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (Sección 6ª), de 29 de octubre de 2019, FJ 4.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Se enumeran: “Artículo 12.1 B) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que atribuye expresamente a la Guardia Civil la custodia de las Fronteras, el Protocolo Operativo de Vigilancia de Fronteras, el Manual de Agrupación de Reserva y Seguridad (ARS) y la Orden de Servicio de la Comandancia de la Guardia Civil de Ceuta 15/2011 sobre protección del perímetro fronterizo”. A pesar de esto, es importante tener en cuenta aquí que en la primera resolución sobre el caso Tarajal, Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº6 de Ceuta, de 15 de octubre de 2015, FJ8, se dice: “(...) no existe un protocolo que regule la utilización de dicho material en el medio acuático.”

<sup>55</sup> STEDH, de 23 de febrero de 2012, asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*.

(*N.D.* y *N.T. c. España*<sup>56</sup>). Pues bien, en varios lugares de la resolución se recoge el uso de pelotas de goma y botes de humo como hecho no controvertido. Entre otros: *Ha de tenerse en cuenta que no disponían de medio físico alguno de contención específica de personas que irrumpían por mar, pero el uso del indicado material con disparos de salva, de pelotas de goma y de botes de humo, no hay indicios de que se encaminara a menoscabar la integridad física de los nadadores que habían logrado atravesar la línea fronteriza*<sup>57</sup>. Es cierto que el TEDH ha reconocido la dificultad de la toma de decisiones en este tipo de contextos y que estas, por regla general, caen dentro de la discreción de las autoridades. No obstante, también sentencia el Tribunal que *es necesario demostrar que estas decisiones fueron inspiradas por el esfuerzo primordial de garantizar el derecho a la vida de las personas que se encuentran en peligro*<sup>58</sup>. Resulta evidente que el uso de material antidisturbios en las condiciones ya señaladas (dirigido hacia un lugar en el que hay personas que van a nadar, de noche, en una situación vulnerable) y habiendo tantas personas en el agua, si no produjo es que había posibilidad de que produjese una puesta en peligro de la vida de estas personas. Lejos de un esfuerzo por garantizar el derecho a la vida, arriesgó, aún más su integridad.

En suma, si, en virtud de la tutela judicial efectiva, uno de los derechos de mayor calado de nuestra Constitución (Martín Diz, 2019), se ha reconocido la necesidad de llevar a cabo una investigación exhaustiva y eficaz en casos de alegaciones sobre torturas o tratos inhumanos o degradantes, resulta sencillo desplazar este canon a alegaciones sobre el derecho a la vida. Si el propósito mismo de la tutela judicial efectiva es asegurar la protección de los derechos fundamentales cuando la situación se vuelva amenazante para los derechos y libertades las personas (Borrajo Iniesta, 2008) es lógico que esta sea interpretada de una manera coherente para aportar la respuesta que se hace necesaria en la actualidad.

## VII. CONCLUSIONES

La oportunidad que se brinda al Tribunal Constitucional de establecer unos parámetros sobre el derecho a la vida consagrado en nuestra Constitución es también un desafío. Así, la doctrina sobre la investigación eficaz ya establecida por el Tribunal puede ser usada como puente para establecer las garantías procedimentales que deben regir la protección del derecho a la vida, consagrado por el mismo art. 15 CE; pero también dará lugar a una

<sup>56</sup> STEDH, de 13 de febrero de 2020, asunto *N.D. y N.T. c. España*.

<sup>57</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (Sección 6ª), de 29 de octubre de 2019, FJ 4.

<sup>58</sup> STEDH, de 7 de julio de 2022, asunto *Safi y otros c. Grecia.*, §157.

obligada matización de qué es la investigación exhaustiva y eficaz y cuál es su relación con el derecho afectado en nuestro ordenamiento jurídico.

Estas garantías se podrían establecer a través de la doble dimensión de los derechos del Convenio o desde la tutela judicial efectiva de nuestra Constitución, siempre y cuando el canon interpretativo de protección de los derechos fundamentales se mantenga el mismo. En todo caso, es necesario desplazar las exigencias reforzadas de la motivación de sentencias a este momento procesal preciso de sobreseimiento de la causa para hacer efectiva la protección hasta entonces asegurada. Estas garantías bien podrían incorporarse al *ius ut procedatur* o establecerse, simplemente, como una arista necesaria del derecho a la vida. Ambas vías posibilitan la protección de las garantías que le son inherentes.

La cuestión que aquí nos mantiene atentos es la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la dimensión material del derecho a la vida, no en el sentido de la búsqueda de una condena penal, sino en vista de la necesidad de proporcionar garantías preventivas que protejan la vida más allá de la persecución de los hechos, una vez cometidos.

No podemos ignorar, por último, la reflexión sobre cuáles serían las consecuencias de esta resolución en el caso concreto de la causa Tarajal. Hasta el momento, el alcance de todas las sentencias en las que se ha estimado una insuficiencia en la investigación ha supuesto la anulación de la resolución y la retroacción de las actuaciones judiciales. ¿Qué supondría reabrir la causa Tarajal, de estimarse las pretensiones de las demandantes? No podemos eludir otra cuestión polémica: según los hechos probados del caso, hubo 23 personas que fueron expulsadas a través de las denominadas “devoluciones en caliente” aquel día. ¿Se abrirá de nuevo el debate sobre estas prácticas? En este contexto de una Europa cada vez más reacia al acogimiento y una sociedad más consciente por el *Otro*, el intérprete supremo de la Constitución tiene la oportunidad de responder a una carencia candente en nuestro ordenamiento jurídico. Quizás, lejos de una condena penal, lo que se busca en el asunto Tarajal es la seguridad, o al menos intento, de que no se repita lo que ocurrió aquella noche. El hecho de que aún no se haya identificado a dos de las cinco personas cuyos cuerpos fueron encontrados en territorio español es lo suficientemente inquietante como para motivar una respuesta. Y, si bien estas pueden considerarse como cuestiones que no ocupan al Derecho, sí atañe al mismo la protección efectiva de sus preceptos. *No hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre*” (Tomás y Valiente, 1973).

## VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Borrajó Iniesta, I. «¿Por qué el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental?» En *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Zaragoza: Gobierno de Aragón, 2008), 1305-1325.

- Canosa Usera, R. «La prohibición de la tortura y de penas y tratos inhumanos o degradantes en el CEDH». *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42 (2018): 247-271.
- Carrillo Salcedo, J. A. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. (Madrid: Tecnos, 2003).
- Casadevall, J. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012).
- Casas Baamonde, M. E. «¿Hacia un constitucionalismo europeo e internacional a través de los Tribunales Constitucionales?» *El Cronista*, nº 110, 2024, 6-40.
- Chevalier-Watts, J. «Effective investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: securing the Right to Life or an onerous burden on a State? » *The European Journal of International Law*, nº 21.3, 2010.
- Díez-Picazo, L. *Sistema de derechos fundamentales*. (Madrid: Civitas, 2008).
- Martín Diz, F. «El derecho fundamental a justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva». *Revista de Derecho Político*, nº 106 (2019): 12-42.
- Montesinos Padilla, C. «¿Impunidad en España ante la perpetración de torturas y malos tratos? Reflexiones a la luz de la Sentencia del TEDH en el asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal». *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 67 (2018): 111-137.
- O'Boyle, M. «Duty to carry out an effective investigation under article 2 of the ECHR». En *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro: en homenaje al juez Josep Casadevall* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 215-234.
- Queralt Jiménez, A., 2013, «Martínez Sala y otros c. España (STEDH de 2 de noviembre de 2004): la vertiente procedimental del derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes». En *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 37-61. Navarra: Civitas.
- Tomás y Valiente, F. *La tortura judicial en España*. (Barcelona: Crítica, 1973).
- Villalibre Fernández, V., «Confluencia del derecho a la tutela judicial efectiva con el concepto de “investigación oficial eficaz” en el contexto de la prohibición de la tortura». *Foro, Nueva época*, nº 1 (2012) 29-86.



# **Recensiones**



CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge, *DemocracIA: un análisis en clave constitucional*, Dykinson, Madrid, 2025, 178 pp. ISBN: 9791370060626. DOI: <https://doi.org/10.14679/3871>

<https://doi.org/10.18543/ed.3336>

Fecha de recepción: 02.03.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

La expansión de la inteligencia artificial ha supuesto una transformación radical en numerosos ámbitos de la vida cotidiana, y sus efectos sobre la democracia y el derecho constitucional han comenzado a ser objeto de un análisis más detenido. En este contexto, *DemocracIA: un análisis en clave constitucional*, de Jorge Castellanos Claramunt, profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, se perfila como una obra de referencia para quienes buscan comprender las interacciones entre el avance tecnológico y los principios fundamentales del Estado de derecho. Con una argumentación sólida y una mirada profundamente crítica, el autor examina cómo la inteligencia artificial está modificando las dinámicas de poder y decisión en las sociedades democráticas, planteando interrogantes fundamentales sobre la autonomía ciudadana, la transparencia

institucional y la eficacia de los marcos normativos actuales.

Desde el inicio del libro, Castellanos deja claro que no se conformará con un análisis meramente técnico de la regulación de la inteligencia artificial. Su objetivo es más ambicioso: explorar las consecuencias políticas y jurídicas de la automatización en la toma de decisiones públicas. En esta línea afirma que “la tecnología ha sido históricamente una herramienta al servicio del ser humano, pero en el caso de la inteligencia artificial nos enfrentamos a una realidad en la que el propio concepto de autonomía ciudadana puede verse comprometido” (p. 17). A partir de esta premisa, desarrolla un análisis crítico del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, señalando que, si bien representa un esfuerzo significativo en la materia, también adolece de una estructura excesivamente burocrática y una falta de mecanismos efectivos de supervisión democrática.

Uno de los puntos más interesantes del libro es el cuestionamiento del modelo de regulación europeo, que el autor describe como “un entramado normativo donde el ciudadano queda relegado a la categoría de sujeto pasivo, sin una verdadera capacidad de incidencia sobre las decisiones que afectan a su vida” (p. 63). En su opinión, la IA no solo presenta riesgos en términos de discriminación algorítmica y sesgos en la toma de decisiones, sino que, además, la regulación propuesta puede convertirse en una herramienta que, en lugar de proteger la autonomía de los ciudadanos, refuerce el control de los grandes actores tecnológicos y gubernamentales sobre la sociedad.

Más allá de la regulación, esta obra ofrece un análisis profundo de la relación entre inteligencia artificial y sistemas de control social, exponiendo cómo el desarrollo de esta tecnología está permitiendo a los Estados y las grandes corporaciones implementar mecanismos de vigilancia sin precedentes. Según Castellanos, “la inteligencia artificial no solo automatiza procesos, sino que establece nuevas formas de supervisión sobre el comportamiento ciudadano, con implicaciones aún no completamente exploradas para la privacidad y la libertad individual” (p. 99). Este argumento se inserta en una discusión más amplia sobre el peligro de la tecnocracia, es decir, el riesgo de que las decisiones políticas y jurídicas sean cada vez más dependientes de sistemas algorítmicos cuyo funcionamiento resulta opaco para la mayoría de la población.

Uno de los capítulos más provocadores de la obra es el que aborda la

relación entre inteligencia artificial y desinformación. Castellanos analiza la creciente capacidad de los algoritmos para manipular la percepción de la realidad, alterando la forma en que los ciudadanos acceden y procesan la información política. Destaca que “la inteligencia artificial ha multiplicado la capacidad de generar y difundir narrativas falsas con una precisión sin precedentes, lo que supone una amenaza directa para la deliberación democrática” (p. 103). Esta reflexión es especialmente relevante en un momento en el que las campañas de desinformación se han convertido en una herramienta recurrente de influencia en procesos electorales y en la configuración de la opinión pública.

Otro aspecto que el autor desarrolla con especial énfasis es la transformación del ámbito jurídico ante el avance de la inteligencia artificial. Argumenta que el derecho constitucional, históricamente concebido para regular relaciones entre individuos y Estados, se enfrenta a una crisis conceptual cuando se encuentra con sistemas que operan de manera autónoma y generan decisiones sin intervención humana directa. En este sentido, critica la tendencia a superponer regulaciones sin un debate de fondo sobre los principios jurídicos que deben guiar la relación entre el ser humano y la IA. En palabras del autor, “la regulación actual se asemeja a un castillo de naipes construido sobre conceptos jurídicos tradicionales que ya no responden a la realidad de los sistemas algorítmicos” (p. 122).

De su lectura se desprende con claridad que el libro mantiene una mirada crítica a lo largo de toda su extensión, pero no cae en un pesimismo

absoluto ni en un rechazo tajante de la tecnología. Así, Castellanos reconoce que la inteligencia artificial tiene un potencial inmenso en numerosos ámbitos, desde la salud hasta la educación, pero subraya la necesidad de establecer criterios éticos y jurídicos claros que eviten la concentración de poder en manos de unos pocos. En este sentido, plantea que “el desafío no es la inteligencia artificial en sí misma, sino la forma en que decidimos integrarla en nuestras sociedades y la distribución del poder que ello implica” (p. 154).

Especialmente revelador es el análisis sobre la manipulación de la noción de dignidad humana en el discurso sobre la inteligencia artificial. Castellanos denuncia que muchas de las narrativas promovidas por la industria tecnológica presentan la IA como una herramienta de emancipación y progreso, cuando en realidad está siendo utilizada para reforzar estructuras de desigualdad. “Nos encontramos en un momento en el que el concepto de dignidad humana se usa como una coartada para legitimar desarrollos tecnológicos cuyo propósito real es el beneficio económico de un reducido grupo de actores” (p. 150). Esta afirmación es

una de las más contundentes del libro y resume bien su espíritu crítico: una advertencia contra la instrumentalización del lenguaje de los derechos humanos para justificar desarrollos tecnológicos con intereses ajenos a la mayoría de la población.

En definitiva, *DemocracIA: un análisis en clave constitucional* es una obra que ofrece una lectura imprescindible sobre la intersección entre inteligencia artificial, derecho y democracia. A diferencia de otros estudios sobre la materia, no se limita a una exposición técnica de la regulación vigente, sino que introduce también una dimensión filosófica y política que permite comprender las implicaciones más profundas del avance tecnológico en nuestras sociedades. Su análisis de la regulación europea es particularmente valioso, pues pone en evidencia los riesgos de un marco normativo que, lejos de empoderar a los ciudadanos, podría consolidar nuevas formas de control tecnocrático. Por todo lo expuesto, esta obra va a representar un referente esencial para juristas, politólogos y cualquier lector interesado en comprender los desafíos que plantea la inteligencia artificial desde una perspectiva crítica.

*Ciro Milione*

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



CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (Dirs.), *La iniciativa ciudadana de referéndum y de consultas populares en España*, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, 375 pp. ISBN 9788410788138

<https://doi.org/10.18543/ed.3337>

Fecha de recepción: 08.05.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

El conocimiento profundo de un objeto requiere, para su plena comprensión, que ese objeto sea comparado con sus semejantes. *La iniciativa ciudadana de referéndum y de consultas populares en España* –tal es el título que reza la monografía cuya recensión me ocupa– es, siguiendo esta lógica, objeto de una aprehensión completa, al ser mesurada conforme a su regulación positiva en el orden jurídico español. Tal obra colectiva erige una parada ineludible para todo aquél que pretenda ahondar en la investigación de la participación ciudadana en España. Se suma, de esta forma, al largo camino trazado por las producciones científicas emanadas de los proyectos y del grupo de investigación dirigidos por el profesor Garrido López, y de manera más amplia, por el Área de Derecho

Constitucional de la Universidad de Zaragoza. En particular, este trabajo monográfico constituye una manifestación del Proyecto de Investigación MINECO DER2016-75406-R: «La iniciativa ciudadana vinculada al referéndum: funcionalidad y posibilidades de incorporación al ordenamiento constitucional español» y es el segundo de los frutos (escritos) del referido proyecto, cuyo análisis se centra ahora en la realidad jurídica interna de la iniciativa ciudadana de consultas populares tanto a escala estatal como autonómica y local, mientras que el primero tuvo por objeto el estudio de la iniciativa ciudadana vinculada al referéndum desde una perspectiva de Derecho Comparado. Como se anuncia, la monografía aborda la diversidad positiva –y la práctica política– desplegada subsiguientemente– que

enmarca jurídicamente la iniciativa ciudadana de consultas populares en el ordenamiento español, siendo ésta examinada ya sea desde una perspectiva eminentemente analítica *de lege lata*, ya sea a partir de un enfoque propositivo *de lege ferenda*. En otras palabras, el trabajo da cuenta, en relación con la iniciativa aludida, de lo que existe en el orden jurídico español y de lo que, merced a posibles reformas, podría existir, y ello tanto en el ámbito del conjunto del Estado como en el de las autonomías y los entes locales.

El libro, que se dedica al profesor Manuel Contreras Casado, se compone de 13 capítulos, elaborados por un total de 12 autores, puesto que el primero de ellos consiste en la presentación por los profesores C. Garrido López y E. Cebrián Zazurca del trabajo colectivo que ellos mismos dirigen. Así, cruzado el Rubicón de este primer capítulo introductorio, el profesor Garrido López examina «La iniciativa ciudadana en el constitucionalismo español», remontándose su análisis a los antecedentes *histórico-comparados* de la institución (p. 24-29), para dar cuenta acto seguido del primero modelo previsto en el constitucionalismo español, concretamente, por la Constitución de 1931 que institucionaliza la II República española (p. 30-34). A continuación, avanzando ya hacia la historia reciente, tras examinar los “recortes” que sufrieron durante el proceso constituyente los distintos tipos de referéndums de iniciativa ciudadana previstos inicialmente en

el Anteproyecto Constitucional de 1978 (p. 35-39), el profesor Garrido centra su reflexión en la «restrictiva regulación de la iniciativa legislativa popular» establecida por la Constitución española, y agravada en mayor medida por la Ley Orgánica *ad-hoc* (p. 39-41). Para completar el estudio, el autor, constatado el escaso rendimiento de esta iniciativa, ofrece una relación de las propuestas de reforma realizadas por la doctrina (p. 41-46) y de aquéllas emanadas de la práctica política (p. 50-59) y, hecho lo cual, concluye revisando los motivos que justificaron entonces, durante el proceso constituyente español, que las técnicas de democracia semidirecta fueran coartadas, a fin de subrayar precisamente que tales causas han sido —en su mayoría— superadas en la actualidad. A pesar de ello, el autor lamenta que la política española posponga *ad-calendas graecas* la celebración de un debate serio y riguroso respecto de la oportunidad de dar una mayor cabida a la participación de los ciudadanos «en el proceso de la formación de la voluntad general» (p. 62).

El capítulo que da, en segundo lugar, continuidad a la monografía es realizado por Seijas Villadangos, con objeto de «La iniciativa popular de referéndum en la proposición de reforma constitucional de la Junta General del Principado de Asturias». Así, tal proposición es desgranada en detalle, partiendo el estudio de las disposiciones constitucionales que podrían procurar un asiento normativo a tal propuesta de iniciativa. La

autora se adentra en el contexto político (de crisis económica, pero también institucional y política) que alumbró la proposición asturiana, poniendo de relieve que por conducto de un «derecho menor» como es el de petición, se alcanzó un hito inédito hasta la fecha: la aprobación de una propuesta de reforma constitucional impulsada por una Asamblea legislativa autonómica (p. 76-77). La profesora Seijas prosigue su estudio efectuando, por un lado, una aproximación formal que atiende al íter recorrido por la propuesta asturiana, y, por otro lado, realizando un examen del contenido material de la misma. A juicio de la autora, «el fundamento de la propuesta es irrefutablemente positivo y compartido porque buscar revitalizar la esencia de la democracia» (p. 93), acercando así la legislación a los ciudadanos. Seijas Villadangos propone, finalmente, varias pistas de reforma como, por ejemplo, una modalidad de iniciativa compartida que combine las propuestas emanadas de los ciudadanos con el apoyo adicional de varias asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Esta conjunción de varios actores en el ejercicio de una iniciativa de referéndum tiene un ejemplo positivo en la iniciativa «compartida» prevista por el artículo 11 de la Constitución francesa, cuya regulación restrictiva, sin embargo, la convierte en una institución impracticable. En todo caso, son dignas de reconocimientos todas aquellas innovaciones que propongan tal suerte de agregación, pues recuerdan a la

propuesta primigenia de iniciativa ciudadana concebida en los albores del Constitucionalismo por ese genio de las ideas llamado Condorcet.

El siguiente capítulo corre a cargo del profesor Cebrián Zazurca, quien se ocupa de «La posibilidad de extender la iniciativa ciudadana a los referéndums de reforma de los Estatutos de Autonomía». El planteamiento inicial del autor se basa en que «la participación ciudadana puede mejorar democráticamente tanto los inputs del proceso de reforma (iniciativa ciudadana), como los outputs (referéndum de aprobación)» (p. 98). Según esta lógica, reparando en el carácter fundamental que reviste el Estatuto de Autonomía para la constitución jurídico-institucional de una Comunidad Autónoma, el autor analiza el lugar reservado por los mismos a la iniciativa ciudadana autonómica. Tal análisis antecede a la reflexión en torno a las posibilidades de que el ámbito de la iniciativa ciudadana autonómica sea ampliado, teniendo por objeto, de un lado, una propuesta de iniciativa de reforma estatutaria y, del otro lado, una propuesta de reforma cuya ratificación debería sustanciarse directamente en referéndum (p. 105-108); dos funcionalidades que el autor distingue de manera tan pertinente como precisa. Cebrián Zazurca termina subrayando que la iniciativa ciudadana de referéndum para la reforma de los Estatutos de Autonomía requeriría forzosamente una *«reforma en profundidad de nuestra Constitución*

*territorial*» (p. 109). A este respecto, el autor pone de manifiesto cómo la participación de las Cortes Generales en el procedimiento de reforma estatutaria junto con la exclusión de las leyes orgánicas del ámbito de la iniciativa popular, a diferencia de lo previsto en otros Estados comparados, constituyen los principales impedimentos a fin de extender la funcionalidad de la iniciativa ciudadana autonómica a los ámbitos señalados.

La profesora Pérez Alberdi analiza en su trabajo la «teoría y la práctica de la iniciativa ciudadana de consultas populares en el Estado Autonómico», conjugando así dos aspectos necesarios para la comprensión de la referida institución. La autora pone el foco en el encaje y despliegue jurídico-constitucional de la iniciativa ciudadana y del referéndum en el ámbito autonómico (p. 114-119). Pérez Alberdi advierte, de entrada, sobre el papel controlador que juega el Estado en materia de consultas populares referendarias, a quién corresponde –por conducto del Gobierno– no sólo conceder la autorización para su celebración, sino establecer –por vía parlamentaria– igualmente su legislación básica (p. 120). Por ello, los Estatutos de Autonomía de nueva generación se han cuidado de regular y distinguir, observando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, las consultas populares *no-referendarias* y los referéndums, asumiendo únicamente la competencia exclusiva sobre las primeras. Se

pone así de manifiesto que las Comunidades Autónomas sólo pueden disponer de un dominio exclusivo sobre aquellas consultas (*no-referendarias*) que no vayan dirigidas al cuerpo electoral, ya sea de ámbito autonómico o local, lastrando así las potencialidades de una participación propiamente ciudadana y decisoria, promovida directa y enteramente por los entes territoriales. La autora concluye contraponiendo la regulación de la iniciativa ciudadana y de las consultas populares *no-referendarias* establecida por ciertas Comunidades Autónomas.

El capítulo siguiente ha sido elaborado por López Rubio y tiene por *objeto* «El derecho de la ciudadanía catalana a solicitar la convocatoria de consultas populares de diverso tipo». El autor llama la atención sobre cómo «las tentativas de uso espurio» de una consulta popular en clave secesionista por las autoridades catalanas –durante lo que se denominó *el procés*– han lastrado y continúan lastrando el debate, también desde una perspectiva académica, sobre las instituciones de la democracia (semi) directa en el conjunto del país. Acto seguido, López Rubio analiza «el derecho estatutario a promover consultas populares en Cataluña» en tanto que manifestación fundamental de los derechos políticos de la ciudadanía catalana (p. 142). Tales derechos se ven aminorados, como en el resto de Autonomías, por la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional en materia de consultas populares referendarias, calificada

por el autor como de «escasa solidez» (p. 145). Al adentrarse ya en la concreción normativa del derecho estatutario referido, López Rubio examina «el desarrollo legal del derecho a promover consultas populares» establecido por las Leyes catalanas 4/2010 y 10/2014, anuladas, la primera en su totalidad, y la segunda parcialmente, por el Tribunal Constitucional. Para concluir el estudio, es revisada la regulación establecida en sendas leyes, destacando tantos sus elementos más acertados como los menos adecuados.

La atención se dirige al sur en el capítulo que Sánchez Barrilao dedica a «La regulación de la iniciativa ciudadana de las consultas populares en Andalucía». Tras clarificar qué entiende por régimen jurídico (marco normativo), el autor presenta los distintos dominios espaciales –local y autonómico– que son empleados como criterio para regular distintivamente –en leyes *ad-hoc*– las consultas populares en Andalucía. Así, el profesor Sánchez Barrilao analiza las consultas populares y su iniciativa en Andalucía desde diversos ángulos, por destacar algunos de ellos, cabe citar el examen realizado de su marco constitucional y estatutario (p. 184-189), de la naturaleza de la iniciativa ciudadana (p. 193-195), del sujeto activo de las mismas (p. 195-203) o del contenido de las iniciativas ciudadanas. El examen es finalizado mediante unas consideraciones críticas respecto del régimen jurídico previsto para las consultas populares de iniciativa ciudadana en Andalucía. A

ojos del profesor Sánchez Barrilao, cabe subrayar el «mayor empaque jurídico y potencial político» de la Ley 2/2001 de ámbito local (p. 213), frente a la Ley 7/2017 de alcance autonómico, la cual, a su entender, «incluso dificulta» la participación ciudadana (p. 219).

El curso de la monografía prosigue su recorrido con «*La iniciativa ciudadana de consultas populares en la Comunidad Autónoma de Canarias*» estudiada por Cuesta López. Entre los derechos de participación política de la ciudadanía canaria reconocidos por el Estatuto de tal Comunidad, el autor pone el foco en el derecho «a promover la convocatoria de consultas populares en el ámbito espacial de Canarias, así como participar en ellas, todo ello sin perjuicio de las competencias del Estado en materia de referéndum (art. 31e EACan)» (p. 224). No obstante, el legislador canario ha priorizado las consultas populares *no-referendarias* de ámbito autonómico, puesto que «la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios no ha previsto ninguna regulación específica sobre referéndums locales» (p. 226). El profesor Cuesta-López analiza (junto con otras instituciones participativas, algunas de carácter deliberativo) la modalidad de consultas mediante preguntas directas a la ciudadanía que fue anulada por el Tribunal Constitucional (STC 147/2015), por entender que gozaban encubiertamente de un auténtico carácter referendario. Cuesta López concluye aportando «algunas

ideas para la regulación de la iniciativa ciudadana de consultas populares en la Comunidad Autónoma de Canarias» (p. 236-240), entre las cuales merece una mención especial la propuesta de una iniciativa ciudadana cuyo objeto fuera solicitar directamente la autorización al Gobierno estatal para la convocatoria de un referéndum.

El capítulo que continúa la obra nos conduce, de archipiélago en archipiélago, a «La iniciativa ciudadana de consultas populares en las Islas Baleares» elaborado por Al Hasani Maturano. El autor da cuenta de las bases normativas –estatutarias– que cimentan las consultas populares circunscritas al ámbito territorial de las Islas Baleares (p. 246-247), así como de la regulación de desarrollo que la legislación autonómica establece al respecto (p. 248-250), para concluir llamando la atención, entre otras cuestiones, sobre la modalidad vinculante de referéndum municipal. Más allá de las dudas que puede plantear la constitucionalidad de esta última modalidad, no cabe negar que constituye un esfuerzo políticamente atrevido de insuflar la «seriedad» que merita la participación política de los ciudadanos, sobre todo en un orden jurídico cuya norma fundamental proclama que la soberanía (nacional) reside en el pueblo (art. 1.2 CE). En definitiva, el profesor Al Hasani Maturano ofrece una relación precisa y completa de las innovaciones introducidas por la Comunidad Autónoma de las Islas

Baleares en materia de participación ciudadana, las cuales pueden, ciertamente, revelarse como una fuente de inspiración para el resto de autonomías.

El siguiente capítulo tiene por objeto «*La iniciativa ciudadana de consultas populares en el Proyecto non nato de diálogo civil de Castilla y León*», estudio que es efectuado por la profesora Álvarez Robles. Se parte de una cita generalmente descontextualizada (como señala la propia autora) del célebre filósofo del *Contrat Social* J.-J. Rousseau (p. 260), que distingue entre legislación y ejecución, para introducir el examen del Proyecto de ley de diálogo civil de Castilla y León y las causas que motivaron que finalmente no fuera adoptado, no sin antes presentar la clasificación conceptual de los distintos tipos de democracia que encierran las disposiciones constitucionales. Una clasificación esta última que es ampliamente compartida por la doctrina española, influida claramente por la jurisprudencia constitucional en la materia. En cuanto al contenido del proyecto, Álvarez Robles pone de relieve su virtualidad para aunar en su seno una participación ciudadana diversa, materializada por distintos cauces: diálogo civil, iniciativas ciudadanas, consultas *no-referendarias*. Entre todas ellas ocupa un lugar destacado la vía del diálogo civil, puesto que hubiera constituido una manifestación inédita en España de una especie democrática (la deliberativa) que no ha sido aún ensayada verdaderamente en nuestro país. En efecto, a

diferencia de Francia, de Bélgica o de Irlanda, donde las asambleas deliberativas compuestas por ciudadanos elegidos por sorteo constituyen una realidad cada vez más en boga, las técnicas de la democracia deliberativa permanecen ampliamente inexploradas en el contexto (académico y político) español.

Al continuar el estudio monográfico, el ámbito de la participación ciudadana se ve especialmente acotado en el capítulo que Guerrero Vázquez consagra a la «Regulación y ejercicio de la iniciativa ciudadana de consultas populares en el ámbito local». La Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) constituye el punto de partida obligado del examen de la iniciativa ciudadana de consultas populares municipales, puesto que la Ley Orgánica sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum (LOMR) las excluye explícitamente de su ámbito objetivo. Guerrero Vázquez, tras subrayar los primeros presagios (de esperanza) que podía despertar el artículo 18 de la LRBRL en su redacción original, pone en evidencia cómo la iniciativa popular de referéndum en el ámbito local ha sido objeto de una regulación «lacónica» a nivel estatal (p. 286), de forma que su suerte queda vinculada al despliegue normativo concedido por las Comunidades Autónomas, centrándose por ello en la normación fijada a este respecto en alguna de ellas. El examen concluye con una valoración más bien positiva de la reforma

efectuada de la LRBRL en el año 2003 respecto del régimen jurídico de la iniciativa ciudadana municipal, al tiempo que se destaca –por encima de otras– la regulación prevista en las Islas Baleares en materia de consultas populares locales.

Todavía dentro de la esfera local, el capítulo que ahonda en el estudio de la participación ciudadana en tal ámbito versa «Sobre la posible iniciativa ciudadana de revocación de mandato en los gobiernos locales», elaborado por el profesor Dueñas Castrillo, quien se interroga primero sobre las posibilidades de que una institución de este tipo fuera introducida en el orden jurídico español, abordando tal cuestión desde el plano de su conformidad a los preceptos constitucionales, todo ello precedido, eso sí, de una exposición sintética de las teorías políticas que fundan o contradicen la regla del mandato *no-imperativo* (p. 310-315). En un segundo tiempo, Dueñas Castrillo se pronuncia sobre la pertinencia que revestiría para la democracia española el que los ciudadanos gocen de la oportunidad revocar directamente el mandato de sus representantes locales. Sobre el primer punto, el profesor Dueñas Castrillo considera que tal introducción puede ser entendida como jurídicamente posible (p. 322), fundándose para ello en la jurisprudencia constitucional en materia de representación política y democracia local; mientras que, en lo que se refiere a la segunda cuestión, el autor se atreve a diseñar –en líneas generales– su propio modelo de

revocatorio de mandato en el ámbito local (p. 327-331).

La autoría del capítulo que cierra la monografía corresponde a Murua Astorquiza, quien acomete el estudio de la «Regulación de la iniciativa ciudadana en la celebración de consultas locales en Navarra». Su estudio parte de la premisa de «la complementariedad de la democracia representativa con determinadas fórmulas de democracia directa y participativa» (p. 336). A partir de este planteamiento inicial, la autora examina «las consultas populares locales en Navarra», enfatizando en la iniciativa ciudadana destinada a la solicitud de las mismas (p. 340-347). Murua Astorquiza recuerda la regulación normativa y la jurisprudencia constitucional en materia de consultas populares (referendarias) locales, para ocuparse *in continenti* de otros aspectos fundamentales que acompañan a la participación ciudadana y que –desafortunadamente– no suelen llamar la atención de la doctrina, como es la regulación de la campaña (p. 349-351). Se enfatiza, además, el carácter consultivo del que gozan las consultas locales a la luz de lo previsto por el artículo 140 de la CE y del artículo 69.2 de la LRBR. El examen de la participación ciudadana se completa con el estudio en detalle de la regulación establecida por la legislación foral respecto de la iniciativa popular y de las consultas ciudadanas.

En conclusión, resulta obligado subrayar la riqueza científica, tanto por su completitud material como

por su agudeza analítica, que exhibe la monografía objeto de la recensión. La comparación anima un examen global de la iniciativa ciudadana y de las consultas populares en España, hasta el punto de que los visos de mejora que han de guiar la reforma de las mismas en el orden jurídico español aparecen claramente señalados. En esta ocasión, la comparación no mira al exterior, sino que se lleva a cabo de «puertas para adentro». Ahora bien, tal interioridad no quita, en ningún caso, que el método empleado se base en una comparación normativa (y práctica). Así, la diversidad positiva española, enriquecida por los matices que introducen los legisladores autonómicos, se presenta no sólo como un aliciente para la investigación científica, sino como un método mismo del conocimiento de ciertas instituciones y materias. En el particular, no cabe duda de que relacionar y contraponer la regulación de la iniciativa ciudadana y de las consultas populares en el ámbito estatal con la ordenación autonómica y local, contribuye a un mejor conocimiento y comprensión de las referidas instituciones. La contribución del profesor C. Garrido López y del resto de autores a tal empresa es, como viene siendo habitual, de un valor inestimable. En último término, ya a modo de epílogo, quiere ponerse de relieve la principal nota que a juicio –me atrevería a decir que unánime– de los distintos autores lastra la participación ciudadana en el ámbito autonómico y local: la

abrumadora y restrictiva intervención estatal para toda interpelación directa al cuerpo electoral de los referidos ámbitos espaciales. A este respecto, cabe recordar, que las consultas populares referendarias al cuerpo electoral carecen, salvo en los supuestos de reforma constitucional y estatutaria, de un carácter jurídicamente vinculante, también en los ámbitos locales y autonómicos. Consultivas para los órganos

del Estado, la regulación española desarrolla muy prudentemente una institución que ya de por sí, conforme a su normación constitucional y legislativa, es objeto de una ordenación muy cicatera. El futuro de la participación ciudadana pasa, a todas luces, por reducir esta doble dosis de prudencia que caracteriza a su legislación *ad hoc*. De esto último, da sobradamente cuenta la excelente monografía reseñada.

*Miguel Fernández Andújar*

Investigador postdoctoral  
Centre de recherche sur l'État et la Constitution  
Université Catholique de Louvain, Bélgica  
<https://orcid.org/0000-0003-1406-8316>



DÍAZ REVORIO, F. Javier y GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Magdalena (Dirs.), *Derechos de los migrantes y discriminación: una mirada constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 440 pp. ISBN 9788410565883.

<https://doi.org/10.18543/ed.3338>

Fecha de recepción: 23.03.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

*Derechos de los Migrantes y discriminación: una mirada constitucional* es una obra colectiva dirigida por Francisco Javier Díaz Revorio y Magdalena González Jiménez en la que se abordan los derechos de los migrantes desde la perspectiva de las situaciones de desigualdad a las que se enfrentan los migrantes y las respuestas previstas en el ordenamiento nacional, comunitario, así como algunas aportaciones jurisprudenciales para su comprensión en la actualidad.

Se inicia la obra con una perspectiva general de la inmigración con *Hacia la construcción del estatuto iusfundamental de los migrantes*, donde el profesor Díaz Revorio se hace eco de la construcción de la posición jurídica del extranjero desde la perspectiva de las limitaciones o restricciones de los derechos, por no

“ostentar la condición de nacional”, que en unos casos es imprescindible para la titularidad y otras para el ejercicio pleno de los derechos. A continuación, se señala la evidente contradicción que conlleva la invocación de los derechos humanos como derechos universales y la constatación de que “los derechos tienen fronteras”, como queda acreditado en la medida en que pese al proceso de globalización, también de la inmigración, los atentados yihadistas de principio de siglo, el Covid y más tarde el auge de los populismos han lastrado el proceso migratorio. Ahora bien, frente a la invocación de la dignidad como elemento esencial para configurar un estatuto jurídico del extranjero, como ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, se parte aquí del derecho “antidiscriminatorio”, por lo

que en la medida en la que la dignidad constituye el fundamento de todos los derechos, predicable de todas las personas por igual, la igualdad entre ciudadanos y extranjeros debe ser el objetivo y solo tendrá cabida un trato diferente si existe “una justificación objetiva y razonable y ha de resultar necesaria y proporcional en relación con dicha finalidad”. Ciertamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha operado una evolución desde la inicial STC 107/1984 que planteaba una clasificación tripartita de los derechos hasta la STC 236/2007, atendiendo al “grado de conexión con la dignidad humana“, de cada uno de los derechos, que es objeto de consideración crítica por el autor, reiterando la necesidad de incorporar la perspectiva de las medidas de acción “afirmativa o en su caso de discriminación inversa” en un futuro estatuto jurídico de los inmigrantes para alcanzar un derecho antidiscriminatorio para los migrantes.

La conciliación de la existencia de minorías dentro de la Unión Europea con los valores que la misma promueve es objeto de estudio por el profesor Porras Ramírez en *La protección de los miembros de las minorías en la Unión Europea: una cuestión abierta de alcance controvertido*, a través de un breve recorrido por el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que han servido de

inspiración para diversos textos constitucionales de los nuevos miembros de esta última. También se reflexiona sobre la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como la Directiva 2000/43 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, al hilo de la incidencia de los derechos laborales de los miembros de las minorías religiosas y la no discriminación por creencias religiosas. El objetivo que se persigue es el de la integración a través del sistema educativo y posteriormente la integración también en el ámbito laboral, de la sanidad y de la vivienda de los migrantes, como de la ciudadanía de la Unión de origen migrante que se contempla en el Plan de Acción de la Comisión Europea para el período 2021-2027 y en el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

La segunda parte de la obra se inicia con el análisis de *Mujeres migrantes perseguidas por violencia cultural en Europa: determinación del riesgo cierto* de la profesora María Martín Sánchez que fija la atención en la respuesta obtenida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando se ha invocado la protección de las mujeres migrantes perseguidas por violencia cultural. En el contexto del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes, constituye

la mayor dificultad en este ámbito la determinación del riesgo cierto para la mujer de que como consecuencia de una hipotética expulsión al país de origen pudiera sufrir mutilación genital. Una lectura de la jurisprudencia del Tribunal nos permite afirmar que si se han adoptado diversas medidas cautelares, pero no se ha llevado a cabo hasta el momento un reconocimiento expreso como motivo de persecución el hecho de pertenecer al sexo femenino. En concreto ante demandas formuladas al Tribunal de Estrasburgo por el riesgo potencial que conllevaría la expulsión de la mujer a su país de origen de sufrir mutilación genital, no se ha apreciado por éste la violación del art 3 del Convenio.

También se aborda en esta obra colectiva la integración social de la mujer migrante, las exigencias legales y las posibles sorpresas que puede deparar el cumplimiento del marco normativo y la imposibilidad de una integración real. Así, desde la óptica de las mujeres extranjeras en situación de especial vulnerabilidad se señala por la profesora M<sup>a</sup> Del Pilar Molero Martín-Salas en la *Integración social como requisitos (flexible) para obtener la nacionalidad por residencia en caso de mujeres migrantes especialmente vulnerables* la paradoja que puede suponer que la integración social por la obtención de la nacionalidad como consecuencia de la residencia no siempre constituye una situación óptima al objeto de la integración real de la misma. La reforma normativa llevada a cabo a

través de la Ley 19/2015 de medidas de reforma de la administración en el ámbito de la Administración de Justicia, del Registro Civil y el Real Decreto 1004/2015 incorpora un nuevo tratamiento del tema, si bien es objeto de especial atención la Sentencia del Tribunal Supremo 1521/2021 de 17 de diciembre que relativiza la interpretación del art. 22.4 del Código Civil. En efecto, se puede constatar como mujeres con escasa instrucción y formación cultural, que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, pueden obtener la nacionalidad previo cumplimiento de los requisitos exigidos y llevado a cabo el procedimiento pertinente, pero sin que tenga lugar una integración real dado su escaso nivel de integración en su entorno social por razones esencialmente familiares, lo que de algún modo desdibuja el alcance de la interesante sentencia del Tribunal Supremo ya reseñada. La conclusión que se alcanza por la autora no es otra que tras diez años de residencia en España la concesión de la nacionalidad se puede obtener, pero no constituiría en el caso analizado tanto una medida positiva sino una medida de carácter paternalista.

El riesgo de exclusión en que se encuentran migrantes y discapacitados es objeto de estudio desde la perspectiva inclusiva de la persona por Enrique Belda Pérez-Pedrero en *Migrantes y discapacidad: algo más que discriminación múltiple*. La doble discriminación que conlleva la condición de migrante y discapacitada es considerada como “algo más

que una discriminación múltiple. Con fundamento en la jurisprudencia constitucional (SSTC 236 y 244 de 2007) se pone de manifiesto la relevancia de la igualdad frente a la discriminación y se cuestiona la falta de precisión en la relación de la dignidad con cada uno de los derechos fundamentales. Es por ello que se propugna una “concepción integradora de la persona discapacitada o migrante” a partir de un entendimiento de igual dignidad de todas las personas. Una posterior concreción de la dignidad se nos ofrece con ocasión de algunas consideraciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en los ordenamientos internos. Finalmente queda apuntada la aportación del Comité Español de Representación de las Personas con Discapacidad para dar respuesta a la discapacidad en el caso de los migrantes.

Sin duda el sistema escolar constituye una de las vías esenciales para la integración, Ana Valero Heredia en *Migración y segregación escolar en España* repara en la configuración del sistema educativo y su virtualidad para la consecución de objetivos de integración o segregación del alumnado migrante. Es por ello que en el caso de migrantes en edad escolar las políticas educativas van a tener un influjo indudable a través de la libre elección del centro, el establecimiento del distrito único o el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación de conformidad con las convicciones de estos. Por tanto, la determinación del

modelo de sistema educativo tendrá una incidencia decisiva en la integración de los menores migrantes. Las sucesivas regulaciones del derecho a la educación LODE, LOGSE, LOCE, LOE, LOMCE, LOMLOE y sus modificaciones permiten constatar en qué medida constituye un objetivo evidente la integración escolar de los alumnos migrantes, con la traslación en ocasiones de las “lógicas del mercado” al ámbito educativo, donde la presencia de los centros privados concertados resulta muy elocuente en la consecución del final de la segregación escolar, ya que el menor nivel de recursos económicos y socioculturales del alumnado migrante provoca una concentración de estos en los centros públicos de enseñanza. Todo ello exige de conformidad con el art. 9.2 CE la promoción por los poderes públicos de los medios que hagan posible la igualdad entre las personas también en el ámbito educativo.

En la tercera parte de la obra colectiva se abordan aspectos concretos de los derechos fundamentales y los migrantes. Así Tomás Vidal Marín en *La evolución de la configuración normativa del derecho de asilo en el ordenamiento jurídico –constitucional español: algunas cuestiones y una valoración crítica*, recorre la evolución operada por el legislador y los tribunales desde la nítida separación inicial del derecho de asilo y el estatuto de refugiado, la primera regulación operada por el legislador con la Ley 5/1984 y su desarrollo por Real Decreto 203/1995,

para llegar a la regulación vigente que se concreta en la Ley 12/2009 de Asilo y Protección Internacional en la que la trasposición de la normativa de la Unión Europea en el ordenamiento interno ha tenido lugar, como así ha sucedido con la directiva 2013/33 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional a través del Real Decreto 220/2022 por el que se prueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. En cambio, aún no ha tenido lugar en el caso de la directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Pero sin duda la ausencia más relevante es la de un reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009, que obliga a la aplicación del citado Real Decreto 203/1995, sin perjuicio de las reformas que conllevará el nuevo Pacto de Inmigración y Asilo aprobado por las instituciones de la Unión Europea en el 2024. Insuficiencias suplidas en algunos casos por el Tribunal Supremo como se analiza en la sentencia 1582/2022 de 29 de noviembre. Todo lo anterior sin perjuicio de los graves retrasos que arrastra la tramitación de las solicitudes en la Oficina de Asilo y Refugio.

En *El derecho a la seguridad social del trabajador migrante extracomunitario irregular: algunos reconocimientos en el ordenamiento jurídico español* Magdalena González Jiménez analiza las prestaciones del sistema de la Seguridad Social tanto en relación con las

contingencias profesionales como de las comunes. El Real Decreto 84/1996 la doctrina dividida 4/1996 – El derecho a la Seguridad Social como derecho de configuración legal se encuentra regulado en la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, si bien la cuestión controvertida es la relativa a los derechos de los trabajadores inmigrantes en situación irregular que de conformidad con el art. 36.5 de la Ley Orgánica de Derechos y obligaciones de los extranjeros y su integración. En el caso de los trabajadores migrantes en situación irregular de países que hayan firmado el Convenio n° 19 de la OIT tendrán protección frente a contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. No ocurrirá de igual modo en el caso de las contingencias comunes y la consideración del contrato sin autorización administrativa como contrato nulo. Al tratamiento legislativo se le incorporo el análisis de diversas sentencias del Tribunal Supremo en esta materia, en las que se ha llevado a cabo la interpretación tanto de la LGSS como de la LOEx en sus respectivas modificaciones, si bien atendiendo a que careciendo el trabajador migrante de autorización de trabajo, cuenta o no con autorización de residencia. Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008 concrete algunos de sus efectos de la relación laboral y sus consecuencias, la imprecisión del legislador como la controversia en la doctrina respecto de las prestaciones contingencias comunes persiste.

El reconocimiento constitucional del derecho de asilo en Italia y el orden público y la seguridad como límites al mismo, son analizadas en *Inmigración, seguridad y derechos fundamentales: una mirada hacia Italia* María Ruiz Dorado. De la lectura del art. 10.3 de la Constitución italiana se pueden derivar el reconocimiento del estatuto de refugiado cuando concurren los requisitos de la Convención de Ginebra, el estatuto de protección subsidiaria cuando no concurren todas las circunstancias recogidas en dicha Convención existan fundado temores de sufrir la pena de muerte, torturas o tratos inhumanos o degradantes de conformidad con su prohibición en el art. 3 del CEDH y otras formas de protección humanitaria en casos especiales. Pero es la modificación de las disposiciones relativas a la protección humanitaria las que han sido objeto de mayor restricción. Así tras la aprobación del denominado Decreto Salvini, Decreto Ley 11/2018 luego convertido en ley 132/2018 con la supresión del permiso de residencia por razones humanitarias, el decreto Ley de Seguridad 130/2020 convertido en Ley n. 173/2020 nuevamente recogió la protección humanitaria que posibilitaba el permiso de residencia por tratamiento médico, pero también por razones de violencia o por

sufrir calamidad. Sin embargo, con la aprobación del Decreto Ley 20/2023 (Decreto Cutro) luego convertido por Ley 5/2023 se ha producido un notorio retroceso de los derechos de los migrantes en general, pero en particular para los solicitantes de protección humanitaria.

Inmigrantes irregulares y privaciones de libertad: detención e internamiento de extranjeros y derechos fundamentales son objeto de consideración por M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño. Con carácter general se abordan las privaciones de libertad de los extranjeros en España. Sin duda la evolución operada por la regulación de esta materia como la incidencia en la misma de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha abonado un régimen de garantías y derechos de los migrantes irregulares en orden a su privación de libertad. En efecto, tanto la detención cautelar previa al internamiento como el consiguiente régimen de internamiento en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIEs) han sido objeto de precisiones necesarias para dotar de seguridad jurídica y garantía de derechos a los migrantes irregulares. Se completa este capítulo con el estudio del conjunto de derechos de los extranjeros durante su estancia en los CIEs a través de su regulación en la LOEx como en el Reglamento de los CIEs.

*Nicolás Pérez Sola*

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Jaén, España  
<https://orcid.org/0000-0003-1472-7991>

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español (La voz de la sociedad civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 384 pp. ISBN: 9788411692861.

<https://doi.org/10.18543/ed.3339>

Fecha de recepción: 03.03.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

El estudio de las libertades públicas en el marco constitucional español ha sido abordado desde diversas perspectivas doctrinales a lo largo de los años, pero pocas obras han conseguido una sistematización tan rigurosa, matizada y profundamente analítica como la que ofrece Remedio Sánchez Ferriz en *Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español (La voz de la sociedad civil)*. Esta obra no solo se establece como una continuación de sus estudios previos sobre la materia, que son muchos y abarcan una dilatada y fructífera trayectoria académica<sup>1</sup>, sino que representa una reelaboración crítica y meti-

culosa de los fundamentos de la teoría de las libertades públicas, confrontándolos con los cambios legislativos, jurisprudenciales y políticos de las últimas décadas. Lejos de ser un simple compendio normativo, el trabajo de Sánchez Ferriz plantea una auténtica reflexión jurídica sobre el papel de las libertades públicas en la configuración del Estado Constitucional contemporáneo, subrayando su relevancia como mecanismos de participación ciudadana y garantes del equilibrio entre poder y sociedad civil.

Desde el inicio de la obra, la autora introduce dos premisas fundamentales que estructuran su argumentación. En primer lugar, la necesidad de distinguir entre libertades públicas y derechos fundamentales personalísimos, afirmando que esta diferenciación

---

<sup>1</sup> Remedio Sánchez Ferriz es Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia desde 1989, siendo la primera mujer que obtuvo una Cátedra universitaria en España en dicha Área de Derecho Constitucional y la primera en

---

todas las áreas jurídicas de la Facultad de Derecho de Valencia.

permite una interpretación más ajustada a la realidad constitucional. Al respecto, señala que “no es posible tratar de la misma manera a los derechos individuales, cuya garantía se vincula a la propia dignidad humana, que a las libertades públicas, cuyo ejercicio está condicionado por su dimensión social y política” (p. 18). En segundo lugar, defiende que, aunque la doctrina dominante no suele realizar una separación explícita entre ambos grupos, en la práctica sí se asume su distinción en la aplicación de las normas y en la interpretación jurisprudencial (p. 166). En este sentido, menciona la expresión “derecho a la protesta” utilizada en el voto particular de María Luisa Balaguer a la STC 172/2020, donde se agrupan derechos como la libertad de expresión, reunión, manifestación y asociación bajo un mismo paraguas conceptual, lo que demuestra, según la autora, la pertinencia de su enfoque diferenciado (p. 218).

La obra se divide en dos grandes partes, cada una de las cuales aborda distintos aspectos del concepto y regulación de las libertades públicas. En la primera parte, Sánchez Ferriz desarrolla un análisis exhaustivo del origen, evolución y conceptualización de las libertades públicas, recurriendo a un enfoque tanto histórico como comparado. En este sentido, realiza un minucioso estudio de la terminología empleada en la Constitución y en la doctrina, evidenciando las ambigüedades y matices que rodean la distinción entre derechos y libertades. Destaca especialmente la influencia del constitucionalismo francés, donde las libertades públicas han sido concebidas como “un conjunto de derechos

colectivos sujetos a la reserva de ley, en los que el equilibrio entre el interés general y el ejercicio individual debe ser garantizado por el legislador” (p. 45).

Asimismo, el texto examina el tratamiento de las libertades públicas en otros ordenamientos europeos, como el británico, el italiano, el alemán y el suizo. A este respecto, la autora subraya que, mientras en el Reino Unido las libertades han surgido de una evolución consuetudinaria y no codificada, en Alemania y Suiza su positivación ha sido más explícita, aunque con matices propios de cada sistema. De este modo, la obra ofrece una panorámica comparada, que permite comprender mejor las particularidades del modelo español y sus diferencias con otros países de tradición constitucionalista consolidada.

Uno de los aspectos más destacados del libro es su análisis del constitucionalismo histórico español y el proceso de incorporación de las libertades públicas en el ordenamiento nacional. En este sentido, la autora traza una evolución desde el constitucionalismo gaditano hasta la actualidad, pasando por las constituciones liberales del siglo XIX y las reformas del período de la Restauración. Afirma que, si bien el reconocimiento de libertades como la de imprenta, asociación y manifestación fue en su momento un avance significativo, su desarrollo estuvo siempre condicionado por “una tendencia restrictiva que limitaba su ejercicio efectivo mediante regulaciones que priorizaban el mantenimiento del orden público sobre la garantía de los derechos” (p. 99).

En el tercer capítulo, la autora cuestiona la tradicional teoría de las tres generaciones de derechos, argumentando que esta clasificación simplista no refleja adecuadamente la evolución histórica de los mismos. Propone, en su lugar, una distinción entre derechos individuales y derechos colectivos de participación, en la que las libertades públicas no son meramente una evolución de los derechos civiles y políticos, sino una categoría propia con una función estructurante en la democratización del Estado. En palabras de Sánchez Ferriz, “las libertades públicas han sido el motor del cambio político y social, forzando la adaptación de las estructuras estatales y promoviendo una mayor participación de la ciudadanía en la toma de decisiones” (p. 141).

Especialmente relevante resulta su propuesta de clasificación sistemática de los derechos y libertades en la Constitución de 1978. La autora estructura el Título I en torno a la dignidad humana como principio rector, distinguiendo tres niveles:

1. Los derechos fundamentales personalísimos, entre los que se encuentran la vida, la integridad física y la intimidad, protegidos con garantías máximas.
2. Las libertades públicas, que requieren una regulación específica y cuyo ejercicio está vinculado a la acción colectiva y política.
3. Los derechos sociales y económicos, que, aunque son exigibles en ciertos casos, dependen en gran medida de la acción de

los poderes públicos para su efectividad.

La segunda parte del libro se centra en el régimen jurídico de las libertades públicas, analizando su desarrollo legislativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sánchez Ferriz examina con detalle el papel de los tribunales en la protección de estas libertades, destacando fallos clave como la STC 172/2020, en la que se aborda el derecho a la protesta como una manifestación interconectada de varias libertades fundamentales. Sostiene que “la doctrina del Tribunal Constitucional ha evolucionado hacia un reconocimiento más amplio de la interdependencia entre las distintas libertades públicas, lo que supone un avance significativo en la consolidación del Estado Constitucional” (p. 218).

Otro aspecto relevante es su discusión sobre la suspensión de derechos y libertades en estados de excepción y alarma, con especial referencia a las controversias surgidas durante la pandemia de COVID-19. La autora critica las interpretaciones que justificaron restricciones excesivas sin una base constitucional clara, señalando que “el equilibrio entre seguridad y libertad es uno de los desafíos más complejos del constitucionalismo contemporáneo, y la gestión de la crisis sanitaria ha puesto a prueba los límites de nuestra arquitectura jurídica” (p. 341).

Además, la autora presta especial atención al papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Europea de Derechos Fundamentales, analizando su impacto en la

configuración de las libertades públicas dentro del ordenamiento español. Considera que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha servido como un contrapeso a las interpretaciones restrictivas nacionales, garantizando una lectura más amplia y garantista de los derechos de participación colectiva (p. 330).

Otro aspecto fundamental de esta segunda parte es el estudio de las restricciones y límites a las libertades públicas, con especial atención a su suspensión en estados de excepción y alarma. La autora analiza el impacto de la crisis sanitaria de la COVID-19 en el ejercicio de estos derechos y cuestiona la proporcionalidad de algunas de las restricciones impuestas. Afirma que “el equilibrio entre seguridad y libertad es uno de los desafíos más complejos del constitucionalismo contemporáneo, y la gestión de la crisis sanitaria ha puesto a prueba los límites de nuestra arquitectura jurídica” (p. 341).

Por último, la obra cierra con una reflexión sobre el futuro de las libertades públicas en un contexto de

transformación digital, en el que el uso de algoritmos y la proliferación de plataformas digitales están alterando las dinámicas tradicionales de participación ciudadana. Sánchez Ferriz advierte sobre los riesgos de la manipulación algorítmica y la concentración del poder informativo en manos de grandes corporaciones tecnológicas, lo que, en su opinión, representa un nuevo desafío para la democracia constitucional (p. 350).

*Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español* es una obra esencial para el estudio del derecho constitucional y de los derechos fundamentales en España. Su enfoque sistemático, su profundidad analítica y su capacidad para conectar la teoría con la práctica la convierten en una referencia imprescindible. Sánchez Ferriz no solo ofrece una exposición clara y rigurosa de la evolución normativa de las libertades públicas, sino que también aporta una reflexión crítica sobre su papel en la democracia contemporánea, reivindicando su función como instrumentos de participación y control ciudadano.

Jorge Castellanos Claramunt

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universitat de València, España

<https://orcid.org/0000-0001-9621-6831>

TRUJILLO PONS, FRANCISCO, *Acoso laboral: una guía jurídica a través de casos reales*, A Coruña, Colex, 2025, 540 pp. ISBN 9788411948340

<https://doi.org/10.18543/ed.3340>

Fecha de recepción: 12.03.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

El profesor Trujillo Pons (Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Jaume I) nos presenta una obra sobre un tema de actualidad, el acoso laboral, en un contexto en el que se constatan las graves y nocivas consecuencias para la salud mental de este riesgo psicosocial. El libro interesa a todos los operadores jurídicos puesto que si algo lo distingue es su dimensión práctica.

Con carácter previo a la exposición del contenido, quisiera poner de relieve, en primer lugar, la consolidada trayectoria investigadora del autor que evidencia su condición de experto en prevención de riesgos laborales. Sus estudios precedentes sobre la desconexión digital y el acoso en todas sus dimensiones son referentes para juristas, responsables preventivos, representantes de los trabajadores y órganos específicos

de participación o consulta de las empresas<sup>1</sup>.

En segundo lugar, el ofrecimiento de la monografía en abierto a través del siguiente enlace <https://www.colexopenaccess.com/libros/acoso-laboral-una-guia-juridica-traves-casos-reales-7943>, permitiendo que toda la comunidad científica y cualquier interesado puedan acceder a la misma.

En tercer lugar y último lugar, la redacción del Prólogo por Carlos Javier Galán Gutiérrez, Magistrado titular del Juzgado de lo Social n.º 14 de Sevilla en el que acentúa la

---

<sup>1</sup> Entre otros, véase *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, Valencia, 2021, Tirant lo Blanch; *España frente al acoso laboral: un estudio comparativo con Canadá*, Barcelona, 2017, Atelier; *La fatiga informática en el trabajo*, Albacete, 2022, Bomarzo.

originalidad de la obra, la más que constatada competencia del autor en la prevención de riesgos psicosociales y su capacidad divulgativa.

El trabajo de Francisco Trujillo se estructura en tres Bloques. El primero de ellos (*Introducción*) se organiza en once puntos en los que pone a disposición una completa contextualización del acoso laboral en sus diversas formas. Comienza abordando el marco jurídico nacional, que coherentemente completa con el comunitario e internacional existente. Con ello, acredita un solvente manejo y conocimiento de la configuración de las fuentes jurídicas y de su articulación.

A continuación, procede a dar las claves para distinguirlo de figuras afines, identificarlo, evaluarlo y adoptar las correspondientes medidas preventivas. Detalla las obligaciones de las empresas y las responsabilidades en el caso de que las incumplan. Adicionalmente nos brinda la realidad que ponen de manifiesto los datos estadísticos, que claramente confirman que se está, como denomina oportunamente, ante la “epidemia silenciosa del siglo XXI”. En su enfoque, incorpora la modalidad que está en auge, el ciberacoso, no faltando el análisis y el espíritu crítico respecto de los puntos más controvertidos, como pueden ser la calificación de la contingencia como profesional o la consideración de la posibilidad de incoar una extinción contractual con base en el art. 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

En lo que atañe al segundo de los Bloques (*Publicaciones siguiendo la mecánica de LinkedIn*), es el más extenso. El autor ha incluido más de cien comentarios jurisprudenciales extraídos de entre los pronunciamientos más recientes de nuestro país. El formato en el que los presenta, advierte que está inspirado en publicaciones que lleva realizando en su cuenta de la red social LinkedIn, muy conocida y que cuenta con más de 38.330 seguidores en estos momentos. A lo largo de más de 350 páginas, se realiza un exhaustivo estudio práctico, con rigor científico acompañado de una exposición con un estilo accesible, dinámico y muy pedagógico, que lo constituye en una monografía atípica y novedosa.

Se ordena en cinco apartados, en el que el primero (*Introducción*), delimita los conceptos básicos sobre el *mobbing* y su evolución, su impacto en la salud mental y la importancia de evaluar los riesgos psicosociales en el trabajo. Examina igualmente el marco legal y la necesidad de una reforma que incluya estos riesgos en el ámbito de las enfermedades profesionales

En el segundo apartado (*Despidos y conflictos laborales*), se analizan diversos casos de despidos, algunos considerados improcedentes o nulos, y otros evaluados como procedentes, proporcionando claridad sobre la interpretación de estas situaciones en el ámbito judicial. Destacan los matices de la legislación sobre despidos y su relación con el acoso.

Por lo que se refiere al tercer apartado (Acoso laboral (*mobbing*) y salud mental), el autor ha dividido los supuestos entre los que han resuelto positivamente la existencia de *mobbing* de los que lo han hecho en sentido negativo. Se trata de una exposición muy útil ya que permite apreciar qué elementos y documentos han sido determinantes en los pronunciamientos para resolver en un sentido o en otro. Resulta muy interesante observar las diferentes actuaciones que se ponen en marcha tras la comunicación a los responsables, el valor probatorio de los informes médicos y psicológicos, la diferenciación del acoso de otras situaciones que pertenecen al entorno laboral o la posibilidad de solicitar una incapacidad permanente.

En cuanto al apartado cuarto (Acoso sexual) se ha observado la misma clasificación anterior, para delimitar oportunamente las conductas que lo definen así como la efectividad de los protocolos, si existen.

Finalmente, en el quinto apartado (Salud mental en el trabajo y

*burnout*) se aborda, como su título indica, el síndrome del trabajador quemado y sus efectos en la salud mental. Se analizan casos de diagnósticos de ansiedad y depresión que se han calificado como riesgos psicosociales originados en la relación laboral, se debate en torno a las herramientas de diagnóstico y se analiza la controversia existente en cuanto a su calificación como accidente laboral.

Para terminar, el Bloque III (*Conclusiones*) destaca porque, tras unas reflexiones que tienen como objetivo sensibilizar a toda la sociedad sobre este grave riesgo, el profesor Trujillo aporta soluciones para afrontar la problemática que supone este riesgo psicosocial en el que la dignidad humana y los derechos de las personas tienen que preservarse y ser irrenunciables.

Llegados a este punto, se puede afirmar, por todo lo indicado, que la obra del profesor Trujillo Pons constituye una referencia imprescindible a nivel docente y de la praxis jurídica, siendo una herramienta extraordinariamente útil para prevenir y gestionar el acoso laboral.

*Carmen Salcedo Beltrán*

Catedrática Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Valencia, España

<https://orcid.org/0000-0002-6529-2396>



# ESTUDIOS DE DEUSTO. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

## Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos en castellano o en inglés que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho público. La Revista no cobra importe alguno a los autores por el envío de los artículos, ni por su evaluación, ni por su posterior publicación. Además de artículos resultado de investigaciones originales, la revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* publica reseñas de publicaciones u obras científicas. Al respecto no acepta reseñas no solicitadas. No obstante, agradece sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana o inglesa, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: <revistaestudios@deusto.es>
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico, teléfono de contacto y en su caso el identificador de orcid.
  - La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
  - El texto del trabajo irá precedido de un breve sumario de las diferentes partes en que esté estructurado el trabajo en castellano o en inglés dependiendo del idioma en que esté redactado el trabajo.
  - Igualmente se incluirá una propuesta de título en inglés (si el trabajo se presenta en idioma castellano) o en castellano (si el trabajo se presenta en idioma inglés).
  - El trabajo deberá incluir en la última página un listado completo de las referencias bibliográficas empleadas.
  - La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), tamaño Din A 4.
  - Los párrafos estarán en interlineado sencillo (1), justificado y primera línea sangrada en un tabulador.
    - Ejemplo:  
«La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) ha sido la operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y ...»
  - El tipo y el tamaño de la letra será Times New Roman 12. En las notas a pie de página el tipo y tamaño de la letra será de Times New Roman 10.
  - El título del artículo en Times New Roman 14, mayúscula, negrita y centrado.
    - Ejemplo: **LAS CAUSAS DE CONEXIÓN PENAL**
  - Los títulos de los distintos apartados:
    - Primer rango de apartado: Times New Roman 12, mayúscula y negrita.
      - Ejemplo: **I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS**
    - Segundo rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y negrita.
      - Ejemplo: **1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva**
    - Tercer rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y cursiva.
      - Ejemplo: *1.1. La llamada conexión objetiva o instrumental*

- Cuarto rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula.
    - Ejemplo: 1.1.1. La conexión subjetiva
  - Los siguientes rangos de apartados si fuese necesario en Times New Roman 12, minúscula y precedidos primero por una letra en mayúscula seguido por un paréntesis, y segundo por una letra en minúscula seguido por un paréntesis.
    - Ejemplo: A) La conexión indirecta
      - a) Una de las perspectivas de la conexión indirecta
  - El sumario que deberá figurar antes del texto principal deberá incluir un apartado de conclusiones, así como de bibliografía.
    - Ejemplo: SUMARIO: I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS. 1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva. 2. Razones para acumular o no el enjuiciamiento de delitos conexos. II. LOS NEXOS DE CONEXIÓN TRAS LA REFORMA. 1. Nexos de conexión que se mantienen: las llamadas conexión subjetiva y conexión objetiva. 1.1. La llamada conexión subjetiva. 1.2. La llamada conexión objetiva o instrumental. 1.2.1. Los nuevos nexos de conexión. 1.2.2. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.
4. **Normas de edición.** Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán siguiendo el manual de estilo de Chicago (CMOS), preferentemente usando el sistema ‘Autor-fecha’.

### Notas y bibliografía: ejemplos

Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada. En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

#### 1. Libro

##### Un autor

<sup>1</sup> Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

<sup>18</sup> Duch, *Mito...*, 15.

<sup>21</sup> Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

<sup>22</sup> Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

##### Dos autores

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> 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.

<sup>72</sup> Natalia Ojeda et al., *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

<sup>101</sup> Ojeda et al., *La predicción...*

### **Editor, traductor o compilador en lugar de autor**

<sup>2</sup> Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

<sup>3</sup> 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**

<sup>1</sup> Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

<sup>18</sup> 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**

<sup>1</sup> 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.

<sup>19</sup> 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**

<sup>1</sup> James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

<sup>2</sup> 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.

<sup>1</sup> Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

<sup>14</sup> Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

#### *Libro consultado en línea*

<sup>1</sup> Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

<sup>2</sup> 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/>.

<sup>3</sup> Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.

<sup>4</sup> 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.

<sup>1</sup> María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.

<sup>34</sup> 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

<sup>1</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>2</sup> 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>.

<sup>4</sup> 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

<sup>1</sup> 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>.

<sup>2</sup> 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

<sup>1</sup> 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>.

<sup>3</sup> 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

<sup>2</sup> 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).

<sup>4</sup> 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.

<sup>2</sup> «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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>2</sup> Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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**

<sup>2</sup> Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (*BOJA* núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).

<sup>3</sup> Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (*BOE* núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).

##### **Jurisprudencia**

Debe citarse haciendo referencia al órgano que la dicta, el número —si lo hay— y la fecha, usando abreviaturas para el término *sentencia* y la mención del órgano que la dicta.

El texto de la STC 185/2012, de 17 de octubre, se refiere, en sus Antecedentes...

##### **Autor-fecha: ejemplos**

Los siguientes ejemplos ilustran las citas que se utilizan en el sistema autor-fecha. Cada ejemplo de una entrada de la lista de referencia va acompañado de un ejemplo de su correspondiente cita entre paréntesis en el texto. En las entradas de la lista de referencia se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En los casos en los que el sistema autor-año se complementa con notas a pie de página o final de capítulo, la mención de la fuente en las notas se realiza igual que cuando se hace en el cuerpo del texto. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 15 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*. Para ver ejemplos de las mismas citas utilizando el sistema de notas y bibliografía, véase el capítulo 14.

#### 1. Libro

##### **Un autor**

Duch, Lluís. 1998. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder.

Segura, Santiago. 2012. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.

(Duch 1998, 99-100)

(Segura 2012, 74-76)

##### **Dos autores**

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. 1993. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.

(León y Montero 1993, 25)

### **Tres autores**

Borrego Nieto, Julio, José J. Gómez Ascencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.  
(Borrego Nieto, Gómez Ascencio y Prieto de los Mozos 1986)

### **Cuatro o más autores**

En la entrada de la lista de referencias se incluye a todos ellos. El orden y la puntuación son los mismos que en el caso de los libros con dos o tres autores. En el texto se da solo el apellido del autor que aparece en primer lugar, seguido de *et al.*  
(Ojeda et al. 2009, 128-129)

### **Editor, traductor o compilador en lugar de autor**

Notario Ruiz, Antonio, ed. 2005. *Contrapuntos estéticos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.  
(Notario Ruiz 2005, 24)

### **Editor, traductor o compilador además de autor**

Fernández Ramírez, Salvador. 1985. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros.  
(Fernández Ramírez 1985, 112-23)

### **Capítulo u otra parte de un libro**

Gómez Mendoza, Josefina. 2009. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España.  
(Gómez Mendoza 2009)

### **Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro**

Rieger, James. 1982. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press.  
(Rieger 1982, XX-XXI)

### **Libro publicado electrónicamente**

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

#### *Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería*

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.  
Austen, Jane. 2008. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics. Edición en PDF.  
(Austen 2008)

#### *Libro consultado en línea*

Gutiérrez Ordoñez, Salvador. 1981. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.  
Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. 1987. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.  
(Gutiérrez Ordoñez 1981)  
(Kurland y Lerner, cap. 10, doc. 19)

## 2. Artículo de revista

### Artículo en una revista impresa

En el texto, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la entrada de la lista de referencias, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

Hernández Guerrero, María José. 2011. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1: 101-118.

(Hernández Guerrero 2011, 115)

### Artículo en una revista en línea

Indique el DOI (*Digital Object Identifier*, «Identificador Digital de Objetos»), si la revista utiliza alguno. En caso contrario, señale el URL y la fecha de acceso.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. Acceso el 2 de febrero de 2015. [http://www.revistalatinacs.org/11/art/941\\_Alicante/20\\_Feliu.html](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,<sup>8</sup> ...»).

<sup>8</sup> Spock, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

(Spock, entrevista por Senn, 20 de noviembre de 1974)<sup>2</sup>

<sup>2</sup> 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](mailto: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 73, Issue 1, January-June 2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7312025>

## Table of contents

### Studies

**The Spanish case of Ahmed Tommohui and the virtuality of DNA tests as exclusion evidences**

MARIA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

**Reflections on the freedom of speech and its prerogatives and implications in parliamentary activities**

M<sup>a</sup> ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ

**Senior Civil Servants in Spain: incomplete institutionalization and keys to its consolidation**

MANUEL ARENILLA SÁEZ, JESÚS LLORENTE MÁRQUEZ

**Determination and analysis of the liability system and obligations of video game platforms in the digital services Act**

ALBERTO JOSÉ DE NOVA LABIÁN

**Foundations for a constitutional civic education. Constitutional values and fundamental rights at stake**

SUSANA DURO CARRIÓN

**The Constitutional Right to Education and Generative AI: Proposals to Address Educational Digital Exclusion**

PABLO GALLEGO RODRÍGUEZ

**The action of artificial intelligence applied to judicial resolutions**

M. ISABEL GARRIDO GÓMEZ

**From censorship to legitimacy: competing strategies to tackle online disinformation and their implications for freedom of expression**

MARCELO MALHEIROS CERQUEIRA

**The Right to Environmental Protection Through the Judicialization of Climate Change: Environmental Principles and Judicial Activism**

JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO

**The application of proportionality in criminal law: Spanish constitutional jurisprudence and a comparative view**

WENDY PEÑA GONZÁLEZ

**Modernization or perpetuity of public administrations and their public employees**

ADRIÁN VARELA RODRÍGUEZ

### Case Law

**Effective investigation and right to life. Facing the upcoming resolution of the Tarajal case by the Constitutional Court after Order 338/2023**

DESI SLAVA DIMITROVA

### Book reviews